

# CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

NOVIEMBRE, 2005

AÑO 17, Nº 23

## DOCTRINA EXTRANJERA

Contra la inocencia  
**Alberto Bovino**

La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república  
**Alberto M. Binder**

Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada?  
**Daniel R. Pastor**

## DOCTRINA NACIONAL

La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio  
**J. Federico Campos Calderón**

La inconciliabilidad de sentencias como motivo de revisión  
**Omar Vargas Rojas**  
**Mario Porras Villalta**

Delitos de omisión propia e impropia  
(Comisión por omisión y problemas de coautoría)  
**Carlos Chinchilla Sandí**

El detector de mentiras en nuestro proceso penal  
**Ronald Cortés Coto**  
**Maria de los Á. Arana Rojas**

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte  
(Sala de Casación)  
**Martín Rodríguez Miranda**

Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal  
**Rafael Ángel Sanabria Rojas**



"Delfines". Óleo de Iria Aguilar

---

# CIENCIAS PENALES

---

**Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**

---

NOVIEMBRE, 2005

AÑO 17, Nº 23

---



## ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES

ISSN 1409-0643

### CONSEJO EDITORIAL

José Manuel Arroyo Gutiérrez, Director  
Francisco Dall'Anese Ruiz  
Javier Llobet Rodríguez  
Rosaura García Aguilar  
Rafael Ángel Sanabria Rojas

### DIRECCIÓN POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores  
San José, Costa Rica  
Tel/fax (506) 283-5722  
Correo electrónico: [acpcr@ice.co.cr](mailto:acpcr@ice.co.cr)  
Página web: [www.cienciaspenales.org](http://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>Dra. Elena Larrauri Pijan</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Giovanni Conso</i>	<i>Italia</i>

## *JUNTA DIRECTIVA*

<i>Presidente:</i>	<i>Rafael Ángel Sanabria Rojas</i>
<i>Vicepresidente:</i>	<i>Martín Alfonso Rodríguez Miranda</i>
<i>Secretaria:</i>	<i>Hannia Soto Arroyo</i>
<i>Tesorero:</i>	<i>Jorge Luis Morales García</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 (506) 234-9378 • Diseño Gráfico: Ticográficos, S.A.  
Corrección: Adrián Alfaro Obando • Portada de Gerardo González • Muestra Gráfica: Óleo de Iria Aguilar

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.

## CARTA DEL EXDIRECTOR

*Hace ya varios años que fundamos la Revista Ciencias Penales y aun recuerdo los esfuerzos que hicimos para sacar aquel primer número en diciembre de 1989, con la dirección del Dr. Javier Llobet, cuando, sin recursos, nos dispusimos a vender entre los colegas una revista que no existía, con el fin de recoger el dinero para pagarle a la imprenta. Al año siguiente, en 1990, asumí su dirección y con el esfuerzo de los compañeros de la Asociación de Ciencias Penales la sacamos adelante hasta consolidarla como una de las más importantes revistas especializadas de América Latina, la cual ocupa un importante espacio en las más relevantes bibliotecas de la región y de Europa. Esta se ha convertido en una ventana al mundo que ha dado a conocer a nuestros prestigiosos juristas. Además, es frecuentemente consultada y citada en innumerables investigaciones y estudios y sin duda, ha contribuido al desarrollo de las ciencias penales en Costa Rica.*

*Por razones del destino y en virtud de haber dejado el país, dejo también la dirección de la Revista en diciembre de 2004 a cargo del M.Sc. José Manuel Arroyo, no sin expresar mucha nostalgia después de tantos años, con la profunda certeza de que seguirá su rumbo como lo denota ya este número asumido por José Manuel.*

*Se trata de una obra en la que pusimos todo nuestro empeño y la mejor satisfacción es verla continuada con excelencia, para que siga siendo también un espacio crítico del funcionamiento de nuestro sistema penal.*

Daniel González Álvarez

México, agosto 2005

## CARTA DEL DIRECTOR

*La revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica es una obra totalmente consolidada en sus dieciséis años de existencia y, con el presente, sus veintitrés números editados. Hacerse cargo de su dirección es un enorme desafío. Se trata de dar continuidad a una empresa que ha estado en inmejorables manos. El liderazgo y conducción que durante todo este tiempo ha impregnado el doctor Daniel González Álvarez conforma una huella difícil de superar. Solo un espíritu grande y generoso, como el suyo, ha podido sumar a sus aportes personales, el impulso y reconocimiento de todos los esfuerzos de muchas otras personas que ya reconocen, en esta revista, un espacio donde tomar la palabra y expresar sus avances profesionales e intelectuales. Ha sido este un medio de divulgación por excelencia y el acento crítico de muchas de sus colaboraciones ha hecho de esta revista, una auténtica vanguardia en el desarrollo del pensamiento jurídico costarricense, con alcance continental y mundial.*

*De ahí las dimensiones especiales del reto que hoy asumimos. En lo fundamental, continuaremos avanzando con respeto de lo que ha sido la estructura tradicional de la revista, con una sección de doctrina extranjera, otra de doctrina nacional, un espacio en el cual comentar obras de especial importancia y una síntesis de jurisprudencia relevante. En igual sentido, nos parece imprescindible conservar el carácter divulgativo y crítico en materia doctrinal, así como informativo acerca de novedades bibliográficas y fallos judiciales que, a partir de este número, no solo va a incluir decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino también del Tribunal de Casación Penal, con lo cual pretendemos llenar un vacío existente hasta ahora.*

*Contamos con un Consejo Editorial Consultivo cuyos nombres, de prestigio universal, no necesitan presentación; de igual manera puedo decir que una nueva generación se hace cargo de la Junta Directiva de la Asociación y del Consejo Editorial de esta publicación, todo lo cual dice bien de la fuerza y visión con que, en el pasado, han sido plantadas las semillas. Para todos, nuestra enhorabuena y la firme promesa de que seguiremos adelante.*

*M.Sc. José Manuel Arroyo Gutiérrez*

*Director*

# ÍNDICE

## DOCTRINA EXTRANJERA

- Contra la inocencia.*  
**Alberto Bovino** ..... 11
- La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República.*  
**Alberto M. Binder** ..... 31
- Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia.*  
*¿La casación penal condenada?*  
**Daniel R. Pastor** ..... 47

## DOCTRINA NACIONAL

- La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio.*  
**J. Federico Campos Calderón** ..... 53
- La inconciliabilidad de sentencias como método de revisión.*  
**Omar Vargas Rojas**  
**Mario Porras Villalta** ..... 69
- Delitos de omisión propia e impropia.*  
**Carlos Chinchilla Sandí** ..... 89
- El detector de mentiras en nuestro proceso penal.*  
**Rónald Cortés Coto**  
**María de los Á. Arana Rojas** ..... 103

## JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte.*  
**M.Sc. Martín Rodríguez Miranda** ..... 117
- Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal.*  
**M.Sc. Rafael Ángel Sanabria Rojas** ..... 197

## EDITORIAL

La sección de doctrina internacional que presentamos, en esta edición, nos trae tres contribuciones de sumo interés y gran factura. Alberto Bovino en su provocativo y crítico artículo *Contra la Inocencia*, hace un repaso a la opinión que sobre este principio doctrinario tuvo el iluminismo dieciochesco, con un claro énfasis en la defensa de la libertad personal en general y un duro cuestionamiento a la tortura que, no obstante, se debilitó de manera notable a la hora de analizar y prácticamente justificar la prisión preventiva como medida cautelar, lo cual, en definitiva, se tradujo en un fracaso para la plena aplicación del principio de inocencia en la persecución penal.

La segunda contribución de este apartado corresponde al profesor Alberto M. Binder, con una reflexión que tiene tanto carácter histórico-político como jurídico-procesal en sentido estricto: *La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*. La tesis de partida que propone el consagrado procesalista argentino es que la historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley o, lo que es equivalente, la debilidad de la *razón jurídica*. A partir de esta premisa, después de realizar un acucioso contraste entre el sistema procesal inquisitorial –históricamente dominante, aún en mucho vigente– y el sistema republicano, el autor destaca una serie de temas que en su criterio deberían guiar, a manera de programa, un proceso de reforma procesal en nuestros países, en el marco de un estado democrático de derecho.

Bajo el título *Los Alcances del Derecho del Imputado a Recurrir la Sentencia ¿La Casación Penal Condenada?*, el profesor Daniel R. Pastor desarrolla y fija posición *A propósito del caso "Herrera Ulloa vrs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. El experto articulista se concentra en uno de los temas que tocó la ya afamada sentencia, a saber, la determinación del medio idóneo para satisfacer el derecho del imputado a la revisión de la sentencia antes de que pase en autoridad de cosa juzgada. El autor parte de la premisa de que la casación tradicional no cumple con esa expectativa, reseña siete precisiones que en su criterio ha hecho la Corte Interamericana en el caso bajo estudio acerca de los alcances del recurso o mecanismo idóneo para cumplir con el propósito indicado, y propone sus propios postulados para alcanzar una revisión realista y eficaz. De paso critica la debilidad argumentativa de la Corte Interamericana en tan importante caso y el dilema a que conduce la vaguedad de las premisas que desarrolla y el énfasis que hace más en lo que no debe ser, que en lo que debe ser, el mecanismo adecuado que se busca. Cierra su trascendental análisis el profesor Pastor postulando que la revisión integral debe alcanzar aspectos *fácticos*, tanto como *in iudicando e in procedendo* de la sentencia recurrida, y que no se trata de abolir la casación introduciendo en vez de ella una apelación pura y simple, por ser impropia de la cultura oral y pública que informa los más avanzados sistemas procesales de la región.

Por su parte, la sección de doctrina nacional nos presenta varias contribuciones, de diversa índole. *Delitos de omisión propia e impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*, es el artículo que el doctor Carlos Chinchilla Sandí nos aporta como ejercicio de dogmática jurídico-penal. Con gran solidez en su planteamiento y con estricta coherencia a la hora de sacar conclusiones, el autor realiza un meritorio enlace entre el tema de los delitos de omisión, su estructura, naturaleza y diversos tipos, con el complejo tema de la autoría-coautoría en el caso de los intervinientes en un hecho delictivo de esta naturaleza.

Asimismo, los jueces Ronald Cortés Coto y María de los Ángeles Arana Rojas incursionan en un tema que, como ellos mismos nos lo advierten, ha sido poco estudiado y menos debatido en el medio costarricense. Con el título *El Detector de Mentiras en nuestro proceso penal*, esta contribución al ámbito de la prueba formula, como hipótesis central, la posibilidad de admitir, con el consentimiento del acusado, el detector de mentiras como medio probatorio.

De seguido, el Máster Federico Campos Calderón contribuye con una notable reflexión sobre *La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio*. El subtítulo de este trabajo revela la verdadera intención del articulista al detallarnos que se trata de *Consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense*. El punto de partida es la "dicotomía acusatorio-inquisitiva" del modelo procesal penal vigente a partir de 1998 y la dificultad de acoplar o conciliar las disfunciones que genera la mezcla de principios inquisitivos con los propios de un sistema acusatorio. Campos Calderón expone cómo este problema se revela a través de todo el modelo procesal que nos rige y cómo se termina afectando el principio de imparcialidad del juez, de manera especial mediante la confusión de roles en diversos momentos procesales, para concluir, en definitiva, que deben impulsarse a futuro, reformas que nos alejen de los rasgos inquisitivos que sobreviven y afiancen un sistema procesal de auténtico corte acusatorio.

El juez de casación Omar Vargas Rojas en coautoría con el letrado Mario Porras Villalta realizan un relevante análisis expositivo en *La Inconciliabilidad de Sentencias como Motivo de Revisión*. Luego de detallar los antecedentes históricos, la evolución, los presupuestos y fines doctrinarios de este instituto jurídico, se destaca el tema del error judicial y la injusticia que puede revelar el pronunciamiento de sentencias contradictorias. El debate entre las formas de inconciliabilidad propuestas, a saber, la de tipo lógico y la de tipo jurídico, son el marco que sirve a los estudiosos para analizar una serie de casos jurisprudenciales, resultado de lo cual, toman partido y dan sus razones.

Finalmente, nuestra sección de jurisprudencia relevante incluye la síntesis de decisiones de la Sala Tercera (Penal) de la Corte Suprema de Justicia y, como importante novedad que esperamos mantener a futuro, también se incluyen sentencias relevantes del Tribunal de Casación Penal costarricense. Los compiladores de tan importante trabajo han sido, para el caso de la primera, Martín Rodríguez Miranda y para el segundo, Rafael Sanabria Rojas. A ellos, y a todos los articulistas, nuestra gratitud.



## CONTRA LA INOCENCIA

Alberto BOVINO\*

*"Let the jury consider their verdict" the King said...  
 "No, no!" said the Queen. "Sentence first-verdict afterwards!"  
 Lewis CARROLL. Alice's Adventures in Wonderland.  
 Our fundamental principles of justice declare that the defendant is as  
 innocent on the day before trial as he is on the morning after his acquittal.  
 Justice Thurgood MARSHALL*

*No otra cosa sugieren pares conceptuales opuestos contradictorios, como,  
 por ejemplo, aquel que declama la inocencia de las personas hasta que no  
 sean declaradas culpables de un hecho punible por sentencia firme (princi-  
 pio de inocencia) y la necesidad de encarcelar a esa persona durante el  
 procedimiento que debe desembocar en una sentencia.*

*Julio B. J. MAIER, Blumbergstrafrecht*

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando recién había terminado mis estudios universitarios, presenté una ponencia en un congreso estudiantil que generó, en ese momento, un encendido debate. La ponencia se llamaba "Contra la legalidad", y luego fue publicada en "NO HAY DERECHO"<sup>1</sup>. La idea central de ese trabajo consistía en indagar acerca de algunos efectos "colaterales" nocivos que traen aparejados ciertos principios de garantía, en el caso, uno de los principios más caros a los penalistas: el principio de legalidad sustantivo.

La tesis central del ensayo consistía en afirmar que había sido responsabilidad de los ilustrados formular una promesa de aplicación racional e igualitaria del castigo a través de principios de garantía como el de legalidad sustantivo, sin advertir que dicho límite, aparentemente promisorio, jamás logró un grado de aplicación efectivo mínimamente aceptable y, al mismo tiempo, generó la ilusión de que el derecho penal en manos del Estado podía ser sometido a un control que redujera la arbitrariedad a niveles tolerables.

En ese momento, atribuimos la responsabilidad principal de las consecuencias negativas y de los efectos sedantes de las promesas implícitas formuladas con el

principio de legalidad, casi exclusivamente, a BECCARIA y al resto de los ilustrados. En esa y en otras oportunidades similares, nos llevamos la sorpresa de ver que textos provocativos como ese, eran acogidos con mayor apertura y entusiasmo por nuestros [buenos] maestros, antes que por nuestros pares y compañeros. No tuve la fortuna de tener al Prof. Francisco D'ÁLBORA como maestro, pero estoy seguro de que él hubiera estado en el grupo de [buenos] maestros que nos habría animado a seguir adelante.

Por ello hoy, como una expresión de profundo respeto y admiración por el Prof. Francisco D'ÁLBORA, deseamos, en homenaje a sus enseñanzas, a su bonhomía y a su humildad, discutir provocativamente ciertas ideas de quienes nos precedieron a todos: los iluministas y sus opiniones en relación con el principio de inocencia.

Para ello, comenzaremos por realizar un análisis sintético de la opinión sobre el principio de inocencia en la doctrina ilustrada. Luego veremos cómo el nivel discursivo se torna menos crítico al hablar de la prisión provisional. A continuación, analizaremos cuál es el sentido del principio de inocencia en la actualidad y veremos cómo, a pesar de las declamaciones que realizamos los juristas, el principio es una promesa incumplida. Por último, indagaremos acerca de la responsabilidad de los ilu-

\* Abogado (UBA), Máster en derecho (Columbia University School of Law, New York), Visiting Scholar (American University, Washington, DC), Doctórandó (UBA), Profesor de derecho penal y derecho procesal penal (UBA), Abogado del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS).

<sup>1</sup> El término "sentence" no equivale a la palabra castellana "sentencia", sino al pronunciamiento judicial que impone una pena. En el sistema estadounidense, la pena es impuesta por un juez profesional en una audiencia separada y posterior (sentencing hearing) a la del juicio común en el que interviene el jurado (trial). El jurado, con su veredicto (verdict), solo se pronuncia sobre los hechos, lo que en el juicio penal equivale al juicio sobre la culpabilidad. En conclusión, el párrafo de Lewis CARROLL citado significa que se debe imponer la pena antes de que exista pronunciamiento sobre la culpabilidad.

<sup>2</sup> BOVINO, *Contra la legalidad*.

ministas en el fracaso práctico en la aplicación efectiva de la garantía, para arribar, finalmente, a algunas conclusiones provisionales respecto del tema. A diferencia de aquella oportunidad, nuestro análisis rescatará la definición del principio de inocencia elaborada por la Ilustración y analizará la responsabilidad en el fracaso del respeto efectivo del principio de inocencia de los sucesores del Iluminismo.

## II. UNA VISIÓN POSIBLE SOBRE LA ILUSTRACIÓN

### II. 1. La reacción ilustrada ante la Inquisición

La noche recorrió Europa a fines de la Edad Media. La santidad de la Iglesia Católica instaló el terror en los corazones de los fieles, los infieles y los escépticos. Si había que lograr un control social omnipresente, nada mejor que el "ojo de Dios", siempre apoyado por el buen inquisidor, para materializar el castigo contra la más mínima desviación a los dogmas absolutos, irracionales y oscurantistas de la Iglesia Católica romana. El poder terrenal, siempre dispuesto a consolidarse, siguió rápidamente el camino abierto por el poder religioso<sup>2</sup>.

Se generalizó un procedimiento secreto, descontrolado e inhumano, basado en el encarcelamiento indefinido sin causa y en la refinada práctica de la tortura. El imputado carecía de derechos, [su cuerpo] solo era objeto de la investigación. Entre los derechos que no se reconocían se encontraba, predeciblemente, el principio de inocencia. Aunque la garantía ya había sido reconocida en el derecho romano, el procedimiento inquisitivo la desconoció, pues toda su estructura estaba informada por el principio contrario: la presunción de culpabilidad<sup>3</sup>. Luego de varios siglos de vigencia, la "fiesta punitiva" —como la denominó FOUCAULT<sup>4</sup>—, tuvo que sufrir la crítica de los ilustrados, conmocionados por el uso de la tortura. Como señala LLOBET RODRÍGUEZ, al incluirse la presunción de inocencia en la DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO de 1789<sup>5</sup>, "no se hizo sino prever un principio ampliamente desarrollado por la doctrina de la Ilustración. Es en ésta y no en el Derecho anglosajón, en donde debe encontrarse el origen de la concepción moderna de la presunción de inocencia, prevista en la citada declaración. Debe tenerse en cuenta al respecto el diferente desarrollo que se dio del Derecho continental europeo y del Derecho anglosajón, de modo que es total-

mente lógico que el principio... fuese asumido por la Asamblea francesa... tomando en cuenta... las críticas que la doctrina de la Ilustración desarrolló en contra del proceso inquisitivo vigente dentro del sistema continental europeo"<sup>6</sup>.

Al sentar las bases del nuevo Estado, el programa político-criminal de la Ilustración determinó el futuro del encarcelamiento preventivo a partir de la particular opinión que manifestaban para defender la vigencia del principio de inocencia. Esta y otras circunstancias hicieron que el vigor inicial del Iluminismo comenzara a perder su capacidad para enfrentarse a la más poderosa de las fuerzas estatales: el derecho penal. Los más radicales reformadores, hoy considerados "padres" del derecho penal moderno, terminaron por postrarse ante la fuerza represiva del Estado, y perdieron la mejor oportunidad histórica para sentar las bases de un derecho penal realmente moderno, humanista y democrático.

La crítica iluminista no se ocupó de los principios materiales del sistema inquisitivo. Las características más sobresalientes de este modelo eran la posibilidad de iniciar la persecución penal pública de oficio y la averiguación de la verdad como objeto del proceso. Con posterioridad a la Revolución, en un breve período, Francia tuvo tres procedimientos penales diferentes: la Ley de enjuiciamiento de 1791, el Code des délits et des peines de 1795 y el Code d'instruction criminelle de 1808. Lo cierto es que todos estos ordenamientos conservaban los principios materiales del procedimiento inquisitivo: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como meta del proceso. Aun el más acusatorio procedimiento de la ley revolucionaria de 1791 mantuvo la persecución penal pública, que tanto MONTESQUIEU como BECCARIA aceptaron y defendieron. Este último escribió "es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes"<sup>7</sup>.

Los grandes sufrimientos causados durante siglos por la forma inquisitiva fueron posibles por la persecución pública del delito y, también, por el uso ordinario del encierro preventivo, como medio para aplicar el tormento, instrumento necesario en la tarea de averiguación de la verdad a cargo del Inquisidor. Fue la necesidad de averiguar la verdad por parte del acusador —el Inquisidor—, definida como meta absoluta del proce-

2. Sobre el advenimiento de las formas inquisitivas en los ámbitos religioso y político de la Europa continental, cf. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, ps. 288 y siguientes.

3. Cf. FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 550.

4. FOUCAULT, Vigilar y castigar, p. 16.

5. El art. 9 de la Declaración dispone: "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley" (traducción de PACHECO, citada por LLOBET RODRÍGUEZ, La prisión preventiva, ps. 43 y s.).

6. LLOBET RODRÍGUEZ, La prisión preventiva, p. 47.

7. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, p. 338. MAIER destaca que MONTESQUIEU se pronunció expresamente por la persecución penal pública (p. 337). Sobre el desarrollo del procedimiento penal francés posterior a la Revolución cf. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, ps. 340 y ss. Sobre la incapacidad del Iluminismo para cuestionar el principio más fuerte del procedimiento inquisitivo —la persecución pública—, cf. BOVINO, Contra la legalidad, ps. 19 y siguientes.

dimiento, la que transformó el proceso en una investigación, pues el acusador, al ser público, era ajeno al conflicto planteado por el caso penal. Al no cuestionar ninguna de estas dos circunstancias, la crítica ilustrada colaboró, quizá sin intención de hacerlo, a definir el restringido alcance que, a partir de ese momento y hasta la actualidad, se reconocería al principio de inocencia.

La doctrina de la Ilustración, señala LLOBET RODRIGUEZ correctamente, aludía a la presunción de inocencia como prohibición de las penas anticipadas, especialmente como argumento para que se derogara la tortura. Esta cuestión se vinculaba con la prisión preventiva solo porque el sometimiento del imputado al tormento requería su detención. El autor realiza otra advertencia que explica detalladamente el futuro que habría de corresponderle al encarcelamiento preventivo:

*"Por otro lado, en lo relativo al carácter secundario que ocupó la prisión preventiva dentro de las críticas al proceso inquisitivo desde el punto de vista de la presunción de inocencia, debe recordarse que la pena privativa de libertad revestía un carácter totalmente excepcional, de modo que la mayoría de los que se encontraban en prisión, lo estaban mientras se resolvía el proceso o mientras se esperaba la ejecución de la pena, por lo que no tenía mucha importancia tratar de diferenciar la prisión preventiva de la pena privativa de libertad"*<sup>8</sup>

La vertiginosa transformación del derecho procesal penal francés, que culminó, luego de muchos avatares, con el Código de 1808 (Code d'instruction criminelle) es la mejor muestra de la resignada limitación de los reformistas. El hijo bastardo de la Revolución, el procedimiento inquisitivo reformado, sirvió de modelo universal en el marco de la tradición jurídica continental europea. El más grande fracaso de los transformadores consistió en el hecho de que, mientras proclamaban las garantías centrales del derecho penal moderno, aceptaron un sistema de enjuiciamiento intrínsecamente incapaz de respetar tales garantías. Casi dos siglos más tarde de la aparición del Code d'instruction criminelle, es fácil advertir que el programa iluminista aun no ha logrado ser llevado a la práctica.

El régimen procesal adoptado por el movimiento reformista, por arrastrar varios elementos propios del sistema inquisitivo, provocó, ab initio, la imposibilidad de desarrollar un programa político-criminal respetuoso de

los derechos de las personas. El modelo francés no resultó suficiente para garantizar los principios políticos que el movimiento reformista declarara como más importantes. En los dos últimos siglos, especialmente en los países de América Latina, las principales garantías fundamentales del proceso penal fueron avasalladas sistemáticamente. Si tuviéramos que elegir dos garantías que jamás tuvieron realización práctica, podríamos mencionar el principio de inocencia y la garantía de imparcialidad del juzgador<sup>9</sup>. Aquí nos ocuparemos, exclusivamente, del principio de inocencia.

## II. 2. La defensa del principio de inocencia

No puede negarse que al comienzo de la Edad Moderna tuvo lugar una encendida defensa del principio de inocencia, considerado por LUCCHINI como la "primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano" y como "corolario lógico del fin racional asignado al proceso". MONTESQUIEU afirmó que "cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad", y que "dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas"<sup>10</sup>. La Escuela Clásica, que "previó el proceso penal como un medio de garantizar los derechos del imputado, defendió con fortaleza la existencia de una presunción de inocencia"<sup>11</sup>.

BECCARIA calificó de tiránica la práctica de condenar al imputado sin haber cumplido con la carga de demostrar con certeza su culpabilidad: "Y, sin embargo, los... delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas (como si un hombre pudiera ser semi-inocente o semi-reo, es decir, semi-punible, o semi-absoluble)"<sup>12</sup>. En consecuencia, destacó que:

*"A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es reo o es inocente?... [Si el delito] es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados"*<sup>13</sup>.

8. LLOBET RODRIGUEZ, La prisión preventiva, ps. 47 y s. (destacado agregado).

9. Un desarrollo de las razones por las cuales el modelo inquisitivo reformado, aún vigente en muchos países —v. gr., C.P.P. Nación (Argentina)— porta una incapacidad intrínseca para respetar esa garantía es BOVINO, Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal, ps. 13 y siguientes.

10. Ambos autores citados por FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 549.

11. LLOBET RODRIGUEZ, La prisión preventiva, ps. 74 y siguiente.

12. BECCARIA, De los delitos y de las penas, p. 130 (destacado en el original).

13. BECCARIA, De los delitos y de las penas, p. 119 (destacado en el original).

"No entiendo", escribió HOBBS, "cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa". Calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano y sostuvo que: "Todo castigo de súbditos inocentes, ya se trate de un castigo grande o pequeño, va contra la ley de la naturaleza porque el castigo es solo debido a una transgresión de la ley, y, por tanto, no puede castigarse al inocente". VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Otros reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la "injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva<sup>14</sup>. MARAT escribió que mientras el acusado no haya sido declarado culpable en los ojos del juez, nadie tenía derecho a tratarlo como culpable<sup>15</sup>.

CARRARA, por su parte, definió el principio de inocencia como postulado fundamental del proceso penal, presupuesto de las demás garantías y criticó duramente la prisión preventiva<sup>16</sup>. Advirtió que "no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el calabozo, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado". En su defensa del principio, señaló que la ciencia, "con frente levantada afirma: 'protejo este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad: y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos'<sup>17</sup>.

PAGANO postulaba: "Que nadie sea castigado sin proceso", y CARMIGNANI calificaba al encarcelamiento preventivo como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura". GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"<sup>18</sup>.

Las críticas a las torturas del procedimiento inquisitivo provocaron la unánime afirmación del principio de inocencia. En este contexto, resultaba razonable esperarse un fuerte ataque al encarcelamiento preventivo. Sin embargo, los ilustrados, según se afirma, no fueron consecuentes con el principio que postularon y, paradójicamente, prepararon el terreno para su futura vulneración.

### II. 3. La aceptación de la "prisión provisional"

A pesar de la ardiente defensa que los ilustrados realizaron del principio de inocencia, terminaron —según se afirma—, todos ellos, por justificar el uso del encarcelamiento cautelar como medida de aseguramiento de los fines del proceso o, lisa y llanamente, como pena anticipada.

Como indica LLOBET RODRÍGUEZ, la doctrina iluminista no consideró la prisión preventiva como una negación del principio de inocencia. Señala, por ejemplo, que BECCARIA "destacó la problemática entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, no renunciando ni a una ni a la otra, pero admitiendo que la prisión preventiva encuentra límites fijados por la presunción de inocencia"<sup>19</sup>.

En realidad, BECCARIA fue mucho más allá, pues afirmó que la pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada:

*"La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que sólo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena. La ley, pues, determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del leo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero del delito, las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano"*<sup>20</sup>.

BECCARIA, además, aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro". También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple custodia" de un ciudadano sólo podía ser "necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"<sup>21</sup>.

14. Citados por FERRAJOLI. Derecho y razón, ps. 550, 552, 625 y 562.

15. Citado por LLOBET RODRÍGUEZ. La prisión preventiva, p. 48.

16. LLOBET RODRÍGUEZ. La prisión preventiva, p. 75.

17. Citados por FERRAJOLI. Derecho y razón, ps. 550, 557 y 626 (destacado en el original).

18. Citados por FERRAJOLI. Derecho y razón, ps. 626 y 630.

19. LLOBET RODRÍGUEZ. La prisión preventiva, p. 171.

20. BECCARIA. De los delitos y de las penas, p. 105 (destacado agregado).

21. Citado por FERRAJOLI. Derecho y razón, ps. 552 y 626.

FILANGIERI admitía el "paso violento de la captura" para asegurar la comparecencia del imputado al proceso. CONSTANT y BENTHAM también la consideraban aceptable. PAGANO se ocupó de advertir "cuánto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena" y de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino"<sup>22</sup>.

CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no solo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"<sup>23</sup>.

En realidad, también se afirma que la cuestión que el Iluminismo encontraba problemática no era la prisión preventiva en sí misma, a la cual justificaron por diversos motivos, sino, exclusivamente, la dureza o el rigor en su ejecución. Por ello, HOBBS justificó el encarcelamiento anticipado en los siguientes términos: "Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia del acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza"<sup>24</sup>.

En síntesis, se acusa a los ilustrados de haberse ocupado especialmente de erosionar el contenido sustancial del principio que tanto defendieron, al reconocer la dudosa legitimidad del encarcelamiento de inocentes con fines tanto procesales como sustantivos. Tal como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades' diversas... la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"<sup>25</sup>.

## II. 4. Las consecuencias

La actitud ingenua de los iluministas frente a la prisión cautelar, y la posterior embestida en contra del

principio de inocencia llevada a cabo por el positivismo criminológico contribuyeron a socavar su importancia y su significado. Tanto GARÓFALO como FERRI criticaron la fórmula de la presunción de inocencia de la escuela clásica. También resultó decisiva la autoridad de MANZINI, quien estigmatizó la presunción de inocencia, entre diversos argumentos, por considerar que la experiencia enseña que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables<sup>26</sup>.

La justificación aparentemente inconsistente de los iluministas y el posterior giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal del siglo XIX profundizaron la consolidación del instituto del encarcelamiento anticipado de inocentes. Su amplia aplicación lo tornó un instrumento de prevención y defensa social que, bajo el eufemismo de su carácter "procesal", constituyó una verdadera pena sin juicio<sup>27</sup>. La ilegítima práctica de la justicia europea arribó a los países de América Latina, por imposición del colonizador español. A pesar de los procesos de independencia, la profunda influencia de la cultura inquisitiva española ha persistido hasta nuestros días, y ha sido la causa principal de las altísimas tasas de presos sin condena del subcontinente.

Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como regla, al encarcelamiento pretendidamente cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada. Los estudios señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso del encarcelamiento preventivo, y exponen las desmedidas tasas de presos sin condena. Hasta hace algunos años, en los países de América Latina, con sistema jurídico continental europeo, más del 60 % de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a detención preventiva. Es decir que, de cada cien individuos en prisión, más de 60 eran procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Nueve años después de la investigación que arrojara estas cifras, el porcentaje subió a un 65%<sup>28</sup>.

Una investigación más reciente aun (1993-1995) demuestra que este porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años. CARRANZA, el autor de este estudio, advierte, además, que las cifras pueden ser aun mayores, pues ellas solo incluyen a aquellos presos que han ingresado formalmente al sistema penitenciario mientras que, en los hechos, el número total de personas sometidas a otras formas de detención es muchísimo

22. Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.

23. Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.

24. Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 48 (destacado agregado).

25. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

26. Sobre las críticas de GARÓFALO, FERRI y MANZINI cf. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 76 y ss., 84 y ss., y 88 y ss., respectivamente.

27. Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

28. Cf. CARRANZA, MORA MORA, HOJED y ZAFFARONI, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, ps. 643 y siguientes.

más elevado<sup>29</sup>. Por lo demás, se ha señalado lo paradójico de la situación del siguiente modo:

*"Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para los presos con condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción —en la que debe prevalecer el principio de inocencia— son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve"*<sup>30</sup>.

El problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar o procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. El profundo deterioro de nuestros sistemas penitenciarios es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarles un mínimo de atención.

Frente a esta realidad, cabe interrogarse si no deberíamos aceptar el desafío de MANZINI:

*"Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no... [es abolida] la prisión provisional?"*<sup>31</sup>.

### III. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN LA ACTUALIDAD

#### III. 1. Significado del principio

El "principio de principios" en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. La doctrina suele discutir si en realidad se trata de una presunción. Sin embargo, MAGALHAES nos advierte que lo más importante de la presunción de inocencia es, en

realidad, su valor ideológico como presunción política tendiente a garantizar la posición de libertad del imputado frente al interés estatal en la represión penal. El autor señala que no solo es incorrecto referirse al principio como "presunción", sino que, además, el tratamiento de presunción podría encubrir el valor político del principio. Lo importante es reconocer que la denominada presunción de inocencia constituye un principio informador de todo el procedimiento penal que, "como tal, debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal... [y de] modelo de tratamiento del sospechoso, inculpado o acusado, que antes de la condena no puede sufrir ninguna equiparación con el culpable"<sup>32</sup>.

Según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos. Ello significa que el imputado en un caso penal, a pesar de ser sometido a persecución, merece un tratamiento distinto del de las personas efectivamente condenadas.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado, de hecho, en la comisión de una conducta punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige que sea considerada inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, en realidad, culpable o inocente respecto del hecho que se le atribuye<sup>33</sup>. Como sintetizara magistralmente a quien homenajeamos:

*"Para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador"*<sup>34</sup>.

#### III. 2. La crítica

El principio de inocencia exige que la pena solo sea impuesta luego de una sentencia firme dictada en un juicio en el que se obtiene la certeza de la responsabilidad del imputado y en el que deben respetarse diversas garantías. El principio de legalidad exige que la pena se

29. Al respecto, se pone de manifiesto que: "Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad —a veces por periodos de tiempo larguísimos, de años— alojados en dependencias policiales" (cf. CARRANZA, Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa, p. 69). El estudio citado señala como ejemplo las cifras de la provincia de Buenos Aires (Argentina), con 9.427 presos en el sistema penitenciario formal y 7.000 presos en dependencias policiales al 31/12/93, y las cifras de Nicaragua, con 3.470 presos declarados en el sistema penitenciario y 2.500 presos en dependencias policiales al 30/6/95 (p. 69).

30. CARRANZA, Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa, ps. 66 y siguiente.

31. Citado por FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 555.

32. MAGALHAES GOMES FILHO, Presunción de inocencia y prisión preventiva, ps. 42 y s., destacado agregado.

33. La doctrina mayoritaria en América Latina se pronuncia en contra de que la presunción de inocencia sea una presunción en sentido técnico. Se sostiene, en cambio, como lo hacen, entre otros, VELEZ MARICONDE y MAIER, que se trata de un estado jurídico del imputado —en realidad, de toda persona no condenada por sentencia firme—. Cf. LLOBET RODRIGUEZ, La prisión preventiva, ps. 151 y siguiente.

34. D'ÁLBORA, Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, p. 25.

imponga sólo cuando el imputado cometió un acto previamente definido en la ley como hecho punible. En consecuencia, sólo se puede castigar a quien ya ha cometido un acto cuya realización se ha logrado demostrar en un juicio con las debidas formalidades.

Cuando se impone la privación de libertad preventiva, en cambio, se ordena la misma medida que se aplica a los condenados sin certeza alguna. En efecto, cuando se detiene al imputado aun no se ha demostrado que él es responsable por un hecho ya acontecido, y tampoco se puede demostrar que realizará determinado comportamiento en el futuro —eventual fuga o entorpecimiento de la investigación—.

Si, en el mejor de los casos, se impone la privación de libertad con fundamento en sus fines procesales —peligro de fuga o de entorpecimiento—, se aplica una “pena” a quien aun no ha sido declarado culpable por un presunto acto previo, y para evitar que lleve a cabo determinado comportamiento en el futuro. Si tenemos en cuenta, además, que el principio de inocencia no está condicionado en los textos normativos que lo establecen —v. gr. Constitución Nacional—, no se comprende por qué razón se tolera que se adelante la pena a algunos inocentes, sin importar el motivo que provoca la detención.

¿Qué sentido tiene el principio de inocencia si el Estado puede, como regla, sancionar a quien no ha sido juzgado? Como señala FERRAJOLI, debe aceptarse “que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar... el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales”<sup>35</sup>.

La importancia de los valores en juego ha sido destacada por PASTOR: “En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho”<sup>36</sup>. Este autor señala que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del Estado.

### III. 3. Principio de inocencia y principio de legalidad sustantivo

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional define en la misma frase y con el mismo alcance dos garantías fundamentales del Estado de derecho, el principio sustantivo de legalidad y el principio procesal de inocencia:

*“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”*

FERRAJOLI ha destacado la estrecha interrelación entre garantías penales y procesales:

*“Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito—lesión, acción y culpabilidad— serán efectivas en la medida en que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también ‘instrumentales’ frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como ‘sustanciales’.*

*La correlación funcional es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativas que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de efectividad”<sup>37</sup>.*

La correlación funcional entre ambas garantías se refleja de manera expresa en el texto constitucional de nuestro país, pues en la misma frase se condensan el principio de legalidad sustantivo y el principio de inocencia. Ello significa, por un lado, que no se puede imponer una pena fundada en una ley anterior al hecho sin realizar el juicio previo y, por el otro, que tampoco se puede aplicar una pena aun después de realizado el juicio si tal sanción no se halla fundada en una ley anterior que la comine para el hecho concreto verificado en el proceso.

El texto constitucional no admite ninguna excepción al principio de legalidad sustantivo. Tampoco admite ninguna excepción al principio de inocencia que autorice a imponer una medida de la gravedad del encarcelamiento preventivo. En consecuencia, nuestro derecho constitucional establece el principio de inocencia de manera absoluta, aplicable a todos los casos penales, y no contiene mención alguna a la posibilidad de admitir una medida como el encarcelamiento preventivo<sup>38</sup>.

35. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555 (destacado agregado).

36. PASTOR, *Excepciones a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, p. 206.

37. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 537 (destacado en el original).

38. La referencia al hecho de que nadie “puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” no tiene relación alguna con la detención preventiva, pues se trata de medidas que, además de cumplir finalidades distintas, difieren sustancialmente en su gravedad.

### III. 4. Falacias que "justifican" las vulneraciones al principio

#### III. 4. A. El carácter "relativo" del principio

Uno de los argumentos para justificar esta medida, consiste en afirmar que los derechos constitucionales no son absolutos, y que pueden ser restringidos en ciertas circunstancias. Sin embargo, esta idea, en sí misma, es falsa. En este sentido, y respecto de la posibilidad de encarcelar a una persona por un período de tiempo indefinido, se afirma, de buena fe, que: "Uno de los principios generales de toda sociedad es que sus integrantes pueden sufrir injerencias en sus derechos fundamentales"<sup>39</sup>.

En primer lugar, se puede demostrar fácilmente que esto no es así en todos los casos. Jamás se ha sostenido, por ejemplo, que se pueda aplicar una pena sin una ley previa que definiera la conducta delictiva y la sanción aplicable. Por otro lado, diversas cláusulas de la Constitución Nacional no reconocen la posibilidad de sufrir ningún tipo de restricción. El artículo 15 de la C.N. afirma: "En la Nación Argentina no hay esclavos...". El artículo 16, por su parte, dispone: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza...". Según la posición que criticamos estas garantías podrían admitir excepciones.

Sin embargo, jamás se ha defendido la opinión de que, en ciertas circunstancias, se pueda imponer una pena por un hecho no delictivo, someter a alguien a esclavitud o reconocer títulos de nobleza. Ello significa que no es posible afirmar que todos los derechos fundamentales puedan ser restringidos o limitados. Así, independientemente de la eventual "necesidad" de regresar a la esclavitud o a los títulos de nobleza, es un hecho cierto que jamás se ha admitido que tal posibilidad resulte permitida por el texto constitucional.

En lo que sí tiene razón LLOBET RODRÍGUEZ es que es posible que los individuos sufran injerencias en ciertos derechos fundamentales. Para ello, la C.N. autoriza expresamente esas injerencias, como sucede, por ejemplo, con la protección del domicilio. Por este motivo, el mismo artículo 18 de la C.N. afirma: "El domicilio es inviolable... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". Pero la presunción de inocencia y el principio de legalidad no están regulados de este modo en nuestra Constitución.

Si admitiéramos el razonamiento que permite injerencias de cualquier magnitud en todos los derechos fundamentales, no solo deberíamos tolerar la prisión preventiva sino, también, que luego de un juicio se imponga una pena por un hecho no previsto en la ley penal, en caso de que existieran razones suficientes para fundamentar la necesidad de que tal hecho fuera castigado.

#### III. 4. B. La compensación como legitimación

Tanto NINO como LLOBET RODRÍGUEZ sugieren que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debe ser "compensado" o "indemnizado". En este sentido, afirma NINO:

*"La tercera situación en la que se justifica el ejercicio de la coacción estatal se da cuando esa coacción es necesaria para impedir que se reduzca la autonomía de algunos individuos que no han consentido esa reducción y se compensa adecuadamente a quienes sufren la coacción aplicada. El principio de compensación es el que debería regir en el caso de medidas de seguridad no consentidas por individuos que las padecen, como... la prisión preventiva de individuos que son luego absueltos"*<sup>40</sup>.

Sin embargo, en el ámbito nacional, la ley 24390, que regula los límites temporales del encarcelamiento preventivo, paradójicamente, "compensa" a quien resulta culpable y no toma medida alguna respecto de quien resulta inocente.

El principio de inocencia claramente establece que el valor de mayor jerarquía es la libertad<sup>41</sup>. La prisión preventiva no es una injerencia sino, lisa y llanamente, la negación del principio. La injerencia, por lo general, es equivalente a la pena. En este punto, es fundamental recordar que, además de que nuestro texto constitucional no admite excepción alguna al principio de inocencia, el artículo 28 dispone: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Y no se puede dejar de tener en cuenta que el daño causado por la prisión preventiva es irreparable. En el supuesto de las medidas cautelares del proceso civil, los intereses meramente patrimoniales se protegen en mayor medida, a través de la contracautela. Tales medidas cautelares, además, no producen un daño irreparable.

39. LLOBET RODRÍGUEZ, La prisión preventiva, p. 169.

40. NINO, Fundamentos de derecho constitucional, p. 456.

41. Ver, también, la minuciosa regulación del derecho a la libertad contenida en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



### III. 4. C. Los fines procesales del encarcelamiento anticipado

Según la doctrina más garantista, "la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución sólo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión es prohibida como pena anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad."<sup>42</sup>

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, "que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad no se pueden diferenciar sustancialmente en la intensidad de la restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción que parta de los fines de la privación de libertad en cada una de ellas"<sup>43</sup>.

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin cautelar. Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista del individuo cuya libertad protege. Desde este enfoque, se impone al inocente la misma medida que al condenado. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado, se le atribuya a la detención. El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida<sup>44</sup>.

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten menor jerarquía que la libertad ambulatoria del inocente, solo pueden permitir, en todo caso, restricciones mínimas a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe.

El principio de proporcionalidad, en este contexto, no puede autorizar una medida cautelar sustancial-

mente idéntica a la pena. La medida de la restricción cautelar, para ser proporcional, debe resultar sustancialmente inferior a la de la restricción sustantiva, pues las diferentes jerarquías axiológicas de los intereses en conflicto exigen una diferencia significativa entre ambas<sup>45</sup>.

### III. 5. Requisitos materiales del encarcelamiento anticipado

Tanto en la doctrina más moderna, como en la jurisprudencia nacional e internacional, se termina por aceptar que, en el contexto de los sistemas de justicia penal de la región, se disponga la privación de libertad de personas jurídicamente inocentes si se respetan los siguientes requisitos y principios materiales<sup>46</sup>:

- Principio de excepcionalidad: obliga a regular legalmente y a aplicar judicialmente medidas menos lesivas al encarcelamiento como regla.
- Verificación del mérito sustantivo: presupuesto del avance de la persecución, que requiere cierto avance en el procedimiento que permita establecer la probabilidad de que el imputado puede ser responsable por la comisión de un hecho punible.
- Fin procesal: el único fundamento de la prisión cautelar es neutralizar dos tipos de peligros procesales: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de averiguación de la verdad.
- Principio de proporcionalidad: exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado "prohibición de exceso"<sup>47</sup>. Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene: "la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión"<sup>48</sup>.
- Principio de provisionalidad: requiere la subsistencia de todos los requisitos anteriores, para que se autorice a continuar con la imposición de la medida de coerción cautelar.

42. LLOBET RODRÍGUEZ, La prisión preventiva, p. 171 (destacado agregado).

43. LLOBET RODRÍGUEZ, La prisión preventiva, p. 175 (destacado agregado).

44. Para que el fin atribuido a la medida que atenta por completo el derecho protegido pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada. Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permita equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho. Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido mucho mayor valor a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

45. Ver, en este sentido, el magnífico trabajo de Natalia SERGI, Límites temporales a la prisión preventiva, especialmente el punto III. 2, Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva", ps. 136 y siguientes.

46. Un desarrollo acabado y una defensa contraria a la opinión que aquí sostenemos de estos requisitos en BOVINO, El fallo "Suárez Rosero".

47. Cf. SÁNCHEZ ROMERO, La prisión preventiva en un Estado de derecho, p. 67.

48. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 200.

### III. 6. Las aporías del significado del principio

En verdad, teniendo en cuenta las consecuencias que deberían derivar del principio de inocencia, esto es, la imposibilidad absoluta de ser tratado como culpable hasta que se destruya tal estado jurídico, resultan de imposible alcance. Ello pues los desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales mayoritariamente vigentes parten de presupuestos incorrectos o inválidos.

Por un lado, los requisitos materiales mencionados padecen de dos problemas: a) son teóricamente erróneos o inválidos; o b) no son tenidos en cuenta en las prácticas reales de aplicación del encarcelamiento preventivo.

En el punto siguiente trataremos de explicar las razones de esta última afirmación y, de manera embrionaria, formular una propuesta sobre los nuevos enfoques que deben ser adoptados, para que el procedimiento penal, resulte capaz de respetar el principio de inocencia.

## IV. LOS ENGAÑOS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

### IV. 1. Principio de excepcionalidad y mérito sustantivo

En honor a la brevedad, no impugnaremos aquí las diversas aporías propias de cada uno de los requisitos materiales enunciados en el punto III. 5. Basta señalar, respecto del principio de excepcionalidad, dos circunstancias diferentes:

- a) en primer término, el principio no se respeta pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, aunque tales medidas hayan sido legisladas, los operadores judiciales aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla;
- b) en segundo lugar, aun si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento de ningún modo no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada en aquellos casos en los cuales "excepcionalmente" se aplicara. Ello pues el principio de inocencia no establece que solo a la mayoría de los imputados se les debe respetar el principio de inocencia, sino a todos.

En cuanto al mérito sustantivo, la larga experiencia de nuestra región demuestra que, en la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo.

Ello pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial —v. gr., Guatemala—, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales. Piénsese, en este último sentido, que en el C.P.P. Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico que el del auto de elevación a juicio.

El largo período que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar y no se investiga para detener.

### IV. 2. La verificación del peligro procesal

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"<sup>49</sup>.

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular solo puede corresponder a un órgano judicial<sup>50</sup>. El juicio de peligrosidad procesal solo puede estar a cargo del tribunal, pues este exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que podrían suceder en el futuro, esto es, aun no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar ese pronóstico.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huida futura del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de

49. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 12/16, p. 48 (destacado agregado).

50. Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

la justicia —v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero—, no parece posible deducir de otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, "probar" la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro<sup>51</sup>. Esta cuestión, en sí misma, plantea un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia solo autoriza a imponer una pena cuando se ha demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado. Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena solo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

### IV. 3. El margen de error

Si tuviéramos que comparar la racionalidad de la detención procesal con la detención represiva en el marco de las teorías de los fines de la pena, podríamos afirmar que el encierro procesal tiene una finalidad preventivo-especial negativa dirigida a impedir el entorpecimiento de la investigación o la fuga. La necesidad preventiva, como hemos visto, depende del pronóstico de la predicción del comportamiento futuro del imputado. En este marco, la analogía con la teoría de la pena puede arrojar algunas conclusiones interesantes. Para ello recurriremos a la particular visión que los estadounidenses tienen sobre la finalidad preventivo-especial negativa

de la pena, concepto al que denominan "incapacitation".

La incapacitación es la idea de la simple limitación o restricción: tornar a la persona condenada incapaz, durante un período, de cometer un nuevo delito. Este fin de la sanción penal ha sido perseguido, usualmente, a través de predicciones sobre la probabilidad del condenado de reincidir. Aquellos a quienes se considera más probable que reincidan tienen que ser neutralizados, por ejemplo, mediante una pena de prisión o por una pena de prisión más larga de la que de todos modos recibirían<sup>52</sup>. La racionalidad se asemeja bastante a la del encarcelamiento preventivo. Se trata de encerrar a alguien o de alargar su plazo de detención, con el objeto de prevenir que esa persona pueda cometer, hipotéticamente, actos futuros.

En este sentido, MORRIS, luego de destacar la importancia de la definición de la pena merecida, según el grado de culpabilidad por el hecho, señala que hay quienes establecen una relación necesaria entre la pena merecida en estos términos y la pena impuesta. A continuación, el autor marca su diferencia, pues en su opinión el concepto retributivo de pena merecida es un principio limitador que cumple la finalidad de establecer los límites máximos y mínimos de la pena que puede ser impuesta, pero que no nos da mayor precisión acerca de la pena apropiada<sup>53</sup>. MORRIS agrega que cuando decimos que una pena es merecida, en realidad, no estamos afirmando que se trata del castigo adecuado, sino, en todo caso, lo que pretendemos expresar, es que no es una sanción inmerecida o desproporcionada en relación con la gravedad del hecho. No es parte de un cálculo utilitario. El concepto de pena merecida define una relación entre delitos y penas en un continuo entre lo indebidamente clemente y lo excesivamente punitivo, dentro del cual puede ser determinada la pena justa sobre la base de otros criterios<sup>54</sup>.

Sin embargo, MORRIS no termina de ser consecuente con su propuesta. Si la culpabilidad es un límite, ello significa que no es un permiso para agotarla completamente cuando no hay necesidad o razón preventiva legítima que justifique esa decisión. El propio MORRIS afirma que su propuesta representa una decisión justa en términos individuales y una mayor protección a la comunidad. Ninguna de sus afirmaciones es cierta. Si dos personas cometen el mismo hecho y solo una de ellas obtiene un pronóstico de peligrosidad, recibirán un tratamiento diferente, a pesar de compartir el mismo grado de responsabilidad. Ello significa que la imposición de la pena depende, exclusivamente, del juicio de peli-

51. Piénsese que si el Estado aun no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido —el hecho punible objeto del proceso—, cuánto más improbable es que "pruebe" —en verdad, se trata de una tarea imposible— que es muy probable que algo suceda en el futuro.

52. Cf. VON HIRSCH, *Incapacitation*, p. 101.

53. Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 201.

54. Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 206.

grosidad. Si se trata de un error sobre el comportamiento futuro, esto es, de un "falso positivo"<sup>55</sup>, entonces, está siendo castigado por circunstancias pasadas o presentes distintas del delito que cometiera, con criterios propios de un derecho penal de autor<sup>56</sup>. La decisión, en términos individuales, no tiene nada de justa. Además, la condena tampoco significa nada respecto de la protección de la comunidad, en la medida en que se trate de un "falso positivo".

Ahora bien, para que se pudiera aceptar la propuesta de MORRIS, se debería exigir que el pronóstico de peligrosidad tenga un alto grado de certeza acerca de la posibilidad efectiva de que el condenado reincidirá —o que el imputado se fugará—, y que dicho pronóstico se funde en elementos objetivos referidos personalmente al condenado. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. Por un lado, el pronóstico se realiza por métodos estadísticos, lo que significa que la persona es penada porque comparte ciertos atributos con otras personas que, estadísticamente, es más probable que cometan delitos<sup>57</sup>. El problema se agrava por el alto porcentaje de error que arroja el método estadístico que se utiliza, especialmente cuando se trata de delitos graves. En efecto, cuanto más grave es el delito, mayor es la tasa de "falsos positivos" que serán considerados peligrosos y que, si fueran liberados, no reincidirían. Algunos de sus críticos afirman que el porcentaje de falsos positivos es, al menos, del 50%.

El punto de vista de MORRIS, como veremos, plantea serios problemas. Entre ellos se menciona la cuestión de los "falsos positivos". El propio MORRIS reconoce que aun con su método predictivo, que considera más confiable que el método simplemente estadístico, puede prevenir uno de cada tres delitos violentos dentro de un grupo de alto riesgo<sup>58</sup>.

Elo significa que predice dos "falsos positivos" por cada "verdadero positivo", sin aclarar cuántos "falsos positivos" deben cumplir una pena sin justificación alguna. MORRIS trata de evitar esta cuestión señalando que el pronóstico de peligrosidad es la afirmación de una condición presente en la persona condenada, no la predicción de un resultado determinado. Sin embargo, su justificación no resulta convincente, pues se supone que la finalidad de la pena es evitar la comisión de delitos. En

este contexto, ella se justifica si produce efectos preventivos. La comprobación de las circunstancias que fundan el juicio de peligrosidad no alcanza para justificar la imposición de una pena privativa de libertad por un largo período. Su verificación solo tiene sentido si resulta confiable para formular un juicio que permita tomar una decisión que realmente produzca efectos preventivos. Si se verifica una condena anterior, por ejemplo, esa circunstancia, en sí misma, no puede fundar la imposición de una nueva pena, a menos que ella y otras circunstancias permitan, de manera confiable, predecir que el condenado cometerá un delito violento.

#### IV. 4. La discusión en el derecho inglés

En la discusión acerca del tratamiento de aquellas personas condenadas que son definidas como "peligrosas", según se indica, se plantean, en el ámbito inglés, algunas interrogantes. Entre ellas, se discute la legitimidad de imponer largas condenas privativas de libertad para la protección del público, si existen métodos confiables para fundar tales decisiones, a qué clase de delitos debe aplicarse esta solución y, finalmente, qué garantías deben ser observadas en el proceso de toma de decisiones referido a esta cuestión<sup>59</sup>.

Investigaciones recopiladas por órganos estatales han revelado que ningún método de predicción ha logrado un resultado mejor al de predecir un falso positivo por cada verdadero positivo, esto es, un 50% de acierto en la tasa de "peligrosidad". Pero esto es lo que sucede en el mejor de los casos posibles, pues, en realidad, la mayoría de los métodos utilizados solo tienen una tasa de aciertos del 33%. Los delitos graves son comportamientos no usuales y, por ello, particularmente difíciles de predecir con exactitud. El estudio mencionado también reveló que los métodos estadísticos de predicción, basados en variables objetivas determinadas resultaban, en general, más confiables que las predicciones clínicas, fundadas en el juicio personalizado de profesionales experimentados<sup>60</sup>.

Los resultados mencionados, sin embargo, nada dicen respecto de su confiabilidad. La supuesta confiabilidad del método estadístico, en primer lugar, merece serios cuestionamientos. Tomar la decisión de prolongar la detención de una persona por el hecho de que ella

55. En el contexto estadounidense, se hace mención al concepto de "falso positivo" para referirse a aquellas personas que han recibido un diagnóstico de personas "peligrosas" que resulta falso, pues de ser dejadas en libertad no reincidirían.

56. MORRIS pone un ejemplo que evidencia esta afirmación. Justifica, aun si las posibilidades de reincidencia fueran de veinte en una, el encierro de un adolescente negro de diecisiete años que no estudia ni trabaja, hijo de madre soltera que vive en un barrio urbano deteriorado (Incapacitation within Limits, p. 142).

57. En realidad, MORRIS propone tener en cuenta tres criterios: a) una predicción "anamnésica" (anamnestic) que considera la manera en que se comportó en el pasado en circunstancias similares; b) una predicción estadística que considera cómo se comportó en el pasado una persona como el condenado en una situación similar; y c) una predicción clínica, basada en la experiencia profesional de quien hace el pronóstico desde un enfoque psiquiátrico respecto de su eventual comportamiento futuro (Incapacitation within Limits, p. 140).

58. Cf. VON HIRSCH, Incapacitación, p. 101.

59. Cf. MORRIS, Incapacitation within Limits, p. 140.

60. Cf. ASHWORTH, Sentencing and Criminal Justice, p. 159.

61. Cf. ASHWORTH, Sentencing and Criminal Justice, p. 160.

comparte ciertas características con un grupo determinado resulta, en sí misma, una decisión ilegítima. Nada más similar al derecho penal de autor, pues la decisión sobre la pena no se fundará en el hecho concreto que ha cometido sino, en todo caso, en circunstancias tales como "hogar desintegrado", "educación incompleta", "padres alcohólicos", desarrollo de su adolescencia en "barrios marginales", pertenencia a minorías colocadas en situación de "desventaja social", etc. Esto significa que el plazo de detención dependerá, exclusivamente, del hecho de que la persona criminalizada comparta determinadas variables con otras personas consideradas "peligrosas".

El éxito del pronóstico analizado, por otra parte, nada tiene de "objetivo", como se pretende afirmar. Si como lo ha demostrado detalladamente la criminología de la reacción social, las variables relevantes no constituyen un índice que explica las causas del comportamiento antisocial sino, en todo caso, las causas de que ciertas personas sean efectivamente criminalizadas, a pesar de que ellas solo representen un pequeño grupo de toda la población que incurre en determinado tipo de comportamientos, entonces, el supuesto "éxito" del pronóstico no es tal. Si sabemos que del total de personas que cometen agresiones sexuales, solo son criminalizadas aquellas personas que pertenecen a minorías y que, además, cometen violaciones de mujeres desconocidas recurriendo a la violencia, aun cuando el pronóstico se confirme, tal pronóstico no puede ser considerado acertado, pues no explica la causa del comportamiento anterior a la sentencia sino, solamente, la causa de la criminalización posterior. De este modo, el pronóstico estadístico agrava aun más el proceso discriminatorio a través del cual se criminalizan los comportamientos desviados de ciertas personas.

Elo significa que, en las escasas ocasiones en las cuales una persona que no cumple con el estereotipo del violador sea efectivamente criminalizada, por el método estadístico ella será dejada rápidamente en libertad, sin importar, en realidad, el efectivo peligro para el público que su comportamiento futuro puede representar.

Se debe tomar en cuenta, además, la cuestionable confianza que merecen las evaluaciones referidas a los porcentajes de fiabilidad proporcionados por los propios órganos encargados de formular los pronósticos. Elo pues este tipo de estudios, una vez que producen la calificación de "peligrosidad" sobre un individuo, provocan la prolongación de su encarcelamiento, razón por la cual no resulta posible determinar si una futura reincidencia es producto de un pronóstico acertado o de las consecuencias derivadas de la prolongación del encierro carcelario.

En este sentido, una experiencia concreta ha permitido verificar empíricamente la proporción real de fracasos de tales pronósticos. En un estudio en el cual se realizó un análisis clínico de 800 prisioneros, se seleccionó a 77 de ellos según criterios predeterminados de peligrosidad. De esos 77, 48 de ellos fueron puestos en libertad y vigilados por un período de cinco años. En ese período temporal, solo 9 de ellos cometieron delitos "peligrosos". Elo significa que, si los 48 individuos considerados "peligrosos" hubieran sido detenidos por un plazo adicional de cinco años sobre la base del pronóstico de peligrosidad, solo habria habido una "tasa de aciertos" de 9 verdaderos positivos —alrededor del 20 %—<sup>62</sup>.

#### IV. 5. Breves conclusiones sobre los pronósticos

Como hemos visto, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuanta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aun ni siquiera se ha comprobado si cometieron un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como "peligro procesal".

Pensemos, por lo demás, en algunos casos posibles. Supongamos que fuera posible probar el peligro de entorpecimiento y que se trata de un imputado que, aun encarcelado, por pertenecer a un grupo delictivo, pudiera continuar entorpeciendo la investigación desde la prisión. En ese caso, no habria justificación para encarcelarlo, pero, ¿podria ser invocado este argumento para solicitar su libertad?

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son posibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

### V. REGRESANDO AL SIGLO XVIII

#### V. 1. La cárcel como lugar de custodia

Para comprender la actitud de los ilustrados, entonces, resulta necesario atender al origen de la institución carcelaria como instrumento de ejecución de las sanciones punitivas. Durante la caída del régimen feudal se recurrió a una "política criminal de tipo sanguinario... [fundada en] la horca, la marca de fuego y el exterminio"<sup>63</sup>. La "brutal legislación penal de los siglos XVI y

62. Cf. ASWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 160.

63. PAVARINI, *Control y dominación: Teoría criminológica burguesa y proyecto regimérico*, p. 92 (destacado en el original).

XVII" es reemplazada por otras medidas, "a través de una variada organización de la beneficencia pública por un lado y a través del internamiento institucional por otro"<sup>64</sup>.

El nuevo sistema recurre a "la internación coactiva en el vasto archipiélago institucional que surgirá un poco por todas partes en la Europa protestante y también en la católica de los siglos XVII y XVIII"<sup>65</sup>. Se trataba de la "casa de corrección manufacturera" o "casa de trabajo", inicialmente patrimonio de los países protestantes que luego se generalizó rápidamente también en los países católicos<sup>66</sup>. "Con el tiempo... esta originaria institución sufrirá un proceso de especialización, y de esta forma de internación surgirá, a finales del siglo XVIII, también la penitenciaría para los transgresores de la ley penal"<sup>67</sup>.

A pesar de que la prisión surge como lugar de ejecución de la pena a finales del siglo XVIII, la pena carcelaria no adquiere relevancia sino hasta el siglo siguiente. La pena privativa de la libertad recién logra "su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado [siglo XIX]"<sup>68</sup>. Hasta ese momento, los ordenamientos penales recurrían principalmente a penas pecuniarias, penas corporales, pena de muerte y penas infamantes, pues "no consideraban la pérdida de la libertad por un período determinado de tiempo un castigo apropiado para el criminal. Y esto, simplemente, porque la libertad no era considerada un valor cuya privación pudiese considerarse como un sufrimiento, como un mal. Ciertamente existía ya la cárcel, pero como simple lugar de custodia donde el imputado esperaba el proceso; antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propiamente dicha que consistía, como se ha señalado, en algo distinto a la pérdida de libertad"<sup>69</sup>.

El ataque frontal contra el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo que dio fundamento político al nuevo derecho penal fue llevado a cabo por los iluministas del siglo XVIII. Ya en el siglo XVII se habían alzado las primeras opiniones críticas contra el modelo de persecución penal, expresando especial indignación ante la tortura. Entre estas opiniones, es destacable la del magistrado Agustín NICOLÁS, quien en 1682 escribió:

"Quienquiera que reflexione sobre la fuente y sobre los autores de la tortura, no podrá más que estar de acuerdo en que se trata de una invención del Diablo, sugerida a los paganos y a los tiranos para oprimir a una infinidad de gentes de bien"<sup>70</sup>.

Sin embargo, tales voces fueron aisladas, y no fue sino hasta el siglo XVIII cuando se emprendió "decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal"<sup>71</sup>. Entre algunos de los más conspicuos representantes del pensamiento ilustrado que se ocuparon de la justicia penal puede citarse a MONTESQUIEU, con obras publicadas en 1721 (Cartas Persas) y en 1748 (Del espíritu de las leyes); BECCARIA, cuya obra fue publicada anónimamente en 1764 (De los delitos y de las penas); y VOLTAIRE, con numerosas obras, algunas de ellas aparecidas en 1763 y 1766<sup>72</sup>.

Así, la crítica ilustrada surgió en un contexto histórico anterior a la transformación de la cárcel en la institución central de ejecución del castigo represivo:

*"Hasta finales del siglo XVIII la privación de libertad es una de las varias clases de pena que el Estado impone a los individuos condenados. Coexiste en España con la pena de galeras y la pena de muerte, que son las más aplicadas, las mutilaciones y las penas infamantes; en Europa coexiste con la mutilación, los azotes, la deportación y la pena de muerte, como penas principalmente aplicadas. La ejecución pública con fines de ejemplaridad es extensamente aplicada en toda Europa... la cárcel tiene asimismo el carácter de una medida procesal; contiene a los que han de ser enviados a galeras, deportados a colonias o ejecutados públicamente..."*<sup>73</sup>.

En efecto, la prisión como lugar central del castigo no solo surgió luego de que apareciera la crítica iluminista, sino que, además, fue producto necesario de esta. En este sentido, se afirma: "Los siglos XVII y XVIII fueron creando poco a poco la institución que primero el Iluminismo y después los reformadores del siglo XIX transformaron en la forma actual de la cárcel"<sup>74</sup>. La consolidación de la prisión como institución penal, entonces,

64. PAVARINI, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, p. 32 (destacado en el original).

65. PAVARINI, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, p. 32.

66. Cf. MELOSSI y PAVARINI, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, p. 53.

67. PAVARINI, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, p. 33 (destacado en el original).

68. PAVARINI, ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?, p. 25.

69. PAVARINI, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, p. 36.

70. Párrafo reproducido por ESMÉIN, Histoire de la procédure criminelle en France, p. 352, citado por MAIER, Derecho procesal penal, t. I, p. 335. MAIER también señala las opiniones críticas del jesuita alemán Friedrich VON SPEEL, vertidas en una obra publicada en 1631, y del abate FLEURY, quien a finales del siglo XVII señaló la necesidad de abandonar el sistema inquisitivo (Derecho procesal penal, t. I, p. 330).

71. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, p. 335.

72. Cf. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, pp. 336 y ss. Un amplio desarrollo de la influencia del pensamiento iluminista sobre el modelo de procedimiento penal en FERRAJOLI, Derecho y razón, cap. 9, pp. 537 y siguientes.

73. MIRALLES, El control formal: la cárcel, p. 96.

74. MELOSSI y PAVARINI, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, p. 53 (destacado agregado).

acompaña a la consolidación del Estado liberal, como expresión de la racionalización del castigo propia del sistema penal posrevolucionario, en contraposición con la falta de garantías jurídicas, la arbitrariedad y la práctica de la tortura del Antiguo Régimen<sup>75</sup>. En el nuevo Estado, la cárcel se consolida como sistema punitivo que prevalece sobre las penas físicas tan extendidas en el Antiguo Régimen. La prisión se constituye en un baluarte de defensa social durante el predominio del Estado liberal<sup>76</sup>.

En conclusión, si bien es cierto que la impugnación de la detención provisional formulada por los iluministas no alcanzó la magnitud de la crítica dirigida a la práctica de la tortura, diversas circunstancias históricas explican esta singular actitud y, además y especialmente, permiten diferenciar el alcance atribuido en ese particular momento histórico al principio de inocencia, en relación del derecho a la libertad durante el proceso, del que se le reconoce actualmente.

## V. 2. La "justificación" iluminista

Como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades' diversas... la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"<sup>77</sup>. Sin embargo, luego de analizar el contexto histórico en el que se desarrolló la discusión iluminista, no puede dejar de reconocerse que la particular "justificación" que brindaron no tiene semejanza alguna con la dimensión que la justificación del encarcelamiento preventivo ha alcanzado en la actualidad, según la doctrina procesal más garantista e, incluso, según la jurisprudencia de los órganos del sistema de protección internacional de derechos humanos.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los ilustrados, en principio, impugnaron la legitimidad de la detención provisional por su oposición al principio de inocencia. Como ya señaláramos, HOBBS, calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano". VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la

"injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva<sup>78</sup>. CARRARA criticó duramente la prisión preventiva<sup>79</sup>, a la que CARMIGNANI calificó como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura", mientras que GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"<sup>80</sup>.

Al mismo tiempo, se justificó, en ciertas condiciones, la prisión provisional. BECCARIA afirmó que la pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada: "La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito..."<sup>81</sup>. También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple custodia" de un ciudadano solo podía ser "necesaria para o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"<sup>82</sup>. CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no solo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"<sup>83</sup>.

Pero lo más importante, quizá, sean las opiniones de BECCARIA y PAGANO. El primero aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro"<sup>84</sup>. PAGANO, por su parte, se ocupó de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino"<sup>85</sup>. Ambas afirmaciones ponen de manifiesto que la prisión provisional ni siquiera se percibía como una pena, y su rechazo y admisión parcial se vincularon más, en ese particular momento histórico, a su similitud con los tormentos que a su posible parecido con una pena determinada como hoy es la pena privativa de libertad,

75. Cf. ALVAREZ URÍA, *Sociología de la cárcel*, ps. 88 y s. Sin embargo, el autor impugna esta versión de la creación democrática de la prisión: "Se podría objetar que sin embargo el espacio cerrado de las cárceles presenta demasiadas similitudes con las viejas bastillas destruidas en nombre de la libertad" (p. 87). También señala: "La sociología crítica de las instituciones penitenciarias se ha enfrentado con mayor o menor radicalidad a esta pretendida legitimidad democrática que justifica la existencia de las cárceles... En este sentido la prisión lejos de asegurar la igualdad entre todos los hombres ante la ley contribuye a la división de la sociedad y favorece la ficción de que las leyes conciben con la justicia" (ps. 87 y s.).

76. Cf. ALVAREZ URÍA, *Sociología de la cárcel*, ps. 93 y siguiente.

77. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

78. Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 552, 625 y 662.

79. LLOBET RODRIGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 75.

80. Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 626 y 630.

81. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105 (destacado agregado).

82. Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.

83. Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.

84. Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.

85. Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.

Las diferencias entre estas justificaciones y la justificación actual son varias. En primer lugar, parece claro que se reconocía carácter estrictamente excepcional a la detención provisional. Solo esa conclusión es posible si tenemos en cuenta la crítica que antecede a la aceptación del encierro anticipado. Por otro lado, el reconocimiento de BECCARIA del carácter penal de la medida cautelar representa, al menos, un acto de honestidad, que evita recurrir al eufemismo de distinguir nominalmente aquello que para el imputado significa una medida punitiva. Tal reconocimiento, por paradójico que parezca, solo puede producir el efecto de reconocer el carácter necesariamente excepcional de la detención cautelar.

Finalmente, y lo que resulta más relevante, la justificación de los ilustrados, por el contexto histórico en la que surgió, está condicionada por un concepto de proporcionalidad de mucho mayor poder limitador que el utilizado en la actualidad. Es esta profunda diferencia, como veremos, la que hoy exige una reformulación del principio de inocencia, lo que, a su vez, torna absolutamente ilegítimo el instituto del encarcelamiento preventivo tal como lo conocemos en el derecho procesal penal vigente.

### V. 3. El anacronismo y los ilustrados

Para analizar el problema objeto de estas reflexiones, no podemos dejar de lado la interesante observación de BIANCHI en relación con el análisis histórico de las instituciones jurídicas: el "anacronismo" (anachronism). Este autor define el anacronismo como la tendencia a realizar reconstrucciones erróneas de la historia, atribuyendo nuestros propios esquemas actuales de pensamiento, prácticas y estructuras sociales a períodos históricos a los cuales no pueden haber pertenecido<sup>86</sup>.

A nuestro juicio, el debate de autores tales como FERRAJOLI, por ejemplo, incurre en este vicio de anacronismo, pues se analiza la discusión de los iluministas como si esta fuera aplicable a la administración de justicia penal y a las prácticas que se consolidaron en el siglo XIX, esto es, un siglo más tarde desde que el debate de los ilustrados tuvo lugar.

En el particular contexto histórico en el que se desarrolló el debate iluminista, queda claro que la actitud severamente crítica respecto de la tortura, que coexistió con una impugnación de menor intensidad de la prisión provisional, se vincula con el principio de proporcionalidad—consecuencia necesaria del principio de inocencia—. El hecho puntual de que las críticas más duras a la

detención cautelar se hayan concentrado en la dureza en su ejecución resulta buena prueba de ello.

La opinión de los iluministas sobre la prisión preventiva surgió en un contexto en el cual las penas más comunes eran sustancialmente más graves que la prisión, y esta no era considerada una pena sino excepcionalmente. La privación de libertad no se afirmó como pena dominante sino hasta la primera mitad del siglo XIX. Por este motivo, los pensadores de la Ilustración concentraron especialmente su atención en la práctica de la tortura, pues esta sí resultaba materialmente similar, por su naturaleza y gravedad, a las penas del Antiguo Régimen.

Al vincular la crítica dirigida a la tortura con el principio de inocencia, por otra parte, establecieron un presupuesto que, aunque no fuera mencionado, se hallaba en la base de su argumentación: ninguna medida cautelar puede revestir una gravedad o intensidad semejante a la de una medida punitiva. Este presupuesto, de modo necesario, solo puede derivar del principio de proporcionalidad, como corolario del principio de inocencia.

Solo así resulta comprensible la aparente contradicción entre la oposición absoluta a la tortura y la tolerancia a la detención provisional. La semejanza material entre la tortura y la pena, inexistente en el caso de la prisión cautelar, explica, entonces, el diferente tratamiento dado a esta última.

El sentido atribuido por los pensadores del siglo XVIII al criterio de proporcionalidad entre coerción procesal y coerción sustantiva, en consecuencia, es esencialmente distinto del que se atribuye al principio en la actualidad. El pensamiento clásico consideró que el principio de inocencia impedía, de manera absoluta, que aun con fines procesales, se pudiera imponer al inocente una medida de coerción cautelar materialmente equivalente a la sanción sustantiva. El sentido atribuido al principio de proporcionalidad, por ende, exigía que toda medida cautelar, además de ser aplicada excepcionalmente, resultara sustancialmente mucho menos lesiva que la sanción penal eventualmente aplicable.

### V. 4. Inocencia y proporcionalidad

En uno de los pocos trabajos que en nuestro medio han innovado en relación con el tema de la vinculación entre principio de inocencia y limitación temporal del encarcelamiento preventivo, Natalia SERGI, ha destacado la centralidad del principio de proporcionalidad para dar un adecuado tratamiento al principio de inocencia<sup>87</sup>.

86. Cf. BIANCHI, *Justice as Sanctuary*, p. 9.

87. Cf. SERGI, *Limites temporales a la prisión preventiva, especialmente el punto III. 2. Umbral temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva", pp. 138 y siguientes.



La autora citada ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que derivan de la interpretación del principio de proporcionalidad como sinónimo de equivalencia entre medidas de coerción procesal y coerción sustantiva.

Esta interpretación —en términos de equivalencia— del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la pena extraordinaria. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la “pena extraordinaria permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad”<sup>88</sup>. Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta de certeza, al menos, reducía la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción en todos los casos.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la pena extraordinaria. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal “soluciona” su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la pena extraordinaria. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aun más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la pena extraordinaria solo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al “plazo razonable” de los tratados de derechos humanos —Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3—. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado solo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la pena extraordinaria. Cuando la pena es

menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad considerado en términos de equivalencia —v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable—, el encarcelamiento anticipado es más grave que la pena extraordinaria, pues aquel, en realidad —a pesar de la falta de pruebas—, se equipara a la eventual condena.

En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aun más perversa que la pena extraordinaria de la más pura inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, solo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquel estará en peor situación, pues agotará en prisión completamente la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

¿Cuál es la racionalidad de esta práctica? No parece posible asignarle racionalidad alguna. La redefinición del principio de proporcionalidad solo ha justificado lo que el principio de inocencia prohíbe, esto es, tratar a los inocentes del mismo modo que a los culpables. Por lo demás, la aplicación del principio autORIZA a que los imputados por delitos menos graves agoten íntegramente el cumplimiento de la pena antes de ser declarados culpables, colocándolos en peor situación que aquellos que son acusados por delitos mucho más graves. En este contexto, el principio de proporcionalidad carece de todo poder limitador. En consecuencia, resulta necesario atribuirle un nuevo contenido, para que pueda operar como una exigencia adecuada al servicio de la protección de los derechos de las personas inocentes. En esta tarea, puede resultar útil recuperar algunas de las ideas desarrolladas por el pensamiento clásico.

## V. 5. El principio de inocencia como proporcionalidad

1. Para realizar una reconstrucción consistente del pensamiento ilustrado, siguiendo a SERG<sup>89</sup>, debemos tener en cuenta que el principal contenido de limitación que conlleva el principio de inocencia es el principio de proporcionalidad en términos de inequivalencia.

La única posibilidad de redefinir el principio de inocencia en la actualidad, para que pueda operar real-

88. MAIER, Derecho procesal penal, t. 1, p. 880.

89. Un desarrollo mucho más acabado de las consecuencias prácticas de redefinir el papel que juega el principio de proporcionalidad como límite, en un trabajo más reciente de SERGI, Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo.

mente como límite a la coerción estatal, consiste, a nuestro juicio, en dejar radicalmente de lado los desarrollos teóricos tradicionales y, además de seguir la propuesta de SERGI —absolutamente correcta— admitir, al mismo tiempo, que los demás “requisitos materiales o sustantivos” no resultan adecuados para tomar efectivas las limitaciones necesarias que derivan del principio de inocencia.

Nos referimos que debemos partir del hecho de que exigencias tales como: a) fin procesal; y b) principio de excepcionalidad, a pesar de ser las que representan la mejor música para nuestro oídos, no sirven en lo más mínimo para llevar a la práctica los límites indiscutibles del principio de inocencia.

La única manera de redefinir el concepto de inocencia requiere que distingamos el papel que desempeñan tales principios en la aplicación del principio de proporcionalidad, como principios instrumentales, y en la aceptación de que el principio de inocencia tal como ha sido desarrollado por la doctrina ilustrada, se reduce, esencialmente, al principio de proporcionalidad en el sentido de inequivalencia recuperado por SERGI dos siglos más tarde, esto es, que el principio de inocencia es, esencialmente, proporcionalidad, y nada más que eso.

II. Sin embargo, se nos pretende hacer creer que los desarrollos posteriores al positivismo, del siglo pasado —siglo XX—, resultan en principio capaces de ser plasmados en ordenamientos procesales e instrumentos internacionales de manera tal de poner coto al encarcelamiento arbitrario de personas inocentes<sup>90</sup>. La experiencia empírica indica lo contrario.

Por ello consideramos que el contenido central y con reales posibilidades limitadoras derivado del principio de inocencia es el principio de proporcionalidad. Es este principio el que impide que a una persona inocente se le impongan restricciones a sus derechos cualitativa o cuantitativamente similares a las que se pueden imponer a una persona declarada culpable luego de un procedimiento regular ante los tribunales penales competentes, independientes e imparciales.

Poco importa cuál es la finalidad —procesal o no— del Estado al imponer la medida si no se respeta la proporcionalidad; poco importa si se respeta la exigencia de excepcionalidad para quienes resulten efectivamente detenidos, si ello permite que se apliquen medidas materialmente idénticas a las sanciones represivas sustantivas.

Los demás requisitos solo operan como mecanismos instrumentales para que el Estado no puede exceder su única facultad legítima: imponer medidas de coerción procesal materialmente distintas y sustancialmente menos restrictivas de derechos que las medidas tradicionales de carácter cautelar del procedimiento penal. En este contexto, solo la proporcionalidad —en realidad, la falta de ella—, será la única exigencia derivada del principio de inocencia capaz de producir efectos prácticos en el mundo real para eliminar los abusos cotidianos de la justicia penal.

Pero para ello, es hora de destruir el significado dado al principio de inocencia atribuido por los desarrollos teóricos y normativos del siglo XX, y, simultáneamente, recuperar la severa impugnación política de la Ilustración en cuanto a la exigencia de [falta de] proporcionalidad entre pena sustantiva y pena procesal en el siglo XVIII. Hay que recuperar el estilo de impugnación política de los ilustrados, para dejar de sostener que, a diferencia de la pena, el encarcelamiento preventivo es “solo” una medida cautelar. A ningún iluminista se le hubiera ocurrido recurrir al eufemismo —común entre nuestra doctrina procesal más garantista— de afirmar que la tortura era “solo” una medida de prueba<sup>91</sup>.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ URÍA, Fernando, *Sociologías de la cárcel*, en AA.VV., Cuadernos de la cárcel, s. ed., Buenos Aires, 1991.
- ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1992.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1974.
- BIANCHI, Herman, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Ed. Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 1994.
- BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BOVINO, Alberto, *El fallo “Suárez Rosero”*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B.
- BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1992, n.º 8; y en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

90. Una descripción complaciente con tales posturas en BOVINO, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*.

91. No puede dejarse de lado que la Inquisición histórica habría pasado a la historia del horror numérico aun si no hubiera aplicado una sola medida formalmente punitiva.

- BOVINO, Alberto, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal, en Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998. También publicado en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997.
- CARRANZA, Elías, MORA MORA, Luis P., HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio R., *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe, en "Doctrina Penal"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CARRANZA, Elías, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, en "Revista de la Asociación de Ciencias Penales", San José, 1999, N° 16.
- D'ÁLBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 5ª ed., 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, México, 1976.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *La prisión preventiva*, Ed. UCI, San José, 1997.
- MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Ed. Conosur, Santiago, 1995.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Ed. Siglo XXI, México, 1980.
- MIRALLES, Teresa, *El control formal: la cárcel*, en AA.VV., *El pensamiento criminológico II*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- MORRIS, Norval, *Desert as a Limiting Principle*, en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (comps.), *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.
- MORRIS, Norval, *Incapacitation within Limits*, en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (comps.), *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PASTOR, Daniel R., *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.
- PAVARINI, Massimo, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. Siglo XXI, México, 1988.
- ROXIN, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, n.º 14.
- SERGI, Natalia, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *Libro Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, en prensa.
- SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A.
- VON HIRSCH, Andrew, *Incapacitation*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.

# LA FUERZA DE LA INQUISICIÓN Y LA DEBILIDAD DE LA REPÚBLICA

Alberto M. Binder

## I. SISTEMAS JUDICIALES Y DEBILIDAD DE LA LEY

La historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley. Esta frase que parece dramática o exagerada (y, sin duda, su formulación es excesiva) deja de parecerlo cuando nos enfrentamos a un sinnúmero de acontecimientos cotidianos: normas claras, clarísimas, de nuestras constituciones que son incumplidas sin mayor problema, derechos elementales que son considerados meras expectativas o utopías sociales (cláusulas programáticas), abusos en las relaciones sociales que contradicen normas indubitables de la legislación común, ilegalidad en el ejercicio de la autoridad pública, privilegios legales o administrativos irritantes, impunidad generalizada y otras tantas manifestaciones similares que cualquier ciudadano común no tendría ningún problema en enumerar o le alcanzaría con repetir simplemente los dichos populares que expresan la profundidad del descreimiento social en el valor de la ley.

Este estado permanente de anemia legal no es un producto de la época. No lo podemos describir como una *crisis de legalidad*, porque eso presupondría que en algún momento de nuestra historia imperó la ley y que luego se debilitó por algún conjunto de circunstancias. Una perspectiva de esa naturaleza, bastante común en los discursos públicos que apelan a un pasado de gloria, nunca bien delimitado, nunca bien documentado, nos daría una visión empobrecida de nuestro problema. Desde su nacimiento, el Estado indiano se configuró como un sistema de privilegios encubierto por una maraña de legalidad ineficaz. Algunos explicarán esa contradicción como el intento fallido de frenar la reconstrucción del sistema feudal en la nueva América (intento que al final produjo igualmente un sistema feudal sin *legalidad feudal*) otros dirán que la bondad de los monarcas y sus sacerdotes intentó frenar la codicia de los adelantados (y finalmente resultó esclavismo y servidumbre sin “esclavos ni siervos”) o que las distancias, los problemas de comunicación, la vastedad y feracidad de un territorio conspiraban contra las buenas intenciones de la Nueva o Novísima Recopilación. Estas y otras explicaciones similares –en verdad de escaso valor explicativo frente a un fenómeno histórico tan complejo– nos han servido para ocultar las nuevas ilegalidades que cada época histórica producía, generando una sucesión cíclica de emergencias que se reparaban con emergencias, de ilegalidades que convocaban a otras nuevas. Hasta el

presente nos cuesta en América Latina hallar el camino de la fortaleza de la ley y nos sumergimos permanentemente en la “lógica de la emergencia”.

Por supuesto, debilidad de ley ha sido también *debilidad de la razón jurídica*. No solo porque la razón de Estado ha imperado en nuestra historia sino porque también en las relaciones sociales poco ha importado la referencia a la ley o cuando se la ha utilizado, ha sido más para ratificar el poder del poderoso, que para fortalecer la debilidad de quien efectivamente necesitaba recurrir a la razón jurídica. Tampoco aquí podemos hablar de crisis sino de un largo proceso histórico y social de debilidad que ha impedido que la institucionalidad se entremezclara con nuestra vida cotidiana como un sistema de reglas igualitarias antes que como un refugio para privilegios mayores o menores.

Entre la debilidad de la ley y la anemia de la razón jurídica se ha moldeado nuestra cultura jurídica. Desde dos formas predominantes: una, la forma *curialesca* que ha hecho del saber jurídico un saber de formas, cabalas y rituales insustanciales y a la enseñanza una transmisión artesanal de gestorias; la otra, el *conceptualismo* que ha permitido crear otro saber jurídico paralelo al curialesco –pese a su desprecio por él– también despreocupado por construir fuerza para la ley y entretenido en miles de clasificaciones arbitrarias y tan insustanciales como los trámites del gestor. Por otra parte, ambas formas han constituido a la cultura jurídica como una cultura profesional y no como una *cultura de la ciudadanía*. Pese a ello, cada vez que se vuelven evidentes los defectos y debilidades de esa cultura jurídica, se carga el fardo nuevamente en la espalda de una ciudadanía que tiene muy pocas razones valederas para creer en la ley y en el derecho. La autonomía del conjunto de prácticas profesionales que conforman predominantemente el mundo jurídico y que se desentienden de los efectos sociales que producen, constituyen hoy uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de una república democrática. Nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un *reservorio autoritario* que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza, formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aun a modificar. Ella ha sido moldeada por la *tradicción inquisitorial* y, a su vez, reproduce y perpetúa esa tradición del modo más fuerte posible, es decir, sin gran conciencia de ello.

Esta visión exagerada –debe serlo por razones comunicacionales, para volver visible una realidad a la que estamos tan acostumbrados los abogados, está tan enrevesada con nuestra vida cotidiana, que difícilmente sea percibida sino es pintada con colores fuertes, aunque esa pintura distorsione en algo lo que necesitamos ver–, no es el producto de circunstancias particulares. Es el modo como la primera etapa del "estado moderno", que se constituye alrededor de las grandes monarquías absolutas resuelve el problema de la "gestión del nuevo mundo".

Como nos ha enseñado Dussell, América Latina cumple un papel importante en el nacimiento de la modernidad. La Europa que pugnaba por entrar en el gran sistema interregional (que se encontraba al oriente de ella) y que tras los siglos todavía se hallaba cerrado en gran medida a su comercio e influencia (Lepanto estableció un *statu quo*, pero también una barrera infranqueable). La búsqueda de nuevas rutas que financiaba el capital italiano hubiera sido totalmente distinta si Europa no se hubiese "topado" con la inmensidad de América. Allí nació no solo un nuevo "mundo" sino que en gran medida, junto con la circunvalación completa de África se constituyó "el mundo", el "sistema-mundo (Wallerstein) que modificó totalmente la cultura y la economía del Occidente en expansión.

Para asegurar y "administrar" esa expansión, nace un nuevo modelo de Estado, una nueva forma de concentración de poder que deja atrás el sistema feudal y su legalidad estamental, para ejercer "soberanía" sobre territorios más vastos, supuestamente habitados por una nación. Nace así el Estado-Nación, cuya crisis hoy percibimos pero que todavía no ha dejado de existir. Este Estado-Nación se caracteriza por nuevas necesidades de gestión y para ello necesita también reducir la complejidad, anular la diversidad. La "razón gestiva" será el gran instrumento de la modernidad para simplificar el mundo, elaborar categorías unitarias frente a lo diverso, abstracciones frente a fenómenos particulares y concretos inmanejables.

Una nueva forma de la razón instrumental que no es solo ni principalmente producción sino, antes que nada, administración de la diversidad hacia fines productivos concentrados. Simplificación, reducción de la diversidad, cosificación, concentración de poder, abstracción, serán otras palabras para el proyecto político de "una nación, una religión, un rey". De este carácter abarcativo nace la fuerza de la modernidad inicial y la persistencia de muchas de sus ilusiones, que hoy vemos desmoronarse frente a una nueva etapa de la globalización que reclama también un nuevo tipo de estado moderno, aunque con las mismas técnicas de simplificación y la misma realidad de poder concentrado.

Esta primera etapa del Estado moderno consolida un *nuevo modelo de sistema judicial que es el sistema inquisitorial*. A partir de la recepción del derecho romano tardío (*Corpus Iuris Civilis*) y del proyecto de la iglesia romana de consolidar su primacía se van incorporando a partir de siglo XII las viejas técnicas de la "cognitio extraordinem" que nunca constituyeron la esencia del funcionamiento del sistema judicial romano sino su adaptación a las necesidades imperiales. Pero será en el siglo XVI cuando se consolida el sistema inquisitorial como el nuevo modelo judicial de los Estados-Nación, administrados por la monarquía absoluta. El "malleus malleficarum" (1479) será la obra que le dará sustento moral, religioso y técnico al nuevo sistema, junto con las obras de Bodino, las prácticas de Spina y las veleidades de Jacobo I.

La incorporación del sistema inquisitorial no será la adopción de meras técnicas procesales, sino un giro copernicano respecto de las prácticas judiciales anteriores, que extiende sus efectos hasta nuestros días. Él se constituirá como un sistema judicial (y un sistema de legalidad) completo, que tendrá las siguientes características:

- a) Frente a la diversidad de los conflictos y las antiguas formas de dirimir los pleitos entre partes, nace *el concepto de infracción*. Este concepto es capital para entender todo el desarrollo del derecho penal y procesal penal hasta nuestros días. En cada conflicto (el pleito de Juan con Pedro—conflicto primario—) se superpondrá otro, más fuerte y principal que es el pleito entre el infractor y el monarca, es decir, la relación de desobediencia (conflicto secundario). A partir de entonces y hasta el presente el derecho penal dirá "lo que me interesa Juan no es que le hayas pegado a Pedro sino que *en tanto le has pegado a Pedro, me has desobedecido, a mí el monarca, o al orden que he establecido, esa será la causa y la razón de tu castigo*."
- b) La administración de justicia se organiza a través de un cuerpo de profesionales, tanto los juzgadores como un nuevo personaje que será el Procurador del rey, quien ocupa (y ocupará hasta el presente) el lugar de la víctima, primero a su lado y luego desplazándola completamente. Estos cuerpos de funcionarios (que a su vez darán nacimiento a la "abogacía moderna") serán organizados de un modo piramidal, como corresponde a la idea de la concentración del poder jurisdiccional en el monarca. Sucesivos estamentos de esa

pirámide tendrán mayor poder: de todos modos el último escalón de ese modelo de organización será el menos poderoso y sus decisiones siempre provisionales, ya que por el sistema de consultas obligatorias o de medios de impugnación sus decisiones siempre serán revisadas. Este modelo de verticalización que rompe con la idea tradicional según la cual el juez es el juez de primera o única instancia, continuará hasta nuestros días y será una de las características más fuertes del sistema inquisitorial.

c) De la mano de lo anterior se abandonan las formas adversariales propias del derecho romano y germánico y se adapta el funcionamiento del sistema judicial a la preeminencia del *conflicto secundario, es decir, a la relación de desobediencia*. El duelo será entre el *infractor y el restaurador del orden (el inquisidor, representante del monarca o de su orden público)*. Este duelo se desarrollará a través de un *trámite* (sin duda desigual) cuyo objetivo no será la decisión final (la sentencia) sino *restaurar durante el trámite y gracias a él, la relación de obediencia (confesión como sumisión)*. Desde entonces se ha establecido la primacía del trámite y ese trámite como ejercicio de poder. Nuestros actuales sistemas de justicia penal conservan todavía esta característica y ello explica la persistencia del *expediente como práctica fundamental y fundacional de nuestros sistemas judiciales*. El trámite es la expresión material del conflicto secundario.

d) Se adopta la forma escrita y secreta. Ambas dimensiones son parte de lo mismo. En el proceso inquisitorial no se establece un diálogo ni un debate, sino una relación de poder orientada a obtener sumisión. De allí que el infractor (que ya está constituido como tal, una vez que ha ingresado al sistema inquisitorial, es decir, se ha admitido la denuncia, algo similar a lo que ocurre con el actual uso de la prisión preventiva) sea un objeto que debe ser transformado (cosificación, despersonalización que dura hasta nuestros días). La escritura y el secreto constituyen un nuevo mundo judicial, *autoreferente, autista respecto al entorno social, con un lenguaje propio (todavía se habla en los tribunales de un modo distinto y se usan fórmulas antiguas del español), preocupado preterentemente de sus reglas internas, de sus mandatos de adaptación, etc.* De este mundo cerrado na-

cerá la *cultura inquisitiva* que es la matriz básica de funcionamiento de nuestros actuales sistemas judiciales.

e) Los defensores y los juristas de las nacientes universidades se integran al sistema inquisitivo y predomina *la identidad corporativa a la diferencia de funciones*. De este modo el conjunto de abogados gira alrededor y conforma el mismo sistema inquisitivo, ya sean jueces, promotores, defensores o profesores de derecho. Este carácter abarcativo del sistema inquisitorial, sustentado originariamente por la idea de cruzada moral en la que no había otra posibilidad que estar en un bando o en otro (si el infractor es inocente Dios descubrirá su inocencia, si es culpable, su defensor es su cómplice) mutará de formas hasta el presente pero dejará la impronta de una comunidad profesional también autoreferente y con fuertes patrones de adhesión y pertenencia. Ello hace que el problema del sistema inquisitorial sea también un problema del ejercicio de la abogacía y de la enseñanza universitaria.

f) Finalmente, toda esta organización, que parece fuertemente estructurada a través de normas y prácticas escritas, de estatutos profesionales, de un lenguaje técnico, del secreto y la solemnidad, de fórmulas inmovibles es, al contrario, *extremadamente débil*, porque toda esta estructura se sostiene en un vértice de poder con capacidad de establecer excepciones, de saltar etapas y pasos, de imperium sin fundamentación, de remover o sancionar a sus funcionarios (que son empleados del rey, del gobierno, del Estado), de perseguir a defensores y juristas, en fin, una fachada de rigidez y fortaleza que esconden una estructura *débil y sumisa*. En los sistemas inquisitoriales el concepto de independencia judicial es inaplicable porque se trata de un modelo de administración de justicia pensado y organizado sobre la base de la sumisión del funcionario.

En nuestros países se trasladó esta maquinaria judicial pero con características especiales. No en cuanto a su funcionamiento u organización sino en cuanto a su adaptación al sistema fraccionado de poder de este vasto continente. Como ya hemos dicho la *legalidad inquisitorial no pudo siquiera cumplirse como tal* porque el poder concentrado no tuvo la capacidad de extender su poder del mismo modo que en la España recién "unificada". Nuestro sistema feudal, sin legalidad feudal, con-

vivió con una legalidad inquisitiva (totalmente contraria a la legalidad feudal) que no podía ni debía aplicarse. De allí las tensiones que a lo largo de los siglos existieron entre la legalidad de los monarcas y las reglas efectivas del Estado indiano. Esto influyó en nuestro desarrollo institucional de dos modos que constituyen las dos caras de una misma moneda: una impidiendo que se desarrollara una legalidad y una práctica judicial que cumpliera una *función real* en la vida económica y social; la otra generando un espacio ficcional de proclamas y falsas obediencias (se acata pero no se cumple) que tranquilizaba a los monarcas y les permitía aprovechar lo real (las remesas de metales preciosos) sin renunciar a la legitimidad de lo formal (las leyes de Indias). Cuando España decide "administrar" sus reinos bajo otras formas (las reformas de Carlos III) ya se desencadena el fin del imperio español en América. Esta doble configuración de la legislación indiana tuvo dos efectos que duran hasta el presente: uno impidió el desarrollo de algo así como una "ley de la tierra" (buena o mala, pero arraigada en la vida social creando una práctica social de gestación de legalidad). Al contrario, la vida social quedó regida por la arbitrariedad y el interés inmediato. Por otra parte, generó un mundo de ficciones y fantasías de legalidad (las repúblicas aéreas en la terminología bolivariana), alimentado por un sistema judicial y una corporación profesional que lo convirtió en su mundo. La artificialidad del mundo de la legalidad se convirtió en el "mundo real" de la corporación jurídica. Tal como ocurre hasta el presente.

## II. ESPERANZAS Y FRACASOS DEL PENSAMIENTO REPUBLICANO

No sólo nada es tan lineal como ha sido expuesto, sino que la configuración histórica de los sistemas inquisitivos y el derecho penal de la infracción que le es propio fue objeto de agudas y permanentes controversias. Desde los inicios mismos del sistema inquisitivo, la obra teórica y práctica de los inquisidores fue objetada y combatida. No solo los excesos de un Bartolomé Spina sino el propio *Malleus Maleficarum*, encargado por el mismo Papa a los inquisidores Sprenger y Kramer fue considerado como una obra tendenciosa y odiosa por sus contemporáneos. En un primer momento Wyer y los movimientos vinculados a Erasmo de Rotterdam consideraron esos libros y la persecución que provocaban el mejor ejemplo del interés en mantener la superstición y lucrar con ella. Mucho más certera aun fue la crítica del defensor de brujas Francisco Spée. El nombre de su obra "*Cautio criminalis*" nos anticipa un debate que recorrerá la historia hasta nuestros días y que surge no tanto de ideales como de la constatación terrible del abuso, del castigo a inocentes, de la violencia sin control y del apego a ella por parte de los déspotas y sus burócratas.

Pero esos movimientos fueron anticipación de algo mucho más abarcador e importante: la crítica a la justicia del "Ancien régime" que llevará adelante el movimiento de la ilustración. De la defensa de Callas por Voltaire, hasta la epitome de Carrara, pasando por Beccaria, Filangieri, Montesquieu o Pagano nos hallamos ante uno de los mayores esfuerzos por desmontar el modelo inquisitorial y sentar las bases de una justicia penal republicana, tanto en el plano cultural como en diseño de una nueva ingeniería institucional. Asimismo desde el Plan de Legislación Criminal de Marat hasta el Código de Baviera de Anselm v. Feurbach, asistimos al mejor intento de llevar a la práctica los principios políticos de la República en el ámbito de la justicia penal, generalmente en condiciones sociales y políticas adversas. Esta generación de pensadores que nutrió tanto al despotismo ilustrado como al republicanismo más extremo, ha sentado las bases y los grandes modelos de comprensión del problema judicial hasta nuestros días.

Sin embargo, así como la Monarquía absoluta encontró en la Inquisición a su instrumento de control y dominación, el nuevo estado moderno, de cuño bonapartista, diseñará un nuevo modelo judicial, que recoge todas las características del sistema inquisitorial y les da nuevos bríos (ahora será la "legislación moderna" que copiarán todos los estados europeos y latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XIX) y también lo perfecciona dotándolo también de una policía moderna y de una pretensión de exhaustividad (expresada en el concepto de la acción pública) que repotencia al derecho penal de tipo infraccional. El Código de Instrucción Criminal de 1808 restaura la inquisición pese a los esfuerzos que habían hecho los ilustrados. El predominio final de los magistrados que consideraba a la legislación francesa de 1670 como la culminación de la sabiduría jurídica terminó por imponer sus costumbres y sus prácticas, funcionales al nuevo modelo de poder concentrado.

Es así como se consolida el derecho procesal penal de las grandes burocracias judiciales. Las aspiraciones principales del pensamiento liberal: el enjuiciamiento público, los jurados, la determinación precisa de las leyes y las penas, el discernimiento claro de las pruebas, la aplicación de la razón al juicio penal, la tajante división entre derecho y moral, el respeto al fuero íntimo, la abolición de la tortura, la imparcialidad e independencia de los jueces tardará todavía bastante en imponerse en la adopción formal de las leyes y espera todavía su tiempo ante las prácticas inquisitoriales que aún son moneda corriente en nuestros sistemas judiciales.

La recepción de los modelos franceses por el resto de la Europa continental y, en especial, por las nuevas "naciones" alemana e italiana, en la segunda

mitad del siglo XIX producirá textos procesales que renovarían la influencia de los modelos franceses. Además se generará un nuevo desarrollo teórico, que lentamente sacará al derecho procesal de la visión curialesca y pronto lo llevará al modelo conceptualista (del que se burlaba el mismo Ihering). Las nuevas reflexiones sobre la relación jurídica procesal (v. Bülow), la aplicación de las categorías de la también naciente Teoría general del Derecho, la polémica sobre la "actio" (Windscheid y Müther) y otros textos ya considerados clásicos, establecen los cánones del nuevo derecho procesal. Llevados a Italia por Chiovenda, desarrollados y ampliados por toda la escuela italiana (Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Allorio, Manzini, Floriani y tantos otros) y por los nuevos códigos de 1913 y 1930, tendrán una gran influencia en toda América Latina de la mano de Couture, Alcalá Zamora, Alsina, Sentís Melendo, Vélez Maricón y toda una generación de procesalistas que se forma con ellos. Sin embargo, poco se advierte que todo ese aparato conceptual era una teorización sobre el sistema inquisitivo; que los supuestos conceptos abstractos se habían construido sobre la base de un modelo determinado de proceso penal y que este había impuesto sus categorías diferenciales: el trámite por sobre el litigio, el trámite por sobre la decisión de fondo, la supuesta "neutralidad" de las formas procesales, la omnipotencia del juez que convirtió a los sujetos procesales en "auxiliares de la justicia", la burocratización de las formas, de las notificaciones, de las citaciones, el casuismo convertido ahora en feracidad clasificatoria, la ausencia de una reflexión política que escondía una alta funcionalidad política; en fin, así como las viejas doctrinas morales y religiosas ocultaban las verdaderas funciones de la inquisición, el nuevo derecho procesal y sus teorías generales nos mostraban un sistema judicial muy diferente del que existía en la práctica y nos ocultaba sus verdaderas funciones en el marco de la debilidad de la República.

Cuando observamos este proceso en el terreno de nuestros países, más titánicos son los esfuerzos por construir una justicia republicana (todavía esta pendiente una investigación que rescate todos los textos sobre la administración de justicia producidos en la primera mitad del siglo XIX y los analice con base en una perspectiva regional) y más estrepitosos los fracasos. Lo que es claro es que la generación republicana de América, al igual que los ilustrados, tenía claro el papel de una reforma total de la administración de justicia, que dejara atrás para siempre las prácticas inquisitoriales. Tenía claro, también, que esa tarea no era solo una tarea "jurídica" sino que era una de las mayores contribuciones a la fundación de repúblicas, objetivo tan caro, sino más, que la propia independencia. Pero todos los intentos, desde los radicales como los "Códigos Livignston" de Guatemala, hasta los menos agresivos como los "Códigos de Procederes" del Mariscal de Santa Cruz en la Federación Boliviano-

Peruano, pasando por innumerables intentos en las leyes, en los reglamentos y en las nuevas constituciones, fueron derrotados por la práctica cotidiana de la abogacía, por la fuerza tremenda de las rutinas y los trámites, por la visión curialesca (de la cual la Curia Filípica de Hevia Bolaños, usado durante mucho tiempo y similar en su forma a muchos de los actuales manuales y guías prácticas de derecho procesal) o por un pensamiento jurídico que pensaba que la dogmática jurídica poco tenía que ver con el funcionamiento concreto de los sistemas judiciales.

Todo el siglo XX nos encuentra, entonces, con el sistema inquisitorial vivo y potente, aunque revestido de distintos ropajes:

1. Algunos países conservaban directamente el viejo modelo español totalmente escrito, secreto, con pruebas legales, con identidad entre acusador y juzgador. En definitiva el viejo modelo de la "Constitutio Criminalis Carolingia" o la Ordenanza Francesa de 1670 (Argentina en su sistema federal y en algunos de sus Estados, Chile, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Nicaragua –con algunas variantes– Honduras, Guatemala). En ellos la identificación entre las prácticas inquisitoriales y el diseño formal era total.
2. Otros países fueron adoptando progresivamente durante el siglo XX las formas del Código de Instrucción Criminal Francés, ya sea directamente o por la influencia italiana mayormente. No obstante estos sistemas se hallaban muy distorsionados en sus prácticas y de hecho funcionaban casi como sistemas escritos (Bolivia, Ecuador, Perú, Brasil, El Salvador, con adopciones más antiguas directamente del texto francés República Dominicana y Haití).
3. Otros países fueron adoptando o mantuvieron dentro del sistema mixto francés un desarrollo del juicio oral más cuidado, sin perjuicio de la fuerte influencia de la instrucción escrita (Córdoba y otros estados argentinos, Cuba –con la Ley de enjuiciamiento española de finales del siglo XIX–, Costa Rica).
4. Finalmente, otros países generaron sistemas más complejos, con componentes formales del sistema acusatorio, pero con prácticas inquisitoriales y escritas muy claras. En estos países es notoria la fuerte influencia del Ministerio Público que asume el papel que en otros países asumía el juez de instrucción,



Pero en los hechos el funcionamiento se acerca en mucho al de los sistemas escritos, con algunos matices (Panamá, Colombia, México).

Con un ropaje u otro, el siglo XX no sirvió para que América Latina dejara atrás el modelo inquisitorial. Solo hacia el final del siglo, desde mediados de los años ochenta y con mayor fuerza en la última década, se renovó la preocupación republicana por la administración de justicia. Esta vez, ligada además a la necesidad imperiosa de construir sistemas democráticos efectivos y no meras fachadas o democracias fraudulentas. Venezuela, Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala, El Salvador lograron, finalmente, remover las estructuras formales del antiguo sistema procesal y hoy se debaten, con mayor o menor éxito, en el intento de poner en funcionamiento sus nuevos modelos sin caer en las viejas prácticas inquisitoriales que una vez más demuestran su fuerza. Sería un nuevo fracaso volver a construir un ropaje "moderno" para el viejo sistema inquisitorial. Esa es la pelea que en esos países se está dando en estos momentos y se materializa en reformas y contrarreformas, en ajustes y retrocesos, en una situación dinámica cuyo resultado todavía no se puede prever, pero que apela a seguir trabajando fuertemente en cada uno de ellos. Allí, la reforma del sistema inquisitorial está en marcha y el modelo de una justicia republicana pelea, nuevamente en circunstancias sociales y políticas adversas, por no quedar atrapado por las prácticas de los anteriores sistemas.

En otros países ha comenzado con fuerza el debate y la preparación de ese cambio: Brasil, México, Panamá, Colombia –pese a su dramática situación de violencia– o Perú, quien debe retomar el camino que inició en la década de los noventa del siglo pasado y que el autoritarismo del régimen imperante y la manipulación del Poder Judicial dejaron en suspenso. En estos países es imperioso aprender de la experiencia de los otros y asumir como inevitable el costo de la transformación. Nadie cambiará cinco siglos de sistema inquisitorial sin una gran batalla y una época de traumas. Lo contrario es mera ilusión o excusa conservadora. Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neurálgicos y el sostenimiento del proyecto de transformación en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo.

Lo que debe quedar claro de esta pequeña y simplificada historia, cuyo objetivo es mostrarnos cómo el espacio de lo judicial se configura históricamente, es que

el siglo XX no ha sido exitoso en remover la justicia del "Ancien Régime" y solo consiguió cambiar de ropajes a las mismas y viejas prácticas de la inquisición o a lo sumo desencadenar en sus postrimerías el proceso de cambio.

Para América Latina dejar atrás definitivamente el modelo inquisitorial y sus servicios al poder concentrado será una tarea del siglo XXI.

### III. ESTRATEGIAS DE CAMBIO EN EL CAMPO DE LA JUSTICIA PENAL

Cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro. Esto es así, pero con ello estamos diciendo muy poco. Y sobre todo nada estamos diciendo sobre qué significa cambiar la justicia penal. Lo primero que debemos tener en cuenta es que no es posible hacer evolucionar el sistema inquisitivo hacia formas adversariales. Las instituciones centrales del modelo inquisitorial son contrarias al sistema republicano de administración de justicia. Esto no significa, por supuesto, que la justicia penal, como un conjunto de instituciones, discursos, prácticas, etc., no pueda ir cambiando de un modo de funcionamiento hacia el otro, pero esto es posible, solo se introducen nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo de funcionamiento inquisitorial.

Para comprender mejor este punto nos es útil mirar la justicia penal con una visión holística o de sistemas, como un conjunto de interrelaciones entre personas e instituciones que configuran un específico campo de actuación social. Ese campo –como cualquier otro campo social nos dirá Bourdieu– se define por lo que "está en juego". En la justicia penal, en particular, lo que está en juego es el cómo, el para qué y el hacia quien de la violencia del Estado. El sistema penal es expresión de la política criminal del Estado y ella es la política pública que administra los recursos violentos estatales, en especial y primordialmente, la cárcel, cuyo carácter violento nadie puede negar. Tampoco debemos olvidar que la violencia que despliega el Estado y el modo como lo hace forman parte del total del nivel de violencia y de abuso de poder de una determinada sociedad en un momento dado. Podrá cambiar el sentido de la violencia, pero no su carácter y el abuso de poder es más grave aun cuando proviene del Estado.

La justicia penal configura un campo de interrelaciones y por lo tanto de actividad de actores. Actores personales e institucionales. De todos modos, actores institucionalizados aunque a veces fuertes características personales tengan una influencia determinante (el espacio de lo judicial no ha estado exento de los caudillismos que han florecido a lo largo de la historia de nuestra América). Estos actores serán más fuertes y más débiles

y asumirán posiciones respecto del juego general que se desarrolla en ese campo y sus reglas. Su debilidad y su fortaleza se puede medir usando el término de capital, asumiendo que se trata en definitiva de un capital cultural o simbólico. Como ya hemos dicho el campo de la justicia penal se configura históricamente, esto significa que los actores, su capital, las reglas que usan en su interacción, el "sentido general del juego" y muchas de las alianzas entre esos actores ya están predeterminadas por la tradición. Por eso forma una estructura, un determinado patrón de funcionamiento que podemos aislar y analizar.

Ahora bien, esa estructura —en nuestro caso el modo inquisitivo de funcionamiento, con independencia de sus ropajes— si bien condiciona de un modo muy fuerte a los actores no los determina de un modo absoluto, porque si fuera así nada podríamos hacer dentro del campo de la justicia penal y solo un factor externo podría generar cambios (por ejemplo, un cambio en las necesidades del poder concentrado o su desaparición o una modificación central en cualquiera de las características del poder administrador, por ejemplo su fragmentación). De hecho se sostiene a veces que mientras no existan cambios en el modo de ejercicio "externo" al campo judicial, poco se logrará dentro de ese campo. No comparto esta perspectiva, aunque se debe asumir que la estructuración histórica del campo de la justicia penal ha sido condicionada fuertemente por las características y modalidades del ejercicio del poder "externo" a ella y que sin ciertos cambios que se han dado en ese poder en los últimos tiempos (democratización) poco podríamos hacer en el sistema de justicia penal. Pero la estructura no se "impone" totalmente a los actores, así como ella no es el resultado de algo distinto de la "práctica" de los mismos actores. Se trata de un patrón de interacción y por lo tanto de acción humana o acción institucional, fuertemente condicionada pero no determinada en absoluto.

Lo que llamamos "tradición inquisitorial" es el conjunto de factores que condicionan fuertemente la actuación de esos actores. Estos factores son tanto prácticas internas como externas que finalmente constituyen la estructura del campo como la subjetividad de los actores, en una relación que no se puede explicar con la lógica de lo interno o lo externo, lo objetivo y lo subjetivo. No es un problema de un escenario ya estructurado donde los actores actúan con cierta "mentalidad", sino de una imbricación mucho más compleja de prácticas, unidad inescindible de "objetividades" y "subjetividades". La tradición inquisitorial impone reglas de juego, asignaciones de capital (y poder) entre los actores, alianzas y estrategias entre ellos y finalmente define lo que estará en juego, es decir, la violencia del estado, tanto en su intensidad (v.gr. el estado de la cárcel o la impunidad), en sus destinatarios (la criminalidad común o ciertas clases sociales) y en sus formas (la aplicación directa, es decir, mediante acciones policiales o prisión preventiva). Pero,

insisto, esta determinación no es absoluta y existe la posibilidad de introducir "prácticas nuevas" poco funcionales a la estructura inquisitorial y a las necesidades del "poder externo". Pero de todos modos, quien quiera introducir prácticas nuevas deberá tomar en cuenta la estructura que sostiene la "tradición inquisitorial".

Veamos lo mismo con un ejemplo. El "expediente judicial" el "sumario" la "causa" —o como se lo llame en los distintos países— es un conjunto de prácticas provenientes de la "tradición inquisitorial" que conforman toda una estructura de funcionamiento. Este "expediente" (que para legitimarlo algunos llaman "juicio" cuando es todo lo contrario a un juicio) es tanto una realidad objetiva como una realidad subjetiva. Más precisamente, es un modo de interacción entre actores que se objetiviza, pero que es producción de la subjetividad de esos actores. Estas dos dimensiones son inescindibles, el expediente está tanto en el mundo exterior, por así decirlo, como en el espíritu de quien lo fabrica día a día, por rutina, convicción o sin clara conciencia de que lo está haciendo. La fuerza estructurante de la tradición se manifiesta en el carácter sacramental de ese "expediente", que reclama ser custodiado, cosido, foliado, etc. como si fuera un objeto de culto y las fallas en su mantenimiento (la falta de firmas, su pérdida, errores en la foliatura, etc.) se consideran faltas graves del funcionamiento de la justicia penal.

Si analizamos con mayor detalle el "tipo de interacción entre prácticas" que se objetiviza en el expediente, podremos observar que normalmente el ejercicio directo de la violencia queda apenas registrado o fundamentado, que existen muchas actividades repetitivas de fórmulas, que el mantenimiento de la secuencia o el trámite se impone a cualquier otra consideración, que los involucrados en el drama real son convertidos en "actas" y desaparecen como personas de carne y hueso, que no existen discusiones, sino innumerables peticiones a la "autoridad". También podremos observar la posición de los actores. Por ejemplo, la policía tiene poca aparición pero está vinculada a las actuaciones relevantes y es particular a las que fundan la prisión, quien "instruye", sea el juez de instrucción o el fiscal, actúa sin control y poco o nada controla a la policía, quienes deben juzgar están condicionados totalmente por quienes han instruido, cuando no son los mismos, etc. Tras la "rutina" del expediente fácilmente se descubre la autonomía de la actividad policial, la falta de control de los fiscales o los jueces sobre ella, que muchas veces se encubre tras la "sobrecarga de tareas" producto de realizar actividades artificiales o de mucha menor importancia, la inexistencia del juzgamiento imparcial y público. La ausencia de estas prácticas marcan alianzas —también fuertemente estructuradas por la configuración histórica y por ello poco conscientes— entre la policía, los fiscales y los jueces.

Cambiar la justicia penal no es cambiar un código procesal por otro. Entonces ¿qué es? Se trata de introducir en el campo de la justicia penal, algunas nuevas prácticas reactivas a la tradicional inquisitorial, francamente contrarias a ella, que puedan debilitar la actual estructura de ese campo, debilitando también así los condicionantes que pesan sobre los actores, que afecten las tradicionales alianzas existentes, modifiquen el capital simbólico de alguno de esos actores, generen un nuevo "sentido del juego" aunque no se imponga todavía y provoquen algunas alteraciones efectivas en lo que "está en juego". Vemos pues, que cambiar la justicia penal no es —ni podría ser en términos realistas— pasar del estado A (modelo inquisitorial) al estado B (modelo adversarial). Esa será la forma de expresar finalidades u objetivos pero no es así como se desarrollan los cambios en las institucionales sociales.

Si uno analiza desde esta perspectiva, el estado de la reforma de la justicia penal en América Latina podrá ver que en cada uno de los países se ha logrado avanzar con esta estrategia. En algunos, las nuevas prácticas se van afianzando y mueven a otras; en otros países las nuevas prácticas están siendo ahogadas por las viejas de cuño inquisitorial; en otros todavía nada está claro. Este conjunto de problemas, es decir, cómo intervenir en este "duelo de prácticas" que se produce cuando la reforma de la justicia penal es exitosa, es algo que todavía está en estudio y constituye una "segunda etapa de la reforma de la justicia penal en la región".

Desde esta óptica estratégica —no siempre advertida desde perspectivas sociológicas que en el fondo adhieren a una especie de evolución natural de las interacciones sociales o a visiones moralistas que presuponen que solo se trata de cambiar la mentalidad de los operadores— se comprende mejor la función de los cambios de legislación y la necesidad de que ellos sean radicales. En la actual configuración de la justicia penal, la legislación cumple un papel relevante, no tanto por su fuerza imperativa —son raros, si es que existe alguno, los sistemas judiciales que se rijan efectivamente por lo que dicen los códigos procesales y la legislación orgánica— sino, al contrario, por su debilidad. El conjunto de prácticas de los sistemas judiciales está conformado por la tradición y los códigos procesales son débiles (han perdido fuerza normativa), avalan o encubren este funcionamiento. Es decir, son funcionales a la tradición inquisitorial que es la que contiene el verdadero sistema normativo. De allí la importancia de cambios legislativos (procesales, orgánicos, etc) que dejen de ser funcionales a esa estructura. Estos cambios legislativos integrales han demostrado tener la capacidad de instalar algunas de esas prácticas (por ejemplo las audiencias orales, entre otras) que luego serán las palancas y las poleas de la nueva configuración del campo de la justicia. Esa es

la función de los cambios legislativos. Por lo tanto, cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro, pero es imposible cambiar la justicia penal sino se modifica integralmente la legislación que es funcional a la tradición inquisitorial.

Esta misma visión estratégica es la que ha llevado a tomar conciencia de que las nuevas legislaciones deben estar acompañadas de múltiples acciones concurrentes. Todavía no se ha logrado establecer una ajustada articulación entre el conjunto de dimensiones que deben conformar una misma estrategia. Por ejemplo, la capacitación no ha estado orientada a fortalecer las prácticas más relevantes y se ha quedado mayoritariamente en un conocimiento meramente intelectual de los nuevos contenidos normativos o de las exigencias constitucionales para el proceso penal (conocimiento claro está que es necesario, pero que en la estrategia de cambio, de poco sirve sino está acompañado de la adquisición de los conocimientos necesarios para desarrollar la práctica relevante que se ha querido introducir). O todavía no se ha logrado articular los cambios administrativos, en especial aquellos que deben dar soporte a las prácticas que serán inmediatamente atacadas por la tradición inquisitorial (por ejemplo, el soporte administrativo a la realización de los juicios y las audiencias orales). Todas estas dimensiones deben ser todavía ajustadas y es muy conveniente que aquellos países que deben encarar ahora sus procesos de cambio, estudien la experiencia de los otros para avanzar en el afinamiento de estas estrategias.

En definitiva, no es tan simple cambiar la justicia penal. No se puede realizar sin una elaborada estrategia de cambio, que surja de una visión más compleja del problema del campo de la justicia penal. Esto debe servir tanto para regular las expectativas (que nunca podrán ser de corto plazo si se quieren realizar cambios verdaderamente profundos) como para entender los avances y retrocesos de los procesos de reforma, que no siempre son señal de fracaso. Esta visión ha sido un giro muy importante en la tradicional visión republicana que pretendía imponer los cambios por la fuerza misma de los ideales, por el valor de la razón de ellos o por la honestidad y moralidad de sus líderes. Cambiar el funcionamiento de la justicia penal implica cambiar interacciones de poder y ello, nos guste o no, tiene su lógica, sus tiempos, sus formas y sus batallas.

#### **IV. LOS TEMAS INELUDIBLES. LAS PRÁCTICAS IMPRESCINDIBLES**

Con base en lo analizado en el punto anterior, podemos seleccionar prácticas ineludibles que se deben introducir en el funcionamiento de la justicia penal si se quiere sustentar con fuerza una estrategia como la señalada y no sucumbir rápidamente a la tradición inquisitorial.

Por supuesto, estos no son todos los temas de una reforma de la justicia penal, pero ellos son, en mi opinión, los que se deben introducir en una primera etapa de esa reforma. Estos temas, que nutren prácticas concretas, son los siguientes, sin que el orden implique necesariamente mayor importancia, ya que la importancia de cada uno de ellos respecto a los otros dependerá de la particular estrategia de cambio:

### 1. *El enjuiciamiento oral y público*

Como es ya común sostener en la literatura procesal, ningún sistema procesal lleva todos sus casos al juicio oral y público. Pero este no es el problema. La cuestión es que mientras un sistema procesal no establezca ese método de juzgamiento y asegure, más allá de las distintas alternativas, que un imputado podrá siempre asegurarse que será juzgado de tal manera antes de que se le imponga una condena, no podremos *ni siquiera considerar a ese sistema procesal como admisible según las normas elementales de una justicia fundada en las garantías judiciales y el diseño republicano del juicio penal.*

Y en este principio no hay ambigüedad posible. Las doctrinas procesales podrán inventar conceptos, etapas y particularidades "nacionales". La jurisprudencia podrá mirar para otro lado y destacar aspectos insustanciales, la enseñanza universitaria ni siquiera hablar de estos problemas y los abogados adaptarse dócilmente a la falta de litigio. Pero nada de esto trastocará esta verdad simple y elemental: sin juicio oral y público no hay un sistema de justicia penal republicano, de base constitucional y fundado en los pactos internacionales de derechos humanos. Sin establecer el juicio oral y público no se puede comenzar siquiera a hablar de cómo dejar atrás la tradición inquisitorial.

Pero como ya hemos señalado, los sistemas inquisitivos se vistieron de muchos ropajes durante el siglo XIX y XX. Así aparecieron "falsas oralidades" firmemente sostenidas por doctrinas confusas o la molición intelectual de las visiones curialescas. También en esto debemos ser extremadamente claros: el enjuiciamiento oral y público tiene una estructura simple y concreta: jueces imparciales (no jueces que han leído el caso con anterioridad en el "expediente") que atienden el litigio con intermediación y de un modo concentrado (no separado en decenas de audiencias que fraccionan la producción de la prueba o la escriturizan mediante incorporaciones "por lectura" del expediente; acusadores (fiscales o privados) que han preparado el caso y pueden presentar la prueba de cargo en ese juicio, tomando sobre sí el deber de probar (y no el juego de presunciones encubiertas), imputados que han tenido tiempo de preparar su defensa, cuentan con adecuado asesoramiento técnico y respecto de

los cuales se presume su inocencia y son tratados como tales hasta que se pruebe lo contrario. Todo esto realizado mediante una dinámica de litigio sencilla (presentación del caso, producción de la prueba, interrogatorios directos, conclusiones, etc.) luego de la cual los jueces deliberan y dictan sentencia de inmediato. Todo esto, por supuesto, realizado públicamente. Nadie puede ser condenado sin un juicio previo y según la experiencia histórica, el sentido común y el saber popular lo que hemos señalado es un juicio y no otra cosa, por más explicaciones alambicadas que pretendamos realizar los abogados.

El juicio oral y público por más que se desarrolle en un porcentaje menor de casos constituye el eje de la estructuración política y técnica del proceso penal (esto es lo que llamamos "centralidad" del juicio) y extiende sus efectos hacia todas las instituciones procesales y judiciales. La necesidad e importancia de estas ideas, sabidas desde hace tiempo (claras en pensadores como Francesco Carrara), han vuelto a aparecer en el centro de la escena en las últimas investigaciones realizadas en el marco del seguimiento de los procesos de reforma, donde es posible observar cómo los sistemas judiciales que han incorporado recientemente el juicio oral y público tienden a descuidarlo o es rápidamente atacado por la tradición inquisitorial, con graves consecuencias para todo el proceso de cambio. Por eso debemos tener claro que reformar la justicia penal, antes que nada, es incorporar de un modo claro y sin ambigüedades el juicio oral y público, hacer todo lo posible para que su realización no sea afectada por deficiencias administrativas, monitorear su evolución y sostenerlo políticamente para que extienda sus efectos sobre las demás prácticas y hábitos de los operadores judiciales.

### 2. *Las audiencias preparatorias y la oralización de los recursos*

La preparación del juicio requiere acciones preparatorias que generan litigios sobre aspectos incidentales. Por otra parte, la incorporación de salidas alternativas, fórmulas resarcitorias, prácticas de conciliación, etc. también aumenta la cantidad y la calidad de los litigios que se deben resolver previamente a la realización del juicio oral y público o como alternativa a él en la solución del caso. Por otra parte, mientras la etapa preparatoria del juicio se mantenga con la forma y la lógica de la "instrucción y del expediente" el mismo juicio oral y público estará en serios peligros, como lo ha demostrado la experiencia de los llamados "sistemas mixtos". Por tal razón, la utilización de audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de las mejores formas de introducir una práctica masiva, totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficiencia del proceso penal

mismo. Esta forma de organizar el litigio, por otra parte, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatoria, alejándola del paradigma del juez instructor y llevándola hacia sus verdaderas tareas de control y resolución, sin comprometerse en la investigación del caso.

Hoy por hoy, la adopción sin ambigüedades del juicio oral y público y la utilización masiva de la oralidad y publicidad en la audiencias preliminares (iniciales, incidentales, conciliatorias, de control general, de control de la acusación, etc.) así como también la oralización y la incorporación del litigio en el trámite del recurso (y no el sacramental "informe in voce") aparecen como las nuevas prácticas con mayor capacidad de abrir brechas en la cerrada tradición inquisitorial.

### 3. Las fórmulas de reparación y conciliación

El poder penal del Estado, esto es, el uso por parte del Estado de instrumentos en la gestión de la conflictividad, es una herramienta de excepción. Ello constituye el programa de mínima intervención que recoge la idea misma del Estado de Derecho y el propio sentido común, ya que no se puede construir una sociedad no violenta, abusando de la misma violencia, por más (o con mayor razón) que ella provenga de las instituciones estatales.

La introducción de la lógica reparadora dentro del conjunto de respuestas disponibles en la justicia penal y, más aun, la creación en ella de ámbitos de conciliación genera nuevas prácticas de gran utilidad para combatir la tradición inquisitorial. En primer lugar, desplaza al trámite por la construcción de un resultado. Nuestras instituciones judiciales no le prestan atención al resultado de su accionar porque les alcanza con cumplir con las rutinas y las fórmulas. Esta liturgia interna, propia de los sistemas inquisitivos, es una de las mayores razones del desaliento social. Por ello, el que aparezca una actividad orientada a solucionar el conflicto adquiere tanta importancia. Por otra parte, la reparación y más aun la conciliación hace aparecer a los sujetos naturales del conflicto y por ese, frente a la despersonalización de los trámites, las actas y los formularios introducen a las personas de carne y hueso y sus problemas tangibles y variados. La conciliación introduce un saludable principio de humanidad en la justicia penal. En tercer lugar, la reparación y también la conciliación requieren manifestaciones especiales del litigio y frente a sistemas "sin litigio", varias las formas, las intensidades y las calidades de los litigios que debe resolver el juez, ayudan a consolidar la idea central de que ese poder jurisdiccional es siempre respuesta a un litigio. Finalmente, frente a sistemas judiciales sobrecargados endémicamente y en los cuales la cantidad de casos sin respuesta es abruma-

dora, la introducción de estas respuestas, una de las respuestas de mayor calidad del sistema, produce grandes efectos en términos de servicios a las personas, confianza y legitimidad del poder judicial, además de colaborar con el control de la sobrecarga de trabajo, lo que libera energía para otras tareas que no pueden ser afrontadas de este modo. Prácticamente podemos decir que un programa de reforma de la justicia penal que no incorpore un amplio programa de reparación y conciliación está renunciando a una de las grandes herramientas del cambio. Las clasificaciones y el conceptualismo (tipos de acciones, tipos de actores, relaciones de la acción civil y la penal, etc.) provenientes en general de la tradición inquisitorial propia de los sistemas "mixtos" dificultan hoy la construcción de un conjunto de respuestas diversificadas y más ajustadas a las necesidades de la gente.

### 4. Las querellas particulares y sociales

En el marco del derecho penal de tipo infraccional, donde prima la relación obediencia-desobediencia, que se expresa, entre otras manifestaciones, en el monopolio de la acción por parte del Ministerio Público (acción pública) se desplaza, como hemos visto, a uno de los sujetos naturales del proceso (la víctima) y se presupone que toda gestión de lo público debe ser una gestión estatal (principio, en definitiva, de raíz totalitaria). Por eso, frente a sistemas judiciales que se han configurado desde la acción pública y supuestos intereses generales de tipo abstracto, una fuerte incorporación de la víctima y la adopción de la idea de gestión social de bienes públicos, abre nuevas perspectivas, totalmente contradictorias con la tradición inquisitorial, como ya había señalado Carrara con maestría.

Por otra parte, estas incorporaciones aprovechan nuevos y más amplios recursos dispuestos a sumar sus esfuerzos en revertir el fenómeno de la impunidad estructural. Como se ha demostrado ya en innumerables ocasiones han sido personas, grupos de personas u organizaciones no estatales, quien han empujado con mayor éxito al Estado a ser más eficiente en la persecución penal, en especial de graves delitos que comprometen a los mismos funcionarios públicos (violaciones a los derechos humanos, corrupción, abuso de poder, etc.) como en los casos de criminalidad no convencional protegida por redes de impunidad o cometida por sectores poderosos de la sociedad. Se trata, también, de otra forma de introducir la idea de una "actuación orientada al resultado", contraria a la preeminencia del trámite y el "movimiento insustancial de las causas" propios de la tradición inquisitorial.

## 5. El control del tiempo

Otra de las prácticas que necesita ser combatida de un modo muy concreto es aquella según la cual la administración de justicia penal no cumple con los plazos impuestos por la ley y carece de todo tipo de control del tiempo. Si bien la literatura procesal va a repetir de un modo superficial que en el proceso penal los plazos son perentorios, lo cierto es que en la actuación cotidiana de los tribunales, el incumplimiento de todos los plazos no produce consecuencias o por lo menos no produce consecuencias graves. Incluso los plazos previstos para resguardar la libertad (plazos de detención o de prisión preventiva) suelen ser incumplidos sin mayor crisis. Frente a esta vieja práctica de cuño inquisitorial es necesario incorporar nuevos y claros mecanismos de control del tiempo, ya sea restaurando la idea de perentoriedad, introduciendo formas de caducidad, incluso aplicable a los funcionarios públicos y extrayendo consecuencias del silencio del poder judicial, como ya hoy se hace respecto de la falta de respuesta en otras áreas contenciosas, en especial en el campo administrativo.

Una fuerte introducción de la variable temporal en el desarrollo del proceso produce un efecto importante en la *disciplina del litigio*, evitando el litigio indirecto, el litigio sobre las formas, el abuso de los planteos de nulidad y empujando al sistema a la discusión de fondo. Recordemos que dadas las bases expiacionistas de los sistemas inquisitoriales históricos, esas funciones de expiación se expresan mejor en el trámite que en la decisión de fondo. Para la inquisición que buscaba el arrepentimiento, la sentencia siempre fue un fracaso. Esta vieja concepción hoy sobrevive oculta en nuevas y complejas prácticas de postergación permanente de las decisiones de fondo y en la idea general de que *el verdadero ejercicio de poder está en el trámite y no en la sentencia*. Para que ello ocurra se requiere un tiempo elástico, al servicio de esas finalidades. Al volver estricto y más rígido el control temporal, se afectan prácticas centrales de la tradición inquisitorial.

## 6. Las salidas alternativas de baja punición

Por otra parte, si se pretende revertir la tendencia del sistema a no prestar atención a sus condiciones de eficacia (oculta por su obsesiva preocupación por el trámite) y, al mismo tiempo, se quiere aumentar la cantidad y la calidad de las respuestas de la justicia penal a las peticiones de las víctimas, es indispensable introducir unas baterías de salidas que impliquen una baja intensidad del castigo, pero una fuerte señal de falta de impunidad.

Los distintos mecanismos que se pueden utilizar para este fin, que van desde los mecanismos de suspen-

sión del proceso a prueba y la imposición de ciertas reglas de conducta, hasta la realización de juicios muy simplificados o la renuncia al juicio mediante un acuerdo sobre el hecho, la responsabilidad y la pena, aumentan la capacidad del sistema de justicia para brindar esas respuestas y se enfrentan a la tradición inquisitorial que utiliza instrumentos toscos e intensos de castigo y tiene poca flexibilidad para enfrentarse a la variedad de casos que impone la vida. Carece de importancia discutir si estas salidas deben existir en la legislación penal o procesal. Normalmente se construye una verdadera política de diversificación de salidas utilizando las posibilidades de ambas legislaciones. Lo importante es que frente al modelo de un sistema procesal con uno (la cárcel) o pocos instrumentos es necesario construir otro que ponga en manos del juez la mayor variedad posible de instrumentos de intervención en el conflicto, todos ellos de menor intensidad violenta que la pena.

## 7. Las medidas administrativas necesarias para la organización del juicio

La importancia del juicio oral y de las audiencias preliminares como la principal *contrapráctica* frente a la tradición inquisitorial no puede quedar debilitada por la falta de una organización que resuelva los problemas de concentración de recursos humanos y materiales en una fecha y espacio determinado con precisión. Hemos podido comprobar que una de las dimensiones que más debilita al juicio oral, con grave perjuicio para la totalidad de los cambios proyectados consiste en las continuas suspensiones que se provocan por errores o molicias en la preparación del juicio. Ello incluso cuando las normas procesales establecen un tiempo suficiente para la adecuada organización del debate.

Testigos cuya citación no ha sido monitoreada con cuidado, objetos que no son asegurados en custodia y preservación para evitar su contaminación, imputados, que aun estando detenidos, no son llevados a la comparecencia en el juicio oral, fiscales, defensores o jueces que llegan tarde a las audiencias, provocando congestión en el trabajo de los demás, etc., son solo algunas de las prácticas que hay que revertir para evitar la debilidad del juicio oral. Se debe tener claro que estos defectos de organización o administrativos, que parecen menores o no se les asigna el carácter de "problemas procesales" son, precisamente, uno de los principales ataques que se realizan desde la tradición inquisitorial al juicio oral y mucho más aun a las audiencias preliminares, que son las que impiden que se restaure la lógica inquisitorial en la vieja etapa de instrucción.

La creación de un adecuado sistema de administración, específicamente orientado a la realización del juicio oral es un tema ineludible para sostener esta prin-

principal estructura dentro de los sistemas procesales. Mucho más aun en los primeros años del cambio, donde no se puede esperar que se supla con "sentido común" muchos de los problemas que genera una inadecuada administración de los recursos para el juicio oral. Al contrario las lagunas y problemas que genera esta dimensión administrativa son llenadas por las viejas prácticas inquisitoriales o utilizadas para demostrar, siempre con una premura inusitada, que el juicio oral "no funciona".

### 8. *La flexibilización de la organización judicial*

La estructura vertical y jerarquizada de organización judicial, tal como hemos visto, es una de las características principales del sistema inquisitorial. Tan es así, que es uno de sus atributos definitorios, tanto como el carácter escrito y secreto o la falta de defensa y la búsqueda de la confesión. La idea central de este modelo verticalizado, que confunde las distintas funciones jurisdiccionales (control de la investigación, juzgamiento, control de la sentencia, etc.) con un esquema de jerarquías, es uno de los resabios más fuertes y sólidos del modelo inquisitorial y uno de los mayores reservorios de la cultura inquisitiva. Por otra parte, la vieja función de este diseño (recordemos que se trata de un diseño de una "casualidad histórica") al servicio de la debilidad de la judicatura, de la concentración del poder en las cúpulas judiciales (luego vinculadas a las cúpulas políticas), de las afectaciones "internas" a la independencia judicial, del carácter "provisional" de las sentencias y el aumento de la arbitrariedad judicial y el decisionismo, sigue tan vigente como antes. Poco se ha podido avanzar en América Latina en este campo y sin duda ello es muestra de que se trata de uno de los puntos fuertes de la tradición inquisitorial.

Cuando hablamos de flexibilización de la organización judicial nos estamos refiriendo a la ruptura de la idea de jerarquía (en el poder judicial no existen jueces inferiores y superiores) a la separación tajante entre la estructura de gobierno y las competencias judiciales (lo que no significa necesariamente adoptar un determinado modelo del "Consejo de la Magistratura o Judicatura" sino más bien adoptar nuevas formas de democratización del poder judicial, la polifuncionalidad de los jueces (que no tienen que estar atados permanentemente al mismo tipo de actividad jurisdiccional), la existencia de múltiples formas de integración de los tribunales, etc. Abandonar el modelo rígido y la estructura verticalizada, y desencadenar procesos internos de democratización de la organización judicial introduce nuevas prácticas políticas genuinas al interior y al exterior del poder judicial. Un sistema de administración de justicia que no desarrolla sus genuinas prácticas políticas seguramente quedará atado a las prácticas políticas espurias y tradicionales (clientelis-

mo, "cuoteos", sumisión", control interno arbitrario, "familias judiciales" etc.).

### 9. *La defensa pública*

Tampoco se puede combatir la tradición inquisitorial sino se ataca otra de sus características centrales que es la falta de defensa del imputado y la búsqueda de la confesión. Si, además, dada las condiciones actuales de selectividad del sistema penal (selectividad a la que contribuye en gran medida el propio modelo de la justicia penal) la gran mayoría de los imputados son pobres y carecen de la posibilidad real de nombrar un defensor privado, la creación de nuevos sistemas de defensas públicas, renovados en su organización, con capacidad de integrar los otros recursos sociales (sistemas mixtos), no burocratizados, pensados desde la idea de lealtad y servicio al cliente y no sobre la de lealtad al sistema y a la carrera judicial, aparece como una herramienta esencial a la hora de introducir nuevas prácticas.

Por otra parte, la estructura adversarial significa la primacía del litigio sobre el trámite y el litigio presupone la "igualdad de armas" entre los contendientes. Esta igualdad de armas no solo tiene un valor en sí misma sino que ella es condición para que la imparcialidad deje de ser una mera fórmula, muchas veces confundida con virtudes morales abstractas y no con una posición concreta frente al caso también concreto.

Organizar la defensa pública sobre nuevos criterios pensados desde sus funciones específicas y no como un reflejo de la organización judicial aparece como una de las medidas necesarias para reforzar la idea de litigio, que está en la base de los juicios y las audiencias orales.

### 10. *Una nueva organización de fiscales.*

En forma similar ocurre con la organización del Ministerio Público Fiscal. No solo es necesario revisar el papel del fiscal para que deje de ocupar el viejo lugar del procurador del rey y se convierta en un *verdadero abogado de las víctimas*. Pero esta nueva función, que nutre toda una familia de nuevas prácticas reclama un tipo de organización totalmente distinta de la tradición donde también el conjunto de fiscales fue organizado siguiendo el modelo de organización de los tribunales. La falta de coordinación en los esfuerzos, la burocratización, la falta de responsabilidad frente a los resultados, la ausencia de criterios políticos criminales, etc. sirven, en definitiva a la preeminencia del trámite.

De la mano de las nuevas funciones del Ministerio Público, así como de sus innovadores modelos organizativos es necesario diseñar nuevas formas de

documentación de la actividad de investigación, para evitar caer en la reproducción del expediente, reflejo material del sistema inquisitorial y emanación de su espíritu y cultura. Introducir la idea de un fiscal que debe ayudar a las víctimas y fortalecer el principio de tutela judicial efectiva, es una buena manera de romper la idea monolítica de los sistemas inquisitoriales donde finalmente todos son "auxiliares de la justicia" y el propio sistema procesal expulsa a los protagonistas reales del conflicto quienes han sufrido el principal daño. De la mano de estas concepciones va la idea de que los fiscales sirven a un "abstracto interés general" que supuestamente desplaza a los intereses particulares en juego. Sin embargo, se puede demostrar que cuanto más amplios son los sectores victimizados (normalmente en los casos de criminalidad no convencional) menor es la eficacia del Ministerio Público y en los casos donde la víctima tiene un interés o un daño concreto, rara vez los fiscales actúan pensando en ella o tratándola con el cuidado debido.

### 11. *Los jurados y la participación ciudadana*

Si bien las opiniones sobre el instituto del jurado son variadas, incluso, dentro del campo de los sectores proclives al cambio, se debe considerar que el modelo de justicia exclusivamente profesional ha estado ligado, de un modo indisoluble, al modelo inquisitorial. Por ello no ha sido casualidad que el derecho penal liberal y muchos de los autores de la Ilustración vieran en la incorporación de los jurados el más duro golpe a la tradición inquisitorial. El modo como en América Latina se han rechazado las experiencias de jurados que se han dado en la historia, sin darles tiempo a consolidarse, excarbando las críticas a sus errores —como si los errores de la justicia profesional no abrumaran a la población— o generando una desconfianza general frente al pueblo que integraría esos tribunales, es para mí un signo claro de la fuerte contradicción que existe entre la tradición que se debe combatir y la incorporación de los jurados. El sistema inquisitorial sabe que no tiene cabida en una organización judicial con participación ciudadana y sin embargo siempre va a contar con una lealtad apreciable (mayor o menor según las épocas, pero siempre importante, de los jueces profesionales permanentes). Por ello, frente a las razones de oportunidad que siempre se han esgrimido, frente a los rechazos que genera, incluso, en quienes adhieren sin reservas a la crítica radical al sistema inquisitivo, creo que hay que volver a sostener, al estilo del viejo pensamiento republicano, que los jurados son todo lo contrario del sistema inquisitorial. Con ellos no es fácil establecer las "falsas oralidades" que han existido a lo largo del siglo XX, menos aun se puede sostener un sistema sin juicio, porque los jurados son incompatibles con el sistema escrito y llevan necesariamente a la adopción

de una oralidad donde las partes se vean obligadas a preparar adecuadamente sus casos.

Lo mismo sucede con otras formas de participación ciudadana, ya sea en las querellas colectivas, en el diseño de la conciliación, en la ejecución de las reglas de conducta propias de la suspensión a prueba, etc. En definitiva, la incorporación de los jurados (en cualquiera de sus formas) es uno de los temas insoslayables a la hora de generar las condiciones de combate a la tradición inquisitorial.

### V. *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA, ENSEÑANZA UNIVERSITARIA*

Pero la visión histórica o la visión sincrónica de campo, quedaría incompleta si le damos al sistema judicial una autonomía impropia frente a otros campos profesionales, igualmente vinculados a los oficios del jurista. Al contrario, la perspectiva correcta nos debe mostrar que el funcionamiento de las instituciones judiciales, la práctica de la abogacía y la configuración del mercado de servicios legales y las escuelas de leyes, son tres dimensiones de un mismo problema. Estas tres dimensiones se alimentan mutuamente y tornan más difícil aun todo intento de cambio.

La práctica de la abogacía, por ejemplo, es más que un reflejo de los sistemas judiciales: son parte inescindible de muchos de sus vicios. Se podrá señalar que no le corresponde al abogado particular sacrificar los intereses de su cliente en aras de la reforma del sistema y ello es correcto. Pero de allí no se puede inferir que en consecuencia no se deben tomar medidas correctivas de ese modo de ejercicio profesional y menos aun tratar de modificar la dinámica del mercado de servicios legales. Este tema ha sido poco considerado. Quizás porque los sectores profesionales del derecho se dividen en tres grandes grupos: uno, aquellos vinculados a grandes estudios y a grandes clientes, para quienes el peor negocio es litigar y de hecho utilizan muy poco el sistema judicial; otro, la gran mayoría de profesionales que se hallan integrados al funcionamiento actual de la justicia penal, ganan su dinero conforme a ello y han adaptado sus prácticas profesionales y la organización de sus oficinas a como son ahora, en la realidad, los sistemas de administración de justicia; en tercer lugar, se encuentran quienes tienen grandes dificultades para ingresar al mercado legal y tratar de hallar medios lo suficientemente rápidos para adaptarse al funcionamiento real de los sistemas y no para litigar en ellos de un modo diferente. De un modo u otro, esas tres dimensiones generan una actitud de desapego o resistencia a los cambios en el sistema judicial.



En cuanto a la enseñanza universitaria, debemos sumarle a la causas generales de las crisis universitarias en América Latina (masividad, falta de planteles profesionales "full time"; "poco debate de ideas, falta de financiamiento propio, etc), aquellas que son propias de las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas (con las excepciones que siempre existirán, sin duda). La tosquedad en la enseñanza del derecho es el reflejo del tipo de necesidades que generan los sistemas judiciales. A su vez, este tipo de enseñanza, que requiere muy poca inversión por parte de las universidades, que muchas veces ni siquiera pagan a sus planteles docentes, son utilizadas por muchas universidades privadas para expandirse o financiar otras carreras "menos rentables". Sumado a todo ello, el enciclopedismo, la falta de crítica, la inestabilidad, etc, no es difícil suponer que las escuelas de leyes cumplen un papel de permanente reproducción de la tradición inquisitorial. Tampoco se ha avanzado mucho en América Latina en este campo. Ya sea por que no hay planteles de profesores dispuestos a realizar un cambio de gran magnitud o sea porque no se tiene conciencia del problema y sus efectos sociales, lo cierto es que las escuelas de leyes no son un agente de cambio sino todo lo contrario. Cómo movilizar a la universidad a que cambie su posición respecto del sistema judicial ha sido un problema difícil de responder y con muchas aristas. Es una tarea pendiente.

Como también está pendiente la elaboración de una estrategia de cambio omnicomprensiva, que trabaje en estas tres dimensiones al mismo tiempo. Ello no quiere decir que no se pueda trabajar sobre cambios muy pequeños y concretos, pero siempre que quede claro que el objetivo final es integrar estas tres dimensiones en una sola idea de cambio judicial relevante. Tal integralidad del proceso de reforma todavía no se ha encarado con fuerza en nuestra región.

## VI. REFORMAS Y CONTRAREFORMAS

Por otra parte, la misma perspectiva de este trabajo nos tiene que llevar a incorporar desde el inicio la idea de reformas y contrareformas, un movimiento de ajuste del sistema y de avances y retrocesos que es ineludible. En primer lugar porque es impensable dejar atrás siglos de una manera determinada de administrar justicia y lograr que en unos pocos años de un modo radical y mágico los operadores judiciales cambien sus forma de trabajo y las funciones sociales y políticas que cumplía su anterior ineficacia sean ahora abandonadas o sus efectos contrarios absorbidos por los otros sectores sociales. Aunque suene extraño, no es creíble un proceso de reforma de la justicia penal que no provoque una contrareforma en un plazo relativamente corto. Si ello no ocurre es

porque, en realidad, *no se ha logrado introducir ninguna práctica relevante contraria a la tradicional inquisitorial*. Es decir su aparente y superficial éxito, sería la muestra más palpable de su radical fracaso. Por el contrario, la profundidad y características de las contrareformas son una clara muestra de cuáles son las prácticas que es necesario sostener. Dejando de lado lo que constituyen simples errores técnicos, el estudio de las contrareformas es ineludible para detectar las prácticas con mayor potencialidad de cambio. Estos estudios todavía no se han desarrollado desde esta perspectiva en nuestra región.

Pero con lo expuesto anteriormente no estamos propiciando una resignación ante lo ineludible y menos aun tratando de elaborar argucias que conviertan el agua en vino. Se trata de destacar que toda reforma real *afecta una dinámica de poder* y es impensable que esa dinámica quede transformada de una vez por todas en un tiempo muy corto. De allí la necesidad de ampliar las etapas de la reforma y así como hemos aprendido a incorporar la etapa de implementación como una fase imprescindible del proceso de reforma, también debemos incorporar esta etapa de contrareformas como una fase más del proceso mismo. Esto nos permitirá diseñar instrumentos de conocimiento y de intervención en este necesario ajuste del sistema reformado. Si el conjunto de prácticas contrarias a la tradición inquisitorial que quedan incorporadas al sistema de justicia penal luego de la contrareforma son suficientes como para que el propio sistema (es decir, mediante la interacción ordinaria de sus actores) evolucione hacia un modelo contrario al sistema inquisitorial, entonces el proceso de reforma habrá finalizado y habrá sido exitoso. No creo que se le pueda pedir más al proyecto de transformar estructuras judiciales alimentadas cultural y políticamente durante más de cinco siglos.

## VII. REFORMA JUDICIAL Y POLÍTICA JUDICIAL

Lo dicho no significa que allí acabe la tarea. Pero en algún punto finalizar eso que llamamos "reforma judicial" o "reforma de la justicia penal". Ellas indican un modo de intervención específico, orientado a los resultados señalados (que son bien distintos del "buen funcionamiento del sistema adversarial" que es un objetivo ya de más (largo plazo que excede los tiempos de la reforma en sí misma) con instrumentos también muy específicos y de una intensidad propia.

Dejar instalada la capacidad de evolución dentro de los nuevos sistemas de justicia penal es, sin duda, una de las "prácticas relevantes" por tener en cuenta a la hora de evaluar el éxito de los propósitos del plan de reforma. Esta capacidad de evolución no solo se mide

por las características de las instituciones incorporadas (por ejemplo el proceso escrito no puede evolucionar hacia un juicio oral, pero un juicio oral deficiente por falta de contradicción o por formalización, sí puede evolucionar hacia una práctica correcta de enjuiciamiento; un fiscal que investiga mal puede evolucionar, pero si no tiene siquiera formalmente las facultades de investigar y dirigir las investigaciones, ¿cómo se convertirá en fiscal?, un juez de instrucción no puede ser jamás un juez imparcial, por más que se trate de la persona más preparada y honesta, etc.) sino también por la información que produce el sistema y por el nivel de crítica y debate que ha quedado instalado en los operadores y en otros actores externos. Allí comienza el momento de la *política judicial* como actividad permanente de perfeccionamiento de los sistemas judiciales que están fundados sobre cimientos republicanos claros y precisos, aunque esos cimientos todavía deban sufrir los fuertes embates de la tradición inquisitorial. Esta política judicial, como toda política pública tendrá épocas y orientaciones, avances y retrocesos o períodos de estancamiento y seguirá la suerte que tenga la democracia en ese país, así como la democracia y la república ya no serán la mismas, según una u otra orientación de la política judicial.

### VIII. CONCLUSIÓN

Tanto la visión diacrónica como sincrónica nos deben llevar a comprender que no podemos analizar la reforma de la justicia penal como el paso de un estado *x* a otro *y* o *z*. Al contrario, se trata de orientar procesos. La tradición inquisitorial es como un río que indefectiblemente viene y en el cual debemos sumergirnos. Podemos realizar muchas acciones con ese río y tener la pretensión de acabar con él; lo que no podemos hacer es desconocer que el río viene y tiene fuerza. En gran medida muchos de los fracasos legislativos o institucionales, así como muchas de las frustraciones de quienes han hecho grandes esfuerzos por construir una institucionalidad republicana proviene de la falta de esta perspectiva.

Tampoco ello significa conformismo o resignación, al contrario, quien quiera modificar profundamente la realidad (los procesos sociales e institucionales reales) debe aprender a comprenderlos y a respetarlos en su densidad histórica, lo que no significa aceptar esa realidad ni sostener "cambios progresivos", que muchas veces son solo el disfraz pusilánime de muchos conservadurismos. La "progresividad" del cambio será una imposición de la realidad que surgirá del entrecruzamiento de fuerzas, de la tenacidad por el cambio radical, de la lucidez estratégica y de otros innumerables factores que no siempre se pueden dominar. Entiéndase bien: en el sentido señalado en este texto, la reforma de la justicia penal no puede ser "progresiva", porque su finalidad es poner a los sistemas de justicia penales en capacidad de evolución y perfeccionamiento. Pero la creación de un sistema de justicia penal verdaderamente republicano siempre será progresivo porque él solo puede existir plenamente si desplaza a la tradición inquisitorial. Por eso, *función de una política judicial republicana y democrática en América Latina es acabar con la tradición inquisitorial*.

Mientras tanto, a la reforma de la justicia penal en América Latina y al movimiento de ideas y acciones que la sustenta y que hoy convoca a muchos y variados esfuerzos le compete dar la primera pelea: la toma de conciencia de que sin un enjuiciamiento oral y público no hay sistema de justicia penal que merezca ese nombre, no hay jueces que estén actuando como tales y está afectada en su raíz tanto la tutela judicial de los ofendidos como la elemental protección del ciudadano que constituye el sistema de garantías. Fortalecer ambas es la aspiración más elemental del Estado de Derecho, de cara a la experiencia histórica del abuso de poder, la sociedad violenta, la impunidad estructural o la crueldad cotidiana del encierro en nuestras cárceles.

# **LOS ALCANCES DEL DERECHO DEL IMPUTADO A RECURRIR LA SENTENCIA ¿LA CASACIÓN PENAL CONDENADA?**

*A propósito del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica"  
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Daniel R. Pastor*

I. El 2 de julio de 2004 la Corte de Derechos Humanos<sup>1</sup> establecida por la C.A.D.H.<sup>2</sup> dictó sentencia en el caso del subtítulo y, en los puntos dispositivos correspondientes<sup>3</sup>, declaró que Costa Rica violó en perjuicio del actor sus derechos a la libertad de pensamiento y expresión (C.A.D.H., artículo 13) y a las garantías judiciales, en especial respecto de los derechos a recurrir la sentencia condenatoria (C.A.D.H., art. 8.2.h) y a contar con un tribunal imparcial (C.A.D.H., art. 8.1).

La Corte dispuso que el Estado debe dejar sin efecto la condena impuesta al autor en el proceso en el que fueron violados sus derechos y, dentro de un plazo razonable, adecuar su legislación, en lo relativo al recurso de la persona condenada penalmente, según los postulados sentados en la sentencia. Ello además de condenar a Costa Rica a pagar una indemnización, fijada en dólares de los EE.UU., a favor del afectado y de obligarla a cargar con una suma, también a favor de este e igualmente establecida en la misma moneda, para solventar sus gastos de defensa "ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos".

II. Mauricio Herrera Ulloa fue condenado penalmente (multa) y civilmente (indemnización) en Costa Rica por cuatro delitos de difamación supuestamente cometidos por este periodista en sendos artículos publicados en 1995 en el periódico local "La Nación". Allí se hacía referencia a informaciones periodísticas extranjeras que atribuían a un diplomático costarricense la comisión de hechos ilícitos. El acusado había sido previamente absuelto por ausencia de dolo y el recurso de casación del acusador llevó a la anulación de la sentencia por falta de fundamentación suficiente respecto del aspecto subjetivo del hecho. En el juicio de reenvío fue dictada la

condenación mencionada. El recurso de casación del imputado, al igual que el presentado por el periódico en su carácter de civilmente demandado y también condenado, fueron declarados inadmisibles —por los mismos jueces que habían anulado la absolución— por no expresar motivos propios de este tipo de impugnaciones limitadas a las cuestiones jurídicas. Ante ello, el caso fue llevado a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA<sup>4</sup> por violación, fundamentalmente, del derecho a la libertad de expresión y también por infracción de ciertas garantías judiciales durante el proceso. La Com. I.D.H. sometió el caso a la Corte I.D.H. por vía de demanda y así se llegó a la sentencia analizada.

III. La sentencia de la Corte I.D.H. es sumamente interesante por varias razones. Sin duda la más destacada es la relativa al problema central del derecho a la libertad de expresión o, mejor dicho para el caso, de la libertad periodística, cuestión que no será objeto de tratamiento en esta nota destinada a otro punto de la decisión. Tampoco habrá aquí un tratamiento del relevante asunto de la afectación de la imparcialidad del tribunal de alzada cuando sus jueces intervienen por segunda vez en un asunto del que ya han conocido previamente por medio de un recurso anterior, aunque no se puede dejar de mencionar someramente que en este punto la sentencia parece inobjetable, pues es razonable temer una hipotética pérdida de neutralidad objetiva por parte de aquellos jueces que ya han conocido del caso y anulado una sentencia definitiva absolutoria. Frente a ese temor resulta preferible, tal como lo expresa la decisión comentada, el apartamiento de esos jueces para que sean otros los que, sin conocimiento previo del caso, se pronuncien sobre el recurso presentado contra la segunda sentencia. No obstante lo claro e indiscutible de ello, lo resuelto por

1. Que, por razones obvias, lleva el extraño nombre oficial de Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte I.D.H., tal como se la cita usualmente en este extravagante "neoespañol" de los iushumanistas).

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Véase, cap. XIV de la sentencia.

4. Oficialmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com. I.D.H.).

la Corte I.D.H. tendrá todavía, en la jurisprudencia de los tribunales locales, muchas y conflictivas idas y vueltas, dado que se trata, también en este punto, de terminar con una tradición asentada, en este caso la que acepta como válidas las sucesivas intervenciones de los mismos jueces de los tribunales superiores en distintos recursos referidos al mismo asunto judicial.

Una mención aparte merecía la declaración de la Corte relativa a que Costa Rica debe dejar sin efecto la sentencia contra el periodista cuyos derechos fueron violados. Si bien esta decisión no tiene efectos directos sobre el caso del derecho interno, no puede dejar de verse en ella una suerte de intervención de la Corte, atípica a su sistema, como "cuarta instancia" del caso, aunque sea de hecho o indirectamente.

IV. La discusión acerca de cuál es el medio idóneo para satisfacer el derecho del imputado a la revisión de la sentencia condenatoria antes de que pase en autoridad de cosa juzgada no es nueva para la doctrina ni para la jurisprudencia<sup>5</sup>. Que el recurso de casación, entendido en su configuración tradicional de impugnación que desecha todo vicio de las resoluciones cuya eliminación no contribuya a asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo, no cumple esa función, es algo que encuentro evidente<sup>6</sup>. Anteriormente, el sistema interamericano consideró que la casación penal tradicional era adecuada para satisfacer este derecho, siempre que las reglas de admisibilidad y procedencia de la casación no fueran interpretadas con excesivo formalismo<sup>7</sup>. Esto ya implicó un primer llamado de atención para el régimen tradicional de la casación, dotado por definición de un insólito rigor formal. El Comité de DD.HH. de la ONU fue más categórico y, a partir del caso "Gómez Vázquez"<sup>8</sup>, comenzó su serie de amonestaciones contra la casación penal española, esto es, contra el sistema tradicional de la casación penal. En estos casos el reproche fue más allá de los aspectos formales y se dirigió también a la imposibilidad de revisión de los errores fácticos de la sentencia.

V. En esa línea, y con apoyo expreso en los precedentes del Comité contra España, la Corte I.D.H. profundiza, frente al recurso de casación, la tímida insatisfacción —reparable— que insinuó la Com. I.D.H. justamente respecto de Costa Rica en los años ochenta<sup>9</sup>. Ya en la fulminación del recurso extraordinario federal argentino, que la Com. I.D.H. llevó a cabo en los años noventa, se podían ver todas las razones que invalidaban también al recurso de casación mismo<sup>10</sup>. Ahora la Corte, al definir los alcances del recurso apropiado para garantizar el derecho en cuestión, nos ofrece muchas precisiones y un enigma aparente.

Las precisiones son:

(a) El derecho de imputado "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" constituye una garantía primordial en la estructura del debido proceso legal (párr. 158).

(b) Esta garantía se deriva del derecho de defensa del imputado, que no se limita a otorgarle posibilidades efectivas de refutación de la acusación, sino que incluye también la facultad de impugnar los vicios y errores de la sentencia de primera instancia (párr. 158)<sup>11</sup>.

(c) La sentencia recurrida por el acusado debe ser revisada "por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica" (párr. 158)<sup>12</sup>.

(d) Dicho tribunal debe tener competencias ordinarias para conocer con amplitud todos los planteamientos del recurrente (párr. 158).

(e) El medio de impugnación en cuestión debe ser un "recurso ordinario eficaz" (párr. 161) que garantice "un examen integral de la decisión recurrida" (párr. 165) que vaya más allá de las típicas cuestiones de derecho (párr. 166) y que se dirija a una fiscalización exhaustiva y

5. Véase, por todos, Maier, *Derecho Procesal Penal [en adelante DPP]*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, I, i, pp. 717 y ss.

6. Véase, mis desarrollos pormenorizados al respecto en Pastor, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2001.

7. Véase los casos pertinentes en *ib.*, pp. 101 y ss.

8. Véase los detalles del caso y la resolución completa en Pastor, *Nota introductoria al caso Gómez Vázquez (dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU contra el sistema de la casación penal)*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal [Casación]*, n.º 1, Buenos Aires, 2001, pp. 757 y ss.

9. Véase Pastor, *La nueva imagen de la casación penal*, pp. 102 y s.

10. Véase *ib.*, pp. 103 y ss., especialmente p. 107 y s.

11. Es lo que en mi trabajo: *La nueva imagen de la casación penal es caracterizado como "el derecho a defenderse una vez más"* (pp. 85 y ss.).

12. Esta doctrina se opone a una todavía reciente posición de la Corte Suprema de Argentina que, en un obiter dictum, se anticipó a sostener que si la sentencia condenatoria emanaba en única instancia del máximo tribunal del Estado ningún recurso estaba exigido jurídicamente, pues la regla del art. 8.2.h de la CADH requeriría solamente que la sentencia fuera revisada por un tribunal superior o que fuera dictada directamente por el más alto de todos (caso "Felicetti, Roberto y otros s/ revisión", sentencia del 21-12-2000). Si bien en esta sentencia de la Corte I.D.H. no se trata de ese problema, la indicación de que el derecho al recurso estipula la intervención de un "juez o tribunal distinto" le niega toda razón a la idea preventivamente pergeñada por la Corte argentina con el fin de que en el caso de que dicte ella una condena en única instancia no hubiera recurso alguno. Ahora deberá pensarse en otra salida para este espinoso problema.

no limitada de "todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior" (párr. 167).

(f) Por ello el recurso, en cuanto a sus motivos de procedencia, debe estar desprovisto de "restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo" (párr. 161).

(g) En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el medio de impugnación "debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho" (párr. 164).

De este modo la sentencia deja en claro unas tesis por las cuales el recurso de casación, entendido en su sentido tradicional, no es adecuado para satisfacer el derecho del condenado a la fiscalización de la sentencia ante otro tribunal. Con estas afirmaciones sencillas el modelo recursivo de la casación penal es condenado a desaparecer, algo que afecta no solo a Costa Rica, sino a casi todos los sistemas procesales penales de Iberoamérica.

Según la interpretación usual, la casación es un recurso extraordinario previsto no tanto para asegurar el fin procesal de la justicia del caso juzgado, sino para garantizar el fin político de la aplicación uniforme del derecho objetivo. Por ello, como es sabido, el remedio es limitado a las lesiones normativas, las de hecho no cuentan porque no pueden afectar la nomofilaxis exigida por el fin político. Este esquema tradicional es incompatible con los razonamientos de la Corte I.D.H. citados. Ya con la afirmación de que el recurso debe ser ordinario queda descartado el recurso de casación, al menos respecto de quienes, aunque a mi juicio equivocadamente, lo consideran "extraordinario". Igualmente, la exigencia de que el medio de impugnación no esté sometido a restricciones implica también claramente que la casación no es suficiente, pues en su esencia reside la restricción de lo revisable a un grupo de cuestiones, las jurídicas, con exclusión de las demás. Tal como se expresa en los desarrollos de los argumentos de la sentencia efectuados por el juez García Ramírez la revisión de la sentencia no debe ser limitada para el imputado. Por lo demás, la necesidad, afirmada en la sentencia, de que el recurso sea sencillo y desprovisto de formalidades excesivas también es incompatible con la casación tradicional, que, en cuanto extraordinaria, está rodeada de excesivas car-

gas formales que poco varían según los países: expresión separada y exhaustiva de cada motivo, fundamentación autónoma suficiente, firma de abogado, necesidad de expresar, bajo pena de inadmisibilidad del recurso, que subsiste la voluntad impugnativa a pocos días de interpuesto el recurso<sup>13</sup>, etc. El voto concurrente citado sigue la línea de Maier en cuanto a que la desformalización del recurso debe incluir la posibilidad de que los tribunales, frente a defectos formales del recurso del condenado, contribuyan a la superación de tales deficiencias<sup>14</sup>. Según dicho voto concurrente, incluso pruebas deben ser realizadas por el tribunal de alzada para asegurar un espectro amplio de fiscalización<sup>15</sup>.

VI. Sin embargo, la resolución descuida mucho la carga argumental propia de una decisión tan trascendente, pues no confronta los antecedentes del recurso de casación, las razones de sus fines políticos y sus limitaciones, su historia —rica e imprescindible para entender de un modo pleno de sentido el sistema de este medio de impugnación—, su inserción en el derecho procesal penal y, sobre todo, su significado para un estilo procesal determinado (el sistema oral y público de enjuiciamiento penal) Unido a ello, por lo demás, la sentencia, como ya se adelantó, plantea un enigma: ¿cuál debería ser, entonces, el recurso adecuado a la C.A.D.H.? El enigma parece aparente dado que los presupuestos sentados respecto del recurso "que no debe ser" contienen una fórmula negativa para el desarrollo del medio de impugnación apropiado. No obstante, ello ayuda poco para el desafío que ahora se les plantea a Costa Rica y a muchos otros países de la región: modificar su legislación procesal penal para dotar al sistema de un medio de impugnación que cumpla con las vagas premisas de la Corte I.D.H.<sup>16</sup>.

Por suerte, la incompatibilidad entre el derecho del condenado a la revisión de la sentencia antes de que pase en firme y el modelo tradicional de la casación penal ya había sido advertida hace tiempo y desde entonces se han formulado algunas propuestas. La muerte de la casación penal tradicional era esperada por todos, pues además de las razones de derecho, propias de la cultura jurídico-penal actual, que ya no permitían aceptar en el proceso penal las limitaciones de este medio de impugnación que impedían para el condenado una revisión amplia de la sentencia, los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales venían

13. Así en el C.R.P.N. argentino, p. ej. Esto solo es una trampa que espera a que algún recurrente se duerma ese día. La exigencia no tiene finalidad racional alguna: nadie interpone un recurso tan complicado y caro como el de casación para después no mantenerlo pues ha perdido en esos días la vocación recursiva. Por lo demás, si esto último realmente sucediera, el recurrente tiene a su alcance el desistir del remedio.

14. Véase DPP, t. I, p. 726 y ss.

15. Esto se desprende del punto 33 de dicho voto.

16. Para Costa Rica la sentencia establece que "dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico a lo establecido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (punto 5 del cap. XIV). Y en el punto 12 del mismo cap. se dispone que "dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento".

anticipando el final. En efecto, cuando la Com. I.D.H. consideró que el recurso extraordinario federal argentino violaba la regla del artículo. 8.2.h de la C.A.D.H., dejó en claro que las razones invocadas para ello implican también la condena de la casación, pues las mismas deficiencias de un recurso están presentes en el régimen del otro<sup>17</sup>. Finalmente, las condenas categóricas, aunque anémicas de fundamentos, del Comité de DD.HH. de la ONU contra España pusieron un punto final para la casación penal tradicional. Por ello, esta sentencia de la Corte I.D.H. no es sorprendente en su contenido.

VII. Ese desarrollo previsible de la cuestión me llevó ya a antes a proponer una modificación del régimen recursivo del derecho procesal penal que asegure el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Las propuestas formuladas se pueden ver, en todos sus detalles, en mi trabajo: La nueva imagen de la casación penal, ya citado. Los aspectos centrales de esos postulados no pueden ser reproducidos aquí minuciosamente pero sí pueden ser presentados de modo resumido.

(a) La cuestión se reduce a la configuración del recurso del imputado contra la sentencia de primera instancia. Ello significa que la casación, con su sentido tradicional, puede seguir siendo un medio de impugnación válido para las demás partes del proceso y para todas ellas en el caso de que lo prevea para acceder a una tercera instancia o a ulteriores, en las cuales la limitación del remedio al fin político de asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo, aunque en gran medida siempre impracticable, es un objetivo tendencialmente defendible si no interfiere con el derecho fundamental tratado.

(b) El principio valorativo rector para la adecuación del recurso consiste en reconocer que en el proceso penal el centro de la escena está ocupado por el imputado y que tan delicada y grave es la imposición de una pena, dictada por personas que naturalmente pueden equivocarse, que él tiene un derecho fundamental a defenderse tan ampliamente como sea posible contra la condena de primera instancia antes de que pase en autoridad de cosa juzgada. Frente al condenado la sentencia errónea es igualmente disvaliosa por sus errores

de hecho que por los de derecho. Por lo demás, hoy sabemos que es imposible una distinción libre de objeciones entre las *quaestio facti* y las *quaestio iuris*.

(c) El escollo básico que se presenta en este problema proviene del ambiente oral, público, concentrado y directo en el que normalmente son dictadas las sentencias condenatorias de primera instancia, en tanto que esas condiciones del enjuiciamiento penal deben ser preservadas pues son las únicas que aseguran la calidad de la sentencia. Frente a ello, una revisión amplia solo conduciría, como se ha dicho muchas veces, a una "segunda primera instancia"<sup>18</sup>, en la que se termina prefiriendo el segundo juicio aunque sea el de los jueces peor informados por la distancia en el tiempo respecto del hecho<sup>19</sup>, situación que es comparada a la de "un pintor que al acercarse la noche intenta corregir el paisaje que otro ha pintado a plena luz del sol"<sup>20</sup>. Ya se sabe: la mera repetición del juicio oral no constituye control alguno<sup>21</sup>.

(d) No se trata, pues, de una segunda instancia amplia, ni de una "segunda primera instancia" ni de la repetición del juicio, en razón de lo siguiente: la primera instancia tiene un objeto determinado por la acusación; la segunda instancia tiene un objeto fijado por el recurso. Son dos debates distintos. En el primero se juzga al autor, en el segundo se juzga la sentencia (lo que Ferrajoli llama "el juicio del juicio"<sup>22</sup>). Decisivo es al respecto que la segunda instancia no reedita toda la discusión, sino que limita el conocimiento del *iudex ad quem* solo a los agravios escogidos por el recurrente (*tantum appellatum quantum devolutum*). Todo lo afirmado y resuelto en la primera instancia que no esté abarcado por el recurso queda firme y no se reedita.

(e) Así pues, un recurso efectivo para la revisión de la sentencia condenatoria de primera instancia tiene que permitir al imputado denunciar todos los errores posibles de su condenación, sean estos de la naturaleza que sean, y, sobre todo, debe permitirle probarlos. Para ello el recurso debe exteriorizar que los vicios señalados son plausibles y debe proponer los medios para verificarlos. Limitado a esos agravios, el conocimiento del tribunal *ad quem*, necesario para aceptar o rechazar los planteamientos del recurso, se alcanzará por dos vías directas: la revalorización de las pruebas de la primera

17. Véase Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 107 y ss.

18. Véase Maier, DPP, t. I, p. 718. Respecto de la segunda instancia ha dicho recientemente Schünemman que, por ello, "no tiene sentido construirla como una mera repetición de la primera instancia" (¿Qué contenido debe tener la segunda instancia en el proceso penal?, trad. de Mariana Saecher [Inédito]).

19. Véase Maier, DPP, t. I, p. 719.

20. Schünemman, *ob. cit.*

21. *Ib.*

22. Véase Ferrajoli, Los valores de la doble instancia y la nomofiliaquia, en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1996/B, p. 268.

instancia que no dependan de la intermediación (en este caso los jueces de ambas instancias están *par conditio*) y la realización en segunda instancia de prueba parcial<sup>23</sup>, restringida a demostrar los puntos del recurso que requieran comprobación exclusivamente por medio de declaraciones.

(f) Los motivos de la impugnación deben ser tanto fácticos como jurídicos. La errónea determinación de los hechos debe ser revisada tal como es y no por la vía indirecta del control de la motivación, que constituye una fiscalización lógica del discurso —no de la fijación de los hechos propiamente dicha— y que suele ser manipulada en la sentencia, para justificar un estado de cosas sin embargo incierto<sup>24</sup>, o en la fundamentación del recurso, para atacar con ese maquillaje jurídico un vicio fáctico normalmente excluido del ámbito de la casación<sup>25</sup>.

(g) El tribunal *ad quem* que reconozca el éxito de la impugnación relativa a la validez de la sentencia deberá anularla y absolver al acusado, pues el reenvío significaría someterlo nuevamente a juicio<sup>26</sup> y prolongar el enjuiciamiento más allá de lo razonable. Si lo admitido es un vicio que no invalida la sentencia (con independencia de que sea fáctico, *in iudicando o in procedendo*), entonces el tribunal de alzada deberá asimilar sus propias comprobaciones con las subsistentes del juicio de primera instancia (sea porque no fueron impugnadas, sea porque no pudieron ser refutadas)<sup>27</sup>. Se trata de una “sentencia integradora compleja”<sup>28</sup> por medio de la cual,

a partir de la capacidad explicativa y comunicativa de la sentencia de primera instancia, el juez del recurso, si reconoce el acierto de las críticas y comprobaciones exitosas de la impugnación, procede, basándose en esa racionalidad del discurso sobre los hechos y sobre el derecho de la sentencia de mérito, a descomponer sus elementos, descartar los inadecuados, incorporar las nuevas adquisiciones apropiadas y reconstruir todo el cuadro en una nueva sentencia<sup>29</sup>.

(h) En los aspectos formales ya había quedado en claro desde hace tiempo, y esto nadie lo discute, que el recurso del condenado contra la sentencia de primera instancia debe permitirle con toda sencillez presentar las críticas concretas y razonadas en las que basa su queja acerca de la imperfección de la sentencia sin cortapisas solemnes<sup>30</sup>.

VIII. En definitiva, dar noticia de lo que ha resuelto la Corte I.D.H. respecto del recurso de casación penal y su relación con el derecho del condenado a impugnar la sentencia es hacer la “crónica de una muerte anunciada”. Por lo demás, ello es algo propio de toda la historia de ese recurso, que se ha mostrado siempre en permanente evolución<sup>31</sup>. Son de por sí ya científicamente insostenibles las ideas que pretenden mantener anclado el recurso de casación al control de las cuestiones jurídicas, debido a que, por un lado, ellas no pueden ser separadas satisfactoriamente de las fácticas y a que, por el otro, el fin político que justifica la limitación —la aplicación uni-

23 Véase, más detalladamente sobre la prueba parcial, Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 164 y ss. En el mismo sentido, ha dicho recientemente también Schönemann, *ib. cit.*, que el tribunal *ad quem* debería “poder revisar y corregir la decisión de la primera instancia acerca de los hechos con ayuda de una práctica parcial de la prueba”.

24 Véase Schönemann, *ib. cit.*, para quien hay que ir más allá del control de la motivación de los hechos porque ese control lógico siempre puede ser eludido por una presentación elegante y convincente de los argumentos que no obstante encubra un error fáctico.

25 Más minuciosamente acerca de las complejas vías para impugnar la *questio facti* presentándola como *questio iuris* a través de la lesión de las normas sobre motivación y otras alternativas, como así también acerca de la imposibilidad de tal situación, Véase, Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 54 y ss.

26 Aunque no desde una perspectiva tradicional y restringida del alcance del principio *ne bis in idem*.

27 La sentencia de primera instancia tiene una fuerza explicativa y comunicativa indiscutible. De hecho, si queda firme, ya no se puede discutir más, judicialmente, la validez y corrección de lo resuelto (salvo la revisión de la cosa juzgada, que es excepcional y extraordinaria). Es el valor típico de la cosa juzgada. Por tanto, si cosa juzgada e impugnación pueden ser parciales, entonces también es lógicamente consistente que un tribunal de alzada pueda reformular una decisión combinando sus propias apreciaciones con las conclusiones sobrevivientes de la instancia anterior. Algo crítico respecto de este producto híbrido se muestra, sin embargo, Schönemann, *ib. cit.*, quien no simpatiza con el valor de las comprobaciones firmes. No obstante, la idea de integrar dos sentencias parte de una de las bases en la que se asienta la función judicial, esto es, en la amplia capacidad explicativa y comunicativa de las conclusiones de todo tipo que se adoptan en un caso judicial. Por ello es que también Schönemann, *ib. cit.*, se presenta finalmente resignado con la existencia de unos “ámbitos en los que el juez de segunda instancia debe darse forzosamente por satisfecho con los resultados probatorios de la primera instancia y con tener que utilizarlos nuevamente”.

28 Véase, más detenidamente al respecto, Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 146 y ss.

29 Así procede ya, p. ej., la casación española; Véase, Pastor, La casación española y la sentencia integradora compleja: Un caso inteligente de superación de los límites tradicionales del recurso, en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 26.3.2004, pp. 1 y ss., donde se puede consultar también el texto completo de la sentencia aludida, en la cual el Tribunal Supremo de España descartó el valor de convicción de ciertas pruebas empleadas por la sentencia de primera instancia, integró al cuadro probatorio sus propias valoraciones respecto de pruebas documentales no utilizadas en la resolución de mérito y dictó una nueva sentencia de signo contrario a la recurrida.

30 Véase, más detalladamente sobre este punto, Maier, DPP, t. I, pp. 726 y ss.; Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 191 y ss.

31 Véase, Salazar Rodríguez, Una nueva visión del recurso de casación por el fondo, en Ciencias Penales, San José, n.º 17, pp. 56 y ss.; Pastor, La nueva imagen de la casación penal, pp. 15 y ss.

forme del derecho objetivo— no es realmente alcanzable<sup>32</sup> ni merece ser preservado por medio del desprecio de las injusticias de hecho de la sentencia<sup>33</sup>. De todos modos, no se trata de abolir la casación e introducir en su lugar una apelación impropia de la cultura oral y pública del enjuiciamiento penal, sino de adaptarla para que pueda cumplir con las exigencias estrictas del derecho fundamental del condenado a impugnar los errores de todo tipo de la sentencia. Los lineamientos exteriorizados brevemente en el punto anterior de esta nota pretenden contribuir a sentar las bases sobre las cuales se podría edificar la reforma necesaria del recurso de casación, exigida por la Corte I.D.H., sin destruir los fundamentos del juicio oral y público.

Esta propuesta pretende que el recurso de casación del condenado contra la sentencia de primera instancia sirva para lograr un doble grado de conocimiento judicial del caso tan extenso como lo desee el imputa-

do, de modo de poder satisfacer así cabalmente y con amplitud (incluso con generosidad, teniendo en cuenta la gravedad de la consecuencia atribuida) su derecho fundamental a una reprobación integral de la condenación, sin que ello se vea cancelado por coartadas o excusas tales como la distinción entre "cuestión de hecho" y "cuestión de derecho", fuente de arbitrarias manipulaciones. Cercenar la revisión y eliminación de los errores de hecho de las decisiones judiciales resulta incompatible con un derecho procesal penal que tiene a la averiguación de la verdad, en la medida de lo humanamente posible, como un valor central del sistema y como garantía de legitimidad de tales decisiones.

Con esto se persigue, como ya lo he dicho anteriormente, asegurar al imputado, por medio del recurso, una protección jurídica realista a través de la cual pueda lograr la eliminación de todo error judicial eliminable en garantía de la interdicción de la arbitrariedad<sup>34</sup>.

32. No todas las aplicaciones desviadas del derecho son corregidas, pues ni todas son recurridas o no lo son de un modo correcto, sobre todo por la gran cantidad de recursos que fracasan por motivos formales. Eso sin contar con que no se puede excluir la existencia de contradicciones también en los tribunales superiores, entre otras circunstancias que implican una verdadera *nomofíllaxis* (Véase, con más informaciones sobre estos aspectos, Pastor, *La nueva imagen de la casación penal*, pp. 35 y ss.)

33. Claro es, como dice Schünemann; *ob. cit.*, que en esto se puede ver una casación más amplia o una apelación restringida.

34. Véase, Pastor, *La nueva imagen de la casación penal*, p. 219; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, Munich, Editorial Beck, 1998, pp. 441 y ss.



# LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO:

*consideraciones en torno a su pleno alcance  
en el sistema procesal costarricense*

J. Federico Campos Calderón\*

*"El que el juez fuera también parte  
no implicaría principalmente  
negar la imparcialidad,  
sino desconocer la esencia misma de lo que es  
la actuación del Derecho objetivo  
por la Jurisdicción en el caso concreto."  
(J. MONTERO AROCA, "Sobre la Imparcialidad ...")*

*"Los abogados proporcionan al juez  
las sustancias elementales  
de cuya combinación nace en cierto momento,  
en el justo medio, la decisión imparcial,  
síntesis química de dos contrapuestas parcialidades."  
(PIERO CALAMANDREI, "Elogio de los Jueces")*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento como esencia del modelo acusatorio: las garantías de imparcialidad y objetividad del juez y sus diferencias. 3. El rol del juez frente a la obtención de la verdad en el nuevo proceso penal. ¿La averiguación de la verdad real o la obtención de la verdad formal? 3.1. La conformación de la verdad: responsabilidad del fiscal y no del juez. 4.- La supresión de la facultad del juez para ordenar de oficio prueba para mejor proveer. 5. La reformulación del interrogatorio en juicio. 5.1. La posición del imputado durante el interrogatorio. 5.2. La supresión de las facultades del juez para interrogar al imputado y los testigos en el debate. 5.3. El interrogatorio directo y el contrainterrogatorio como garantías para la confrontación y control de la prueba testimonial. 6. La oralidad como medio de control de la imparcialidad del juez. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

## 1. Introducción

Desde el mes de enero de 1998 rige en Costa Rica un nuevo Código Procesal Penal (en adelante, C.P.P), sometiéndose así nuestro sistema de justicia penal a una transformación del modelo procesal que estuvo vigente desde el año 1973. El tiempo que ha transcurrido desde entonces, seis años aproximadamente, es término suficiente para evaluar algunos de los procedimientos que lo configuran con el afán de fortalecer aquellos que han respondido con eficiencia al normal desarrollo del proceso penal actual; o bien, reformular o suprimir aquellos ritos que lo obstaculizan. Dicho cambio procesal, que a su vez se ha suscitado simultáneamente en otros países de América Latina, significó para nuestro país la adopción de un nuevo sistema procesal penal denominado mixto, nomenclatura semejante a la asignada al sistema que regía desde 1973<sup>1</sup>, aunque con la gran

\* Especialista en Administración de Justicia Penal de la Universidad Nacional, alumno de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Defensor Público de San José.

<sup>1</sup> También denominado sistema procesal "mixto moderno" o "inquisitivo reformado".

diferencia de que el nuevo sistema procesal se caracteriza por ser predominantemente acusatorio en sustitución del modelo predominantemente inquisitivo que prevalecía con anterioridad<sup>2</sup>.

Desde mi punto de vista, la decisión de nutrir un sistema procesal con principios del modelo acusatorio manteniendo a la misma vez rasgos del inquisitivo, ha acarreado relevantes problemas de acople, debido a que inevitablemente en la práctica emergen contradicciones que resultan muy difíciles de conciliar. A dicha "mezcolanza procesal", presente también en otros países latinoamericanos, autores como M. Langer la denominan una "dicotomía acusatorio-inquisitivo"<sup>3</sup> y, a pesar que desde hace varios años dicho modelo mixto ha sido asumido por los países de tradición continental-europea y buena parte de Latinoamérica, en Costa Rica ha conllevado a la colisión con principios fundamentales del proceso acusatorio que rige en la actualidad.

De esta manera, en el proceso penal costarricense cohabitan disfunciones originadas en la decisión del legislador de mantener algunos ritos de esencia inquisitiva, que se contraponen a las garantías y principios propios del proceso acusatorio, distorsionándose por consiguiente la buena marcha del nuevo paradigma procesal. Ello afecta sensiblemente, como se verá en adelante, la garantía de imparcialidad del juez.

En Costa Rica se ha adoptado un sistema mixto-acusatorio donde se supone que la oralidad es un aspecto esencial; sin embargo, algunas disposiciones normativas entran a dicha jurisdicción conformarse en un verdadero proceso adversativo, signo fundamental dentro de un modelo acusatorio. Ello pone en el tapete de la discusión de nuestro entorno, la necesaria e inevitable evaluación de esas antinomias con las que debe lidiar el operador del sistema judicial y que prevalecen en el pro-

ceso penal actual<sup>4</sup>. Las críticas que se expondrán en el desarrollo de este artículo, tienen como fin primordial incluir correctivos para suprimir o reformular los procedimientos que atentan o impiden el cumplimiento de los principios y garantías que informan el modelo acusatorio, entre estos la oralidad y la garantía de imparcialidad del juez.

Las enmiendas a las que aquí se hará mención, pretenden acercar nuestro proceso penal a un modelo acusatorio adversativo, cambios que deben hacerse a corto o mediano plazo, tomando en cuenta la evolución que en este sentido han tenido otros países latinoamericanos, como por ejemplo Chile y El Salvador<sup>5</sup>.

## 2. La separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento como esencia del modelo acusatorio: las garantías de imparcialidad y objetividad del juez, y sus diferencias

Una de las principales características del proceso penal acusatorio lo constituye el hecho de que las funciones de acusación y enjuiciamiento están divididas en órganos separados y es esencial entonces, dentro de esta tesitura, la idea de separación de las funciones de investigación y de enjuiciamiento por parte del juez. En el caso del juez, dentro de los rasgos que resalta su identidad están la probidad y la rectitud, mismas que solo pueden ser alcanzadas a través de dicha separación, garantizándose de esta manera la necesaria imparcialidad<sup>6</sup>.

Tal idea de separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento es de vieja data, deviene de la época de la Ilustración, en donde surgen las ideas contrarias al poder absoluto ejercido por el Rey, quien –por delegación– concentraba el poder punitivo en la figura del Inquisidor, caracterizándose de esta manera el proceso

2. Al respecto se señala: "El código que sustituyó al de 1910, el de 1975, muestra una tendencia al sistema mixto, estructurado con base a una instrucción de corte inquisitivo y una etapa de juicio marcadamente acusatorio [...] El procedimiento con el que se pretende sustituir el vigente [...] se nutre de ideas propias del sistema que se ha dado en llamar acusatorio, pues además de suprimir la figura del juez de instrucción, encarga la investigación inicial al órgano requirente, el Ministerio Público, y constituye a la acusación como una garantía importante". MORA MORA, Luis Paulino. "Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1996". En VV.AA. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Asociación de Ciencias Penales y Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1996, p. 17.

3. LANGER, Máximo. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En VV.AA. Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 243 y sgs.

4. Con esta misma finalidad crítico-constructiva, debe destacarse el valioso aporte que, en relación con la aplicación actual de la prisión preventiva, se desarrolla en el libro de las autoras costarricenses Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilera, el cual se denomina: Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva. Investigaciones Jurídicas S.A., 1<sup>er</sup> ed., San José, Costa Rica, 2003.

5. Los salvadoreños durante los últimos años ha tenido gran influencia del modelo adversativo puertorriqueño, incluyéndose reformas en la normativa procesal que toman como referencia el sistema oral de ese Estado norteamericano. Para mayor abundamiento: DURAN RAMÍREZ, Juan Antonio. "Las Mónicas del interrogatorio en el juicio oral". En Revista Justicia de Paz. Corte Suprema de Justicia – Cooperación Española, n.º 9, mayo – agosto, El Salvador, 2001.

6. "El sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir". MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 739-740.

inquisitivo por concentrar en una sola persona las funciones de perseguir, acusar, juzgar y penar<sup>7</sup>. En el sistema inquisitivo diversas facultades estaban concentradas en las manos del juez, contando además, a su haber, con facultades irrestrictas en el desarrollo del debate.

Por el contrario, en el proceso acusatorio se distingue claramente quién acusa y quién juzga, caracterizándose este último por su imparcialidad, algo que solo puede asegurarse si se le desvincula de la investigación<sup>8</sup>. La imparcialidad del juez conforma un "desinterés subjetivo"<sup>9</sup>; es decir, una apatía de dicha autoridad frente al resultado del proceso, que le permite encontrar el punto de equilibrio justo<sup>10</sup> para decidir el caso, con base en las pruebas y argumentaciones que le ofrecen a este las partes adversas<sup>11</sup>.

Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del juez, parte imparcial de una triada de intereses contrapuestos, a quien corresponde develar la verdad con base en los medios de prueba que las partes han ofrecido y debatido. Se trata de resguardar la imparcialidad objetiva y subjetiva<sup>12</sup>, y en caso de que suceda

lo contrario deberá recurrirse a las causales de recusación e inhibitoria que la ley prevé.

Es tal la importancia que reviste la imparcialidad del juez en el proceso que incluso, a nivel de la normativa supranacional, se encuentra contemplada expresamente como una garantía judicial. Específicamente hacen referencia a dicha garantía los artículos 8.1 (Convención Americana de Derechos Humanos), 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No obstante lo anterior, curiosamente el CPP costarricense no incluye un artículo que mencione en forma expresa dicha garantía de imparcialidad por parte de los jueces, aunque sí se hace mención al deber de objetividad en el numeral sexto<sup>13</sup>.

Desde mi perspectiva, dichos calificativos (imparcialidad y objetividad) son de contenido jurídico distinto<sup>14</sup>, pero con frecuencia de forma errada son considerados como sinónimos<sup>15</sup>, al igual que en el lenguaje común. Nuestra legislación procesal penal no es ajena a dicha desvariación<sup>16</sup>, por lo que haciendo una interpretación teleológica de la norma en mención, tal parece que el legislador quiso decir también que el juez debe ser imparcial cuando se refiere a su objetividad, que del mismo modo es obligación de este asumirla. Lo cierto del caso es que expresamente no está contemplado así en la ley; sin

7. V. ÁLVAREZ, Alejandro E. "El principio acusatorio: garantía de imparcialidad". En Revista Nueva Doctrina Penal. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996 / B, p. 414.

8. "La exigencia expresa de 'imparcialidad' ha permitido redescubrir que su principal (y verdadera) misión no es la de investigar ni la de perseguir el delito, sino la de juzgar acerca de él, por lo que no se admiten (o no debe admitirse) como funciones del juez penal las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación, o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquella". CAFFERATA NORES, José I. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 31-32. En este sentido, la Real Academia Española define "imparcialidad" de la siguiente manera: "Falta de designio anticipado o de prevención a favor ó en contra de alguien o de algo, que permite juzgar ó proceder con rectitud". Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. 22 ed. Madrid, España, 2001, p. 1252.

9. Así, MONTERO AROCA, Juan. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompetibilidad de Funciones Procesales. Tran lo Blànc, Valencia, España, 1999, pp. 186 y sts.

10. El autor argentino J. I. CAFFERATA NORES señala que "La imparcialidad es la condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor ó en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos (es el 'tercero en discordia'). Se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que respecto de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia." Ob cit., p. 33.

11. "Imparcial debe ser el juez, que es uno, por encima de los contendientes, pero los abogados están hechos para ser parciales, no sólo porque la verdad se alcanza más fácilmente escalándola desde dos partes, sino porque la parcialidad del uno es el impulso que engendra el contralimpulso del adversario, el empuje que excita la reacción del contrario, y que, a través de una serie de oscilaciones casi pendulares, de un extremo al otro, permite el juez hallar lo justo en el punto de equilibrio". CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces. Librería "El Foro", Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 128.

12. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, "La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice, y se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se prueba lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso" (Informe No. 5 / 96, caso 10.970).

13. Artículo 6 del C.P.P.: "Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento..."

14. Objetividad significa actuar con apego estricto a la ley y resolver conforme a la misma; e imparcialidad implica un desinterés subjetivo o la imposibilidad de simpatizar con alguna de las partes para favorecerle.

15. Cfr. LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, 2 ed., San José, Costa Rica, 2003, p. 50 (criterio idéntico en la versión anterior: Proceso Penal Comentado. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1 ed., 1998, San José, Costa Rica, pp. 81-85). Sobre esta tendencia a asimilar esos conceptos véase, ZYSMAN QUIROS, Diego. "Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad". En VVAA Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 340.

16. Cfr. artículos 6, 63 y 180 del C.P.P.

embargo, nadie podría negar que dicha imparcialidad es otra de sus obligaciones. De la misma forma, el juez no solo debe ser imparcial y objetivo, sino también aparentarlo<sup>17</sup>.

En el sistema mixto-acusatorio que rige hoy en día en nuestro país la potestad investigadora del proceso acusatorio recae en el Ministerio Público, supliéndose así la labor que durante casi tres décadas desempeñaron los jueces de instrucción como parte del modelo mixto-inquisitivo que —como ya se mencionó— rigió desde 1973 hasta 1997. Dichos jueces tenían la misión de averiguar la verdad real o material de lo sucedido, cuestionándose con esa encomienda su verdadera imparcialidad y poniéndose en evidente duda, a pesar de que eran jueces distintos, que existiera una verdadera separación de las funciones acusadora y de enjuiciamiento, como sí se requiere en el modelo acusatorio.

Hay quienes opinan que otorgar la responsabilidad instructora a la fiscalía tampoco garantiza el cumplimiento de la imparcialidad que se requiere de ese órgano acusador<sup>18</sup>, lo cual aquí no se comparte sea una obligación de dicho ente, ya que la característica que atañe al Ministerio Público en el proceso acusatorio no es precisamente la imparcialidad, sino solo la objetividad<sup>19</sup>, cosas también a mi parecer distintas entre sí. Lo anterior, porque en un proceso penal regido por los principios del modelo acusatorio el Ministerio Público se conforma en la parte procesal que persigue un interés específico, lo cual se evidencia con más claridad desde el momento en que decide acusar los hechos objeto de la investigación previa, parcializándose con esa posición, misma que además, está respaldada en la prueba de cargo recopilada. Además, durante el contradictorio el fiscal es el contendiente o contraparte del imputado, quien asume una especie de “parcialidad artificial”<sup>20</sup>, identificándose con el interés público del caso y también con la víctima que representa<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, es distinto que durante todo el proceso esté sometido a la objetividad, lo que significa que a pesar de representar un interés determinado la persecución penal que ejerce durante todo el proceso no es a ultranza, sino que dicha función requirente está delimitada por los datos objetivos que brindan las pruebas y dominada por el principio de legalidad<sup>22</sup>. En este sentido, la objetividad señala, que si durante la investigación no se recaban las probanzas mínimas el fiscal no debe plantear la acusación; o bien, en el debate, si luego del contradictorio de la pruebas no se logró acreditar el hecho acusado, debe pedir entonces la absolutoria del imputado, sin que ello sea una contradicción con la parcialidad o interés que caracteriza su posición respecto a la acusación.

En la práctica judicial se olvida muchas veces esta obligación de objetividad que atañe a la Fiscalía, dejando de lado esta y afanándose solo en la parcialidad; sobrepasando de esta manera el límite que impone el deber de objetividad. Esto ha conllevado al planteamiento de acusaciones sin fundamento, o a la solicitud en juicio de condenatorias a contrapelo de lo que indican las pruebas; soslayándose —en detrimento de la legitimidad de su función— el mencionado deber de objetividad.

Esta percepción de que el Ministerio Público es imparcial, constituye un resabio del proceso inquisitivo que aun persiste en la visión del rol que le corresponde bajo la legislación procesal actual. Al respecto, resulta destacable la posición tajante del jurista argentino A. Bovino, cuando señala que: “una de las herencias más importantes y persistentes que la Inquisición histórica impuso al procedimiento penal de la tradición continental europea fue, sin duda, la ficción de que el acusador puede perseguir penalmente de manera imparcial y objetiva. Esta ficción, típicamente inquisitiva, aun arrastra sus consecuencias en el procedimiento penal actual (...) Esta creencia ingenua en la posibilidad de que una de las partes —la acusadora— pueda intervenir en el proce-

17. Por su mirada, por sus gesticulaciones, por el contenido de las preguntas hacia determinados testigos, el juez en repetidas ocasiones evidencia su apatía hacia esta u otra postura, comprometiendo así su imparcialidad.

18. “Cabe afirmar, en tal sentido, que se ajusta perfectamente al sistema acusatorio un proceso penal en donde la instrucción esté dirigida por el juez, siempre y cuando se garantice plenamente la repelida escisión de funciones acusadora y enjuiciadora. No es cierto, por contra, que la existencia de una instrucción atribuida al fiscal preserve en mayor medida la imparcialidad, y si, al acaso, ponga en peligro la imparcialidad en ese supuesto (del órgano acusador)”, ARMENTA DEU, Teresa/ Principio acusatorio y derecho penal. J. M. Bosh Editor, Barcelona, España, 1995, p. 45. En similar sentido, Montero Aroca J., cuando afirma: “Si la razón de ser de la regla fuera la imparcialidad, debería aplicarse también al Ministerio Público, aunque éste no juzgue (...) Naturalmente no es lo mismo acusar que juzgar, pero no podrá negarse que si el haber participado en la instrucción afecta la imparcialidad, también debería de afectar a la del Ministerio Público”. MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, p. 94.

19. Así según el artículo 63 del C.P.P.

20. “Así, en el proceso penal, donde el interés de parte hubiera quedado satisfecho con un solo abogado, el Estado ha sentido la necesidad, en interés público, de colocar dos, a fin de contraponer, a la natural parcialidad del defensor, una especie de parcialidad artificial, destinada a alimentar desinteresadamente la polémica, de la cual tiene necesidad el juez para sentirse por encima de ellos”. GALAMANDREI, Piero. Ob. cit., p. 129.

21. La parcialidad que asume el Ministerio Público, se verifica mayormente cuando coincide en el plenario con el querellante y ambos defienden el mismo interés.

22. Por ejemplo, el Fiscal, a pesar de ser parcial porque representa el interés de la víctima, en razón del deber de objetividad que le asiste no debe jamás ofrecer testigos falsos, ni tampoco irrespetar las reglas del interrogatorio haciendo preguntas capciosas, e incluso, debe pedir la absolutoria cuando las pruebas no demuestren la culpabilidad del imputado.

dimiento, actuar objetiva e imparcialmente, y proteger simultáneamente intereses en conflicto es, ante todo, una idea errónea<sup>23</sup>.

Por el contrario, al juez del proceso acusatorio si corresponden en todo momento los deberes de imparcialidad y objetividad, y conforme a ello debe actuar sin interés alguno en el resultado del asunto y apegado estrictamente al principio de legalidad<sup>24</sup>. Por ello la preferencia por desprender al juez de la responsabilidad de la instrucción, garantizándose así la escisión que se requiere en el modelo acusatorio, otorgándole a dicho juez únicamente las funciones de vigilante –imparcial y objetivo– de la labor de investigación desempeñada por el órgano acusador, constituyéndose así en contralor y garante de los derechos de las partes<sup>25</sup>.

### 3. El rol del juez frente a la obtención de la verdad en el nuevo proceso penal. ¿La averiguación de la verdad real o la obtención de la verdad formal?

En su afán por la averiguación de la verdad real, el juez del proceso inquisitivo transformó dicho fin del proceso en un medio de justificación para alcanzar a cualquier costo una finalidad concreta: la condena del imputado. Esto resulta algo inaceptable en un proceso acusatorio; por ello es innegable la necesidad de reformular algunas facultades del juez en la legislación procesal actual, garantizándose así su probidad y evitando que se desnaturalice la imparcialidad y los demás principios que perfilan al proceso acusatorio-adversativo.

Previo a ello, resulta necesario preguntarse qué verdad se pretende alcanzar a través del proceso penal mixto-acusatorio vigente en Costa Rica hoy día. En razón

de su fuerte influencia inquisitiva el código anterior hacía referencia a la averiguación de la verdad real o material (o histórica) como su objetivo, incidiendo muchísimo en esa finalidad la participación del juez en la averiguación de dicha finalidad, debido a que no se encontraba estipulada la separación de funciones de acusar e investigar; mientras que, en el proceso penal vigente, se hace alusión a una verdad acorde con los principios del modelo acusatorio que le informan; es decir, una finalidad que se denomina verdad formal.

Así la situación, considero que el proceso penal vigente tiene por objeto aquella verdad que solo se alcanza en función del estricto sometimiento de los hechos y las pruebas al principio de legalidad. Al respecto, el jurista alemán W. Hassemmer denomina "verdad forense" a dicha obtención formalizada de la verdad, enfatizando que el juez no descubre la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, que constituye una verdad distinta a la indagación de la verdad objeto de las ciencias empíricas<sup>26</sup>. En similar sentido se expresa el procesalista español E. Pedraz Penalva, para quien "suponer que el proceso es vía de obtención de la verdad material, a resultados de la libertad e igualdad de los contendientes garantizada por una Justicia formal preordenada a la tutela de intereses legales también formales, es una creencia no sólo ideológica sino también utópica"<sup>27</sup>.

Por el contrario, el jurista costarricense J. Llobet Rodríguez, en su reconocido Proceso Penal Comentado<sup>28</sup>, sostiene que en el proceso penal vigente se estatuye como objetivo la búsqueda de verdad real o material<sup>29</sup>; e incluso, para fundamentar su posición, hace referencia al contenido de una conocida sentencia dictada por la Sala Constitucional costarricense hace más de

23. BOVINO, Alberto. "El Ministerio Público en el proceso de reforma de la Justicia penal de América Latina". En Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editores del Puerto s r l, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 36 – 37.

24. V. sentencia n° 830 de las 10.35 f. del 21 de agosto de 2003, del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, en donde se mencionan ambos conceptos –objetividad e imparcialidad– como deberes distintos en la función del juez.

25. En Costa Rica se le llama "Juez de Garantías" al funcionario que interviene como juez en la etapa preparatoria e intermedia, ya que se encarga de controlar la legalidad de las actuaciones que realiza el Ministerio Público en ambas fases; sin embargo, debe aclararse que los jueces actúan como garantes en todo el proceso. Véase la sentencia n° 6470 del 16 de agosto de 1999, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

26. "...el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho procesal penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación (...) El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar su sentencia sobre un caso "verdadero". Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir: la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal (...) Mal respondería la verdad forense a la ética si los órganos de la instrucción y el Juez estuvieren adscritos al concepto de verdad que guía la indagación de la verdad en las ciencias empíricas. Como se ha visto, la búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas". HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1984, p. 190.

27. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª ed., Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2002, pp. 119 – 120.

28. V. LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Ob. cit.

29. En contra de lo aquí considerado, para el Dr. Javier Llobet el juez debe participar activamente en la averiguación de la verdad real o material: "En el proceso penal rigen otros criterios, puesto que existe obligación del Ministerio Público, y de los mismos tribunales de buscar la verdad material, no teniendo las partes y en particular el imputado poderes dispositivos en lo relativo a los hechos a investigar, y debiendo buscarse no solamente la prueba incriminatoria, sino también la prueba favorable al imputado, a pesar de que éste no invoque esta. Esta situación, sin embargo, no es absoluta en el código de 1996, el que le da relevancia a criterios consensuales de averiguación de la verdad...". LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Ob. cit., p. 215. (Criterio idéntico en la versión anterior: Proceso Penal Comentado. Ob. cit., pp. 409-440).

una década (n.º. 1739-92), en la que se afirma "que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación de la verdad real de los hechos"<sup>30</sup>. Sin embargo, por lo antes expuesto dicha posición del autor no se comparte, y además porque dicha sentencia se refiere al código procesal mixto-inquisitivo anterior de 1973, aun vigente al dictaminarse dicha resolución; razón por la cual la finalidad que allí se achaca al proceso penal resulta inaplicable e imposible de extender al nuevo proceso penal.

Desde mi parecer, la verdad formal mencionada puede alcanzarse en el proceso penal vigente por dos vías: Una primera vía consensuada, que es la verdad que se alcanza mediante la aplicación de los procedimientos alternativos establecidos en el código, como una opción para darle fin al proceso, a través de la solución del conflicto entre las partes. Dichas formas, cada una con sus características distintivas, son: la conciliación, la reparación integral del daño, la suspensión del proceso a prueba y también, el procedimiento abreviado. En estos casos, la verdad alcanzada o el resultado del proceso se negocia entre las partes, con condiciones y premisas distintas en cada caso y, finalmente, condicionado al visto bueno del juzgador encargado de homologar los acuerdos.

Una segunda vía para alcanzar la verdad formal es probatoria, donde el esclarecimiento de lo acontecido está condicionado a las formalidades que la normativa impone para el juicio, cobrando aquí importancia las reglas de exclusión probatoria establecidas en el artículo 175 y siguientes C.P.P., lo mismo que las excepciones que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para salvaguardar los medios de prueba y evitar la supresión del proceso, como lo constituyen por ejemplo, las teorías de la fuente independiente, de la supresión (e inclusión) hipotética, y de la buena fe.

Aquí la verdad no se sustenta en lo que el juez considere en su conciencia que haya sucedido, ni tampoco lo que haya indagado a ultranza, sino que la verdad está condicionada al contenido y legitimidad de las probanzas. En otros términos, la verdad está supeditada a lo que indique la valoración —con absoluto respeto del principio de legalidad— de las pruebas recabadas por las partes (fiscal y defensor) durante la fase preparatoria, y que por supuesto, hayan sido así reproducidas durante el

debate. Se afirma entonces, que es una verdad formal, porque ante el convencimiento interno por parte del juez de que el imputado es el autor de los hechos acusados, jamás podría dictar una sentencia condenatoria en su contra si, a pesar de ello, las pruebas legítimas aportadas por las partes no lo demuestran objetivamente o son insuficientes, debiendo en consecuencia absolverle en virtud del principio in dubio pro reo.

Obviamente nada de lo dicho antes impide que al final del proceso puedan coincidir la verdad histórica y la verdad formal, pero es esta última la que configura el vértice del proceso que adoptó el legislador. Solo mediante la búsqueda de la verdad formal se evita la condena de inocentes y también que el juez incurra en arbitrariedades que la propia Constitución Política le impiden llevar a cabo. La consecución de la verdad real o material puede configurar una aspiración del proceso, pero como sucede con muchos anhelos o sueños, se corre el riesgo de que no llegue a concretarse jamás<sup>31</sup>. Además, tras la pretensión de la verdad real es donde yace el peligro de la arbitrariedad del juez, porque con tal de alcanzarse la misma, podría utilizarse con ese fin prueba ilegítima o forzarse la interpretación de la legítima, tal y como sucedió muchas veces en los procesos de la "santa" inquisición.

En el modelo acusatorio, cuyos principios rigen nuestro proceso penal, es responsabilidad exclusiva de las partes (fiscal y defensor) erigir —respectivamente— las pruebas de cargo y descargo, y luego debatirlas mediante el contradictorio, siendo improcedente para el juez sustituir a quienes fracasasen en esta labor, ni siquiera excepcionalmente. Lo anterior no significa que, tal y como sucede en el proceso civil, en el proceso penal concierna a las partes disponer en todos los supuestos del objeto del proceso, ya que ello no es posible cuando se trata de delitos de acción pública cuya sanción mínima sobrepase el límite de tres años, restringiéndose la opción de alcanzar una verdad formal consensual; sin embargo, lo cierto del caso es que en nuestro sistema hay supuestos de excepción a dicha premisa, por lo que sí es viable alcanzar la verdad formal por la vía consensuada, principalmente en los delitos que dependen de la instancia privada<sup>32</sup>. Así las cosas, es una realidad insoslayable que el proceso penal vigente contiene procedimientos que guardan muchas semejanzas con un

30. Sentencia n.º. 1739, de las 11:45 h. del 1º de julio de 1992. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

31. Como bien lo plantea el Dr. Walter Antillón: "Aspiran los jueces a la verdad histórica, pero ¿pueden alcanzarla? Porque, si bien es cierto que los hechos tuvieron que ocurrir de una cierta manera y sólo de esa cierta manera ¿cómo recrearlos fielmente, tal como fueron? ¿cómo saber si se ha contado con los medios de prueba necesarios, suficientes y adecuados para ello?". ANTILLÓN, Walter. *Teoría del Proceso Jurisdiccional. Investigaciones Jurídicas*, 1 ed., San José, Costa Rica, 2001, p. 362.

32. En concreta referencia al sistema español, Armenta Dau, T. dice: "La ausencia de poder de disposición sobre el ius puniendi, tema en el que existe práctica unanimidad en la doctrina, impone junto a otros aspectos fundamentales, como la finalidad del proceso penal o los principios de política criminal, una serie de limitaciones a objetivos que quizá pudieran alcanzarse de situarse en otro sistema procesal penal. Así por ejemplo, la sustitución de la búsqueda de la verdad material por la verdad formal, como finalidad del proceso penal, facilitaría la introducción de la negociación, a modo de instrumento perfectamente adecuado para resolver los conflictos entre las partes" (el subrayado es suplido). ARMENTA DEU, Teresa. *Op. cit.*, p. 29.

proceso de naturaleza civil, razón por la cual se comparte aquí el criterio de J. M. Rivero, cuando sostiene que las regulaciones del proceso penal vigente conllevan a una "penalización del derecho civil" o una "privatización del derecho penal"<sup>33</sup>.

Finalmente, el autor italiano L. Ferrajoli, señala con precisión lo siguiente: "...la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa"<sup>34</sup>. Y añade el mismo L. Ferrajoli, en relación con el modelo inquisitivo "antigarantista" o modelo "sustancialista", que "la verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales"<sup>35</sup>.

### 3.1. La conformación de la verdad: responsabilidad del Fiscal y no del juez.

Considero una incongruencia dentro del proceso penal actual lo establecido en el artículo 180 del C.P.P., cuando se señala allí que: "El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad ..." (el subrayado no es del original). Se atribuye aquí en forma errada a "los tribunales" una responsabilidad en la persecución penal que no le corresponde dentro de un modelo acusatorio a la figura del juez y, por consiguiente, debería ser suprimida tal potestad. Es obvio que el vocablo "los tribunales" está referido a la función que desempeñan los jueces y, como se ha dicho, dentro de un sistema acusatorio estos no deben procurar la averiguación de la verdad de lo acaecido, sino solo

declararla con apego a las pruebas, porque esta es una responsabilidad de investigación que corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

Es derivación de la separación de funciones de investigación y enjuiciamiento el ejercicio de la potestad investigadora que corresponde al Ministerio Público, de manera tal que el juez que interviene en las fases preparatoria e intermedia, denominado también "juez de garantías", debe limitarse a controlar esa labor de investigación señalando las transgresiones procesales, protegiendo así los derechos que conciernen a las partes. Posteriormente, el juez de la fase de juicio debe limitarse –sin intervenir– a tomar las decisiones pertinentes, con base en las pruebas producidas por las partes en el debate y debatidas conforme a los principios de inmediación y de contradicción.

Por esa razón, es que debe vedarse al juez de la función que expresa el artículo 180 C.P.P. antes citado, ya que arrogarle competencias a este para que junto al Ministerio Público alcance la verdad significa un retroceso semejante a la incongruencia que se presentaba con los jueces de instrucción, quienes asumían funciones de investigación y enjuiciamiento. Solo suprimiendo dicha finalidad al juez engranaría la labor de este con la imparcialidad que se requiere de su investidura dentro de un sistema acusatorio, respetándose también los restantes principios, derechos y garantías que conforman la base fundamental de dicho modelo procesal penal, como por ejemplo, el adecuado ejercicio del derecho de defensa<sup>36</sup>.

No obstante lo anterior, el jurista costarricense D. González opina lo contrario, indicando al respecto que en razón de los "intereses en juego"<sup>37</sup> es necesario que el juez mantenga las potestades de iniciativa probatoria, ello a pesar de que, como aquí se sostiene, riñe con el proceso acusatorio que rige actualmente en nuestro país. Asimismo, se agrega a lo anterior que esta facultad del juez debe ser ejercida "muy excepcionalmente"<sup>38</sup>, solo

33. En este sentido J. M. Rivero Sánchez, cuando afirma: "La irrupción del derecho civil en el proceso penal tiene por resultado la introducción, en este último, de la categoría del acuerdo. Ello produce una transformación radical de la estructura del proceso penal, transformación que se refleja claramente en las máximas que orientan y disciplinan el proceso. En lo que, con algunas reservas, podría denominarse un "modelo liberal" del proceso penal, sobresalen determinadas máximas que conviene poner de manifiesto, a fin de tener presente hasta qué punto está tendencia hacia la privatización o como aquí se le denomina, "civilización", ha influido en el proceso penal". RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. "¿Penalización del derecho civil o privatización del derecho penal?". En: VV.AA. Nuevo Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1998, p. 100.

34. V. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. 3ta. ed., Madrid, España, 2001, p. 45.

35. Ídem, p. 44.

36. "...en un procedimiento penal que no respete el principio acusatorio –y no garantice la imparcialidad– el derecho de defensa resultaría perjudicado –y también otros derechos–, pues este consiste en presentar el descargo del imputado ante un juez o tribunal imparcial y no, como sucede en un procedimiento inquisitivo, en presentar su descargo ante un juez ya comprometido con el interés persecutorio y, por ende, parcial". BOVINO, Alberto. "Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal". *Op. cit.*, p. 23.

37. Por ejemplo, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La prueba en los procesos penales centroamericanos". En Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, nº. 17, San José, 2000, p. 118.

38. Deseo muy esperanzador de don Daniel González en la época en que lo manifestó (año 2000) sin embargo, la práctica judicial ha contradicho lo deseado, ya que los jueces cotidianamente abusan de sus intervenciones durante el interrogatorio, y también solicitando de manera oficiosa pruebas para mejor resolver, facultades estas que aquí se propone deban ser suprimidas o, al menos, estrictamente reguladas.

para subsanar serias deficiencias en la actividad de las partes, como por ejemplo la inercia del defensor en el ofrecimiento de la prueba a favor del imputado, o bien, la inoperancia de los acusadores (fiscal o querellante), quienes por no ofrecer prueba que hace evidente la culpabilidad de acusado, ponen en riesgo la averiguación de la verdad en circunstancias que podrían lograrse fácilmente<sup>39</sup>.

Con lo antes señalado —respetuosamente— no coincido, ya que ello significa mantener en el juez potestades muy similares a las de un juez inquisidor, algo absolutamente incongruente dentro de un proceso que se supone está regido por principios de un modelo acusatorio. Esa situación precisamente ha conllevado a serios problemas prácticos dentro del proceso, porque en diversas ocasiones el juez construye la prueba, justificándose para ello en la búsqueda de la verdad, transformándose en otro fiscal, pero sentado en el estrado con ropaje de juez; poniendo así en entredicho su investidura de imparcialidad, su posición de garante de la igualdad y, en general, la confianza que reviste para las partes su presencia como tutor de los derechos y garantías de éstas<sup>40</sup>.

El debate en el proceso acusatorio debe desarrollarse como un "juego de estrategias", cuyo éxito depende de la responsabilidad con que las partes (fiscal y defensor) ejerzan su función, y de las destrezas de oralidad que estos tengan en la presentación y refutación de las pruebas. El proceso acusatorio debe ser impulsado exclusivamente por las partes, y el juez por más que lo desee no debe intervenir como partícipe en dicho "juego"; y, en caso de que tenga esa posibilidad en la norma, como sucede actualmente en nuestro sistema, debe evitar hacer enmiendas a la labor de las partes<sup>41</sup>, y limitarse a cumplir con una función de espectador imparcial e impávido frente a lo que acontece ante sus ojos<sup>42</sup>; lo cual lamentablemente no sucede en diversos casos, sino todo lo contrario, porque algunas veces el juez se conduce activamente e incluso deja entrever con ciertas actitudes la decisión que tiene de antemano sobre el caso que apenas se juzga.

Sin contradecir lo antes dicho, y manteniendo la posición de que no es deseable la intervención del juez, considero que de aceptarse hipotéticamente esta opción, la única participación que no desnaturaliza el proceso acusatorio es la posibilidad de que el juez accione a favor del imputado tutelando sus derechos, y solo cuando necesariamente deban enmendarse las indeficiencias en que ha incurrido el defensor durante el juicio, ya que con ello no se le causa ningún perjuicio a este sujeto procesal, sino todo lo contrario, sería una intervención que salvaguarda la Constitución Política, principalmente el derecho de defensa, y evita que se ponga en riesgo su libertad.

Tampoco se violentaría con la anterior regla de excepción el principio de igualdad de partes, ya que, en todo caso, el imputado es el eje central sobre el cual gira y recaen las consecuencias más gravosas del proceso y, en general, del ius puniendi estatal. Además, en torno a una visión antropocéntrica del derecho penal, debe aceptarse que es necesario enmendar de alguna forma la desigualdad que impera en perjuicio del imputado desde los inicios del proceso y hasta el final, una desigualdad que es tanto formal como material<sup>43</sup> y, que prevalece a pesar de los derechos y garantías vigentes.

De manera tal que, si el juez equipara la balanza cuando esta se ha inclinado más de lo normal por la ineficiencia del defensor, no se incurre en ninguna ventaja a favor del imputado, sino que se evita que se degraden más sus derechos y que decaiga mayormente la desigualdad que por la esencia de su rol debe soportar. Sin embargo, como se ha dicho aquí, la intervención del juez no es lo deseable, y para evitar esas situaciones es indispensable aplicar algunos correctivos que garanticen la indemnidad de los principios que ilustran el proceso penal acusatorio.

**Propuesta concreta:** Con la reforma procesal de 1998 el objetivo del proceso se conduce hacia la averiguación de la verdad formal, donde el juez es un espectador que decide apegado a las pruebas y al principio de legalidad; sin embargo, aun existe una fuerte

39. Véase, GÓNZALEZ ÁLVAREZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 119

40. Dice el artículo 6 del C.P.P.: "Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento (...) Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten"

41. "El juez, desde su postura imparcial, no está obligado a enmendar los yerros o desaciertos en que pueda incurrir la representación del Ministerio Público. Como contrapartida, el Fiscal y el Defensor deben asumir más responsabilmente sus papeles, uno como acusador y el otro, como representante técnico del acusado frente a la actividad del Fiscal". ROJAS SALAS, Manuel. "La prueba para mejor proveer en el juicio oral". En *Revista Defensa Pública*, Asociación Costarricense de la Defensa Pública, n.º 1, octubre, 2000, p. 66.

42. Así también BOVINO, Alberto. *Op. Cit.*, pp. 20 – 21

43. La desigualdad no es solo formal, sino también material. En varias ocasiones el imputado y su defensor deben enfrentarse en juicio contra el fiscal, el querellante, el actor civil y la víctima, representados estos roles no pocas veces en personas distintas y con idénticas posibilidades de intervención en el juicio. Esta desigualdad se incrementa aun más, cuando es el juez quien interviene sumándose a los intereses de los anteriores: 5 contra 2, un "juego" en clara desventaja numérica... ¿Será esto acaso una igualdad procesal?



resistencia en la mayoría de jueces para cambiar dicha concepción, considerándose que es la verdad real o material lo que se persigue, finalidad esta que contradice los principios del sistema acusatorio que ordenan nuestro proceso penal. Esta resistencia al cambio de visión se hace más palpable con las potestades de investigación que aun conserva el juez en el proceso, lo cual le ha permitido invadir funciones que no le deben corresponder. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, tienen la difícil misión de variar este pensamiento, lo cual fortalecería notablemente la imparcialidad del juez.

#### 4. La supresión de la facultad del juez para ordenar de oficio prueba para mejor proveer

Una de las principales enmiendas a las que aquí se alude para garantizar la imparcialidad del juez debe ser, en definitiva, la supresión de la facultad que tiene este de solicitar, de manera oficiosa, la prueba para mejor resolver<sup>44</sup>, ya sea en el transcurso del juicio, o incluso antes<sup>45</sup>, y luego de clausurado este cuando se ordena la reapertura del debate para recibirla durante la deliberación<sup>46</sup>. No en vano, en corrillos judiciales se denomina a dicha práctica judicial oficiosa por parte del juez como la prueba para "mejor condenar"; convirtiéndose así este procedimiento en una peligrosa labor que ha conllevado a poner en entredicho la imparcialidad del juez y la transparencia del Estado democrático y de derecho.

A pesar de que, a diferencia del código de 1973, con la nueva regulación procesal se pretendió garantizar la imparcialidad del juez restringiéndole a este la utilización de prueba para mejor proveer<sup>47</sup>, y evitar así el abuso que se daba –con la anterior regulación procesal– por parte de los jueces en la ordenación y recepción de este tipo de prueba. Lo cierto del caso es que ello no ha sido así durante los años de vigencia de la nueva normativa y, en la práctica judicial, se sigue suscitando de manera desmedida la ordenación de prueba para mejor

proveer de forma oficiosa, justificándose esta actividad con base en el descubrimiento de la verdad<sup>48</sup>, trayéndose así al proceso todo tipo de prueba no aportada en el momento procesal oportuno debido a la inercia de las partes, atentando esta inadecuada costumbre contra la objetividad e imparcialidad que deben caracterizar el rol del juez en el desarrollo del proceso acusatorio.

**Propuesta concreta:** Desde mi punto de vista, esta facultad del juez para ordenar prueba de oficio no debería existir en un proceso sustentado en principios propios de un modelo acusatorio, ya que, como bien lo señala el autor argentino J. Cafferata Nores, se constituye con dicha posibilidad un "riesgo funcional" para la imparcialidad del juez<sup>49</sup>. En este sentido, la búsqueda de la verdad y la recabación de la prueba de cargo durante la investigación debe ser responsabilidad exclusiva del Ministerio Público, y no de los jueces, quienes deben limitarse a declarar lo que corresponda al caso en concreto, con sustento en la totalidad de insumos probatorios legítimos que las partes aporten, debiendo excluirse de esta peligrosa facultad<sup>50</sup>.

#### 5. La reformulación del interrogatorio en juicio

Uno de los aspectos que muy poco ha variado con el nuevo proceso penal lo es la fase de juicio. Específicamente puede afirmarse, que dicha invariación persiste sobre todo en lo relativo a las reglas de interrogatorio que deben respetar las partes cuando confronten al imputado y los testigos. El diseño actual vulnera garantías esenciales del imputado en el proceso penal, tales como el derecho de defensa, la igualdad procesal, la contradicción de la prueba y la imparcialidad del juez.

Resulta necesario reformular el interrogatorio vigente a otro modelo que contemple ritos realmente adversativos y propios de un modelo acusatorio, los cuales sean un medio idóneo para la obtención de prueba testimonial confiable durante el contradictorio, permiti-

44. Artículo 355 del C.P.P.: "Prueba para mejor proveer. 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 su esclarecimiento".

45. Artículo 320 del C.P.P.: "Admisión de prueba para juicio. El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio, la que resulte esencial (...) 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...".

46. Artículo 362 del C.P.P.: "Reapertura del debate. Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados".

47. Así, ROJAS SALAS, Manuel. Ob cit., p. 84.

48. Justificando dicha potestad del juez en el sistema costarricense, el jurista Daniel González señala: "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 aceptable." GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Ob cit., p. 118.

49. V. CAFFERATA NORES, José I. Ob. cit., p.93.

50. Al respecto, al jurista argentino José I. Cafferata señala: "Creemos que la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá en riesgo cuando se le permita (o se le imponga la obligación de) investigar para procurar el fundamento de la acusación (v. gr., la instrucción jurisdiccional) u ordenar o receptor por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquélla en forma definitiva (v. gr., incorporación de oficio de nuevas pruebas al juicio). Para evitar que así ocurra se deberá excluir a los jueces de la tarea de procurar por sí (ex officio) las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre lo que deberán luego decidir." CAFFERATA NORES, José I. Ibidem, pp. 93-94.

tiendo a su vez ejercer al imputado en forma eficiente el derecho de defensa frente a dicha prueba<sup>51</sup>.

Siguiendo la concepción del ilustre J. Bentham, aun tratándose del testigo más confiable, se requiere complementar por medio del interrogatorio aspectos de importancia que pueden escapar a su memoria, sin que ello demerite por supuesto su declaración, sino que es una garantía para alcanzar los fines del proceso<sup>52</sup>. Un interrogatorio adecuado permite el control estricto de las declaraciones y evita la incursión de testigos falsos al proceso en perjuicio de los objetivos del proceso penal.

En un modelo acusatorio adversativo la fase de juicio es el momento procesal en el cual las pruebas son sometidas a la contradicción, principalmente cuando se trata de la prueba testimonial, convirtiéndose el interrogatorio en el momento más relevante de la contienda<sup>53</sup> y, además, en una garantía para el pleno ejercicio del derecho de defensa.

### 5.1. La posición del imputado durante el interrogatorio

Resulta una disfunción en un proceso penal acusatorio y un resabio del inquisitivo, lo establecido en el artículo 343 C.P.P. vigente; el cual indica, que se procederá a recibir la declaración del imputado en el momento posterior a la lectura de la acusación. La incongruencia consiste en que hasta ese momento el imputado solo podrá refutar los hechos de la acusación previamente leídos, no así la prueba de cargo con la que se pretende acreditar los mismos, porque hasta allí dicha prueba aun no ha sido recibida<sup>54</sup>; o dicho de otra manera, en ese instante procesal resulta imposible al imputado el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste (defensa material), así como dar cumplimiento efectivo al principio de contradicción de la prueba, ya que ambos derechos para ser ejercidos efectivamente necesitan tener la posibilidad material de contradecir a través

de la declaración del imputado las probanzas que se hayan evacuado.

Es cierto que para refutar la prueba en su contra el imputado puede declarar en el transcurso del debate en cualquier momento posterior<sup>55</sup>, y no solo después de la lectura de la acusación como lo establece la norma aquí cuestionada; sin embargo, no debe obviarse que el establecimiento de dicha disposición tiene su origen en la Inquisición, quizá, con el afán de procurar allí mismo la confesión del imputado una vez que este escuchara los hechos acusados, sin necesidad de recabar la prueba restante. Debe tenerse presente que la confesión, la mayoría de las veces obtenida mediante tortura, constituyó la reina de las pruebas en el proceso inquisitivo (*probatio probantissima*)<sup>56</sup>; por esa razón considero que la previsión de dar la palabra al imputado antes de recabarse la prueba de cargo no era un privilegio, sino una forma compulsiva para obtener allí mismo su confesión.

También tiene sentido que dicha declaración estuviera establecida al inicio del debate, sin recabarse aun la prueba de cargo, ya que no debe obviarse que la presunción de culpabilidad permanecía durante todo el proceso, hasta que el imputado demostrara lo contrario, por lo que este se veía en la necesidad de ejercer su defensa contra dicha presunción. Hoy día, lo antes mencionado resulta una incongruencia frente a la presunción de inocencia que, según la Constitución Política y los Tratados Internacionales, debe prevalecer en el proceso penal acusatorio. Resulta una paradoja entonces que, a pesar del estado de inocencia que cobija al imputado, tenga este que ejercitar su defensa material ante la hipótesis o presunción que significa la acusación, condicionada la misma por completo a las pruebas. Así las cosas, ¿qué sentido tiene que el imputado tenga que defenderse cuando aun no se han recibido las pruebas en su contra?; la respuesta más sensata es ninguno.

51. "El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa". FERAJOLI, Luigi. Ob. cit., p.557.

52. "No es posible imaginar un caso en que la facultad de interrogar sea objeto de indiferencia absoluta, ni siquiera con el testigo más veraz, más circunspecto, más ilustrado, ni aun con el que tenga un interés más directo en la causa. Necesita ser interrogado para aclarar circunstancias cuya importancia se le escapaba y requiere inteligencia de un interrogador experto para ayudar a la suya propia (...) ¿Es posible que haya sistemas procesales en los que se admita un testimonio desprovisto de esta garantía y en los que ese testimonio producido por el mismo individuo, sea excluido si él se encuentra presente para responder? En un procedimiento semejante, ciertamente se ha tenido en vista otra cosa que la búsqueda de la verdad". BENTHAM, Jeremías. Tratados de las Pruebas Judiciales. Valleta Ediciones, Vol. I, Buenos Aires, Argentina, 1971, pp. 132 – 133.

53. Como señala S. Golberg: "En la mayoría de los casos es la parte más importante del juicio. De hecho, la diferencia entre un interrogatorio directo mínimamente competente y un eficaz examen directo es la diferencia entre ganar y perder el juicio", GOLDBERG, Steven H. Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré? Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1994, p.156.

54. V. QUIÑÓNEZ VARGAS, Héctor. "Observaciones al proceso penal salvadoreño". En El Informativo, PAS/DPK Consulting, Proyecto para el apoyo del sistema de justicia, Año 2, n.º 3, San Salvador, noviembre, 2002, p.10.

55. Artículo 345 del C.P.P.

56. V. CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. "Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal (*nemo tenetur se ipsum accusare*: nadie tiene que acusarse a sí mismo)". En Revista Defensa Pública, n.º 3, San José, Costa Rica, octubre, 2003, p. 48.

Ante dicha contradicción que muestra el proceso vigente y con el fin de ejercer realmente el derecho de defensa, en la práctica judicial no ha quedado más remedio que recurrir a la costumbre de aconsejar al imputado acogerse a su derecho de abstención y esperar la recepción de la prueba de cargo para que proceda a brindar su declaración de descargo. El problema que se suscita es que, no pocas veces, de manera injusta se han levantado serias sospechas por la decisión de guardar silencio al inicio del juicio<sup>57</sup>, lo cual, como se ha dicho, es una decisión que puede obedecer a la estrategia de la defensa ante la debilidad de las acusaciones, o simplemente, porque sin conocer el contenido de las pruebas que durante el juicio se hayan producido en su contra, es imposible al imputado ejercer hasta ese momento su defensa material.

**Propuesta concreta:** Así la situación, considerando que en nuestro país rige un proceso acusatorio, la declaración en juicio del imputado debería contemplarse formalmente hasta después de que se haya recibido toda la prueba; salvo que el imputado, voluntariamente y asumiendo el riesgo, desee hacerlo antes en cualquier momento. Se trata de revertir lo que actualmente acontece, no por una variación antojadiza, sino porque ese cambio implica la posibilidad de ejercer de forma más adecuada los derechos que le asisten al imputado.

## 5.2. La supresión de las facultades del juez para interrogar al imputado y los testigos en el debate

Las características del juez en el proceso penal mixto inquisitivo (o inquisitivo reformado) que rigió del año 1973 hasta 1997, confrontadas con las del juez en el procedimiento mixto acusatorio, en vigor desde 1998 hasta la fecha, están planteadas diametralmente distintas; sin embargo, releendo hoy un artículo escrito hace aproximadamente una década por el jurista costarricense Dr. Fernando Cruz Castro, y en donde este expone —en sentido muy crítico— sobre las funciones que durante la etapa del debate asumía el entonces juez del sistema mixto inquisitivo, con ironía puede afirmarse aquí que, de dicha lectura se desprende una descripción muy similar a lo que acontece hoy día con el juez del sistema acusatorio vigente. Un sinsabor que para nuestra desdicha revela que en muy poco o en casi nada ha variado la participación del juez durante la etapa del debate en el proceso penal costarricense actual. En este sentido, dijo en esa oportunidad el Dr. Cruz Castro:

*“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 del DEBATE. Tanto el juez que preside el Tribunal, como el que se integra como juez unipersonal, tiene poderes extraordinarios respecto a la determinación de las pruebas que deben evaluarse durante el debate (...) 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, comprometiendo 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, insinuantes 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.”<sup>58</sup> (el subrayado es suplido).*

Como se observa, cualquier parecido con la realidad no es casualidad, sino que de manera infortunada, lo que se esperaba del juez en el desarrollo del debate —por el contrario— casi no ha variado. Ello en parte se debe a un problema de actitud de los operadores del sistema judicial, ya que prevalece una mentalidad inquisitiva; pero más creo yo, que la razón está en la normativa procesal, porque, aunque con regulaciones distintas del proceso anterior, siempre se permite al juez asumir roles que no le corresponden, algo que se tenía la esperanza, ahora vana, de desterrarse con el nuevo código<sup>59</sup>.

Con la permisión del juez para interrogar sucede que muchas veces este deja entrever su interés en el caso, comprometiendo con dicho actuar su imparcialidad e incrementando de esta manera el riesgo de provocar un desequilibrio en la balanza que vulnera el principio de igualdad procesal. No es posible imaginar un proceso, informado por los principios del modelo acusatorio, en el cual las partes tengan que estar vigilando y controlando, mediante objeciones, las preguntas improcedentes del juez que abusa de esta potestad; sin embargo, así sucede con regularidad en la práctica judicial.

57. CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. *Ibidem*, p. 53.

58. CRUZ CASTRO, Fernando. “Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica” En *Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 5, n.º 8, San José, 1994, p. 47.

59. En este sentido: “La redefinición de las atribuciones del juez y de las partes permiten desterrar la práctica viciada de los sistemas inquisitivos o mixtos, en los que la autoridad judicial enmienda las deficiencias del defensor o del Fiscal (...) esta solución permite que cada uno de los actores del juicio puede asumir plenamente el papel que le corresponde. Con estas modificaciones se define mejor la actividad jurisdiccional superándose las graves contradicciones que provoca el Juez de instrucción, tanto en la etapa de investigación, como en el debate”. CRUZ CASTRO, Fernando. *Idem*, p. 48.

Gran agravio a la estrategia de la defensa han producido las preguntas del juez durante el juicio; y, cuando se ha ejercido el derecho de oposición, casi todas las objeciones se han denegado, ya que resulta que el mismo juez objetado es quien califica la procedencia o improcedencia de la inconformidad. Resulta de esta manera una incongruencia con el principio de imparcialidad que quien califique sea el mismo juez unipersonal que formuló la pregunta indebida, u otro miembro del mismo tribunal colegiado. En la práctica sucede entonces, que se termina haciendo caso omiso a la objeción, o bien, como no pocas veces acontece, se altera el ánimo del juez en contra de la parte que se opone, ello quizá originado en la "osadía" que significa haber pretendido ejercer control sobre la potestad de interrogar que la ley le concede al juez, misma que no es irrestricta, sino sometida a las mismas regulaciones que están destinadas a las demás partes, lo cual lamentablemente en variadas ocasiones no se comprende y por ello se abusa.

**Propuesta concreta:** Lo más saludable para un proceso que se fundamenta en los principios del acusatorio, y que tiene como vértice de garantía la imparcialidad del juez, es que a este le sea vedada del todo la posibilidad de interrogar. El juez entonces debe ser un espectador pasivo del debate y no intervenir en la obtención de la verdad formal, y el resultado de la contienda debe aferrarse a las pruebas que las partes, acordes con la responsabilidad de su rol, han construido luego del contradictorio para presentar su verdad. En el sistema procesal nicaragüense<sup>60</sup>, el juez se limita a moderar el interrogatorio que hacen las partes y, excepcionalmente, puede rechazar de oficio preguntas improcedentes, pero nunca interviene preguntando, tal y como aquí se propone debería ser en nuestro país para que su rol sea realmente imparcial.

### 5.3. El interrogatorio directo y el contrainterrogatorio como garantías para la confrontación y control de la prueba testimonial

Nuestro proceso penal contiene un interrogatorio realmente exiguo, cargado de carencias que se reflejan en la práctica y que afectan la garantía de imparcialidad del juez. El artículo 352 C.P.P. establece que, previa-

mente al interrogatorio directo, el testigo relatará todo lo que sabe sobre los hechos que se investigan; sin embargo, este proceder ha conllevado a serios inconvenientes.

En primer término, el relato presenta el problema de que el testigo muchas veces incurre en la narración de aspectos que poco o nada interesan al objeto del proceso, refiriéndose en forma descomedida a los hechos. Dicha situación, ha provocado también que en el desarrollo del juicio los jueces interrumpan al testigo mientras declara, obligándolo al dictado del relato con el fin de transcribir este e incluirlo en la sentencia de la forma más fiel posible, atentando dicho proceder contra la espontaneidad del testigo y en perjuicio —principalmente— del principio de oralidad<sup>61</sup>.

Otro problema cotidiano que se deriva del relato, se refiere a la recurrente manía de algunos jueces de aprovechar la oportunidad de la narración para, en el transcurso de esta, plantearle al testigo todas las preguntas que son de su interés; irrespetando con dicha mala costumbre, la disposición normativa que señala que el interrogatorio de las partes inicia hasta que finalice el relato y, además, soslayando el orden en que debe realizarse dicho cuestionario<sup>62</sup>.

Dicha práctica viciada del juez es, en la actualidad, un recurrente proceder que se arrastra desde la vigencia del código de 1973, afectándose con ello la imparcialidad que debe caracterizarle, ya que se ha prestado para que algunos jueces conduzcan el relato, hacia un fin que no pocas veces coincide con el interés de la Fiscalía, quedando muy poco o nada por interrogar al testigo de cargo propuesto por dicho órgano. O también sucede a la inversa, como se indicó en el apartado anterior, ya que en algunas ocasiones el juez no interroga durante el relato pero sí procede luego a enmendar las omisiones o inconsistencias en que ha incurrido la parte en su turno de preguntar, con la excusa de que dicho proceder responde al descubrimiento de la verdad, destruyéndose así no pocas veces la estrategia y el esfuerzo de la defensa técnica durante su interrogatorio.

El proceso penal costarricense contiene un interrogatorio directo regulado exiguamente, y carece del

60. El art. 307 señala: "Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el Juicio. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero el juez o el jurado, según el caso, apreciará esta circunstancia al valorar la prueba. El juez moderará el interrogatorio y, a petición de parte o excepcionalmente de oficio, evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Después de que el juez tome la promesa de ley al testigo, la parte que lo propone lo interrogará directamente. A continuación la contraparte podrá formular repreguntas al testigo y, terminadas éstas, la parte que lo propuso podrá nuevamente formularle preguntas limitándose, en esta oportunidad, a la aclaración de elementos nuevos que hayan surgido en el contrainterrogatorio realizado por la contraparte...".

61. Esta irregular situación ya fue analizada por la Sala de Casación Penal de Costa Rica, en la sentencia n.º 2003-0257 de las 11:20 h. del 25 de abril de 2003, donde se considera que resulta un "motivo improcedente e ilegal de interrupción", que incide sobre la oralidad, la viciada manía de los tribunales penales de interrumpir las declaraciones de los testigos cuando estos están deponiendo durante el juicio.

62. Artículo 352: "...Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue de último ... Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo..." (El subrayado es suplido).

contrainterrogatorio; contrario a países como El Salvador y Chile, cuya legislación procesal sí contiene el último. Esta omisión tiene el inconveniente de que impide un real contradictorio de la prueba testimonial y, además, imposibilita controlar las respuestas de aquellos testigos hostiles, lo cual únicamente se podría lograr por medio de un contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio posibilita la contradicción de las pruebas, principio esencial dentro del modelo acusatorio, desentrañando con mayor eficacia la búsqueda de la verdad. La inexistencia del contrainterrogatorio ha conllevado a que ambas partes sólo realicen interrogatorios directos, imposibilitando ello a la contraparte que controle al testigo oponente. La premisa que afirma que el testigo lo es de la verdad y que no tiene ningún interés en el caso, es muchas veces una idea ficticia que ha conllevado a desequilibrar la contienda del proceso y a entorpecer el sentido adversativo del mismo dentro de un modelo acusatorio.

En el modelo vigente la pregunta sugestiva está prohibida, cuestión esta que es esencial de tomar en cuenta para el desarrollo del contrainterrogatorio, no así durante el interrogatorio directo o de inicio. Dicha modalidad de pregunta está expresamente prohibida en la actualidad para ambas partes<sup>63</sup>, lo cual es entendible en un interrogatorio directo, porque aún el testigo no ha aportado ninguna información; sin embargo, no tiene sentido la prohibición cuando se va a preguntar durante el contrainterrogatorio sobre aspectos ya introducidos al debate.

La formulación de preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio posibilita controlar al testigo que es hostil a la parte que contrainterroga<sup>64</sup>, quien por medio de una pregunta abierta difícilmente va a obtener lo que le interesa introducir al debate. La pregunta sugestiva no tiene como finalidad confundir o engañar al testigo, sino sólo que el interrogatorio sea conducido hacia donde lo desea el interrogador, sin peligro de que el testigo oponente afecte su estrategia. Asimismo, el contrainterrogatorio permite verificar la confiabilidad del testigo o lo contrario<sup>65</sup>; es parte de un "juego de presión" que resulta váli-

do<sup>66</sup> entre el testigo y el abogado de la contraparte, aspecto psicológico necesario para el descubrimiento de la verdad.

**Propuesta concreta:** En definitiva, nuestro sistema procesal penal está ante la urgente necesidad de variar algunas formalidades del juicio, y así lograr un pleno ejercicio de la oralidad y el cumplimiento de los roles que debe desempeñar cada una de las partes en el modelo acusatorio adversativo. Entre las reformas que deben implementarse está la eliminación del relato del testigo, procediendo quien propuso la prueba a interrogar en forma directa en torno a lo que le interesa, evitándose así que el testigo narre aspectos que nada tienen que ver con el contradictorio. Principalmente, debe reformularse el interrogatorio directo por medio de preguntas abiertas, e incorporarse el contrainterrogatorio, admitiéndose aquí preguntas cerradas y sugestivas que posibiliten controlar a los testigos hostiles. Solo así se logrará el contradictorio de la prueba en nuestro sistema, ya que en el diseño actual se imposibilita esa garantía.

## 6. La oralidad como medio de control de la imparcialidad del juez

Como complemento de la separación de la función acusadora y de enjuiciamiento está la oralidad, que facilita controlar la garantía de imparcialidad del juez. En Costa Rica, la etapa de juicio se caracteriza por su oralidad desde la promulgación del código de 1973, pero aun así deben adaptarse cambios para proteger al máximo los principios y las garantías que informan el sistema acusatorio. Otros países de nuestro entorno y con menos experiencia en el campo de la oralidad, fueron más allá con la reforma procesal e implementaron una oralidad que permite en juicio una real contradicción de los elementos de prueba, resguardando a su vez la imparcialidad del juez<sup>67</sup>.

No se pretende aquí la adopción de un sistema acusatorio puro, como el que regía en la Grecia antigua o en la Roma republicana; sin embargo, como se ha señalado antes, Costa Rica sigue contando con un juicio y un interrogatorio de rasgos inquisitivos, algo paradójico

63. Artículo 352 del C.P.P.: "...Quien presida moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, ..."

64. "En el sistema adversativo se hace necesario el uso del interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio ... porque el abogado de la parte contraria a quien ha ofrecido al testigo o perito como órgano de prueba, por lo general no goza de su empatía o afinidad, no estando identificado con el examinador, como sí lo tiene con el abogado quien lo ha ofrecido como órgano de prueba, con quien se manifiesta colaborador". DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 258.

65. *Ibidem*, p. 267.

66. Algunos jueces que dirigen el debate incurrir en el frecuente error de limitar el interrogatorio cuando ante la mínima presión hacia el testigo este se contradice, lo cual es válido de realizar, ya que la prohibición del artículo 352 C.P.P. se refiere a que el interrogatorio debe realizarse "sin presiones indebidas", lo cual no significa que exista prohibición absoluta al ejercerlas con límite.

67. Por ejemplo, la última reforma procesal de El Salvador y Chile envolvió importantes cambios en la fase oral, específicamente en la forma del interrogatorio, convirtiéndose el debate en una contienda realmente adversativa donde —como se dijo— se garantiza el principio de contradicción y en donde la imparcialidad del juez se tutela con mayor efectividad.

dentro de un proceso mixto-acusatorio, donde las posibilidades de someter las probanzas a un verdadero contradictorio durante el juicio son escasas, sumado al hecho de que el juez sigue poseyendo facultades propias de un juez inquisidor.

En el proceso penal vigente coexisten normas inquisitivas que le permiten al juez desatender su rol y comprometen la garantía de imparcialidad que debe caracterizarle, ya que no pocas veces asume funciones que son incompatibles con un proceso acusatorio, dedicándose él mismo a edificar la prueba de cargo (o de descargo, en la menor cantidad de casos) por medio del interrogatorio; o bien, ordenando de oficio prueba para mejor resolver cuando las partes no han tenido la capacidad de cumplir con su rol en la edificación de la evidencia que le interesa.

Sin lugar a dudas, la oralidad permite controlar con mayor facilidad la imparcialidad del juez, pero además, en cualquier tipo de proceso que se adopte, la oralidad tiene la virtud de permitir a las partes el ejercicio de sus destrezas, que debatan con mayor amplitud la prueba que interesa a sus objetivos. Si bien es cierto dentro de un sistema mixto-acusatorio resulta innegable la importancia de la oralidad<sup>68</sup>, desde mi perspectiva no es esto lo que lo caracteriza, porque la diferencia esencial entre los diferentes sistemas procesales no es precisamente la oralidad, ya que puede existir un sistema inquisitivo con esta incorporada.

Lo que realmente identifica a un sistema acusatorio es el cumplimiento de los principios básicos que lo rigen, y que en consecuencia lo diferencian de otros procesos. En este sentido, principios como la imparcialidad del juez, la publicidad, la intermediación y la contradicción de la prueba, caracterizan un sistema acusatorio (mixto o puro), y pueden ser logrados a través de la oralidad, pero no significa que estén condicionados a esta.

El proceso penal costarricense tiene el privilegio de contar con la oralidad desde hace aproximadamente treinta años, principalmente como nota característica de la fase de juicio, de manera tal que, con base en esa experiencia, la adopción del nuevo sistema debió colocar a nuestro país a la vanguardia de América Latina, implementando cambios que fortalecieran el ejercicio de dicha oralidad, tomando en cuenta que este tema ha significado toda una novedad en varios de los países del área.

Sin embargo, no ha sido así, sino que, por el contrario, Costa Rica se ha quedado rezagada y sumida en un letargo en aspectos que son importantes para la oralidad, motivo por el cual debe despertar con prontitud haciendo los ajustes correspondientes al proceso.

Como se ha dicho, tanto en el anterior sistema procesal, como en el vigente, la oralidad ha caracterizado la fase de juicio; sin embargo, el nuevo sistema mixto-acusatorio ha pretendido que la oralidad también predomine en las fases de investigación e intermedia<sup>69</sup>, lo cual, sin embargo, no ha sido posible de alcanzar a plenitud, ya que es en la etapa investigativa en donde cotidianamente, al igual que en el pasado, se erigen sendos expedientes cargados de alegatos por escrito, y de documentos varios, que han colapsado la capacidad de respuesta pronta y cumplida que se pretendía lograr, decayendo el proceso a un estado de agobio muy similar al que se encontraba cuando se tramitaban los asuntos por medio del código de ritos anterior.

## 7. Conclusión

El camino se observa tortuoso, pero la peor lucha es la que no se hace. Por ello este modesto artículo ha tenido el propósito de colaborar con la salvaguarda de aquellos principios que informan el proceso penal vigente y, por consiguiente, defender los derechos y garantías que se derivan de estos, proponiendo cambios que cumplan con dicho objetivo.

Considero que a corto plazo deben realizarse enmiendas normativas de naturaleza evolutiva, que alejen a nuestro proceso penal más enérgicamente de los resabios inquisitivos que aun convergen en el mismo. En este sentido, como muy bien lo señaló cuatro décadas atrás el ilustre maestro G. Bettiol, en relación con el proceso italiano: "las futuras reformas, parciales o totales, de los procesos hoy en vigor serán siempre más adecuados a los postulados políticos de la democracia. Ello quiere decir que el proceso penal se adecuará cuanto más sea posible al tipo de proceso acusatorio..."<sup>70</sup>.

No obstante lo anterior, la realidad social actual demuestra que la intención del legislador va por rumbo contrario, con planteamientos propios de una política criminal populista que incide negativamente en la limitación de derechos y garantías judiciales que rigen en el proceso penal, e influye con fuerza en la expansión desmedida que sufre actualmente el derecho penal sus-

68. V. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal". En *Revista Ciencias Penales*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 8, n.º 11, San José, 1996, pp. 60 y ss.

69. V. MADRIGAL ZAMORA, Roberto. "La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal". En *Revista Ciencias Penales*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 10, n.º 15, San José, 1998, pp. 91 y ss.

70. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1977, p. 278.

tantivo. La mayoría de los derechos y garantías que rigen hoy día, tratan de logros que datan de la Ilustración, época en la que los pensadores del liberalismo modelaron lo que en la actualidad conocemos como el Estado democrático y de derecho, una forma de organización social que, según el artículo 1º de nuestra Constitución Política, el Constituyente escogió para los costarricenses como modo de vida.

Por esta razón es que, no hay duda de que nuestro sistema procesal penal avanzó muchísimo con la reforma legislativa que entró en vigor a partir de 1998, instaurándose así un proceso nutrido por principios del modelo acusatorio que enraízan la garantía de imparcialidad del juez; pero ello no significa que la cúspide ya fue alcanzada, todo lo contrario, aquí se han señalado algunas disfunciones que considero afectan la buena marcha del proceso penal vigente, quedando por fuera el estudio de otras más. Y, por otra parte, como se indicó antes, en la actualidad existen fuertes corrientes que abogan porque se lleven a cabo reformas legales que detengan esa evolución, algunas de las cuales ya han sido concebidas con ese fin<sup>71</sup>, limitándose con ello derechos y garantías procesales.

Las reformas legales son necesarias. Nada justifica lo contrario. La "buena fe" y la "lealtad" en la actuación de las partes son insuficientes como presunciones y no tutelan la garantía de imparcialidad del juez. Estas proclamas responden más a un romanticismo ético, diría utópico, que en la práctica muy poco ha limitado la recurrente manía del juez de asumir funciones inquisitorias e improcedentes dentro de un sistema acusatorio que debe buscar la verdad con estricto apego a la legalidad. Como decía Merlín, "el juez antes de opinar en un asunto cualquiera, debe estar seguro de que no existe en el fondo de su corazón, ni pasión, ni afectación particular por alguna de las partes", eso es lo que se requiere para que exista absoluta confianza sobre la imparcialidad que debe adornar al juez que imparte justicia.

## 8. Bibliografía

- ÁLVAREZ, Alejandro E. "El principio acusatorio: garantía de imparcialidad". En Revista Nueva Doctrina Penal. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996 / B.
- ANTILLÓN, Wálter. Teoría del Proceso Jurisdiccional. Investigaciones Jurídicas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2001.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. J. M. Bosh Editor, Barcelona, España, 1995.

- BENTHAM, Jeremías. Tratados de las Pruebas Judiciales. Valleta Ediciones, Vol. I, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1977.
- BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces. Librería "El Foro", Buenos Aires, Argentina, 1997.
- CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. "Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal (*nemo tenetur se ipsum accusare*: nadie tiene que acusarse a sí mismo)". En Revista Defensa Pública, n.º 3, San José, Costa Rica, octubre, 2003.
- CRUZ CASTRO, Fernando. "Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica". En Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 5, n.º 8, San José, 1994.
- DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio. "Las técnicas del interrogatorio en el juicio oral". En Revista Justicia de Paz, Corte Suprema de Justicia – Cooperación Española, n.º 9, mayo – agosto, El Salvador, 2001.
- FERAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, 5ta. ed., Madrid, España, 2001.
- GOLDBERG, Steven H. Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré? Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal". En Revista Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 8, n.º 11, San José, 1996.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La prueba en los procesos penales centroamericanos". En Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, n.º 17, San José, 2000.

71: Me refiero –por ejemplo– a la reforma legislativa Ley n.º 8146 del 30 de octubre de 2001, que modificó institutos como la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, limitando su aplicación.

- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1984.
- LANGER, Máximo. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En VVAA Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2001.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, 2 ed., San José, Costa Rica, 2003.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ed., San José, Costa Rica, 1998.
- MADRIGAL ZAMORA, Roberto. "La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal". En Revista Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 10, n.º 15, San José, 1998.
- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, 2 ed., Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales. Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- MORA MORA, Luis Paulino. "Los Principios Fundamentales que Informan el Código Procesal Penal de 1998". En VVAA Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Asociación de Ciencias Penales y Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1996.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2º ed., Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2002.
- QUIÑÓNEZ VARGAS, Héctor. "Observaciones al proceso penal salvadoreño". En El Informativo, PAS/DPK Consulting, Proyecto para el apoyo del sistema de justicia, Año 2, n.º 3, San Salvador, noviembre, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II, 22 ed., Madrid, España, 2001.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. "¿Penalización del derecho civil o privatización del derecho penal?". En VVAA Nuevo Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1998.
- ROJAS SALAS, Manuel. "La prueba para mejor proveer en el juicio oral". En Revista Defensa Pública. Asociación Costarricense de la Defensa Pública, n.º, octubre, 2000.
- ZYSMAN QUIROS, Diego. "Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad". En VVAA Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2001.



# LA INCONCILIABILIDAD DE SENTENCIAS COMO MOTIVO DE REVISIÓN

Omar Vargas Rojas\*  
Mario Porras Villalta\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro de cualquier ordenamiento jurídico moderno, uno de sus principios básicos es la seguridad jurídica, en virtud de la cual los ciudadanos pueden actuar y conocer las consecuencias de sus actos. Dicho en términos coloquiales es el "*saber a que atenerse*". Por esa razón se establece la "cosa juzgada" como límite infranqueable para el Estado, quien no puede reabrir las causas judiciales falladas. De esta forma se pone fin a los conflictos penales y se restaura la armonía social. No obstante lo anterior, de manera excepcional el mismo ordenamiento jurídico autoriza que en los casos expresamente señalados por la ley, se pueda reabrir y discutir nuevamente sobre el mismo punto. Es así que se prevé la *revisión* como remedio procesal extraordinario para volver a discutir fallos condenatorios firmes, permitiendo de esta forma que se corrija el error judicial y por ende la injusticia cometida.

El presente ensayo trata precisamente sobre una de las causales de revisión. La inconciliabilidad de sentencias como motivo de revisión. Para tal efecto se hace una breve reseña del proceso histórico, génesis y evolución, así como de los presupuestos y fines propios del instituto, destacando la importancia del error judicial y la injusticia cometida, tratando de fijarle un contenido preciso a esta última. Se analizan también las principales propuestas doctrinarias, destacando aquellas que consideran que la causal contempla tanto la inconciliabilidad lógica como la jurídica, frente a los que consideran que solo la inconciliabilidad lógica autoriza la procedencia del instituto.

Este último aspecto tiene una importancia medular, pues dependiendo de la posición que se asuma, se ampliará o restringirán los motivos que facultan su procedencia. Sobre el particular tomamos partido por la inconciliabilidad lógica y damos las razones de esa decisión.

Se analizan también las consecuencias que la aplicación del procedimiento abreviado pueda tener en la causal de revisión. Conforme a la estructura de dicho procedimiento, se llega a la sentencia sin necesidad de recibir la prueba en juicio oral y público, pues usualmente bastará el consenso entre las partes. Tratándose de procesos con varios imputados es válido que unos se acojan al procedimiento abreviado y otros opten por la vía ordinaria. Situación que por las vicisitudes del proceso —especialmente por la exigencia de que la prueba debe producirse en el debate— pueda dar lugar a fallos jurídicamente incongruentes.

Finalmente analizamos los principales fallos emitidos por la Sala de Casación Penal sobre la materia, donde apuntamos un cambio importante en la jurisprudencia.

Esperamos que este ensayo motive la discusión de este importante y, si se quiere, descuidado instituto procesal, pues en muchos casos se erige como único remedio procesal capaz de enmendar una decisión judicial firme contra la cual no proceden los recursos ordinarios previstos por el ordenamiento.

## II. ANALISIS HISTÓRICO DEL INSTITUTO

Normalmente el estudio sobre la génesis de un instituto procesal nos servirá de punto de partida necesario no solo para comprender las razones que impulsaron su creación o posterior evolución, sino además —siendo este uno de los resultados más importantes— nos facilitará el análisis y fijación de sus alcances y efectos al aplicarlo a un caso concreto. Existen muchos institutos que obedecen a ese patrón<sup>1</sup> y la causal de revisión que nos ocupa no escapa de él según se analizará. Por esta razón, hemos estimado no solo conveniente sino necesario el entrar a estudiar, al menos en forma resumida, cuál fue la coyuntura histórica que propició el nacimiento

1. Uno de ellos, que nos sirve para ilustrar la idea expuesta, es la "adhesión" dentro del régimen procesal impugnativo. Si bien es cierto la redacción del artículo 425 del Código Procesal Penal vigente difiere de la que incluía el 453 derogado, es claro que el criterio jurisprudencial sostenido por la Sala Tercera de Casación, en el sentido de que no es posible la adhesión a un recurso formulado por la misma parte, mantiene actualidad. En efecto, la anterior posición se generó a partir del citado artículo 453, que rezaba "...el que tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del término del emplazamiento, al recurso concedido a otro...", de donde se interpretó que "...por medio de la adhesión puede unirse al recurso abierto por otro para expresar sus agravios contra la resolución...donde por "otro" no puede entenderse el propio defendido del incidentista, sino que solo se refiere -según la opinión dominante- al recurso concedido a la parte adversaria o contraparte del sujeto adherente o, en un sentido más amplio, a la co-parte..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º. 468-A-93, de las 9:15 horas del 22 de octubre de 1993). No obstante que la nueva regulación señala que quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del período del emplazamiento, al recurso interpuesto por cualquiera de las partes (artículo 425 del Código Procesal Penal), es claro que jamás podría estarse haciendo referencia a la propia parte que -como sujeto procesal unitario- recurre, pues ello iría en contra de los mismos fundamentos históricos que justifican el instituto de la adhesión, a través de la cual "...se permitió a la parte que no había recurrido adherirse a la apelación del adversario para solicitar que se reformara la resolución impugnada en lo que estimare perjudicial a su interés. Por tanto, el que apelaba y el adherente quedaban en igualdad de condiciones, como si los dos hubiesen recurrido...". Ayán (Manuel), "RECURSOS EN MATERIA PENAL", Editorial Córdoba de Marcos Lerner, 1985, p. 155.

de la revisión en general y de la hipótesis objeto del presente estudio en particular, así como la forma o diseño en que estas fueron estructuradas en sus inicios, todo lo cual nos permitirá establecer cómo debe aplicarse esta última en la actualidad.

### a. LA REVISIÓN EN GENERAL

Según lo explica el tratadista costarricense Francisco Castillo<sup>2</sup>, el régimen jurídico procesal del llamado recurso de revisión –posiblemente debido a su corta existencia– no ha tenido un gran desarrollo o tratamiento histórico, sin que por ello estemos autorizados a pensar que este no se hizo necesario en el pasado por no existir errores en la función de administrar justicia que requirieran enmienda. El sistema judicial en general, y sobre todo en lo que se refiere a la materia penal en particular, siempre ha sido falible y sujeto (¿proclive?) a incurrir en yerros, por cuanto detrás de este se encuentran seres humanos que se ven afectados por sentimientos, estados de ánimo, prejuicios, etc.<sup>3</sup>, todo lo cual es un indicio que nos permite sospechar que con mucha frecuencia, quizá más de lo que deseáramos, se cometen errores<sup>4</sup>.

El escaso desarrollo histórico de este importante mecanismo jurídico para la revisión de fallos jurisdiccionales que han dado término en forma definitiva a un proceso, podría ubicarse en el también escaso, o si se quiere pobre, desarrollo de las instituciones públicas y de la organización estatal en el pasado, pues precisamente esta última sería la plataforma idónea para implementarlo. Para hacernos una idea de este fenómeno, Castillo nos explica que durante la época prerepublicana del imperio, el Derecho Romano –cuya influencia se deja sentir, incluso, en las legislaciones modernas– no se conoció siquiera la revisión, ello debido a que ni siquiera

contaba con una jurisdicción penal diferenciada, donde ni siquiera era factible establecer la cosa juzgada<sup>5</sup>. La idea que aquí se encierra es que la revisión, para su adecuado funcionamiento procesal, requiere de toda una organización judicial que instaure un orden institucional en la administración de justicia, de tal modo que el proceso cumpla con distintas etapas hasta producir una sentencia definitiva que adquiera la condición de cosa juzgada. Una vez alcanzado ese estadio, es que tendría sentido la implementación de un mecanismo que le permitiera al interesado revisar el pronunciamiento que, si le es adverso, considera injusto. Este estado de la cuestión se mantuvo durante la época republicana, donde si bien es cierto existieron al menos cuatro mecanismos para impugnar las decisiones jurisdiccionales firmes<sup>6</sup>, a partir de los cuales se podía pretender su paralización, modificación o revocatoria, su fundamento no era "...específicamente ni el error de derecho ni el error de hecho, sino la GRACIA del pretor o del pueblo..."<sup>7</sup>. Como se deriva de lo anterior, "...en el antiguo Derecho Romano, ya, pese a reconocerse la inalterabilidad de la sentencia en un momento (cosa juzgada), se admitió la posibilidad de una revisión extraordinaria en caso de sentencias obtenidas con fraude..."<sup>8</sup>.

Ya en la época imperial, donde surge el recurso de apelación en contra de los fallos dictados, mismo que se ejercía ante el pretor o el cónsul según fuera del caso, la decisión de este último solo podía ser revocada por él mismo a través de la "*restitutio ex capite gratiae*", o solicitando gracia directamente ante el emperador por medio de la "*licentia supplicandi*", mecanismos que si bien perseguían los mismos fines de la revisión tal y cual la conocemos hoy en día, esto es, enmendar un error judicial, en realidad incorporaban la idea de un acto de poder y de gracia<sup>9</sup>.

2. Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", editado por el Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1ª edición, 1980, p. 15.
3. "...La revisión supone pues un medio válido para atacar la cosa juzgada. El legislador ha tenido en cuenta el problema político y social que se produce por el hecho de que siendo la sentencia un acto de hombre, que por tanto puede equivocarse, pueda estar aquella también equivocada..." Catena Moreno Víctor, Cortés Domínguez (Valentín), Amagro Nosete (José) y Gimeno Sendra (Vicente), "DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1 edición, 1988, Tomo II (volumen II) titulado "El proceso Penal", p. 221.
4. Según lo considera la doctrina argentina, "...para un Estado de Derecho es absolutamente repugnante el que un inocente pueda ser condenado y sufrir prisión por un error judicial. De este modo, las posibilidades de revisar una sentencia condenatoria deben ser amplias..." Binder (Alberto), "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1 edición, abril de 1993, ps. 284 y 284.
5. Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIAL PENAL", Ob. Cit. P. 16.
6. Estos cuatro mecanismos de impugnación eran: 1) La revocatio in duplum, en virtud de la cual se podía cuestionar la decisión condenatoria, con el riesgo de que si perdía, la sanción se duplicaba; 2) La intercessio, a través de la cual el magistrado podía paralizar la decisión de un colega o de un inferior; 3) La integrum restitutio, que permitía al pretor romano revocar según su criterio la sentencia condenatoria; 4) La provocatio ad populum, que consistía en una especie de perdón otorgado por decisión del pueblo.
7. Ídem, pág.18
8. Vescovi (Enrique), "LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMÁS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMÉRICA", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1 edición, 1988, p. 338
9. "...Quizás por los orígenes de la revisión, que hunde sus raíces en el derecho de gracia del Estado, o quizás por la ausencia de una Constitución preocupada por los derechos individuales, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal entendió que con la revisión lo que se está tutelando primordialmente son los intereses del Estado: frente al interés del Estado de imponer penas, el interés del Estado en revisar aquellas sentencias de condena clamorosamente injustas... (la revisión) es por su naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia..." Moreno Catena (Víctor) y otros, Ob. cit. Ps. 223 y 224.

Tal y como lo explica Barona, "...lo cierto es que la revisión penal, tal y como es entendida en la actualidad, es de origen francés, en su redacción originaria y en la evolución hasta llegar a la misma..."<sup>10</sup>. El antecedente más claro y preciso de la revisión debemos hallarlo, sin duda alguna, en el derecho francés antiguo a partir de lo que se conocía como "las proposiciones de error"<sup>11</sup>, así como las llamadas "lettres de revision", "lettres de justice"<sup>12</sup> o "lettres de grace"<sup>13</sup>, incluidas en la Ordenanza de 1670, en virtud de las cuales el rey podía reconsiderar de nuevo una decisión condenatoria en la que se advirtiera una contradicción o que en su dictado hubiese mediado dolo, sorpresa o fraude, es decir, cuando se estuviera en presencia de un error<sup>14</sup>.

En lo que respecta al derecho germánico, donde no obstante conocerse el principio de que las sentencias emanadas de las Asamblea del Pueblo, dictadas en nombre de Dios, eran irrecurribles, se admitieron recursos extraordinarios: *la supplicatio* y *la restitutio in integrum*, basados en razones de equidad, "...cuando alguien sufría una grave lesión por una sentencia dictada en un proceso en el cual no había podido defenderse por razones de edad, enfermedad, ausencia, o error debido a deficiencia intelectual, proveniente de dolo del adversario o del juez..."<sup>15</sup>.

## b. LA CAUSAL ESTUDIADA EN PARTICULAR

Con la culminación de la revolución francesa se produce la abolición del instituto de la revisión, gestado anteriormente, por cuanto se le estimó incompatible y hasta innecesario con el nuevo sistema de jurados<sup>16</sup>, que fallaban en conciencia previo juicio oral y público<sup>17</sup>.

Esta confianza excesiva en el juicio por jurados se vio defraudada, al comprobarse que dicho sistema siempre estaba expuesto al error<sup>18</sup>, lo que obligó a que, mediante decreto del 15 de mayo de 1793 se restableciera la vigencia de la revisión de fallos firmes, permaneciendo así desde entonces<sup>19</sup>. Nótese que, en lo que se refiere al surgimiento concreto de la causal que nos ocupa, fue una situación extraordinaria la que marcó la pauta decisiva, por cuanto una vez que estaba en pleno funcionamiento el hijo predilecto de la revolución francesa, esto es, el sistema de administración de justicia por medio de jurados (basado en el juicio oral y público), la práctica demostró que este —lejos de lo que esperaba— también estaba expuesto a incurrir en yerros que deparaban en decisiones injustas, haciéndose palpable la necesidad de instaurar un mecanismo correctivo a dichos efectos.

10. Barona Vilar (Silvia), "La Revisión Penal", en Revista "JUSTICIA 87", Librería Bosh, Barcelona NO IV, 1987, P. 852.

11. Según lo explica Castillo, estas "...posibilitaron un ataque de la sentencia por errores de hecho, pero no por errores de derecho..." Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Ob. cit. p. 21.

12. "...por las cuales el rey, a quien se recurría como último recurso (sic), ejercía la jurisdicción. La ordenanza real del 23 de marzo de 1302 organiza una vía de recurso constituido por las "lettres de grace et de proposition d' erreur, constituyendo una "requete" dirigida al rey respecto de una sentencia en la cual se invocaba un error grave de los parlamentos, solicitando una nueva tramitación por la misma causa. Si el soberano acogía el recurso, los "maitres des requetes" libraban al recurrente una orden del rey para que el Consejo Real (y a partir de la Ordenanza de 1830 el mismo parlamento que había pronunciado la sentencia) revisara el fallo. Nace así la "requete civile", origen del recurso de revisión que se mantiene hasta hoy, como un medio extraordinario de revisión de la sentencia..." Vescovi (Enrique), "LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMÁS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMÉRICA", Ob. cit. p. 338.

13. Barona Vilar (Silvia), "LA REVISIÓN PENAL", Ob. cit. p. 852.

14. Como se logra advertir, de esta institución procesal parece derivarse en forma directa la actual revisión, no fundada en la concesión de una gracia por parte del soberano, sino en la idea de poder reparar una decisión adoptada en forma errónea. Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Ob. Cit. p. 21 y 22.

15. Vescovi (Enrique), "LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMÁS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMÉRICA", Ob. cit. p. 338.

16. Barona Vilar (Silvia), "LA REVISIÓN PENAL", Ob. cit. p. 853.

17. Según lo analiza Francisco Castillo, mediante el decreto de 19 de octubre de 1792 se le trasladó a la recién creada Corte de Casación la tarea de juzgar las gestiones de revisión planteadas con anterioridad a los decretos del 9 de octubre y 3 de noviembre de 1789, en donde ha de entenderse que, con posterioridad a esta última fecha, no era factible plantear tal impugnación. Según lo estima este autor, la decisión obedeció a la excesiva confianza que se tenía en que el juicio oral, público y acusatorio, donde el imputado tenía plenas posibilidades de defensa, erradicaría la posibilidad de que se diera un error judicial en la fijación de los hechos. Si dicho yerro se presentaba en el derecho, ello era factible de corregir a través del recurso extraordinario de casación. Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Ob. c. ps. 22 y 23.

18. Castillo explica, a partir de una cita de Lemione, "DE LA REVISION DES PROCES CRIMINELS ET CORRECTINNEL", thèse pour le doctorat, Université de Paris, 1986, que dos juzgados diferentes condenaron a dos personas por un robo que únicamente pudo haber sido cometido por una de ellas. Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Ob. c. p. 23.

19. Llobet, apoyado en una cita de Barona Vilar (Silvia), "LA REVISIÓN PENAL", EN REVISTA "JUSTICIA", (España), n.º 4, 1987, p. 861 (obra consultada en este trabajo), avala esta situación, al señalar que "...en Latinoamérica en definitiva se sigue el sistema francés, el que inicialmente partió de la validez absoluta de la cosa juzgada. Posteriormente el descubrimiento de errores judiciales que habían causado graves perjuicios a personas inocentes, hizo que se establecieran causas de revisión a favor del condenado..." Llobet Rodríguez (Javier), "PROCESO PENAL COMENTADO", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1 edición, 1988, p. 396.

Por último, siempre ubicados dentro del estudio de la legislación francesa, que como se ha visto fue el gestor no solo de la revisión en general (tal y como la conocemos hoy en día), sino también de la causal estudiada en particular, se tiene que el Código de Instrucción Criminal de 1808 admitió la revisión en tres únicas e insuficientes hipótesis: i) inconciliabilidad de condenaciones; ii) prueba de la existencia de la persona supuestamente muerta en homicidio<sup>20</sup>; iii) condenatoria por falso testimonio de uno o varios testigos que habían declarado contra el acusado<sup>21</sup>.

Según lo comenta Castillo<sup>22</sup>, en vista de que esta regulación pareció del todo insuficiente ante la gama de hipótesis que la práctica forense arrojaba, se implementó una importante reforma en 1895, en la que se introduce como causal de revisión una fórmula más amplia, a partir de la cual se permite impugnar el fallo firme cuando concurren nuevos hechos o nuevas piezas, desconocidas por el juez que lo dictó<sup>23</sup>.

Lo expuesto hasta aquí nos permite hacer unas conclusiones preliminares, en el sentido de que fue en el seno del derecho procesal francés no solo donde se gestó la revisión según la conocemos hoy en día, sino también la causal concreta de "inconciliabilidad" que constituye nuestro objeto de estudio. También resulta notorio apreciar las razones que dieron origen a ello: la aspiración de evitar que una decisión condenatoria firme, injusta al incorporar un error judicial, pudiera mantener sus efectos. Esta primera aproximación nos servirá de

parámetro orientador al analizar con más detalle los alcances de dicha causal y, sobre todo, las consecuencias que se derivarán del acogimiento del *juicio rescindens*<sup>24</sup> con base en ella.

### III. FUNDAMENTO DE LA REVISIÓN

La mayor parte de la doctrina entiende que el fundamento esencial que legitima la existencia de la revisión es la enmienda del error judicial<sup>25</sup>, con lo cual se acepta la cruda realidad de que, si es el sistema judicial falible e imperfecto, es dado a incurrir en decisiones injustas que requieren reparación<sup>26</sup>. Debido a esta problemática es que, dentro del moderno Estado de derecho, se requiere un mecanismo procesal que venga a posibilitar la rectificación de estos yerros, pues de no ser así se afectaría aun más las ya endebles legitimación y credibilidad del aparato represivo penal.

De lo dicho hasta aquí parece claro que, a fin de cuentas, la razón que vendría a darle sustento a la revisión sería la posibilidad o aspiración de alcanzar, frente a un caso concreto ya fallado con autoridad de cosa juzgada, una decisión justa<sup>27</sup>, o, como ha estimado la jurisprudencia española, "...la finalidad del recurso de revisión se erige a hacer prevalecer frente a los efectos de una sentencia o resolución firme sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material, real y extraprocesal..."<sup>28</sup>, entendiendo —en principio— por un fallo justo, aquel que, aun sacrificando la seguridad jurídica que garantiza la cosa juzgada, aplica de

20. Nótese como esta causal, estructurada aquí por el legislador francés de manera casuística, en las regulaciones modernas adopta una fórmula mucho más amplia y genérica. Por ejemplo, nuestro Código Procesal Penal refiere en el numeral 408 inciso e que: "...La revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, en los siguientes casos: e) cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable..."

21. Como se advierte, en este caso se evidencia la misma situación, es decir, se opta por una hipótesis casuista. Nuestro Código Procesal Penal la desarrolla de manera más amplia: "...La revisión procederá... b) Cuando la sentencia se haya fundado en prueba falsa..." (Artículo 408)

22. Castillo González (Francisco). "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL". Ob. c. p. 24.

23. La redacción anterior ("se prueba la existencia de la persona que se creía muerta en homicidio"), entonces, es sustituida por una hipótesis, más genérica, muy semejante a la que prevé el artículo 408, inciso e, de nuestro Código Procesal Penal.

24. La doctrina en general sostiene que la revisión tiene por objeto el juicio de *rescindens*, esto es, incorpora como pretensión el que se rescindan los efectos de un fallo penal condenatorio firme. Entre otros, Clariá Olmedo (Jorge A), "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", editora EDIAR, Córdoba, 1 edición, setiembre de 1967, p. 235.

25. Entre otros Cfr. Levene (Ricardo, hijo), "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 3 edición, 1975, pág. 393, quien estima que la revisión tiene por objeto reparar posibles errores judiciales.

26. En el sistema alemán se prevé "...una modalidad de la restitución in integrum (wiedereinsetzung in den vorigen stand) en los casos de la celebración del juicio oral sin acusado... es decir, cuando la ausencia no es justificada, el acusado ha sido citado en forma y la pena a imponer se encuentra limitada. En tales supuestos... es posible la repetición del juicio..." Garberí Llobregat (José), "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Recurso de Anulación Penal en 'DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA PENAL'", Ediciones Juriscentro, San José, Costa Rica, 1 edición, 1992, p. 159.

27. "...la revisión constituye un medio de ataque a la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia... se plantea el problema de articular dos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de seguridad jurídica... y el principio de justicia. Tales principios normalmente van unidos y se complementan el uno al otro. Sin embargo, nos podemos encontrar con supuestos excepcionales en los que se produzcan un choque entre ambos principios: estamos pensando en sentencias firmes que sean manifiestamente injustas. En estos casos se plantea el problema de que se pueda revocar dicha sentencia o, por el contrario, dar prioridad al principio de justicia y admitir que, en ciertos casos, la cosa juzgada pueda quedar sin efecto. A esta última posibilidad responde la revisión...". De la Oliva Santos (Andrés); Aragonés Martínez (Sara); Hinojosa Segovia (Rafael); Muerza Esparza (Julio); y Tomé García (José Antonio), "DERECHO PROCESAL PENAL", colección CEURA, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 3 edición, setiembre de 1997, p. 627.

28. Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 25 de junio de 1984. En iguales términos, ver sentencia del mismo tribunal del 18 de octubre de 1982.

manera acertada el derecho sustantivo a unos hechos que se ajustan a lo realmente acontecido<sup>29</sup>.

De acuerdo con lo dicho, es necesario que precisemos el contenido de algunos conceptos, los cuales nos servirán como punto de partida teórico, a partir del cual estaremos en condiciones de analizar de manera más concreta los alcances de la causal estudiada.

#### IV. LA JUSTICIA

Como se planteó anteriormente, la doctrina insiste en que la apertura de la revisión obedece a criterios de justicia, es decir, a aquella aspiración de que se corrija el fallo injusto, aun sacrificando algunos principios en los cuales se sustenta la justificación del derecho procesal penal, si el fallo condenatorio firme resulta injusto, el mismo sea corregido. Clariá Olmedo insiste en que "...la revisión se instituye como un medio para remover una condena que se considera injustas, atacando la ineficacia (sic) de la sentencia firme en la cual se contiene, ante la invocación de nuevos hechos que ab initio muestran como posible un error en juicio..."<sup>30</sup>.

Dentro de estos principios a los que hemos hecho mención se encuentra el de seguridad jurídica, en virtud del cual es dable sostener que una situación resuelta mediante un fallo que ha adquirido firmeza, es decir, que ha alcanzado autoridad de cosa juzgada, no podría ser discutida en un nuevo proceso ni podría perseguirse al sujeto involucrado en él, pues admitir lo contrario generaría una gran incerteza entre los ciudadanos, quienes vivirían con el temor de que, aun después de haber sido juzgados de manera definitiva,

podrían ser llevados de nuevo al banquillo de los acusados por esos mismos hechos. Precisamente en apoyo de este valor es que, en los sistemas penales de origen latino, no es posible reabrir causas ya juzgadas mediante un fallo firme, salvo de que se trate de una revisión a favor del reo<sup>31</sup>, posibilitándose así que todos aquellos supuestos en los cuales existía un pronunciamiento "injusto", perjudicial al acusado, se desatienda el principio de seguridad jurídica a cambio de que el caso se analice de nuevo y se corrija la situación contraria a la equidad.

De lo anterior se deduce que, en principio solo cabría la demanda contra fallos condenatorios, nunca contra los absolutorios, pero siempre que con ello se pretenda mejorar la situación del condenado y no perjudicarla. Esta última situación podría darse, por ejemplo, si el Ministerio Público —luego de haber obtenido una sentencia condenatoria por el delito de hurto simple— logra recabar prueba que acredita que en la acción de desapoderamiento medió fuerza en las cosas, lo que propiciaría un cambio de calificación jurídica al delito de robo, que, al prever una pena mayor, perjudicaría sensiblemente la situación del convicto. En este supuesto, entonces, no existiría ninguna posibilidad de reabrir el caso, pues admitir lo contrario implicaría la negación de los principios garantistas de la cosa juzgada y el non bis in idem, pilares sobre los que se asienta un sistema de justicia penal democrático<sup>32</sup>.

No obstante que este modelo tutela de manera efectiva los valores de la seguridad jurídica propios de un estado de Derecho, en el sistema germánico se le da prioridad a la búsqueda de la verdad real, de donde si se admite —en algunos supuestos— el procedimiento para la

29. El Tribunal Constitucional Español señala que la revisión implica "...una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada y su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España en su virtud, se constituye..."Sentencia n.º 124-84, del 18 de diciembre de 1984.

30. Clariá Olmedo (Jorge), Op. C. ps. 233 y 234. En el mismo sentido, esto es, estimar que el fin de la revisión es alcanzar la justicia en el caso concreto, Cfr. Leone (Giovanni), "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1 edición 1963, ps. 260 y 261, quien asegura que "...la revisión se disciplina únicamente como remedio encaminado al triunfo de la inocencia, y no ya, como parecería lógico, al triunfo, en todo caso de la verdad. Por eso solamente las sentencias de condena están sujetas a revisión...La revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de nuevos elementos..." También Fenech (Miguel), "EL PROCESO PENAL", EDITORIAL Agesa, Madrid, 3 edición, 1978, p. 387, quien de forma radical asegura que "...La sentencia injusta debe ser anulada, y ello sólo puede lograrse cuando ha devenido firme, y por tanto, carecen de eficacia los recursos ordinarios y extraordinarios para lograr su anulación, por medio de la revisión..."

31. En este sentido véase Vázquez Rossi (Jorge E.); Pessoa (Nelson R); Chiara Díaz (Carlos), "CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", Rubinxsi Culzoni, editores Santa Fe, Argentina, 1 edición, octubre de 1991, p. 146, para quienes en la revisión "...se excluyen las sentencias absolutorias en principio non bis in idem, garantizador de la seguridad jurídica, y en la imposibilidad de la reformatio in peius a favor del imputado..."

32. "...Para justificar este distinto tratamiento la doctrina utiliza diversos argumentos; no es comparable el daño que sufre la sociedad al condenar a alguien inocente, que el que puede sufrir observando cómo personas culpables han obtenido sentencia absolutoria (Muñoz Rojas); si se autorizase la revisión de las sentencias absolutorias por los mismos motivos que procede en el caso de condena, la institución de la cosa juzgada desaparecería del campo penal (Gómez Orbaneja)..." 2 De la Oliva Santos (Andrés) y otros. Ob. c. p. 629.

revisión desfavorable al imputado<sup>33</sup>. Tal posibilidad atenta directamente contra los principios constitucionales que rigen nuestro ordenamiento, por lo que debe ser rechazada en forma absoluta. Nótese que con tal sistema, de forma ilegítima e injustificada el Estado (en el ejercicio de su función represiva) se reserva una segunda oportunidad para pretender la condenatoria de un ciudadano cuando ello no pudo hacerse la primera vez, lo que resultaría propio de un sistema totalitario. Sobre el particular Binder expone, "...el ejercicio del poder penal del Estado es un poder de tan alta intensidad, que sólo se comprende una verdadera limitación, garantizadora de los derechos de las personas, si es poder sólo se puede ejercer una vez. Dicho de un modo figurado, el estado tiene una escopeta de un solo cartucho y si queremos que los ciudadanos vivan en una situación de seguridad debemos afrontar colectivamente los costos de aquellos casos en los que el disparo se inutiliza por las malas artes del imputado..."<sup>34</sup>, de donde debemos entender que en ninguna hipótesis, ni siquiera en aquella en la que se determine que la decisión absolutoria se originó en un fraude, podríamos alterar sus efectos, pues si esto último ocurrió se debió a la falibilidad propia del sistema.

No obstante que, conforme se analizó, la doctrina mayoritaria insiste en que la revisión (con todas sus consecuencias) se justifica a partir de criterios de justicia, tal planteamiento nos conduce a dos cuestiones muy complejas: i) La enorme dificultad (¿imposibilidad?) de darle un contenido preciso al concepto de justicia; ii) El no menos engorroso peligro de confundir dos planos de discusión de muy diversa índole: la moral y el derecho.

Para fijar una base teórica precisa sobre la cual se structure la exposición, entenderemos por "justicia" aquello que Ferrajoli desarrolló como "*equidad de juicio*",

esto es, "...la individualización de las características particulares del hecho y las consiguientes valoraciones..."<sup>35</sup>. De conformidad con su tesis, la equidad servirá para llenar la distancia entre la previsión abstracta del tipo penal y su aplicación (corrección) al caso particular que se juzgue, pues la generalidad prevista por la ley puede no incidir exactamente con los pormenores del hecho. Debido a esto, asegura, la equidad en juicio es un correctivo de la legalidad. De igual modo, la tradicional contraposición establecida por la doctrina entre legalidad y justicia, es criticada por Ferrajoli quien, en términos sencillos, estima que mientras aquellas se ocupan de verificar las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito previsto por la norma (connotación) el juicio de equidad consiste en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual, no previstas por la ley (denotación)<sup>36</sup>.

Según la posición de Ferrajoli, entonces, una decisión judicial sería injusta (o no ajustada al juicio de equidad) cuando no comprenda o alcance las "*connotaciones*" específicas y diferenciales del caso juzgado, es decir cuando —conforme a la ley penal— no se le dé un tratamiento adecuado al hecho concreto que se ajusta a la realidad. En términos más simples, diríamos que el fallo judicial sería más o menos equitativo (justo) dependiendo del grado de aproximación a la correcta aplicación del tipo penal que se ajuste al hecho acontecido.

Esta primera aproximación, en cuanto al criterio de justicia como parámetro orientador del juez al conocer de una demanda de revisión, nos servirá para definir en concreto cuándo la misma debe ser procedente y, cuando ello es así se haya declarado, qué medidas correctivas se adoptarán.

33. "...Están legitimados para promover el proceso, si vive el condenado, pues no se admite en España —a diferencia también de la República Federal Alemana— una revisión desfavorable al absuelto, las personas mencionadas en el artículo 955 LECRIM; y si ha fallecido, las del artículo 961, las cuales deben acudir al Ministerio de Justicia para solicitar la revisión... si el Ministerio encuentra fundamento para acceder a la petición, ordena al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga la demanda... el fiscal puede interponerla directamente, sin necesidad de dicha orden, si tiene conocimiento de algún caso en el que proceda...". Roxin (Claus), Arzt (Gunther), y Tiederman (Klaus), "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Ariel, Barcelona, 1 edición, marzo de 1989, ps. 259. Según lo explica Gómez Colomer (Juan Luis), "EL PROCESO PENAL ALEMÁN. INTRODUCCIÓN Y NORMAS BÁSICAS", Editorial Bosch, Barcelona, edición, julio de 1985, p. 391, las hipótesis en las que el sistema germánico autoriza la revisión desfavorable al reo absuelto son las siguientes: i) Cuando un documento presentado en la vista principal como auténtico en favor del mismo (del acusado), no fuera auténtico o fuera falso; ii) Cuando el testigo o perito se hicieran culpables, dolosa o imprudentemente, de una violación de la obligación de jurar, o de una declaración prestada sin juramento dolosamente falsa, en la prestación de un testimonio o dación del informe favorable al acusado; iii) Cuando un juez o escabino hubiere participado en la sentencia, habiéndose hecho culpable, en relación con la causa, de una violación punible de sus obligaciones del cargo; iv) Cuando, dentro o fuera del tribunal, se prestase por el absuelto su confesión creíble del delito,

34. Binder, Ob. c, p. 283.

35. Ferrajoli (Luigi), "DERECHO Y RAZÓN, TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL", editorial Trotta, Madrid, 1 edición, 1995, p. 1156.

36. Ibid, ps. 158 y 159.

## V. EL ERROR JUDICIAL

El otro concepto que requiere de precisión, íntimamente relacionado con el parámetro de justicia antes desarrollado, es el de error judicial como sustento de la revisión, pues necesariamente debemos entender que un fallo erróneo es injusto<sup>37</sup>.

Bástenos con explicar que, en lo que al concepto que nos ocupa se refiere, si bien es cierto no todas las causales de revisión que regula nuestro Código Procesal Penal tienen como fin la reparación de un fallo erróneo<sup>38</sup>, la mayoría sí lo tiene, de donde debemos distinguir el *error de hecho*, que implica una falsa o defectuosa fijación del hecho probado, del *error de derecho* (in procedendo o in iudicando, dependiendo si este afecta el derecho procesal o sustancial). Cualquiera de ellos podría sustentar una demanda de revisión, pues las causales que regulan nuestro Código Procesal Penal en su artículo 408 (incisos a, b, c y e)<sup>39</sup> constituyen típicos errores en la reconstrucción del hecho generador de la condenatoria, mientras que las hipótesis previstas en los incisos d y g podríamos encasillarlos como errores de derecho.

### a. PRESUPUESTOS

Según dispone el artículo 408 inciso a) del Código Procesal "... La revisión procederá contra las sentencias firmes y en favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, en los siguientes casos:

a) Cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme..."

De lo anterior se coligen varios postulados o presupuestos necesarios que le abrirían la puerta a la acción revisoria, a saber:

**a.1. Resoluciones impugnables.** El primero de ellos es que el recurso, o más propiamente la acción de revisión<sup>40</sup>, solo procede contra las sentencias. De acuerdo con la estructura de nuestro código procesal, las sentencias condenatorias o aquellas en las que se imponga una medida de seguridad o corrección, dentro del proceso ordinario y por principio general, solamente pueden ser dictadas previa realización del juicio oral y público<sup>41</sup>.

37. "...se ha dicho que el recurso de revisión fue creado para corregir errores judiciales de extrema gravedad, nos susceptibles de ser subsanados por otros medios de impugnación..." Calderón Botero (Fabio), "CASACIÓN Y REVISIÓN EN MATERIAL PENAL", Editorial Temis, Bogotá, 1 edición, 1973, p. 134.

38. El artículo 408 del Código Procesal Penal incluye algunas causales de revisión que no tienen su origen en el error judicial, tal y como la del inciso f), que se refiere a aquellos casos en los cuales se promulga una ley posterior que declara que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria o haya sido declarada inconstitucional. Por vía de jurisprudencia la Sala Tercera de Casación estableció una hipótesis adicional que, si bien aparecía regulada en el Código anterior (artículo 490 inciso5), desapareció en el nuevo, esto es, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna. Ver, entre otros muchos, los votos n.º: 871-F-98 y 874-F98, originados por la promulgación de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, n.º 7789 del 23 de abril de 1998, publicada en la Gaceta n.º. 93 del 15 de mayo de 1998. Este aspecto particular de nuestra legislación anterior (que también preveía hipótesis no sustentadas en el error judicial), que no viene a tener diferencias esenciales con la actual, motivó que Castillo afirmara que "...Nuestro recurso de revisión es, desde este punto de vista atípico: a través del mismo se puede revisar una sentencia no solamente errada...incluso sentencias que no adolecen de error de derecho ni error de hecho...". Castillo González (Francisco), Ob. c. pág. 31.

39. "Artículo 408. Procedencia. La revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le hay impuesto una medida de seguridad y corrección en los siguientes casos:

a) Cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme.

b) Cuando la sentencia se haya fundado en prueba falsa.

c) Si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otro delito o maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiera declarado en fallo posterior firme salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente.

e) Cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable..."

40. En la doctrina se ha generado alguna discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de la revisión, esto es, si obedece al instituto procesal del recurso, o si, propiamente, se trata de una acción independiente. En apoyo del primer criterio se inclinan, entre otros, Oderigo (Mario A), "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Ideas, Buenos Aires, 1 edición, 1952. Tomo II, ps. 181 a 183, quien en todo momento -aunque sin mayor fundamentación- se refiere a dicho instituto como un "recurso". En el mismo sentido Calderón Botero (Fabio), Ob. c. , ps. 131-133, para quien es "un medio extraordinario de impugnación" pero insiste en denominarlo "recurso". Igual posición asume Edwards (Carlos Enrique), "RÉGIMEN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", Textos legales Astrea, Buenos Aires. 2ª edición actualizada, 1994, p. 375, para quien la revisión mantiene su naturaleza recursiva. No obstante que la discusión en cuanto a la naturaleza de la revisión no tiene mucha importancia, pues "...no ha influido en su diseño..." (Binder Alberto), Ob. c. p. 287), la mayoría de la doctrina se inclina por negarle el carácter de recurso, al no responder a las características propias de este tales como la existencia de un fallo que no ha adquirido firmeza y un plazo determinado para su formulación. Entre ellos Cfr. Moreno Catena Víctor y otros, Ob. cit. c.p., 221, y Vescovi Enrique, Ob. c. ps 339 y 340, para quienes se trata de una acción autónoma. En igual sentido Fenech (Miguel) EL PROCESO PENAL, Ob. c. ps 3883, para quien no es correcto referirse a la revisión dentro del capítulo de recursos. Esta tiene notas que la distinguen esencialmente de aquellas. Así por ejemplo, no tiene plazo de interposición, no es exclusivo de parte, está fuera del proceso penal de la declaración en que se dicta la sentencia, sólo tiene por objeto la condenatoria y además cuando se alcanza la absolutoria ya el interesado o sus herederos tienen derecho a percibir una indemnización. Todo lo cual le permite concluir que "...La revisión, a pesar de la denominación legal, constituye un nuevo proceso que tiene por objeto un hecho, —la existencia de una sentencia firme de condena—, fundamento de una pretensión encaminada a que se lleve a cabo por el titular del órgano jurisdiccional una declaración constitutiva impeditiva con un contenido concreto: que se impidan los efectos del proceso en que se dictó la sentencia firme que se impugna..."

41. Al respecto véase lo dispuesto en los artículos 388 y 399 del C.P.C. Tratándose de la materia penal juvenil y por disposición del artículo 99 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el juicio es oral y privado.

Situación distinta ocurría en el Código anterior, donde se facultaba al juez de instrucción para que en la propia etapa de investigación y una vez que comprobara la situación de inimputabilidad del acusado, procediera directamente al dictado de la sentencia de sobreseimiento y a la imposición de la medida de seguridad pertinente<sup>42</sup>. Es decir, sin juicio oral, se podía imponer la sanción. Las excepciones a ello la constituyen el juicio abreviado y el sobreseimiento dictado por el tribunal de juicio.

**a.2. Firmeza de la decisión impugnada.** En segundo lugar se requiere que la sentencia se encuentre firme. O sea, no susceptible de recurso alguno<sup>43</sup>. No podemos olvidar que la revisión, tal y como se expuso anteriormente, es una excepción a la "seguridad jurídica" que ofrece la cosa juzgada, de tal modo que, por razones fundamentalmente de justicia, se enervan los efectos de una resolución definitiva y firme y se conoce nuevamente sobre esos hechos. Nuestra sala Constitucional ha considerado que la cosa juzgada "... comporta la irrevocabilidad del mandato que contiene toda sentencia. Este mandato es inmutable por razones de utilidad política y social, y se da cuando el proceso ha llegado a su conclusión con una preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada, evitándose la posibilidad de que el caso decidido sea nuevamente examinado y juzgado. La cosa juzgada tiene como fundamento constitucional y político el valor de la seguridad jurídica, permitiendo que en determinado momento se dé por solucionado un conflicto, prohibiendo su reproducción en el futuro, para que no implique una perturbación a la paz social..."<sup>44</sup>.

Como se indicó, a pesar de la importancia jurídica y política de la seguridad, como valor fundamental, se reconoce la posibilidad de que por razones de justicia se vuelva a examinar hechos ya fallados.

**a.3.- A favor del condenado.** El tercero de los elementos contenidos en la norma estudiada es que la revisión solo procede en "favor del condenado". Ello tiene

dos vertientes. Por un lado, debe existir una sentencia condenatoria. A contrario sensu, las sentencias absolutorias, aun cuando sean producto de un error judicial, no resultan revisables<sup>45</sup>.

## b. LA CAUSAL DE INCONCILIABILIDAD

La causal prevista en el inciso a del artículo 408 del Código Procesal Penal, supone la concurrencia de dos requisitos fundamentales.

Por un lado que los hechos fundamentales de la sentencia condenatoria resulten contrarios e inconciliables con los hechos contenidos en otra sentencia y que esta última se trate de una sentencia penal firme, ya sea condenatoria o absolutoria<sup>46</sup>.

**b.1. El concepto de hechos.** El primer punto por considerar es el concepto de hechos contenido en la norma comentada. En efecto, no es requisito que exista una confrontación o contradicción en la parte dispositiva de la sentencia, ni siquiera en el material probatorio evacuado para la toma de decisión. Lo relevante es la inconciliabilidad de los "hechos" de ambas decisiones judiciales. De allí la importancia de establecer un concepto claro y preciso sobre el punto.

Para el profesor Castillo González, "...por hechos se entiende, conforme a la doctrina dominante, acontecimientos, acciones o estados del presente o del pasado que ocurren en la realidad, que son perceptibles por los sentidos, que por ende son susceptibles de ser sometidos a un proceso probatorio"<sup>47</sup>. De la anterior definición se excluyen los hechos futuros pues son expectativas, con menor o mayor probabilidad de que ocurren, pero sobre los cuales no existe certeza absoluta sobre su materialización. Se requiere también, que los hechos ocurran en la realidad y que sean perceptibles por los sentidos. Recordemos que el proceso es una actividad reconstructiva<sup>48</sup>, donde a través de los elementos de prueba se intenta reproducir o acercarse a lo ocu-

42. El artículo 318 del Código de Procedimientos Penales señalaba: " facultad de sobreseer. El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado de oficio durante la instrucción, salvo el caso del artículo 320, inciso 4) , en que procederá de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del proceso; sin perjuicio de lo previsto por el artículo 357". Por su parte, el artículo 320, inciso c, del mismo cuerpo legal, señalaba: " Procedencia: el sobreseimiento total procederá cuando sea evidente...3) Que media una causa de justificación, inculpabilidad o de inimputabilidad sin perjuicio de aplicación de la medida de seguridad respectiva cuando fuere procedente".

43. Cfr., entre otros, Oderigo Mario, Ob.cit, p. 181 y Vásquez Rossi (Jorge E) y otros, ob. cit, p. 304. quienes insisten en que debe tratarse de sentencias firmes.

44. Cfr. Voto 6829-93 de la Sala Constitucional.

45. El artículos 4 de la Constitución Política no limita la revisión a las sentencias condenatorias. Tampoco que ello proceda solamente en favor del sentenciado. Ambos requisitos son producto de la ley ordinaria. El postulado constitucional se limita a prohibir la apertura de causa falladas con autoridad de cosa juzgada, contemplando como excepción la procedencia del recurso de revisión.

46. Maier considera que éste y otros motivos de revisión deben ser incluidos dentro de las causales de casación, pues ello "...no solo es legítimo, sino además, políticocriminalmente conveniente, y no hay necesidad de esperar a que la sentencia quede firme para intentar su modificación o revocación por motivos graves que la inhabiliten desde el punto de vista principal de la construcción fáctica". Cfr. MAIER (Julio), "EL DERECHO PROCESAL PENAL, FUNDAMENTOS", editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2 edición, 1996. Tomo I, p. 722.

47. CASTILLO GONZÁLEZ ( Francisco ). LA EXCEPCIÓN DE VERDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR. Ediciones Pas Diana, San José, 1 edición 1988, p 81.

48. En ese sentido cfr. DELLEPIANI (Antonio) "NUEVA TEORÍA DE LA PRUEBA", Temis, Bogotá. 7ª edición. 1972, p. 60.



rrido. De manera que para proceder a esa reconstrucción es necesario que los "hechos" sean perceptibles por los sentidos, para que posteriormente puedan ser expresados en el proceso.

El concepto de hechos analizado se observa como lo opuesto a los juicios de valor. Sin embargo, ello se dificulta por la ausencia de un punto de vista cognoscitivo teórico seguro, que permita utilizarse sin dificultad, como criterio de separación. "... Pero lo cierto es que el hecho puro del positivismo filosófico decimonónico no parece que exista como tal; y en consecuencia, tampoco caben los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del dato bruto. Por el contrario, en la moderna filosofía de la ciencia, tiene carta de naturaleza la idea de que se da cierta intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que lo formamos, o al menos entre los hechos y los tipos de entidad lógica que designamos como enunciados... Este nuevo paradigma, al ofrecer una visión diferente del proceso cognoscitivo, revela también un distinto modo de relación entre el sujeto que trata de conocer y el segmento de experiencia sobre el que proyecta su interés. Y en nuestro caso, entre el juez, los hechos probatorios y el *thema probandi*. Así resulta que el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a los hechos, con representaciones cognoscitivas que denotan algo acontecido en el mundo real"<sup>49</sup>.

Lo anterior nos deja patente la problemática sobre la distinción entre los hechos y las demás proposiciones.

Para el tema de análisis, interesan los hechos fundamentales de la sentencia. Es decir, aquellos que constituyen el núcleo de la imputación. Aquellos sobre los que se dio el contradictorio y sobre los cuales se sustentó la sentencia condenatoria "...esto son, el hecho histórico que ha servido de fundamento a cada sentencia, de modo que por la incompatibilidad de ambos relatos surja claro que ha existido el error invocado (de

hecho), puesto que lógicamente ambos no han podido coexistir"<sup>50</sup>.

En concordancia con lo anterior, no todo hecho autoriza el recurso de revisión, sino solo aquel que forme parte del contenido esencial de la acusación. "...La (contradicción)... debe existir entre los hechos establecidos como fundamento de la condena en revisión y los hechos fijados a los efectos de la otra sentencia. Puede existir, pero no es necesario, inconciliabilidad entre las partes resolutivas de la sentencia..."<sup>51</sup>. De manera que aun existiendo contradicción, si la misma no se refiere a la esencia del proceso, no resulta atendible para los fines estudiados. Valga aclarar, que la contradicción de los hechos debe verificarse en dos sentencias distintas, puesto que si el vicio se presenta en la misma sentencia, lo procedente es el recurso de casación. "...Las dos condenatorias deben ser distintas, porque si la inconciliabilidad, la contradicción, se encontrara entre disposiciones diversas de una misma condenatoria, se estaría en presencia de un error de derecho, que da apertura a la casación, pero no a la revisión"<sup>52</sup>.

**b.2. La contradicción.** Como se viene indicando, la revisión resulta cuando los hechos de dos sentencias resulten inconciliables. La contradicción debe versar sobre los puntos fundamentales de la sentencia. De suerte que "...si la contradicción se presenta entre los hechos que fijan circunstancias del delito o cuestiones secundarias, como la referente a las responsabilidades civil, y los hechos de otra sentencia penal, no se da la causal..."<sup>53</sup>.

En lo que atañe a la "inconciliabilidad", se trata de un concepto polisémico pues se refiere a un concepto negativo, "...que puede expresar simple contrariedad o verdadera contradicción. Una y otro pueden ser de carácter lógico o de carácter jurídico..."<sup>54</sup>. Dependiendo de la posición que se asuma, así serán las consecuencias jurídicas. La doctrina dominante considera que debe partirse del análisis del discurso lógico. En ese sentido Leone afirma que "...Inconciliabilidad significa absoluta

49. IBÁÑEZ (Perfecto Andrés) Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, Consejo General de la Judicatura, Madrid, 1 edición, 1992, p. 124.

50. VESCOVI (Enrique) Ob. C. p. 350.

51. NÚÑEZ (Ricardo) "CÓDIGO PROCESAL PENAL, PROVINCIA DE CÓRDOBA". Marcos Lerner, editorial Córdoba, 2ª edición actualizada, 1986, p. 511.

52. GARRAND citado por CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIAL PENAL". Ob. c., p. 94.

53. CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", ob. c, p. 99.

54. Ibidem.

*imposibilidad de coexistencia de las dos construcciones de hecho: una no puede ser en presencia de la otra...*"<sup>55</sup>.

En igual sentido la doctrina española exige como requisito de fondo la concurrencia de una identidad absoluta entre los hechos de las sentencias cuestionadas<sup>56</sup>.

En nuestro país, el profesor Castillo sostiene la tesis contraria a la doctrina dominante, pues considera que en la contradicción lógica se deja por fuera una importante gama de posibilidades que es necesario contemplar. Refiriéndose a quienes pregonan la contradicción lógica señala: "...Esta opinión nos parece equivocada: ciertamente en los casos en que existe contradicción lógica entre dos construcciones de hecho, hay seguramente "inconciliabilidad" entre las mismas. Pero hay hechos de una sentencia condenatoria que son inconciliables con los de otra sentencia penal, sin que tales hechos estén en una relación, de mutua negación, como requeriría la inconciliabilidad si se basara únicamente en el principio lógico de contradicción. Por otro lado, el criterio para determinar la inconciliabilidad, visto positivamente, es la posibilidad de que ambas declaraciones de culpabilidad contenidas en la sentencia, coexistan y ello se determina no conforme a criterios lógicos, sino conforme a criterios jurídicos, de carácter valorativo. Por tanto, la afirmación o negación de la inconciliabilidad de los hechos de la sentencia condenatoria con los hechos de otra sentencia penal debe hacerse conforme al contenido de ambas sentencias penales, y no conforme a las reglas lógicas propias del principio de contradicción"<sup>57</sup>.

La jurisprudencia nacional, pareciera seguir el criterio del profesor Castillo. Tema que será analizado en el apartado correspondiente al análisis jurisprudencial.

De momento, siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, nos inclinamos por la tesis lógica. A nuestro entender, esa es la voluntad del legislador plasmada en la norma. Situación que se desprende de los siguientes argumentos.

i) En primer lugar, el llamado recurso de revisión<sup>58</sup> constituye un ataque a la cosa juzgada. Se sacrifica uno de los valores esenciales del derecho como es la seguridad jurídica para darle preponderancia a otro de mayor importancia: el principio de justicia. En consecuencia, la revisión tiene su génesis en el error judicial y especialmente con el objetivo de eliminar una sentencia injusta<sup>59</sup>. El legislador ha tenido en cuenta el problema político y social que se produce por el hecho de que siendo la sentencia un acto del ser humano, que por tanto puede equivocarse, puede estar aquella también equivocada.<sup>60</sup> Por ende, se sopesan el valor de la seguridad jurídica frente al valor justicia, cediendo aquel en beneficio de ésta. Sin embargo, como contrapartida, se ha establecido la revisión de manera excepcional y por los motivos taxativamente señalados por la ley. Si la ley establece que la inconciliabilidad debe verificarse en los hechos fundamentales de la condena, con ello se alude al problema lógico. Con la inconciliabilidad jurídica, se debe acudir a criterios distintos y externos de los propios hechos de la sentencia. Es decir, habría que buscar la solución en valoraciones ajenas a los hechos cuestionados. En tal tesitura, la revisión se convertiría en una acción encaminada a la búsqueda de la verdad y la reafirmación del derecho, lo que es distinto y distante de los fines atribuidos<sup>61</sup>.

ii) La hipótesis que se analiza está contrariada a los hechos contradictorios de dos sentencias. De tal manera que debemos determinar el mecanismo de fijación y

55. LEONE (GIOVANNI), "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", Ob. cit, p. 266.

56. "...Para que se dé este motivo es necesario que exista una perfecta identidad de los hechos que han motivado las acusaciones y las condenas. Esta identidad debe ser entendida en forma absoluta, y diríamos, natural; por lo consiguiente está fuera de cualquier entendimiento normativo o tipológico, pues lo que interesa es concretar si un mismo conjunto de hechos ha sido juzgado con anterioridad..." Cfr. Morena Catena (Victor) y otros, Ob. cit, p. Pág 226. En el mismo sentido, Vescovi, (Enrique). Ob. cit, p. 350).

57. CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL". Ob. cit, p. 99.

58. Insistimos en llamarle así por una cuestión de comodidad, pues nuestra tradición jurídica así lo ha considerado, aunque compartimos la tesis de que no obstante dicha denominación "...este instituto carece de una de las características esenciales de los recursos: resolución o sentencia no pasada en autoridad de Cosa Juzgada..." De Santo (Victor), "TRATADO DE LOS RECURSOS", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1ª edición, 1988, p. 697.

59. "...En estos casos se plantea el problema de si debemos dar prevalencia al principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, no permitir la posibilidad de que se pueda revocar dicha sentencia, o por el contrario, dar prioridad al principio de justicia y admitir, que en ciertos casos, la cosa juzgada pueda quedar sin efecto. A esta última posibilidad responde la revisión..." DE LA OLIVA SANTOS (Andrés) y otros, Ob. cit, p. 627.

60. Cfr. Calderón Botero. (Fabio), Ob. cit, ps. 131 y 132.

61. Sobre el particular afirma Leone "...la revisión se disciplina únicamente como remedio encaminado al triunfo de la inocencias, y no ya como ... al triunfo en todo caso, de la verdad. Por eso, solamente las sentencias de condena están sujetas a revisión y no lo están la absolución, que, una vez hechas irrevocables, no pueden ser nunca impugnada..." Leone, (Giovanné), Ob. cit, p. 260.

la forma en que se controlan. En ese sentido hay que señalar que los hechos fijados en la sentencia surgen del material probatorio evacuado y se controla a través de la motivación<sup>62</sup>. De lo anterior se colige, que la sentencia judicial y en especial la convicción judicial se formula de acuerdo con el análisis lógico. En efecto, el artículo 369 inciso d) del Código Procesal Penal establece como vicio de la sentencia revisable en casación el "... que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieren observado en ellas las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo." Es decir, compete al tribunal sentenciador "...incluir en la fundamentación de la sentencia una explicación de orden lógico acerca del razonamiento a través del cual ha llegado a la certeza de que esos hechos que declara probados son los que efectivamente acaecieron, y para ello habría de exponer y valorar la prueba en que se apoya..."<sup>63</sup>.

En consecuencia, si es el discurso lógico el utilizable para la conformación del hecho probado, debe aplicarse el mismo criterio para determinar la existencia o no de los "hechos contradictorios".

iii) Ciertamente, resulta atinada la tesis de Castillo cuando afirma que con la contradicción lógica se dejan por fuera una serie de hipótesis en las cuales concurre una contradicción jurídica<sup>64</sup>. Sin embargo, somos del criterio que si la revisión es taxativa, excepcional y - en lo que se refiere a esta causal específica-pretende enmendar la condenatoria injusta, para ello bastaría con el reconocimiento de la contradicción lógica. De lo contrario, se abriría un enorme portillo que dejaría francamente debilitada la *cosa juzgada*. A mayor abundamien-

to, la ley no exige la inconciliabilidad en los dispositivos del fallo, sino más bien en los hechos de las sentencias<sup>65</sup>. En todo caso, abrir la revisión más allá de los límites de la justicia del caso concreto es reconocer la posibilidad de que sentencias justas sean revisadas y anuladas por incongruencia jurídica<sup>66</sup>.

iv) La tesis de la incongruencia jurídica nos lleva a un callejón sin salida, a un punto muerto sin solución. En efecto, el fundamento de quienes abrigan esta posición es la existencia de dos fallos cuya forma de resolver es distinta. No se trata de un problema de justicia, sino de congruencia. Sin embargo, subsistirán casos donde aun después de prosperar el recurso de revisión, continuarán los problemas de incongruencia, lo que nos llevaría al infinito. Esto ocurre cuando los hechos de una sentencia absolutoria sean incongruentes con los hechos de otra sentencia condenatoria. Sin embargo, la sentencia correcta es la condenatoria. En tal supuesto, no resulta posible anular<sup>67</sup> la sentencia absolutoria por aplicación de la *non reformatio in peius* y en virtud de que la revisión solo procede en beneficio del sentenciado<sup>68</sup>. Por otra parte, la incongruencia jurídica daría lugar a la "anulación" de la sentencia y la remisión a un nuevo debate<sup>69</sup>. No obstante, en el nuevo juicio se tendría que volver a condenar porque se había resuelto correctamente. Así las cosas, procedería otra revisión por la existencia de una nueva incongruencia jurídica y así sucesivamente.

En síntesis, desde nuestro particular punto de vista, para que proceda la causal de revisión estudiada, se requiere que exista una sustancial contradicción entre los hechos de dos sentencias. Una de las cuales nece-

62. "... Exigencia que responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal. Un control, por cierto, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a los que nos hemos referido..." IBÁÑEZ (Perfecto Andrés) Ob. cit, p. 152.

63. ZUBIRI DE SALINA (Fernando). La Motivación de las Sentencias en CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, Ob. cit, p.278.

64. "... Así, por ejemplo, si el autor presunto de un hurto es absuelto por falta de prueba, mientras que el cómplice presunto es condenado en otra sentencia penal, no hay contradicción lógica entre los hechos de la sentencia condenatoria del cómplice y los hechos de la sentencia absolutoria del autor, porque esta última no afirma que el hecho imputado no existió, sino que no se pudo establecer..." CASTILLO GONZALEZ (Francisco) "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Ob. cit, p. 100.

65. En este sentido véase, Leone Giovanni, Ob. cit, p. 264.

66. En este sentido, cuando existan dos sentencias contradictorias, una absolutoria, basada en un error judicial y otra condenatoria ajustada a derecho y a la verdad, aun así procedería la revisión. Situación que podría llevar por esta vía a la generación de un segundo error judicial.

67. Esta es la solución que, sin entrar a analizar a fondo las distintas circunstancias que pudieran presentarse, adopta Levene (Ricardo, hijo), Ob. cit, p. 393, para quien "...se anulará la sentencia y se dispondrá la nueva instrucción de la causa..."

68. Sobre el tema de la doble instancia tratándose de sentencias absolutorias, Maier va más allá, pues considera que "... el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusado público (fiscal) para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado; deberá así perder su carácter bilateral para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena..." MAIER (Julio), Op. Cit, pág. 709.

69. Esa es la solución que ofrece el Dr. Castillo para quien "...cuando la inconciliabilidad entre hechos se presenta entre una sentencia condenatoria y una sentencia absolutoria contra individuos diversos, solamente es posible someter a revisión la sentencia condenatoria, porque en nuestro derecho no procede la revisión contra la sentencia absolutoria. Por ello, el tribunal de la revisión tiene únicamente competencia para determinar si la sentencia condenatoria es errónea, sin que pueda modificar la absolutoria, aunque repose sobre un error. Si se trata de casos de inconciliabilidad jurídica entre sentencias (...) el recurso de revisión desemboca prácticamente en la anulación de la sentencia condenatoria a raíz de la inconciliabilidad..." CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco) "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL". Ob. cit, p. 103.

sariamente debe ser condenatoria. Esa contradicción debe ser entendida desde la óptica natural, lógica. Por consiguiente, está fuera de cualquier entendimiento normativo o tipológico, pues lo que interesa es contrastar el conjunto de hechos que dieron base a la sentencia condenatoria frente a los hechos de la segunda sentencia.

## VI. PROBLEMAS CON EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Según dispone el artículo 373 del Código Procesal Penal, "... En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación del procedimiento.
- b) El Ministerio Público y el querellante manifiesten su conformidad..."

Por su parte, el numeral 375 dispone que una vez "... Recibidas las diligencias, el tribunal dictará sentencia salvo que, de previo, estime pertinente oír a las partes y la víctima de domicilio conocido en una audiencia oral..."

De la relación de las normas transcritas se desprenden varias consecuencias. En primer término, se trata de un procedimiento especial donde no existen otros requisitos que los expresamente señalados en el numeral 373. Puede ser aplicado en cualquier delito, con independencia de la gravedad de los hechos o el monto de la pena prevista para el tipo. Basta que la solicitud se haga antes de la apertura a juicio. En cuanto a su procedencia, se requiere el consenso de las partes. Lógicamente, se necesita el consentimiento del imputado y la existencia de un acuerdo en cuanto al monto máximo de la pena. El encartado debe admitir el hecho conforme se establece en la acusación. Una vez que el tribunal reciba el legajo con la solicitud del procedimiento abreviado, por regla general, procederá a dictar la sen-

tencia correspondiente. Se establece como excepción aquellos casos en donde se requiere oír a las partes y a la víctima en una audiencia oral.

Esta nueva forma de resolver los conflictos penales<sup>70</sup> rompe con el esquema tradicional del juicio, pues sin existir contradictorio, se procede al dictado de la sentencia. En realidad resulta muy dudosa la constitucionalidad del instituto. Ello por cuanto el artículo 39 de la Constitución Política exige que para la imposición de una pena —o medida de seguridad— debe de previo demostrarse la culpabilidad<sup>71</sup>. Situación que difícilmente puede alcanzarse en una norma que como único requisito exige el consenso entre las partes y la "admisión de los hechos" por parte del imputado. Sobre los problemas de constitucionalidad del procedimiento abreviado, Llobet considera que se vulnera también el derecho de abstención y el principio de igualdad por cuanto se le otorga una ventaja indebida a quien confiesa el hecho en detrimento de quien decide acogerse al procedimiento ordinario<sup>72</sup>. A pesar de los sólidos cuestionamientos al mencionado instituto, la jurisprudencia nacional ha optado por validar su legitimidad y ha tratado de constitucionalizarlo con la exigencia de otros requisitos no contemplados en la ley<sup>73</sup>. A pesar de lo interesante y polémico que puede ser el tema, lo cierto y relevante es que ello no es el objeto de la presente investigación<sup>74</sup>.

Para nuestros efectos conviene destacar que los hechos sobre los cuales se va a dictar la sentencia, que en la gran mayoría de los casos será condenatoria, son los mismos que se encuentran contemplados en la acusación, mismos que no tendrán controversia, pues uno de los requisitos del procedimiento es que el imputado "admita el hecho". Problema que no se resuelve con la exigencia del tribunal de casación cuando requiere que "se incorpore la prueba". Aunque ello ocurra, pocas veces esto será de relevancia. Recordemos que conforme a la estructura del código, la investigación queda a cargo del Ministerio Público y la identificación de pruebas que este realice no tiene otros efectos que servir de base

70. "... La crisis del sistema penal continental es evidente y trata de buscar salidas a esta situación crítica a través de las últimas reformas de las leyes procesales penales. El instituto de la conformidad, claro exponente del principio de oportunidad, va a ser una de las figuras a las que se ha dirigido el legislador europeo a la búsqueda de soluciones que permitan salir del estado crítico en que se hallan los procesos penales. ..." BARONA VILLAS (Silvia), "LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL" Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1ª edición, 1994, p.31.

71. Coincidimos con WEINREB citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesus), "JUSTICIA A CIEN POR HORA", El principio de consenso en el procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General de la Judicatura, Madrid, 1ª edición, 1992, p. 16, cuando señala: "... Esta contradicción de los modelos teórico y real del proceso penal es de lo más chocante, porque nos vanagloriamos por ser un signo de nuestra cultura que el Gobierno esté emplazado a probar la culpabilidad de una persona exclusivamente por sus propios medios. ..."

72. LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), "PROCESO PENAL COMENTADO", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ª edición, San José, 1998, p.752.

73. Al respecto la Sala Constitucional en voto n.º 4864 del 8 de julio de 1992 resolvió que dicho procedimiento no resultaba violatorio del debido proceso. La Sala Tercera reconoció también su legitimidad en el voto n.º 346-F-98. Por su parte el Tribunal de Casación Penal, en un extenso voto, el n.º 005-F-99 señaló otros requisitos indispensables, tales como: advertirle al imputado su derecho a declarar o abstenerse de hacerlo sin que ello implique presunción de culpabilidad, informarle detalladamente de los hechos de la acusación y de las pruebas existentes en su contra, incorporar la prueba, etc.

74. Sobre el tema del procedimiento abreviado puede consultarse entre otros: FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesus) Op. Cit, BARONA VILAR (Silvia), "LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL", Ob. cit, p. CABEZUDO RODRÍGUEZ (Nicolás), "EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA JUSTICIA NEGOCIADA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA", Editorial Comares, Granada, 1996; CAFFERATA NORES (Jose), "JUICIO PENAL ABREVIADO", en REVISTA DE CIENCIAS PENALES" San José, n.º 11, julio de 1996.

a los requerimientos del fiscal. En tesis de principio, la prueba que obra en el legajo no tendrá validez ni eficacia para sustentar un fallo condenatorio<sup>75</sup>. Así las cosas, "si no hay juicio oral, sino hay práctica de pruebas, si no hay debates e informes sobre el resultado de las mismas; si en definitiva, la conformidad precisamente implica, entre otras cosas, una renuncia a la producción de pruebas sobre los hechos consensuados, mal puede el órgano judicial formar su libre convicción acerca de la premisa fáctica de la sentencia. Tendrá que aceptar entonces el relato histórico convenido por las partes"<sup>76</sup>.

De acuerdo con lo que hemos venido exponiendo, la sentencia condenatoria dictada en un procedimiento abreviado, tendrá como acreditados los hechos de la imputación y su fundamento radicará esencialmente en la "admisión de los hechos por parte del imputado". En la gran mayoría de casos, no se recibirán los testimonios de los presuntos testigos ni se evacuarán las demás diligencias probatorias. Esto debemos relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 373 *in fine* del Código Procesal penal, a cuyo tenor, la existencia de coimputados no impide la aplicación de las reglas del procedimiento especial. En consecuencia, es perfectamente plausible que en una misma causa, se le aplique el procedimiento ordinario a uno o unos y el abreviado a otro u otros. En realidad se trata de una práctica muy común. Al dividir el conocimiento de una misma especie fáctica en dos procesos distintos, inevitablemente se incrementa el riesgo de pronunciamientos contradictorios.

Situación que se multiplica al considerar la distinta naturaleza de cada uno de los procesos. En el abreviado usualmente basta la admisión del hecho por parte del acusado, mientras que en el ordinario se requiere la

comprobación por los medios legalmente establecidos. El abreviado se verifica de manera ágil y expedita<sup>77</sup>, en un corto lapso de tiempo. Aun cuando se lleve a cabo una audiencia, la misma es rápida e informal. El ordinario lleva más tiempo y requiere que se efectúe un señalamiento con suficiente anticipación<sup>78</sup>, que se citen los testigos y peritos y se evacúen en el debate. En definitiva, este último es más complejo y lento. Toda esta situación puede generar la producción de fallos incongruentes desde el punto de vista jurídico. Piénsese en la siguiente hipótesis. A y B fracturan la puerta de una casa de habitación y se introducen en la misma. Una vez adentro se apropian de varios electrodomésticos. Cuando van saliendo de la morada con los objetos sustraídos son observados por C, quien da aviso a la policía. No obstante, la policía no logra detenerlos hasta cuatro días posteriores a la sustracción. Momento para el cual no tiene ningún objeto en su poder. Sometidos a proceso, A se acoge al procedimiento abreviado, admite los hechos de la acusación y pacta una pena de cuatro años de prisión. Por su parte B opta por la vía ordinaria. Luego de varios meses de investigación se señala fecha para debate. El día del juicio, C quien era el testigo principal del hecho no es localizado<sup>79</sup>, por lo que B es absuelto de toda pena y responsabilidad. Así las cosas tenemos una sentencia condenatoria dentro de un proceso abreviado y una absolutoria en un juicio ordinario. En el primer caso los hechos de la sentencia señalan una certeza positiva respecto a la existencia del hecho y la participación de los encartados, mientras que en los hechos de la segunda, se plasma un juicio *dubitativo*— por deficiencias probatorias— respecto a la participación del encartado<sup>80</sup>. La sentencia ajustada a la realidad, a la "justicia" es la primera, mientras la segunda es la consecuencia de una falencia probatoria. En el primer caso realmente no existe un

75. Hasta 1996 la investigación estaba a cargo del juez de instrucción, sin embargo con el nuevo modelo "... uno de los puntos esenciales de la reforma es la atribución de la investigación a cargo del fiscal (...) Todos recordamos el doble papel jugado por el juez de instrucción, quien lleva a cargo la investigación y, a su vez, era el encargado de resguardar los derechos de las partes. Obviamente se trataba de un juez comprometido con la investigación, y por ello, difícilmente imparcial, pues cumplía el rol de juez y parte. Con el nuevo Código se busca clarificar el rol de cada uno de los sujetos procesales. El fiscal investiga; el juez controla esa investigación y garantiza la vigencia de los derechos de las partes. Directamente aparejado al tema de la investigación preparatoria, surge lo relativo a la prueba recabada por el fiscal y su eficacia en juicio". CAMPOS ZÚNIGA (Mayra) y VARGAS ROJAS (Omar), "LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO, SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES". Editorial Jurídica Continental, San José, 1ª edición, 1996, p.3

76. DE DIEGO DIEZ (Luis Alfredo) "VINCULACIÓN DEL JUEZ EN EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA PENAL: SENTENCIA DE ESTRICTA CONFORMIDAD". EN Cuadernos de Derecho Judicial. Proceso Penal y actuación de oficio de jueces y tribunales. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1ª edición, 1995, p.301

77. Se trata de un "...instrumento bastante versátil inspirado en una exigencia de mayor rapidez y para adaptarlo a un contexto particular dentro del cual el juez debe basar su dictum y así acercar cada vez más el aparato jurisdiccional a la justicia real. Sin embargo, creemos que en muchos casos, la tutela especial puede identificarse con aquella sumaria en la medida en que el procedimiento busque un trámite acelerado a través de un mero esquema, prescindiendo del aspecto dialéctico, sin menoscabar garantías constitucionales o que el objetivo sea crear una ruta procesal, más simple que el ordinario, pero con breve espacio de cognición..." SAENZ ELIZONDO (María Antonieta). El proceso de revisión, EN REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., San José, 1a. edición, 1996, p.816

78. Según dispone el artículo 324 del Código Procesal Penal, para la celebración del juicio se deberá señalar fecha y hora, "el que no se realizará antes de cinco días ni después de un mes".

79. Recordemos que la prueba debe producirse en el debate. Tratándose de un testimonio, la única forma de incorporarlo por lectura es en los casos en que se ha procedido a través del Anticipo Jurisdiccional. Artículo 293 293 C.P.P.

80. De conformidad con el ordenamiento jurídico que nos rige en "...las resoluciones judiciales, sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquéllas sean fundadas en elementos puramente subjetivos. Esto determina que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso." CAFFERATA NORES (José L) LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, Ediciones Delaima. 1ª edición, Buenos Aires, 1986, p.5, cfr. Artículo 142 y 143 del Código Procesal Penal.

error judicial. La condena recaída en el proceso abreviado es conforme a derecho y a la justicia, sin embargo, entre ambas resoluciones existe una incongruencia jurídica. De admitirse como causal de revisión, la defensa – en caso de coimputados– podría obtener una ventaja adicional del procedimiento abreviado. Una primera con la reducción de la pena<sup>81</sup>. Luego esperar que se realice el juicio ordinario, y dependiendo de su resultado –sobre todo si no aparecen los testigos– interponer un “recurso de revisión” en su favor.

La solución del caso depende de la tesis que se adopte. Para quienes sostienen que la inconciliabilidad puede ser tanto lógica como jurídica, procedería entonces la causal de revisión. Estaríamos frente a dos sentencias que contemplan los mismos hechos pero les asignan una solución jurídica distinta.

Para nosotros, que hemos adoptado por la contradicción lógica, no existiría la “*inconciliabilidad de hechos*” por cuanto un juicio de certeza positiva– participación de los acusados en un hecho delictivo– no se puede contraponer a un juicio dubitativo (duda en cuanto a la participación) y por ende no se autorizaría la causal de revisión.

Los problemas prácticos señalados en cuanto al procedimiento abreviado constituyen un argumento más para optar por la inconciliabilidad lógica. De todas maneras, la anulación de sentencias falladas con autoridad de cosa juzgada, basados en deficiencias de la investigación y no en razones de justicia generan una desconfianza de la ciudadanía y un descrédito de la administración de justicia<sup>82</sup>. Nuevamente, insistimos en la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que autorizan las causales de revisión y en especial la “*inconciliabilidad de hechos*”, pues es una vía excepcional solo justificada en razones de justicia.

## VII. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

### SALA TERCERA DE CASACION

#### CASO n.º 1: VOTO 283-F-96 de las 10:00 horas del 31 de mayo de 1996.

En este, el condenado J.D.O.S. como único motivo de revisión en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Liberia, n.º 24-93 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1993, acusa que los hechos tenidos como fundamento de su condena resultan inconciliables con

los establecidos en otra sentencia penal firme, dictada por el Juzgado Penal de Nicoya, de las 9:00 horas del 6 de julio de 1992. En la primera de estas resoluciones se tuvo por demostrado lo siguiente:

*“1...el día veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y uno, entre las dieciocho y las diecinueve horas se, en la cantina “El Sesteo” sita en caballito de Nicoya, se encontraba el ofendido F.Z.G. En determinado momento ingresó el imputado J.D.O.S. quien empezó a ofender a F.S.S (...), quien le propinó un golpe por la cabeza, siendo separados. Acto seguido el imputado ... se armó de una media cerveza, la que quebró y atacó al ofendido...hiriéndolo en la frente, golpeándolo luego con una media de cerveza por la cabeza dejándolo inconsciente... Al ser las dieciocho horas y cuarenta y dos minutos del día veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y uno, el ofendido fue atendido en el servicio de urgencias del Hospital La Anexión de esta ciudad, presentando herida cortante de aproximadamente seis centímetros de longitud de bordes lineales a nivel de la región frontal, lesión que le produjo una incapacidad habitual de ocho días, debiendo ser valorado al término de seis meses para determinar marca indeleble en el rostro. El día veinte de marzo del año en curso, al ser las 8:20 horas, el ofendido F.Z.G. fue examinado por el médico forense... determinándose que la cicatriz (que)... le produce marca indeleble en el rostro. Por su parte, el imputado J.D.O.S. fue atendido en el nosocomio dicho el día veintitrés de setiembre último presentando traumatismo de cráneo, sin pérdida de conocimiento, hematoma en pómulo derecho, lesiones que no lo incapacitaron para sus labores habituales...”* La otra sentencia penal firme, citada por el recurrente, en la que curiosamente fue juzgado y condenado F.Z.G. como autor de éstos mismos hechos pero en perjuicio de J.D.O.S. (quien ahora es tenido como ofendido), describe los siguientes hechos probados. *“...Aproximadamente a las dieciocho horas del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y uno, el ofendido J.D.O.S. ingresó a un bar ubicado en Caballito de este cantón lugar se encontró con un sujeto de nombre J.F. y, quien según informes había hecho públicas en su contra algunas amenazas. El ofendido pidió al cantinero que le vendiera un refresco e inmediatamente que fue atendido emprendió la retirada de ahí, sin embargo cuando le dio la espalda a J.F. recibió de éste un puñetazo a la altura de la nuca, por lo que el aquí ofendido lleno de cólera se dio vuelta para enfrentar a su atacante, recibiendo en este momento otro puñetazo, ahora a la altura de la frente, golpe que lo dejó muy aturdido, sin embargo y a pesar de ello el ofendido repelió*

81. De acuerdo con el artículo 374, las partes podrán ponerse de acuerdo respecto a la posible pena por imponer. “Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio”.

82. Según la última encuesta Unimer, de un total de 1214 personas entrevistadas mayores de 15 años, todas ellas indicaron haber sido víctimas de 1.34 delitos. De esa cifra el 33% presentó la denuncia y el restante 67 no presentaron denuncia alguna. El 50% de las que no presentaron denuncia justificaron su decisión en la poca credibilidad en el sistema. Véase Unimer Research Internacional. Encuesta. Percepción Social de la Inseguridad Ciudadana y la Justicia Penal. PNUD. Análisis de resultados. febrero 1999.

el ataque, contraatacando a su atacante, enfrascándose ambos en una pelea a puñetazos que los hizo llegar hasta el salón del negocio. En dicha parte del negocio e ignorándose las razones terciaron en la pelea los encartados F.Z.G. y F.Z.G. (ausente en este juicio) quienes atacaron a puñetazos también al ofendido J.D.O.S., hasta hacerlo sangrar en la boca y la nariz y por lo desigual de la pelea obligaron al ofendido asirse de una malla que existe en el salón pues de lo contrario hubiese caído al piso a raíz del ataque (...). En esa condición crítica fue auxiliado el ofendido por unos familiares, quienes intervinieron para que no fuese golpeado más, por lo que optaron por sacarlos del salón y trasladarlo a su casa de habitación. Sin embargo esa intervención en auxilio del señor J.D.O.S. no fue bien vista por los aquí encartados, quienes no conformes aún con la golpiza que le habían propinado, salieron del salón y comenzaron a seguirlo cuando era conducido por sus familiares; y en un descuido de estos, armados ya de un trozo de madera cada uno, agredieron a ambos, a don J. D.O.S. propinándole golpes con el arma por la cabeza, principalmente, dejándole ahí contusiones que fueron observadas por el médico forense cuando examinó al ahora ofendido..."

En esta última sentencia citada, se condenó a F.Z.G. como autor responsable del delito de agresión con arma en perjuicio J. D. O. S. Al analizar el presente asunto, la Sala Tercera de Casación resolvió lo siguiente:

"...Luego de confrontar los hechos acreditados en cada una de estas sentencias, esta Sala llega a la conclusión de que efectivamente la condena recaída contra el imputado J.D.O.S. se fundamenta en la consideración de hechos que resultan inconciliables con los que estableció otra sentencia penal firme, anterior a la aquí impugnada... así, la sentencia "A" (la segunda), se describe una agresión ilegítima iniciada por J.F. contra J.D.O.S. quien repele el ataque, siendo que interviene F.Z.G. y su hermano F.Z.G. para dar puñetazos a J.D.O.S. a quien, finalmente, en un descuido terminan golpeando con trozos de madera en la cabeza. Por el contrario, en la sentencia "B" (la impugnada) se dice que fue J. D.O.S. quien, ofendiéndolo, inició una disputa con J.F., conocido como... quien le respondió con un golpe y que acto seguido J.D.O.S. atacó con una botella de cerveza quebrada a F.Z.G. hirién-dole en la frente para luego darle otro golpe con una media de cerveza que dejó a F.Z.G. inconsciente. Como se ve, ambas sentencias son absolutamente contradictorias en cuanto a las circunstancias en que se suscitó el enfrentamiento entre J.D.O.S. y F.Z.G., concretamente respecto a quien —entre ellos— inició el ataque contra el otro... La incongruencia entre ambas resoluciones obliga a que ambas sean anuladas, por aplicación del efecto extensivo o comunicante del recurso, principio establecido en el artículo 455 del código de Procedimientos Penales, pues las razones que evidencian el error judicial en la condena de J.D.O.S. también sirven para

sospechar la inexactitud de la condena recaída contra F.Z.G.... Se ordena la remisión a nuevo juicio, en el que se acumularán las causas seguidas contra los sujetos aquí involucrados, al tenor del artículo 21 inciso 1° del Código de Procedimientos Penales."

Como se deduce de lo extractado, no obstante que la decisión no se refiere en concreto a ello, en este caso efectivamente se presenta una inconciliabilidad de tipo lógico por cuanto los hechos de ambas sentencias —de conformidad con la ley o el principio de identidad— no pueden coexistir, pues en la primera se tiene por acreditado que uno de los sujetos fue quien provocó ilegítimamente la situación, siendo condenado por ello, mientras que en la otra se establece exactamente lo contrario, condenándose al otro. Si bien la sentencia de la sala en cuanto acogió la demanda, resulta acertada, no lo es en cuanto a la solución que se implementa, por cuanto no parece adecuado que también se haya ordenado la nulidad del fallo que no fue objeto de impugnación. Nótese que el imputado que, no obstante haber sido condenado no ejerció su derecho de revisión, no tiene por qué ser llevado coactivamente de nuevo a juicio, pues ello atentaría contra sus garantías constitucionales. Pareciera que lo adecuado hubiese sido darle audiencia durante la tramitación de la revisión, a fin de que tuviera oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

#### **CASO n.º 2: VOTO 1095-98 de las 10:00 horas del trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.**

En este caso se trata de una denuncia por robo en contra de G.A.G.Z. y W.G.Z. En el único motivo que se admitió aquel reclama que el coimputado rebelde W.G.Z., por no haberse presentado al juicio señalado para el día cinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, donde él fue condenado como autor de un robo agravado, fue juzgado en una fecha posterior. No obstante que se trata de los mismos hechos, el tribunal que juzgó a W.G.Z. recalificó el cuadro fáctico acusado al delito de robo simple con fuerza en las cosas, imponiéndosele por dicha delincuencia el tanto de un año de prisión con suspensión de pena por tres años. Analizadas las dos sentencias de instancia que se han dictado, la n.º 156-B-94, dictada por el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, a las 16:20 horas del diez de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y la n.º 250-97, dictada por el Tribunal Penal de Goicoechea, de las 16:15 horas del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete, tanto el gestionante W.G.Z. fueron juzgados por participar de manera conjunta en un delito de robo en perjuicio de Y.R.G.A. ocurrida aproximadamente a las diecinueve horas cincuenta minutos del trece de junio de mil novecientos noventa y tres, en San Francisco de Calle Blancos, contiguo al Puente Negro. En el primero de esos fallos se tuvo por demostrado que a la hora y

fecha arriba indicadas, ambos sujetos se presentaron a la referida casa donde, con un objeto no determinado, procedieron a hacer un boquete en la parte inferior de la puerta principal, ingresando ambos a la misma. Una vez conseguido lo anterior, se apoderaron de varios bienes y setenta dólares en efectivo. Cuando realizaban el hecho la ofendida los descubrió porque se hizo presente junto con sus hijos y ambos sujetos optaron por salir del lugar, para lo cual despegaron una lámina del techo de la cocina. Cuando llegaron los policías los detuvieron al ir caminando por la parte posterior del inmueble. Lo sustraído fue valorado en la suma total de once mil colones. Con base en la anterior especie fáctica el acusado G. A. F.Z. fue sentenciado al tanto de cinco años de prisión por el delito de robo agravado. No obstante que se trataba exactamente del mismo acontecimiento histórico, en la segunda sentencia que se citó el hecho demostrado presenta algunas diferencias notables:

a) Si bien los reos forzaron con un objeto no determinado el llavín de la puerta principal de la vivienda, *no se pudo acreditar* que hayan abierto un boquete en la misma; b) De igual forma, no se pudo tener por demostrado que los referidos sujetos, a fin de huir del lugar, hayan despegado una lámina del techo de la cocina. En relación con este punto, la sentencia condenatoria dictada en contra de W. G. señala que los hechos que este cometió "...son constitutivos del delito de robo simple con fuerza sobre las cosas...por cuanto existe una duda razonable en punto a si el acusado y su compinche fracturaron o perforaron la puerta de acceso a la vivienda de los ofendidos. El testigo L.G... refiere que en el momento que sorprenden a los imputados en el interior de la casa, llega un vecino a ayudarlos, por lo que hacen el hueco de la puerta un poco más grande para poder entrar él. La duda surge de hasta donde pudo haber llegado el daño de los delincuentes y hasta el daño del ofendido y los vecinos, y si efectivamente hubo fractura o perforación de la puerta en cuestión..." La existencia de estas graves diferencias en la fijación del hecho demostrado, las cuales incidieron directamente en la calificación jurídica que se adoptó (pues se condenó a W.G.Z. como coautor del delito de robo simple con fuerza sobre las cosas, imponiéndosele por tal ilicitud el tanto de un año de prisión y otorgándosele el beneficio de ejecución condicional de la pena. En criterio de esta Sala, esta última situación tiene una explicación muy sencilla; mientras en el primer debate que se celebró se contó con la presencia de los testigos, gracias a lo cual se pudo reconstruir el suceso de acuerdo con los principios acusatorios de oralidad e inmediación, en el segundo debate que se celebró contra el encartado rebelde—debido a que habían transcurrido alrededor de cuatro años— aquellos no se presentaron, de tal modo que no quedó más remedio que resolver el fondo del asunto a partir de la prueba recibida durante la instrucción, misma que se incorporó por lectura. Lo más grave de todo es

que el órgano de casación reconoce que los hechos que se tuvieron por demostrados en el fallo impugnado, y que sirvieron como fundamento a la condena del gestionante, fueron adecuadamente fijados por los juzgadores, logrando hacer una reconstrucción precisa del suceso, mientras que en el segundo debate —por la grave limitación probatoria que se presentó— tal reconstrucción tuvo que ser realizada de forma parcial e incluso —si se quiere— incompleta, todo lo cual "...acarreo el dictado de dos sentencias en las cuales los hechos probados que sirvieron de fundamento a ambas condenas resultan del todo inconciliables entre sí, pues las circunstancias que se echan de menos en el segundo pronunciamiento (la perforación del puerta principal y del techo de la cocina) simplemente no se lograron acreditar; es decir, en este fallo no se estableció el mismo cuadro fáctico..."

Como se logra extraer de este fallo, si bien no se está en presencia de una inconciliabilidad de tipo lógico, pues en la segunda decisión no se afirma que el hecho no existió, sino simplemente que no quedó demostrada la causal de agravación del delito, los magistrados estimaron que si era procedente la demanda, al admitir —con base en la posición de Castillo— que existía una inconciliabilidad jurídica, suficientes para tales efectos. Esta primera decisión, de acuerdo con nuestra posición, ya resulta criticable, sobre todo si se considera (la misma Sala así lo entiende) que la decisión defectuosa no era la impugnada sino la segunda. Pero adicionalmente, no parece acertada tampoco la solución que se adoptó, en el sentido de que "...por economía procesal, con fundamento en criterios de justicia y en estricto apego al principio universal del *in dubio pro reo*, a fin de evitar la coexistencia de dos fallos jurisdiccionales firmes que describen hechos inconciliables entre sí, se recalifica la base fáctica de la sentencia impugnada (la n.º 156-B-94 dictada por el Tribunal Superior Segundo Penal de San José, Sección Segunda a las 16:20 horas del 10 de octubre de 1994, visible de folios 43 a 49), al delito de robo simple con fuerza en las cosas de menor cuantía, en virtud de lo cual se rebaja el monto de la pena impuesta a G.A.F.Z. al tanto de un año de prisión..." por cuanto se dio prevalencia al fallo que contenía el error judicial. Es claro que si, en este caso, la jurisprudencia se hubiera inclinado por la inconciliabilidad lógica, la demanda debía haberse rechazado, por cuanto —desde el punto de vista lógico— no resultan contradictorios un juicio de certeza con uno de duda.

### **CASO N.º 3. Voto 502-F-99, de las nueve horas cincuenta minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.**

En este tercer caso la sentenciada M.H.M.A. también acusa la existencia de dos sentencias inconciliables. Su queja se apoya en que el fallo que impugna, n.º 0051-97, de las 16:20 horas del 21 de abril de 1997, el Tribunal



Superior de Cartago, lo condenó a descontar cinco años de prisión de un delito de robo agravado en perjuicio de O.O.S. Argumenta que, no obstante lo anterior, al ser llevada a juicio por los mismos hechos, con la misma prueba y ante el mismo tribunal (con distinta integración), la coimputada G.E.C. (su compañera) resultó absuelta de toda pena y responsabilidad con base en el principio de *in dubio pro reo*, ello en virtud de la sentencia n.º 113-98 de las 9:30 horas del 17 de marzo de 1988. La irregularidad que el sentenciado advierte al analizar ambos fallos, es que mientras en el primero se le reconoció plena credibilidad al dicho del ofendido y de la esposa de éste, en el segundo ello no ocurrió así, de donde —al existir duda— se absolvió a la imputada G.E.C.

Según se colige de las dos sentencias de instancia que se han citado, tanto el gestionante como la señora G.E.C fueron juzgados por participar de manera conjunta en un delito de robo agravado en perjuicio de O.O.S., ocurrido según la acusación del Ministerio Público aproximadamente a las diecisiete horas del 31 de diciembre de 1994, en la casa del acusado M.H.M.A. ubicada en Caballo Blanco de Cartago. En el primero de estos fallos se tuvo por demostrado lo siguiente: "...el día 20 de junio de 1994, el imputado... y el ofendido... pactaron prescrito que el segundo le entregaría al primero un vehículo de su propiedad marca Isuzu... valorado en la suma de setecientos mil colones, y a su vez el imputado le entregaría al ofendido un vehículo marca Chevrolet conocido como como Chevy 500... valorado en cuatrocientos cincuenta mil colones... en ese mismo acto el imputado convino con el ofendido que le pagaría la suma de doscientos cincuenta mil colones, por diferencia de precio, en un plazo de cuarenta y cinco días... en ese mismo acto intercambiaron vehículos... transcurridos los cuarenta y cinco días el ofendido fue a reclamarle al imputado el pago del dinero sin embargo el imputado no tenía dinero, por lo que decidieron dar un tiempo mayor, mientras el imputado vendía el camión Isuzu, lo cual realizó varios días después, y el señor O.O.S. firmó los documentos de traspaso correspondientes... el 31 de diciembre del mismo año el señor O.O.S se presentó a la casa del imputado... a cobrar el dinero adeudado, y el imputado le dijo al ofendido que metiera el carro Chevy a la cochera de la casa porque en la zona era peligroso los robos de vehículos, a lo cual el ofendido accedió... el imputado le dijo que el comprador del Isuzu lo había estafado y que seguro él estaba de acuerdo con aquel, y que no estaba dispuesto a tolerar eso, por lo que tenía que dejarle el carro en su poder y que se fuera de la casa, luego de un aposento de la casa sacó un arma de fuego y con amenazas y apuntándolo le dijo que le entregara las llaves del carro y se fuera de inmediato de la casa, a lo cual se vio obligado el ofendido..." Adicionalmente, en su considerando de fondo la resolución comentada explica que, luego de que el ofendido había introducido el Chevy 500 en la cochera del imputado, "...salió la mujer

de M.H.M.A, y le dijo que ella era agente del O.I.J, y que el carro quedaba detenido. Luego M.H.M.A. sacó un arma de fuego, tipo escuadra, niquelada, y lo apuntó y le dijo que le diera las llaves, ya que el carro se quedaba ahí y él tuvo que entregarle las llaves del vehículo lo hicieron sacado de la casa, y en la noche él llegó donde el imputado a reclamarle la devolución del carro pero la mujer del imputado sacó el arma y la mostraba en actitud amenazadora, y (él y su esposa) se tuvieron que retirar..." Con base en este cuadro fáctico, sustentado por los juzgadores de manera esencial en el dicho del ofendido y su esposa (a quienes se les reconoció plena credibilidad), el encartado fue condenado al tanto de cinco años de prisión por el delito de robo agravado. En cuanto a este punto los jueces de instancia razonaron que "...no se ha desvirtuado, ni siquiera existe ningún indicio para dudar de los testimonios de O.O.S, y... el testimonio del ofendido es muy claro, lo mismo que el de su esposa..." No obstante que se trata exactamente del mismo acontecimiento histórico, y que se contó con el mismo material probatorio, en la segunda sentencia que se citó (dictada como motivo del juzgamiento de la encartada G.E.C., compañera del acusado M.H.M.A.), se presentan algunas diferencias notables, a saber: a) El tribunal valoró el testimonio del ofendido OOS, concluyendo a partir del mismo lo siguiente: "...no se puede, por consiguientes con la declaración del ofendido, fundamentar un fallo de tipo condenatorio en contra del imputado (sic), único deponente que narra lo que supuestamente pasó dentro de la morada de la imputado (sic), sitio en el que supuestamente se cometió la sustracción violenta del automotor. Por lo demás, se cuenta también con el dicho de la esposa del ofendido, la cual sólo narra hechos posteriores a la supuesta sustracción, sin dar indicios claros de la existencia del hecho que supuestamente originó la reyerta..." Esto significa que, mientras en el primer pronunciamiento se le reconoció pleno valor al relato del ofendido y de su esposa, en el segundo se les negó. b) Debido a lo anterior, al existir dudas sobre la veracidad del testimonio del ofendido, no se tuvo por comprobada la comisión del hecho, de tal modo que —con base en el *in dubio pro reo*— la acusada fue absuelta.

En este caso se presenta la particularidad de que la mayoría de la Sala, con voto salvado de los magistrados González y Chaves, rechaza la demanda, al estimar que no existe inconciliabilidad lógica, pues se trata de un juicio de certeza frente a uno de duda, posición que estimamos acertada.

En el voto de minoría de nuevo se adopta la tesis de don Francisco Castillo, es decir, los magistrados disidentes estiman que existe una inconciliabilidad jurídica que hace necesario acoger el reclamo. Lo importante de esta última decisión es la solución que se adopta: "...a fin de evitar la coexistencia de dos fallos jurisdiccionales firmes que describen hechos inconciliables entre sí, en

cuanto al aspecto penal que la misma resuelve, en contra del voto mayoritario consideramos que lo procedente es decretar la ineficacia de la sentencia aquí impugnada (la n.º 051-97, dictada por el Tribunal Superior Penal de Cartago a las 16:20 horas del 21 de abril de 1997, visible a folios 11 a 118 del expediente n.º 98-000112-006-PE) y ordenar el envío para una nueva sustanciación conforme a Derecho, sin que pueda adoptarse esta misma solución en lo que se refiere al fallo absolutorio dictado en contra de la señora E.C, pues (al no existir impugnación en contra del mismo) ello implicaría el irrespeto a la garantía de la Cosa Juzgada. Es necesario aclarar que si bien es cierto en el precedente jurisprudencial que se citó, esta Sala adoptó una solución diversa a la que los suscritos consideramos que se debe aplicar en el caso nos ocupa (por economía procesal y con base en el principio de justicia pronta y cumplida –al estimarse en aquella oportunidad que el reenvío en ese caso resultaba del todo inconducente– de una vez en esta vía, con base en el principio de *in dubio pro reo*, se absolvió de toda pena y responsabilidad al imputado), los suscritos magistrados disidentes nos hemos replanteado cuáles serían las medidas procesales más adecuadas que podrían implementarse a dichos efectos. A partir de ellos hemos considerado que la salida más coherente e idónea sería el reenvío de la presente causa a nuevo debate (sólo en relación al imputado M.H.M.A. por cuanto como se explicó *supra*, la garantía constitucional de la cosa juzgada impediría que la coimputada absuelta G.E.C. pudiera ser llevada de nuevo a juicio), donde a la luz de los principios acusatorios de oralidad, publicidad, inmediación, continuidad y contradictorio, con plenas y efectivas garantías de defensa para el acusado, el órgano de instancia valoraría de forma integral y completa la situación relativa a ambos imputados y ambas sentencias, a fin de estar en condiciones de determinar de forma amplia y objetiva no sólo la existencia de la responsabilidad penal que el Ministerio Público le atribuye al señor M.H.M.A., sino además establecer la forma precisa si en alguna de las dos sentencias que en este momento resultan jurídicamente inconciliables existe algún error judicial..."

Como se desprende, en el voto salvado se adopta la solución que propone don Francisco Castillo en su obra ya citada, donde indica que "...cuando la inconciliable entre hechos se presenta entre una sentencia condenatoria y una absolutoria contra individuos diversos, solamente es posible someter a revisión la sentencia condenatoria, porque en nuestro derecho no procede la revisión contra la sentencia absolutoria. Por ello el tribunal de la revisión tiene únicamente competencia para determinar si la sentencia condenatoria es errónea, sin que puede modificar la sentencia absolutoria, aunque repose sobre un error. Si se trata de casos de inconcilia-

bilidad jurídica entre sentencias...el recurso de revisión desemboca prácticamente en la anulación de la sentencia condenatoria a raíz de la inconciliabilidad jurídica, sin que el tribunal pueda entrar a investigar la existencia o inexistencia del hecho imputado. Si, por el contrario, se trata de condenatoria de un individuo y absolutoria de otro individuo por el mismo hecho histórico...la sentencia absolutoria no podrá revisarse. Esto no impide que el tribunal de revisión o el juez de remisión procedan con entera libertad en la investigación de la verdad con relación a los hechos de la sentencia condenatoria. Puede resultar, por tanto, o la condenatoria del condenado en el juicio anterior –en cuyo caso la inconciliabilidad de las sentencias no desaparece pero se adquiere certeza (según el caso) de que la sentencia condenatoria es la correcta y la sentencia absolutoria es la errónea.– o la absolutoria del condenado, lo que implica la desaparición de la inconciliabilidad..."<sup>83</sup>.

Bastenos decir, entonces, que la mayoría de la Sala Tercera de Casación se ha inclinado por aceptar, como causal de revisión del artículo 408, inciso a) del Código Procesal, una inconciliabilidad de tipo lógica, siendo esta la posición que avalamos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AYAN (Manuel), "RECURSOS EN MATERIA PENAL", Editora Córdoba de Marcos Lerner, 1985.
- BARONA VILAR (Silvia), "LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL", Tirant Lo Blanch, 1 edición, Valencia, 1994.
- BINDER (Alberto M.), "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Ad-hoc. Buenos Aires, 1993.
- CABEZUDO RODRIGUEZ (Nicolás), "EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA JUSTICIA NEGOCIADA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA", editorial Comares, Granada, 1998.
- CAFFERATA NORES (José I.), "LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL", Editores Depalma, Buenos Aires, 1986.
- CAFFERATA NORES (José I.), "JUICIO PENAL ABREVIADO", "REVISTA DE CIENCIAS PENALES", n.º 11, San José, julio de 1996.
- CALDERÓN BOTERO (Fabio), "CASACIÓN Y REVISIÓN EN MATERIA PENAL", Editorial Temis, Bogotá, 1973.

CAMPOZ ZÚÑIGA (Mayra) y VARGAS ROJAS (Omar), "LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO, SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", Editorial Jurídica Continental, San José, 1998.

CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), "LA EXCEPCIÓN DE VERDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR", Ediciones Pas Diana, San José, 1988.

CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL", editado por el Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1980.

CATENA MORENO (Víctor) CORTÉS DOMÍNGUEZ (Valentín); AMAGRO NOSETE (José) y GIMENO SENDRA (Vicente), "DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Tirant lo Blanch, tomo II (volumen II) titulado "El Proceso Penal", Valencia, 1988.

CLARÍA OLMEDO (Jorge A.), "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", editorial EDIAR, Córdoba, setiembre de 1967.

DE DIEGO DIEZ (Luis Alfredo), "VINCULACIÓN DEL JUEZ EN EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA PENAL: SENTENCIA DE ESTRICTA CONFORMIDAD", en: Cuadernos de Derechos Judicial, Proceso Penal y actuación de oficio de jueces y tribunales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS (Andrés); ARAGONESES MARTÍNEZ (Sara); HINOJOSA JOSE SEGOVIA (Rafael); MUERZA ESPARZA (Julio) y TOMÉ GARCÍA (José Antonio), "DERECHO PROCESAL PENAL", colección CEURA, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 3ª edición, setiembre de 1997.

DE SANTO (Víctor), "TRATADO DE LOS RECURSOS", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988.

DELLEPIANI (Antonio) "NUEVA TEORÍA DE LA PRUEBA", Temis, Bogotá, séptima edición, 1972.

EDWARDS (Carlos Enrique), "RÉGIMEN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", Textos Legales Astrea, Buenos Aires, 2ª edición actualizada, 1994.

FENECH (Miguel), "EL PROCESO PENAL", editorial AGESA, Madrid, 3ª edición, 1978.

FERNÁNDEZ ENTRALGO (Jesús), "Justicia a cien por hora. El Principio de Consenso en el Procedimiento Abreviado. El Procedimiento Abreviado" en: "CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL", Consejo General de la

Judicatura, Madrid, 1992.

FERRAJOLI (Luigi), "DERECHO Y RAZÓN, TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL", editorial Trotta, Madrid, 1995.

GARBERI LLOBREGAT (José), "Consideraciones sobre la Naturaleza Jurídica del Recurso de Anulación Penal", en: "DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA PENAL", Ediciones Juricentro, San José, 1992.

GÓMEZ COLOMER (Juan Luis), "EL PROCESO PENAL ALEMÁN, INTRODUCCIÓN Y NORMAS BÁSICAS", editorial Bosch, Barcelona, julio de 1985.

IBÁÑEZ (Perfecto Andrés), "Acerca de la Motivación De Los Hechos en la Sentencia Penal", en: "CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL", Consejo General de la Judicatura, Madrid, 1992.

LEONE (Giovanni), "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

LEVENE (Ricardo, hijo), "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 3ª edición, 1975.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), "PROCESO PENAL COMENTADO", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1988.

MAIER (Julio), "EL DERECHO PROCESAL PENAL, FUNDAMENTOS", editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Tomo I, 1996.

NÚÑEZ (Ricardo), "CÓDIGO PROCESAL PENAL, PROVINCIA DE CÓRDOBA", Marcos Lerner, editora Córdoba, 2ª edición actualizada, 1986.

ODERIGO (Marío A.), "DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Ideas, Buenos Aires, tomo II, 1952.

ROXIN (Claus); ARZT (Gunther) y TIEDEMANN (Klaus), "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL", editorial Ariel, Barcelona, 1989.

SAENZ ELIZONDO (María Antonieta), "El Procedimiento Abreviado", en: "REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 1ª edición, 1991.

VÁSQUEZ ROSSI (Jorge E); PESSOA (Nelson R); CHIARA DÍAZ (Carlos A.), "CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", Rubinzal Culzoni, editores, Santa Fe, Argentina, 1991.

VESCOVI (Enrique), "LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMÁS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMÉRICA", ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

ZUBIRI DE SALINA (Fernando). "LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS", en: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General de la Judicatura, Madrid, 1992.

# **DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA (comisión por omisión y problemas de coautoría)**

*Dr. Carlos Chinchilla Sandi  
Juez del Tribunal de Casación Penal*

## **I. Generalidades acerca de los delitos de omisión**

### **II. Los delitos de omisión como delitos de «infracción del deber»**

### **III. La clasificación entre delitos propios e impropios de omisión**

#### **A. Los delitos propios de omisión**

1. La situación generadora del deber
2. La no realización de la acción que es objeto del deber
3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

#### **B. Los delitos impropios de omisión**

1. El resultado y la imputación objetiva
2. La posición de garante
  - a) *Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo*
  - b) *Posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro*

### **IV. La coautoría y los delitos de omisión**

#### **A. Tesis de no aceptación de la coautoría en los delitos de omisión**

#### **B. Tesis de admisión de la coautoría en los delitos de omisión**

1. Primer caso: la omisión en la evitación de un resultado, contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente
2. Segundo caso: La intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo

### **V. Toma de posición**

## **DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA Y PROBLEMAS DE COAUTORÍA**

El análisis de los delitos de omisión propia e impropia ante la figura de la coautoría resulta relevante, debido a las diferentes alternativas que pueden surgir si se toma como punto de partida una u otra teoría para definir al coautor.

Partimos de la aceptación de la teoría del dominio del hecho como identificadora del concepto de autor y, por ende, del concepto de coautor. De ahí las consecuencias a las que llegaremos a lo largo de este trabajo.

El tema de los delitos de omisión, por sí mismo, resulta sumamente polémico y controvertido. Por ello es necesario realizar una aproximación a las distintas posiciones para, de esta forma, comprender un poco mejor su problemática.

No es posible, ni científicamente justificado, entrar directamente a desentrañar los problemas que pueden surgir de coautoría en los delitos de omisión –propia e impropia– sin antes dejar establecido cuál es nuestro concepto sobre los mismos y los alcances que deben tener.

Esta labor de determinación o, al menos, ubicación dentro de la sistemática desarrollada en torno a los delitos de omisión, brindará un mejor marco de acción en cuanto a la posición que debemos asumir respecto de las posibilidades o no de coautoría. Por ello, se desarrollará, sin ánimo de exhaustividad, pero sí de concreción de conceptos y líneas precisas de pensamiento, aspectos relativos a las generalidades de los delitos de omisión, así como su distinción de los delitos comisivos. Además, tendremos la oportunidad de diferenciar claramente dos tipos de categorías dentro de los delitos de omisión, entendiéndose, los delitos *propios* de omisión y los delitos *impropios* de omisión, así como los elementos que integran e identifican cada una de ellas. Aparte de este desarrollo explicativo general de los mencionados delitos,

se procederá a dirigir la atención hacia la problemática que encierra la consideración de la figura de la coautoría en los mismos.

## I. GENERALIDADES ACERCA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

El concepto de omisión resulta más fácilmente comprensible si se compara con la noción de acción, resultando ambos, en definitiva, conceptos que pertenecen a un mismo plano<sup>1</sup>.

En la dogmática penal, en forma general, los tipos se distinguen según se refieren en la forma de *infracción de una prohibición de hacer* o en la forma de *desobediencia a un mandato de acción*; lo cual representa *delitos de comisión y delitos de omisión*, respectivamente<sup>2</sup>. Se podría decir que la diferencia fundamental entre el delito comisivo y el omisivo se encuentra en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica, de donde, al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la *acción que coincide con la descrita en el tipo*; por su parte, al tipo imperativo se adecua toda acción que *no coincida con la ordenada por la norma*<sup>3</sup>. En otras palabras, las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. Si la *norma prohibitiva* viene a impedir una acción determinada, se ordena, por tanto, una omisión. Por el contrario, la *norma preceptiva* viene a ordenar una acción determinada, solicitándose un hacer positivo, de modo que la infracción consiste en la omisión de ese hacer<sup>4</sup>. En fin, todos los *delitos de omisión*, ya sean *propios o impropios*, constituyen infracciones de normas preceptivas<sup>5</sup>.

Se debe tener presente que muchas veces se cuenta con tipos de omisión específicos. Pero al lado de los mismos subsisten, con mayor relevancia, los casos de delitos de omisión no regulados por la ley, de gran importancia práctica, donde la doctrina considera que la mayoría de los delitos de comisión, en cuyo tipo se

incluye un resultado de lesión o peligro, pueden ser realizados también mediante la no evitación del resultado, siempre que haya un deber jurídico de intervenir<sup>6</sup>.

La diferenciación entre una acción o una omisión con frecuencia no resulta una tarea fácil. Por ello, Jescheck ha permitido, por medio del llamado *criterio de la causalidad*, ayudar en la contestación de esa interrogante. Pues bien, ese *criterio de la causalidad* señala que si alguien ha causado el resultado mediante un hacer positivo y objetivamente típico, este es el punto de referencia decisivo para el derecho penal<sup>7</sup>. Este criterio conduce a aplicar los extremos de la teoría de la *conditio sine qua non*, por medio de la supresión hipotética de la contribución, sin la cual, el resultado no se hubiera producido. En tales términos, «únicamente cuando conste que el actuar activo del autor, aunque doloso o imprudente, era socialmente adecuado, ajustado a Derecho—no antijurídico, debido a una causa de justificación— o inculpable, habrá que continuar examinando si el autor omitió el hacer positivo que cabía esperar de él y mediante el cual se habría evitado el resultado»<sup>8</sup>. Para lograr acercarnos un poco mejor al entendimiento de lo que se debe entender como acción y omisión, vamos a exponer cinco casos que han llamado poderosamente la atención, desde tiempo atrás, en la doctrina y la jurisprudencia alemana<sup>9</sup>:

-*Primer caso*: un ejemplo clásico lo constituye el «caso del ciclista», juzgado por el Tribunal Supremo Alemán—BGH— en el año 1957<sup>10</sup>. El conductor de un camión quiso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de la Circulación. Durante el adelantamiento el ciclista, que estaba ebrio, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión que en ese momento pasaba por su lado, y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó después que con suma probabilidad también se habría producido

1. Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, 2<sup>a</sup> edic., 1986, p. 119.

2. Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, 2<sup>a</sup> edic., 1990, p. 255.

3. Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos impropios de omisión, Bogotá, 2<sup>a</sup> edic., 1983, pp. 72 y ss.; el mismo, Lineamientos..., cit., p. 119.

4. Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Granada, 4<sup>a</sup> edic., trad. por José Luis Manzanáres Samaniego, 1993, p. 547.

5. Cfr. Jescheck, Tratado..., cit., p. 547.

6. Jescheck, Tratado..., cit., p. 548.

7. Jescheck, Tratado..., cit., pp. 548-549.

8. Jescheck, Tratado..., cit., p. 549.

9. Véase el desarrollo de estos casos con sus soluciones en, Roxin, Claus, Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en: Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, 1976, pp. 148 y ss.; Jescheck, Tratado..., cit., pp. 531, 549.

10. BGH 11, 1:7.

el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento.

-*Segundo caso*: trata del famoso «*caso del farmacéutico*», conocido por el Tribunal del Imperio en 1887<sup>11</sup>. Un farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Se pudo averiguar después que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina.

-*Tercer caso*: algo similar sucede también en el «*caso del pelo de cabra*»<sup>12</sup>, del que se ocupó el Tribunal Superior del Reich –RG– en el año 1929. El acusado había comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección. Cuatro trabajadores resultaron contagiados por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito, posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes.

-*Cuarto caso*: se trata del «*caso de la novocaina*»<sup>13</sup>, que es al que más atención ha prestado la doctrina; El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaina, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaina, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.

-*Quinto caso*: la última situación sometida al RG trata del «*caso del curandero*»<sup>14</sup>. Un curandero dispone demasiado tarde que una enferma cancerosa reciba tratamiento clínico, de modo que ya no resulta posible el auxilio quirúrgico, mas aquella probablemente tampoco hubiera podido ser salvada con una operación a tiempo.

La solución de los anteriores casos, extremadamente dudosos, ha dirigido a la doctrina alemana a asumir diversas posiciones respecto de si se trata de tipos imprudentes u omisivos. Por su parte, Roxin,<sup>15</sup> llega a la conclusión, al menos en los cuatro primeros casos –que son los que estudia con detenimiento–, que ni la solución de la omisión ni la teoría del nexo causal, ni la consideración de hipotéticas causas del daño son capaces de resolver adecuadamente la problemática en esos casos, «podría parecer que hay que prescindir por completo de consideraciones sobre lo que hubiera ocurrido de ser correcta la conducta y que hay que castigar en todos estos casos», pero, en definitiva, el mismo Roxin considera que esta no es la respuesta correcta<sup>16</sup>. Roxin acude al principio del *incremento del riesgo*, por medio del cual logra dar correcta solución a todos estos casos dudosos, como supuestos de imprudencia<sup>17</sup>. Para llegar a ello, propone el siguiente ejercicio de verificación para alcanzar la posible presencia del llamado *incremento del riesgo*, veamos: «Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese en ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente que, en consecuencia, debe ser absuelto»<sup>18</sup>. Como lo hemos dicho, Roxin llega a resolver los cuatro primeros casos por medio del principio del *incremento del riesgo*, logrando considerar en todos ellos un proceder imprudente del sujeto; casos

<sup>11</sup> RG 15, 151-155

<sup>12</sup> RG 63, 211-215 (211)

<sup>13</sup> RG HRR 15 de octubre 1926, num. 2-302.

<sup>14</sup> RG 75, 324

<sup>15</sup> Cfr. Roxin, en Problemas... 1976, pp. 167-175.

<sup>16</sup> Roxin, en Problemas... 1976, p. 167.

<sup>17</sup> Cfr. Roxin, en Problemas... 1976, pp. 167 y ss.

<sup>18</sup> Roxin, en Problemas... 1976, pp. 167-168.

del ciclista<sup>19</sup>, del farmacéutico<sup>20</sup>, del contagio por el pelo de cabra<sup>21</sup> y de la novocaína<sup>22</sup>.

Jescheck<sup>23</sup> en forma divergente a la expuesta por Roxin, logra decir que ante los cinco casos, si bien es cierto que estamos ante supuestos de imprudencia, también lo es que preferir utilizar la teoría del *nexo causal* y no la doctrina del *Incremento del riesgo*, de la cual se ha servido Roxin.

He pretendido mostrar los anteriores casos, resueltos por la jurisprudencia y discutidos por la doctrina alemana, para que una vez resuelto el problema de considerarlos como verdaderos supuestos de proceder imprudente, lleguemos a determinar si nos encontramos ante conductas que podrían ser tratadas como acción u omisión. Estamos de acuerdo con Jescheck<sup>24</sup> en que, en realidad, en los cuatro casos propuestos se trata de un *hacer positivo* contrario al cuidado, mientras que en el caso del curandero se debe apreciar *omisión* del ingreso a tiempo en la clínica.

En los delitos de omisión, la verificación de la tipicidad es, en cierto modo, inversa de la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión. En estos últimos—los delitos de comisión— es necesario subsumir la acción realizada con la descripción contenida en el tipo penal; por su parte, en los delitos de omisión, la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada *no* se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento, por ejemplo, denunciar, o, también, ser un comportamiento que evite un resultado, por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie)<sup>25</sup>.

## II. LOS DELITOS DE OMISIÓN COMO DELITOS DE «INFRACCIÓN DEL DEBER»

Como ya se ha mencionado, dentro de los *delitos de infracción del deber*, encontramos a los delitos de omisión, constituidos por la infracción de un deber legal de impedir el resultado<sup>26</sup>; es lo que conocemos como delitos *impropios de omisión* o «*comisión por omisión*». En ellos el dominio del hecho vuelve a ser desplazado por la infracción de un deber específico dirigido a impedir un resultado. En este tipo de delitos, cuya nota característica es la omisión, quien omite (garante), al no cumplir su deber asignado, será considerado siempre autor. Por otra parte, aquellos defensores de la doctrina del dominio del hecho—mayoría en Alemania— en su aplicación a los casos de comisión por omisión, atienden al dominio del hecho que mantiene el autor comisivo y subordinan al omitente que no impide, dejándolo como simple partícipe<sup>27</sup>.

De acuerdo con la teoría de Roxin, en forma contraria a lo expuesto, la complicidad solo puede sobrevenir cuando el tipo no puede realizarse por omisión, o sea en los delitos de propia mano y en los de apoderamiento activo<sup>28</sup>.

La tesis de Roxin solo puede ser seguida si se deja de lado el criterio del dominio del hecho, como definitorio de la autoría en este ámbito<sup>29</sup>. En este sentido, es de recibo la opinión de Gómez Benítez, cuando dice que «pólitico-criminalmente [...], no se ven las razones por las que ese *infraneus* no ha de ser tratado como autor, cuando, precisamente, su situación de garante le coloca en una específica relación con el derecho penal. Otra cosa es que se discuta, en general, la doctrina de la comisión por omisión, lo que parece correcto. Pero una vez admitida ésta, la coherencia de la solución de Roxin parece difícilmente discutible»<sup>30</sup>.

19. Cfr. Roxin, en Problemas..., 1976, pp. 170-171.

20. Cfr. Roxin, en Problemas..., 1976, p. 172.

21. Cfr. Roxin, en Problemas..., 1976, p. 173.

22. Cfr. Roxin, en Problemas..., 1976, pp. 174-175.

23. Cfr. Jescheck, Tratado..., cit., pp. 530-532.

24. Cfr. Jescheck, Tratado..., cit., p. 549.

25. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 259.

26. Cfr. Roxin, Claus, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 69-70.

27. Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, en Cuadernos de Política Criminal, número 38, 1989, pp. 387-388.

28. Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 3a. edic., 1975, pp. 605 y ss.

29. Cfr. Gómez Benítez, José Manuel, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, p. 117.

30. Gómez Benítez, en ADPCP, 1984, p. 117 (la letra cursiva no ha sido utilizada en el texto original).



### III. LA CLASIFICACIÓN ENTRE DELITOS *PROPIOS* E *IMPROPIOS* DE OMISIÓN

Dentro de los delitos de omisión podemos realizar una clasificación entre *delitos propios de omisión* (*delicta omissiva*) y *delitos improprios de omisión* (*delicta commissiva por omissionem*)<sup>31</sup>. Esta clasificación se incluye en aquella que los divide en *delitos de omisión pura* –identificados con los delitos propios de omisión– y *delitos de comisión por omisión* (omisión de garante) –identificados con los delitos de comisión por omisión–<sup>32</sup>. El acceder a una u otra clasificación resulta totalmente intrascendente, ya que ambas son válidas y reflejan una misma realidad; pero hemos preferido seguir la primera de ellas, que distingue entre *delitos propios de omisión* y *delitos improprios de omisión*.

Aparte de estas clasificaciones, que podría otorgárseles el calificativo de clásicas, tenemos algunas otras que diferencian en forma detenida particularidades dentro de los delitos de omisión, entre ellas encontramos la propuesta por Silva Sánchez<sup>33</sup>, el cual muestra una clasificación tripartita, donde se viene a restringir la idea de los delitos de comisión por omisión, distinguiendo entre la *omisión pura general*; la *omisión pura de garante*; y, por último, la *comisión por omisión*.

Jescheck expone que más acertada que la clasificación entre delitos propios e improprios de omisión serían, objetivamente, las de delito de omisión *simple* y *cualificado*<sup>34</sup>.

No entraremos en el estudio de cada una de las clasificaciones dichas, aunque mostramos nuestra preferencia hacia la primera clasificación, que considera o identifica los delitos omisivos como *delitos propios de omisión* y *delitos improprios de omisión*.

#### A. Los delitos *propios* de omisión

En términos generales se dice que, efectivamente, los delitos *propios* de omisión son aquellos que se encuentran tipificados expresamente en la ley penal<sup>35</sup>. Desde otro punto de vista, son aquellos que contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta, a los efectos de la tipicidad, si esta evitó o no la lesión del bien jurídico. En otras palabras, requieren para su tipicidad solo la omisión de una acción<sup>36</sup>, pues se agotan en el incumplimiento del mandato de acción<sup>37</sup> o, lo que es lo mismo, se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley<sup>38</sup>.

Según Jakobs, conforme a lo expuesto, los delitos propios de omisión son delitos especiales en sentido amplio, debido a que el autor siempre está definido como autor en una situación de responsabilidad por organización. Como sucede en la comisión de socorro, en que se refiere que el autor sea una persona que se encuentra ante una situación de desamparo, accidente o calamidad general<sup>39</sup>. A ello agrega Jakobs, «si sólo puede ser autor quien está obligado en virtud de responsabilidad institucional, se da un delito especial en sentido estricto, pero no en los deberes en virtud de responsabilidad por organización. Así pues, un delito de omisión propia –al igual que un delito de omisión impropia– puede ser delito especial en sentido estricto (y con ello delito de infracción de deber) o no, dependiendo de la clase de deber. Ejemplo: [...] en caso de deberes derivados del matrimonio o de la relación paterno-filial, es un delito especial y de infracción de deber, y sin embargo no lo es en los deberes derivados de injerencia y asunción (lo cual es importante para la participación)»<sup>40</sup>.

La comprobación de la *tipicidad objetiva* de una conducta, respecto del tipo de un delito propio de omisión, requiere la verificación de tres elementos<sup>41</sup>:

31. Cfr. Jescheck, Tratado... cit., pp. 550-553; Bacigalupo, Principios... cit., pp. 257-258.

32. Cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, Barcelona, 3ª edic., 1990, pp. 324-326 (con especial reflejo p. 324).

33. Cfr. Silva Sánchez, en CPC, número 38, 1989, pp. 367-404 (especialmente la p. 369, nota 7).

34. Jescheck, Tratado... cit., p. 551.

35. Cfr. Bacigalupo, Lineamientos... cit., p. 120; el mismo, Principios... cit., pp. 257-258.

36. Cfr. Bacigalupo, Principios... cit., pp. 257-258.

37. Bacigalupo, Lineamientos... cit., p. 120.

38. Jescheck, Tratado... cit., p. 550.

39. Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Matraz, trad. por Joaquín Cuervo Contreras y José Luis Serrano González de Mullilo, 1995, cit., p. 1040.

40. Jakobs, Derecho Penal... cit., p. 1040.

41. Cfr. Jescheck, Tratado... cit., pp. 559 y ss.; Bacigalupo, Lineamientos... cit., pp. 120-121; el mismo, Principios... cit., pp. 258-260; Mir, Derecho Penal... cit., pp. 330 y ss.; Silva Sánchez, El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona, 1986, pp. 282 y ss. En la exposición seguiremos la descripción que, de estos elementos, realiza Bacigalupo en sus obras.

## 1. La situación generadora del deber

Nos dirigimos hacia la *situación de hecho* de la que surge el deber de realizar una determinada acción; identificándose esta situación, en todos los casos, con un peligro para el bien jurídico. Generalmente, la misma está íntegramente descrita en la ley —v. gr. art. 144 del Código Penal: «encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera»—. La peculiaridad de estos supuestos, es que genera un deber de actuar para cualquiera que se encuentre con la persona necesitada de auxilio, tomando en cuenta el Código Penal que el prestar este auxilio no represente un peligro para el omitente o un tercero, siempre y cuando no se encuentre obligado a soportar<sup>42</sup>.

## 2. La no realización de la acción que es objeto del deber

Para llegar a determinar este segundo elemento, se debe comparar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Generalmente esta última está descrita —v. gr. art. 144 del Código Penal al indicar «omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias»— cuando la ley solo exige la realización de una acción; por otra parte, se cuenta con aquellos casos donde el deber requiere evitar el resultado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización<sup>43</sup>.

## 3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

Esta capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado, se trata de un elemento *individual*<sup>44</sup>. Lo que Jescheck identifica como la *capacidad individual de acción*<sup>45</sup>. La definición de este elemento se puede enfrentar desde diversos ángulos; por una parte tenemos que esta capacidad de ejecutar o evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de

ella<sup>46</sup>, o sea, el llamado juicio de posibilidad se apoya en criterios objetivos<sup>47</sup>. Por ejemplo: tiene capacidad el que no sabe nadar, pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas, que no ve y que podría haber visto<sup>48</sup>. Otro punto de vista, cifra el requerimiento del obligado en el conocimiento de la situación generadora del deber como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última<sup>49</sup>. Por último, tenemos la posición de Jescheck<sup>50</sup>, el cual requiere el conocimiento de la situación típica, asimismo la existencia de los «presupuestos externos» (proximidad espacial y socorro apropiado) para la realización de la acción, además de las «fuerzas propias» (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales). Unido a todo ello, Jescheck exige que el autor por omisión debe *representarse* como posible meta de su voluntad la acción ordenada o, al menos, tiene que *poder representársela* prestando el necesario cuidado. En ambas direcciones ha de aplicarse un módulo *objetivo*: se trata de saber si un observador inteligente hubiera llegado, mediante el examen de la situación fáctica «*ex ante*», a representar la acción ordenada como meta de su voluntad y a considerar suficientes las posibilidades externas<sup>51</sup>.

Aparte de estos tres elementos estudiados, existe en los delitos de omisión tipificados, que requieren la evitación de un resultado, la necesaria *imputación objetiva*. Este último elemento coincide con la exigencia de los delitos no tipificados (delitos impropios de omisión)<sup>52</sup>.

## B. Los delitos *impropios* de omisión

Los delitos *impropios de omisión* son conocidos como delitos de *comisión por omisión* (*delicta commissiva per omissionem*), pues se dice formalmente que su impropiedad reside en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión<sup>53</sup>.

42. Cfr. Bacigalupo, Lineamientos... cit., pp. 120-121; el mismo, Principios... cit., p. 259.

43. Cfr. Bacigalupo, Lineamientos... cit., p. 121; el mismo, Principios... cit., pp. 259-260.

44. Cfr. Bacigalupo, Principios... cit., p. 260.

45. Cfr. Jescheck, Tratado... cit., p. 560.

46. Cfr. Bacigalupo, Principios... cit., p. 260.

47. Cfr. Jescheck, Tratado... cit., p. 561.

48. Cfr. Bacigalupo, Principios... cit., p. 260.

49. Cfr. Bacigalupo, Principios... cit., p. 260.

50. Jescheck, Tratado... cit., p. 561.

51. Jescheck, Tratado... cit., p. 561.

52. Bacigalupo, Principios... cit., p. 260.

53. Bacigalupo, Principios... cit., p. 257.

Podríamos decir que, junto con Bacigalupo, estos delitos consisten en supuestos en los que, mediante una cláusula general, se determina que con ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del resultado<sup>54</sup>. En definitiva, los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado; la realización del tipo depende de esta última<sup>55</sup>.

En resumen, los delitos *impropios* de omisión son aquellos donde la obligación de acción requiere, necesariamente, *evitar el resultado* que corresponde a un delito de comisión; de modo que este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido *no se contemplan en forma expresa en la ley*<sup>56</sup>.

Se puede decir que los delitos impropios de omisión son una variedad de los tipos de comisión; la realización omisiva de un delito de comisión<sup>57</sup>. En otras palabras, los tipos de los delitos impropios de omisión vienen a complementar los tipos de los delitos de comisión, mediante la fórmula de *«no evitar el resultado»*<sup>58</sup>.

La verificación de la tipicidad en los delitos no tipificados (impropios) de omisión, se trata, podría decirse, de una operación inversa a la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión. En efecto, en estos es preciso subsumir la acción realizada desde la descripción contenida en el tipo, por su parte, en los delitos impropios de omisión –al igual que en todos los delitos de omisión– la tipicidad se comprueba demostrando que la acción realizada no se subsume con la descripción de la acción que hubiera evitado el resultado<sup>59</sup>.

Esta verificación de la tipicidad en los delitos impropios de omisión cuenta, inicialmente, con los tres mismos elementos descritos en los delitos propios de omisión, a saber: la situación generadora del deber, la realización de la acción que es objeto del deber –no realización de la acción– y capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción. Ahora bien, aparte de estos elementos comunes, la omisión impropia cuenta con dos elementos<sup>60</sup> particulares que la identifican, como lo son:

## 1. El resultado y la imputación objetiva

La llamada *infracción de un deber de evitar el resultado*, es lo único que puede dar lugar a un delito impropio de omisión<sup>61</sup>. Este deber de evitar el resultado será el de un delito de comisión tipificado –v. gr. la muerte en el homicidio, art. 111 del Código Penal–. Ahora bien, no cualquier tipo comisivo puede dar lugar a un delito impropio de omisión, esta posibilidad se excluye, básicamente, en los delitos de propia mano<sup>62</sup>.

Según Jescheck, para la consumación del delito impropio de omisión se requiere la *producción del resultado típico*<sup>63</sup>. En los delitos de comisión la imputación objetiva presupone que el autor ha causado el resultado; por su parte, en los delitos de omisión, igualmente, el resultado debe serle objetivamente imputable al autor<sup>64</sup>. Con ello, se abandona la idea clásica de la *causalidad de la omisión*, rechazándose la misma<sup>65</sup>. Esta posición ha sido la que sustenta la doctrina actual, enfocando una diferencia esencial: mientras los problemas de causalidad se resuelven según las reglas físicas, los de imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de la norma. Este cambio de actitud se debe a la identificación con la idea de que las normas no prohíben ni mandan causaciones<sup>66</sup>.

54. Bacigalupo, Lineamientos..., cit., p. 118.

55. Bacigalupo, Lineamientos..., cit., p. 119; el mismo, Principios..., cit., p. 257.

56. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 258.

57. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., p. 124.

58. Bacigalupo, Lineamientos..., cit., p. 123.

59. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., pp. 123-124.

60. Cfr. Jescheck, Tratado..., cit., pp. 559 y ss.; Stratenwerth, Günther, Derecho Penal Parte General, I. El hecho punible, Madrid, trad. de la 2ª edic. alemana (1976) por Gladys Romero, 1982, pp. 290 y ss.; Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., pp. 123-124, 132 y ss.; Lineamientos..., cit., pp. 122-123; el mismo, Principios..., cit., pp. 261-264; Mir, Derecho Penal..., cit., pp. 332 y ss.; Silva Sánchez, El delito de omisión..., pp. 368 y ss., con particulares apreciaciones con respecto a la comisión por omisión. En la exposición, como en los delitos de omisión propia, sigue la descripción que, de estos elementos, realiza Bacigalupo en sus obras.

61. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 261.

62. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 261.

63. Jescheck, Tratado..., cit., p. 561.

64. Jescheck, Tratado..., cit., p. 561.

65. Jescheck, Tratado..., cit., p. 561.

66. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 262.

De todo ello se concluye, que la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, no es de causalidad sino de imputación objetiva<sup>67</sup>.

Otro aspecto relevante en el estudio de la omisión impropia es el relativo al grado de certeza que se requiere en la respuesta por el sujeto. Por un lado se pide la *segura* evitación del resultado para determinar el actuar omisivo; por otra parte, dentro de la cual se encuentra la doctrina dominante, se considera que es suficiente con poder afirmar que la acción omitida *posiblemente* hubiera evitado el resultado<sup>68</sup>.

## 2. La posición de garante

En este punto es necesario dejar clara, desde un primer momento, la distinción que se debe realizar entre la existencia de un deber de actuar, como presupuesto indispensable de la responsabilidad de autor, y la necesaria posición de garante<sup>69</sup>, dirigidos ambos a la determinación de la responsabilidad del omitente. Por ello, la mera infracción de un deber de acción es insuficiente para determinar su sanción de la misma manera que si hubiera una acción prohibida<sup>70</sup>. En la misma línea, Jakobs considera que autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante)<sup>71</sup>.

La posición de garante puede surgir de dos diferentes situaciones:

### **a) Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo**

Un primer grupo de casos de este tipo son aquellos en los que el omitente tiene a su cargo la *protección* de un bien jurídico<sup>72</sup>. Esos deberes son indudables cuando se tiene el *cuidado de personas necesitadas* –por ejemplo: el caso del niño al cuidado de la niñera o del enfermo por la enfermera–. Dentro de tal ámbito, entran

los cuidados debidos por quienes aceptan el cuidado de personas que realizan actividades en las que pueda resultar un peligro –por ejemplo: el socorrista en una piscina o playa–<sup>73</sup>.

También se identifica un deber de protección que genera una posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia, en las situaciones en que el peligro amenace la vida o la integridad corporal. Muchas veces, un deber de la naturaleza dicha incumbe a los funcionarios respecto del peligro de lesión de bienes jurídicos que corresponden a su competencia<sup>74</sup>.

### **b) Posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro**

Esta segunda categoría corresponde a aquellos casos en los cuales el omitente ha asumido una *garantía de seguridad* respecto de una fuente de peligros que tiene bajo su control<sup>75</sup>.

Jescheck procede a definir tres subgrupos, dentro de la posición de garante, surgida de un deber de cuidado de una fuente de peligro: la primera aparece a través de un previo consentimiento peligroso que puede crear una situación de riesgo para otras personas, correspondiendo al garante eliminarla; en segundo lugar, pueden originar el deber de garante las fuentes de peligro ubicadas en el propio ámbito social de dominio y; en último lugar, existe un deber de controlar la actuación de personas que el garante ha de vigilar<sup>76</sup>.

Bacigalupo<sup>77</sup> propone, a su vez, tres subgrupos que se pueden identificar desde de la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro. El primero de ellos constituido por los *peligros provenientes de las propias acciones*, donde un *hecho anterior del propio sujeto genera el peligro* del bien jurídico; se trata de situaciones discutidas y se estudian en forma restrictiva –v. gr. aquel que sirve alcohol a otro y luego no le impide que conduzca su automóvil, resultando que el

67. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 262.

68. Bacigalupo, Principios..., cit., pp. 262-263.

69. Kaulmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959, pp. 275 y ss.; en adelante citado como Unterlassungsdelikte.

70. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., p. 136.

71. Jakobs, Derecho Penal..., cit., p. 868.

72. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 263.

73. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 263.

74. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 263.

75. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 263.

76. Jescheck, Tratado..., cit., pp. 567-571; para ampliar con detalle el contenido de cada uno de los tres subgrupos, consultar las páginas citadas.

77. Bacigalupo, Principios..., cit., pp. 263-264.

mismo mata a otro al volver a su casa, surgiendo la duda de la posible responsabilidad por omisión culposa, del que sirviéndole el alcohol y conociendo el estado de embriaguez no impidió conducir el coche. En segundo lugar, tenemos los *peligros creados por otras personas* que –de alguna manera– estén dentro del ámbito de influencia del omitente. En ella se comprenden la posición del padre respecto de los peligros causados por los hijos menores, la de los maestros respecto de menores a su cargo, así como la de los funcionarios respecto de sus subordinados, en tales casos, el orden público coloca al omitente en la posición de custodio, lo cual es indudable en el caso de los funcionarios respecto de los bienes e intereses del Estado y de los particulares. Por último, la fuente de peligros puede ser de índole *natural o mecánica*.

Hemos podido ver lo concerniente al tipo objetivo de los delitos de omisión –propios e impropios–. Corresponde en este momento exponer, en forma resumida, lo relativo al *tipo subjetivo* en estos delitos. Los delitos propios de omisión y los delitos impropios de omisión se caracterizan porque el tipo subjetivo de ambos coincide totalmente<sup>78</sup>. Armin Kaufmann<sup>79</sup> señala que el dolo del delito de comisión consiste en la disposición de realización de una acción, mientras que en la omisión falta esta disposición o voluntad. Por ello, como expone Bacigalupo<sup>80</sup>, es posible afirmar que no existe un dolo de omitir en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, es decir, en el sentido de los delitos de comisión; el dolo de la omisión presenta una propia estructura, por lo que procede designarlo como un *cuasidolo*. Este dolo de la omisión o cuasidolo requiere de dos elementos: primero, el conocimiento de la situación generadora del deber, y segundo, el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (y, en su caso, de evitar el resultado)<sup>81</sup>.

#### IV. LA COAUTORÍA Y LOS DELITOS DE OMISIÓN

Al entrar al problema de la coautoría en los delitos de omisión, creo que nos encontramos en un terreno sumamente difícil y complicado, donde las opiniones son encontradas y muy diversas, sin que se pueda hablar de una opinión dominante<sup>82</sup>, salvo que, al tomar partido, consideremos que estamos ante la dirección de la doctri-

na dominante, sin que en realidad eso responda al verdadero estado de las cosas.

Encontramos dos grandes posiciones en la consideración del actuar omisivo y su relación con la coautoría: por un lado, tenemos a aquellos que responden en forma negativa la posibilidad de considerar la coautoría por omisión; por otra parte, se cuenta con aquellos que mantienen la posibilidad de recurrir a la figura de la coautoría en los delitos omisivos. Ambas posiciones están muy bien sustentadas, encontrándose en cada una de ellas eminentes representantes de la doctrina alemana y la española; aunque es de mérito advertir que, actualmente, la doctrina dominante alemana se dirige a negar la posibilidad de la coautoría por omisión, lo cual no puede predicar la doctrina española.

En forma inmediata expondremos estas dos tendencias dentro de la doctrina, así como las opiniones que respaldan una y otra con sus respectivos fundamentos; para posteriormente tomar partido y dar mi opinión acerca de esta problemática.

##### A. Tesis de no aceptación de la coautoría en los delitos de omisión

La imposibilidad de aceptar la coautoría en los delitos de omisión es considerada por algunos como la doctrina dominante, lo cual puede ser muy probable en Alemania, pero en España no puede afirmarse sin más. Por ahora, me limitaré a exponer los argumentos en contra de la coautoría por omisión y su inviabilidad.

Los fundamentos básicos de que se sirven quienes niegan la posibilidad de la coautoría por omisión, se reconducen al estudio y examen de los elementos esenciales de la coautoría. Este recurso inicial me parece esencial, y demostrará, partiendo de la misma coautoría, si ella es posible de aplicar en los delitos de omisión o no.

Tenemos claro, en forma general, que los dos elementos básicos de la coautoría lo son la *resolución común de realizar el hecho* y la *realización del hecho en común* –identificados por parte de la teoría del dominio del hecho y sus seguidores, con alguno que otro matiz–. Ahora bien, dentro de estos elementos, encontramos

78. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 265.

79. Kaufmann, *Untertassungsdelikte*, cit., pp. 66 y ss., 110 y ss.; cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., pp. 91 y ss.; el mismo, Principios..., cit., p. 265.

80. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 265.

81. Bacigalupo, Principios..., cit., p. 265; con mayor detalle y extensión revisar, el mismo, Delitos impropios de omisión, cit., pp. 91-107.

82. En sentido contrario, Jaén Vallejo, Manuel, Comentario a los artículos 12, 14 y 16 del Código Penal, en: Código Penal Comentado, Madrid, coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, 1990, p. 180.

como consecuencia de la decisión común de realización del hecho, el codominio del mismo, que se realiza por medio de la *división del trabajo*, dando lugar al dominio funcional o dominio de la configuración, según sea la posición que se siga –Roxin o Jakobs–. El tipo subjetivo de la omisión –propia o impropia, como se expuso– lleva inmersa la falta de exigencia de una *voluntad de realización*, impide que pueda hablarse de una *resolución común de realizar el hecho*<sup>83</sup>. En este sentido, una ausencia del acuerdo de voluntad en la realización del hecho hace inexistente el sentido de la *división del trabajo*. Por ello, resulta inadmisibles la coautoría en tales casos<sup>84</sup>.

Armin Kaufmann se inclina por la imposibilidad de una coautoría en los delitos de omisión, sobre la base de la no existencia de una *división del trabajo*<sup>85</sup>. En igual sentido, Bacigalupo considera que «la coautoría no es posible ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una "decisión común al hecho"»<sup>86</sup>. Jakobs opina que en la omisión del obligado, en virtud de responsabilidad institucional, nadie puede ser coautor. En efecto, «si decae la participación porque el propio partícipe está obligado institucionalmente u organiza en concepto de autor, se da autoría simultánea»<sup>87</sup>. En este caso, Jakobs dirige su atención hacia la autoría simultánea, dejando de lado la posibilidad de la coautoría.

Esta última solución, expuesta por Jakobs, acerca de identificar una autoría propiamente dicha en cada uno de los intervinientes, ya había sido tomada por el mismo Armin Kaufmann<sup>88</sup>, quien ejemplificaba en el caso de los nadadores; donde varios nadadores presencian inmóviles cómo se ahoga un niño, omiten todos ellos la salvación, pero no omiten «en común», resultando ser cada uno, autor de la omisión. Siguiendo las ideas de Armin Kaufmann, los nadadores omiten ciertamente

actuar como coautores –o sea, dejan de realizar algo que exigía su acción conjunta–, pero no omiten en coautoría. Esto se asemeja mucho a lo que Cobo y Vives<sup>89</sup> han mantenido al negar la coautoría en los delitos propios de omisión. No obstante, no explican el fundamento de su posición, y dejan abierta la posibilidad de la coautoría en los delitos impropios de omisión, aunque no se aclara por qué. En cambio, se niega la posibilidad, expuesta por algunos, de admitir la coautoría en aquellos casos en que la acción esperada hubiera debido realizarse conjuntamente por varias personas, y se replica que tal apreciación resulta incorrecta, pues parece confundir la «omisión de la coautoría» con la «coautoría en la omisión».

En la misma línea, Bacigalupo considera que sería muy difícil comprender que alguien puede omitir sólo una parte de la acción que se le exige, mientras otro omite el resto. Una parcialización de la omisión –del incumplimiento del deber– resulta, desde todo punto de vista, incompatible con un hecho que se caracteriza, precisamente, porque toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna<sup>90</sup>. Lo anterior conduce a la imposibilidad de una coautoría por omisión, donde «el recurso a buscar en el "acuerdo" de los concurrentes (en este caso los obligados a actuar), una base para sostener una vinculación de las omisiones de cada omitente, en todo caso, sólo podría dar por cumplido uno de los requisitos, pero no permitiría unificar en una sola infracción de deber a la que concurrirían las diversas "partes de la omisión" correspondientes a cada obligado»<sup>91</sup>.

Se ha pensado en la posibilidad, por algunos, de entender que existe coautoría en el caso de un autor que despliega una acción positiva y de otro que, siendo garante, omite. Esta proposición no es admitida por Roxin, ya que «esta solución surge directamente de la

83. Cfr. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173.

84. Cfr. Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173; el mismo, *Principios...*, cit., p. 268; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 4ª edic., 1994, p. 451; Jaén Vallejo, en *CPC*, cit., p. 120; un caso especial lo presenta Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 288, siguiendo la doctrina de Armin Kaufmann, acepta la imposibilidad de la coautoría en el delito de omisión de socorro, por la falta o ausencia de la «división del trabajo», cuando se trata de la omisión «simultánea» –que genera autoría en cada uno de los intervinientes–, más no «conjunta» –como sería el caso de la coautoría–, el mismo, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, artículos 1-22, Barcelona, 1972, p. 827, dirige su atención a la idea del «acto ejecutivo» y la redacción del derogado art. 14.1 CP de 1973 «tomar parte en la ejecución», matiza su posición y viene a aceptar, sin problema alguno, la coautoría por omisión, en aquellos casos en que se produce la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo. En términos generales, Rodríguez Mourullo admite la coautoría en los delitos impropios de omisión –comisión por omisión–, pero no en los delitos propios de omisión –omisión pura– (La omisión..., cit., p. 288; *Comentarios...*, t. I, cit., p. 827).

85. Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189.

86. Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 228, 268.

87. Jakobs, *Derecho Penal*, cit., p. 1030.

88. Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189.

89. Cobo del Rosal, Manuel; Vives Antón, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1991, p. 577.

90. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173.

91. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173.

esencia de la coautoría que solo puede fundamentarse o bien sobre la base de un dominio común (con división de trabajo) del hecho, o en una lesión común de un deber que, en todo caso, no existe»<sup>92</sup>.

Bacigalupo<sup>93</sup> considera, con razón, que quien omite no cuenta con el codominio del hecho, por lo cual, no puede llegar a ser coautor. Además, en el tema del autor que despliega una acción positiva mientras otro realiza una omisión, niega la posibilidad de la coautoría por omisión, aunque admite que, en ciertos casos, la intervención omisiva pueda calificarse de simple participación. Como argumento de esto último dice que «el omitir solo podrá considerarse como posible participación por omisión en el hecho positivo y, tratándose de una ayuda meramente siquica, como posible hecho positivo»<sup>94</sup>.

Esta posición de Bacigalupo, según la cual el omitente sería un simple partícipe (cómplice), es respaldada por seguidores de la teoría del dominio del hecho. En efecto, Gallas<sup>95</sup> y Jescheck<sup>96</sup>, estiman que quien omite se encuentra en una posición subordinada frente al autor activo, y que, por ello, carece del dominio del hecho. En opinión de Stratenwerth<sup>97</sup>, esta posición, asumida por un sector de los defensores de la teoría del dominio del hecho, es un «desacierto», ya que con ello se viene a afirmar la distinción de la autoría y la participación en la omisión, lo cual —según su punto de vista— no existe. Argumenta Stratenwerth que «la participación activa requiere siempre un aporte al hecho. Una participación cometida por omisión tendría que consistir, de acuerdo con ello, en no intervenir para impedir el hecho de otro o la decisión de otro a cometer el hecho; es decir, en que la ejecución no resulta interceptada o, por lo menos, obstaculizada. Pero precisamente esta posibilidad de intervención de alguien que tiene el deber de actuar lo convierte, en principio, en *autor* [...] de la

omisión. Aquí fracasan todos los intentos de distinguir la autoría de la participación en la omisión, según la importancia del aporte al hecho»<sup>98</sup>. Para Stratenwerth, el que quiera tener al que omite como cómplice, en un delito de comisión llevado a cabo con dominio del hecho, lo que hace es trasladar, indebidamente, el criterio del dominio del hecho a la omisión<sup>99</sup>. Concluye Stratenwerth que el criterio del dominio del hecho se convierte en inútil cuando el hecho principal constituye un delito de omisión: «la cuestión de quién dirige el suceso, pierde aquí todo sentido desde que nadie interviene en el desarrollo del suceso»<sup>100</sup>.

En definitiva, se puede decir, en términos generales, que solo puede haber autor en sentido estricto en los delitos de omisión, denegándose la posibilidad de la coautoría<sup>101</sup>.

## B. Tesis de admisión de la coautoría en los delitos de omisión

En el tema de la aceptación de la coautoría por omisión, se presentan dos situaciones, muy bien diferenciadas, en su estudio: por una parte, el caso de que la omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente; por otra, el caso de que uno de los intervinientes aporta una contribución al hecho mediante un hacer positivo, mientras que el otro, infringiendo un deber jurídico, se abstiene de impedirlo<sup>102</sup>. Es claro que, en relación con estos grupos de casos, se encuentran seguidores de la posibilidad de la coautoría por omisión, y de ahí la importancia de sus planteamientos.

### 1. Primer caso: la omisión en la evitación de un resultado, contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente

92. Roxin, Täterschaft, 2a. edic., 1967, p. 470.

93. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., p. 174.

94. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, cit., p. 174.

95. Cfr. Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, 1968, pp. 187 y ss.

96. Cfr. Jescheck, Tratado..., cit., p. 621.

97. Cfr. Stratenwerth, Derecho Penal..., I, cit., p. 316.

98. Stratenwerth, Derecho Penal..., I, cit., p. 318.

99. Stratenwerth, Derecho Penal..., I, cit., p. 319.

100. Stratenwerth, Derecho Penal..., I, cit., p. 319.

101. Cfr. Bustos Ramírez, Manual..., cit., p. 452.

102. Cfr. Meurer, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, t. II, Barcelona, trad. por Córdoba Roda, 1962, p. 345; Sauer, Guillermo, Derecho Penal. Parte General. Barcelona, trad. por Juan del Rosal y José Carezo, 1956, pp. 324-325; Stratenwerth, Derecho Penal..., I, cit., p. 316; Jescheck, Tratado..., cit., pp. 621-622; Córdoba Roda, Juan, Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach, t. II, 1962, p. 345; Rodríguez Mourullo, Comentarios..., t. I, cit., pp. 827-828; Arroyo de las Heras, Alfonso, Manual de Derecho Penal. El delito, Pamplona, 1985, pp. 724-725; Mir, Derecho Penal..., cit., p. 422; Silva Sánchez, en GPC, número 38, 1989, p. 389; Cuenda Riezu, Antonio, Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1992, pp. 506-514.

Cuando nos encontramos ante la omisión en la evitación de un resultado, contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente, se acepta la posibilidad de la coautoría en el conjunto de los sujetos omitentes<sup>103</sup>. Por ejemplo: los dos padres que omiten conjuntamente la asistencia al recién nacido extramatrimonial<sup>104</sup>; o cuando los padres del niño gravemente enfermo deciden no llamar al médico.

En este punto, Stratenwerth<sup>105</sup> hace una observación interesante, pues considera que en el caso de que varias personas, y respondan con respecto al mismo bien jurídico o la misma fuente de peligro, de común acuerdo omitan intervenir, carece de significación la coautoría, ya que a cada uno de ellos le asiste el deber de evitar el resultado por sí mismo –por ejemplo: el citado caso del niño enfermo que sus padres deciden no llamar al médico–. Para Stratenwerth<sup>106</sup>, situación distinta se presenta si la posibilidad de intervención presupone un obrar conjunto –por ejemplo: cuando alguien queda encerrado en el recinto del tesoro por descuido y este solamente puede ser abierto por dos personas que tienen las diferentes llaves necesarias y no hay otra–. En tal situación, puede ser razonable –si los obligados se ponen de acuerdo para abrir las puertas al día siguiente para permitir la salida del sujeto retenido– tomar en cuenta la omisión en común, en vez de considerar que cada uno de ellos hubiera debido actuar para mover al otro a una intervención. De todas formas, considera Stratenwerth que no hay problema alguno para negar la coautoría en estos casos de omisión<sup>107</sup>.

Jescheck considera que en estos casos de actuación conjunta omisiva, no es necesario darsé la imputación recíproca de las contribuciones al hecho, característica de la coautoría, debido a que cada uno de los

autores por omisión es ya responsable como garante por todo el resultado<sup>108</sup>. Jescheck, en sentido algo parecido a Stratenwerth, dice que «solo concurre el supuesto genuino de la coautoría cuando el deber común únicamente puede ser cumplido de modo conjunto», y cita como ejemplo la declaración del impuesto sobre los ingresos de una unidad familiar<sup>109</sup>. Dentro de la sistemática particular de circunstancias que se pueden presentar, Jescheck expone que, a pesar de faltar el deber conjunto, puede existir coautoría, en el caso de que varios obligados a actuar en la misma situación típica, deciden en común permanecer inactivos, así cuando diversas personas implicadas en un accidente, que han ingresado a un herido en un hospital, se ponen de acuerdo para no presentarse<sup>110</sup>.

Para Rodríguez Mourullo<sup>111</sup>, cuando estamos ante los delitos que él llama de omisión –propios de omisión–, no es posible hablar de coautoría. Siguiendo a Armin Kaufmann, reconoce la imposibilidad de la coautoría en el delito de omisión de socorro, por la falta o ausencia de la «división del trabajo». Ello sucede cuando estamos ante la omisión «simultánea», que genera autoría en cada uno de los intervinientes, aunque no «conjunta» –donde sí se encuentra la coautoría–.

## 2. Segundo caso: la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo

Dentro del caso de la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, se encuentran autores que aceptan la existencia de la coautoría<sup>112</sup>, y otros que, en lugar de la coautoría, admiten solamente la posibilidad de calificar como participación –cooperación necesaria<sup>113</sup> o complicidad<sup>114</sup>– tal aportación.

103. Cf. Maurach, *Tratado...* t. II, cit., p. 345; Stratenwerth, *Derecho Penal...* t. I, cit., p. 316, con alguna realización; Jescheck, *Tratado...* cit., pp. 621-622; Mir, *Derecho Penal...* cit., p. 422.

104. RG 66, 71 (74).

105. Stratenwerth, *Derecho Penal...* t. I, cit., p. 316.

106. Stratenwerth, *Derecho Penal...* t. I, cit., p. 316.

107. Stratenwerth, *Derecho Penal...* t. I, cit., p. 316.

108. Jescheck, *Tratado...* cit., p. 622.

109. Jescheck, *Tratado...* cit., p. 622.

110. Jescheck, *Tratado...* cit., p. 622.

111. Cf. Rodríguez Mourullo, *La omisión...* cit., p. 288; el mismo, *Comentarios...* t. I, cit., p. 627, en especial la cita número 6.

112. Cf. Maurach, *Tratado...* t. II, cit., p. 345; Rodríguez Mourullo, *Comentarios...* t. I, cit., p. 627, en especial cita número 6; Arroyo de las Heras, *Manual...* cit., p. 724, admite la coautoría en los delitos de comisión por omisión. «cuando de hechos punibles de esta naturaleza se trata –delitos de comisión por omisión–, no hay obstáculo alguno, ni doctrinal ni legal, que impida la admisión del concurso omisivo, siempre, naturalmente, que concurren los demás requisitos que para la existencia de la participación en general se precisan»; Silva Sánchez, en *CPC*, número 38, 1989, pp. 388 y ss., reduce la posibilidad de la coautoría por omisión en algunos casos.

113. Cf. Mir, *Derecho Penal...* cit., p. 422.

114. Cf. Jescheck, *Tratado...* cit., p. 621.



Junto con lo expuesto, existen otros autores que niegan la posibilidad de la coautoría por omisión, pues se trata de verdaderos autores individuales, donde cada uno responde de su propia actuación con independencia de los demás<sup>115</sup>.

Según Jescheck, se debe considerar al sujeto omitente como cómplice, debido a la posición de subordinación que guarda frente al autor activo. Ello responde, en su opinión, de mejor manera a la teoría del dominio del hecho<sup>116</sup>. Como ya se expuso líneas atrás<sup>117</sup>, Stratenwerth<sup>118</sup> considera este criterio erróneo, ya que en realidad aquí nos encontramos ante un verdadero autor –el sujeto omitente– y no un simple partícipe.

Por su parte, Rodríguez Mourullo<sup>119</sup> acepta, sin problema alguno, la coautoría por omisión, en aquellos casos en que se produce la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, propiamente en los delitos que él identifica con el nombre de comisión por omisión.

## V. TOMA DE POSICIÓN

Luego de estudiar las dos principales posiciones, acerca de la coautoría por omisión, unas, negando esa posibilidad y, otras, aceptándola consideramos que es momento para precisar un poco nuestra posición y exponer nuestro criterio sobre el problema expuesto.

Como se ha dicho a lo largo de la investigación, hemos tomado partido por la teoría del dominio del hecho y, partiendo de la misma, hemos enfrentado una serie de problemas y circunstancias controvertidas en el tema de la coautoría. Ahora bien, siendo coherentes con nuestra parcialidad hacia el dominio del hecho, debemos decir que, al tratarse los delitos de omisión –propio o impropio–, de delitos de infracción al deber específico, los criterios del dominio del hecho se convierten en inaplicables para los mismos. Hay que recurrir a otros medios para precisar la responsabilidad de los intervinientes en el hecho. Ante este panorama, se ha podido demostrar que el criterio esencial por seguir para esclarecer la participación en los delitos de omisión, viene dada, indiscutiblemente, por la mencionada *infracción del deber*.

La figura de la coautoría requiere, como se ha expuesto, dos elementos esenciales; por una parte la *resolución común de realizar el hecho* y, por otra, la

*realización en común del hecho*. En el entramado de la concreción de la voluntad común e ideación del plan general para la realización, se cuenta con la necesaria *división del trabajo*, la cual permite apreciar el elemento identificador de la coautoría, el *codominio del hecho*. Partiendo de este esquema, resulta claro que la generación de un proceder omisivo, como podría ser, en el caso de omisión simultánea –aunque no «conjunta»– de varios sujetos hacia los cuales se dirige la obligación de evitación de un resultado, no podrá generar más que individuales autorías de los intervinientes –autorías paralelas o accesorias–, sin posibilidad de admitir, en forma alguna, la coautoría. La omisión no da más que para pensar en la autoría. Solo en algunos casos podría admitirse la figura de la participación –complicidad– por omisión en hecho comisivo –positivo–, pero no la coautoría. En este sentido, sería posible la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, siempre que se trate de una figura de participación *strictu sensu*.

## BIBLIOGRAFÍA

**Arroyo de las Heras, Alfonso**, *Manual de Derecho Penal. El delito*, Pamplona, 1985.

**Bacigalupo Zapater, Enrique**, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 2ª. edic., 1983, p. 72 y ss.

- *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 2ª. edic., 1986.

- *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2ª. edic., 1990.

**Bustos Ramírez, Juan**, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 4ª. edic., 1994.

**Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, T. S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1991.

**Córdoba Roda, Juan**, *Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach*, t. II, 1962.

**Cuerda Riezu, Antonio**, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 281-303.

**Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, 1968.

<sup>115</sup>. Cfr. por todos, Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316.

<sup>116</sup>. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 621.

<sup>117</sup>. Vid. supra, A.

<sup>118</sup>. Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316.

<sup>119</sup>. Rodríguez Mourullo, *Comentarios...*, I, cit., p. 827, en especial cita número 6.

**Gómez Benítez**, José Manuel, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 103-131.

**Jaén Vallejo**, Manuel, *Comentario a los artículos 12, 14 y 16 del Código Penal*, en: *Código Penal Comentado*, Madrid, coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, 1990.

**Jakobs**, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.

**Jescheck**, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 4ª. edic., trad. por José Luis Manzanares Samaniego, 1993.

**Kaufmann**, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

**Maurach**, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, trad. por Córdoba Roda, 1962.

**Mir Puig**, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 3ª. edic., 1990.

**Rodríguez Mourullo**, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.

-en; Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, artículos 1-22, Barcelona, 1972.

**Roxin**, Claus, *Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*, en: *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 55-70.

- *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en: *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, 1976, pp. 149-180.

- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3a. edic., 1975.

**Sauer**, Guillermo, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo, 1956.

**Silva Sánchez**, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

- *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en: *Cuadernos de Política Criminal*, número 38, 1989, pp. 367-404.

**Stratenwerth**, Günther, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Madrid, trad. de la 2ª. edic. alemana (1976) por Gladys Romero, 1982.

# EL DETECTOR DE MENTIRAS EN NUESTRO PROCESO PENAL

RÓNALD CORTÉS COTO<sup>1</sup>  
MARÍA DE LOS Á. ARANA ROJAS<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos abordar un tema poco investigado en nuestro medio. El detector de mentiras o polígrafo, resulta un medio probatorio que se ha utilizado en otros países como método de interpretación de la veracidad de las declaraciones rendidas por las personas involucradas en los procesos, especialmente criminales.

En Costa Rica aun no se registran antecedentes dentro de la historia del proceso penal, en los cuales se haya utilizado este método.

Por lo novedoso del tema, hemos tenido algunas dificultades para encontrar material bibliográfico. No obstante ello, hemos querido realizar una primera aproximación, iniciando el trabajo con un pequeño comentario sobre los antecedentes y el funcionamiento del detector de mentiras. Luego hacemos un recorrido doctrinal y jurisprudencial, especialmente en la jurisprudencia extranjera, para finalizar con una reflexión sobre la admisibilidad o no del detector de mentiras en nuestro derecho.

Nos hemos planteado, como hipótesis de trabajo, la admisibilidad del detector de mentiras en nuestro proceso penal, con el consentimiento del imputado.

## Primera parte.

### Sección I.

#### 1. Antecedentes históricos.

En el año 1914 V. Benussi utiliza el neumógrafo para detectar a través de los síntomas respiratorios, la sinceridad y la mentira, al presentarle a los acusados cartas relacionadas con el caso que se encontraba en investigación, debiendo referir lo que en ellas se encontraba como lo que no contenían<sup>3</sup>.

Los estudios sobre el descubrimiento de la verdad mediante de los neumógrafos<sup>4(2)(3)</sup> permitieron hacer

las siguientes conclusiones:

- 1) solo puede ser utilizado en personas consideradas normales
- 2) las respuestas deben ser explícitas
- 3) debe hacerse ante peritos a quienes el sujeto quiere engañar
- 4) Hay quienes pueden considerar que la persona sometida al detector es capaz de controlar su respiración, pero no la proporción, ya que el total del tránsito de la inspiración y la expiración se sustrae a nuestra determinación subjetiva.

En 1915, en la Universidad de Harvard se lleva a cabo una investigación con un esfigmomanómetro fue de gran precisión, a tal punto, que se obtuvo un 100% de eficacia, por lo que el Departamento de Psicología del Consejo Nacional de Investigaciones recomendó esta técnica para el contraespionaje.

En 1921 el estudiante de psicología J.A. Larson, adscrito al laboratorio de investigaciones de la Escuela de Policía de Berkeley, publicó su obra "The cardio-neumo-psychogram in deception", basándose en las investigaciones de otros científicos como Benussi, Burt y Marston y es cuando propone la utilización del **esfigmomanómetro**<sup>5(3)(4)</sup>, al que la policía bautizaría con el nombre de **DETECTOR DE MENTIRAS DE BERKELEY**.

Este dispositivo se usa en investigación e interrogatorio policial desde 1924, luego es perfeccionado por el Laboratorio de Investigaciones Criminales de la Universidad de Noreste, principalmente al reducirlo de tamaño, ya que el original era muy grande.

El aparato de Larson tuvo un gran éxito en varios procesos criminales en los Estados Unidos, y rápidamente los departamentos de policía de Los Ángeles, Oakland, Duluth y Evanston, lo adoptaron, haciendo múltiples perfeccionamientos, estudios y estadísticas al

1. Juez de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José.

2. Jueza de Juicio del Tribunal de Desamparados.

3. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, El polígrafo (detector de mentiras), México, Gráfica Panamericana, 1 ed. 1965, p 20.

4(2)(3). Neumógrafo: Estetoscopio: método para explorar las funciones de la musculatura bronquial. Es la que mide la unidad de respiración cuya función es medir y registrar la proporción de la inspiración y expiración. VILLE Claude Biología Editorial Interamericana S.A., 1966, p. 664.

5(3)(4). Esfigmógrafo: instrumento que registra la fuerza del pulso arterial. FACULTAD DE MEDICINA. U.I.C.R. Semiología. Tomo I, pág. 220.

respecto<sup>6(4)</sup>. Un primer polígrafo, menos exitoso, fue inventado por James Mackensie en 1902<sup>7</sup>.

## Sección II.

### 1. Funcionamiento.

Nos hemos basado fundamentalmente en el trabajo del Mexicano Luis Rodríguez Manzanera, denominado el "Polígrafo", cuya obra en el aspecto técnico nos parece bastante completa, y en el Reglamento de la Asociación Americana del Polígrafo (APA), que rige la actividad en los Estados Unidos para analizar su funcionamiento<sup>8(9)</sup>.

El polígrafo, o más conocido como detector de mentiras, consiste en un instrumento de gran sensibilidad, capaz de registrar de forma continua en un gráfico diferentes variables dadas como respuestas del cuerpo de quien está siendo sometido a prueba. Resulta necesario señalar que el cuerpo humano se compone de un conjunto de sistemas diferentes, que se encuentran íntimamente correlacionados entre sí.

Indica Ríos Calvo que durante el transcurso de una experiencia emocional intensa, el organismo puede reaccionar de diversas maneras; la presión arterial se eleva y el riego sanguíneo a los distintos órganos se altera. Aumenta la frecuencia cardíaca, la respiración se hace más rápida; la composición de elementos en sangre se altera aumentando fundamentalmente el contenido de glucosa; la motilidad del aparato digestivo disminuye; las pupilas se dilatan y la secreción salival disminuye; se altera la resistencia eléctrica cutánea, fundamentalmente debido al sudor; se presenta una respuesta pilomotoria "carne de gallina"; los músculos se ponen en tensión.

El fundamento sobre el que funciona el detector de mentiras lo constituyen esos cambios fisiológicos que acompañan a los estados emocionales, imposible de controlar mediante la voluntad. Son esos cambios los que registra el polígrafo y no la mentira en sí. De modo general, con el polígrafo se detectan, mediante gráficas, los cambios en la respiración, la resistencia de la piel y la frecuencia cardíaca<sup>10(5)</sup>.

El polígrafo recogerá datos de por lo menos tres sistemas en el cuerpo humano. Tubos de hule que se encuentran situados sobre el pecho y área abdominal del examinado registrarán la actividad respiratoria. Dos pequeños platos de metal atados a los dedos de las manos recogerán la actividad de la glándula dulce y un artefacto para presión alta registrará la actividad cardiovascular<sup>11</sup>. Lo anterior se irá registrando simultáneamente<sup>12</sup>.

Algunos polígrafos llevan incorporado un nuevo componente, que puede usarse sin que el sujeto lo sepa. Este componente mide los cambios en los sonidos del lenguaje que se producen en estado de tensión emocional. El aparato se llama evaluador de la tensión psicológica<sup>13</sup>.

Para referirnos al funcionamiento del detector de mentiras, es necesario considerar la anatomofisiología del polígrafo. Su base se encuentra en el comportamiento del sistema circulatorio y respiratorio, así como el reflejo psicogalvánico.

Para seguir a Rodríguez Manzanera, iniciaremos con el sistema circulatorio:

El sistema circulatorio se encuentra formado por arterias, capilares y venas que trabajan a través del órgano propulsor: el corazón.

El corazón es el órgano encargado de crear el impulso necesario para hacer circular la sangre; es un órgano hueco, de paredes musculares, que al contraerse **expulsa la sangre a todo el cuerpo a través de los vasos sanguíneos y al relajarse llena sus cavidades**. Este trabajo consiste en impulsar la sangre por la contracción cardíaca hacia las arterias, pasando por capilares y recorriendo las venas para llegar nuevamente al corazón.

La importancia de la circulación radica que es factor de integración y coordinación funcional, estabilización y emparejamiento de las propiedades químicas y físicas de la totalidad del organismo<sup>14(6)</sup>.

6(4). RODRIGUEZ MANZANERA, Ob. cit. p. 26.

7. BELLIS, Mary, *Inventors, Police Technology and Forensic Science*. Tomado de Internet en: <http://www.Liedetector.org>

8(5). RODRIGUEZ MANZANERA, Ob. cit. p. 35-137.

9. AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION By Laws, Documento mimeografiado.

10(5). RÍOS CALVO, Luis, *El detector de mentiras*. Revista de la Policía. Madrid, mayo 1985, p. 43-44.

11. AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION. *The validity and reliability of polygraph testing*. Tomado de Internet en: [www.polygraph.org/betasite/apa5new.htm](http://www.polygraph.org/betasite/apa5new.htm), p. 1.

12. CAPS, Michael and MINER John, *How Honesty testing works*. United States, Quorum Books, 1996, p. 24.

13. RÍOS CALVO, ob. cit. p. 44.

14(6). RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Ob. cit. p. 35.

También debemos tomar en cuenta algunos aspectos sobre la *regulación nerviosa de la actividad cardíaca*.

El cuerpo humano posee dos sistemas intrínsecamente unidos, los cuales son: el sistema simpático: que tiene relación con las acciones vasomotoras (vasoconstricción y vasodilatación), así como el sistema parasimpático: (acción antagónica al sistema simpático). Estos dos sistemas van a incidir en el resultado de la prueba del polígrafo por las condiciones externas, tales como frío o calor, ya que la persona experimentará, en el primer caso, una elevación de la presión arterial. Esto conlleva un aumento en la frecuencia cardíaca. En el caso de la vasodilatación, se produce una baja en la frecuencia cardíaca, y con ello la presión arterial también baja.

El neumogástrico o vago (X par craneal), esto es un nervio que sale directamente del cerebro y va a enervar el corazón, produce una acción inhibitoria en este. Por tanto, debemos entender que pertenece a la división parasimpática craneal dentro del sistema nervioso autónomo, y el efecto vagal se debe a la liberación de acetilcolina (que es un neurotransmisor, produciendo la inhibición de la frecuencia cardíaca). Esta sustancia la vamos a encontrar dentro de las células cerebrales llamadas neuronas, las cuales a su vez, contienen proteínas neurotransmisoras, gracias a las cuales funcionan los medicamentos inhibidores o estimulantes. Algunos ejemplos de estos medicamentos pueden ser: atenolol, antihipertensivo, que disminuye la frecuencia cardíaca.

Otros neurotransmisores que conforman esas proteínas son: la noradrenalina, norepinefrina y acetilcolina; esta última es la que tiene funciones desaceleradoras. La importancia de conocer el funcionamiento de estos neurotransmisores, es la alteración, aumentando o disminuyendo la frecuencia cardíaca, que puede experimentar un individuo sometido al polígrafo, que haya ingerido sustancias como la efedrina, que se encuentra en medicamentos como el benadril.

En ese mismo sentido, otra sustancia es la tiramina, que se encuentra en el fármaco conocido como ventolin (cuyo genérico es el salbutamol), muy utilizado en padecimientos como el asma. Otra sustancia que se puede tomar en cuenta es la nicotina, presente en los nuevos medicamentos para dejar la adicción al cigarro.

El sistema nervioso autónomo o cardiomodificador, actúa reflejamente al estimular determinadas zonas como el plexo hipogástrico (golpes que dejan al individuo sin aliento), la mucosa pituitaria o hipófisis (traumas craneoencefálicos), los globos oculares (cuando estos se oprimen o son golpeados alteran el ritmo cardíaco)

y el seno carotídeo (se ubican a nivel del ángulo de la mandíbula, al oprimirlo también puede reducir el ritmo cardíaco), de ahí la importancia de saber si el detenido ha sido maltratado antes de entrar a la prueba del polígrafo<sup>15(7)</sup>.

Respecto a la presión arterial, también existen muchos factores que pueden provocar un cambio, de y dentro de los más comunes se encuentran:

1. Las personas que han estado en "shock" tienen una baja en la presión sanguínea. El estado de shock puede haberse producido por: shock séptico, shock hipovolémico (pérdida de sangre), shock emocional (vaso vago).
2. El trabajo mental (sedentarismo) o físico (esfuerzo físico) puede cambiar la presión. En el primero de los casos se puede presentar una baja y en el segundo caso un aumento en la presión. Ejemplo: la persona que será sometida a la prueba del polígrafo, sabiendo que está demorada, corre para llegar a tiempo.
3. La arterioesclerosis aumenta la presión, debiendo apuntar que se trata de un padecimiento crónico, por lo que este antecedente médico deberá ser informado.
4. La fiebre aumenta la presión y con ello la alteración de la prueba.
5. Los medicamentos reguladores de la presión arterial pueden producir alteraciones en el polígrafo, dada la variación en las cifras arteriales.

Un último aspecto del sistema circulatorio es el pulso arterial, el cual se define como la sensación de expansión que se experimenta periódicamente, coincidiendo con los latidos del corazón. El promedio de los latidos del corazón varía entre setenta y ochenta por minuto.

Existen factores que se deben considerar al momento de tomar el pulso arterial: el primero de ellos es la edad:

1. jóvenes..... 90 por min.
2. adultos..... 75 por min.
3. adulto mayor.....80 por min.

Otro factor es la actividad física: los deportistas presentan 60 por min.; por último, la postura: si el individuo se encuentra de pie se le sumarán 10 latidos, en decúbito ventral se le restarán 5 por minuto. Igualmente

debe considerarse el peso, ya que a mayor peso mayor aceleración cardíaca se presenta. Sobre la estatura, el promedio de la frecuencia cardíaca será más bajo en personas altas y en las bajas mayor<sup>16(8)</sup>.

La actividad respiratoria presenta fluctuaciones dependiendo del tono vagal (nervio vago X par) que se traducen en un aumento o disminución periódica de la frecuencia respiratoria. Dada la estrecha relación anatómica y fisiológica entre los pulmones y el corazón, cuando se<sup>17(9)</sup> afecta el sistema circulatorio su consecuencia es que también se ve afectado el sistema respiratorio. Por ejemplo, si existe hiperventilación se produce la taquicardia o bien pueden presentarse casos en que existe bradicardia (disminución de la frecuencia cardíaca). Esto significa que si la persona sometida al polígrafo, presenta alteraciones en su respiración la gráfica también saldrá irregular o anormal. Ello también llama a reflexión, toda vez que agentes externos pueden alterar la aceleración cardíaca, tales como cambios en la temperatura del medio ambiente, por ejemplo el frío ocasionado por un aire acondicionado producirá vasoconstricción o bien, si está caliente, habrá vasodilatación.

Otros factores que se deberán tomar en cuenta son, en el caso de las mujeres, si estas se encuentran menstruando, o bien, en el caso de los varones, si han donado sangre, ya que la pérdida de este fluido reduce la presión sanguínea.

Otro aspecto importante en la integridad del cuerpo humano, de cara a la respuesta que enfrenta la persona que se somete al detector de mentiras es lo referente al reflejo psicogalvánico<sup>18(10)</sup>. Inicialmente, a través del galvanómetro, se logró medir las corrientes eléctricas de poca intensidad mediante interacciones entre el conductor por el que circula la corriente y el campo magnético ocasionado a los cambios eléctricos derivados de los tejidos de la piel. Las células que conforman nuestra piel en su interior poseen cargas negativas, y en el exterior cargas positivas. Esto debido a las diferentes sustancias bioquímicas que interactúan en nuestro sistema. De tal manera que la respuesta psicogalvánica pretende medir los cambios eléctricos de la periferia, que se producen cuando al sujeto le asalta una emoción que puede ser el miedo, o bien "la mentira", para nuestro interés. La

respuesta requerida vendrá de los cambios que se produzcan en las glándulas sudoríparas, las cuales se contraen y producen sudor, pero el fenómeno por evaluar es la actividad química que, a su vez, se traduce en actividad electroquímica.

No debemos dejar de lado que existirá una respuesta emocional cuando la persona se encuentre sometida al polígrafo, porque se estimula el sistema nervioso por medio de las preguntas o los objetos que se le muestren, sin descartar también estímulos para el olfato o el tacto. En el caso del primero habrá una acción directa a nivel del sistema nervioso central (neuronas y neurotransmisores), lo que también afectará la respuesta detectada en el polígrafo<sup>19(11)</sup>.

De acuerdo con la naturaleza de la prueba y del hecho por investigar, consideramos que en la elaboración del cuestionario participarán el juez y el poligrafista, y el resto de partes deberán entregar las preguntas de su interés, que serán examinadas por el juez.

Respecto de las cualidades del examinador, Ríos Calvo indica que aunque no existen unas bases estandarizadas en lo referente a la formación de los operadores de polígrafos, estos deben poseer una base sólida en fisiología y en psicología, además de conocer a la perfección el funcionamiento del polígrafo<sup>21</sup>.

## 2. La técnica del polígrafo

La técnica para la aplicación del polígrafo es el examen con preguntas directas, indirectas y de control. La estructura de la pregunta lleva parte de la información o de los detalles generales relacionados con el caso específico, y que son de conocimiento del examinado.

Las preguntas serán "...hechas con claridad y distinción..." según el artículo 3.9.3. Las respuestas serán únicamente un "sí o no".

Al evaluar los resultados de la prueba, el examinador sencillamente busca la evidencia de trastorno fisiológico asociada con la respuesta a las preguntas críticas, es decir, si el sujeto reacciona más intensamente o persistentemente cuando se le formulan las preguntas críticas, que cuando se le hace una pregunta irrelevante o

16(8). *Ibid.*, p.38-41.

17(9). VILLE A., Claude. *Ob. cit.*, p.303-309.

18(10). *Ibid.*, p. 358.

19(11). RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Ob. cit.*, p. 49-53.

20(15). RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Ob. Cit.*, p. 103-108.

21. RÍOS CALVO. *Ob. cit.*, p. 44.

una destinada a obtener una respuesta emocional<sup>22</sup>.

Además de esa estructura, también es de vital importancia el intervalo de tiempo entre una pregunta y otra, este aspecto también se encuentra regulado en el Reglamento de la Apä y dice:

*"...3,9,4 Las preguntas serán balanceadas en términos de la longitud y del impacto para cada categoría de las preguntas utilizadas. Las preguntas usadas en el gravamen de la verdad y del engaño serán precedidas y seguidas por intervalos de tiempo de no menos que 20 segundos. Cuando la investigación validada aprobada apoya el uso de otro intervalo del tiempo, esa duración prevalecerá..."<sup>23(16)</sup>*

Las *preguntas directas*, conocidas como "pertinentes", son aquellas que tienen relación con el delito en investigación. Deben ser concisas, breves y claras, con ello se pretende que la respuesta sea un "sí" o un "no". Las interrogaciones no deben ser ambiguas, que llamen a confusión o ser de mala comprensión; de ser así, se estaría incorporando una pausa, que resultaría en detrimento de la prueba. Las palabras utilizadas también han de ser claras, por ello no se deberán utilizar las complicadas o sofisticadas y de términos técnicos.

Algunos ejemplos de preguntas directas pueden ser los siguientes: a) Ha robado usted alguna cosa a...? b) Ha robado usted algo que cueste más de \$100? c) Ha defraudado usted a su patrón? d) Sabe usted quien mató a...? e) Fue usted? f) Está usted involucrado en la muerte de...? g) Sabe usted donde se encuentra el arma? h) Ha recibido usted algo de valor como consecuencia de la muerte de... i) Alguien le propuso matar a...? Las *preguntas indirectas*, conocidas como "no pertinentes", son aquellas que no tienen significación con el tema investigado, que no tienen carga emotiva. Su propósito es el de estabilizar la gráfica y deben alternarse con las preguntas directas. Algunas preguntas indirectas pueden ser: a) Es su nombre de pila Eduardo? b) Es su apellido Rojas? c) Vive usted en Cartago? d) Ha fumado usted cigarrillos? e) Ha sido usted casado? f) Ve usted televisión? g) Toma usted café? h) Toma usted leche? Con estos ejemplos podemos comprender el propósito de la estabilización de la gráfica durante la prueba, con la finalidad de alcanzar un modelo de "norma" en las respuestas y regular posibles respuestas extrañas o retardadas.

Finalmente tenemos las denominadas *preguntas de control*, que tienen importancia en la prueba del detector de mentiras porque, como lo indica su nombre, serán las que le den validez a la prueba. Este tipo de preguntas se utilizan en las pruebas psicológicas; hay quienes las consideran capaces de establecer hasta dónde el examinado está siendo leal con la prueba.

Estas preguntas miden la amplitud e intensidad de la respuesta del examinado, es decir, su capacidad de reacción. De tal manera que sirva para diferenciar sus respuestas de las anteriores. Se destacan por ser preguntas sobre situaciones molestas y hasta traumáticas para el examinado.

Se considera que las respuestas a las preguntas de control siempre ocasionarán mayor reacción que las preguntas directas. A la inversa, se ha interpretado que el examinado miente.

Como indica Mary Bellis, durante el examen del detector de mentiras, el operador realiza una serie de preguntas de control que establecen un patrón de cómo un individuo responde cuando dice verdad o mentira. Luego se hacen las preguntas relevantes mezcladas con las de relleno o irrelevantes. El examen dura aproximadamente dos horas, después de lo cual el examinador interpreta los resultados<sup>24</sup>.

De tal manera que se le ha preguntado al examinado al inicio de la prueba ¿Tiene usted la intención de contestar a todas mis preguntas con veracidad? Y al final se le vuelve a cuestionar con otra redacción el mismo punto, a saber: ¿Ha mentado usted al contestar alguna de las preguntas de esta prueba? Se debe interpretar que si ha existido una reacción positiva y en las preguntas directas no ha existido tal reacción, consideran los especialistas que se debe desconfiar de la prueba. Sin embargo, si sobre las preguntas directas ha existido reacción, esto demuestra la existencia de mentiras en las respuestas, ya que la reacción a la pregunta de control es la que confirmará este resultado<sup>25(17)</sup>.

## Segunda parte

### Sección I

#### 1. El detector de mentiras en la doctrina y jurisprudencia

22. RÍOS CALVO, Ibrid., p. 44.

23(16). AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION, Ob. cit., p. 5.

24. BELLIS, Mary, Ob. cit., p. 1.

25(17). RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Ob. cit., p. 115-119.

La doctrina, en forma mayoritaria, coincide en el hecho de que el detector de mentiras (lie detector) resulta una prueba inadmisibles en el proceso penal. Sin embargo, las razones en que fundamentan su negativa varían. Algunos autores sostienen que el uso del detector de mentiras violenta el derecho de declarar contra sí mismo del imputado.

Esa es la posición de Novoa Monreal, quien sostiene: *"este detector podría ser aceptado, en el entendido limitado que exponemos, para testigos en lo civil o en lo penal que acepten ser sometidos a él, pero no puede ser aplicado a presuntos culpables, ni aun con su consentimiento, porque con ello se violentaría el principio de que nadie puede ser obligado a declararse culpable"*<sup>26(24)</sup>.

Otros autores lo enfocan desde el punto de vista de la falta de voluntad del afectado.

Para Asencio Mellado, quien cita a Vázquez Sotelo, se pueden diferenciar los métodos de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan la voluntad del imputado, en dos grupos: aquellos que mantienen al sujeto consciente (detector de mentiras) y otros que privan totalmente al sujeto de su conciencia (drogas o narcóticos). El autor español concluye siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que dichos métodos son ilícitos por cuanto constituyen una forma directa y torticera de obtener la confesión despreciando la personalidad humana. Agrega que: *"Así y en tanto que al ser humano se le priva de su libertad, el imputado, como mantienen Kleinkecht- Meyer, viene a ser convertido en simple objeto del proceso o animal de laboratorio, nos dicen Merle-Vitu, ya que lo que aquí se produce es una total liberación de inhibiciones que llevan a declarar lo que no se quiere. Por tanto en la medida en que se quebranta la inviolabilidad de la conciencia humana, estos medios se presentan como sustitutivos de los antiguos sistemas de producción de la tortura"*<sup>27(25)</sup>.

En el mismo sentido, considerando que este método afecta la voluntad del imputado, se pronuncia el jurista nacional Gilbert Armijo, quien sostiene que estos métodos de interrogatorio, dentro de los cuales se incluye el detector de mentiras, permiten penetrar en lo más íntimo del sujeto, violando su intimidad. Indica que estos métodos permiten que el sujeto suministre información o datos que posee o confiese su participación en hechos delictuosos, en casos en que se niegue a responder

voluntariamente. Agrega que: *"con su ayuda se pueden medir emociones, tendencias, niveles de adaptabilidad y otras características del individuo. También, en algunos casos bloquear los controles voluntarios y de la conciencia... No obstante, estos métodos no proporcionan una certeza absoluta de los datos que arrojan y en virtud del artículo 40 de la Constitución Política, en relación con los arts. 96 CPP y 276 CPP, estarían prohibidos los adelantos técnicos que permitan sortear los efectos de la voluntad del hombre con el fin de extraerle, una vez eludida o anulada ésta, declaraciones o confesiones que él resistiría dar si conservara el pleno imperio de sus facultades"*<sup>28(26)</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán se inclina también por considerar que el detector de mentiras lesiona el derecho a la personalidad del afectado. Al respecto ese Tribunal ha dicho: *"Una penetración de tal naturaleza en la persona, en la medida en que se desvaloriza su declaración como expresión originaria y propia y en que el declarante lo convierte en un mero apéndice de un aparato, lesiona de forma inadmisibles el derecho a la personalidad del afectado protegido por el artículo 1 párrafo 2 de la Ley Fundamental que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal. Aquí hay que examinar si el ataque lesiona el núcleo de la personalidad que es objeto de protección absoluta o si, como sería posible imaginar, la investigación pudiera justificarse por los intereses prevalentes de la comunidad o del inculcado. En este caso no se dan esos intereses prevalentes..."* Más adelante agrega que el consentimiento del afectado es intrascendente para legitimar la prueba. *"El hecho de que el afectado consienta y pida someterse a esa investigación no altera la inadmisibilidad de la práctica de una prueba de esa clase. Incluso si se quiere aceptar como posible que el recurrente tenga un poder de disposición sobre los derechos que están en cuestión, no se da aquí un consentimiento eficaz por su parte. Sólo puede prescindir de una protección contra ataques del Estado a sus derechos aquel que puede elegir (cfr. STURM. "Probleme eines Versicht auf sordnung, Festschrift für willi Geiger, 1974 pág 173 ss. pág 183). Esta libertad no la tiene de hecho el procesado que se siente amenazado por una pena de privación de libertad y para quien la investigación mediante un detector de mentiras representa una oportunidad a la que no puede renunciar"*<sup>29(27)</sup>.

26(24) NOVOA MONREAL, Eduardo, Ob. cit., p.103

27(25) ASENCIO MELLADO, Jose Maria. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid: Editorial Trivium. 1 ed. 1989, p. 130-131.

28(26) ARMJO SANCHO, Gilbert. Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. San José. Colegio de Abogados de Costa Rica, 1ed. 1997. p. 226-227

29(27) Tribunal Constitucional Alemán. Directrices jurisprudenciales. Boletín de jurisprudencia constitucional, Madrid, n.º 15, julio 1982, pp. 603-604, citado por ARMJO SANCHO, Gilbert, Garantías... Ob cit., p. 226-229.



Todos estos autores, y la jurisprudencia citada, coinciden en que el detector de mentiras es un medio ilícito de prueba, aun mediando el consentimiento del afectado.

Otros autores, sin embargo, sostienen otra posición. Consideran que si bien no es posible obligar al imputado a someterse al detector de mentiras, sí es válido aplicar la prueba, con su consentimiento, pronunciándose a favor de ella. Incluso Maier estima que es un derecho del acusado. El jurista argentino nos dice al respecto: *"El punto de conflicto, entonces se ubica, precisamente, en el consentimiento del imputado— quizás en su pedido expreso— para utilizar un método con base científica, ordinariamente permitido y utilizado por la práctica científica para fines valiosos. Nuestra solución sintéticamente expuesta, admite la utilización de estos métodos, siempre que lo requiera el propio imputado, con información suficiente sobre sus derechos y asistencia técnica previa obligatoria (deliberación con el defensor) y que el método sea autorizado científicamente y ordinariamente utilizado en el tráfico social (permitido) en casos extremos, en los cuales resulte prácticamente imposible obtener la información por otro medio; el acto, sujeto a autorización judicial, debe perseguir como único fin tomar viable la defensa del imputado (la demostración de su inocencia o de una circunstancia favorable a él), que se frustraría de evitarse la aplicación de esa técnica y por ello solo consiente una valoración única a favor del imputado, prescindiendo de la que le sea desfavorable"*.

Maier basa su razonamiento en dos argumentos: el primero, que la prueba debe ser rígida por el principio de necesidad, es decir, solo en el caso de que no exista otro medio probatorio que pueda demostrar el hecho que le interesa acreditar al imputado. Segundo, que solo se tome en cuenta, por el juez, la parte de los resultados que favorece al acusado. Finalmente, concluye que el artículo 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos no prohíbe recurrir a estos medios si se cuenta con el consentimiento del interesado: *"Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"*<sup>30(28)</sup>

Muñoz Sabaté sostiene que el detector de mentiras debe ser admisible en el derecho español, toda vez que no es un medio que ataque la dignidad humana, sino un medio que trata de graduar objetivamente la verosimi-

litud y certeza de un testimonio. Que bastará para ser admisible en el proceso civil español, una reforma legislativa que admita el principio de libertad probatoria. Agrega que si desde el punto de vista jurídico pudiera combatirse la aplicación del polígrafo en aras del principio *nemo tenetur edere contra se*, este argumento solo valdrá contra la parte, pero no con respecto al interrogatorio de terceros, cuyo deber es declarar y ser veraces. Indica que: *"Cálculése la enorme influencia positiva que la técnica del detector de mentiras, convenientemente perfeccionada, ejercería sobre el testimonio, y ello no solo permitiendo descubrir los casos de falsedad, sino lo que es más importante, actuando como factor de disuasión. Habría naturalmente que administrarlo con las debidas cautelas, tratando de acumular sus resultados en el síndrome presuntivo..."*<sup>31(29)</sup>

En el derecho mexicano, algunos autores sostienen la posibilidad de que el detector de mentiras sea utilizado como prueba con el consentimiento del imputado y con el objeto de demostrar su inocencia, aunque admiten la poca fiabilidad de la prueba.

Al respecto, Luis F. Sotelo indica: *"Tanto el uso del detector de mentiras como el suero de la verdad son métodos pobres en la investigación de la verdad en sí mismos, pues su resultado depende casi en su totalidad de la habilidad del investigador, en muchas ocasiones han ayudado a la práctica de la investigación pero sus resultados no tienen valor legal probatorio específicamente, aun cuando ya hemos explicado que en nuestra legislación se admite como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre y cuando pueda constituir a juicio del funcionario que practique la averiguación, de tal manera que el valor de la prueba depende mucho de las circunstancias que hayan concurrido para la obtención de esos casos. Como el uso del detector de mentiras y del suero de la verdad, dan la impresión de procedimientos mediante los cuales se pretende obtener una confesión en contra de la voluntad del acusado, esta carece de espontaneidad y su valor probatorio será muy débil, si se trata de inculpar a un acusado. Puede tener mayor valor este tipo de pruebas cuando el acusado solicita ser sometido a ellas con el objeto de probar su inocencia"*<sup>32(30),33(31)</sup>

La mayor parte de los cuestionamientos al detector de mentiras, sin embargo, provienen de su falta de fiabilidad.

30(28) MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, Vol. B. Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 1988, p. 439-441.

31(29) MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Barcelona. Editorial Praxie S.A., 2 ed., p. 325-326.

32(30) SOTELO, Luis F. La investigación del crimen. México. Editorial Imusa, 1984, p. 112-113.

33(31) Los tribunales mexicanos, en el sonado caso que por secuestro y corrupción de menores se sigue contra Gloria Trevi y Sergio Andrade, admitió por primera vez en la historia de juicios de la ciudad de México, la utilización del detector de mentiras para examinar a la testigo y ofendida Karina Yapor. No obstante, el día de la práctica de la prueba, la menor ofendida se negó a realizar la prueba, por lo que se desechó, con lo cual pareciera claro que la tesis de los tribunales mexicanos es de que la prueba es admisible siempre y cuando el afectado lo consienta. Tomado de internet en: [www.online.com.mx/ef-heraldo/locales/17febrero2003/4.html](http://www.online.com.mx/ef-heraldo/locales/17febrero2003/4.html).

Un primer cuestionamiento deriva del hecho de que al juez no le es posible valorar la prueba fundándose en sus propias fuerzas, sino que debe hacerlo apoyándose enteramente en las ideas del técnico criminalista que la aplica. De allí que para Aseñcio Mellado podría resultar violado el derecho a la jurisdicción, porque su interpretación precisa de un técnico que, además, es quien ejecuta la medida, siendo este, en realidad, por sus conocimientos, quien emitirá sus conclusiones en cuanto a tal interpretación<sup>34(32)</sup>.

Para Dohring será necesario comprobar con exactitud si el personal que atiende el aparato posee los conocimientos especializados y la suficiente experiencia. El resultado podría ser falseado por fallas técnicas o por un manejo inadecuado. También el imputado podría turbar el resultado mediante triquiñuelas (tensión voluntaria de los músculos, respiración intencionalmente irregular, etc)<sup>35(33)</sup>.

La poca fiabilidad de los resultados del detector de mentiras ha sido ya puesta en escena por expertos estadounidenses y mexicanos. Expertos de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos, en un estudio pedido por el Departamento de Energía de ese país, que es la oficina que tiene a su cargo el arsenal nuclear, concluyeron que en tanto el polígrafo mide la respiración, el latido del corazón y otros factores que cambian cuando la persona está con estrés, se supone que la reacción física traicionaria a quien miente, pero se ha demostrado que la gente puede aprender a controlar estas reacciones. En los casos en los que se usa un detector de mentiras en torno a una investigación criminal, donde se interroga a un individuo sobre hechos específicos, el detector de mentiras indica quién está mintiendo "a una tasa mucho mayor que una probabilidad aleatoria", aunque todavía muy corta para la perfección. Por ejemplo, si entre diez mil entrevistados hay diez espías verdaderos, calibrar la prueba para detectar ocho de diez generaría 1606 acusaciones falsas, o sea la sospecha recaería sobre uno de cada seis entrevistados<sup>36(34)</sup>.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México señaló que el uso del polígrafo o detector de mentiras refleja solo el estado de ansiedad generada por una persona que es señalada como responsable injustamente de un delito, lo que constituye una falta de respeto a la dignidad de las personas, a la confidencialidad y a la vida privada. En experimentos auspiciados por la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional

Autónoma de México (UNAM), se demostró que cualquier persona puede modificar su actividad emocional, es decir la actividad del sistema nervioso autónomo con solo cinco minutos de asesoría profesional, en los que se le enseñe a relajarse mediante respiraciones profundas. De ahí que las respuestas ante la prueba del polígrafo pueden modificarse sustancialmente, casi a voluntad del analizado. El estudio Mitos y Realidades del Polígrafo (marcadores fisiológicos de la actividad emocional), realizado por el doctor Benjamin Domínguez Trejo, investigador de la UNAM y asesor de la Comisión, demuestra que las respuestas de cada sujeto pueden ser modificadas a voluntad, con entrenamiento. La prueba se aplicó a 500 personas y se probó que aunque inicialmente un individuo excitado, nervioso, presionado, reportaba esas variables de temperatura y sistema cardiorrespiratorio en rango elevado, por lo cual se calificaba como "no confiable", luego de una autorelajación mediante respiración profunda, la misma persona, previamente entrenada para ello, lograba que la medición bajara sensiblemente, emitiendo, incluso, un resultado contrario y en cuestión de minutos lograba ser calificada como "confiable"<sup>37(35)</sup>.

Se ha popularizado tanto el uso del detector de mentiras, que aparatos de ese tipo se venden a tan solo \$79.95 en la Internet, para utilizarlos como detectores de la infidelidad conyugal, mediante la medición del tono de la voz del interrogado<sup>38(36)</sup>. De allí que la prueba pierde fiabilidad.

Sus resultados, no del todo confiables, han hecho que en los mismos Estados Unidos, país en donde se comenzó a usar este dispositivo en 1921, generalmente sea rechazado como evidencia (People v. Leone, 25 NY. 2d 511,307 NYS 2d 430,255 NE 2d 696 (1969). Algunos tribunales estadounidenses la admiten cuando las partes previamente lo han estipulado así (State v Valdez, 91, Ariz, 274, 371 P2d 894 (1962); Herman v . Eagle Star Ins Co, 283 F Supp, 33 (CD Cal.1966). Algunos estados han dejado la admisibilidad a la discreción de los jueces de juicio.

La Suprema Corte de los Estados Unidos no ha dictado aun reglas sobre su admisibilidad, por lo que las reglas en los circuitos federales varían considerablemente. No obstante la Suprema Corte ha dicho que las advertencias Miranda, antes de realizar un examen de polígrafo, resulta suficiente para admitir una confesión hecha luego del examen (Wyrick v. Fields, 103 S.ct

34(32). ASENCIO MELLADO, José María. Ob.cit., p. 131.

35(33). DOHRING, Erich. La prueba. Su práctica y apreciación. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1972. p. 211.

36(34). Tomado de Internet en: [www.cnnenespañol.com/2002/tec/10/08/le\\_detector](http://www.cnnenespañol.com/2002/tec/10/08/le_detector).

37(35). JIMÉNEZ, Eugenia. (Milano) El polígrafo no es exacto para inculpar, dictamina CNDH. Tomado de internet en: [www.orgelna.com.ar/arch20010513\\_cj/96.html](http://www.orgelna.com.ar/arch20010513_cj/96.html).

38(36). Pueden consultarse en Internet las siguientes páginas entre muchas otras: [www.liendacuscalleca.com/handy%20trustert.htm](http://www.liendacuscalleca.com/handy%20trustert.htm).

394.(1982). La resistencia de los tribunales estadounidenses proviene del hecho de que se estima que la persona estará dispuesta a arriesgarlo todo y aceptar los resultados, pese a que se sabe que el porcentaje de efectividad de la prueba es de aproximadamente un ochenta por ciento<sup>39[37]</sup>

Resultan interesantes las distintas posiciones que sobre la admisibilidad del detector de mentiras (lie detector) ha tenido la Corte Suprema del Estado de Wisconsin. En un primer precedente (*State v. Bohner*, 210 Wis.651,246 N.W. 314 (1933)), la Corte rechazó como prueba admisible para ser presentada al jurado, el detector de mentiras, estimando que ese dispositivo no había progresado lo suficiente como para pasar de un experimento a un instrumento certero.

Posteriormente esa misma Corte cambia de posición y acepta la prueba del polígrafo, fundamentándose en el hecho de que en los cuarenta años que han seguido al precedente *Bohner*, expertos en fisiología y psicología han determinado un alto grado de exactitud en los resultados del polígrafo, si es conducida la prueba por un experto competente. Expertos han testificado que la credibilidad de la opinión de un experto en polígrafo es mayor que la opinión de los técnicos en balística, y tan creíble como la de un experto en dactiloscopia. No obstante la Corte de Wisconsin adopta esta posición siempre y cuando se respeten algunas reglas. Algunas de ellas consisten en que el tribunal de juicio tiene la discreción de admitir o no la prueba; que debe haberse dado el consentimiento de las partes; el experto examinador puede ser interrogado como testigo por la parte contraria; puede rechazarse la prueba de parte del tribunal si no está convencido de que el examinador esté calificado, o que la prueba se haya llevado a cabo en condiciones inapropiadas (*State v. Stanislawski*, 62 Wis.2d 730,218 NW.2d 8 (1974)).

Finalmente, la Corte vuelve a cambiar de criterio en *State v. Dean*, estimando inadmisibles la prueba del polígrafo. Sus fundamentos se basan en criterios de fiabilidad y conveniencia de la prueba en su sistema de jurados. La Corte estima que esa prueba, de ser admitida, tiene una apariencia de infalible, pues si el experto declara al jurado que la declaración dada por el acusado es fabricada, si es creído su testimonio, es seguro que sobrevendrá una condena. No es la misma situación de

otras pruebas científicas, tales como el análisis de balística, grafoscopias, análisis de voz, las cuales no son concluyentes sobre la responsabilidad del acusado y permiten al jurado valorar otras pruebas que vengan a probar o desacreditar la participación del imputado en el delito. Consideró la Corte que las reglas establecidas en *Stanislawski* no están operando satisfactoriamente para aumentar la credibilidad de la prueba y proteger la integridad del proceso (*State v. Dean*, 103 Wis.2d 228, 307 N.W. 2d 628 (1981))<sup>40[38]</sup>

En conclusión, en cuanto a la aceptación del detector de mentiras, por parte de los tribunales estadounidenses en materia penal, podemos decir que en algunos estados es admisible, con el consentimiento escrito de ambas partes, especialmente del que será sometido a la prueba, previas advertencias *Miranda* y con la conducción de un experto calificado. En otros estados, la prueba ha resultado inadmisibles por considerarse que no es suficientemente fiable, lo que puede inducir en error al jurado<sup>41[39]</sup>.

## Sección II

### 1. El Detector de mentiras a la luz de nuestro Derecho

Tal y como hemos expuesto, el polígrafo es un dispositivo que mide y registra algunas respuestas corporales involuntarias, tales como la presión arterial, el pulso, la respiración y la resistencia de la piel a la electricidad. Esas respuestas fisiológicas son analizadas para determinar el estado de la mente del individuo. Se parte de la premisa de que existe una relación entre mentira y emociones y entre emociones y cambios fisiológicos medibles.

Nuestro derecho no regula en forma expresa lo referente al detector de mentiras, ni para prohibirlo, ni como prueba admisible. Por ello debe acudir a las normas generales que regulan la declaración del imputado, así como sus derechos dentro del proceso penal, para establecer si dicha prueba es admisible en nuestro proceso.

Es menester también analizar si la práctica de la prueba resulta violatoria de los derechos constitucionales de las personas.

39(37). GRAHAM C., Lilly. *An Introduction to the law of evidence*. 2 ed., St. Paul Minn. West publishing Co., 1987, pág. 379.

40(38). LETWIN, Leon. *Evidence Law: commentary, problems and cases*. New York. Matthew Bender Co., 1986., págs. 602-609.

41(39). En los Estados Unidos la aplicación del detector de mentiras ha tomado mayor vigor en el campo del derecho laboral. La ley de protección del empleado contra el uso del detector de mentiras de 1988, ha venido a regular una serie de aspectos para evitar el abuso que se estaba haciendo con este dispositivo. Sin embargo, la ley permite a los empleadores el uso del detector de mentiras en algunos supuestos. Es prohibida la utilización del detector para la mayoría de los empleadores privados para seleccionar a los postulantes para el trabajo, o en el desempeño del mismo. Permite el uso de este dispositivo para empleadores de empresas de seguridad (blindados, alarmas, guardias) farmacéuticos y distribuidores de la industria farmacéutica. También cuando se sospeche válidamente la participación de un empleado en actos delictivos que afecten el patrimonio del empleador. La ley autoriza también el uso del detector de mentiras en el gobierno federal, estatal o local. U.S. Department of labor. Guía de derecho laboral. Tomado de internet en: [www.dol.gov/asp/programs/guide/spanish/eoppa.htm](http://www.dol.gov/asp/programs/guide/spanish/eoppa.htm)

Finalmente, es necesario cuestionarse si el consentimiento válido del afectado puede tornar en admisible la prueba.

Alguna doctrina expuesta en este trabajo, sostiene que el polígrafo afecta básicamente tres derechos fundamentales: el derecho a la dignidad de la persona; el derecho de no declarar contra sí mismo; y el derecho a la vida privada.

Resulta claro discernir que el someter al imputado a la prueba del polígrafo, sin su consentimiento, viola el artículo 36 de la Constitución Política y los numerales 82, inciso e), 92 y 96 del Código Procesal Penal. El polígrafo es un dispositivo que, por medio del interrogatorio del imputado, medirá con sus respuestas los cambios fisiológicos registrados en ese momento, lo cual será interpretado por el examinador, quien concluirá si su versión es falsa o verdadera, o, al menos, qué parte de ella lo es. De ahí que si el imputado no desea declarar, y por ende no ser interrogado, la prueba no se puede realizar, de lo contrario se violentaría ese derecho fundamental. Por lo demás, no vemos cómo se pueda obligar al imputado a declarar si no quiere hacerlo, salvo que se utilice la tortura o el engaño, métodos expresamente prohibidos por el numeral 96 del Código Procesal Penal.

Sin necesidad de analizar los otros dos derechos fundamentales citados, se concluye que sin el consentimiento del imputado no es posible realizar la prueba del detector de mentiras, dado que se violentaría seriamente su voluntad de no declarar.

## 2. Admisibilidad de la prueba mediando el consentimiento del imputado

Para establecer si resulta admisible la prueba del polígrafo cuando media el consentimiento del acusado, es necesario analizar si su sometimiento a este dispositivo es contrario a los derechos fundamentales citados, y si estos son renunciables.

El derecho de no declarar contra sí mismo aparece como claramente renunciable, dado que si el acusado desea hacer uso de su derecho de declarar, o de ser interrogado, puede hacerlo, por lo que el imputado, desde el punto de vista de este derecho fundamental, puede consentir en ser sometido al detector de mentiras. Eso sí, tal consentimiento debe darse luego de haber hecho las advertencias de que no está obligado a declarar, y en presencia de su defensor, pues se trata de un acto procesal de investigación que incorpora elementos de prueba, en el cual la presencia de la defensa es irrenunciable (arts. 12 y 13 C.P.P.). El consentimiento no se presume, debe estar expresamente acordado.

En cuanto al derecho a la vida privada, se entiende este como aquella esfera de cada existencia en la cual nadie puede inmiscuirse sin haber sido autorizado. Comprende, ante todo, la vida interior, los puros hechos de la conciencia, el pensamiento, la fantasía, el sentimiento de fe, etc., y luego toda aquella parte de la vida exterior que no se considera parte del ámbito público<sup>42(40)</sup>. Por su propia naturaleza, consideramos que es un derecho renunciable; cualquier persona puede consentir que se invada su ámbito de la vida privada, incluida la interpretación de sus cambios fisiológicos al ser interrogada. Si el imputado consiente válidamente en someterse a la prueba del polígrafo, este derecho no se ve conculcado.

En cuanto al derecho a la dignidad, no se lesiona, dado que el imputado ha aceptado voluntariamente participar en la prueba; no se está sustituyendo su voluntad, ni se le está convirtiendo en un mero objeto. En todo caso, la propia Sala Constitucional ha aceptado la posibilidad de renunciar a este derecho de parte del imputado, al estimar que ciertas intervenciones corporales, por ser violatorias de la dignidad humana, solo proceden con el consentimiento del acusado (v.gr. extracción de semen mediante masturbación, exploraciones vaginales o anales)<sup>43(41)</sup>.

El artículo 82, inciso f) del C.P.P. dispone como derecho del imputado, del cual debe ser informado: "no ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad". Por su parte, el numeral 96 del mismo código señala: "En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvencciones tendientes a obtener su confesión. Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria, o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de sicofármacos, y la hipnosis. La promesa de una ventaja sólo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley. Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan. Las preguntas serán claras y precisas, no estarán permitidas las capciosas o sugestivas, y las respuestas no serán instadas perentoriamente".

El polígrafo no menoscaba la voluntad del acusado, en tanto este haya dado su consentimiento para participar en la prueba. Se trata de una interpretación de

40(40) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho de la Constitución. Vol 2, San José. Juricentro, 1 ed., 1994, pag. 373-374.

43(41) Cfr. votos 1428-96 y 941-92, Sala Constitucional.

sus respuestas a la luz de los cambios fisiológicos que operan cuando es interrogado. El imputado no está siendo inducido a declarar contra su voluntad, simplemente el experto interpreta su declaración a través de los cambios fisiológicos registrados, por lo que no consideramos que se viole el numeral 82 del C.P.P.

En ese aspecto, debe diferenciarse este método del suero de la verdad, que anula el dominio de la conciencia, lo que permite extraer, mediante un interrogatorio respuestas automáticas y libres de toda resistencia o modificación. Más grave aun resulta la aplicación del Actedron, el cual convierte a la persona en un perfecto juguete, al cual se le pueden dictar los comportamientos y llevarlo a una confesión o arrepentimiento<sup>44(42)</sup>. En este método de interrogatorio, al igual que en la hipnosis, el imputado es convertido en un mero objeto sin voluntad, sin control de su conciencia, por lo que resultan violatorios de su dignidad y libertad de declarar. Al igual que la mayor parte de la doctrina, estimamos que estos métodos no son admisibles ni siquiera con el consentimiento del imputado, situación que ya ha exteriorizado la Sala Constitucional en el voto 1428-96<sup>45</sup>.

El polígrafo, sin embargo, se encuentra en una situación distinta, dado que el imputado mantiene su libre decisión de declarar, puede decidir si contesta o no el interrogatorio, y cómo lo contesta, solo que un experto medirá sus cambios fisiológicos durante sus respuestas y hará una conclusión. No existe diferencia alguna con otros casos, en los cuales el imputado es sometido a pruebas psicológicas (tests) o médicas, con su consentimiento, y luego el perito interpreta la entrevista, su desempeño en algunas pruebas y emite conclusiones sobre su estado mental o físico (imputabilidad, adicción a drogas, etc).

Concluimos, entonces, que el detector de mentiras no lesiona la dignidad de la persona, y por ende su

utilización como prueba es posible en nuestro derecho, con el consentimiento del acusado, y a su solicitud<sup>46(43)</sup>.

Precisamente el artículo 96 prohíbe expresamente la administración de psicofármacos y la hipnosis, como medios que menoscaban la voluntad del imputado. Pero respecto del polígrafo no hace alusión expresa, considerando que no es una prueba que induzca de algún modo a declarar cosas que él no quiere.

Al considerar que la prueba del polígrafo es una interpretación de los cambios fisiológicos operados en el sujeto que es sometido a la prueba, durante un interrogatorio, estimamos que la misma no constituye un trato cruel o degradante para el imputado. La colocación del dispositivo se hace sobre los brazos, dedos, muñecas y pecho del sujeto, por lo que no resulta un trato degradante ni envilecedor. Tampoco cruel, dado que no causa dolor, ni peligro alguno para la salud.

En conclusión, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el uso del detector de mentiras con el consentimiento del acusado, no lesiona tales derechos, por lo que, a solicitud del imputado, es posible en nuestro derecho admitir dicha prueba.

Ahora bien, al ser un acto definitivo e irreproducible y por requerir una mínima intervención corporal<sup>47(44)</sup> la prueba debe ser ordenada por un juez, conforme a los numerales 88 y 293 del Código Procesal Penal, con citación previa de partes. Lo anterior obedece a que cada una de las partes intervinientes, además de conocer el momento de la realización de la prueba, le entregue al juez su cuestionario. Acerca de la redacción de las preguntas, el tema no resulta pacífico, ya que nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 96, exige que estas no sean capciosas, sugestivas y que las respuestas no sean instadas perentoriamente.

44(42). Ver SALAZAR MURILLO, Ronald. Ob. cit., p. 121.

45. La huella digital cerebral también es un método científico que recién se comienza a utilizar en los Estados Unidos y que tiende a verificar la fiabilidad de una declaración. Fue creado por Lawrence Farwell, exprofesor de la Universidad de Harvard, que valora y analiza la información almacenada en el cerebro. Esta prueba no es muy compleja. Con solo colocar electrodos en la cabeza del sospechoso y situándolo frente a un ordenador, donde se proyectan imágenes relacionadas con el suceso, se puede conocer la actividad eléctrica de su cerebro. Si se trata de un supuesto asesino, se le muestran ilustraciones que solo una persona que ha participado en el crimen puede conocer; por ejemplo algunos detalles de la escena del crimen o del arma utilizada. Si el individuo reconoce las imágenes, responde ante estos estímulos generando unas ondas cerebrales llamadas P300, que probarían su participación en el asesinato. El método simplemente valora y analiza si la persona ha almacenado o no la información en el cerebro. Esta técnica se ha utilizado con éxito en dos casos policiales, en los Estados Unidos, uno de ellos el de James Grinder en el Estado de Misourí, a quien se le tenía por sospechoso del asesinato y violación de una joven de 25 años. El acusado aceptó someterse a la prueba, se le mostraron imágenes de la escena del crimen y según las ondas cerebrales, era culpable porque respondía a información detallada. Una semana después Grinder se declaró culpable. Otro caso en el que se utilizó fue el de Terry Harrington, quien (después de 22 años de estar preso en Iowa por el asesinato de un guardia, se sometió a esta prueba demostrando los resultados su inocencia. El caso está en apelación, y ahora el tribunal ha admitido como prueba este test, sentando un precedente. La fiabilidad de esta prueba aun está en estudio, y se le critica el hecho de que requiere la participación voluntaria del acusado, en tanto podría negarse a ver el ordenador con las escenas del crimen, y no se podría realizar la prueba[23]. Esta prueba, poco conocida hasta el momento, es muy similar al detector de mentiras, en cuanto registrará cambios fisiológicos del individuo durante un interrogatorio, solamente que en este caso es del cerebro, por lo que en cuanto a su admisibilidad en nuestro proceso penal, nos remitiremos a las conclusiones que más adelante se hacen con respecto al detector de mentiras. MEZGUEZA, Ana. El peligro o utilidad de almacenar información. Tomado de internet en: [www.Buscador.recoletos.es/advice/dianomedico/documento.jsp](http://www.Buscador.recoletos.es/advice/dianomedico/documento.jsp).

46(43). Ver SALAZAR MURILLO, Ronald. Ob. cit., p. 124; ARMILLO SANCHO, Gilbert. Ob. cit., p. 133-134.

47(44). Para Salazar Murillo, el detector de mentiras es una intervención corporal. *Ibid.*, p. 124.

Circunstancia que se confronta con el tipo de formulación de pregunta, concisa, breve y clara, exigida para la aplicación de la prueba del detector, la cual deberá tener únicamente como respuesta un "sí" o "no". La redacción de las preguntas forma parte de la calificación que realizará el juez y una vez con los cuestionarios redactados este los entregará al poligrafista. Sin embargo, es claro que este quizá será uno de los cuestionamientos más grandes que podría hacerse al funcionamiento del detector de mentiras en nuestro proceso penal, dada la prohibición del numeral 96 de sugerir respuestas o de instar perentoriamente las mismas por parte del interrogador experto. Recordemos que durante la prueba, únicamente estarán en el recinto escogido para ello, el examinado y el poligrafista. Así no existirán distractores que influyan en el examinado. Compartimos el criterio de que esta prueba se realice en la cámara Geseell, en la cual, detrás de un vidrio, las demás partes podrán observar la realización del examen. En este sentido, nos adherimos a la posición que sostiene que las intervenciones corporales requieren orden jurisdiccional<sup>48(45)</sup>.

Tal y como lo ha expresado la doctrina citada, la prueba del detector de mentiras resulta una prueba en la cual la participación de un experto examinador que interprete los resultados, es esencial, razón por la cual son aplicables las reglas del peritaje que regulan los numerales 213 y siguientes del C.P.P.

Al respecto, el numeral 213 establece: "*Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica*". No hay duda que para la realización de esta prueba es necesaria la participación de una persona con conocimientos técnicos, en este caso en fisiología, psicología y manejo del aparato, para poder interpretar los cambios fisiológicos y realizar el interrogatorio adecuado. Conocimientos que deberán acreditarse ante el tribunal (art. 214 del C.P.P.). Sin embargo, por ser una intervención corporal, la orden judicial es necesaria, y la previa citación de partes, dado que no se trata de una operación pericial ni urgente, ni sencilla (arts. 88, 216 y 293 del C.P.P.).

### 3. Valoración de la prueba del detector de mentiras

Tal y como lo afirma la doctrina y literatura existente en otros países, la prueba del detector de mentiras es una prueba poco fiable, ya que sus resultados pueden ser manipulados por el examinado, si es una persona

acostumbrada a mentir, por ejemplo un mentiroso patológico, un esquizofrénico o un psicópata. También personas con un ligero entrenamiento previo a la prueba.

Además, como no se han estandarizado los resultados, los examinadores podrían interpretar incorrectamente los resultados del polígrafo<sup>49(46)</sup>.

Se ha calculado que su fiabilidad está entre el 80 a 90%. Existen varios estudios al respecto con distintos resultados<sup>50(47)</sup>.

Por otra parte, es una prueba difícil de controlar por parte del juez, dado que el manejo e interpretación de los resultados queda exclusivamente en poder del examinador experto, de tal forma que un mal manejo de la misma, incluso desde el interrogatorio, podría dar lugar a resultados erróneos. Por ello, Asencio Mellado se ha atrevido a decir que es una prueba que violenta el derecho a la jurisdicción, dado que la decisión de decidir si una persona miente, queda en poder de un perito y no de un juez<sup>51(48)</sup>.

Si bien en nuestro proceso penal la decisión de culpabilidad está en manos de jueces y no de legos, como en el sistema anglosajón, los temores esbozados en los Estados Unidos respecto de la utilización de esta prueba, aun a favor del acusado, son válidos para nuestra realidad, a raíz de la influencia que el resultado podría tener en la opinión pública.

Dada la redacción de los numerales 181 y 182 del Código Procesal Penal, y siguiendo el criterio de que con el consentimiento del imputado la prueba es admisible, si este desea ser sometido al detector de mentiras la prueba debe admitirse, por el derecho que tiene de probar en su favor cualquier circunstancia del proceso.

Esta prueba, a diferencia del suero de la verdad, no menoscaba la voluntad del imputado, ni le priva de su libertad de decisión, solo constituye una interpretación de sus cambios fisiológicos en un interrogatorio sobre los hechos. Tampoco viola derechos fundamentales en tanto el acusado dé su consentimiento.

Los tribunales, al valorar la prueba del detector de mentiras, deberán observar las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta los estudios de fiabilidad que existen al respecto, y en relación con el resto de la prueba admitida en el proceso.

48(45) CORTÉS COTO, Ronald. La etapa preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. San José. Investigaciones Jurídicas, 1 ed., 1998, p. 58-62.

49(46) RÍOS CALVO, Luis. Ob. cit., p. 45.

50(47) AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION. The Validity and reliability of polygraph testing. Ob. cit., p. 1.

51(48) ASENCIO MELLADO. Ob. cit., p. 131.

## CONCLUSIONES

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia comparada no admite la prueba del detector de mentiras ni con el consentimiento del acusado.

Otros autores estiman que si es procedente con el consentimiento del acusado.

El detector de mentiras es una prueba que aun no alcanza un grado de fiabilidad alta.

Mentirosos compulsivos, o personas con entrenamiento en relajación pueden manipularla.

Algunos medicamentos pueden alterar la prueba.

En nuestro derecho, es posible aceptar como prueba el detector de mentiras con el consentimiento del acusado.

El tipo de preguntas por realizar, las que necesariamente en la técnica del polígrafo deben ser contestadas con un sí o un no, podría rozar con el numeral 96 del Código Procesal Penal.

La prueba deberá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta el grado de fiabilidad que los estudios realizados indican.

Es una prueba que prácticamente está en manos del experto examinador, de ahí que son aplicables las reglas del peritaje, y debe manejarse con sumo cuidado para evitar manipulaciones.

Requiere orden judicial y citación de partes por ser un acto definitivo e irreproducible y una intervención corporal.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y REVISTAS

AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION. By Laws. Documento Mimeografiado.

ARMÍJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la Transición al nuevo proceso penal. San José. Colegio de Abogados de Costa Rica, 1 ed., 1997.

ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid. Editorial Trivium, 1 ed., 1989.

CAPS, Michael and MINER John, HOW HONESTY TESTS WORKS. Unites States, Quorum Books, 1996.

CORTÉS COTO, Ronald. La etapa preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. San José. Investigaciones Jurídicas, 1 ed., 1998.

DOHRING, Erich. La prueba. Su práctica y apreciación. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa- América, 1972.

FACULTAD DE MEDICINA, U.C.R. Semiología. Tomo I. San José, 1980.

GRAHAM C., Lilly. An Introduction to the law of evidence. St. Paul Minn. West publishing Co., 2 ed., 1987.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho de la Constitución. Vol 2. San José. Juricentro, 1 ed., 1994.

LETWIN, Leon. Evidence Law: commentary, problems and cases. New York. Matthew Bender Co., 1986.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, Vol, B, Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 1989.

MUÑOZ SABATÉ Luis. Técnica probatoria. Barcelona. Editorial Praxis S.A., 2 ed., 1983.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Madrid. Siglo XXI editores, 2ed., 1981.

RÍOS CALVO, Luis. El detector de mentiras. Revista de la Policía. Madrid, mayo 1985.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. El polígrafo (detector de mentiras). México, Gráfica Panamericana., 1 ed., 1965.

SALAZAR MURILLO, Ronald Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1 ed., 2000.

SOTELO, Luis F. La investigación del crimen. México. Editorial Imusa, 1984.

VILLE, Claude. Biología. Editorial Interamericana S.A., 1968.

**DOCUMENTOS TOMADOS DE INTERNET**

AMERICAN POLYGRAPH ASSOCIATION. The Validity and reliability of polygraph testing. Tomado de Internet en: [www.polygraph.org.betasite/apa5new.htm](http://www.polygraph.org.betasite/apa5new.htm)

BELLIS, Mary. Police Technology and Forensic Science. Tomado de Internet en: <http://www.lie-detector.org>

JIMÉNEZ Eugenia. (Milenio) El polígrafo no es exacto para inculpar, dictamina CNDH. Tomado de Internet en: [www.orgeina.com.ar/arch20010513\\_cj/96.html](http://www.orgeina.com.ar/arch20010513_cj/96.html)

MEZGUEZA, Ana. El peligro o utilidad de almacenar información. Tomado de Internet en: [www.buscador.recoletos.es/advce/diariomedico/documento.jsp](http://www.buscador.recoletos.es/advce/diariomedico/documento.jsp)

[www.online.com.mx/el-heraldo/locales/17febrero2000/4.html](http://www.online.com.mx/el-heraldo/locales/17febrero2000/4.html)

[www.cnnenespañol.com/2002/tec/10/08/lie\\_detector](http://www.cnnenespañol.com/2002/tec/10/08/lie_detector)

U.S. Department of labor. Guía de derecho laboral. Tomado de Internet en: [www.dol.gov/asp/programs/guide/spanish/eppa.htm](http://www.dol.gov/asp/programs/guide/spanish/eppa.htm)



## **JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE** (Sala de Casación)

*M.Sc. Martín Rodríguez Miranda  
Letrado, Sala Tercera de la Corte*

### INDICE GENERAL

#### A.- DERECHO PENAL

- 1.- ABUSOS DESHONESTOS. Concepto. Bien jurídico. La acción debe ser abusiva
- 2.- ABUSO SEXUAL O DESHONESTO. El beso como constitutivo del delito
- 3.- ABUSO SEXUAL. Incapacidad para resistir por factores psicológicos o mentales
- 4.- ACCIÓN CIVIL. La indemnización no requiere de la acreditación del ilícito
- 5.- ACCIÓN CIVIL. Supuestos en los que procede el resarcimiento por daño moral
- 6.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA. Diferencia con apropiación indebida
- 7.- APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDA. Se configura cuando se incumple la prevención judicial. Prescripción
- 8.- ASOCIACIÓN ILÍCITA. Configuración. Concurso material con las otras delincuencias
- 9.- CORRUPCIÓN. Diferencia con exhibicionismo
- 10.- CULPABILIDAD. Elementos que la conforman. Diferencia con emoción violenta
- 11.- DEFRAUDACIÓN FISCAL ADUANERA. Concurso ideal con falsificación o uso de documento falso. No existe concurso aparente
- 12.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Derecho penal de riesgo. Límites interpretativos
- 13.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. Aplicación del principio de lesividad
- 14.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. Aplicación del principio de lesividad. Drogas
- 15.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. No admiten la tentativa
- 16.- DELITO CONTINUADO. Justificación y unidad de acción
- 17.- DESISTIMIENTO VOLUNTARIO. Diferencia con la tentativa. Voluntariedad.
- 18.- EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Casos en los que procede la revocatoria
- 19.- ESTAFA. Elementos que configuran el delito
- 20.- ESTAFA. Estafa procesal o triangular. Consumación formal y material. Tentativa.
- 21.- ESTAFA. Estafa procesal o triangular. Documentos auténticos, pero falsos ideológicamente
- 22.- ESTELIONATO. Consideración sobre la existencia de un hecho incierto. Ley del INVU
- 23.- EXTRAÑAMIENTO. Improcedencia. Principio de legalidad
- 24.- EVASIÓN. Concurso aparente con privación de libertad o resistencia a la autoridad.
- 25.- EVASIÓN. Inexistencia en régimen de confianza
- 26.- EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL. Defensa de la niñez. Obligación del Estado
- 27.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Bien jurídico tutelado
- 28.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Acciones típicas, producir y fabricar
- 29.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Concepto de "material pornográfico". Soporte sobre el que se puede introducir
- 30.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Utilización de personas menores de edad o su imagen
- 31.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Se configura al tomarse las fotografías
- 32.- FALSEDAD IDEOLÓGICA. Elementos para su configuración. Documento público
- 33.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Consideraciones sobre el concepto de bienes gananciales
- 34.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Elementos subjetivos. Ventaja antijurídica
- 35.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Existencia del perjuicio, aun cuando no se determinó el monto
- 36.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Afectación de expectativas de derecho
- 37.- HOMICIDIO CALIFICADO. Alevosía. Deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos
- 38.- HOMICIDIO CULPOSO. Elementos que lo configuran. La falta al deber de cuidado
- 39.- HURTO AGRAVADO. Diferencia con robo. Uso de violencia durante la fase de agotamiento
- 40.- LESIONES GRAVES. Marca indeleble. Lesión en deporte
- 41.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Actualidad de la agresión
- 42.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Necesidad razonable de la defensa
- 43.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Necesidad razonable de la defensa

- 44.- LESIONES GRAVES. Debilitamiento en la piel. Piel como órgano
- 45.- PECULADO. Bien jurídico. Inexistencia por inobservancia de normas de procedimiento
- 46.- PENA. Consideraciones sobre su fin. Reproche y dosificación
- 47.- PREVARICATO. Resoluciones en desahucios administrativos
- 48.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Concurso ideal ante pluralidad de ofendidos
- 49.- RESTITUCIÓN. Anulación de documento inscrito, aun cuando media absolutoria
- 50.- RESTITUCIÓN. Puede proceder de oficio
- 51.- RETENCIÓN INDEBIDA. Análisis del artículo 45 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S.
- 52.- ROBO. Consumación y tentativa. Persecución y disponibilidad de los bienes
- 53.- ROBO AGRAVADO. Consumación. Concurso material con privación de libertad
- 54.- ROBO AGRAVADO. Varios ofendidos. Inexistencia de concurso
- 55.- ROBO AGRAVADO. Quitar o apartar no implica perforar
- 56.- TENTATIVA. Análisis del artículo 24. Teoría que se aplica
- 57.- USO DE DOCUMENTO FALSO. Perjuicio. Título de bachillerato.
- 58.- USURPACIÓN. Se protege la posesión efectiva
- 59.- VIOLACIÓN. Bien jurídico. La multiplicidad de accesos constituye concurso material
- 60.- VIOLACIÓN. Intimidación y efectos que produce en la víctima
- 61.- VIOLACIÓN. Incapacidad aprendida como incapacidad para resistir
- 62.- VIOLACIÓN. Incapacidad para resistir ante situación traumática
- 63.- VIOLACIÓN. Lamer no constituye acceso carnal

#### B.- DERECHO PROCESAL PENAL

- 64.- ACCIÓN CIVIL. Convivientes de hecho. Condición de herederos
- 65.- ACCIÓN CIVIL. La indemnización no requiere de la acreditación del ilícito
- 66.- ACCIÓN CIVIL. Legitimidad. No se requiere declaratoria de herederos
- 67.- ACCIÓN CIVIL. No existe desistimiento si permanece en la audiencia el representante legal
- 68.- ACCIÓN PENAL. Conversión de pública a privada. Casos en los que procede. Competencia del Tribunal
- 69.- ACUSACIÓN. Defectos formales que pueden ser corregidos
- 70.- ACUSACIÓN. La corrección o modificación en debate tiene límites
- 71.- ACTUACIÓN POLICIAL. Diferencia entre función de control preventivo y de investigación
- 72.- AGENTE ENCUBIERTO. Importancia probatoria de su participación en la investigación
- 73.- ALLANAMIENTO. Formalidades para su realización. Supuestos en los que procede
- 74.- ALLANAMIENTO. Fundamentación. No basta consignar lo expuesto por el Ministerio Público
- 75.- ALLANAMIENTO. Supuestos y formalidades a seguir fuera del horario previsto en la ley
- 76.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Alcance del concepto obstáculo difícil de superar
- 77.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Naturaleza y fines. Supuestos en los que procede
- 78.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. No procede durante el desarrollo del debate
- 79.- CADENA DE CUSTODIA. Se deben acreditar las entregas y custodias respectivas
- 80.- CASACIÓN. Notificación de la sentencia. Término para la interposición del recurso
- 81.- CASACIÓN. Nulidad de lo resuelto en casación por omitir audiencia oral
- 82.- CASACIÓN. Lineamientos en torno a resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- 83.- COMISO. Necesaria participación del dueño registral
- 84.- COSTAS. Procedencia del pago. Razón plausible para litigar
- 85.- DELIBERACIÓN. Tiempo mínimo. No hay reglas que lo determinen
- 86.- DELIBERACIÓN. Quebranto. Realización de otros juicios durante la fase de deliberación
- 87.- DERECHO DE ABSTENCIÓN DEL IMPUTADO. Alcance de la actuación de buena fe de la policía
- 88.- FUNDAMENTACIÓN. Debe ser expresa y no implícita
- 89.- FUNDAMENTACIÓN. Probatoria descriptiva. Resumen de los aspectos de interés
- 90.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA. Aspectos a considerar en su fijación
- 91.- IMPUTADO. Declaración. Inexistencia de un derecho a mentir
- 92.- IMPUTADO. Derecho de defensa. Inexistencia de un derecho a mentir
- 93.- INMUNIDAD E INDEMNIDAD DEL DIPUTADO. Opiniones vertidas en el ejercicio de su función. Alcances
- 94.- INSPECCIÓN CORPORAL. Formalidades. Respeto del pudor
- 95.- IN DUBIO PRO REO. Limitación al principio de libertad probatoria
- 96.- JUZGADO DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Competencia. Incidente de unificación de penas
- 97.- MEDIDAS ALTERNATIVAS. Oportunidad para solicitarlas
- 98.- NON BIS IN IDEM. Doble juzgamiento. Los juzgamientos deben ser de naturaleza penal
- 99.- NON BIS IN IDEM. Responsabilidad administrativa no excluye la penal

- 100.- NOTIFICACIÓN AL IMPUTADO. Casos en los que procede hacerlo personalmente
- 101.- PRESCRIPCIÓN. Acción de inconstitucionalidad y suspensión del término
- 102.- PRESCRIPCIÓN. Cómputo del término en un concurso ideal
- 103.- PRINCIPIO DE NO REFORMA EN PERJUICIO. Concepto. Alcances
- 104.- PRUEBA. Incorporación de prueba evacuada en proceso penal juvenil
- 105.- PRUEBA. Libertad probatoria y análisis conforme a la sana crítica
- 106.- PRUEBA. Cadena de custodia. Debe darse en todas las fases
- 107.- PRUEBA GRAFOSCÓPICA. La falta de coincidencia con el cuerpo de escritura no implica falsedad
- 108.- PRUEBA INDICIARIA. Concepto. Elementos y estructura lógica
- 109.- PRUEBA TESTIMONIAL. Cambios en la declaración de menores. Síndrome de adaptación
- 110.- RECONOCIMIENTO EN SEDE POLICIAL. Diferencia con reconocimiento en rueda de personas. Validez como acto investigativo
- 111.- RECONOCIMIENTO. Fines. Procedimiento. Señalar y reconocer
- 112.- REGISTRO DE LA AUDIENCIA. Valor de las grabaciones
- 113.- REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Delitos patrimoniales. No requiere de la aquiescencia del Ministerio Público
- 114.- REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Requisitos y delitos en los que se admite
- 115.- SENTENCIA. Falta de firma. Nulidad

## A.- DERECHO PENAL

### 1.- ABUSOS DESHONESTOS. Concepto. Bien jurídico. La acción debe ser abusiva

"El recurrente reclama que de la prueba no se determina de forma unívoca la intención libidinosa del acusado en la comisión del abuso, por lo que al ser la misma un componente de la tipicidad acusada y no estar presente en este caso, debe absolverse a su defendido por el principio de *in dubio pro reo*. **El reclamo debe rechazarse:** Nótese que en el delito de abusos deshonestos la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatar que éste objetivamente importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo –o el de un tercero– la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente so-

bre sí misma. El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impudicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera). La comisión de este delito no incluye –aunque puede suceder– la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción deberá ser simultáneamente "abusiva" y "deshonesta", que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos y descriptivos del tipo objetivo (cfr. de esta Sala, sentencia número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996; sobre la figura básica de los abusos deshonestos, véanse: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos

Aires, Editorial Astrea, 1987, página 400 y 401; CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Bosch, 1961, tomo II, páginas 521 y 522; FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, página 185 a 199; LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel, y otros: Violación, Estupro, Abuso Deshonesto, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, páginas 145 a 169); LLOBET, Javier y RIVERO, Juan Marcos: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, páginas 253; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, páginas 156 y 181 a 183; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, tomo III, páginas 297 a 303.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 244 de las 9:25 horas del 19 de marzo de 2004.**

## **2.- ABUSO SEXUAL O DESHONESTO. El beso como constitutivo del delito**

“Las caricias realizadas por el imputado, los besos y el acostarse sobre el menor son actos que resultan libidinosos y de contenido sexual de acuerdo con las circunstancias descritas por los jueces de juicio. Recordemos que incluso los besos en la situación señalada son suficientes para concluir que se está ante un abuso deshonesto, a pesar de que el beso constituye una de las conductas más difíciles de calificar para establecer si constituye un abuso sexual o no, por la gran cantidad de significados que puede tener. Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Omeba, 1964, tomo IV, páginas 313 y 314; ARCILLA GONZÁLEZ, Antonio, El delito sexual en la legislación colombiana, Bogotá, Editorial Caravana, 1959, 2ª edición, páginas 121 y 122; CARMONA SALGADO, Concha, Los delitos de abusos deshonestos, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 103 y 104). En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar

fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo (cfr. de esta Sala la sentencia número 104 de las 08:40 horas de 3 de abril de 1992)... En el presente caso el beso fue libidinoso por las condiciones circunstanciales en que se produjo la acción. En este sentido, nótese que el imputado utilizaba su casa de habitación como lugar para besar al menor, con la presencia únicamente de ambos, aprovechando la vecindad con el ofendido y desnudando a la víctima o desnudándose él. Es evidente que el sentenciado abusó deshonestamente del ofendido, y buscó el momento oportuno para cumplir su propósito, cuando no estaba expuesto a las miradas de los demás.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 326 de las 9:32 horas del 2 de abril de 2004.**

## **3.- ABUSO SEXUAL. Incapacidad para resistir por factores psicológicos o mentales**

“El impugnante reclama que el Tribunal no explica cómo se da esa incapacidad, sin embargo, se aprecia a partir del folio 429 la explicación que extraña el defensor público. Los juzgadores indican que la circunstancia objetiva aplicable a este caso es la regulada en el inciso 2º del artículo 156 del Código Penal pues: “... S. A. J. **se encontraba incapacitada para resistir las agresiones sexuales de que era objeto por parte de S. Q.**” (folio 429 vuelto) y para llegar a tal conclusión analizan el testimonio de C. G. L. –perito–, el dictamen pericial psicossocial clínico forense número 14-2001 (folios 187 a 195) y las condiciones físicas y psicológicas de la ofendida citada. Respecto de estas últimas nótese que los jueces de juicio consideran la sordomudez y la diferencia entre la edad cronológica –trece años– y la psicológica –ocho o nueve años–, y en concordancia con el criterio pericial establecen que la capacidad de reacción de la menor era mínima (cfr. folio 430): “*Si tenemos en cuenta que la joven S. A. era sordomuda lo que representa una incapacidad, su capacidad de reacción era mínima ante el desbalance cognoscitivo sobre la agresión sexual y su significado, y si su edad maduracional era de una niña de 8 a 9 años, entonces debemos arribar, inexorable e indefectiblemente, a la conclusión de que S. A. J. se hallaba incapacitada para resistir las agresiones sexuales de que fue objeto por parte del encartado S. Q., teniendo en cuenta todos estos aspectos mentales, físicos y psicológicos a los que hace referencia la Sala Penal en la resolución utretro apuntada*”. Este análisis es correcto. El estado de indefensión que nos ocupa no solo depende de factores

físicos, puede provenir de elementos psicológicos o mentales. En este caso particular, la ofendida se ve afectada por un elemento físico –sordomudez– y uno psicológico –diferencia de edades cronológica y psicológica–, que le hacen incapaz de defenderse como lo exige el recurrente. Aunado a tales consideraciones, nótese que la causal objetiva por la que el Tribunal califica los hechos de abusos deshonestos agravados lo es por la incapacidad de resistir de la víctima y no por el uso de violencia. Así, deviene irrelevante al caso concreto considerar la acción de “agarrar por los brazos a la ofendida” como la violencia que echa de menos el defensor público; interesa la incapacidad para defenderse expuesta por el Tribunal –en forma correcta– y que es motivo impugnativo del licenciado R. B. M. A pesar de ello, esta Sala es del criterio de que tal acción de “agarrar por los brazos a la menor”, para darle el beso citado, sí debe considerarse como una forma de violencia a efecto del tipo penal acusado, pues al confrontar tal acto con los elementos personales de la menor –sordomudez y diferencia de edades cronológica y psicológica–, la situación –en un baño de las instalaciones del centro educativo– y la relación de respeto y confianza de la víctima hacia el imputado en sus condiciones de estudiante y conserje, aquél implica un despliegue de fuerza sobre el cuerpo de la menor de tal magnitud que la somete sin oportunidad para ésta de defenderse.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 244 de las 9:25 horas del 19 de marzo de 2004.**

#### **4.- ACCIÓN CIVIL. La indemnización no requiere de la acreditación del ilícito**

“Debe señalarse que el decreto de responsabilidad civil en un proceso penal y a cargo de cualquiera de las partes demandadas, no depende de que recaiga una condena que declare la existencia de delito o la determinación de sus autores. Si los jueces logran establecer que el daño surgido a raíz del hecho que se investiga (sea delito o no) en realidad se produjo y que el ordenamiento jurídico contempla normas que permiten atribuir la responsabilidad por el daño a una persona (física o jurídica, el imputado o cualquiera de los accionados civiles), están obligados a declararla y a imponer sus consecuencias. Ahora bien, en el presente caso se demostró que el ofendido depositó a la cuenta bancaria de la empresa “C. S.A.” la suma de ₡2.800.000 con el fin de que se la utilizase para cancelar los derechos de importación de un vehículo traído del exterior. Sin embargo, el dinero no lo utilizó la compañía en el acto dicho, sino que se confeccionó en un formulario de declaración aduanera que poseía “Agencia Aduanal C. S.A.”, un documento falso que daba cuenta del supuesto pago de impuestos y aranceles (ver folio 285) pero que, en realidad, era duplicado de la misma fórmula con la que se tramitó el desalmacenamiento

de otros bienes (lubricantes). Además, la referida empresa demandada civil elaboró un documento según el cual el dinero le había sido devuelto a la víctima y que, también se demostró, es falso, pues la afirmación de B. Á. de que nunca recibió dicho dinero se corrobora con el dictamen criminalístico que descarta su autoría de la firma que consta en aquel documento. A partir del marco histórico descrito, es evidente que el tribunal sí determinó la existencia de la confección de dos documentos falsos y tales conductas constituyen delito, por lo que resulta erróneo el aserto de quien impugna, en cuanto hecha de menos figuras delictivas que den sustento a la responsabilidad de la empresa accionada. Puesto que también es obvio que la “A. A. C. S.A.” recibió el dinero y simuló, en primer término, utilizarlo en los trámites de desalmacenaje y luego haberlo devuelto al ofendido, su responsabilidad civil fue correctamente establecida por el a quo, aun cuando se determinara que el acusado (quien fungió como intermediario, depositando el dinero y entablando conversaciones con la agencia aduanal) no tuvo ninguna participación en los actos delictivos y no se pueda establecer dentro de este proceso cuál de los servidores de la empresa los ejecutó. No se trata, como lo sostiene el impugnante, del incumplimiento de un contrato, sino del daño surgido por la comisión de delitos que tuvieron lugar en el seno de la sociedad demandada y por los que resulta responsable, conforme lo dispone el inciso 5) del artículo 137 del Código Penal de 1941 –reglas vigentes sobre responsabilidad civil–. Encuentra la Sala que el “nexo de causalidad” entre la actividad de la empresa y el daño acaecido fue bien determinado en el fallo y posee la debida fundamentación, aunque no la comparta quien recurre. Es preciso reiterar, entonces, que el a quo halló suficientes elementos de convicción para sostener que los delitos fueron ejecutados por servidores de la accionada y que las acciones ocasionaron un menoscabo patrimonial a la víctima y ello basta para decretar la responsabilidad civil del modo que se impuso, que encuentra sustento no en “factores humanitarios”, como se alega, sino en normas jurídicas que expresamente la prevén, junto a los principios éticos y de buena fe que deben regir la actividad comercial.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 535 de las 9:05 horas del 21 de mayo de 2004.**

#### **5.- ACCIÓN CIVIL. Supuestos en los que procede el resarcimiento por daño moral**

“La queja respecto de la condena por el daño moral debe igualmente rechazarse. Conforme lo ha expuesto la Sala, en resoluciones de larga data, este tipo de responsabilidad no se limita solo a los casos en que se afecta la honra, la dignidad o la honestidad de las personas, sino que procede en todos los casos en que se

produzca una afectación a los "intereses de la moral" (ver, entre otras, la sentencia n.º 153-88 de 9:40 horas de 27 de mayo de 1988), que bien puede consistir, como ocurre en la especie y lo describen los juzgadores, en el sufrimiento, la frustración y el daño emocional que surge de saberse engañado y que, además, se falsificaron documentos para hacer creer que la persona ofendida recibió un dinero que nunca le fue entregado. Esta última conducta rebasa cualquier consideración patrimonial y afecta indudablemente los intereses morales de la víctima, pues se intenta, a través de prueba falsa, poner en tela de juicio su integridad y credibilidad."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 535 de las 9:05 horas del 21 de mayo de 2004**

#### **6.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA. Diferencia con apropiación indebida**

"Estamos frente a un típico caso de mandato de administración que la ofendida hizo en la acusada, quien obtuvo desde el principio el acceso y control del dinero que pertenecía a otras personas y del que dispuso según su leal saber y entender en perjuicio de los intereses que le fueron confiados. Entonces, es en virtud de habersele confiado la administración de ese dinero que precisamente R. S. entra en posesión del mismo y lo distrae en la forma que la sentencia lo acredita, de modo que esta sola circunstancia deslegitima el reclamo de los impugnantes de errónea aplicación del derecho de fondo pues no hacen el análisis a partir del cuadro de hechos que la sentencia tiene por establecidos. Pero con independencia de este defecto en el planteamiento del motivo, tampoco llevan razón en su reclamo, pues precisamente el haberse apropiado del vehículo BMW evidencia la forma fraudulenta en que la acusada manejó dinero y bienes que no le pertenecían, pues dicho vehículo era parte de los haberes recibidos con la venta del vehículo Toyota y cuyos frutos debían ser utilizados en asegurar el futuro de la ofendida y de su familia y no obstante ello, aparece entregado por la propia acusada, como parte del pago de la compra de una vivienda hecha para su beneficio y en su nombre, lo que revela a las claras una evidente distracción del patrimonio que no le pertenecía, con un destino distinto del que había justificado su posesión, que no es el de entregar una cosa con la obligación de devolverla, sino la de administrar bienes y valores, para obtener réditos y facilitar la solvencia económica del dueño de ese capital, en este caso la ofendida L. G.. Quien administra es un hecho que debe entrar en posesión de bienes y valores que no le pertenecen y que precisamente debe colocar y poner a producir en términos económicos, pero este traslado de la posesión no es el propio de la apropiación indebida, sino del que se da como base para posibilitar precisamente su movilización dentro del gi-

ro propio de quien administra y para lo cual **lo determinante no es tanto la naturaleza de los objetos como de la obligación que motiva su entrega y traslado**. En este caso es clarísimo que esa entrega se da en función de la administración que se delega en la imputada, quien es desde el principio la que tiene el control del patrimonio de la ofendida a partir de la venta del automotor que ésta se ganó y del que nunca siquiera pudo disfrutar. El tipo penal del artículo 222 del Código represivo sanciona: "[...]al 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 exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente[...].". Así, la apropiación de bienes o valores es, contrario a lo que se afirma, un elemento típico de la administración fraudulenta, una de las formas en que puede ser materializada, precisamente cuando esta apropiación se da a propósito del poder que para administrarlos le ha sido conferido por cualquier razón, al autor. La concesión de este poder a la acusada, la posesión del dinero y de los bienes por parte de ésta, así como su empleo abusivo están claramente establecidos en el fallo y respaldan en forma adecuada la aplicación del tipo penal de comentario."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 335 de las 10:02 horas del 2 de abril de 2004.**

#### **7.- APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDA. Se configura cuando se incumple la prevención judicial. Prescripción**

"El cuestionamiento principal que se debe hacer, es si resulta posible el delito continuado de apropiación indebida, o si se trata de un solo delito que une el valor total del perjuicio patrimonial, a pesar de que se hubiera apropiado en diversos momentos y por acciones individuales. En primer lugar, como ha dicho esta Sala de Casación, la figura del delito continuado es una forma de atemperar las reglas del concurso material en la imposición de la pena, en este sentido véase el voto 454-04 de las 12:40 horas del 7 de mayo de 2004. Desde esa perspectiva, cuando lo que existe es un solo delito no tiene sentido aplicar dichas reglas. Por otra parte, para decidir si estamos frente a un solo hecho de apropiación indebida, o si existe un concurso material debemos establecer cuándo se debe considerar por configurado este delito. El artículo 223 de nuestro Código Penal establece que: "En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si lo hiciere no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño". Esta disposición debe

ser entendida en el contexto de la figura penal de que se trata, ya que, en la apropiación indebida el dolo es sobreveniente al momento de recibir la cosa mueble o el valor. En otras palabras, el sujeto activo recibe legalmente el objeto, con un título que le obliga a devolver, pero no lo hace cuando corresponde. Este último momento, no se debe considerar desde la perspectiva de la negociación que existía con el sujeto afectado, sino que se traslada al momento de la prevención judicial por la autoridad que ha recibido la denuncia. Por esto, la devolución del bien en los cinco días posteriores a la prevención se ha considerado como parte de los elementos del tipo. De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala de Casación, no se puede hablar de la existencia de este delito, si previamente no se ha hecho la prevención. En ese sentido, el voto 044-91 de las 10:05 horas del 25 de enero de 1991, estableció: *"Es cierto que en la apropiación indebida común existe un plus en la conducta del sujeto que la distingue del uso indebido, ya que en ésta última el sujeto activo sólo pretende usar la cosa con perjuicio ajeno, mientras que en la primera la pretensión va más allá al retenerse o apropiarse indebidamente el bien, estando obligado a devolver. Pero, de no aceptarse la prevención establecida en el párrafo final del artículo 223 citado, como requisito del tipo de uso indebido, se llegaría al absurdo de excluir la responsabilidad penal cuando se da la figura simple o común del párrafo primero, en los casos en que el sujeto devuelve el bien, pero de penar y sancionar la fórmula atenuada (uso indebido) no obstante que también devuelva el bien. En realidad en ambos casos estamos ante una típica apropiación o retención indebida, sólo que en el tipo penal atenuado la sanción puede reducirse porque el sujeto no pretendía apropiarse del bien para sí o un tercero, sino que su propósito iba dirigido a utilizar la cosa, sin otro ánimo evidente, y por lo general restituye el bien mucho antes de formularse la prevención, sin que para ello el ofendido deba utilizar los procedimientos coactivos de los órganos de justicia penal. En todo caso conviene agregar que fue el legislador quien no hizo la distinción entre las dos figuras punibles previstas en el artículo 223 citado, a los efectos de la prevención, motivo por el cual la devolución de la cosa constituye en ambos casos una causal que excluye la existencia del delito".* En un caso de fecha más reciente esta Sala se pronunció en los siguientes términos: *"En el presente caso, los jueces enunciaron la imposibilidad de recalificar los hechos acusados al delito de retención o apropiación indebida pues no se practicó en su momento la prevención al sindicado, que establece el mismo tipo penal como requisito de procedibilidad y en consecuencia absolvieron por atipicidad de la conducta tenida por demostrada. Al faltar la tipicidad, evidentemente no puede existir delito, hecho punible o injusto penal, en consecuencia, en sede penal no le es posible al a quo declarar con lugar la acción civil resarcitoria, aún cuando civilmente no cabe duda que –conforme a los hechos probados– en sede or-*

*dinaria, habría sido posible haber obtenido una indemnización pecuniaria"* (voto 1060-02 de las 9:40 horas del 25 de octubre de 2002). En el presente caso, el Tribunal sentenciador tuvo por acreditado que el imputado M. M., en su condición de cobrador de la empresa ofendida G. I., tenía la obligación de cobrar una cantidad determinada de facturas a los clientes de la empresa ofendida, que sumaban en dinero un total de 931,190 colones que debía luego depositar en la cuenta bancaria respectiva (véase hechos probados **b**) y **c**) de folio 290 y el folio 296). Es así que no importa entonces, si esas facturas las cobró en diferentes ocasiones y a diferentes clientes, lo que importa es que tenía una obligación de devolver a la empresa todo el dinero que representaban las respectivas facturas y que resultó en una suma única y global. No es relevante tampoco, para este caso, si la obligación de devolver estos dineros se debía contar desde que el imputado hiciera los depósitos, o desde que se hicieran las liquidaciones respectivas, porque como se ha dicho, todas las facturas sumaban un total de dinero del que el imputado se apropió y que no hizo devolución una vez prevenido por la autoridad judicial competente. Se trata en consecuencia de un solo delito de apropiación indebida y no, como lo pretende la defensa, de un delito continuado de esta figura penal, lo que en abstracto resulta más grave para la situación del imputado, ya que conforme al artículo 77 del Código Penal, en el delito continuado, la pena que se puede imponer es la prevista para el más grave aumentada hasta en otro tanto. Por otra parte y tomando en cuenta las consideraciones que se han hecho, resulta que no podía haber operado la prescripción de la acción penal, en el tanto que a partir del año 1998 comenzó a correr el plazo de prescripción, que sería de 5 años tomando como base que el delito de apropiación indebida, para este caso, tenía como pena máxima 10 años de prisión, que se hubieran cumplido en enero de 2003; sin embargo, a folio 190 consta que hubo una audiencia de conciliación entre las partes que suspendió el plazo de prescripción por un año, por el incumplimiento del imputado a las condiciones impuestas en dicha conciliación, se reactivó la causa en febrero de 2001, dictándose sentencia en julio de 2003, de modo que no habían transcurrido los 5 años para que operara la prescripción de la acción penal."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1079 de las 9:45 horas del 10 de setiembre de 2004.**

## **8.- ASOCIACIÓN ILÍCITA. Configuración. Concurso material con las otras delincuencias**

"Conforme a los hechos tenidos por probados, tal y como lo reprocha el gestionante, en la especie, los diferentes delitos atribuidos a cada uno de los imputados, concurren de forma material y no ideal con el de aso-

ciación ilícita, que también se tuvo por demostrado. El Tribunal justifica su decisión agregando 4 años más de prisión por este último delito a la sumativa impuesta a cada inculcado, argumentando que los cuatro convictos: "... *deben ser declarados autores responsables del citado delito, el cual concursa idealmente con todos los tenidos por acreditados, desde que al cometer un delito determinado ya se está poniendo en funcionamiento la asociación que requiere una cierta permanencia temporal...*"—ver folio 866—. Sin embargo, tal argumento no es aceptable. El marco fáctico demostrado no justifica la aplicación de un concurso ideal entre los delitos acreditados. El artículo 21 del Código Penal determina la concurrencia de este tipo concursal: "... *cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí*", de modo que sus dos presupuestos fundamentales son, por una parte, la unidad de acción y luego, que esta acción u omisión origine una multiplicidad de lesiones jurídicas, donde: "... *al menos una de sus partes, contribuye a realizar el tipo de una y de otra de las leyes penales, que por ello concurren...*"—Castillo, Francisco. El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1981, pp. 61 y 62—. Por su parte, el artículo 274 *ibidem*, que contempla el delito de asociación ilícita, reprime con pena de prisión de 1 a 6 años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación, de tal manera que el delito se consuma cuando los sujetos involucrados "toman parte" en la asociación, convirtiéndose en miembros de ella, delito de naturaleza permanente, cuya vigencia temporal permanecerá mientras el miembro del grupo constituido se mantenga dentro de él. Tales consideraciones, trasladadas al caso en examen, dan como resultado que todos los imputados en esta causa cometieron en forma independiente a la ejecución de las restantes delincuencias, la de asociación ilícita, la cual subsistirá con sus características de permanencia, voluntariedad y organización, en aras al cumplimiento del objetivo esencial—cometer delitos—, aun cuando no llegaron a materializar ninguna de las conductas delictivas que conforman tal objetivo, lo que nos conduce a considerar tales hechos dentro de los presupuestos del concurso material, contemplado en el numeral 22 *ejusdem*: "... *cuando un mismo agente comete separa o conjuntamente varios delitos*", regulándose así un caso de concurrencia delictiva producida "por acciones (u omisiones) penales independientes, cada una de las cuales produce una lesión jurídica también independiente..."—Castillo, *op. cit.*, pág. 73—. Reafirmando los anteriores planteamientos conforme a la doctrina vigente, se estima que este carácter independiente o autónomo de la asociación ilícita implica por una parte, la inexistencia de subsidiariedad, pues la comisión de los delitos pluralmente planificados no desplaza la punibilidad instituida en la norma penal que la contiene, y desde otro ángulo, cada uno de los miembros

del grupo responderá por los delitos en que haya participado, pero no por aquellos en que pese a que se cometen en cumplimiento de los objetivos de la asociación, no haya intervenido en cualquier nivel, aspectos que le dan sostén a la concurrencia material entre tales delincuencias y la asociación ilícita—sobre el particular ver Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte especial. Tomo segundo. Sexta edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1997, pp. 113 y 114—. Las anteriores consideraciones excluyen la posibilidad de estimar como unidad de acción, la conducta de asociarse ilícitamente para cometer delitos y aquellos que se llegaron a perpetrar, fundamento esencial del concurso ideal, pues el primero de los hechos contemplados, no contribuyó a la realización típica de los subsiguientes, pues estos pudieron llevarse a cabo sin que sus autores incurrieran en tal conducta asociativa, permaneciendo por su parte en forma independiente la asociación ilícita, aunque las otras delincuencias no se llegaron a materializar. En todo caso, según lo establece el artículo 76, párrafo segundo del Código Penal, el juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo, y en la causa de comentario, específicamente en el caso de la imputada A. C. M., a quien el Tribunal le aplicó 45 años de prisión por dos delitos de robo agravado, uno de privación de libertad agravada, uno de resistencia a la autoridad agravada y una tentativa de robo agravado, aumentada a 49 años por la aplicación de las reglas del concurso ideal con el delito de asociación ilícita, resulta más favorable la aplicación del concurso material que reduciría la sanción privativa de libertad impuesta, en el tanto conforme a las reglas de penalidad del concurso material la pena aplicada no podrá exceder del triple de la mayor y en ningún caso de 50 años. En consecuencia, habiéndose aplicado erróneamente la normativa afín al concurso ideal, inobservándose aquella concerniente a la concurrencia material de delitos, se declara con lugar el motivo interpuesto por la defensa de los imputados R. M. y C. M., y en aplicación del efecto extensivo del recurso de casación contemplado en el numeral 428 del Código Procesal Penal, se casa la sentencia únicamente en cuanto estimó concursados idealmente los delitos atribuidos a cada uno de los imputados en esta causa con el de asociación ilícita, y en su lugar se modifica el fallo estableciendo que todas las delincuencias acreditadas a cada uno de los inculcados, concursan materialmente (...)"

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1118 de las 10:05 horas del 20 de setiembre de 2004.**

#### **9.- CORRUPCIÓN. Diferencia con exhibicionismo**

"(...) es criterio de esta Sala que lleva razón la defensa en su alegato de fondo, pues la conducta desple-



gada por el acusado (en el tanto procedió en varias ocasiones a mostrarle sus órganos genitales a las menores ofendidas, masturbándose en frente de ellas) en este caso concreto no podría tenerse como constitutivo del delito de corrupción. En este sentido debe tenerse claro que, según se extrae del contenido de la sentencia, el encartado ejecutó sus acciones en lugares abiertos, a vista de las menores pero también de cualquier persona que en ese momento pudiera encontrarse en el sitio (incluso lo hacía en presencia de adultos), lo que permite comprender que nunca buscó o eligió a estas menores como víctimas específicas, sino que realizaba sus prácticas eróticas y exhibicionistas de forma indiscriminada. Lo anterior se refuerza al considerar lo siguiente: (i).- El acusado se dirigía al local contiguo al suyo donde "comúnmente o con frecuencia" se hallaban menores, pero se comprende que ahí bien podrían estar presentes otras personas, incluso adultos. Es más, según lo refirió S. E. B. V., éste desplegó su comportamiento tanto cuando ella se encontraba sola, como acompañada por su hermana y amigas (cfr. folio 149, línea 15 en adelante), y en algunas ocasiones lo hizo en un punto desde el cual podía ser visto por las personas que pasaran por la calle (cfr. folio 135, línea 20 en adelante; folio 136, línea 14); (ii).- En ese lugar el acusado desarrolló esta conducta –incluso– delante de personas mayores de edad (cfr. folio 143, línea 15 en adelante; folio 150, línea 10 en adelante); (iii).- Mientras se mostraba desnudo, nunca les dijo, insinuó u ofreció nada a dichas adolescentes, y ni siquiera hubo propuestas de naturaleza sexual (cfr. 135, líneas 14 y 15; folio 138, líneas 6 a 11; folio 143, líneas 2 y 3); (iv).- El imputado nunca privó de su libertad, amenazó, coaccionó u obligó a las menores para que observaran sus actos, siendo que cada vez que los realizaba, éstas se iban para otro a fin de no verlo, no le ponían atención y decían que era un "loco" (cfr. folio 134, línea 21 en adelante; folio 149, líneas 27 y 28; folio 136, línea 19; folio 137, línea 15). De acuerdo con lo anterior, es criterio de esta Sala que la acción desplegada por el acusado no podría encajarse en la figura de la corrupción que prevé el artículo 167 del Código Penal, en cuanto establece lo siguiente: "*Artículo 167.- Quien promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz o la mantenga en ella, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole. Para efectos de este artículo, se entiende por corrupción: 1) Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces; 2) Hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces; 3) Hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces, en presencia de otros*". A partir de la redacción de esta norma y a efecto de explicar por qué esta Sala estima que el órgano de mérito en efecto incurrió en el yerro de fondo denunciado

(tal y como lo reprocha la defensa en su recurso), ello al haber encuadrado los hechos probados en la figura penal de comentario (artículo 167 del Código Penal), de seguido se analizará la naturaleza y alcances de esos actos sexuales eróticos que en este caso ejecutó el encartado en frente de las menores ofendidas, a la luz de esta norma y del artículo 385, inciso 3) (contravención de "actos obscenos"), en cuanto regula lo siguiente: "*Artículo 385: Se impondrá de cinco a treinta días multa: ... 3) A quien, en sitio público o lugar privado expuesto a las miradas de los demás, profinere palabras obscenas o ejecutar actos, gestos actitudes o exhibiciones indecorosas o deshonestas ...*". En primer término, es necesario indicar que, según se explicó, en este caso el análisis de la conducta que desplegó el encartado (según se describe en los hechos probados del fallo) no permitiría extraer una intención de corromper a las menores ofendidas, siendo este el elemento distintivo de dicha figura penal. Tal conclusión se extrae al considerar que el encartado manipuló sus órganos sexuales de forma rápida y pasajera, sin que obligara (mediante ofrecimientos, amenazas, fuerza, privación de libertad, etcétera) a éstas a observarlo, todo ello en un lugar abierto y de acceso público, expuesto a las miradas no sólo de ellas sino de cualquier otra persona que pasara o se encontrara por ahí, incluso de adultos, los que en alguna oportunidad también lo observaron. Además, no buscó o seleccionó en forma deliberada y específica a estas adolescentes en particular, ni ejecutó su conducta en lugares cerrados o privados en los cuales ellas pudiesen estar a su absoluta merced. La consideración de todos estos elementos fácticos permite descartar un ánimo corruptor de su parte, de donde no se cuenta con la base subjetiva que requiere el tipo penal previsto por el artículo 167 que se citó. Lo anterior implica que de los hechos que se describen en el fallo no podría derivarse un dolo de corrupción de su parte. Por el contrario, estima esta Sala que tal relación de hechos encuadra en la figura contravencional antes mencionada, independientemente del reproche moral que pudiera derivarse de ellos. La diferencia que existe entre las normas penales que se analizan consiste en que en el tipo previsto por el artículo 167, inciso primero, resulta claro que la ejecución de esos actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces, por parte del agente activo lleva como propósito la corrupción de la víctima, extremo subjetivo que no se encuentra en la contravención de "actos obscenos", donde sólo media el interés del sujeto de satisfacer sus impulsos mediante la realización de esa acción ante terceras personas. Esto permite comprender que, conforme se acusó en la impugnación, en efecto el tribunal de instancia ha incurrido en el error in iudicando que denuncia la defensa, lo que hace necesario recalificar la base fáctica de la sentencia en los términos antes indicados."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1277 de las 10:25 horas del 5 de noviembre de 2004.**

## 10.- CULPABILIDAD. Elementos que la conforman. Diferencia con emoción violenta

"En el primer y único motivo por el fondo se alega errónea aplicación de la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 127 del Código Penal, y a la vez por inaplicación del artículo 42 del mismo cuerpo legal. Argumenta el recurrente que en la sentencia se tuvo por probado que el imputado actuó bajo una "situación de emoción violenta total, que le bloqueó el contexto y que por ello se le ubica como inimputable en ese momento" (folio 226). Agrega en sustento de su tesis que el tribunal confundió los términos "obnubilación" y "violencia corporal o física" y que ello los llevó a considerar un delito donde no lo hay. **El reclamo no puede ser atendido:** En cuanto al concepto de imputabilidad debe indicarse que este es un componente más de la culpabilidad. Como ya se sabe, el concepto técnico jurídico de delito se encuentra formado básicamente por la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En la actualidad existe un amplio acuerdo doctrinal en el sentido de que este último componente, la culpabilidad, se encuentra integrada a su vez por 3 elementos: a. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b. El conocimiento actual o la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, o sea de que esta se encuentra prohibida y penada y; c. La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, de acuerdo a que la voluntad o ámbito de autodeterminación del autor esté o no condicionada por factores externos (así, TORIO LÓPEZ, El concepto individual de culpabilidad, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, volumen 38, fascículo II, mayo-agosto, 1985, p.285; CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), El error de prohibición, San José, Editorial Juritexto, 1ª edición, 2001, p.67; ROXIN (Claus), Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Traducción de LUZÓN PEÑA (Diego) y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1ª edición, 1997 pp.819-850, 859-893, 895-922.; JESCHECK (Hans Heinrich), Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1ª edición, editorial BOSCH, 1981, Ob.cit., 593-664). En lo que respecta a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, con ella se designa y se analiza la posibilidad psíquica-biológica del sujeto de determinarse por el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. En el análisis de imputabilidad se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos. A este nivel, se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (**enfermedad mental**) de carácter orgánico, o de base biológica; pero también se determina la existencia de trastornos cuya causa no es orgánica, corporal o biológica. Estos trastornos cuya causa no es orgánica, cuya base no es biológica, se denominan como **trastornos de la conciencia**. Este análisis se realiza en el entendido de que para que exista culpabilidad, para que pueda reprocharse una conducta ilícita a una persona, es necesario que el autor de la misma haya tenido una capacidad psiqui-

ca que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación, o sea, es necesario que sea imputable. La determinación de si existe o no una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en el tanto que esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto en relación con un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación, y por tanto no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. Por eso puede decirse que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: 1. El primero de ellos en el cual se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de conciencia; 2. El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir, que el sujeto pueda desde sus facultades psíquicas comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión (así BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1ª edición, 1994, pp.156-157; ROXIN, Derecho Penal..., op. cit., pp. 823 y 848). El Código Penal vigente se adhiere a este concepto mediante su artículo 42, con el cual se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos para la fijación de la imputabilidad, o de su ausencia, en cuyo caso se presenta un estado de inimputabilidad. De esta manera, una cosa es padecer de una enfermedad mental o de un grave trastorno de la conciencia, diagnosticado mediante pericia psicológica o psiquiátrica, y que con base en ello, y de conformidad con los artículos 42 y 43 del Código Penal se concluya por un tribunal que existe una anulación (inimputabilidad) o una disminución (imputabilidad disminuida) de la capacidad de comprensión de que la conducta está prohibida y penada o una anulación o disminución de la capacidad de voluntad para dirigir dicha conducta, aspectos que deben ser analizados a nivel de la culpabilidad y que de ser verificados la excluyen; y otra cosa muy distinta es que se concluya la existencia de un factor o circunstancia objetiva, excusable, que provoca un estado de emoción violenta con el que disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena, como se aprecia claramente en el artículo 127 del Código Penal aplicado por el Tribunal. En el caso actual se tuvo por probada esta segunda situación, el estado de emoción violenta, generándose como consecuencia una atenuación de la pena. Nunca, ni por asomo, se mencionó, ni se tuvo por probada la existencia de una inimputabilidad provocada por enfermedad mental o grave trastorno de la conciencia. Ambos conceptos, el de emoción violenta y el de inimputabilidad, y sus consecuencias, no deben ser confundidos como parece hacerlo el recurrente. Finalmente, no ignora esta Sala la existencia de trastornos mentales transitorios provocados por gravísimas

alteraciones emocionales; sin embargo, los mismos deben ser al menos probados, diagnosticados mediante pericia idónea, para que luego el juez con base en la valoración de la prueba y de acuerdo con los criterios de sana crítica racional, analice su incidencia a nivel de la capacidad de comprensión y voluntad sobre un injusto penal. Esas pruebas periciales nunca fueron realizadas en el caso que se conoce, y mucho menos fueron sugeridas por la defensa, con lo que cualquier suposición sobre la existencia de una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia en el imputado, es mera especulación y además excede el elenco de hechos probados en la sentencia.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 920 de las 10:55 horas del 30 de julio de 2004.**

#### **11.- DEFRAUDACIÓN FISCAL ADUANERA. Concurso ideal con falsificación o uso de documento falso. No existe concurso aparente**

“Según la acusación formulada por el Ministerio Público, se atribuye a V. J. haber falsificado una factura de compra, haber hecho una declaración aduanera falsa y haber adulterado una guía de porte o “*Bill of Lading*” y presentar estos tres documentos ante una agencia aduanal para tramitar el pago de los tributos y lograr el levante de la mercadería que había importado, por la que se pagó una suma inferior a la correspondiente. Sin entrar al análisis del fondo del asunto, ni tampoco las bases para determinar si existe o no responsabilidad del imputado, lo cierto es que la defraudación fiscal contemplada en el numeral 214 de la Ley General de Aduanas, es un tipo especial de estafa que afecta específicamente a la Hacienda Pública y tiene como fundamento la existencia de una obligación tributaria aduanera subyacente que se ve afectada –porque no se satisface o se lo hace por sumas inferiores a las que corresponde, como supuestos más comunes– por la conducta del sujeto activo. Existen muchas formas en que tal conducta puede ser desarrollada y la falsificación documental es una de ellas, pero no la única. Se trata de un delito de contenido patrimonial que tutela, como vimos, al Fisco y su potestad recaudadora, tutela penal que no alcanza a las lesiones que a la fe pública se producirían con las eventuales falsedades documentales y los usos de tales instrumentos, bienes jurídicos cuya lesión no se comprende en la defraudación y por eso ni son absorbidos por ésta ni desplazados por especialidad, por lo que no es de aplicación la figura del concurso aparente del artículo 23 del Código Penal. Debe considerarse incluso que las falsedades tienen un nivel de reproche penal mucho mayor, razón de más para excluir no sólo la consunción –por el tipo de bienes jurídicos involucrados, según se vio– sino también la especialidad, porque ni siquiera media relación de género a es-

pecie entre los delitos comprometidos en este caso. El cuadro fáctico de la acusación debe ser analizado como un concurso ideal, porque las disposiciones en concurso no se excluyen entre sí y media entre los delitos una relación de medio a fin que permite valorarlas como una unidad por el factor final (...)”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1375 de las 12:20 horas del 26 de noviembre de 2004.**

#### **12.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Derecho penal de riesgo. Límites interpretativos**

“El motivo planteado necesariamente requiere de una referencia al tema de la sobreutilización de los delitos de peligro abstracto, como instrumento central del denominado “derecho penal de riesgos o derecho penal de la seguridad y a la necesidad de formular límites dogmáticos y jurisprudenciales para la interpretación y aplicación restrictiva de esta clase de delitos. En lo que toca al “derecho penal de riesgos”, se trata de una tendencia doctrinal con la que se apunta a la renuncia o el debilitamiento de los principios construidos por el derecho penal liberal, como límite de la potestad punitiva del Estado. Algunos de los principios que se ven debilitados con esa tendencia, son: el de fragmentariedad, el de subsidiariedad, el de última-*ratio* y el principio de lesividad penal (así, MENDOZA BUERGO (Blanca), El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, Madrid, Editorial Civitas, 1ª edición, 2001). Siguiendo esa orientación y con el objeto de lograr la mayor criminalización o penalización posible de diversas esferas de la realidad (esto en franca contraposición con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y última-*ratio* mencionados) se toman a nivel legislativo una serie de medidas dentro de las cuales deben destacarse las siguientes: **1.** Adelantamiento de la esfera de intervención del derecho penal, mediante la tipificación de los que antes eran considerados meros actos preparatorios no punibles; **2.** Sobreutilización de los delitos de peligro abstracto en detrimento de los delitos de peligro concreto y de resultado; **3.** Se recurre al uso de bienes jurídicos universales, supraindividuales, indeterminados o de contenido difuso, respecto de los cuales resulta difícil o incluso imposible encontrar la afectación o un efecto lesivo generado por la acción típica. El desarrollo del derecho penal “moderno” o de “riesgos” (en contraposición con el derecho penal liberal) se enfila entonces hacia la destrucción del concepto de bien jurídico. Siguiendo esa tendencia, el concepto de bien jurídico ha ido evolucionando (o involucionando) en el tratamiento doctrinal, desde el claro concepto de los bienes jurídicos individuales, hasta los imprecisos contornos de los bienes jurídicos supraindividuales, o difusos (al respecto, FERRAJOLI (Luigi), Derecho y Razón, Madrid, editorial Civitas, 1ª edición, 1995, pp.467-469; HASSEMER (Win-

fried), Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico, en *Revista Doctrina Penal*, #46-47, año 12, abril-setiembre, ediciones Depalma, 1989, pp.276-277). Este debilitamiento del concepto de bien jurídico y consecuentemente del principio de lesividad, significa, desde el punto de vista de los fines del derecho penal (e inherentemente de los fines de la pena), **que se sustituye la función instrumental o de protección de bienes jurídicos del derecho penal, por una función preponderantemente simbólica o ideológica, de mera reafirmación de la norma.** Como ha dicho MENDOZA BUERGO, se trata de un derecho penal: "...que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales; un derecho penal que no persigue –aparentemente– la conservación de objetos, sino el mero mantenimiento de la vigencia de la norma". (MENDOZA BUERGO, op.cit., p.69). La desmaterialización o el debilitamiento del concepto de bien jurídico y del principio de lesividad se manifiestan abundantemente en los campos de los delitos económicos, ambientales, de procesamiento de datos y en los delitos de drogas. Uno de los instrumentos a los que más se recurre en esa dirección, es el de la sobreutilización de los delitos de peligro abstracto. El empleo excesivo de esta clase de delitos resulta totalmente coherente con la tendencia mencionada, pues con ellos se empobrecen notablemente las exigencias probatorias de la conducta ilícita, así como los presupuestos de punibilidad, es decir, los requisitos para que una conducta pueda sancionarse. Como ha indicado HASSEMER, este efecto se produce con los delitos de peligro abstracto, porque: 1. No hay una víctima visible; 2. Esta clase de delitos no requiere de un daño visible; 3. No existe, ni se requiere una relación de causalidad entre acción y resultado; 4. La punibilidad se reduce exclusivamente a la comprobación de la acción considerada peligrosa (así, HASSEMER, op.cit., pp.279-280). Frente a esta tendencia debe sostenerse el concepto de bien jurídico como un límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado, en cuyo caso se constituye como requisito despenalizador, como un criterio para la menor criminalización posible de las conductas (en consonancia con el principio de *última ratio* y de subsidiariedad) y para el mantenimiento y la mayor extensión posible de la libertad y la esfera de autonomía de las personas (en concordancia con el principio de fragmentariedad y con el principio *pro-libertate*)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1309 de las 10:55 horas del 12 de noviembre de 2004**

**13.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. Aplicación del principio de lesividad**

"No existe ninguna razón para excluir el análisis de lesividad en lo que respecta a los delitos de peligro abstracto, en cuyo caso el concepto de bien jurídico tutelado, también debe servir para la interpretación restrictiva de esta clase de tipos penales. En el contexto de un estado republicano de derecho, en algunos casos resulta necesaria la existencia de delitos de peligro abstracto, pero su sobreutilización mediante creación legislativa, así como su aplicación e interpretación extensiva, pueden resultar francamente desproporcionadas en relación con los principios mencionados, de fragmentariedad, subsidiariedad, *última-ratio*, de primacía del ámbito de libertad y autodeterminación de las personas y de lesividad del derecho penal. Debe aceptarse entonces, que los delitos de peligro abstracto representan– y en algunos casos de manera muy marcada– un adelantamiento de la intervención penal a una fase de desarrollo de la acción delictiva todavía muy alejada de la lesión o menoscabo efectivo del bien jurídico tutelado, e inclusive de la posibilidad real o potencial de que éste llegue a ser lesionado. La respuesta a la tendencia del derecho penal de "riesgos" o de la "seguridad" que se ha venido describiendo, en el plano específico de la aplicación e interpretación de los tipos penales de peligro abstracto, debe pasar por la construcción de criterios o límites restrictivos para que esa aplicación sea coherente con los principios de garantía de un derecho penal republicano. Esta interpretación restrictiva de los delitos de peligro abstracto, necesariamente debe pasar por la afirmación del principio de lesividad, o lo que es lo mismo, por la confirmación coherente y consecuente de que el fin del derecho penal es de orden material y no formal, lo cual significa, que el derecho penal debe formularse y aplicarse directa y exclusivamente para que sirva para la protección de bienes jurídicos, conminando únicamente acciones lesivas o verdaderamente peligrosas para ellos."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1309 de las 10:55 horas del 12 de noviembre de 2004.**

**14.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. Aplicación del principio de lesividad. Drogas**

"De igual manera, a partir del principio de lesividad, esta Sala ha formulado otros límites a la aplicación de los delitos de psicotrópicos de peligro abstracto, principalmente partiendo de los criterios de mínima afectación (insignificancia) y de imposibilidad de lesión o peligro de la salud pública, como bien jurídico tutelado (entre otros: Sala Tercera, voto 616-95, de 11:05 horas del 13 de octubre de 1995). A nivel de injusto penal (tipicidad-antijuridicidad), eso significa que la afirmación de la antijuridicidad material de una conducta que formalmente se subsume en un tipo penal abstracto, solamente deberá

realizarse cuando la gravedad del comportamiento haya quedado patente en una potencialidad lesiva respecto del bien jurídico tutelado, no simplemente por aquella contradicción formal con la norma o por la mera voluntad de infringirla. Esto quiere decir, que: "... así el desvalor objetivo material de la acción que es peligrosa para un bien jurídico, se revela como el elemento central de la constitución del tipo injusto". (MENDOZA BUERGO (Blanca); *Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada, editorial Comares, 1ª edición, 2001, p.393). En el caso de los delitos de peligro abstracto en materia de psicotrópicos, el gran problema radica en delimitar claramente hasta dónde puede adelantarse la protección legítima de la salud pública, aunque no se haya producido una lesión, ni un peligro efectivo (concreto) de ella. En cuanto a los tipos penales de peligro abstracto, debe evitarse una aplicación mecánica o automática en la que se presuma siempre un peligro para la salud pública, inclusive para comportamientos que podría ser que **ni siquiera posean una peligrosidad abstracta** o en los que **ni siquiera existe una posibilidad remota de lesión de ese bien jurídico**. El problema impone la necesidad de realizar un análisis sobre la gravedad de la conducta, la cual dependerá necesariamente de su capacidad o potencialidad lesiva. La capacidad o potencialidad lesiva de una conducta no debe determinarse en abstracto (por ejemplo, mediante su mera clasificación como: "... de peligro abstracto", presumiendo por ello que "siempre" representa un peligro para la salud pública), sino que debe fijarse partiendo de la verificación de la existencia de un elemento objetivo de lesividad potencial o de peligrosidad objetiva, en el momento en que el autor desarrolla la conducta. Eso significa, que para cada caso debe realizarse un análisis **ex-ante** de la conducta juzgada, es decir, considerándola al momento y en las circunstancias en que se desarrolló, para verificar una efectiva peligrosidad abstracta para la salud pública. La peligrosidad en abstracto también debe establecerse en cada caso, de tal manera que se la acredite. Se requiere entonces, que la conducta juzgada o concretamente considerada, se **adecue para generar objetiva, manifiesta e inequívocamente un peligro abstracto para la salud pública** como bien jurídico tutelado y que no se presenta cuando resulta imposible o inclusive cuando se carece de una posibilidad remota de daño. En el caso de los delitos de peligro abstracto, debe existir algo más que la mera exigencia de realizar la acción típica, esté *plus* debe darse por un disvalor de peligrosidad objetiva. Esto significa, que para este tipo de delitos –aun cuando no se exige la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico (pues coincidirían con los delitos de peligro concreto)– sí se debe requerir en el caso concreto la constatación de la peligrosidad de la conducta, mediante la verificación de su objetiva capacidad, de su posibilidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado. Es por esas razones que esta Sala ha excluido la antijuridicidad ma-

terial de una conducta, si en las circunstancias concretas en que esta se desarrolló, **se excluye desde un principio toda posibilidad de peligro para la salud pública**, pues es claro que entonces no existe –ni siquiera– un peligro abstracto para dicho bien jurídico y que la conducta no resulta adecuada para ello. El peligro en esta clase de delitos, no es otra cosa que el riesgo de lesión de la salud pública, por lo que si la conducta desarrollada en la situación concreta no es adecuada al mínimo para producir ese riesgo, entonces carecerá de antijuridicidad material. En el caso particular que ha sido motivo de impugnación, el Tribunal de Juicio de Alajuela tuvo por acreditado, que: "... F. Y. E. J. se acercó al vehículo donde se encontraban **los agentes del O.I.J.** preguntándoles a los oficiales que cuántas querían, y refiriéndoles que la punta estaba a tres mil, mostrándoles en ese momento dos envoltorios plásticos con clorhidrato de cocaína en su interior, ignorando que los sujetos a los que **trataba de vender** la supuesta sustancia psicotrópica eran oficiales judiciales". (folio 130 de la sentencia. La letra negrilla se suple). De igual manera, al realizar la fundamentación intelectual del fallo, el *aquo* indicó, que: "... **sin que los oficiales llamaran al imputado F. Y. E., este se acercó a la unidad del Organismo de Investigación Judicial, y les ofreció la droga sin que ellos le dijeran nada...**" (folio 143, solo la letra negrilla está en el original); así como que dicho encartado: "... **intenta vender a dos personas que resultaron ser oficiales del Organismo de Investigación Judicial, sin tener autorización para hacerlo, una sustancia contenida en dos puntas de bolsa plástica... cuyo análisis concluye que se trata de 1,58 gramos de polvo color blanco con clorhidrato de cocaína**" (folio 145 de la sentencia. La letra negrilla no está en el original). En síntesis, lo que tuvo por cierto el tribunal –pese a que erróneamente mencionó que el delito de vender drogas se encontraba consumado (folio 145)– fue que el encartado se limitó a ofrecer, trató o intentó vender clorhidrato de cocaína a los oficiales del O.I.J., sin que esa acción llegara a consumarse, precisamente porque ante tal ofrecimiento, de inmediato los policías se identificaron y procedieron a detener al encartado. **Lo que el Tribunal tuvo por probado y así se consignó expresamente en la sentencia cuyas citas se han realizado, fue entonces una tentativa de venta de droga, un mero inicio de actos de ejecución no consumados por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y no una efectiva transacción de compraventa de esa sustancia.** Como ya se explicó, en delitos de peligro abstracto como el sancionado, esta Sala ha excluido la posibilidad de aplicar la tentativa como elemento amplificador del tipo, razón por la que resulta errónea cualquier calificación legal en ese sentido y mucho más aún, una declaración de responsabilidad penal por ellos. Con la sentencia del Tribunal de Juicio de Alajuela y en lo tocante a la supuesta tentativa de venta de droga como delito de peligro abstracto, se ha realizado un adelantamiento de la tutela de la salud pú-

blica, que implica imponer una responsabilidad penal por un: "... *peligro de peligro de afectación*" del citado bien jurídico protegido, que esta Sala considera contraviene el principio de lesividad penal, pues se estaría reprimiendo un peligro mucho más impreciso e indefinido, que el propio peligro abstracto para la salud pública, generado por una venta de drogas consumada. Hecho este análisis, queda en claro que el justiciable no podía ser sancionado por la venta de droga descrita en el elenco de hechos probados, en grado de tentativa, pues esa conducta, ante lo remoto de la posibilidad de afectación de la salud pública, carece de antijuridicidad material y no resulta punible."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1309 de las 10:55 horas del 12 de noviembre de 2004**

#### **15.- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Límites interpretativos. No admiten la tentativa**

"Bajo esa posición, esta Sala ya ha señalado un claro límite para aplicar los delitos de peligro abstracto, reduciendo –desde el principio de lesividad– los elementos amplificadores del tipo que pueden aplicarse. De esta manera, se ha excluido la posibilidad de que exista la tentativa en los delitos de peligro abstracto y más específicamente, en los delitos de peligro abstracto contemplados en la ley de psicotrópicos, bajo el argumento de que: "... *es impensable que en hechos punibles de este tipo sea posible su configuración en grado de Tentativa, porque al ser ésta una tutela anticipada del bien jurídico, entonces habría que aceptar que en los delitos de peligro abstracto cabría responsabilidad penal por toda actividad previa encaminada a la realización de los mismos. Esto último equivaldría a sancionar prácticamente cualquier conducta por el peligro de que con ella se cause un peligro a la Salud Pública, lo cual contraviene el artículo 39 de la Constitución Política que contempla el principio de legalidad penal. Así las cosas, no es posible aplicar la figura de la Tentativa a los así llamados delitos de peligro abstracto; en estos casos se comete el ilícito en su forma simple o en su modalidad agravada, o bien no hay delito*" (la letra negrilla se suple). En ese sentido, Sala Tercera; voto # 98-2002, de 10:20 horas del 8 de febrero de 2002. En igual sentido: voto #127-2002, de 10:25 horas del 18 de febrero de 2002 y voto #10-1999, de 14:45 horas del 7 de enero de 1999). Con la tentativa, regulada por el artículo 24 del Código Penal, desde la perspectiva del *iter criminis* o del desarrollo del delito, se realiza una ampliación del tipo penal, ya que se autoriza el castigo de acciones que se encuentran en una etapa anterior a la consumación (generada por la práctica de todos los elementos objetivos del tipo) pero directamente encaminadas a ella. Desde la perspectiva del principio de lesividad, se puede afir-

mar que en el caso de la tentativa se anticipa o adelanta la tutela del bien jurídico, pues aun cuando se trata de un mero inicio de actos ejecutorios y que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, para que la acción tentada pueda sancionarse, basta con que se encuentre directamente dirigida o encaminada a lesionar el bien jurídico tutelado. Precisamente, ante esa anticipación de la tutela del bien jurídico que se realiza con la penalización de la tentativa, es que se ha sostenido de manera reiterada, que no resulta posible la configuración de los delitos de peligro abstracto en grado de tentativa, pues ello implicaría aceptar la responsabilidad penal por la creación de un: "*peligro de peligro de afectación del bien jurídico tutelado*". Este grado de anticipación de la tutela de bienes jurídicos, produciría una aplicación ampliada de los tipos penales de peligro abstracto, que contravendría el principio de estricta legalidad, así como el de lesividad penal, al reprimirse peligros mucho más imprecisos y difusos que el propio peligro abstracto. En el caso de los delitos de psicotrópicos por ejemplo, la aceptación de la tentativa implicaría admitir, que casi cualquier actividad provoca: "... *un peligro de que se genere un peligro para la Salud Pública*", con lo que se rompería la función instrumental del derecho penal republicano y se aceptaría la responsabilidad penal por las más lejanas e indeterminadas posibilidades de afectación del bien jurídico."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1309 de las 10:55 horas del 12 de noviembre de 2004.**

#### **16.- DELITO CONTINUADO. Justificación y unidad de acción**

"Sobre el tema del delito continuado también es mucho lo que se ha discutido tanto en doctrina como en la jurisprudencia respecto a los requisitos y al sentido de política criminal que representa, incluso sobre su conveniencia. En cuanto a la conveniencia de esta figura, Zaffaroni apunta que: "*El rechazo del delito continuado no es nuevo. Schmidhäuser le atribuye más perjuicios que ventajas para una jurisprudencia racional, afirmando que para la pena del delito continuado se hace necesario el establecimiento de la prueba de cada uno de los actos particulares, y que nada obsta a que en el recurrente caso de los hurtos de la mucama se construya la pena única conforme a la regla del concurso real, estableciendo para todos los hechos una medida igual*" (Derecho Penal, parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 825). En la jurisprudencia el tema de mayor conflicto ha sido el requisito de "factor final" o como lo señala el artículo 77 del Código Penal "que el agente persiga una misma finalidad", esto porque no puede atribuirse tan sólo a la voluntad del agente la posibilidad de reunir hechos diversos aunque todos sean de la misma especie. Así lo

consideró esta Sala de Casación en el voto 769-F-96 de las diez horas treinta minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis cuando afirmó que: *"la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibidem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidaria, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia –mucho menos el contenido concreto– de una misma finalidad perseguida por el imputado, condición necesaria para esta figura". En igual sentido, también afirmó esta Sala en el voto 00787-F-96 de las nueve horas cincuenta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis que: *"Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos**

*sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui géneris a las reglas del concurso material. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos".* En el caso de las estafas que se le acusan a G. M. C., no puede existir delito continuado tan solo porque su ambición le llevó a realizar diferentes estafas a diferentes ofendidos y ofendidas, aunque utilizara un mismo modo de actuar, esto porque una acción realizada sobre un ofendido, no tuvo ninguna consecuencia o implicación respecto de la realizada a otro, cada una de éstas se agotaba en su ideación y ejecución, sin que exista conexión entre los diferentes hechos, es decir con cada ofendido se agotaba los elementos típicos del delito de estafa, de modo que no existe ninguna relación de fin que las una, para considerar aplicable la figura del delito continuado, excepto lo que se ha dicho sobre la ambición de conseguir un mayor beneficio económico antijurídico, incluso en el tiempo son acciones totalmente separadas, puesto que todos los hechos se realizaron en más de un año. Es necesario, sin embargo, precisar que en el caso de los ofendidos que entregaron diferentes sumas de dinero durante diferentes periodos de tiempo, sí existe una relación de finalidad que hace un monto total de perjuicio para cada uno de estos casos, lo que permite hablar de estafa continuada en los casos del mismo sujeto ofendido, pero no entre los distintos ofendidos y ofendidas. No se desconoce que esta Sala en el voto 440-f-91 de las ocho cuarenta horas del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y uno, aceptó la figura del delito continuado, a pesar de la pluralidad de ofendidos, en esa oportunidad se dijo: *"Según consta en la relación de hechos probados del fallo impugnado, el imputado O. P., valiéndose del cargo y funciones que ejercía en el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como controlar y dispensador del trámite en los casos morosos, cobró recibos ficticios a trece ofendidos abonados de tal servicio público y recibió de ellos el dinero que estos le daban bajo la errónea creencia de que hacían buen pago para la cancelación de sus recibos. Estima esta Sala que tales hechos no constituyen trece delitos de estafa en concurso material sino un delito continuado, toda vez que los mismos guardan entre sí una triple unidad, a saber, la unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad del modo de comisión); unidad del resultado típico (pues los trece delitos lesionan el mismo bien jurídico patrimonial y son incluso de idéntica espe-*

cie) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (pues el imputado persiguió una misma finalidad con las trece estafas que se le atribuyen)". Sin embargo en esa oportunidad no se consideró que la unidad del ilícito personal de la acción no puede descansar tan sólo en la voluntad del imputado, como expresión de su plan delictivo, en el que realiza varias veces la misma acción tan solo para lograr un mayor beneficio patrimonial antijurídico, por lo que la posición que se mantiene para esta Sala de Casación es la expresada en los dos votos anteriores. Conforme todo lo expuesto, no resulta aplicable al presente caso las reglas del delito continuado y en consecuencia lo que procede es anular también en este aspecto la sentencia recurrida."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 454 de las 12:40 horas del 7 de mayo de 2004.**

#### **17.- DESISTIMIENTO VOLUNTARIO. Diferencia con la tentativa. Voluntariedad.**

"Como bien apunta el a quo, tanto el desistimiento como el arrepentimiento activo exigen la *voluntad del agente*. Para eso, es necesario que dicha voluntad se base en motivos propios, no determinados en circunstancias ajenas al mismo sujeto activo. Así lo ha expresado la Sala al darle contenido a estas figuras, que aunque no están contempladas en la legislación penal sustantiva, se emplean en beneficio del procesado (resolución 1208-98 de las 8:55 horas del 11 de diciembre de 1998). Ciertamente, para que hablemos de un desistimiento voluntario o de un arrepentimiento activo, se requiere la no consumación del hecho en virtud de causas dependientes del agente, frase que sin duda alguna, hace referencia a la voluntad del sujeto activo, ya que si dejáramos de lado el tema de la voluntariedad (como lo pretenden los quejosos), llegaríamos a conclusiones absurdas. Veamos algunos ejemplos. Si seguimos la posición de la defensa, se diría que hay un desistimiento voluntario y no una tentativa cuando una persona que tiene encañonada a otra y pretende darle muerte disparándole en su cabeza, desiste de su acción porque un tercero a su vez, lo descubrió o lo amenazó para que interrumpiera su conducta. Asimismo, hablaríamos de un arrepentimiento activo y no de una tentativa cuando una persona que cree que el resultado se producirá a raíz de las acciones ya desplegadas (tentativa acabada), realiza una acción que evita el resultado, verbigracia, le da primeros auxilios a la persona a la que le había disparado en el pecho para darle muerte, porque un tercero a su vez lo obligó, al amenazarlo con un arma o al amenazarlo con denunciarlo ante las autoridades. Como se observa, aunque en ambos casos la no consumación del hecho se produce a raíz de una conducta del agente (porque no disparó y porque le dio primeros auxilios a la víctima), no podría decirse que tales conduc-

tas son *dependientes* del sujeto activo, toda vez que no existe voluntariedad. Claramente, la decisión la toma en virtud de motivos heterónomos, externos y en ese tanto, existe una tentativa y no de desistimiento voluntario o un arrepentimiento activo, respectivamente. En este mismo sentido... (ver) Sala Tercera, resolución n.º 706-F de las 9:30 horas del 17 de diciembre de 1993... Resolución n.º 001208-98 de las 8:55 horas del 11 de diciembre de 1998. En resumen, la aplicación del desistimiento voluntario en nuestro ordenamiento exige una actuación espontánea del sujeto activo, decisión que no depende de circunstancias ajenas a su voluntad, ya que en estos casos, la evitación del resultado no sería atribuible al sujeto activo, sino que dependería de causas *independientes* de él."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1206 de las 9:35 horas del 22 de octubre de 2004**

#### **18.- EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Casos en los que procede la revocatoria**

"En primer término, debe aclararse que del contenido del fallo de mérito aquí impugnado se advierte que, en realidad, los jueces no revocaron directamente el citado beneficio de ejecución condicional de la pena que en su oportunidad le había sido otorgado al señor R. A., sino más bien –de forma escueta, sin mayor análisis– se ordenó comunicar al Juez de Ejecución de la Pena el presente fallo, a fin de que dicha autoridad procediera a decretar la citada revocatoria (cfr. folio 331, líneas 17 a 20). En todo caso, es criterio de esta Sala que, en este caso particular que nos ocupa, tal comunicación resulta improcedente. Al estudiar el expediente que nos ocupa, y según se advierte de la certificación de juzgamientos de folio 240, se advierte que el día 31 de octubre de 2000 el Tribunal Penal de Alajuela condenó al coimputado T. R. A. a descontar un año de prisión por el delito de lesiones culposas en daño del señor J. M. M. A., hecho ocurrido el 14 de junio de 1999. En esta oportunidad se le suspendió la pena por un período de tres años. Asimismo, en la resolución que aquí se impugna a dicho encartado se le impuso el tanto de dos años de prisión por el delito de fraude de simulación, siendo que este hecho ocurrió el mismo día 14 de junio de 1999, pero en horas de la tarde. Como se advierte de lo expuesto, en este caso la revocatoria del beneficio concedido con anterioridad no resulta acertada, pues dicha decisión descansa en una errónea interpretación del artículo 63 del Código Penal cuya violación se acusa. Nótese que, tal y como lo argumentan los impugnantes, si el segundo hecho ilícito se dio *antes* de que se concediera el citado beneficio, es claro que dentro del período de prueba al que fue sometido, el encartado no ha incumplido con las condiciones impuestas a dichos efectos, de donde resulta impropia la re-



vocatoria que se ordenó. En este sentido merece especial atención el hecho de que, en realidad, en vista de que ambas delincuencias fueron cometidas antes de que el agente fuera llevado a juicio, de acuerdo con las reglas de la conexidad que señala el artículo 21, inciso 3) del Código de Procedimientos Penales de 1973, y siendo que de acuerdo a los artículos 22 y 76 del Código Penal se estaba ante un concurso material de delitos, lo procedente era que ambas causas se hubieran acumulado a fin de ser resueltas mediante el dictado de una única sentencia. Al no haberse cumplido con este trámite —lo que obviamente no le es atribuible al acusado— necesariamente debían aplicarse las reglas del concurso real retrospectivo (como en efecto lo indica el fallo de mérito), lo que traería como consecuencia no sólo la imposibilidad de revocar el beneficio acordado en el primer fallo, sino además el que se pudiera descalificar al agente como delincuente primario (en este sentido consúltese el voto de esta Sala n.º 712-99, de las 10:10 horas del 4 de junio de 1999). Esto implica que no resulta acertado el criterio que aducen los juzgadores para comunicar al Juez de Ejecución de la Pena el contenido del presente fallo, ello con el fin de que se revoque el citado beneficio ya concedido, pues resulta claro que de momento no existe declaratoria judicial alguna que establezca que T. R. A. ha cometido algún delito doloso en una fecha posterior a aquella en la que se dictó esa primer sentencia condenatoria (por el delito de lesiones culposas). Debido a lo anterior, dicha decisión se deja sin efecto.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 748 de las 10:40 horas del 25 de junio de 2004**

**19.- ESTAFA. Elementos que configuran el delito**

“El delito de estafa, conforme lo establece el art. 216 del Código Penal, requiere para su configuración que se haga una simulación de hechos falsos para inducir a una persona en error y obtener con esto un beneficio patrimonial antijurídico. Esto fue precisamente lo que tuvo por acreditado el Tribunal para el caso de la ofendida R. P. G., quien por sus condiciones personales, pues se trata de una señora de campo, fue inducida a error por la imputada. No son válidas las observaciones que hace el defensor respecto de que ella actuó en forma “estúpida”, citando en su reclamo doctrina sobre el delito de estafa que se refiere a su anterior configuración, ya que el mismo, fue reformado por Ley n.º 7107 de 4 de noviembre de 1988. En este sentido Francisco Castillo González hace un análisis sobre la tesis de la idoneidad del ardid conforme estaba regulada la estafa antes de 1988 y cómo debe analizarse con el delito actual, afirma Castillo que: “El artículo 216 del Código Penal, antes de la reforma de 1988, hablaba de “artificios y engaños” para describir el

ardid. Esta fórmula, proveniente del derecho penal italiano a través del derecho penal argentino, requería un engaño de mayor intensidad que la simple mentira” ( “El delito de Estafa”, Edit. Juritexto, 1ª ed., San José, Costa Rica, p. 85), en esta misma obra, más adelante este autor señala: “En el artículo 216 del Código Penal no tiene relevancia, a nivel de la tipicidad de la acción, la conducta imprudente de la víctima, o la falta de comprobación de la veracidad del hecho falso, afirmado por el autor. Desde el punto de vista de la tipicidad, la ligereza o imprudencia de la víctima es un problema de la relación causal entre acción engañosa y error de la víctima. Inducción a error (o mantenimiento en error) significa causar o coacusar la falsa representación, y según la teoría de la igualdad de condiciones no tiene importancia la imprudencia de la víctima o su falta de examen diligente sobre la veracidad del hecho, para excluir la relación de causalidad entre la acción engañosa y el error. A igual solución llegan quienes sostienen, en la causalidad, la teoría de la condición adecuada, pues el aprovechamiento consciente de las fallas intelectuales de la víctima, pertenece a la adecuación de la acción de estafa” ( *op. cit.*, p. 108). En el caso que nos ocupa de la ofendida R. P., es claro que fue inducida a error por medio de la ejecución de una serie de hechos falsos creados por la imputada M. C., como fueron hacer creer la existencia de una agrupación para ayudar a personas necesitadas denominada M. M. de J., para lo que utilizó a la coencartada absuelta G. G., representándole como ciertos una serie de hechos falsos, que llevaban como única finalidad que la ofendida se desprendiera de sumas de dinero, también es claro que la imputada se valió de la situación personal de la ofendida, quien enfrentaba una serie de problemas personales que la hicieron más vulnerable al engaño ideado por la imputada. Aceptar la tesis de la defensa, en cuanto a la falta de protección del Derecho Penal, por las condiciones de la ofendida, provocaría desconocer que es delito el aprovecharse de las creencias religiosas de las personas para producir un error y así obtener un beneficio patrimonial antijurídico, lo importante es que se acredite que el sujeto activo simuló un hecho, en este caso, que podía brindarle ayuda económica y espiritual a la ofendida a cambio de la entrega de sumas de dinero, pero esta entrega de dinero no fue voluntaria, sino que fue inducida por las constantes presiones que hacía la imputada para convencer a la señora R. P. que si no entregaba el dinero no iba a lograr la ayuda que requería e incluso que se podía revertir su suerte, en ese sentido la ofendida mencionó cómo fue abordada por la imputada, véase su declaración de folio 568 a 569, todos estos aspectos fueron considerados por los jueces al momento de establecer el delito, por lo que no lleva razón la defensa en este reclamo de fondo.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 454 de las 12:40 horas del 7 de mayo de 2004.**

## 20.- ESTAFA. Estafa procesal o triangular. Consumación formal y material. Tentativa.

"Ahora, y aunque no ha sido motivo de impugnación, considera esta Sala que en el caso concreto los hechos demostrados no son constitutivos de una estafa procesal en grado de tentativa, sino de un delito consumado, ya que contrario a lo que se indicó en la resolución antes transcrita de esta sede e inclusive, en la misma sentencia, la resolución del juez donde despacha ejecución y decreta embargo, basta para que se consume formalmente el ilícito cuando con ella se produce un perjuicio patrimonial. Para que comprendamos lo antes dicho, primero hay que referirse al tema de la consumación formal y material en la estafa. La consumación formal se da cuando se causa el perjuicio patrimonial, mientras que la consumación material se presenta cuando el sujeto activo obtiene el beneficio patrimonial antijurídico que perseguía, finalidad que trasciende el tipo penal. Esta Sala ha dicho antes que para efectos penales, basta con que se dé la consumación formal: *"La exigencia de finalidades posteriores permite, en algunos delitos que sí la contemplan expresamente, por ejemplo la estafa, el fraude de simulación o la extorsión, delitos todos que afectan al patrimonio en su globalidad, distinguir entre dos momentos de consumación: la formal, que se da con la ocasión del perjuicio patrimonial causado, y la consumación material, que se da cuando el agente obtiene la finalidad deseada, específicamente el beneficio patrimonial antijurídico, sea para sí o para un tercero. No obstante, basta la consumación formal para que el delito se tenga como consumado, para los efectos penales correspondientes, pudiendo darse o no la consumación material (...)"* Resolución n.º 420-F-95 de las 10:00 horas del 21 de julio de 1995. En este mismo sentido, señala Carlos Fontán Balestra: *"La estafa se consume en el momento de tener lugar el perjuicio patrimonial. Adelantar ese momento al tiempo de la realización del ardid, supone tener por actos de consumación los que sólo constituyen tentativa. Llevar la consumación al momento en que se obtiene el beneficio, es pretender la concurrencia de un elemento no requerido en el tipo, habida cuenta de que en el Derecho argentino la ventaja patrimonial es sólo un propósito que debe acompañar a la acción"*. FONTÁN BALESTRA (Carlos). **Derecho Penal. Parte Especial**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 15ª edición, 1998, p. 483. Todas estas consideraciones, hechas en relación con la estafa pura y simple, son aplicables también a la estafa procesal. En ésta entonces, bastaría con que el juez dicte resoluciones que lesionen el patrimonio de la víctima para que se tenga como consumado el hecho, aunque se trate de medidas interlocutorias que no ponen fin al proceso. La resolución en la cual se despacha ejecución y se decreta embargo es sin duda una de ellas. Aunque no se ha concluido el proceso de manera definitiva y en consecuencia, el sujeto activo del delito no ha obtenido el beneficio patrimonial antijurídico,

ya existe una consumación formal del delito, toda vez que como consecuencia de la maniobra engañosa, el órgano jurisdiccional emitió resoluciones que lesionan el patrimonio ajeno. En este asunto, eso fue lo que sucedió."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1206 de las 9:35 horas del 22 de octubre de 2004.

## 21.- ESTAFA. Estafa procesal o triangular. Documentos auténticos, pero falsos ideológicamente

"Como se extrae de lo antes expuesto, el a quo tuvo como acreditado que el encartado actuó dolosamente, poniendo al cobro dos títulos valores pese a que las obligaciones que se garantizaron con esos títulos se habían extinguido. La pregunta que surge entonces, es si estos hechos podrían circunscribirse en la estafa o si como señalan los defensores, debieron dilucidarse en la vía civil, a través de las excepciones correspondientes. De previo a darle respuesta al punto, deben hacerse algunas consideraciones sobre la estafa procesal: Este delito como su nombre lo indica, es el que se da dentro del proceso. Se diferencia de la estafa genérica en que tiene como destinatario del ardid al juez. Es a éste a quien se dirige el engaño, a fin de que dicte un fallo —influido o basado en ese ardid o engaño—, donde favorezca injustificadamente a una parte en perjuicio del patrimonio de la otra. Ahora, ese engaño no podría darse con las simples afirmaciones mentirosas de las partes sobre los hechos, ya que el juez no falla basándose en meras aseveraciones sin asidero probatorio, sino que es necesario que el engaño recaiga básicamente en las pruebas ofrecidas y en los elementos de convicción que sean el sustento de la decisión equivocada del juez (en este sentido, véase la resolución n.º 221-97 de las 9:20 horas del 7 de marzo de 1997). El problema es muy claro cuando el sujeto activo emplea probanzas que son materialmente falsas. Sin embargo, los casos donde la probanza aunque materialmente auténtica, es ideológicamente falsa, demanda un estudio más profundo. En el supuesto de documentos verdaderos usados fraudulentamente, algunos autores creen que para que se dé la estafa procesal es necesario que el documento que se pone al cobro sea obtenido o conservado valiéndose de ardid o engaño. Caso contrario, sostienen, la ejecución de un documento ya pagado es atípica: *"El simple hecho que el legitimado al reclamo creditario detente los instrumentos pertinentes luego de cancelada la deuda no constituye delito alguno. Ello así siempre que para continuar con la posesión de esos documentos no se haya valido de ningún ardid o engaño. En ese sentido, se ha establecido que la ejecución de un documento ya pagado no importa nada más que el intento de reclamar el crédito ya satisfecho, que resulta atípico mientras no vaya acompañado de los elementos necesarios para integrar alguna figura penal (...)"* (BÁEZ, Julio. **Lineamien-**

**tos de la estafa procesal.** Buenos Aires, Librería El Foro, 2001, p. 66). Esta posición no puede compartirla esta Sala. En realidad, carece de toda importancia la forma en que el sujeto activo se haya apropiado o mantenga bajo su custodia el documento que ejecuta (verbigracia, sea porque se lo robó al otorgante o porque éste no fue a recogerlo pese a que tenía que hacerlo), ya que el destinatario del engaño o el ardid en la estafa procesal es el juez, al que no le consta lo que ha sucedido entre el sujeto activo que ejecuta el documento y el sujeto que lo otorgó. En resumen, la estafa procesal también podría darse cuando se emplean documentos que aunque son auténticos en su materialidad, son ideológicamente falsos en tanto que no corresponden con la realidad al momento de utilizarlos en el proceso. Esto es precisamente, lo que sucede en la especie. Véase que el encartado puso al cobro dos títulos valores (letras de cambio) pese a que sabía que las obligaciones que se garantizaron con ellos habían sido canceladas. De esta manera, la acción engañosa que comete el sujeto activo no se limita a las afirmaciones mentirosas que hizo en la demanda, sino que éstas se acompañan de prueba inobjetable que ideológicamente es falsa porque da fe de la existencia de una vinculación jurídica que en la realidad no existe. En este punto, debe destacarse que la idoneidad del ardid radica más que todo en la naturaleza de los documentos que aportó el encartado. Sus manifestaciones mentirosas no se acompañan de documentos cualquiera, sino de dos letras de cambio que como títulos valores que son, tienen una enorme fuerza ejecutiva, al extremo de que el juez debe estar a lo que dicen las mismas, salvo prueba en contrario. Tan extrema es la eficacia de las letras de cambio –y en este caso, tan idóneo y apto el engaño–, que si la empresa agravada no hubiese sido precavida, asegurándose prueba del pago, prácticamente era imposible que contrarrestara la eficacia de los títulos valores.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1206 de las 9:35 horas del 22 de octubre de 2004**

## **22.- ESTELIONATO. Consideración sobre la existencia de un hecho incierto. Ley del INVU**

“La referencia a esta normativa resulta de importancia para determinar si G. H. podía vender el inmueble al ofendido, y si éste detentaba un derecho cierto sobre ese bien, que la conducta de la encartada hubiera tomado incierto o litigioso. Según lo dispuesto, para H. A. no era permitido disponer del lote, y no podría hablarse de un derecho de posesión sobre él, porque, en vista de la naturaleza de los inmuebles adjudicados, de interés social, no era la propiedad sobre el lote lo que la institución regulaba mientras el adjudicatario cancelaba la deuda, sino la posesión sobre el lote, que no podía ser traspasada sin permiso del ente, y que era precaria y ni aun las

obras levantadas en el terreno producían derechos a su favor, puesto que el derecho al dominio de la propiedad y la consecuente escritura procedería a favor del adjudicatario hasta que hubiere cumplido a cabalidad todas las disposiciones pertinentes; mientras esto no ocurra la relación será de mera facilitación del lote con sus servicios para que el adjudicatario tenga donde guarecerse. Como el adjudicatario debió reunir ciertos requisitos para ser tal, no podrá ceder ni negociar la vivienda que se le otorgó, sin el permiso de la institución, puesto que el nuevo adquirente debe también cumplir con el perfil para el que está diseñado el sistema de adjudicaciones. Es así como el “derecho” que el ofendido adquirió, al comprar la propiedad, no era negociable en los términos en que se hizo, y el traspaso posterior de ese inmueble, de H. A. a su madre, en nada hizo variar la posición del perjudicado con respecto al terreno, que siempre fue incierta y al margen de la normativa. Lo que impidió que el terreno se traspasara a nombre de la víctima no fue la negociación entre madre e hijo, sino la venta misma de una propiedad que no podía ser negociada en forma alguna sin el permiso previo del INVU. A mayor abundamiento, según declaró en el juicio por usurpación la testigo M. C. R. M., jefa del departamento de estudios sociales del INVU (expediente que fue incorporado por lectura como prueba, folio 351), cuando G. y el perjudicado fueron a consultarle sobre la venta del lote, ella les indicó que era una irregularidad hacer eso y que se podía revocar el derecho del adjudicatario, pues no hubo permiso de la institución para la negociación; cuando volvieron con la carta donde habían hecho la venta, no les dieron el permiso porque no se habían cumplido los requisitos. Indica que luego llevó G. el traspaso hecho a la madre, lo que constituye una nueva irregularidad, en vista de lo cual solicitaron el criterio del departamento legal, el que recomendó que se revocara la adjudicación y se diera el lote a una familia que cumpliera los requisitos. Agrega la testigo que la institución no tiene relación contractual ni con W. ni con E. sino únicamente con G., y es a él a quien se aplica la revocatoria de adjudicación. Aún más, afirma que el comprador conocía las limitaciones que tiene la adjudicación porque a nivel de liderazgo ha manejado algunas situaciones del proyecto y ha tenido relación con el departamento de Trabajo Social que tiene a su cargo el proyecto G. J. R., Considera esta Sala que al ser el inmueble no negociable sin el permiso previo del INVU, el ofendido no podía adquirirlo ni H. A. traspasarlo, por lo que el primero no tendría derecho alguno sobre el bien y el negocio realizado deviene completamente incierto. La Sala Civil consideró que cuando el traspaso se hace bajo la condición de que el INVU lo aprueba, el negocio no será nulo, sino sujeto a una condición suspensiva... (Sala Primera Civil, voto 608-F-2002 de 16:20 horas del 7-08-02). En el presente caso, ninguna condición se puso a la venta, y aunque así hubiera sido, el derecho de esta forma adquirido sería incierto, puesto que no habrá seguridad que la ins-

titución avale el traspaso, pues debe hacer estudio del comprador, el cual ha de reunir los requisitos exigidos para que califique como posible adjudicatario de vivienda de interés social. Como se ha indicado, la conducta de la encartada no fue la que tornó incierto un derecho del ofendido, sino que éste nunca tuvo derecho sobre el bien, y el traspaso realizado fue incierto desde el inicio, lo que convierte en atípica la conducta de la imputada. Si el ofendido actuó de buena fe en la adquisición de la vivienda, sería contra el vendedor contra quien tendría que realizar el reclamo, penal o civil."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 567 de las 11:21 horas del 21 de mayo de 2004.**

### **23.- EXTRAÑAMIENTO. Improcedencia. Principio de legalidad**

"La recurrente expone que la pena de extrañamiento impuesta al encartado resulta ilegal y no está prevista para las delincuencias por las que fue encontrado autor responsable el endilgado, a saber: estafa menor y hurto simple, cuya sanción se establece en un rango de penas de prisión. En este orden de ideas, la pena impuesta vulnera los artículos 1, 50, 208 y 216, inciso a) del Código Penal, consecuentemente el fallo impugnado contiene el vicio previsto en el ordinal 369, inciso l) del Código Procesal Penal. Se solicita se case la sentencia y que al haberse acreditado los delitos por parte del Ministerio Público, se imponga la pena de prisión solicitada. **El reproche es de recibo:** lleva razón en su alegato la representante fiscal, al aducir como único reparo por razones *in iudicando*, errónea aplicación de los artículos 1, 50, 208 y 216, inciso a) del Código Penal por violación al principio de legalidad, ya que la pena de extrañamiento contenida en el numeral 52 del citado cuerpo legal, no se encuentra prevista como sanción en ninguno de los tipos penales contemplados en ese Código, por lo que su imposición por parte del *a quo* resulta ilegítima, dado que el principio de legalidad obliga a que sólo se pueda imponer la pena de previo establecida para la figura penal de que se trate (*lex praevia*)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 658 de las 9:55 horas del 11 de junio de 2004.**

### **24.- EVASIÓN. Concurso aparente con privación de libertad o resistencia a la autoridad.**

"El concepto de unidad de acción no debe ser entendido en sentido naturalístico, sino que se trata de una noción propia del derecho penal, es decir una noción en sentido jurídico, por su parte, el concurso aparente de normas; *"se presenta siempre que una sola acción se*

*adecua a las descripciones de varios tipos penales... Aceptado por la doctrina mayoritaria que el concurso aparente de hechos punibles es un caso de unidad de acción, debe entonces reconocerse que dicha figura sólo se presentará cuando alguien en cumplimiento de una sola finalidad lesione o ponga en peligro por una sola vez un bien jurídico entendido como realidad social; esto significa que si examinada una situación concreta se llega a la conclusión de que ella corresponde a una pluralidad de acciones y en consecuencia a una multiplicidad de delitos no estaremos en frente de una hipótesis de concurso aparente"* (Reyes Alvarado, Yesid "El Concurso de Delitos, Colombia, 1990, p. 89). En el caso que nos ocupa, no llevan razón los representantes del Ministerio Público cuando hablan de concurso material en la acción desplegada por los imputados al momento que llegan a las Oficinas del O.I.J. en Alajuela para sus diligencias judiciales. Véase que en los hechos probados de la sentencia se establece que al momento en que la policía abre la puerta en la que trasladaban a los imputados, estos proceden a bajarse del vehículo sin llevar puestas sus esposas y se inician los actos de violencia que los imputados realizaron para lograr el objetivo de su evasión. Estos actos de violencia comprendieron la inmovilización momentánea de los policías y una serie de golpes, pero todo esto ocurre estando dentro del Garaje de la Sección de Cárceles del Organismo de Investigación Judicial en Alajuela (ver hechos probados de la sentencia del 5 al 8). Cuando los imputados se dan cuenta que no pueden huir utilizando el vehículo de cárceles porque no tenía las llaves, ejercen violencia y privan momentáneamente de libertad a los oficiales custodios, para lograr su liberación, sin embargo, los imputados fueron reducidos a la impotencia porque se presentaron más oficiales de policía quienes lucharon cuerpo a cuerpo con los imputados hasta que lograron controlarlos y evitar que se fugaran (ver hechos probados 9 y 10). Es evidente que se trata de una sola acción en el sentido jurídico penal, aunque físicamente comprendieron varios movimientos corporales de los acusados, pero todos están en relación con la intención de evadirse. Ahora bien, sería necesario también establecer por qué en este caso, tratándose de una sola acción, no se aplican las diversas disposiciones penales que pudieran considerarse violentadas, es decir la privación de libertad a que fueron sometidos los oficiales para pretender escaparse los imputados, y la fuerza o violencia que se ejerció sobre estos para evitar la fuga. Entre el concurso ideal y el llamado concurso aparente de normas la distinción que se hace es si las disposiciones legales que resultan posibles se excluyen o no entre sí. Para el caso que nos ocupa debe analizarse el tipo penal de la evasión, conforme al art. 326 del Código Penal, la pena será de seis meses a dos años si la evasión se realizare por medio de intimidación o violencia en las personas o fuerza en las cosas, de modo que está comprendido en esta forma más grave de evasión, la violencia física que se

ejerció sobre las autoridades para lograr la evasión. Distinto habría sido si se tratara de personas que no ejercen la custodia sobre los sujetos, o si una vez logrado el propósito de su libertad, los sujetos deciden llevarse con ellos fuera del lugar a los custodios, utilizándolos como rehenes para lograr que no los persiguieran. Respecto del delito de privación de libertad, se aplica la jurisprudencia de esta Sala que en el **voto 2003-00971** de las 12:45 horas del 24 de octubre de 2003 afirmó lo siguiente: *"esta Sala ha determinado que el acto material de privar a otra persona de su libertad momentáneamente y cuando ello sea necesario para afectar otro bien jurídico, no integra por sí mismo el delito de privación de libertad. Al respecto, conviene recordar que: "... la violación (al igual que otra serie de delitos, como podría ser el robo con violencia sobre las personas o los que atentan contra la integridad física de las personas) subsume la privación de libertad necesaria para la realización del delito final, en tanto en el disvalor de su comisión se incluye por lógica el disvalor de la privación de libertad inevitable para aquella. Pero la privación de libertad subsumida y que configuraría un concurso aparente de normas, sería únicamente esa, la necesaria para cometer la violación (o el robo o las lesiones, supóngase). La privación de libertad adicional a la necesaria, como es la que se extiende por gusto, ánimo ofensivo o para procurar la impunidad, por ejemplo, no está incluida en aquella requerida para cometer el delito final, por lo que no quedaría cubierta por este. Lo mismo puede decirse de la privación previa de libertad que, aunque encaminada a ese ilícito, no es necesaria para ello, como sería verbigracia el caso de quien, para cometer una violación, retiene a la persona ofendida por un tiempo más extenso de lo imprescindible para el acometimiento sexual..."*. Por esto es que no se comparte el criterio externado en el recurso del Ministerio Público cuando afirma que el delito de evasión con fuerza e intimidación en las personas no excluye al delito de privación de libertad y de resistencia a la autoridad, cuando expresamente esta comprendidas esas acciones como formas para lograr consumir la evasión. Por esto no existe un error en la aplicación de la ley penal, aunque el Tribunal hubiera relatado en los hechos probados que hubo fuerza sobre las autoridades para evitar la fuga y que hubo una privación de libertad, esto porque la sentencia debe considerarse como una unidad lógica y jurídica en la que, cuando se analiza la calificación legal se explica por qué no resultan aplicables estas otras figuras delictivas."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 999 de las 11:10 horas del 20 de agosto de 2004**

## **25.- EVASIÓN. Inexistencia en régimen de confianza**

"La conducta que el legislador ha tipificado como

"evasión" presupone, desde la descripción del tipo penal, la privación de libertad del sujeto activo, no tanto por la existencia de un fallo condenatorio firme, sino de motivos que justifiquen legalmente la reclusión y que el agente frustré con su fuga. Entonces, es claro cómo para hablar de evasión, se requiere necesariamente de la existencia de restricciones reales y actuales de la libertad ambulatoria, con algún tipo de vigilancia y contención como obstáculos para impedir la libre circulación y como aseguradores de la contención antes mencionada tal y como desde antigua data lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre otros, resoluciones 146-F de las 9:20 horas del 27 de mayo de 1988 y 504-F-92 de las 9:10 horas del 30 de octubre de 1992). En el caso concreto, está acreditado que P. V. gozaba de un régimen abierto de confianza, que le permitía alejarse del Centro de viernes a domingo, día en que debía regresar. Es evidente que en este supuesto, pese a que el justiciable se encontraba legalmente condenado a descontar pena de prisión, la forma en que administrativamente se dio ejecución a la misma, no permitiría hablar de que al no haber regresado el día correspondiente, el acusado se evadió, pues precisamente su libertad favoreció la decisión de no regresar, incumpliendo el régimen de que gozaba, pero sin que su conducta pueda calificarse como evasión. Así las cosas, procede acoger el reclamo."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 877 de las 9:25 horas del 23 de julio de 2004.**

## **26.- EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL. Defensa de la niñez. Obligación del Estado**

"La Convención sobre Derechos del Niño, vigente en nuestro país desde 1990, obliga al Estado costarricense a garantizar la protección de los niños contra las diversas formas de explotación y abuso sexual. En concreto, en el artículo 19, inciso 1) señala: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"*. Por su parte, el artículo 34 indica: *"Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos"*.

cos". (el destacado es nuestro). La protección de los menores de edad también se impone en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 24, inciso 1) señala: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: "Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (artículo 19). Finalmente, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que tiene por objeto la lucha contra la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil, hace énfasis en la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, detectar, investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de actos "de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual" (artículo 10). Como se deriva de la normativa ya citada, el Estado costarricense está obligado a tomar las medidas necesarias para proteger a los menores de edad de la explotación o abuso sexual que en lo aplicable al caso en examen, puede darse a través de materiales pornográficos (inciso c) del artículo 34 de la Convención sobre Derechos del Niño)."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004

## 27.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Bien jurídico tutelado

"Mediante la Ley n.º 7899 del 3 de agosto de 1999, publicada el 17 de agosto de ese año, la Asamblea Legislativa cumple con los requerimientos de la Convención al darle persecución penal a las conductas que implican la explotación o abuso sexual de menores en la producción de pornografía (artículo 173 del Código Penal) y su difusión (artículo 174 del mismo cuerpo legal). En lo que interesa, el artículo 173 señala: "Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. (...)" (El destacado es nuestro). **El bien jurídico tutelado en el numeral 173:** La norma protege la indemnidad de los menores de edad, evitando que sean usados o lo sea su imagen en la producción de pornografía. Según se desprende del artículo se tutela la dignidad del niño como persona y su derecho a un sano desarrollo. El tipo penal protege un bien jurídico individual, ya que los actos que se reprochan deben darse en perjuicio de uno o varios menores determina-

dos, sea porque se les utilice en la producción del material pornográfico o porque se use su imagen. El bien jurídico se lesiona desde el momento mismo en que se involucra a los menores de edad en la producción del material (verbigracia, posando en fotografías), o se emplea su imagen ya que ese acto supone un menosprecio de la dignidad y autoestima de los primeros."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004.

## 28.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Acciones típicas, producir y fabricar

"Fabricar, según la Real Academia Española, significa "(...) *Elaborar. Hacer, (...)*" (Diccionario de la Lengua Española. España: Editorial Espasa Calpe S.A., vigésima segunda edición, 2001). La fabricación entonces equivale a hacer o elaborar un objeto—que en el caso en examen, sería material pornográfico—. Por su parte, el verbo producir se define como "(...) *Procurar, originar, ocasionar. Fabricar, elaborar cosas útiles. (...) Crear cosas o servicios con valor económico*" (Real Academia Española, *Ibid.*). El concepto de producción también puede interpretarse tomando como referencia la persona del productor y los significados que da el DRAE de esta palabra: "3. *Persona que con responsabilidad financiera y comercial organiza la realización de una obra cinematográfica, discográfica, televisiva, etc., y aporta el capital necesario.* 4. *Empresa o asociación de personas que se dedican a la producción cinematográfica o discográfica*" (*Ibid.*). En síntesis, tanto la producción como la fabricación son sinónimos de elaboración, palabra que implica un proceso de transformación de una cosa o la obtención de un producto a través de un trabajo adecuado, o la ideación o invención de algo complejo (DRAE, *Ibid.*). *Fabrica o produce* el sujeto que *hace*, que *construye*, que *elabora*, que *crea u obtiene* una obra o producto. En igual sentido al expuesto, la doctrina nacional señala que tratándose del numeral 173 citado "Entra en el concepto de producción, la reproducción de revistas, videos o discos compactos. (...) **Fabrica tanto el que por su propia cuenta origina o reproduce material pornográfico, como el que financia la producción o fabricación. Incluso, entran en el término acciones como escribir, filmar, retratar, dibujar, editar la voz o imagen de un menor.** (...)" (El destacado es nuestro). RODRÍGUEZ, Alexander. Análisis crítico de la Ley contra la explotación sexual en personas menores de edad, *Med. leg. Costa Rica*. [online]. mar. 2002, vol.19, no.1 [citado 7 Noviembre 2004], p.49-58. Artículo disponible en la dirección: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S140900152002000100005&lng=es=0](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100005&lng=es=0) Como se extrae de lo indicado, fabrica o produce pornografía el que la crea, la elabora, la origina o construye. Asimismo,

la actividad de producción ha sido definida desde una óptica ius-informativa como *"la fase de incorporación del mensaje al soporte que ha de conducirlo"* (GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. Pornografía infantil en internet. <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil4.shtml>). De todo lo antes expuesto concluye esta Sala que la producción del material pornográfico implica el **proceso** de creación o elaboración que culmina con la incorporación del mensaje en el soporte."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004**

### 29.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Concepto de "material pornográfico". Soporte sobre el que se puede introducir

"Según el DRAE, lo material es *"Pertenciente o relativo a la materia. Opuesto a lo espiritual. (...) Cada una de las materias que se necesitan para una obra, o el conjunto de ellas. (...)"* La materialización se da cuando la idea o el proyecto adquiere una naturaleza material y sensible. Por su parte, lo pornográfico hace referencia al *"Carácter obsceno de obras literarias o artísticas"* (Real Academia Española. *Ibid.*) El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, define como pornografía infantil *"toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicándose a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un niño, con fines principalmente sexuales"* (artículo 2). Así las cosas, según se extrae del Protocolo y de la misma definición del DRAE que hace referencia a la naturaleza obscena de la obra, la pornografía debe entenderse como la representación de los menores de edad en actividades sexuales o de los órganos sexuales de un niño con fines sexuales, cualquiera que sea el medio o el soporte en que se dé esa representación, en tanto exista alguno. Si pensamos en la noción de materia pornográfica que menciona el artículo 173 entendemos que la norma pone el énfasis en el soporte mismo de esa representación, que bien podría tratarse de fotografías, negativos fotográficos, un rollo de película fotográfica que contiene las imágenes, diapositivas, revistas, libros, dibujos, cintas de video, discos de computadora u otros archivos. Lo importante entonces, es que la representación esté inserta en un soporte material que muestre a un niño o una niña en un contexto sexual. No comprenderlo de esta manera quebranta el espíritu de la norma, ya que se estaría desconociendo que el empleo de los menores de edad o sus imágenes en la elaboración de material pornográfico puede darse de innumerables maneras. Hoy día, el avance de las tecnologías ha superado sobradamente la era de la escritura y la imprenta y en ese tanto, la producción de

pornografía infantil ha adquirido matices insospechados. En resumen, desde que se crea el soporte que contiene la representación puede considerarse que el mensaje ya está producido y lo que suceda con posterioridad a este momento carece de importancia a efectos de la consumación de este tipo penal."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004**

### 30.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Utilización de personas menores de edad o su imagen

"La utilización de menores de edad o su imagen en la producción o fabricación del material pornográfico está vinculada con la actividad de creación del mensaje. Según la doctrina, *"desde el punto de vista jurídico-informativo, como ha señalado Pilar Cósido, "la creación afecta a la génesis de los mensajes y al modo o puesta en forma de cada uno de ellos, según su especie, para adaptarlo al lenguaje de cada medio" y, en el caso de la pornografía infantil, consistirá en la captación de las imágenes y escenas de los menores involucrados en una actividad sexual para su posterior incorporación y adaptación del correspondiente soporte"*. GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. Pornografía infantil en internet. <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil4.shtml>). Los menores de edad entonces se utilizan en la producción de pornografía cuando se les involucra en actividades con el fin de captarlos —a través de diversos mecanismos— o bien, cuando se emplean las imágenes que ya existen de ellos para luego incorporarlas a un soporte determinado".

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004.**

### 31.- FABRICACIÓN O PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA. Se configura al tomarse las fotografías

"Aplicando estos conceptos al presente asunto, estima esta Sala que el acusado consumó la conducta que describe el numeral 173 citado. El encartado ejecutó el verbo típico que contempla la norma desde el momento mismo en que utilizó a las menores de edad en el proceso de fabricación o producción de las fotografías, con independencia de lo que sucediera posteriormente con el rollo que contenía esas imágenes. No puede perderse de vista que el bien jurídico tutelado se ha visto lesionado desde el momento mismo en que el procesado captura la imagen de las niñas con la cámara y crea el soporte material que las contiene. Aunado a esto, como ya indicamos antes el concepto de materia pornográfica es muy

amplio. Sin que se esté haciendo una interpretación extensiva de estos términos, es obvio que hoy día no se reduce a la escritura o imprenta sino a *la representación que se obtiene de los menores de edad incorporada en un soporte* y entre los cuales podría incluirse el rollo fotográfico. Tan es así que el rollo podría comercializarse e incluso, cualquiera que tuviese las condiciones para ello (verbigracia, un cuarto de revelado), tendría acceso a las fotografías, al igual que tratándose de fotografías digitales tiene acceso cualquiera que tenga una computadora y el programa respectivo. Finalmente, resta indicar que el tipo penal no se configura solamente con el uso de "la imagen" de personas menores de edad en la producción o fabricación de pornografía. También se sanciona el *empleo directo* de estas personas."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1391 de las 9:50 horas del 3 de diciembre de 2004.**

### **32.- FALSEDAD IDEOLÓGICA. Elementos para su configuración. Documento público**

"Los hechos que tuvo por demostrados el Tribunal no configuran el delito de falsedad ideológica, esto porque efectivamente, las cotizaciones de servicio presentadas ante el Instituto Nacional de Aprendizaje y que resultaron ser falsas, no eran un documento público. Uno de los elementos objetivos de esta figura penal, es precisamente que se trate de un documento público o auténtico. Este requisito es un elemento normativo del tipo, que requiere de interpretación por parte del operador del derecho, a fin de darle contenido a lo que se considera es un documento público. En ese sentido, el artículo 369 del Código Procesal Civil señala, que: "*Son documentos públicos todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones*". Por otro lado, para que el delito de falsedad ideológica se configure, de acuerdo con el artículo 360 del Código Penal, se requiere no sólo que el documento sea público, sino también que la acción sea insertar o hacer insertar declaraciones falsas en el mismo, concernientes a un hecho que el documento deba probar. Si lo que se hace es un documento falso en todo su contenido y no es hecho por funcionario público en razón de su cargo, ni se trata de un instrumento público, no puede existir el delito de falsedad ideológica. Esto no implica, sin embargo, que no exista un documento falso y que por lo tanto el utilizarlo configure precisamente el delito de uso de documento falso. Por esto, no lleva razón la defensa respecto de que no exista otro delito que encuadre en los mismos hechos. Es así como las acciones realizadas por L. C., encuadran en el delito de uso de documento falso, en tanto que conociendo el imputado que las personas particulares no habían presentado ninguna cotización, utiliza estos docu-

mentos falsos, con el fin de hacer incurrir en error a la Institución en que laboraba sustrayendo de esa forma los dineros que se generaron a partir de las cotizaciones falsas."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1294 de las 9:35 horas del 12 de noviembre de 2004.**

### **33.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Consideraciones sobre el concepto de bienes gananciales**

"Los reclamos se encuentran relacionados entre sí, por lo cual se resolverán en conjunto. El reproche se centra en la determinación de si la propiedad en discusión es o no un bien ganancial, y de qué manera correspondía probarlo. Es por ello que resulta de importancia determinar el concepto de bien ganancial: "*El calificativo de ganancial, en su filosofía y en el ordenamiento jurídico positivo, hace referencia a un determinado bien, adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial, mediante el esfuerzo y la cooperación, reales y efectivos, de ambos cónyuges. En relación con su significado, se ha indicado que "bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos"* (TREJOS SALAS, Gerardo, *Derecho de Familia Costarricense*, Tomo I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1990, p. 180). Según el fallo, parte de la propiedad objeto de esta causa se adquirió durante la convivencia de imputado y ofendida. El centro del alegato estriba, pues, en la condición gratuita u onerosa del contrato de cesión por el cual el encartado se adjudicó parte de la propiedad motivo de la discusión. Debe recordarse que la condición de ganancial de un bien se presume: "*El carácter de ganancial se presume respecto de aquellos bienes que han sido adquiridos durante la vigencia plena del matrimonio, pues se considera que han sido obtenidos en virtud del esfuerzo conjunto, de ambos consortes: "(...) los tribunales exigen a quien niega la calidad de gananciales a determinados bienes, la prueba de ello, que si no se aporta, permite tener el bien como adquirido a título oneroso dentro del matrimonio y por tanto sujeto a liquidación. Podemos afirmar así, que en lugar de una presunción de comunidad de bienes, lo que se da ahora es una presunción de ganancialidad de esos bienes"* (TREJOS (Gerardo) y RAMÍREZ (Marina), *Derecho de Familia Costarricense*, Tomo I, quinta edición, Editorial Juricentro, San José, 1999, p. 225). En el Registro Público, figura la accionante como propietaria de la finca



matrícula N° 362142, la cual, según la información que allí consta, fue adquirida por ella mediante compraventa (seá, a título oneroso) durante su unión matrimonial con el demandado, por lo que se ve afectada por la presunción de ganancialidad, a la cual se ha hecho mención, pero ello admite prueba en contrario. Ahora bien, en esta materia resulta fundamental averiguar la verdad real, es decir, que debe investigarse, más allá de la información que pueda constar en el Registro de la Propiedad, para establecer si el bien fue obtenido mediante el esfuerzo común de los cónyuges; pues esto es, precisamente, lo que constituye la esencia y lo que caracteriza al instituto de los gananciales: "No existe en doctrina una definición exacta del concepto de bienes gananciales, debido a que, las legislaciones omiten definir el término, señalando en forma taxativa cuáles bienes tienen ese carácter y cuáles no. Sin embargo, su fundamento jurídico se encuentra en una idea fundamental, de acuerdo con la cual, son considerados gananciales los bienes que, adquiridos durante el matrimonio, hagan acrecer el patrimonio de los cónyuges, debido a una presunción legal que, da por un hecho, que ese aumento se debe a la colaboración de ambos, ya sea directamente —con el aporte material—, o indirectamente —mediante apoyo moral, cuidados, ahorro y demás formas de cooperación—" (subrayado por el redactor) TREJOS (Gerardo) y RAMÍREZ (Marina), op. cit., p. 222" (Sala Segunda, voto número 00202-2001 de 10:10 horas del 4-04-01). Por su parte, como excepción a la condición de ganancial de un bien, el artículo 41 del Código de Familia dispone: "Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1.- los que fueron introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; 2.- Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;

3.- Aquellos que la causa de adquisición precedió al matrimonio; 4.- Los muebles o inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y

5.- Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges".

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 761 de las 11:28 horas del 25 de junio de 2004**

### **34.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Elementos subjetivos. Ventaja antijurídica**

"Como se observa, además del dolo —que en esencia, implica la realización de un contrato, un acto, una gestión o escrito judicial a sabiendas de que es simulado—, se requiere un elemento subjetivo adicional, en concreto, la intención de obtener un beneficio indebido, entendido éste como una ventaja patrimonial con respec-

to a algo sobre lo que no se tiene derecho alguno. Asimismo, se requiere la causación de un perjuicio patrimonial. En este sentido, se señala: "Bajo el concepto de fraude de simulación, el artículo 218 del Código Penal prevé varias conductas heterogéneas, todas las cuales son dirigidas a lesionar el patrimonio ajeno y a obtener un beneficio patrimonial indebido" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El Delito de Estafa*, San José: Juritexto, 2001, p. 27). Con relación al beneficio indebido, queda claro si el sujeto activo tiene una pretensión jurídica fundada sobre la ventaja que pretende, no se configuraría este elemento subjetivo del tipo penal. Sobre la antijuridicidad del beneficio patrimonial en el tipo penal de la estafa, apunta el citado jurista: "La antijuridicidad del beneficio patrimonial no deriva del modo o la forma en que se obtuvo la ventaja patrimonial. De lo contrario, sería esta la utilización del engaño para la obtención de una pretensión jurídica materialmente fundada. Deriva, como dijimos, de la contradicción objetiva del beneficio patrimonial perseguido por el autor con el derecho materialmente objetivo" (Ibid., p. 227). Aunque en el texto transcrito se hace referencia al tipo penal de la estafa, las consideraciones vertidas en cuanto al beneficio patrimonial antijurídico son aplicables al fraude de simulación, ya que como indicamos antes, también en este último delito el beneficio indebido hace referencia a una ventaja patrimonial, con relación a la cual no se tiene derecho alguno. En síntesis, el elemento subjetivo del tipo penal adicional al dolo sólo se presenta cuando la ventaja no se basa en una pretensión jurídica materialmente fundada, con independencia de la forma en que se obtuvo esa ventaja. Aplicando estas consideraciones al caso concreto, concluimos que como indicó el Tribunal, M. E. no cometió el delito de fraude de simulación. Aunque se interpuso un proceso ejecutivo simple simulado de manera dolosa, la ventaja que buscaba el acusado con esa simulación no era indebida. En efecto, la recuperación del vehículo no es una ventaja infundada sino que se basa en el derecho de propiedad que tenía M. E. sobre un bien mueble inscrito a su nombre. En este punto, se reitera que lo indebido del beneficio debe determinarse a través de la conformidad de la pretensión con el derecho, con independencia de lo cuestionable que sean los métodos para alcanzarla. Con relación al perjuicio a otro, recordemos que partiendo de la teoría jurídico-económica del patrimonio, éste ocurre cuando se da "(...) una disminución del valor total de los valores pertenecientes a una persona, que están jurídicamente dentro de su patrimonio, y que constituyen una situación que puede valorarse como no contraria a la ley o la ética social" (Ibid., p. 220). Para la teoría jurídico-económica, "(...) solamente aquellas relaciones jurídicas reconocidas pueden ser objeto de protección; por tanto, aquel poder de hecho sobre un objeto patrimonial que el Derecho Privado o Público desapruueba, no puede ser objeto de protección por las disposiciones penales sobre delitos patrimoniales. Lo anterior significa,

entonces, que en el concepto de patrimonio entran no solamente derechos subjetivos, sino aquellas posiciones patrimoniales, sobre las cuales el sujeto tiene un poder dispositivo que tiene el respaldo del orden jurídico, o al menos que no tienen la desaprobación del orden jurídico. Partiendo de la unidad del orden jurídico, dice la teoría jurídica económica, no se puede tener como objeto de protección en el Derecho Penal aquello que no es protegido por otras ramas del ordenamiento. Por tanto, esta teoría excluye del concepto de patrimonio penal todo aquello que es materia de negocios prohibidos e ilícitos. (...) No cabe duda que la concepción "jurídico-económica" del patrimonio es la correcta. Ella permite, por un lado, tener como parte del patrimonio todas aquellas posiciones económicas de una persona, que tengan un valor monetario y por otro lado, excluir del concepto de patrimonio aquellas relaciones patrimoniales sobre las cuales el agente carece de un poder dispositivo jurídicamente tutelado, debido al carácter ilícito o ilegal del negocio jurídico que les dio base" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. **El delito de extorsión**. San José: Seletex Editores, 1991, pp. 39 y 41). Como se observa, el perjuicio implica la disminución de los valores totales que una persona tiene dentro de su patrimonio y en este caso, el bien mueble no era parte del patrimonio de la víctima. Aunque se indique en la sentencia que había adquirido de buena fe de manos de G. S., de la resolución también se extrae que este sujeto tampoco tenía un derecho o una posición patrimonial sobre el automóvil y en consecuencia, no podía darle al agraviado más de lo que él mismo tenía."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 751 de las 10:54 horas del 25 de junio de 2004**

### **35.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Existencia del perjuicio, aun cuando no se determinó el monto**

"Contrario a lo que indica el impugnante de manera subjetiva, de los hechos demostrados se extrae que la ofendida sufrió un perjuicio. En concreto, se indica que con los traspasos simulados que realizó el encartado a su hermana, impidió que la ofendida ejecutara la resolución n.º 42-97 del Juzgado Civil del Segundo Circuito Judicial de San José, donde se declaró que adquiriría derechos sobre los bienes constatados en el patrimonio del imputado (folios 335 y 336 frente). Este sin duda alguna, es el daño patrimonial que se le causó a la señora L. V. V. sin que sean necesarias mayores precisiones para que la sentencia permanezca incólume. Amén de lo expuesto, véase que aunque no se indicó con certeza el monto del perjuicio patrimonial causado, de las probanzas se extrae con claridad que el mismo excedió de diez veces el salario base (que para el año 1995 era de cincuenta y cinco mil ochocientos colones), pues se trata de un depósito a plazo por un millón y medio de colones y varias fincas

traspasadas en esa forma, de ahí que ni siquiera pueda cuestionarse que el vicio impide que se defina cuál es la norma aplicable. En este sentido, véase que con sólo el traspaso simulado del certificado de depósito a plazo por un millón quinientos mil colones, la agraviada se vio perjudicada en la mitad como derecho ganancial (folio 182 frente), monto que haría aplicable el numeral 218 en relación con el artículo 216, inciso 2) del Código Penal, toda vez que excede los quinientos cincuenta y ocho mil colones que para el año 1995, correspondían a diez veces el salario base. Habiéndose acreditado en sentencia que los acusados causaron un perjuicio en las expectativas de derecho de la cónyuge aquí ofendida, se rechaza el presente motivo."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 703 de las 9:45 horas del 18 de junio de 2004**

### **36.- FRAUDE DE SIMULACIÓN. Afectación de expectativas de derecho**

"(...)se hace necesario señalar que, según lo ha entendido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala, para que se configure el delito de fraude de simulación no se requiere que el contrato, acto, gestión o escrito judicial simulados, lesionen o tengan la virtud de lesiona, derechos patrimoniales ajenos ya declarados o constituidos, pues para ello basta la afectación de simples expectativas de derecho. En este sentido (con relación al eventual derecho de gananciales, cuyos principios son aplicables al caso que nos ocupa) se ha indicado que la conducta simulada bien podría estar afectando a una simple expectativa de derecho: "...ha señalado reiteradamente la jurisprudencia que: «Si bien es cierto que si no existieren capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiera durante él por cualquier título, además de los frutos de unos y otros también lo es que dicha situación se da durante la vida normal del matrimonio y en negociaciones ciertas, pues con base en el principio de que toda regla tiene su excepción, cuando el matrimonio sufre quebrantos y se vislumbra su disolución, no es posible aplicar tal disposición de manera absoluta, cuando un cónyuge se deshace de sus bienes mediante traspasos aparentes y con el único fin de eliminar los gananciales del otro» (Sala Primera Civil, N.º 4 de las 15:15 horas del 6 de enero de 1978 y Sala Tercera, V-792-F de las 11:16 horas del 22 de diciembre de 1995). De ahí que el hecho acusado y acreditado haya sido correctamente calificado como constitutivo del delito de Fraude de simulación, previsto y sancionado en el artículo 218 del Código Penal, ya que ambos encartados —madre e hijo— dolosamente hicieron un contrato simulado para obtener un beneficio indebido, en perjuicio de las expectativas de derecho de la cónyuge

ge aquí ofendida ...” Voto n.º 637-98, de las nueve horas veinte minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y ocho (en el mismo sentido el voto 792-95, de las 11:16 horas del 22 de diciembre de 1995). De acuerdo con lo anterior, es claro que en la especie, aún cuando no se haya tenido por demostrada la existencia de un fallo condenatorio en lo civil que venga a determinar y declarar de pleno derecho una obligación del imputado T. R. A., según la cual deba cancelar un monto concreto a favor del ofendido, ello en nada desnaturaliza el juicio de tipicidad, pues en la sentencia que se objeta se tuvo por demostrado que en horas de la tarde *del mismo día* en el cual se dio una colisión entre el vehículo que éste conducía y la motocicleta que a su vez conducía el ofendido J. M. M. A. (hechos por los cuales más adelante el primero fue condenado en sede penal, donde se le declaró autor responsable del delito de lesiones culposas), los aquí encartados comparecieron ante un notario público ante el cual otorgaron y firmaron una escritura en la cual T. le traspasó simuladamente a su hermano J. M., su titularidad sobre la *nuda* propiedad de tres fincas inscritas en el Registro Público, todo ello con el evidente y notorio propósito de sustraer dichos bienes al eventual reclamo indemnizatorio del ofendido que se cernía sobre el primero, todo sustentado en que ya desde entonces se sabía responsable del referido accidente de tránsito, mismo que le deparó serios daños y perjuicios al señor M. A., quien quedó parapléjico y perdió el 80% de su capacidad general orgánica (cfr. folio 305, línea 26 en adelante). Tales hechos en efecto configuran el delito por el cual se condenó a ambos encartados.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 748 de las 10:40 horas del 25 de junio de 2004.**

### **37.- HOMICIDIO CALIFICADO. Alevosía. Deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos**

“La calificante recogida en el inciso 3º del numeral 112 del Código Penal, requiere – objetivamente – que la víctima se encuentre en situación de indefensión, de modo que le impida oponer un nivel de resistencia que implique riesgo alguno para el autor. Ésta puede proceder; “... de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque...o de las condiciones en que aquella se encuentra...procurada por el autor...o simplemente aprovechada por él...” (Creus, Carlos: Derecho Penal, parte especial, tomo I, 3ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 28). En la especie, el Tribunal fundó la existencia de la causal de alevosía, en que el acometimiento lo produjo el encartado mientras J.C se encontraba solo, de espaldas y hablando por teléfono en su oficina. Sin embargo, aparejado a dichos requisitos de carácter objetivo, la agravante contiene otros de naturaleza subjetiva, circunstancia obviada por el aquo en su fundamentación, pese a reconocer doctrinariamente su existencia. En es-

te sentido, la motivación consignada en el fallo remite exclusivamente a condiciones de carácter objetivo... (folios 514-515). Resulta claro, que para que se configure la circunstancia de alevosía, no se requiere premeditación respecto de las condiciones aprovechadas y que reportan menor oportunidad de defensa para la víctima, a favor de su atacante. Pero persiste la obligación de demostrar que el encartado conoció las circunstancias que le eran favorables a su propósito homicida, y que quiso valerse de ellas (al respecto, Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 36-37). En otras palabras, no se requiere premeditación, pero sí preordenación de las condiciones procuradas o aprovechadas por el agente para alcanzar su finalidad. Tal y como lo ha indicado esta Sala: “... no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias.” (voto # 212 de 9:00 horas del 23 de febrero de 2001). No obstante, en el caso concreto la pre-ordenación no solo resulta indemostrada, sino que a partir de la descripción fáctica realizada por los propios Juzgadores de instancia, es insostenible. Son dos – básicamente – los elementos a partir de los que lo anterior puede inferirse: Primero, porque conforme tuvo por acreditado el Tribunal sentenciador: “... se puede asegurar con absoluta certeza que el imputado desde que se presentó en la Municipalidad de Montes de Oro tenía la clara intención de acabar con la vida de don A...”, (folio 514) y en segundo lugar, porque como bien indicó a continuación el aquo, el imputado no podía conocer la situación en que se encontraba el perjudicado en el interior de su oficina, pues se encontraba cerrada. Se tuvo por cierto, que el justiciable ingresó al edificio municipal donde laboraba el agraviado, dirigiéndose sin detenerse a la oficina de éste, abrió la puerta y acto seguido –sin solución de continuidad y de forma rápida– acometió contra su víctima. Los hechos acreditados no dan lugar a razonar, como lo hace el Tribunal, que lo que motivó a G. H. a herir al ofendido, fue haberlo encontrado desprevenido, de espaldas y hablando por teléfono, pues como se ha indicado, se estableció en sentencia tajantemente, con base en la prueba evacuada, que al entrar al edificio, A. M. se encontraba ya decidido a dar muerte a J. C., ingresó directamente al sitio donde se encontraba éste sin saber su posición, si estaba solo o acompañado por otras personas y ejecutó su designio. Resulta necesario recalcar, que el motivo de agravación que ahora se discute, tiene su razón de ser en la: “... creación o aprovechamiento de la indefensión por parte del victimario en forma intencional y orientada a matar; por lo tanto tal situación no puede ser resultado del azar ni de accidente al momento del hecho, sino que ha de ser creada conscientemente o aceptada con conocimiento por el homicida. (Gómez López, Orlando: *El Homicidio*, tomo I, Temis, 2ª ed., p. 527).”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1413 de las 9:15 horas del 10 de diciembre de 2004.**

**38.- HOMICIDIO CULPOSO. Elementos que lo configuran. La falta al deber de cuidado**

“Los juzgadores tuvieron por demostrada la existencia de varios factores que sustentan el reproche por violación del deber de cuidado y que confluyeron en la producción de los homicidios que se investigan. Señalan, en primer término, que el justiciable conducía con excesiva velocidad, realizó una maniobra de adelantamiento de otro vehículo de forma tal que golpeó la esquina trasera izquierda de este último (haciéndolo volcar en la orilla de la vía) y colisionó de frente con el automotor en que viajaban los dos ofendidos que fallecieron. En lo que concierne a la velocidad, si bien no se pudo determinar su magnitud a través de un criterio científico, la inferencia del a quo se sustenta en lo declarado por la testigo A. M. J. S. (conductora del vehículo que fue empujado y hecho salir de la carretera), la cual informó que ella conducía a unos 60 ó 70 kilómetros por hora, de donde se obtiene que la velocidad del “trailer” que maniobraba el justiciable debía ser necesariamente superior a esos rangos, pues de lo contrario ni siquiera habría podido alcanzar al otro vehículo ni, menos aun, intentar rebasarlo. El adelantamiento que pretendió realizar el acusado lo fundamentan los juzgadores en el mismo testimonio de Jiménez Salazar y se induce también, sin lugar a dudas, a partir de la circunstancia de que el impacto en el automotor de esa testigo se produjera en el ángulo posterior izquierdo y de que la colisión frontal con el vehículo en que viajaban los ofendidos ocurrió en el carril contrario sobre el que ellos se desplazaban; aspecto que tiene soporte en múltiples elementos probatorios, tanto testimoniales como documentales. Desde esta perspectiva, encuentra la Sala que el fallo sí contiene una exposición clara, razonada y con estricto apego a la sana crítica de todos los elementos que cuestiona el defensor. La circunstancia de la velocidad posee, en este caso, un valor relativo; es decir que no puede considerarse por sí sola, sino aunada a las restantes violaciones del deber de cuidado en que incurrió el justiciable. Dicha velocidad influyó decisivamente en la magnitud de los impactos, de los que resultaron destrozados en todos los vehículos que se vieron involucrados y la muerte de dos personas; pero, se reitera, debe valorarse acompañada, en particular, con el adelantamiento que se pretendió efectuar de manera temeraria (pues, de hecho, se encontró de frente con otro vehículo que viajaba por su respectivo carril) e impérita, al extremo de que colisionó con el automotor al que pretendía rebasar. Por otra parte, el concepto de velocidad excesiva no depende, como parece entenderlo quien impugna, de la que legal o reglamentariamente se autorice como extremo máximo de circulación de vehículos en una determinada carretera. Velocidad excesiva –violatoria del deber de cui-

– es toda aquella magnitud de desplazamiento que se aplique en circunstancias tales que incremente el peligro que normalmente se asocia a una maniobra concreta, supere o no los límites que en abstracto permite la ley. Dicho con otras palabras, el carácter excesivo de la velocidad depende del tipo de maniobra que se intenta realizar y de las condiciones concretas y reales en las que se la hará. Así, un rango de velocidad bajo puede, sin embargo, ser excesivo en circunstancias específicas que ordenarían disminuirla aún más (v. gr.: al tomar una curva, al conducir por una autopista que, se sabe, presenta accidentes peligrosos como huecos; al desplazarse en medio de una “presa” de tráfico vehicular; al aproximarse a la zona en que se realice una actividad pública concurrida –aunque lo sea en el área adyacente a la vía–, entre otros muchos supuestos). En la especie, aunque no se determinó con parámetros científicos la magnitud que se discute –lo que, además, resultaría imposible, pues no existió huella de frenamiento, es decir: que el justiciable ni siquiera llegó a aplicar los frenos–, debe tomarse en cuenta que el automotor era uno pesado y articulado, que halaba un contenedor (“trailer”), circunstancias que, por sí solas, influyen en la maniobrabilidad del medio de transporte, atendiendo al peso, a la articulación y a la longitud del vehículo. Si se pondera, además, que se desplazaba necesariamente a una velocidad superior a la del coche que conducía A. M. J. S. (y que, según ella, era de 60 ó 70 kilómetros por hora), así como los otros factores ya mencionados –entre ellos los daños sufridos por los tres automotores, el adelantamiento para colisionar de frente con el vehículo de los ofendidos, el previo impacto sobre el carro que se pretendía rebasar–, salta a la vista que la velocidad fue tan solo uno de entre varios factores constitutivos de violación del deber de cuidado y que el catalogarla de excesiva guarda correspondencia con los datos inferibles de las probanzas y posee una clara y correcta fundamentación. Por último, el hecho de que la vía no estuviese demarcada carece de todo interés, pues incluso en esas condiciones es claramente posible para cualquier conductor determinar el carril por el que debe transitar sin poner en riesgo a los demás vehículos y el adelantamiento lo obtiene el a quo, no solo de los testimonios que en ese sentido se recibieron, sino del impacto en el ángulo posterior izquierdo del automotor de J. S., la colisión frontal con aquel en que viajaban las víctimas –por su respectivo carril– y la posición final de todos los vehículos.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1295 de las 9:40 horas del 12 de noviembre de 2004.**

**39.- HURTO AGRAVADO. Diferencia con robo. Uso de violencia durante la fase de agotamiento**

“La representante del Ministerio Público interpuso un recurso por adhesión, consistente en un único mo-

tivo, en el cual reclama la incorrecta aplicación de la normativa de fondo, pues, alega, en la especie se está ante un robo agravado, y no un hurto. Señala que al ser empleada la violencia para sacrificar el semoviente sustraído a fin de disponer en definitiva de su carne, aún se estaba ante la fase de ejecución del delito, puesto que el animal había sido encontrado por dos sujetos que permanecieron a la espera de ver quién llegaba por él. Concluye la recurrente diciendo que fue justo al disponerse de su carne, que se consumó la sustracción del bien. No lleva razón la fiscal: La sustracción de la esfera de custodia se opera cuando el bien es sacado del perímetro físico en que se lo protege (en este caso la finca en que se hallaba el semoviente) y cuando se logra sacarlo del espacio de vigilancia del titular o quien protege su derecho. Es decir, la sustracción se produce cuando el bien ha sido retirado de esos ámbitos subjetivo y objetivo de tutela. Ello, al margen de que con posterioridad el bien sea hallado o recuperado; o como en este caso, se emplee la violencia para aprovecharlo. En cualquiera de esas dos situaciones, la sustracción ya habría tenido lugar. El que el agente logre aprovecharse del bien, o pueda cumplir sus finalidades forma parte de la etapa de agotamiento del delito, que si bien puede influir en el juicio de culpabilidad, es indiferente, por regla general, en el análisis de tipicidad. En consecuencia, si los justiciables emplearon la violencia para destazar la vaca objeto de este delito, una vez que la habían sustraído, ello no incidía en la forma de ejecución de la misma, que ya había tenido lugar. Sin lugar a la adhesión formulada”.

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1093 de las 11:15 horas del 10 de setiembre de 2004.**

#### **40.- LESIONES GRAVES. Marca indeleble. Lesión en deporte**

“Contrario a dichos deponentes, el testigo Ó. E. S. A. sí logra detallar la dinámica de lo ocurrido. Al respecto, señala: “*El muchacho (haciendo referencia al ofendido) frenó y quedó como a medio metro del portero. Donde yo vi el compañero ya había disminuido la velocidad, y pasó caminando como a medio metro de donde estaba el portero, y es allí donde el portero lanza el codo y le pega al compañero. El portero ya tenía la bola en sus manos. Lo que yo recuerdo es que el (sic) pasó como de lado al portero y este le lanzó el codo*” (folios 202-203). El relato amplio, natural y detallado de S. A. impresiona de veracidad a los juzgadores y les permite, junto con la declaración del propio agraviado, desacreditar por completo la tesis defensiva, según la cual el golpe propinado a R. B. fue producto de una jugada circunstancial, propia de la práctica del fútbol. Siendo la sentencia condenatoria consecuencia directa de un proceso intelectual de valoración de la prueba que se ajusta a las reglas de la sa-

na crítica, se impone desestimar la queja interpuesta por el justiciable. **III.-** Como único motivo de casación por el fondo, acota el impugnante que se le condenó por el delito de lesiones graves, debido a la presencia de una marca indeleble en el rostro del afectado. Sin embargo, el mismo Tribunal establece que no se trata de una marca indeleble, pues la misma –se afirma en el fallo– “*podría desaparecer con una intervención quirúrgica que se le habría de practicar a ese ofendido*”. **No lleva razón quien impugna:** Con base en las pericias médicas practicadas (folios 6-7, 26-27 y 32-33), se determinó la existencia de marca indeleble en el rostro del agraviado producto de la agresión sufrida, consistente en desviación del dorso y tabique de la nariz que toma la nariz asimétrica, siendo que la fosa nasal izquierda es más pequeña que la derecha. Considera el recurrente que resulta errónea la calificación jurídica otorgada a los hechos (lesiones graves) porque la posibilidad de eliminar la asimetría señalada mediante una operación, es claro indicativo de que no nos encontramos ante una marca “indeleble”. Dicha calificación respecto de una marca en el rostro, sin embargo, no tiene que ver con la posibilidad de restablecer la armonía primigenia a través de procedimientos médicos. Debido a los avances de la ciencia, ello será posible en la casi totalidad de los casos. Sin embargo, la permanencia de la deformación subsistirá “...*aunque por el procedimiento quirúrgico se pueda tornar el rostro a la situación anterior a la lesión o a otra en que el rostro no quede aleado.*” (Creus, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 90). Lo decisivo, entonces, para determinar que una marca es indeleble o permanente, consiste en que no sea previsible su desaparición por medios naturales (en este sentido Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, tomo 3, 9ª reimpresión de la 1ª edición, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1983, pp. 125 a 127) aunque exista la posibilidad de restablecer la armonía del rostro a través de procedimientos médicos.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 664 de las 10:25 horas del 11 de junio de 2004.**

#### **41.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Actualidad de la agresión**

“La causa bajo examen se da en el marco de agresiones mutuas entre dos grupos antagónicos que integraban imputado y ofendido. Los hechos ocurridos el 17 de setiembre de 2002, constituyen precisamente una prolongación de dichas prácticas recíprocas de violencia, de manera que al encontrarse ingresando miembros de la “barra La Terminal”, al autobús en que viajaba G. C., uno de ellos se dirigió al lugar en que se encontraba sentado éste, propinándole un puntapié en las costillas. La legítima defensa se ha definido como: “... *ejercicio de la*

violencia para tutelar y proteger un bien jurídico atacado injustamente" (Velásquez Velásquez, Fernando: *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1994, p. 431). La regla el artículo 28 del Código Penal e incluye dos requisitos esenciales: 1) agresión ilegítima y 2) necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. Asimismo, aunque el enunciado típico no lo señale expresamente, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, exigen la inminencia o actualidad del peligro. Del cuadro fáctico acreditado, el a quo deriva la concurrencia del primer requisito de la causal de justificación alegada. Sin embargo, el Tribunal de Juicio consideró en su voto mayoritario, que no concurrió la causal excluyente de la antijuridicidad de la conducta, bajo el razonamiento de no haberse dado la necesidad razonable de la defensa empleada por G. C., para repeler el ataque de R. R.. Dos son los razonamientos básicos de los juzgadores para concluir de esa manera: por un lado, se refieren a la ausencia de peligro actual: "... En la forma en que se desarrollaron los hechos, no había una amenaza inminente o grave que pusiera en peligro la vida del imputado, pues la eventual pelea a la que incitó el ofendido era a manos limpias, de hombre a hombre, como diría la jerga popular. En el entorno no mediaron otras armas ni otras circunstancias" (folio 141). Asimismo, en la sentencia recurrida se concluye que la necesidad razonable de la defensa empleada es inexistente, porque: a) Al momento de ingresar el grupo contrario, el encartado tenía lista su arma para disparar; b) Existía total desproporción entre el medio usado por H. y la eventual pelea —a manos limpias— a la que le incitó el occiso; c) No mediaron otras armas, ni otras circunstancias en el entorno; d) El ingreso al autobús de otros miembros de la "barra" a que pertenecía el ofendido, no es señal unívoca de que iba a ser agredido por ellos. El Tribunal tuvo por acreditado que: "... En el aludido bus, en el tercer asiento del final, viajaba el aquí acusado H. I. G. C. junto con su amigo K. L. A. R. quienes eran reconocidos en ese sector como integrantes de La Barra de los Ángeles, la cual antagonizaba con la de La Terminal acaeciendo entre ambas agresiones recíprocas indeterminadas. En un momento determinado el ofendido después de pagar su pasaje, caminó unos pasos hacia el fondo del autobús, guardó el cambio en un bolso canguro que portaba y en forma súbita se colgó de la barra horizontal superior del bus, tomó impulso y le dio un puntapié al imputado impactándolo en las costillas frontales del estómago, H. se incorporó, dio una vuelta y le indicó qué es la vara?, el ofendido hizo un ademán para cuadrarse con sus puños en posición de pelea y al instante el encartado utilizando un arma de fuego semejante a una escuadra, a unos metros de distancia, con intención homicida, percutió el arma una sola vez impactando el pecho de E. R..." (folios 124-125). El planteamiento incluido en el fallo impugnado hace necesario analizar los requisitos de actualidad del ataque y necesidad razonable de la defensa empleada. **III.- Actualidad**

**de la agresión:** La defensa sólo puede ser necesaria cuando la agresión está en curso o, por lo menos, cuando aparece como inminente, es decir, "... cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agente se vea obligado a neutralizarla" (Creus, op. cit., p. 330). El cuadro fáctico acreditado en el fallo, describe una agresión ilegítima actual y no eventual, como hace ver el a quo. No conforme con haberle propinado un puntapié a G. C. que se encontraba en actitud pasiva, R. R. tomó posición de pelea y en ese momento G. C. accionó en su contra el arma que portaba. No resulta exigible que H. I. se enfrentara con sus puños a E. I., o que soportara mayores ataques a su integridad física. No encuentra sustento alguno el razonamiento del Tribunal en lo concerniente a que la agresión de la que podía defenderse de manera justificada G. C., era la que, eventualmente, pudieran hacerle en grupo los restantes miembros de la "barra" que se encontraban en ese momento ingresando al autobús. Ante la agresión de R. R., fue que el imputado ejerció su acción defensiva. Además, ante la presencia de los restantes miembros del grupo, en razón de los antecedentes violentos habidos entre ambos bandos, era razonable que G. C. pudiera suponer que se daría un ataque conjunto en contra suya."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 333 de las 9:55 horas del 2 de abril de 2004.**

#### **42.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Necesidad razonable de la defensa**

"En la determinación de este presupuesto de legítima defensa, intervienen la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender, las posibilidades de efectividad en el caso concreto y la eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos, de manera que: "... la ausencia total de este requisito coloca al agente al margen de la justificante, su aspecto parcial, ante situaciones de exceso..." (Creus, Carlos: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, p.329). Es importante hacer notar, que la necesidad de la defensa es un juicio ex-ante, por lo que no puede analizarse, sino desde el punto de vista de quien se ve amenazado: "...debe derivarse del cúmulo de circunstancias que dan origen tanto a la agresión como a la defensa, teniendo en cuenta el tiempo, el modo, el lugar, la persona del agresor, la entidad de la agresión y el bien jurídico afectado, los medios utilizados, etc." (Velásquez Velásquez, op. cit., p. 438). El examen ex-post permite determinar si se incurrió en algún tipo de error, de manera que si ante una situación de falso peligro, un espectador objetivo hubiese creído también que lo había, se trata de un error invencible, pero si la percepción de ser atacado deriva únicamente de la falsa representación de la defensa, se está en presencia de un error vencible.

El examen de racionalidad del medio empleado, implica valorar la entidad del ataque del que se es objeto y la posibilidad de emplear medios menos drásticos, como respuesta a la agresión. Sin embargo, no debe confundirse la proporcionalidad del medio defensivo, con la exigencia de igualdad de armas, ni siquiera con la exigencia de igual jerarquía de los bienes jurídicos que entran en juego, como si se tratara de un estado de necesidad. La esencialidad de la defensa no depende del mínimo que hubiese bastado para repeler la agresión. Ya esta Sala ha indicado que: "... No exige nuestra legislación ni la doctrina, una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión; tampoco igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa; se admite que la defensa pueda efectuarse con los medios que, en el momento y dadas las circunstancias se cuentan..., no se puede fundamentar la legítima defensa en la Ley del Talión, de modo que se autorice al agredido para ser lesionado a cometer lesiones, pero no homicidio, y al agredido para ser muerto a cometer homicidio, pero no lesiones..." (Resolución número 741-F-96, de las 9:00 horas del 28 de noviembre de 1996). En la situación particular, no cabe duda de que se estaba ante una agresión ilegítima, real y actual del ahora occiso, ante la cual el ordenamiento otorgaba a G. C. la posibilidad de defender la integridad física propia. Hasta este punto del análisis, se está ante un cuadro fáctico compatible con una agresión ilegítima llevada a cabo por R. R. y la facultad de actuar en defensa propia (puesto que la agresión se encontraba en curso y no podía exigírsele huir del sitio), pero falta por determinar si la actividad desarrollada por el justiciable cumple con el requisito de racionalidad, que conlleva la proporcionalidad de la defensa utilizada. La doctrina nacional ha señalado al efecto que: "... La desproporcionalidad del medio empleado para evitar o repeler la agresión, implica que el sujeto escoge conscientemente un medio superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos" (Chirino, Alfredo y Salas, Ricardo, *La Legítima Defensa*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1993, p. 73). La adquisición de un arma tiempo atrás por parte del ofendido y la circunstancia de tenerla lista al percatarse el encartado de la presencia de quienes comúnmente le agredían, no son razones válidas para dèmeritar la actitud defensiva del acriminado. Tómese en cuenta que quien buscó a G. C. para atacarle, aprovechando la ventaja numérica que se encontraba a su favor, fue R. R.. Tampoco es valedera la argumentación del Tribunal, cuando indicó que la defensa empleada por G. C. no era necesaria, porque su atacante no portaba un arma. Dicho razonamiento confunde la racionalidad de la defensa, con la identidad de los medios utilizados, no requerida en lo absoluto, ni en la normativa, ni en doctrina. Al respecto, se ha indicado en sentencia: "... los mismos testigos de la defensa indicaron que no le vieron ninguna arma al

ofendido, como tampoco ninguno de los acompañantes de Ramírez que subieron al bus, en ese momento sacaron alguna arma... lo que quedó claro de sus testimonios, es que después de que G. C. le disparó a E. R.... fue después que los amigos del ofendido subieron nuevamente al bus, es cuando se menciona a uno de ellos que tenía un arma" (folios 137-138). Sin embargo, la inexistencia de un arma de fuego entre las pertenencias del ofendido, no resta ilegitimidad a su ataque, ni imposibilitaba al encartado para defenderse con un arma, si no contaba con una manera menos drástica de repeler la agresión a su integridad física."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 333 de las 9:55 horas del 2 de abril de 2004.**

#### **43.- LEGÍTIMA DEFENSA. Elementos. Necesidad razonable de la defensa**

"Conviene establecer algunas precisiones respecto de la "necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión" a que alude el inciso b) del artículo 28 del Código Penal. La racionalidad de la defensa que surge junto con la agresión ilegítima y subsiste mientras esta dure, significa que debe existir racionalidad respecto del medio empleado para impedir o repeler la agresión, pero ello no implica necesariamente que tales medios deban ser "proporcionales" al daño que hubiere causado el agresor o a los medios que éste dispone para agredir (por ejemplo una víctima de violación puede repeler el ataque del violador causándole la muerte a éste, si racionalmente no tiene otra forma de evitar la agresión de que es objeto). En las circunstancias descritas, el imputado racionalmente no disponía de otro medio menos lesivo o drástico para impedir o repeler la agresión que el utilizado por el ofendido; no es posible exigirle que, en vez de usar su revólver, luchara heroicamente cuerpo a cuerpo contra su atacante o que rehuyera cobarde o vergonzosamente la agresión que sufría en su propio inmueble, como único modo de hacer "razonable" la inevitabilidad de aquélla, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación en comentario. La defensa es una conducta que constituye una respuesta a un acto agresivo e injusto, y debe reunir elementos subjetivos y objetivos para que sea legítima. Por una parte, el que se defiende debe rechazar la agresión con animus defendendi y orientar su acción en contra del agresor. Por otra, la defensa debe ser oportuna y necesaria para resguardar el bien agredido. En este último aspecto debe diferenciarse entre la necesidad de la defensa y la necesidad del medio empleado. La primera significa que la legítima defensa es un derecho principal y autónomo, lo cual implica que la acción de defensa es necesaria y no subsidiaria de otro medio de protección de los bienes jurídicos; la principal-

dad se opone a cualquier exigencia que se plantee al agredido para que recurra a otro tipo de acción –verbigracia, solicitar ayuda de la autoridad o huir–, por ende, incluso si el atacado puede realizar otra conducta pero prefiere defenderse, la defensa subsiste en tanto derecho que puede ejercerse a voluntad. La segunda –la necesidad del medio utilizado para el ejercicio de la defensa– se caracteriza por una subsidiariedad. Esta hace concluir que el uso de un medio es necesario cuando el agredido no tiene a mano otros medios eficaces para contrarrestar el ataque; aquél debe utilizar entre los medios que tenga a disposición los menos lesivos al agresor, siempre que esos medios sean igualmente idóneos para repeler la agresión, pues el sistema jurídico no obliga al que sufre el ataque a utilizar medios de eficacia dudosa ni a medirse de igual a igual con el agresor. L. M. C. L. utilizó un arma para defenderse y tal medio era necesario ante la agresión ilegítima del ofendido. El accionar de J. L. M. V. es de tal magnitud que el bien vida del imputado se somete a una agresión ilegítima de violencia psicológica –por las palabras y el reto que profería el atacante– y física –por el uso de un palo y de la fuerza en una lucha corporal–. No puede exigírsele al encartado que huya de su casa de habitación y menos cuando él simplemente descansa en el “corredor”. Tampoco puede exigírsele que ante el uso de un palo por parte del agresor, él busque un palo igual para defenderse. El imputado padece de diabetes, la que le afecta su sentido de la vista, y cuenta con una edad avanzada, mientras que el ofendido es de edad madura, buena salud y tiene ventaja corporal respecto del agredido; estos elementos deben considerarse al momento de estudiar la situación: L. M. C. L. se haya en un nivel de desventaja física respecto de J. L. M. V., que le obliga al uso de un arma de fuego como medio de defensa. No se le puede exigir al primero que abandone su casa de habitación ni que luche “cuerpo a cuerpo” con el segundo. En este caso concreto no estamos ante varios medios idóneos, de los cuales el imputado debe elegir uno y que tal sea el que el cause una lesión de menor magnitud al agresor; el uso de un palo, el luchar “cuerpo a cuerpo” y el huir no son medios idóneos, mientras que por el estado de la situación en que se halla C. L. el uso del arma de fuego si es un medio idóneo para defenderse. Al imputado no se le puede constreñir al *commodus discessus*, es decir a la retirada honorable; aunque el encartado tenga opción de huir, si enfrenta el ataque ilegítimo lo hace en legítima defensa, pues es su derecho y tiene la potestad de ejercerlo. No puede exigírsele a C. L. que huya de J. L. M. V., pues ello equivale a obligar al primero a una conducta indeseable socialmente y se favorece al segundo que despliega una acción ilegal. Incluso si se obliga huir al imputado, se le puede colocar en una posición de desventaja para que reciba las lesiones por la espalda y se dé un respaldo inmerecido al agresor ilegítimo. Estas consideraciones hacen que desde el punto de vista penal la legítima defensa ejercida por el encarta-

do excluya la antijudicialidad de su conducta (y por ende el injusto penal) y, desde el punto de vista civil, esa misma ausencia de antijudicialidad excluya la responsabilidad civil, por tratarse de un elemento constitutivo necesario del ilícito civil extracontractual en los casos de responsabilidad subjetiva, como el presente (al respecto véase PÉREZ VARGAS, Víctor. *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*, San José, Instituto Nacional de Seguros, 1984, páginas 61 a 66)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 439 de las 10:46 horas del 7 de mayo de 2004.**

#### **44.- LESIONES GRAVES. Debilitamiento en la piel. Piel como órgano**

"Conforme a los hechos probados del fallo, la imputada L. V. B. lanzó agua hirviendo contra las ofendidas N. V. V. y K. M. V. V., produciéndoles diversas quemaduras en distintas partes de sus cuerpos. Tal y como se indica en el hecho probado 3), como consecuencia de la conducta delictiva de la encartada, la ofendida N. V. V. sufrió quemaduras en pabellón auricular izquierdo, mejilla, en la región mandibular del lado izquierdo y el cuello lado izquierdo a lo largo de veinte por diez centímetros, generándole una limitación funcional de las zonas articulares que incluyen esencialmente el cuello y la región mandibular. Presentó asimismo, quemaduras en la espalda de catorce por diez centímetros, así como en cara lateral de hombro izquierdo, pecho, región clavicular medial y cuadrante superior de mama izquierda, quemaduras todas de II grado que incluyen el ocho por ciento de la superficie corporal total y que le incapacitaron por espacio de tres semanas para el desempeño de sus actividades habituales, estableciéndose finalmente un dos por ciento de incapacidad permanente. En el hecho probado 4), se refiere que la ofendida K. M. V. V. sufrió una quemadura en toda su espalda que le incapacitó para el desempeño de sus ocupaciones habituales por espacio de dos semanas, dejando como secuelas deterioro en la calidad de la piel en un aproximado del dieciocho por ciento de la superficie corporal total, con pérdida de anexos (vello, sudor, secreción sebácea), friabilidad e hipersensibilidad, lo cual interfiere en la elección del vestido, exposición solar, realizar esfuerzos físicos que involucren hiperextensión o hiperflexión, alteración de la sensibilidad de esta área y perjuicio estético, determinándose una pérdida de la capacidad general orgánica del siete por ciento. De lo expuesto, puede colegirse que la acción de la encartada recayó sobre el cuerpo de las víctimas, concretamente sobre la piel de las mismas, la piel es un órgano, de hecho, es el órgano más extenso del cuerpo humano, conforme al Diccionario de la Real Academia, piel, proviene del latín "*pellis*", "*Tegumento extendido sobre todo el cuerpo del animal, que en los vertebrados está for-*



mado por una capa externa o epidermis y otra interna o dermis" A su vez, la palabra Tegumento significa: "(Del lat. tegumentum). m. Biol. Órgano que sirve de protección externa al cuerpo del hombre y de los animales con varias capas y anejos como glándulas, escamas, pelo y plumas." **Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid, Editorial Espasa Calpe, S. A. Vigésima Segunda Edición, 2001, páginas 1756 y 2145.** No cabe duda ninguna en el caso concreto, que este órgano sufrió una debilitación persistente que abarca quemaduras de II grado que incluyen el ocho por ciento de la superficie corporal total de N. V. V. lo que significa un dos por ciento de incapacidad permanente y en el caso de la ofendida K. M. V. V. se determinó una pérdida de la capacidad general orgánica del siete por ciento, ya que como secuelas de la delincuencia perpetrada en su contra, ha sufrido un deterioro en la calidad de la piel en un aproximado del dieciocho por ciento de la superficie corporal total, con pérdida de anexos (vello, sudor, secreción sebácea), friabilidad e hipersensibilidad. Conforme al tipo objetivo de lesiones graves, la debilitación persistente de un órgano (la piel) permite encuadrar perfectamente la conducta tenida por demostrada por parte de la sindicada como típica, en consecuencia, se rechaza el reproche incoado."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1189 de las 10:09 horas del 8 de octubre de 2004.**

#### **45.- PECULADO. Bien jurídico. Inexistencia por inobservancia de normas de procedimiento**

"Es claro que las disposiciones reglamentarias o de procedimiento administrativo cumplen una función importante en la correcta administración pública, evitando la inseguridad que se puede provocar si cada funcionario tuviera la posibilidad de actuar libremente y sin sujeción de normas o procedimientos, pero también es claro que, tratándose de la aplicación del derecho penal y su carácter fragmentario, el análisis de los tipos penales no se puede hacer desligado del bien jurídico que se tutela con cada uno de éstos. El juzgador debe analizar los tipos penales más allá de la mera comprensión exegética y literal de la ley, rebasando el estricto análisis semántico del texto positivo, esto es así porque en los mismos existen no sólo elementos descriptivos, sino también elementos normativos que implican la referencia a un juicio de valor: "Los elementos normativos del tipo no son meras formas de comportamiento material cuya realización ocurren en el mundo exterior y que se vuelven perceptibles por los sentidos, como sucede con el tipo puramente objetivo. Al contrario, para la comprobación de los elementos normativos del tipo no basta un simple juicio cognitivo, sino que se requiere un análisis valorativo, la atribución de un contenido de valor, porque apuntan a hechos

que sólo pueden ser pensados o imaginados bajo el presupuesto lógico de una norma" [FERNÁNDEZ, Gonzalo, "Bien Jurídico y Sistema del Delito, editorial IB de Montevideo- Buenos Aires, 2004, p. 154]. En el delito de peculado, son elementos normativos los conceptos de "funcionario público", "sustracción" y "distracción". En el caso que nos ocupa, si consideramos el verbo distraer tan solo en su contenido literal de *apartar, desviar u alejar*, tendríamos que aceptar que si un dinero no ingresa a las arcas del Estado, conforme lo disponen las reglas de procedimiento, tan solo por este hecho se tendría por configurado el delito de peculado, porque se apartó o desvió el dinero, aun cuando el funcionario que incumplió la regla de procedimiento, o un tercero, no hubieran recibido alguna ventaja; ni el correcto funcionamiento de la Administración Pública se hubiera afectado de ninguna forma. Esta última posición no puede ser aceptada, porque desconocería que, al Derecho Penal solo le debe interesar prohibir o sancionar aquellas conductas que se consideren lesivas a un bien jurídico que merece tutela. Sobre el tema de violación a reglas de procedimiento o de reglamentos administrativos para configurar el delito de Peculado, esta Sala de Casación también se ha pronunciado y en ese sentido, ha dicho: "Como se indicó en el primer considerando, el Tribunal absolvió porque consideró que no hubo distracción de los fondos, por haber sido destinados al fin que correspondía y con el objeto de no mantenerlos ociosos, pero no para favorecerse los imputados o un tercero. Es por ello que el fallo no resulta contradictorio en su razonamiento, cuando tiene por cierto que los créditos se otorgaban sin acatar reglamentos y otras disposiciones y con alto riesgo de no ser cobradas, y a pesar de ello eximir de responsabilidad penal a los acusados. El préstamo de dinero siempre entraña riesgo, por más que las garantías satisfagan la normativa que lo regula. En el caso bajo examen, según el fallo, el riesgo más allá de lo permitido no constituye distracción porque tuvo por fin la colocación de los dineros ociosos de la institución y no el favorecimiento propio o ajeno, fundamento que no ha sido cuestionado. Causar un daño por la inobservancia de leyes y reglamentos puede traer responsabilidad civil, pero no se consume sólo por ello el delito de peculado, que tutela la probidad del funcionario en el ejercicio de la función pública, integridad que no se pierde necesariamente por el hecho de no haber acatado una disposición" (el subrayado es suplido, voto 2002-00626 de las 8:50 horas del 28 de junio de 2002). Esta posición jurisprudencial se adecua a la necesidad del análisis de los tipos penales en consideración al bien jurídico tutelado y a la interpretación de los contenidos normativos frente a ese elemento. Es así como tratándose del delito de peculado se ha considerado que el bien jurídico que se tutela es la probidad del funcionario en el ejercicio de su función, además del patrimonio del Estado que puede comprometerse por los malos manejos que se haga de los dineros o bienes de éste. En el caso pre-

sente, lo que tuvo por cierto el Tribunal sentenciador, es que los dineros que no ingresaron a las arcas de la Municipalidad de M. fueron utilizados por el imputado A. W. B. en el pago que se adeudaba a los empleados de esa Municipalidad por horas extra y en el pago de otra deuda por combustible. De ese modo, el dinero siempre se empleó dentro de la administración de los dineros y bienes que le correspondía ejercer al imputado, de manera que no existió "distracción" de los mismos en el sentido jurídico que se le debe dar a dicho concepto. Por supuesto que esta Sala de Casación Penal no desconoce que las reglas y los procedimientos administrativos existen para ser cumplidos, y que no cumplirlos puede acarrear responsabilidad disciplinaria o responsabilidad civil si se ocasiona un daño. Pero tratándose de la responsabilidad penal deberá integrarse el irrespeto a dichas normas o procedimientos con la afectación real o potencial a los bienes jurídicos protegidos por las disposiciones penales. Por otra parte, la actuación del imputado W. B. tampoco configura el párrafo segundo del artículo 354 del Código Penal, por cuanto el camino que se construyó en la Finca Bananera A. fue pagado con dineros de esta misma empresa y no con fondos públicos, como lo exige ese párrafo del delito de peculado."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1006 de las 11:45 horas del 20 de agosto de 2004.**

#### **46.- PENA. Consideraciones sobre su fin. Reproche y dosificación**

"No puede desconocerse que el momento de dimensionar el reproche, cuando se ha determinado la responsabilidad penal de una persona —necesaria demostración de culpabilidad, del artículo 39 constitucional— es el más sensible del ejercicio del poder represivo del Estado, porque define cuál será la restricción a los derechos fundamentales del condenado —la libertad prioritariamente, por la preferencia de las legislaciones por la pena de prisión y cuál su "dosificación". Conviene tener presente, entonces, cuando se valora cómo los juzgadores materializan ese poder, los fines que al menos formalmente se asignan a la pena. Nuestro texto constitucional nada dice en cuanto a ello, aunque pueden esbozarse, de una relación de los numerales 9, 28 párrafo segundo y 39 y 41, los parámetros de legitimación sustancial de cualquier restricción a los derechos fundamentales de los individuos —y la pena es una de ellas—. Así, el diseño político del Estado costarricense es el de un Estado democrático de derecho: *i)* sólo es posible la injerencia en los derechos fundamentales por ley y siempre que dañen la moral, el orden público o los derechos de terceros (principio de lesividad); *ii)* es necesaria la demostración de culpabilidad al condenado para imponer una sanción; *iii)* en el proceso seguido se debe respetar el derecho de defensa

y *iv)* las penas por imponer no pueden ser crueles ni degradantes. Es en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como Pacto de San José, de aplicación obligada en nuestro medio por disposición expresa del artículo 48 y su relación con el 7, ambos de la Constitución Política, que se establece, en el apartado 6º: "*Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados*". En el mismo sentido, el numeral 10 apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dice "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*". Es bueno entonces tener presente que el juez tiene una gran responsabilidad política, que concreta al momento de dimensionar la pena, pues debe ajustar esa fijación a los principios que informan la pena —especialmente la de prisión, la cual es prevalente en nuestro ordenamiento—, como a aquellos requisitos que puntualiza la ley al respecto, en el numeral 71 del Código Penal, con independencia de la teoría de la pena a la que se adscriba el juzgador —retribución o prevención con todas sus variantes—, porque es claro que en nuestro ordenamiento jurídico existe un trasfondo de prevención especial positiva asignado a la pena de prisión. No se trata de asignarle al juez la tarea de desarrollar los principios de prevención general y especial al momento de imponer la pena, es decir, considerarlos como su fundamento en el caso concreto. Se trata de tener claro cuáles son los principios políticos que la inspiran y que el juez los tenga presentes como parte de los fundamentos que informan su labor: "[...] *La determinación de la pena exige como paso previo reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena en el caso concreto. La función de la pena, o 'teorías de la pena', es una cuestión que ha ocupado a filósofos de todos los tiempos sin que se haya logrado nunca una respuesta definitiva al interrogante de cuál es el fin de la pena. Ni siquiera se encuentra satisfactoriamente resuelta la 'justificación' de la pena; qué autoriza a algunos hombres a imponer a otros un mal como respuesta a un acto considerado disvalioso; la secuencia del mal por mal. La cuestión compromete problemas éticos fundamentales y resultaría vano pretender del legislador una respuesta que despejara toda sombra. Sólo es posible partir de ciertos principios característicos de un estado de derecho y sujetar la imposición de una pena a unos fines más o menos imprecisos. Esto tiene como consecuencia la imposibilidad de hacer depender excesivamente de la cuestión del fin de la pena a las construcciones dogmáticas sobre su determinación. Ellas deben encontrar el modo de orientar la decisión sin esperar un acuerdo que quizás no llegue nunca [...]*". Ziffer, Patricia. **Lineamientos de la determinación de la pena**. Buenos Aires, AD HOC S.R.L. Fundación Konrad Adenauer, 1996, 1ª edición, 200 pp.45. La imposición de la pena es una tarea impostergable cuando se ha determinado la culpabilidad luego

del juicio. Ésta también funge como límite, de conformidad con los principios constitucionales ya dichos, especialmente el de proporcionalidad y razonabilidad. El tema de los fines, funciones y justificación de la pena no está acabado y aún es objeto de discusiones teóricas y filosóficas que sin embargo no relevan al juez día a día de su deber de imponer una sanción. Estas reflexiones pretenden enfatizar que en esta tarea el juez no puede desvincularse de los principios y valores que informan la pena en el ordenamiento jurídico bajo el cual ejerce el poder de sancionar. Y este ejercicio de poder no es tarea fácil, es un momento de especial relevancia para considerar las características tanto de la conducta juzgada como de la persona del condenado, estos dos últimos elementos favorecidos en mucho por la inmediatez de la prueba y de todo el acontecer del juicio, que permite un mayor acercamiento —si bien mediado por las circunstancias— al acusado y a la realidad en que el hecho se dio y que concreta *la necesidad individual de la pena.*"

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 142 de las 9:10 horas del 27 de febrero de 2004**

#### **47.- PREVARICATO. Resoluciones en desahucios administrativos**

"En memorial visible a partir de folio 99, el licenciado F. D. R., Fiscal General de la República, solicita la desestimación de la denuncia interpuesta por J. S. C. contra R. R. M. por el delito de prevaricato, en perjuicio de los deberes de la función pública. Tras examinar la solicitud, así como las diligencias de investigación que la preceden, los suscritos magistrados estiman que ha de acogerse el requerimiento de la Fiscalía, por cuanto no existe delito alguno que perseguir. En efecto, se atribuye al acusado, en su carácter de Ministro de Seguridad Pública, haber acogido una gestión de desahucio administrativo, ordenando el desalojo de una propiedad por parte del denunciante, conociendo que el proceso se había sustentado únicamente en una copia del instrumento público en el cual se asentó la compraventa, que la accionante no era la dueña de la propiedad y que el demandado en aquel proceso tenía más de nueve años de ocupar el citado inmueble. Sin embargo, y conforme lo expone la fiscalía, de las copias certificadas del expediente administrativo se desprende que el encartado no ha emitido ninguna resolución contraria a derecho ni basada en hechos falsos, que son los presupuestos del delito de prevaricato. Su actuación está amparada en el artículo 455 del Código Procesal Civil. La señora I. C. C. era la albacea provisional del inmueble en cuestión y no mediaba relación inquilinaria, de manera que el desahucio administrativo se ordenó conforme a derecho. La Sala Constitucional ha establecido que la acción de desahucio administrativo no requiere de un verdadero procedimiento

sino de una simple investigación, y que si los desalojados consideran que la orden del Ministro de Seguridad no está ajustada a derecho por tener un mejor derecho de posesión, deben alegar esa circunstancia en la vía jurisdiccional (SALA CONSTITUCIONAL n.º 9708-99, 14587-03). En el presente caso, la orden dictada por el imputado se ajusta a derecho y se basa en hechos verdaderos acreditados en el expediente administrativo, de manera que no existe delito que perseguir. Si el denunciante considera que debe discutirse la posesión definitiva del inmueble, deberá acudir a la vía correspondiente."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1187 de las 10:03 horas del 8 de octubre de 2004.**

#### **48.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Concurso ideal ante pluralidad de ofendidos**

"Tal y como se explicó supra, el tribunal estimó que estos dos delitos concursan materialmente entre sí, y que, al mismo tiempo, también entran en concurso real con el resto de las delincuencias. Debido a lo anterior, es necesario analizar por separado cada uno de estos aspectos, pues esta Sala considera que si bien el segundo criterio es correcto, el primero debe examinarse, ello por cuanto ambas figuras concursan idealmente entre sí. A efectos de explicar el porqué de tal conclusión, debe tenerse claro que, según se collige de la relación de hechos probados, en este caso se dieron varias circunstancias importantes: (i).- La intención original de los acusados al ingresar a Costa Rica, era perpetrar un secuestro extorsivo; (ii).- En un primer momento los tres privaron de su libertad por igual a los ofendidos G. H. M., G. H. B. y F. S. H., luego de lo cual le exigen al primero que se identifique; (iii).- Una vez que éste así lo hizo, y que aquellos pudieron establecer su identidad, lo mantuvieron privado de su libertad, exigiendo a cambio de su liberación cierta suma de dinero; (iv).- Desde el momento en que se retiran del lugar con la persona a la que querían secuestrar para cobrar un rescate, los autores del hecho dejan en libertad a G. H. B. y F. S. H., a quienes retuvieron por breves momentos. Estas circunstancias así expuestas permiten comprender que la intención original de los acusados era sólo secuestrar al señor H. M., no obstante lo cual (antes de consumar dicha ilicitud) por breves momentos también mantuvieron retenidas a otras dos personas, las que luego dejaron en libertad, llevándose consigo sólo al primero. De acuerdo con ello, debe definirse la naturaleza jurídica del tipo de concurso que se dio entre esas dos privaciones de libertad (que incluso parece que fueron el medio inicial para consumar el secuestro), y también entre éstas y el secuestro extorsivo que después se desarrolló, sobre todo si en cuanto a esto último se argumenta que esas privaciones son un acto previo impune del secuestro. Al respecto debe indicarse que los temas cu-

ya discusión aquí se propone no resultan novedosos para la jurisprudencia de esta Sala, por cuanto ya en una oportunidad se presentó para su resolución un caso análogo, en el cual se dieron prácticamente las mismas circunstancias que se tuvieron por demostradas en éste: "...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1164-97 de las 08:45 horas del 31 de octubre de 1997. Al aplicar los principios desarrollados por la jurisprudencia de esta Sala en el asunto de cita, se debe concluir que las dos privaciones de libertad en perjuicio de G. H. B. y F. S. H., concursan materialmente con el delito de secuestro extorsivo, pues si bien hasta podría sostenerse que entre las dos primeras y el segundo existe una relación de medio a fin, no podría establecerse que aquellas constituyan un acto previo impune, pues afectaron bienes jurídicos distintos que impedirían dicha solución. Al respecto no sólo podría considerarse esa relación de medio a fin, pues también adquiere relevancia la naturaleza de los bienes que se lesionaron, los que son de tipo personalísimo. Este planteamiento no sufre alteración alguna por el hecho de que, en ese primer momento en que los imputados trabaron contacto con los ofendidos, también se haya retenido H. M., quien más adelante fue objeto del secuestro extorsivo. En lo que a este ofendido se refiere, debe concluirse que su privación de libertad inicial sí constituye un acto previo impune de cara al secuestro que más adelante se desarrolló, por existir entre ambas conductas una unidad de acción desde el punto de vista jurídico (aunque no fáctico). Tal valoración no resultaría aplicable tratándose de los otros ofendidos, pues la acción única con la que se ejecutó su privación de libertad (en la que sí puede predicarse una unidad de acción desde el punto de vista fáctico), que los afectó al mismo tiempo a ellos y al ofendido H. M., no fue, ni material ni temporalmente (desde el punto de vista fáctico), la misma con la que, de modo posterior, se realizó el secuestro de este último, de allí que se aprecie la carencia de uno de los requisitos del concurso ideal, cual es la acción única que lesione distintos bienes jurídicos no excluyentes entre sí (concurso heterogéneo) o que realice varias veces el mismo tipo penal (homogéneo); unidad de conducta que también es característica normal del principio de especialidad, en el concurso aparente, como ya se reseñó. Debe aclararse y hacerse hincapié en que los actos a través de los cuales se desarrolló y perfeccionó el secuestro, con ánimo de lucro, del perjudicado H. M., si han de verse como una acción unitaria, ello no desde una perspectiva fáctica o material (en realidad se trata de comportamientos distintos y bien diferenciables), sino desde el punto de vista jurídico (plan del autor común), y por ello como un concurso aparente entre ese delito y el de privación de libertad del que, al inicio, fue víctima. Tal y como se indicó supra, el tipo penal del artículo 215 del Código punitivo es pluriofensivo, es decir, sanciona la lesión a varios bienes jurídicos, entre los cuales se halla el tutelado por la norma que reprime la privación de libertad.

Con base en lo expuesto, se hace notorio que el fallo de mérito, si incorporó un error sustantivo al calificar las dos privaciones de libertad agravadas (en daño de G. H. B. y F. S. H.) como constitutivas de un concurso material entre sí, pues en realidad ambas se cometieron a partir de una acción unitaria, de donde debe concluirse que se está frente a un concurso ideal. Así las cosas, se acoge parcialmente el reclamo de fondo que deduce la defensa, en virtud de lo cual (aplicando las reglas del efecto extensivo de los recursos que recoge el artículo 428 del Código Procesal Penal), se rectifica por el fondo y de manera parcial el fallo de mérito, únicamente en cuanto se calificaron esas dos delincuencias como constitutivas de un concurso material entre sí, aclarando que se trata de un concurso ideal."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 831 de las 10:35 horas del 9 de julio de 2004.**

#### **49.- RESTITUCIÓN. Anulación de documento inscrito, aun cuando media absolutoria**

"En otras palabras, en realidad no nos encontramos ante los efectos de una declaratoria de responsabilidad civil extracontractual, de una condenatoria civil dictada como consecuencia de un hecho punible, situación regulada entre otros por los artículos antes citados; sino ante los efectos de una sentencia penal declarativa de la falsedad de un instrumento público, y con la cual se ha ordenado la supresión de ese acto falso, situación regulada por el artículo 468 del Código Procesal Penal. En el caso particular acá resuelto, ha encontrado plena aplicación lo dispuesto por el artículo 468 citado, pues para el caso de una sentencia declarativa de la falsedad de un instrumento público se estipula que: *"Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso ordenará las rectificaciones registrales que correspondan... Si se trata de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hayan presentado y en el registro respectivo"* (artículo 468, Código Procesal Penal). En este artículo se refiere claramente la potestad de un tribunal penal para declarar la falsedad de un instrumento público, como en el caso de la hipoteca que nos ocupa, y para hacer cesar sus efectos, ordenando su supresión (párrafo primero, artículo 468, Código Procesal Penal) así como las rectificaciones y anotaciones registrales que correspondan; todo ello de manera separada a la declaratoria de responsabilidad penal, y más aún, independientemente de la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual por la comisión de un ilícito penal. La supresión del acto o negocio jurídico realizado mediante el documento que ha sido declarado falso, implica necesariamente la eliminación

de sus efectos o consecuencias. En otras palabras, resulta obvio que ante la orden de suprimir o anular el instrumento público para el cual se ha verificado su falsedad, este carece de eficacia jurídica, por lo que sus efectos deben cesar. Esto significa, para el caso en particular analizado, que el inmueble gravado con hipoteca debe ser restituido a su estado anterior, como efectivamente lo ordenó el Tribunal que dictó la sentencia. Ahora bien, debe enfatizarse claramente que la declaración de falsedad de un instrumento público, debidamente fundamentada ante la verificación de datos falsos en el mismo, es suficiente como para generar que dicho acto o negocio jurídico deba ser suprimido y se le deba negar eficacia jurídica. Para esa finalidad no se requiere la declaratoria de responsabilidad penal que extraña en sus alegatos el recurrente, pues de conformidad con el artículo 468 del Código Procesal Penal, basta la verificación de falsedad del documento para ordenar su supresión y hacer cesar sus efectos. **La sola verificación por parte de un tribunal penal de que en un instrumento público se han insertado datos falsos es motivo suficiente para que se declare su falsedad y se ordene que el acto sea suprimido haciendo cesar sus efectos.** En virtud del artículo 468 del Código Procesal Penal, y por un principio de seguridad jurídica y de restablecimiento de la paz social, aquella persona que ha sido despojada de sus bienes mediante la utilización de un documento en el que se han consignado datos falsos y que logra ser inscrito registradamente, tiene derecho a recuperar ese bien, y a que un tribunal penal se lo restituya cuando de manera independiente se ha verificado la falsedad de ese instrumento público, aun cuando en el respectivo proceso penal instaurado, no se haya podido declarar la responsabilidad penal de los imputados por esa falsedad. Es criterio de esta Sala que cuando un negocio jurídico nace, se estructura o se modifica sobre la base de la falsedad de un instrumento público, compete a los tribunales penales declarar la existencia de tal falsedad y sus consecuencias, claro está cuando esta falsedad ha sido adecuadamente comprobada, aun independientemente de las consecuencias penales o de responsabilidad civil extracontractual por la comisión de un delito que se logre o no establecer. Es por esa razón que los reproches de la parte demandada civil recurrente no pueden ser atendidos."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1104 de las 12:10 horas del 10 de setiembre de 2004.**

#### **50.- RESTITUCIÓN. Puede proceder de oficio**

"El artículo 468 del Código Procesal Penal dispone que las sentencias en las que se declare la falsedad de un instrumento público deberán ordenar que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado, decretando, de ser el caso, las rectificaciones registrales que correspon-

dan. Esta norma guarda correspondencia con lo previsto en el artículo 103 del Código Penal, en tanto las modificaciones, reformas o supresiones de los actos plasmados en el instrumento público pueden tener los efectos –y, de hecho, usualmente los poseen– de una restitución, a fin de retornar las cosas al estado en que se hallaban antes de que se cometiera el delito o, en fin, de que ocurriera la falsedad comprobada, se adecue o no esta última a una figura penal o aunque se absolviera al imputado por otras razones (v. gr.: porque prescribió la posibilidad de perseguir el delito). La restitución ha de ordenarla el Tribunal de oficio, es decir: incluso en el evento de que no se plantee acción civil resarcitoria que la reclame. Así deriva de lo establecido en el inciso d) del artículo 361 del Código de rito, que ordena ese pronunciamiento oficioso, por separado de lo que corresponde a la indemnización de daños y perjuicios. Significa lo anterior que no se requiere la demanda resarcitoria para que el juzgador penal decrete el deber de restituir, sin embargo, ello no es óbice para que, si el interesado así lo decide, instaure su acción civil reclamando precisa y exclusivamente ese deber."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1462 de las 9:00 horas del 22 de diciembre de 2004.**

#### **51.- RETENCIÓN INDEBIDA. Análisis del artículo 45 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S.**

"Lo primero que debe aclararse es que esa norma establece por sí misma una figura típica autónoma, no subordinada o colateral a la retención indebida prevista en el artículo 223 del Código Penal. Nótese que en el último caso, el legislador hizo castigable la conducta de quien: *"...teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca la obligación de entregar o devolver, se apropiare de ello o no lo entregare o restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro..."*; en tanto que el mencionado artículo 45 sanciona *"...a quien no enterare a la Caja el monto de la cuota obrera establecido en el artículo 30 de esta Ley"*. En otras palabras, las hipótesis fácticas son diferentes, y no la particularidad de una respecto de la otra. Como se dijo, no hay una relación de tipo básico-tipo colateral, sino de dos tipos penales diversos. El hecho de que el legislador dijera que la última hipótesis de hecho constituía *"retención indebida"*, otorga un nomen iuris que puede llamar a error, pero que de ninguna manera le otorga a ese tipo los componentes de aquel, ya que como se vio, son diversos. Entonces, en cuanto al primer punto, lo relevante no es si el señor C. Z. recibió o no materialmente el dinero (lo cual ni siquiera se precisa tratándose de la retención contemplada en el artículo 223 del Código Penal, pues el poder o custodia sobre un valor se puede ejercer sin haberlo recibido materialmente, sino de forma

contable), sino si había "enterado" o no a la Caja el monto de la cuota obrera. Esto, más allá de si lo hacía con el afán de apropiarse o no en lo personal de las citadas sumas, ya que para el tipo penal eso es intrascendente, bastando la omisión antes referida. Precisamente por esta circunstancia, que se trata de una omisión, no constituye factor eximente la situación financiera de la empresa, porque, empleando los mismos argumentos del impugnante, el salario de los trabajadores es parte de él, de una importancia incluso superior, porque a la vez que asegura al trabajador contra los infortunios, también le otorga a éste y su núcleo dependiente, la seguridad sanitaria que la sociedad costarricense contempla como básica; así como el derecho a una pensión a él o sus dependientes, en caso de invalidez, vejez o muerte. De tal forma que al haber pasado por alto el cumplimiento de esa obligación patronal, con independencia de que los trabajadores estuvieran o no enterados de la situación, no solo se cumplía el tipo penal, sino que se lesionaba el bien jurídico de la seguridad de los trabajadores y de solidaridad social que supone la creación del ente aludido y su sistema de protección."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 116 de las 10:18 horas del 20 de febrero de 2004.**

## **52.- ROBO. Consumación y tentativa. Persecución y disponibilidad de los bienes**

"En casos como el que nos ocupa, para decidir si existe un delito consumado o en grado de tentativa, se debe considerar no solo si el bien sustraído se recuperó, sino también las circunstancias de cómo y cuándo sucedió esto, con el fin de establecer si fue posible la disposición del mismo por parte del sujeto activo, en este sentido, el mismo recurrente cita la jurisprudencia de esta Sala que analizando el tema ha utilizado la teoría "de la disponibilidad" para resolver si el hecho es consumado o en grado de tentativa, en este sentido el **VO-TO n.º 348-F-96**, de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996, estableció: "*Sin embargo esta Sala ha considerado que el hecho de apoderarse de una cosa mueble no se reduce simplemente a tocarla o moverla o quitarla de la esfera de custodia de la víctima o ponerla en un lugar seguro, pues el sentido común que se asigna a la palabra apoderarse es el de "hacerse alguien... dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder" (Real Academia Española: Op. cit., pág. 119). Que el autor de este delito se "apodere" de la cosa implica necesariamente que el ofendido se vea desapoderado de ella, pues solamente así se lesiona el concreto bien jurídico tutelado en esa norma (a saber, la posibilidad exclusiva de realizar actos materiales de disposición sobre la cosa que se posee o tiene). Hay "desapoderamiento*

*to" cuando el autor logra "desposeer, despojar a alguien de lo que tenía o de aquello de que se había apoderado" (Real Academia Española, Op. cit., pág. 489), es decir, hay apoderamiento y desapoderamiento cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sobre la misma sus poderes de disposición o hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, porque ahora es el autor quien puede someter la cosa al propio poder de disposición. Por eso esta Sala, considerando el bien jurídico tutelado, alude al criterio o teoría de la "disponibilidad" para determinar la consumación del delito cuando el autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla (cfr. las voces disponer y disponibilidad en Real Academia Española: Op. cit., pág. 539). De lo que se lleva expuesto resulta oportuno insistir en que no basta con el apoderamiento material para que se configure el delito sino que es necesario que se opere el desapoderamiento; si el sujeto pasivo, luego de que el agente se apodera de la cosa, conserva alguna posibilidad de disponer de la cosa, quiere decir que ésta no ha sido sacada de su dominio y que, por lo tanto, no se ha consumado el desapoderamiento. Por ello es que en la resolución citada por el recurrente se dice que, de acuerdo a esta teoría, en la dinámica de los delitos de Hurto y Robo pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) el iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa); ii) el apoderamiento material de la cosa sin que de él desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad- porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado) (el subrayado no es del original). Como se puede observar en el destacado que se ha puesto, cuando el sujeto activo es perseguido por el ofendido o quien le preste auxilio, sin solución de continuidad habrá un delito frustrado porque el imputado no tuvo oportunidad de disposición, pero en los casos en que exista apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa aunque sea momentánea, el delito se considera consumado. En el presente caso, no hubo persecución sobre el imputado sin solución de continuidad, al contrario, de acuerdo con la sentencia se dice que: "Consecuentemente con ello, lo que resulta relevante para*

el caso en cuestión, es que tal desapoderamiento se produce mediante la utilización de la violencia que se ejerció sobre la humanidad de la ofendida, lográndose a través de ella vencer la resistencia y seguridad del mencionado bien y de esta forma lograr el encajado el desapoderar de ella a la ofendida, retirándose inmediatamente del lugar, aunque fuere de manera momentánea, logrando de esta manera haber podido disponer de tal bien" (ver folio 95). Esto se complementa con el análisis que se hizo de la prueba testimonial que permite establecer que no hubo persecución sin solución de continuidad sobre el imputado ya que en este sentido la testigo L. M<sup>a</sup>. R. G. indicó: "Estaba yo de espalda cuando sentí que alguien me quitó la cadena y lo seguimos en carrera abajo hasta el Banco Popular, lo seguimos como 150 metros, S. fue la que corrió más, yo al reaccionar iba detrás y alguien nos dijo que no los siguiéramos porque iba a una zona peligrosa, nos devolvimos y M. la que se quedó ahí le dijo a unos policías..." (ver folio 87), con esta declaración el Tribunal luego tiene por cierto que fue en virtud de la intervención de unos policías que se logra la detención del agresor, con la suerte "de poder aprehender a ese escasos minutos después en las cercanías de las oficinas centrales del banco Popular de Desarrollo Comunal, portando en su boca la cadena sustraída" (ver folio 92). Bajo estas circunstancias fácticas no es de recibo la pretensión del defensor público para que se considere el delito de robo simple por el que se ha condenado a R. C. R. en grado de tentativa, por lo que sobre este punto se declara sin lugar el reclamo."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 922 de las 11:05 horas del 30 de julio de 2004.**

### **53.- ROBO AGRAVADO. Consumación. Concurso material con privación de libertad**

"Tal y como lo analizó el órgano de mérito, debe descartarse la relación de medio a fin entre la privación de libertad a la que fue sometido el ofendido (quien gracias a un forcejeo logró ponerle fin) y el despojo de su vehículo mediante la utilización de armas, ello por la sencilla razón de que aquella se produjo después de que éste se había consumado, de tal manera que la misma no era necesaria ni cumplía ningún propósito con miras al desapoderamiento. En tales condiciones debe concluirse que se trató de dos acciones delictivas independientes que, por ello, entran en concurso material. Así las cosas, el planteamiento por supuestos yerros de fondo que estructura la defensora pública no resulta de recibo, pues desborda por completo los hechos que se tuvieron por demostrados en el fallo de mérito. Al respecto se advierte

que nunca se tuvo por acreditado que esa privación de libertad a la que fue sometido el agraviado, fuese una conducta *necesaria* para consumir el despojo. Por el contrario, de la redacción de la sentencia de mérito se colige que dicha acción, perpetrada una vez que el señor E. A. había sido desapoderado mediante el uso de armas de su vehículo, ya no cumplía ningún fin de consumación del robo. En cuanto a cuál debe ser la correcta calificación que deba dársele a este tipo de conductas, es decir, qué tipo de concurso se da entre los delitos de robo agravado y privación de libertad agravada, esta Sala ha emitido diversos criterios dependiendo de la base fáctica que se haya tenido por acreditada, lo que significa que tal aspecto de fondo deberá determinarse caso por caso. Ha dicho que se trata de un **concurso aparente** (n.º 238-99 de las 09:05 horas del 5 de marzo de 1999), **material** (n.º 1106-01, de las 10:25 horas del 16 de noviembre de 2001) e **ideal** (0363-02, de las 9:10 horas del 26 de abril de 2002). En efecto, en el **primer pronunciamiento** citado, cuya base fáctica determina que la privación de libertad del sujeto pasivo fue necesaria a efecto de consumir el desapoderamiento, se consideró que se estaba en presencia de un concurso aparente de delitos... En otro sentido, en el **segundo pronunciamiento** que se citó, donde se tuvo por acreditada una base fáctica distinta, en la cual la retención de la víctima no guardaba una relación de medio a fin con la consumación del robo, esta Sala se inclinó por estimar que nos encontrábamos frente a un concurso material... Por último, en el **tercer fallo** que se incluyó supra, donde se acreditaron unos hechos similares y se citaron algunos antecedentes en el mismo sentido, se estimó que el concurso era de tipo ideal... De lo transcrito se advierte que esta Sala ha mantenido un criterio cambiante en cuanto a la calificación jurídica que corresponde a este tipo de hechos, donde la privación de libertad se da en una etapa posterior a la consumación del robo, es decir, cuando entre ambas acciones no existe ninguna relación de medio a fin, pasando del concurso material al ideal. No obstante lo anterior, y tomando en cuenta que, como tesis de principio, la privación de libertad *momentánea y necesaria para consumir el despojo* quedaría absorbida en el injusto del robo agravado, es decir, en algunos casos se trataría de un concurso aparente de delitos, en la especie se advierte que no nos encontramos ante los presupuestos fácticos que permitirían llegar a establecer dicha conclusión. En el caso que nos ocupa resulta claro que esa *retención* de la víctima después de cometida la rapiña (que ni siquiera podría calificarse de "momentánea", pues se prolongó por espacio de tres kilómetros, y no cesó hasta el momento en que la víctima, alarmada, luchó contra sus captores), ya no era necesaria a efectos de consumir ésta, máxime cuando se logra colegir que el ofendido fue desplazado del asiento que ocupaba como conductor, ello cuando el vehículo ya había sido controlado por los antisociales, quienes sin justificación alguna pretendían introducirlo a la cajuela

(cfr. folio 283, línea 1 en adelante). Como se comprende, una vez perfeccionado el despojo, la privación de libertad ya no cumplía ningún objetivo de cara al mismo, ello por la simple razón de que dicho desapoderamiento ya se había consumado. Siendo ello así, aún asumiendo que la acción continuada de mantener al señor E. A. dentro del vehículo tuviera como propósito el tratar de buscar un lugar donde dejarlo abandonado para que no pudiera comunicarse de inmediato con las autoridades, ello no haría desaparecer ni la consumación ni tampoco la lesión de los bienes jurídicos que tutelan ambas figuras. En tales supuestos, tomando en consideración que cuando dio inicio la privación de libertad del ofendido, ya el delito de robo agravado se había consumado, pues el desapoderamiento de sus bienes estaba de sobra perfeccionado y no había forma de que fuese revertido, es claro que nos hallamos frente a un **concurso material de delitos**. En estos términos debe replantearse la posición que asumió esta sala en los citados votos n.º 253-97 de las 9:30 horas del 14 de marzo de 1997, y n.º 363-02, de las 9:10 hr de 26 de abril del 2002. Nótese que en este caso no podría hablarse de una unidad de acción, ya que cuando da comienzo la segunda conducta (privación de libertad), la primera ya se había agotado, de donde resulta claro no sólo que ambos comportamientos son perfectamente diferenciables, sino que lesionaron dos bienes jurídicos de muy diversa naturaleza. Así las cosas, debe concluirse que la calificación jurídica que ahora pretende la defensora (concurso ideal) no resulta acertada, pues –según lo dicho– se trató de un concurso material, tal y como acertadamente lo estimó el tribunal de juicio.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 911 de las 10:10 horas del 30 de julio de 2004.**

#### **54.- ROBO AGRAVADO. Varios ofendidos. Inexistencia de concurso**

“Sobre estos hechos, el Tribunal de Juicio, en voto de mayoría, estimó que se habían cometido dos delitos de robo agravado en concurso material, sin embargo, considera esta Sede que dicha calificación es incorrecta. En este sentido, véase que el sentenciado A. B., en compañía de otro sujeto que no fue identificado, ingresaron a la tienda de videos y empleando armas de fuego, redujeron a la impotencia a quienes se encontraban ahí (en concreto, C. M. R. F. y E. W. F.), apropiándose de los bienes que portaba la señora W. y de algunos otros que estaban en el citado local. Esta acción, estiman los suscritos magistrados, constituye una acción única en sentido jurídico, toda vez que implica la realización en un corto intervalo de tiempo, de una conducta que encuadra en la descripción que contempla el tipo penal y que provoca una única lesión al bien jurídico tutelado (en este caso, la propiedad), con independencia de que los bienes sustra-

dos le pertenezcan a distintos titulares. De importancia también es la existencia de un propósito común, en concreto, el de apoderarse de manera ilegítima de los bienes de los agraviados, lesionando su derecho a la propiedad, que debe recalcar, es de naturaleza puramente económica. En este mismo orden de ideas, esta Sala indicó que: *“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 sólo 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, sólo 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 impropiamente lo estimó el tribunal de instancia”* (resolución n.º 0370-03 de las 11:49 horas del 16 de mayo de 2003). Como se observa, si con su conducta el encartado lesionó el patrimonio de los agraviados y no bienes jurídicos personalísimos (caso en el cual, existiría un concurso ideal homogéneo, toda vez que como los bienes jurídicos personalísimos no pueden separarse de quien los disfruta, la presencia de varios sujetos pasivos equivale a varias lesiones jurídicas, así verbigracia, cuando con la explosión de una bomba, mueren varias personas. En este sentido, véase CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. **El concurso de delitos en el derecho penal costarricense**. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 64), no podría negarse que se cometió un único delito de robo agravado y no dos en concurso ideal (como lo sugiere el privado de libertad), o bien en concurso material (como lo estimó el Tribunal de instancia, en su voto de mayoría). En resumen, del cuadro de hechos demostrados se extrae que A. B. cometió un único hecho punible; ya que desplegó una sola acción jurídica, que implicó el apoderamiento de los bienes de las víctimas y con las cuales, causó una lesión única al bien jurídico tutelado (la propiedad), conclusión que como indicamos supra, no se desvirtúa con el hecho de que los bienes pertenezcan a varias personas. En virtud de lo antes expuesto, estiman los suscritos magistrados que el Tribunal en efecto, aplicó erróneamente la ley sustantiva al cuadro fáctico que se fijó en sentencia, ya que consideró que existía un concurso material cuando en realidad la conducta desplegada encuadra una sola vez en el tipo penal del robo agravado, lo que sin duda alguna, es un quebranto al debido proceso.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 448 de las 11:40 horas del 7 de mayo de 2004.**



### 55.- ROBO AGRAVADO. Quitar o apartar no implica perforar

“Así, la condenatoria que aquí se recurre se relaciona con lo acontecido el 19 de agosto de 2000. Lo que sucede es que en cuanto a este hecho, el Ministerio Público sólo describió en la acusación (ver folio 66) que: “...en horas de la noche el aquí imputado S. M. se introdujo a [la casa de S. A.], para lo cual procedió a quitar unas tablas en el cuarto de la cocina y estando dentro del mismo...” sustrajo un arma de fuego. Como se ve, aparte de la sustracción del arma, al acusado lo que se le atribuye es haber quitado unas tablas del cuarto de la cocina. Es importante destacar que en relación con lo acontecido el 5 de enero de 2000 (hecho por el cual el acusado resultó absuelto), el fiscal a cargo del asunto especificó que el sujeto tuvo que despegar parte de la pared para hacer un hueco y así poder ingresar, lo que hace patente que en ese caso sí se acusó el uso de la fuerza para perforar la pared. Como se ve, la descripción de lo acontecido en una y otra ocasión es bastante diferente y ello resulta relevante porque pone en evidencia lo trascendente del alegato de la defensa, cual es el de que respecto de lo sucedido el 19 de agosto de 2000 no se atribuyó a S. M. el haber perforado o fracturado una pared, sino que sólo se le endilgó haber quitado las tablas. Estiman los suscritos magistrados, que lo apuntado por el licenciado R. V. es correcto, pues el verbo “quitar” significa “*tomar algo separándolo y apartándolo de otras cosas, o del lugar o sitio en que estaba*” (Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición, 2001), pero la definición de ese verbo no abarca que esa separación signifique la perforación o la fractura de una pared. Es más, en este caso ni siquiera se indica en la acusación si las tablas mencionadas eran parte de la pared, como para poder inferir de ello que se trataba de un desprendimiento forzado de las mismas.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 179 de las 10:35 horas del 5 de marzo de 2004.

### 56.- TENTATIVA. Análisis del artículo 24. Teoría que se aplica

“El numeral 24 del Código Penal en lo que interesa, señala: “*Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito*”. Como se ve, el tipo penal castiga como tentativa **el inicio de la ejecución del delito, realizada a través de actos directamente encaminados a su consumación**. De esta manera, se separan los actos preparatorios impunes y los actos de ejecución del

delito, que son punibles como tentativa. En Costa Rica, dicha separación se hace con base en la teoría individual-objetiva. Según ésta, deben tomarse en cuenta dos extremos: El primero, el **plan del sujeto activo** y el segundo, si, según ese plan, **la acción representa un peligro cercano para el bien jurídico**. Para esta teoría el comienzo de la ejecución no necesariamente es una parte de la acción típica: “*(...) el comienzo de la ejecución de delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, sino que también abarca los actos que, conforme al plan de autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y aquella no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, segunda edición, 2002, p. 829). Como se extrae de este texto, los actos preparatorios impunes son aquellos que aunque se dirigen a la realización del tipo penal, no lo hacen de manera directa e inmediata y en consecuencia, no son una amenaza seria al bien jurídico tutelado (salvo que de manera expresa la legislación los considere punibles, convirtiéndolos en un delito independiente). Asimismo, los actos directamente encaminados a la consumación del delito, —entre los que se incluye la acción que precede inmediatamente el comienzo de la acción típica, temporal y espacialmente— y que le permiten al sujeto activo **según su plan**, el paso sin interrupciones esenciales al comienzo de esa acción, son punibles como tentativa. Con base en lo expuesto, estima esta Sede que contrario a lo que manifiesta la defensa sin asidero alguno, el acusado inició la ejecución del delito con la presentación ante el despacho de la demanda ejecutiva y las letras de cambio, a sabiendas de que no existían las obligaciones que fueron garantizadas con ellas, indicándole al juez que la empresa demandada le debía la suma que mencionaban dichos títulos valores. A través de este ardid, B. B. pretendía que el juez dictara una resolución que le separara un beneficio indebido y que, a su vez, acarrearba una disminución en el patrimonio de la empresa demandada. En síntesis, con la sola presentación de la demanda ejecutiva y de los títulos valores, el acusado inició la ejecución de la estafa procesal, conclusión que se deriva del plan que perseguía, como también de la amenaza al bien jurídico que en ese momento implicaron sus acciones. Esto, inclusive, no es una postura novedosa de esta Sala. Ya en otras ocasiones ha estimado que en asuntos como el presente puede hablarse de tentativa... Resolución n.º 209-98 de las 9:05 horas del 6 de marzo de 1998.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1206 de las 9:35 horas del 22 de octubre de 2004.

### 57.- USO DE DOCUMENTO FALSO. Perjuicio. Título de bachillerato.

"Por otra parte, del contenido de la sentencia que se impugna resulta claro que la conducta del acusado, quien se apersonó a las instalaciones de la Universidad Americana en Heredia donde, a efectos de acreditar su grado académico y matricularse en una de las carreras que ahí se imparten, presentó un original y dos fotocopias del título Bachiller en Letras expedido supuestamente por el Ministerio de Educación Pública, el cual resultó ser falso, si resultaba idónea para producir un eventual perjuicio a terceros, por cuanto con la presentación de ese título espurio quedaba habilitado para iniciar estudios superiores que le hubieran permitido en un futuro graduarse como profesional en algún área, todo ello sin que en realidad cumpliera con los requisitos académicos exigidos a dichos efectos. Es claro entonces que una persona graduada en tales condiciones, bien podría llegar a ejercer una actividad profesional y devengar honorarios, todo en detrimento de terceras personas (usuarios). Lo anterior permite establecer que la acción ejecutada por el endilgado resultaba idónea y capaz de llegar a producir perjuicios, con lo cual se cumplió el elemento objetivo que exigen los artículos 359 y 365 del Código Penal."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 759 de las 11:22 horas del 25 de junio de 2004.**

### 58.- USURPACIÓN. Se protege la posesión efectiva

"Mediante la figura de la usurpación, no se protege el derecho de propiedad, o el mejor derecho de posesión, sino la posesión efectiva e incluso la mera tenencia y en el presente caso, conforme analizó el Tribunal, independientemente de la naturaleza (civil o agraria) de la posesión ejercida por el agraviado, es un hecho incontrovertido que era de naturaleza agraria la posesión que venían ejerciendo los acriminados. En este sentido se expuso en el fallo de instancia que: *"... para mil novecientos noventa y ocho, ambos encausados tenían consolidada la posesión de hecho, al sostenerla directa y materialmente por mucho más de un año, dentro de una esfera de poder y voluntad agraria, concretados con siembra de plátanos, posesión que siempre resultó notoria para la comunidad, al punto que en la titulación testigos dieron fe en tal sentido. Así, para finales de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, M. H. S., adquiere la titularidad de la mayor parte de ese inmueble, y con ello, mejorando su posesión a la de derecho..."* (folio 680). Esta constatación resulta de gran trascendencia, porque para que se consolide el derecho de posesión de naturaleza agraria, no es menester la buena fe, sino que como señala la doctrina autorizada: *"... En la posesión apta para*

*la usucapión agraria no existe la categorización de la posesión en de buena o mala fe. La posesión agraria no necesita de tales categorías para atribuir al poseedor los derechos de percepción de frutos, no responsabilidad en caso de pérdida o deterioro del bien, pago de mejoras necesarias y útiles; etc.; en todos los casos, el poseedor, sea nomine propio o alieno, en concepto de dueño o en concepto distinto, los adquiere independientemente de que crea o no que con su actitud está lesionando otro derecho. Lo que se valora en la posesión agraria es el trabajo (...). En el Derecho civil se habla de una buena fe especial, para la usucapión, ligada al título, que exige la creencia en el poseedor de que no existe vicio alguno invalidatorio del mismo y de que el transmitente es el propietario del bien o tiene el poder de realizar tal transmisión. En el Derecho Agrario no puede concebirse la existencia de este requisito en virtud de que el mismo se encuentra ligado al justo título que es desechado como requisito de la posesión apta para la usucapión agraria..."* (Meza Lázarus, Álvaro: *La Posesión Agraria*, 1ª edición, Alma Máter, San José, 1986, folios 159-160). Al demostrar tanto el coimputado H. S., como otros poseedores que habían explotado en forma ininterrumpida, pública y pacífica el terreno, el Instituto de Desarrollo Agrario (I.D.A.) otorgó a cada uno de ellos la titularidad sobre la parte correspondiente, con apego a la Ley de Titulación de Tierras ubicadas en Reservas Nacionales (número 7599, de 29 de abril de 1996). En este sentido, expresaron los juzgadores que: *"... es claro que el IDA, para la titulación de los lotes a nombre de M. H. S., M. M. R. y A. H. H., mismos que lograron abarcar lo que era el terreno adquirido por J. N. C. F... se ajustó al trámite expresamente señalado en la ley, lo que exigía entrevistas a colindantes o vecinos para determinar el tiempo de ocupación del inmueble y desde luego la forma pública, continua y pacífica de esta detentación; la presencia del propio interesado, y en fin, plena corroboración de que se encontraban en ejercicio de la posesión..."* (folio 678). En consecuencia, si la posesión ejercida por los justiciables se encontraba amparada por el ordenamiento jurídico, al punto de que por su medio uno de los coimputados gestionó y obtuvo ante el Instituto de Desarrollo Agrario la titularidad de gran parte del bien inmueble objeto del conflicto, no puede considerarse que su conducta constituya un ilícito penal. Las normas punitivas constituyen una fracción del ordenamiento jurídico y en ese tanto, su aplicación debe armonizar con el todo del que constituye parte integral. Por eso se afirma que la adecuación de la conducta al tipo, es sólo un indicio de su antijuridicidad, la cual se define como: *"... un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del Ordenamiento jurídico..."* concebido en su integralidad, de manera que: *"... la antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el Ordenamiento jurídico..."* (Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Pe-*

nal, Parte General], Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 233). No existe ilícito penal entonces en la especie, pues no puede considerarse antijurídica la posesión ejercida sobre el inmueble por los encartados, si la legislación agraria amparaba los actos ejercidos por éstos, quienes ante la ausencia del ofendido en la finca, procedieron a explotarla con cultivos propios de la zona."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1393 de las 10:10 horas del 3 de diciembre de 2004.**

#### **59.- VIOLACIÓN. Bien jurídico. La multiplicidad de accesos constituye concurso material**

"Señala que la interpretación del Tribunal al estimar que existe un concurso material es *"más gravosa"* para los acusados porque impide considerar la existencia de un dolo unitario *"y la repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación, ni la circunstancia de que el hecho fue realizado en forma similar; así como que la conducta imputada implica una injerencia física en la persona del titular, concretamente en su identidad física (sic)"*. **El reclamo es improcedente.** La violación es un delito que lesiona prioritariamente la libertad sexual, la autodeterminación sexual, aunque en forma concomitante también la integridad física, moral y la reserva sexual. Sin embargo, el bien jurídico más relevante es precisamente la libertad sexual, como reflejo del principio general de libertad, en el sentido de que se reconoce a la persona el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella —y con quien lo desee hacer— tiene derecho a decidir. Por la naturaleza de este bien jurídico es de los que la doctrina llama *"personalísimos"* y la importancia de su lesión es tanta, que cada vez que se materializa un acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima, se lesiona el bien jurídico en forma íntegra, se reduce a la víctima a una condición de objeto, se le vilipendia y se vulnera en una forma intolerable su dignidad, lo que impediría a la conciencia jurídica general siquiera pensar que podría considerarse una sola acción, pues debe recordarse que el bien jurídico es precisamente el elemento que legitima la intervención penal, es primero su existencia y luego, su gradación e importancia para el conglomerado social la que permite valorar como justa, razonable, proporcionada y necesaria e idónea la intervención penal en el contexto de un Estado de Derecho, de modo tal que el planteamiento del recurrente, no sólo deja de lado el tipo de delito del que se está hablando y del bien jurídico que se encuentra comprometido, sino además soslaya convenientemente la perspectiva del significado de la acción *para la víctima*, para su esfera de libertad sexual, especialmente en el contexto en que estos hechos se dan, cuando la vulnerabilidad propia de

toda víctima de un acceso carnal no consentido, fue sobredimensionada en la realidad, al estar simplemente a merced —"como leones" al decir de la ofendida—, de cinco sujetos que hicieron con ella lo que quisieron, pues la tenían completamente sometida a su poder. Además, se obvia que nuestro legislador estableció la figura del delito continuado única y exclusivamente para delitos que afecten bienes jurídicos de contenido patrimonial, porque una cosa es que la respuesta penal a determinados hechos lleve a que, en casos como el que se conoce, la pena necesariamente deba ser de prisión y muy elevada y otra que los hechos deban ser correctamente valorados y calificados jurídicamente y que en esta operación haya de respetarse el principio de legalidad y el bien jurídico particular que la norma penal protege. En el caso concreto, cada vez que se materializó un acceso carnal por cada uno de los acusados, se lesionó el bien jurídico y eso da lugar a una acción penalmente relevante para cada evento, que se integra en concurso material a las demás, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre otras, resolución 156-99 de las 9:54 horas del 12 de febrero de 1999) y por ello es correcta la decisión de los juzgadores, sin que los cuestionamientos sean útiles para desmerecer el fallo."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 935 de las 15:50 horas del 6 de agosto de 2004.**

#### **60.- VIOLACIÓN. Intimidación y efectos que produce en la víctima**

"Está claro que el acerto, en cuanto al poder intimidatorio y la reducción a un estado vulnerable de sometimiento **está puesto en la víctima**, en el efecto que las amenazas o la conducta desplegada por el agente, aún simbólicamente —por ejemplo, blandir un cuchillo o mostrar un arma, sin decir palabra alguna— pueden generar en su ánimo, en su psique, a fin de lograr precisamente lo que el agente busca, que es minar toda posibilidad de resistencia o al menos hacerla manejable para poder ejecutar el ultraje. No es entonces lo que al impugnante o al acusado le parezca que es grave o no, sino lo que la víctima, que es la que sufre la vejación, sintió o pensó de acuerdo con lo vivido, en las circunstancias concretas en que se desarrollaron los hechos y de acuerdo con sus características propias. Superadas están aquellas añejas concepciones que para aceptar que una mujer hubiera sido víctima de ultraje sexual, para estimar que no hubo consentimiento de su parte, se le exigían conductas heroicas y hasta inverosímiles, trasladando a la víctima la demostración de su resistencia —con golpes, lesiones, lucha— que, si no estaban presentes, implicaban "consentimiento" de su parte, trasladando a la víctima la obligación de explicar lo sucedido, concepciones que tenían todo un trasfondo sociocultural que partía de una superioridad o

poder de disposición del varón respecto del deseo y libertad sexual femenino, completamente erradicado. Se olvidaba desde estas concepciones, el poder intimidatorio, el terror que la fuerza física, el uso de armas o la sola situación de soledad y abuso son capaces de generar en una persona -hombre o mujer-, aspectos que pueden conducir a verdaderos estados de paralización, de incapacidad emocional para resistir y sin embargo, en ninguna de estas ocasiones, en que a lo mejor no hay evidencias físicas de lucha, como golpes o heridas, e incluso ni siquiera se presentan lesiones en el área genital, podría hablarse de un acceso carnal consentido, de manera que la valoración de tales aspectos no es tan simple como lo pretende el recurrente y debe trasladar también el énfasis en la víctima, su vivencia, sus condiciones y las características propiciadas o aprovechadas por el agente para materializar la conducta."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 820 de las 9:56 horas del 9 de julio de 2004.**

#### **61.- VIOLACIÓN. Incapacidad aprendida como incapacidad para resistir**

"En relación con el empleo de violencia corporal, contrario a lo que indica el recurrente, en la relación de hechos acreditados se señala con claridad que el encartado accedió carnalmente a la víctima en contra de su voluntad (folio 450 vuelto). No es cierto entonces que para los jueces el empleo de fuerza física se limitó a la introducción de la víctima en la habitación. Con respecto a la intimidación, la misma resulta completamente irrelevante para que se tenga como acreditada la violación, ya que como vimos, en la especie se demostró el uso de violencia corporal para la comisión del ilícito, lo que bastaría para que se configure el tipo penal. En todo caso, observa esta Sala que el Tribunal estableció, con base en el testimonio de la víctima, que el justiciable la sometió a reiteradas agresiones sexuales desde que era niña, valiéndose primero de amenazas, luego de regalos (dinero u otros obsequios) y de la relación que tenía con una media hermana de la ofendida, misma que le ponía en contacto constante con ésta sin que se despertaran sospechas. Del relato de la joven, el a quo deriva que el encartado fue moldeando a la agraviada a su voluntad, al extremo de que ella veía normal que el justiciable le mostrara pornografía y la indujera a masturbarse (folios 500 vuelto y 501 frente, 502 frente). Como se observa, aunque los jueces dicen que además de la violencia corporal la violación se cometió con intimidación (ya que el encartado se había mostrado ante la ofendida como una persona capaz de causarle daño, lo que minó su resistencia y se vio materializado en el miedo que la embargó al darse cuenta de que el justiciable se dirigía a un motel, folio 507 frente), también reconoce que la ofendida se encon-

traba en una situación de invalidez aprendida que le hacía imposible defenderse, lo que bastaría para que se configure el tipo penal de violación. En consecuencia, aunque aceptemos hipotéticamente que el a quo se equivocó al decir que los hechos demostrados encuadran en la causal prevista en el numeral 156, inciso 3) del Código Penal porque se aprecia el uso de intimidación, el vicio es intrascendente toda vez que se acreditó que la ofendida presentaba una incapacidad psicológica de resistencia frente a las acciones del justiciable, lo que sin duda alguna encuadra en el inciso 2) de la citada norma. En este caso, fue el propio encartado quien desde la infancia de Y. M. A. creó tal incapacidad a través de sus repetidas acciones. Según se acreditó, el imputado valiéndose de esa incapacidad, fue avanzando en el nivel de los abusos sexuales, al extremo de que la joven llegó a considerarlos normales. En síntesis, aunque aceptemos hipotéticamente que en la especie no se ha acreditado la existencia de amenazas de cierta gravedad al momento de comisión del ilícito que puedan considerarse intimidatorias, el vicio carece de importancia, ya que la violación sigue presentándose conforme el cuadro fáctico que establece el a quo y del cual se desprende tanto el empleo de violencia corporal para la comisión del hecho, como una incapacidad de resistencia de parte de la víctima. En otro orden de ideas, en el estudio de esa incapacidad el a quo podía avocarse al análisis de la declaración de la agraviada y en concreto, de los hechos que según narró, sucedieron antes y después de la violación. El que los mismos no fueran incluidos en la acusación (como lo indica el fallo de mérito a folio 501 frente) no implica que el a quo no pueda valorarlos, máxime si son los que explican la situación de incapacidad psicológica en que se encontraba la afectada."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 924 de las 11:20 horas del 30 de julio de 2004.**

#### **62.- VIOLACIÓN. Incapacidad para resistir ante situación traumática**

"La incapacidad para resistir, tal y como lo ha establecido esta Sala en anteriores pronunciamientos, no hace referencia exclusiva a las condiciones intelectuales del sujeto pasivo, sino a todos aquellos factores mentales, físicos o psicológicos que impiden a la víctima ejercer o mantener una adecuada defensa de su libertad sexual -sobre el particular ver voto número 344-02 de las 14:20 horas del 18 de abril de 2002. Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia -. En la causa de comentario, conforme se acreditó en sentencia, las circunstancias que rodearon el hecho, y que obviamente constituyeron también un entorno intimidante, concurrieron a producir en la ofendida un estado de parálisis o "shock" que no le permitió ejercer una resistencia tenaz, indicando la joven

A. S.: "... no quería tener relaciones sexuales con él, pero mi cuerpo no estaba respondiendo, estaba rígida, no era que decía sí, yo estaba rígida, no podía moverme, está es la parte rara, ... es como un venado que está inmóvil delante de las luces de un carro y no puede hacer nada, y así quedé yo..." –declaración de la ofendida en debate, folio 147–. Contrario a lo que argumenta el recurrente, reafirmando lo que se indicó supra, la incapacidad para resistir no se refiere necesariamente a las alteraciones físicas o mentales permanentes que inhiban a la víctima para ejercer oposición ante una agresión sexual no consentida. Resultaría contrario a las normas que informan el correcto entendimiento humano, negar que, frente a un evento amenazante de la vida o la integridad física, que genera gran temor y ansiedad, como la violación, cada víctima reacciona automáticamente de diferente manera: unas enfrentándose fuertemente, otras tratando de huir y en otras su respuesta es un estado paralizante, pero todas estas reacciones constituyen un reflejo de supervivencia, son instintivas, siendo la parálisis por miedo o congelamiento, muy similar al "shock", entendiendo por este: "un estado de profunda depresión nerviosa o circulatoria, sin pérdida de la conciencia, que se produce después de intensas conmociones..." –Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición, 2001. Tomo I (a/g). Madrid, España, p. 539–. Tales reacciones nerviosas no son extrañas en el campo de la psicología y la psiquiatría, como respuestas de adaptación normal de cuerpo y mente para proteger al individuo, preparándolo para responder ante eventuales situaciones traumáticas; estados mentales y físicos que aun cuando son transitorios, se enmarcan perfectamente, tal y como lo señaló el tribunal, dentro de una incapacidad para resistir en la víctima, tutelable por el ordenamiento jurídico. Diversos estudios en este campo, establecen, que cuando una víctima responde instintivamente mediante parálisis a un trato traumático inminente o prolongado, su realidad se altera, ingresando en una forma de disociación psicótica, reduciéndose o desapareciendo las sensaciones de dolor o miedo. Todo lo anterior permite establecer que la incapacidad para resistir comprende también aquellos pasajes vivenciales en que se coloca a una víctima, producto de un evento impactante a nivel psicológico, consecuencia de un entorno intimidante, que la imposibilitará física y mentalmente para reaccionar o presentar otro tipo de respuesta al hecho amenazante, sin que guardé relación con las características físicas –estatura, peso– que pueda tener la persona ofendida, como parece entenderlo el impugnante al aludir a tales parámetros físicos respecto de la ofendida. En el caso presente, la prueba valorada por los jueces, específicamente el dictamen psiquiátrico practicado a la joven A. S., indica con claridad tal situación, estableciendo que la agraviada, ante el evento traumático que experimentó, producto de la acción delictiva realizada por el imputado, presentó una reacción de bloqueo, que le impidió

tomar una decisión, favoreciendo esta condición, muy propia de las víctimas de abuso sexual, el que se tornara más frágil, vulnerable y fuera un elemento que contribuyera a la acción del supuesto ofensor, esto es, una reacción que se generó ante la situación de amenaza que vivió, para protegerse en su esfera mental, presentando un síndrome de estrés post traumático, en estrecha relación y como secuela de la historia de agresión sexual vivida, dentro de un relato claro, detallado y confiable –ver folios 180 y 181–."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 988 de las 9:55 horas del 20 de agosto de 2004.**

### **63.- VIOLACIÓN. Lamer no constituye acceso carnal**

"La actividad de "lamer", descrita en la pieza requisitoria, significa: "... pasar la lengua por la superficie de algo... Rozar blanda y suavemente algo al pasar por ello..." (Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Editorial Espasa, Madrid, 2001, p. 1345). Las acepciones de dicho verbo, por lo consiguiente, son extrañas a los modos de comisión del delito de violación, el cual exige las acciones de hacerse acceder o tener acceso carnal por vía oral, anal o vaginal: "... con una persona de cualquier sexo". Al incluir –*motu proprio*– el Tribunal la introducción del pene en la cavidad oral de la ofendida, se varió la materialidad de la conducta concreta endilgada a C. D., modificándose su núcleo esencial al incluirse un nuevo ilícito de violación que no había acusado el órgano competente para ejercer la acción penal."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 248 de las 9:45 horas del 19 de marzo de 2004.**

## **B.- DERECHO PROCESAL PENAL**

### **64.- ACCIÓN CIVIL. Convivientes de hecho. Condición de herederos**

"Falta de fundamentación en cuanto a todos los extremos petitorios, principalmente sobre la excepción de falta de legitimación activa de la conviviente conforme a los artículos 37 del Código Procesal Penal y 572, inciso ch) del Código Civil. El alegato esencial de este motivo radica en que aunque el hoy occiso engendró hijos con la conviviente, ello no basta –conforme a la normativa citada– para tenérsele como heredera, por lo que el Tribunal no debió haber rechazado la excepción apuntada supra. Concretamente no se demostró que entre el ofendido y la accionante hubiese una relación pública, singular y estable durante 3 años, el recurrente afirma que se ignora si la relación cumplió con dicho presupuesto o la conviven-

cia había sido declarada judicialmente para solo así poder apersonarse al proceso como víctima y tener derecho al reclamo civil y a heredar, por lo que debió haberse acogido la excepción de falta de legitimación activa en cuanto a la conviviente y rechazar el concomitante reclamo civil. Además, no siendo víctima, tampoco podía otorgar un poder especial judicial a la abogada directora, lo que en última instancia torna nula la sentencia aludida pues existió un vicio insubsanable y contrario a la Ley Civil. Este motivo debe ser declarado con lugar. **No lleva razón el impugnante:** conforme a la manera en que sustenta el motivo, el recurrente parece exigir de quien pretenda constituirse víctima luego de una convivencia de facto, —como un presupuesto jurisdiccional civil— el acudir al procedimiento abreviado de reconocimiento de unión de hecho, para poder estar legitimado a presentar una acción civil resarcitoria, lo que evidentemente lesiona el principio de libertad probatoria que rige la materia penal conforme el artículo 182 del Código Procesal Penal y conforme al artículo 41 *ibidem*, en cuanto al ejercicio de la acción civil resarcitoria regirá la normativa del mismo cuerpo legal. En consecuencia, los requisitos del ordinal 572, inciso ch) del Código Civil para la condición de heredera o heredero, serán exigibles a aquella o aquel conviviente que intervenga en un proceso sucesorio, no para la pareja de hecho superviviente a la comisión de un delito donde el sujeto pasivo haya sido su compañero sentimental. La sentencia debe entenderse como una unidad lógico jurídica, en ese sentido, el deponente R. V. A. manifestó: "... Yo vengo como testigo de la acción civil y el muerto era cuñado mío y hago constar que mi cuñado tenía quince años de vivir con Carmen Lidia, conocida como C..." (folio 231, líneas 16 a 19); en igual sentido, el testigo O. M. M. depuso que la víctima convivió con la accionante como quince años (folio 232, líneas 9 a 11); con dichos testigos se acredita además que la conviviente tenía más de los tres años de convivencia pública, singular y estable que el representante del Estado considera indispensable tener por demostrada la legitimación para accionar civilmente, ello pese a las consideraciones expuestas en este acápite."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 888 de las 10:25 horas del 23 de julio de 2004.**

#### **65.- ACCIÓN CIVIL. La indemnización no requiere de la acreditación del ilícito**

"Debe señalarse que el decreto de responsabilidad civil en un proceso penal y a cargo de cualquiera de las partes demandadas, no depende de que recaiga una condena que declare la existencia de delito o la determinación de sus autores. Si los jueces logran establecer que el daño surgido a raíz del hecho que se investiga (sea delito o no) en realidad se produjo y que el ordenamiento jurídico contempla normas que permiten atribuir la

responsabilidad por el daño a una persona (física o jurídica, el imputado o cualquiera de los accionados civiles), están obligados a declararla y a imponer sus consecuencias. Ahora bien, en el presente caso se demostró que el ofendido depositó a la cuenta bancaria de la empresa "C. S.A." la suma de ₡2.800.000 con el fin de que se la utilizase para cancelar los derechos de importación de un vehículo traído del exterior. Sin embargo, el dinero no lo utilizó la compañía en el acto dicho, sino que se confeccionó en un formulario de declaración aduanera que poseía "Agencia Aduanal C. S.A.", un documento falso que daba cuenta del supuesto pago de impuestos y aranceles (ver folio 285) pero que, en realidad, era duplicado de la misma fórmula con la que se tramitó el desalmacenamiento de otros bienes (lubricantes). Además, la referida empresa demandada civil elaboró un documento según el cual el dinero le había sido devuelto a la víctima y que, también se demostró, es falso, pues la afirmación de B. Á. de que nunca recibió dicho dinero se corrobora con el dictamen criminalístico que descarta su autoría de la firma que consta en aquel documento. A partir del marco histórico descrito, es evidente que el tribunal sí determinó la existencia de la confección de dos documentos falsos y tales conductas constituyen delito, por lo que resulta erróneo el aserto de quien impugna, en cuanto echa de menos figuras delictivas que den sustento a la responsabilidad de la empresa accionada. Puesto que también es obvio que la "A. A. C. S.A." recibió el dinero y simuló, en primer término, utilizarlo en los trámites de desalmacenaje y luego haberlo devuelto al ofendido, su responsabilidad civil fue correctamente establecida por el a quo, aun cuando se determinara que el acusado (quien fungió como intermediario, depositando el dinero y entablando conversaciones con la agencia aduanal) no tuvo ninguna participación en los actos delictivos y no se pueda establecer dentro de este proceso cuál de los servidores de la empresa los ejecutó. No se trata, como lo sostiene el impugnante, del incumplimiento de un contrato, sino del daño surgido por la comisión de delitos que tuvieron lugar en el seno de la sociedad demandada y por los que resulta responsable, conforme lo dispone el inciso 5) del artículo 137 del Código Penal de 1941 —reglas vigentes sobre responsabilidad civil—. Encuentra la Sala que el "nexo de causalidad" entre la actividad de la empresa y el daño acaecido fue bien determinado en el fallo y posee la debida fundamentación, aunque no la comparta quien recurre. Es preciso reiterar, entonces, que el a quo halló suficientes elementos de convicción para sostener que los delitos fueron ejecutados por servidores de la accionada y que las acciones ocasionaron un menoscabo patrimonial a la víctima y ello basta para decretar la responsabilidad civil del modo que se impuso, que encuentra sustento no en "factores humanitarios", como se alega, sino en normas jurídicas que expresamente la prevén, junto a los principios éticos y de buena fe que deben regir la actividad comercial."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 535 de las 9:05 horas del 21 de mayo de 2004**

**66.- ACCIÓN CIVIL. Legitimidad. No se requiere declaratoria de herederos.**

“Como segundo motivo, aunque expuesto como parte del primer alegato supraanalizado, los impugnantes reclaman que tanto la querrela como la acción civil fueron admitidas a pesar de que no las promovió el titular, porque no se acreditó que se hubiera abierto un proceso sucesorio en el que se les hubiera declarado herederos y ostentar así legitimación para accionar y pese a que se reclamó la falta de legitimación activa el Tribunal nunca se pronunció sobre el punto. **El reclamo no es procedente.** La accionante en ambos casos, M. E. E., actuó en representación de los menores E., K. P. y J. F., de cinco, dos y año y dos meses de edad, todos A. L., hijos de la ofendida M. E. L. E., y a quien administrativamente el Patronato Nacional de la Infancia había designado como guardadora de los niños, según se acreditó en el proceso y se resolvió en la audiencia preliminar y además en perfecta consonancia con las disposiciones —en interés de los menores— de los artículos 108, 114 y 115 del Código de la Niñez y la Adolescencia (cfr. folio 84 y acta de audiencia de folios 227 a 233). Los niños son, en este caso en que se dio muerte a su madre, **víctimas** en los términos del inciso b) del artículo 70 del Código Procesal Penal y además, **damnificados directos**, en los términos del artículo 37 *ibid.* y 125, 127, 128, 129 y 130 de las reglas vigentes sobre responsabilidad civil del Código Penal de 1941, así que tienen un **interés directo y propio** y en ese sentido no necesitan ninguna declaratoria como herederos porque no reclaman en representación de su madre sino en nombre propio, tal y como reiteradamente lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre otras, resoluciones 120-91 de las 8:45 horas del 5 de abril de 1991 y 202-01 de las 10:50 horas del 16 de febrero de 2001).”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 824 de las 10:08 horas del 9 de julio de 2004.**

**67.- ACCIÓN CIVIL. No existe desistimiento si permanece en la audiencia el representante legal**

“Indica el inculinado, que respecto a la acción civil resarcitoria ejercida por J. A. C. V., el aquo hizo caso omiso a las solicitudes de declaratoria de desistimiento formuladas por la defensa, pese a que el actor civil: *... sin justificación alguna, se alejó de la audiencia, una vez rendida su obligada declaración, siendo entonces que no estuvo después, y lo que es más, no presentó como lo exige el rito las respectivas y formales conclusio-*

*nes, ni a través de su director judicial, y como consta en el acta de debate y en la grabación del mismo, no solicitó expresamente condenatoria en cuanto a la acción civil incoada en mi contra.* **No asiste razón a quien recurre:** Contrario a lo manifestado por el sentenciado, no se produjo en la especie ninguna causal de desestimiento tácito respecto de la acción civil resarcitoria incoada por J. A. C. V. Confrontadas que fueran las actas de debate (folios 120 a 123) y los registros magnetofónicos, se constata que la circunstancia reclamada por quien impugna, a saber: que sin justa causa el actor civil se ausentó de la primera audiencia del debate, se alejó de ésta, o no se presentó a exponer sus conclusiones, es inexistente. En cambio, se determina que la licenciada O. G. V., representante de la parte actora civil representando a C. V., permaneció en todo momento en la sala de debates y concurrió a emitir conclusiones, tal y como se dejó constando en forma escrita y en las respectivas grabaciones del contradictorio. Cabe agregar, que esta Sala reiteradamente ha expresado que el deber de concurrencia establecido en el inciso c) del artículo 117 del Código Procesal Penal, se tiene por cumplido cuando quien acude es el abogado a quien el actor civil confirió poder especial, sin ser necesaria en ese caso, la presencia de este último. En ese sentido... la resolución número 853 de esta Sala, de 9:45 horas del 16 de julio del año en curso... En la especie, se sabe que desde el inicio del procedimiento, C. V. otorgó poder especial a la licenciada G. V., estipulándose que le confería todas las facultades indicadas en los artículos 1256, 1288 y 1289 del Código Civil, siendo este último precisamente el que se refiere a la posibilidad de representarle en las audiencias y para los efectos que interesan, suplirle en los momentos procesales estipulados en el mencionado inciso c) del artículo 117 del Código de rito. En virtud de las anteriores consideraciones, debe rechazarse el quinto motivo de la impugnación por la forma.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1296 de las 9:45 horas del 12 de noviembre de 2004.**

**68.- ACCIÓN PENAL. Conversión de pública a privada. Casos en los que procede. Competencia del Tribunal**

“El punto medular del reclamo que plantea el recurrente versa sobre la interpretación que realiza del artículo 20 del Código Procesal Penal, de la cual deriva que en el delito de uso de documento falso no es jurídicamente procedente la conversión de la acción pública en privada. Sobre la naturaleza de este instituto, la Sala Constitucional ha indicado que el mismo surge a partir del protagonismo que el Código Procesal Penal pretendió dar a la víctima así como también de la intención de descongestionar el sistema el aparato judicial seleccionando

los delitos que causen mayor dañosidad social: **"VI.- Instituto de la conversión de acción pública a acción privada.** (...) el instituto de la conversión de acción pública en acción privada que prevé el artículo 20 aquí impugnado, deriva de esa concepción que busca insertar a la víctima dentro del proceso penal, otorgándole un mayor reconocimiento de sus derechos. El Estado, en este caso renuncia al monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, permitiendo que en los casos en que la víctima lo solicite y; cuando a) no exista un interés gravemente comprometido, b) se trate de un delito que requiera instancia privada, c) se trate de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas; el delito se convierta de acción pública a acción privada. En este caso, es la voluntad de la víctima la que determina que el proceso continúe hasta el final o que fenezca con motivo de una solución alternativa; sea, la víctima tiene un poder de disposición sobre la acción propiamente, pues, se considera que se trata de intereses particulares, que no afectan gravemente a la colectividad, (...) Los imputados cuyas causas son convertidas de acción pública a acción privada, son esencialmente iguales al resto de los imputados, cuyas causas se tramitan por el procedimiento ordinario de delito de acción pública. De ahí que se garantice un respeto del núcleo de derechos que compone el debido proceso, en forma igualitaria. Sin embargo, son sometidos a un procedimiento distinto, al cual se accede en virtud de la verificación de criterios objetivos, claramente definidos y constatables en el momento de la conversión de la titularidad de la acción: a) solicitud de la víctima y autorización del Ministerio Público, b) la no existencia de un interés gravemente comprometido, b) que se trate de un delito que requiera instancia privada, c) o, de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas Esa diferencia de trato es completamente razonable y justificada si se pondera el fin que se persigue en ese tipo de procesos, cual es la devolución a la víctima de su protagonismo escénico en la solución del conflicto, lo que atiende a su vez, a un sistema procesal de corte acusatorio, que fue considerado por el legislador como el más apropiado para desarrollar los principios del régimen democrático por el que optó el constituyente. El legislador pretende otorgarle una efectiva participación a la víctima dentro del proceso y posibilitar soluciones al conflicto más satisfactorias para los intereses de quienes son los verdaderos partícipes de la controversia social subyacente. Conforme se analizó, el diseño de los procesos es potestad del legislador; la Constitución Política no establece un modelo específico de proceso que debe seguirse, sino, un catálogo de derechos y garantías inalterables, que conforme se analizó son respetados en el procedimiento de querrela. En consecuencia, considera esta Sala que no existe lesión alguna al principio de igualdad constitucional". El subrayado no es del original. Sala Constitucional, sentencia número 2002-02326 de las 15:13 horas del 6

de marzo del 2002. III.- Así, la interpretación que ha de hacerse del numeral 20 referido, es que la conversión de la acción pública en privada se aplica cuando la víctima lo ha solicitado, el Ministerio Público lo autoriza constando que no existe interés público gravemente comprometido y solamente en dos tipos de delitos: a) los perseguibles a instancia privada y, b) contra la propiedad cuando no haya existido grave violencia sobre las personas. El artículo 18 del Código Procesal Penal describe cuáles son los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada. En lo que se refiere a delitos contra la propiedad, el Título VII del Código Penal contiene el hurto, el robo, las extorsiones, las estafas y otras defraudaciones, la administración fraudulenta y apropiaciones indebidas, las usurpaciones y los daños. En el presente caso, el Fiscal al momento de fundamentar la autorización indicó que el suceso podría configurar el delito de uso de documento falso con ocasión de estafa y que en ese caso, el dolo directo se dirige a una afectación del patrimonio y que podría tratarse en la especie de un delito de estafa o defraudación fiscal. En este mismo sentido, el fiscal adjunto consideró que en ese caso, la estafa o la defraudación fiscal afectan el patrimonio y que por no existir interés gravemente comprometido ni violencia sobre las personas, autorizaba la conversión (folios 147-148, Tomo I). El hecho de que en sentencia se considerara que el delito era diferente no viene a invalidar las actuaciones precedentes, ni mucho menos afecta —como equivocadamente lo pretende el recurrente— la competencia del Tribunal. En todo caso, no encuentra esta Sala —ni lo indica el gestionante— cuál es el perjuicio sufrido por el querrelado si más bien en todo momento se le respetó el debido proceso: existió una acusación, pudo ejercer su derecho a la defensa y fue juzgado por un Tribunal que era a todas luces competente para conocer de su causa, y no como se alega, en el sentido de que es incompetente para juzgar delitos de acción pública."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 970 de las 10:40 horas del 13 de agosto de 2004.

#### 69.- ACUSACIÓN. Defectos formales que pueden ser corregidos

"Esta Sala considera de vital importancia remitirse a la relación de hechos elaborada por la fiscal en la acusación, en la que señala que: "...3- Unos días después el imputado se apersona nuevamente a la casa de habitación de la ofendida a quien lleva hasta su vehículo. Estando allí la invita a acostarse en el camarote que se ubica en la parte trasera del automotor donde con consentimiento de la menor mantiene relaciones sexuales con esta en una oportunidad, esto pese a conocer la edad de la agraviada ya que no sólo la había visto con el uniforme de la Escuela sino que también le había pregun-



tado la edad informándole la menor que tenía doce años" (ver folio 42). Si bien es cierto, en la acusación no se especifica el tipo de relación sexual que tuvo el imputado con la ofendida, es errónea la posición del Tribunal al considerar que estamos ante una pieza acusatoria con una falta de imputación de una conducta típica, puesto que el término "relaciones sexuales" implica "hacerse acceder o tener acceso carnal"; se considera que el hecho de que únicamente se exprese que el encartado mantuvo "relaciones sexuales" sin especificar si dicho acceso carnal es por vía oral, anal o vaginal, como está estipulado en el artículo 159 del Código Penal, no implica que exista un error sustancial en la formulación de la acusación objeto de análisis como lo estimó el Tribunal al manifestar en la sentencia lo siguiente: "... Si bien es cierto el Ministerio Público solicitó introducir una corrección en la acusación mediante la figura de la corrección material que se establece en el artículo 348 del Código Procesal Penal, lo cierto del caso es que dicha subsanación no fue de recibo en el tanto la corrección de errores invocada por el Ministerio Público se refiere a simples errores materiales y no sustanciales como en el presente caso. Lo anterior porque lo que se corrige es la imputación de una conducta al imputado que es parte de una sentencia como se establece en los requisitos formales de la acusación a que hace referencia el inciso b) el artículo 303, el cual indica que la acusación debe ser clara, precisa y circunstanciada, por lo que la subsanación del error pretendido por el Ministerio Público, es evidentemente extemporáneo" (ver folio 134). Por el contrario, se trata de un error material que se pudo haber subsanado, de acuerdo con el artículo 348 del Código Procesal Penal y con lo que ha establecido esta Sala: "... el saneamiento se refiere a defectos formales, secundarios o periféricos, pero nunca a la esencia misma de la acusación" (ver votos de la Sala n.º 46 de las 9:40 horas del 15 de enero de 1999 y No. 1412 de las 9:00 horas del 22 de febrero de 2002). Lo anterior por considerar que con el saneamiento pretendido, no se estarían incluyendo circunstancias que modifiquen condiciones sustanciales o esenciales, ni se estaría irrespetando el derecho de defensa del encartado, ya que como se observa en el fundamento de la acusación: "... Se cuenta en el expediente con la manifestación rendida por parte de la ofendida M. V. A., quien describe la conducta por medio de la cual el encartado aun conociendo que esta contaba con tan solo doce años de edad, la conquista y mantiene con esta relaciones sexuales en una oportunidad, siendo que al momento de ser valorada físicamente en el dictamen se establece que la misma presenta un himen angular con rupturas antiguas. Asimismo se indica mediante la valoración psicológica que la ofendida presenta un trauma psíquico como consecuencia de los hechos acusados" (ver folio 43), pudiendo inferirse que desde un inicio el imputado conocía los hechos que se le acusaban, por lo que no podía alegar indefensión."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 962 de las 9:25 horas del 13 de agosto de 2004.

#### 70.- ACUSACIÓN. La corrección o modificación en debate tiene límites

"En el presente caso estamos en presencia de un caso de nulidad parcial, conforme se expondrá a continuación. Algunos comentarios se han generado a consecuencia de la posición de esta Sala respecto de la corrección de la acusación en la fase de juicio, en especial a partir de la resolución 984-03. En esta sentencia no se afirma que la acusación pueda ser modificada en forma irrestricta por el Ministerio Público y por todos los motivos imaginables. Incluso la posibilidad de ser corregida cuando contenga algún error tiene sus límites. A manera de ejemplo, la acusación no puede ser sustituida por otra por la simple razón de que al representante del Ministerio Público le desagrade como la formuló otro colega, o incluso él mismo. Sólo cabe la corrección, si ella tiene un defecto sustancial en su formulación, y no simplemente por una cuestión de estilo en la redacción. Por otro lado, cuando se trata no ya de defectos procesales, sino de la inclusión de hechos nuevos, la posibilidad es todavía más restrictiva. Hay una norma expresa que indica que la inclusión de hechos nuevos es posible si y sólo si: a) modifica la calificación legal —como el caso de las circunstancias agravantes—, b) integra el delito continuado. Si se trata de un hecho nuevo absolutamente diverso, que no modifica la calificación legal, por ejemplo, mediante la inclusión de una circunstancia agravante; o no integra el delito continuado, la acusación no puede ser ampliada (art. 347 del C.P.P.). El Código de Procedimientos Penales de 1973 contenía una norma, que está ausente en el código vigente, que resolvía en forma expresa el punto: "Artículo 397. En sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior. Si resultare del debate que el hecho es **diverso** del enunciado en la acusación, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al fiscal para que formule nueva requisitoria". La norma corresponde al artículo 365 del C.P.P. de 1996, pero se eliminó la referencia a los casos en que el hecho es diverso al enunciado en la acusación. Sin embargo, esto no es excusa para no resolver el punto. En los casos en que, a la luz de la prueba recibida en el debate, se demuestre que el hecho es total o parcialmente diverso al descrito en la acusación, lo procedente sería pronunciarse únicamente respecto del hecho descrito en la acusación. Es improcedente ampliar la acusación para incluir hechos nuevos en forma sorpresiva para la defensa, excepto que estos integren el delito continuado, o sean me-

ras circunstancias de agravación de la figura penal básica. En un modelo procesal que, a pesar de la mentalidad inquisitorial prevaleciente en muchos funcionarios, intenta acercarse al paradigma acusatorio, sería resorte del Ministerio Público, y no de los tribunales ni de esta Sala, iniciar la persecución penal en los casos en que se detecten hechos nuevos en el debate —con las excepciones indicadas—. En ese sentido, y dado que es permitida la analogía procesal *in bonam partem*, el Código de Procedimientos derogado nos da una luz sobre el procedimiento a seguir, que en todo caso sería resorte exclusivo del órgano acusador —en este caso del fiscal que participó en el debate—, y no de los órganos jurisdiccionales.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1211 de las 10:05 horas del 22 de octubre de 2004**

#### **71.- ACTUACIÓN POLICIAL. Diferencia entre función de control preventivo y de investigación**

“Idénticas consideraciones son, como se dijo, aplicables en el presente caso, referido específicamente, no a una terminal aérea, sino a un puesto de control policial rutinario, establecido para revisar lo que transportan quienes se dirigen a la zona fronteriza. Las labores que realizan esos cuerpos policiales no pueden equipararse, como lo pretende quien impugna, a las que se ejecutan dentro del marco de una investigación dirigida contra alguna persona, de la naturaleza que contempló el artículo 81 del Código Procesal Penal. Esta norma busca asegurar los derechos individuales esenciales, como imputado, de quien es objeto de actuaciones estatales consciente y planificadamente orientadas en su contra y dentro del marco de una actividad investigativa preordenada para obtener pruebas que permitirían sindicarle un delito del cual ya se tiene noticia. Desde luego, no es esto lo que ocurre cuando se obliga a todos los individuos que transitan por un puesto de control establecido con arreglo a la ley, a mostrar sus pertenencias o los objetos que llevan consigo, pues, en primer término, tales funciones poseen una naturaleza preventiva, a fin de constatar el cumplimiento de las normas de derecho interno e internacional (sobre el tráfico de bienes y de personas, con fines migratorios, aduaneros, fiscales o de seguridad pública, o para evitar el ingreso de armas o sustancias en centros de reclusión, entre otros); y no una de carácter investigativo para perseguir a un sospechoso por un delito que se presume cometió. En segundo lugar y como derivado de lo anterior, la medida no se dirige a un sujeto identificado, sino a un número indeterminable de personas (todas aquellas que deseen transitar por el puesto de control). En tercer lugar, es el individuo quien se presenta ante la autoridad estatal a sabiendas de que deberá someterse a su control y no el Estado quien busca al individuo para afectar alguno de sus derechos, como sí ocurre en las

pesquisas que se llevan a cabo para investigar la comisión de una conducta delictiva. Se infiere de lo dicho que existen diferencias sustanciales en cuanto al procedimiento, las finalidades y, en particular, los motivos que dan origen a las medidas de control preventivo y las que caracterizan las investigaciones para perseguir delitos, aunque ambas puedan significar la práctica de algunos actos similares (por ejemplo, la revisión de lo que se transporta). Estas afectaciones de derechos poseen, además, distinta justificación constitucional y legal. Las que se manifiestan en las medidas de control derivan de deberes positivos impuestos al Estado de garantizar la seguridad pública y ciudadana, luchar contra la propagación de enfermedades o de sustancias que puedan afectar la salud pública, recaudar los ingresos necesarios para su mantenimiento, resguardar la integridad física y mental de los reclusos, proteger los recursos forestales, entre muchos otros (lo cual legitima, por ejemplo, controlar el paso de armas, drogas, sustancias o desechos tóxicos, plantas o animales entre distintos lugares); y para el cumplimiento de dichos deberes, los habitantes se encuentran obligados a tolerar la intromisión del Estado —que siempre deberá practicarse dentro de límites proporcionados y razonables—, pues es precisamente el individuo quien realiza la actividad que puede dañar o poner en grave peligro los bienes jurídicos que la entidad estatal está llamada a proteger. A esto se refiere la Sala cuando indica que, en el caso de los puestos de control y vigilancia, es la persona la que se presenta ante la autoridad, de manera voluntaria y a sabiendas de que el control será ejercido. En estos supuestos, por ende, el individuo es sometido a ciertas restricciones y actos estatales, porque realiza un acto o actividad para los cuales está previsto el ejercicio de un poder de control (siempre limitado por principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad) y este poder deriva de la existencia de deberes positivos impuestos al Estado para el cumplimiento de ciertos objetivos de interés general. En cambio, las investigaciones de naturaleza propiamente penal se dirigen contra sujetos específicos de quienes se sospecha cometieron un delito, se encuentran amparados por un estado de inocencia y no están ejecutando ninguna actividad que deba controlarse con arreglo a fines preventivos de interés general, por lo que, en principio, no están obligados a soportar ni permitir afectaciones de sus derechos y corresponderá a las autoridades públicas demostrar que ellas son necesarias, que se justifican con arreglo a normas constitucionales y legales y que se realizarán respetando los principios y garantías establecidas. Todas estas razones imponen que se deba limitar el poder estatal en esta última hipótesis, pues la tutela de la libertad y de los derechos fundamentales de las personas exige que se regulen las formas y los métodos a los que es posible acudir para investigar un delito y se prevean las garantías necesarias para asegurar el respeto a tales limitaciones. En síntesis, frente a las diligencias para investigar la co-

misión de un hecho punible, nos hallamos ante un sospechoso resguardado por el principio de inocencia y contra quien se dirige el poder de las autoridades estatales para averiguar sobre una actuación pasada; mientras que en el caso de los puestos de control preventivo nos encontramos ante un individuo pretendiendo realizar un acto o actividad que ha de someterse a dicho control y a quien le corresponde el deber legal de soportarlo, sin que ello lo convierta en "sospechoso" de una conducta que sería, por lo demás, indeterminada. Por tales motivos, las actuaciones que despliegan las autoridades de los puestos de control no requieren la presencia de un juez (lo que significaría trasladar al Poder Judicial ese tipo de funciones), la de un defensor o la del Ministerio Público. En la especie, el a quo estableció que, tras inquirirse a G. G. que mostrase los objetos que transportaban en el vehículo y de identificar a quienes en él viajaban, las autoridades de policía detectaron que once pares de zapatos que supuestamente iban a ser vendidos en la zona fronteriza, tenían un peso muy superior al normal, por lo que procedieron a su revisión y constataron que habían sido cargados con una sustancia en polvo. De inmediato, gestionaron la presencia de la policía especializada de Control de Drogas, la que compareció junto con el fiscal a fin de determinar si se trataba o no de alguna droga y luego de corroborar que, en efecto, correspondía en principio a heroína (lo que se verificó después, a través de exámenes de laboratorio), procedieron al decomiso y embalaje de la sustancia y a la detención de los acusados. Conforme se dijo, tales actuaciones se apegan a derecho, pues el secuestro de drogas u otros objetos ilícitos en puestos de control o en casos de flagrancia, puede ser hecho por las autoridades policiales sin que se requiera para ello la intervención jurisdiccional, del Ministerio Público (que, en todo caso, sí intervino) o de la defensa. Si, a partir de tales decomisos, se pretendiese realizar otro tipo de actuaciones, ya en ejercicio de una investigación dirigida contra los sospechosos (v. gr.: el allanamiento de un domicilio), sí sería preciso cumplir con todas las exigencias para que las afectaciones de derechos fundamentales posean la legitimación que les corresponde, pues en tales situaciones el poder estatal al que se busca someter al individuo tendría una motivación distinta de la que originó el mero control preventivo y el decomiso inicial, los cuales se legitiman, conforme se expuso, por finalidades, circunstancias y objetivos diferentes. Así las cosas, se declaran sin lugar los reparos."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 596 de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2004.**

## **72.- AGENTE ENCUBIERTO. Importancia probatoria de su participación en la investigación**

"En efecto, se tuvo por acreditado que ante información que dijo tener la policía de que el imputado E. G.

P. se dedicaba a la venta de droga, se planeó un operativo para hacerle una compra. Fue así como el oficial de la policía de Control de Drogas, C. S. E., contactó con el imputado para adquirir el producto, a través de un colaborador. En conversaciones posteriores se negoció la cantidad y el precio. Se tuvo por cierto asimismo que el policía visitó en dos ocasiones a E. en su casa, para finalizar los detalles de la compra, y que para la fecha en que se había programado la entrega de la droga y el dinero, 7 de agosto, G. P. se presentó al lugar convenido a avisar que no había conseguido la mercancía. No fue sino hasta dos meses después, el 8 de octubre, en que se realizó la transacción, momento en que fueron detenidos los acusados (ver hechos probados de folios 106 y 107). De acuerdo con estos sucesos, y la prueba que los respalda, con posterioridad a la información recibida por la policía, no se investiga en modo alguno su veracidad: no se realizan vigilancias en la casa del acusado G. P., ni se llevan a cabo compras controladas, sino que de una vez se recurre a un colaborador, para que contacte a E. y le proponga la compra de cocaína, la que en efecto se realiza. Esta forma de operar, procurando sin ninguna constatación previa de que en realidad el imputado se dedicaba a la venta de droga, que él le vendiera a un colaborador de la policía, no logra despejar la duda de si en efecto los justiciables se ocupaban en el tráfico de drogas, o si actuaron en esa ocasión inducidos por la policía, como ellos afirman. Ambos acusados aseguran que nunca habían vendido droga, sino que por la situación económica en que se encontraban, y ante la insistencia del colaborador en que E. le consiguiera un kilo de cocaína, éste buscó ayuda en R. M. Z. S., persona que logró conseguir la cocaína. Sobre este último imputado no se tenía referencia alguna de su dedicación a tráfico de estupefacientes. Ninguno de los testigos lo menciona, no está presente en las conversaciones previas, y no fue sino hasta el día de la entrega de la droga, que lo conocieron. Según manifestación de los sentenciados, la difícil situación económica por la que atravesaban, los llevó a involucrarse en el asunto propuesto por H.. Ambos afirman que se les dificultó conseguir la mercancía en vista de la poca familiaridad con el negocio. Esta versión encuentra algún respaldo en el tiempo transcurrido entre el momento del primer contacto y la fecha de la venta, que fue de más de dos meses, y en que en la fecha convenida (7 de agosto), no pudieron entregar la droga porque no la habían conseguido. Un vendedor a gran escala, como según la policía era E. G. P. de acuerdo con los informes (folio 106), no es usual que requiera de tanto tiempo para conseguir el producto que se supone es el giro normal de su negocio. Este aspecto, pero esencialmente la falta de elementos que determinen que con anterioridad al acercamiento del colaborador con uno de los acusados, los imputados se dedicaban a la venta de droga, no permiten desvirtuar que en el presente caso se haya provocado la venta por parte de la policía, sin cuya inducción el delito no se hubiera cometido. La transacción a través del co-

laborador no conduce a probar una actividad anterior de tráfico de estupefacientes, sino que es el único elemento con que se cuenta, a todas luces insuficiente para dictar una sentencia condenatoria. Tanto esta Sala, como la Constitucional han indicado que el operativo con participación de agentes encubiertos, servirá como prueba para acreditar un hecho distinto al del experimento u operación encubierta, pero no resulta suficiente por sí solo (Sala Constitucional, votos 07599-98 y 03644-98; Sala Tercera, voto 559-F-93, reiterado en otras resoluciones, entre ellas, voto 583-98). En vista de que en la presente causa, aparte de la compra realizada por la policía, por solicitud que el agente encubierto hiciera al imputado E. G. P., no se cuenta con otro elemento que lleve a tener por cierto que los acusados eran traficantes de droga, y que esta venta inducida no resulta idónea para sustentar una sentencia condenatoria, se casa la sentencia cuya revisión se gestionó, y se absuelve a E. G. P. y a R. M. Z. S. del delito de tráfico de cocaína por el que fueron sentenciados."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 78 de las 9:10 horas del 13 de febrero de 2004.**

**73.- ALLANAMIENTO. Formalidades para su realización. Supuestos en los que procede**

"El artículo 23 de la Constitución Política dispone, que: "... *el domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley*". El principio general lo constituye la inviolabilidad del domicilio, salvo los casos y formalidades que establecen tanto la Carta Magna, como la ley. Es así como la Constitución dispone como requisitos para practicar la diligencia: a) orden escrita; b) que la dicte juez competente y c), de acuerdo con las formalidades establecidas por ley. Dentro de los requisitos legales, se requiere para los lugares destinados a habitación: a) que la diligencia la realice personalmente el juzgador y la inicie entre las seis y las dieciocho horas (artículo 193 del Código Procesal Penal); b) que la resolución escrita que ordena el allanamiento, sea —entre otras formalidades— *motivada* (artículo 195, inciso d) *ibidem*); c) que antes de ingresar se entregue copia de la resolución al interesado o a quien la ley dispone; d) que se levante acta de la diligencia y se afecte lo menos posible la intimidad de las personas (artículo 196 *eiusdem*). Esos requisitos tienen sus excepciones taxativamente dispuestas: diligencia a cualquier hora cuando haya consentimiento o en casos graves o de urgencia debidamente motivada (artículo 193 *iusidem*) y sin orden escrita en los casos establecidos en el artículo 197,

que son los mismos casos de excepción referidos en el artículo 23 de la Constitución Política. La cuidadosa reglamentación de los casos y formas en que se permite la intromisión en el domicilio de los ciudadanos, da cuenta del valor que se da a tal derecho. Por lo consiguiente, el órgano autorizado para permitir esa intromisión, ha de ser también prolijo en el otorgamiento y en manera alguna asumir un papel formal, de simple legalizador de las actuaciones de otros órganos, sino que ha de ser contralor del debido respeto a los derechos de las personas afectadas por un proceso penal. De previo a extender autorización para practicar un allanamiento —como en el presente caso— debe valorarse la pertinencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida y el razonamiento a través del cual arriba a la decisión de ordenar la diligencia, ha de exponerse por escrito, porque también esa resolución es susceptible de examen. Para controlar su decisión, debe valorarse no sólo la evidencia de la posible comisión de un hecho delictivo, a lo que la solicitud del Ministerio Público en general se refiere en exclusiva, sino además y esencial para la decisión, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Es claro, que no siempre que haya indicios suficientes de la comisión de un ilícito, se procede a allanar una morada, por lo cual esa única circunstancia no autoriza la diligencia."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1400 de las 10:50 horas del 3 de diciembre de 2004**

**74.- ALLANAMIENTO. Fundamentación. No basta consignar lo expuesto por el Ministerio Público**

"La ponderación por parte del juzgador de los intereses en juego y la toma de decisión, valorando el pedido del Ministerio Fiscal, debe constar al resolver. La necesidad de motivar y expresar el sustento de la decisión, constituye una garantía para quien vea restringido su derecho y evita, o al menos disminuye la arbitrariedad. En el caso bajo examen, ante la solicitud del representante del Ministerio Público para que se ordenara allanar los locales indicados, destinados a vivienda, el juez encargado de resolver omitió motivar la decisión en que ordenó la diligencia y exponer las razones que le llevaron a permitir la restricción de una garantía constitucional. La sola referencia a la solicitud del fiscal no constituye motivación, de conformidad con el artículo 142 del Código Procesal Penal, pues precisamente el ordenamiento dispone que sea el juez penal quien valore las solicitudes de las partes y resuelva sobre ellas, exponiendo las razones de su decisión, ponderando la pertinencia de la solicitud y en el caso de restricciones a derechos, su necesidad y proporcionalidad con lo que se pretende alcanzar. Esta Sala al respecto consideró, que: "... *tal y como lo reclama la impugnante, el juzgador hace una transcripción casi literal de la solicitud para de seguido autorizar el ingreso, señalando*

únicamente, como "fundamento" de su autorización "[...]Siendo pertinente para las investigaciones que se realizan por parte de la Fiscalía de NARCOTRÁFICO DEL MINISTERIO PÚBLICO y de la POLICÍA JUDICIAL[...]". Resulta imposible, de la lectura del acta —que debería bastarse a sí misma para demostrar cuánto razón el juzgador y cómo valoró todos los requisitos constitucionales y legales a los que se hizo mención— conocer cuáles son las razones —aparte de las propias que expuso el fiscal al solicitar la orden— que justificaron que el juzgador autorizara el ingreso a esa vivienda; cómo valoró la existencia de indicios comprobados, que parecieran desprenderse de la transcripción de la solicitud fiscal, pero que simplemente se transcriben, sin que se sepa si el juzgador las hace suyas, si las consideró suficientes; cómo se pondera la idoneidad de la medida, su necesidad, la proporcionalidad de cara a los resultados que se pretenden y cuáles son éstos; en fin, no se conoce de qué forma el juez controló los presupuestos y la viabilidad de la solicitud del fiscal, la que simplemente acogió sin valoración alguna. Es decir, se hizo precisamente lo que el sistema trata de evitar, que el juez se convierta en un simple tramitador de solicitudes fiscales, antes que del controlador de su legalidad, su viabilidad. Es probable que el juez mentalmente acuerpara los atestados que el fiscal le presentó, pero eso no se refleja en la resolución, no hay forma de aprehender de ella cómo se ejerció el poder jurisdiccional, más allá del acto de poder material que autorizó y permitió el ingreso a la vivienda, como en efecto sucedió ... Como bien lo apunta la recurrente, no se trata de valorar si existían razones suficiente para autorizar el ingreso, sino si éstas fueron puntualmente razonadas por el juez, que es otra cosa y el punto medular para considerar válida o no la actuación. Así las cosas, lleva razón la impugnante y la diligencia de allanamiento, como el decomiso de las evidencias logradas gracias a su práctica son nulas, por haber sido obtenidas en violación a un derecho fundamental y, por ello, eliminadas del proceso, sin que puedan ser consideradas de ninguna forma en contra de los acusados" (voto # 0965-2004). El derecho que la Constitución Política protege en su artículo 23 es de tal envergadura, que resulta irrelevante que el vicio examinado se haya alegado o no con anterioridad. El juez penal es precisamente el garante de los derechos fundamentales durante la etapa investigativa, lo que le obliga a exponer las razones que le llevaron a asumir la decisión."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1400 de las 10:50 horas del 3 de diciembre de 2004.**

#### **75.- ALLANAMIENTO. Supuestos y formalidades a seguir fuera del horario previsto en la ley**

"El principio de inviolabilidad del domicilio lo tutela el artículo 23 de la Constitución Política. De igual ma-

nera, en la normativa internacional de derechos humanos, dicho principio se garantiza formalmente. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos proscribe en su artículo 12, la injerencia arbitraria en el domicilio de una persona. En idéntico sentido lo hace también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual mediante su artículo 11, prohíbe 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 se liga con el de la protección de la vida privada o íntima de las personas. Este principio solamente puede excepcionarse en aquellos supuestos expresamente contemplados en la ley. En ese sentido, el principio en mención se desarrolla mediante los artículos 193 y siguientes del Código Procesal Penal. Por decisión del legislador costarricense al regular las excepciones al principio de inviolabilidad del domicilio, este decidió que el allanamiento de un lugar habitado, sus dependencias o una casa de negocios u oficina, debe practicarse entre las 06:00 y las 18:00 horas. Esta regla sobre el horario para realizar el allanamiento, solamente se excepciona si se dan dos supuestos: 1º.- Cuando exista consentimiento de su morador o representante para que el allanamiento se realice fuera del horario legalmente establecido y 2º.- Cuando se trate de casos sumamente graves o urgentes, en cuyo supuesto un juez de la República debe emitir una resolución mediante la que se fundamente de manera adecuada, por qué en el caso concreto se aprecian las razones de suma urgencia o gravedad que justifican realizar el allanamiento fuera del horario referido. Las formalidades al practicar determinados actos procesales —como el caso del allanamiento— no encuentran su razón de ser en sí mismas, es decir, en la formalidad por la formalidad. En cuanto a este instituto, debe comprenderse entonces, que en tanto se desarrolla como una restricción del principio de inviolabilidad del domicilio y del derecho fundamental a la intimidad, desde el principio de proporcionalidad se impone que deba practicarse mediante la menor afectación posible del derecho fundamental antes mencionado. La restricción formal en cuanto a la limitación horaria para allanar, lo que se pretende es agregar un "plus" de garantía, o realizar una tutela reforzada del derecho a la intimidad, en aquellas horas del día y la noche (entre las 18:00 horas y las 06:00 horas) en que puede afectarse con mayor intensidad o resulta más vulnerable. El precepto, claramente expresado por el artículo 193 del Código Procesal regulador de la materia, es el de que cuando se decida limitar la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad mediante un allanamiento, por regla, dicho acto debe ejecutarse dentro del horario avalado por ley. Esta regla, como se dijo, encuentra su excepción en situaciones de extrema urgencia y grave-

dad, en las que la no realización del allanamiento podría generar consecuencias graves y de imposible reparación, respecto de los derechos de las víctimas o en torno a los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales. En esos casos, mediante resolución debidamente fundada, la regla en cuanto al horario del allanamiento puede excepcionarse, permitiendo realizar la diligencia pasadas las 18:00 horas (seis de la tarde), pero antes de las 06:00 horas (seis de la mañana). De conformidad con el deber de fundamentación recogido por el artículo 142 del Código Procesal *ibidem*, las resoluciones que resuelven sobre este tema en particular, también deben contener un adecuado fundamento fáctico, probatorio y jurídico, sobre las razones concretas de urgencia justificantes de la realización del allanamiento en las condiciones mencionadas. Deben señalarse los supuestos de hecho, indicar los elementos de prueba acreditantes de su existencia y luego, analizar por qué con base en la prueba aportada, dichos supuestos fácticos encuadran como un motivo de gravedad o urgencia para ejecutar la diligencia de libre ingreso al lugar en cuestión.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1412 de las 9:10 horas del 10 de diciembre de 2004.**

#### **76.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Alcance del concepto obstáculo difícil de superar**

“Por otra parte, es criterio de esta Sala que el motivo *fundamental* que se invocó para justificar la recepción anticipada del testimonio de H. A. P. M., esto es, la innegable dificultad de localizarlo a fin de hacerlo comparecer al debate, por cuanto se trata de una persona indigente y sin domicilio fijo (cfr. resoluciones de folios 133 y 183, así como el acta de folio 189, línea 25 en adelante), que por tal condición no pudo ser localizada para una diligencia semejante (cfr. constancia de folio 138), constituye una base razonable que, conforme a la redacción de los artículos 293 y 327 del Código Procesal Penal, calificarla como un “*obstáculo difícil de superar*.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 221 de las 10:30 horas del 12 de marzo de 2004.**

#### **77.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Naturaleza y fines. Supuestos en los que procede**

“Este instituto constituye una novedad del actual proceso, cuya filosofía, a las claras, pretendió romper los resabios del proceso inquisitivo que aún subsistían en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y que contribuían a dar preeminencia a la prueba escrita recibida du-

rante la instrucción, con todas las deformaciones y distorsiones que ello implicaba, aún en el juicio oral, que se convertía así en una reproducción de prueba ya recibida y bastanteadada en una etapa procesal previa, sin garantías de inmediación y contradictorio, en detrimento, además, de principios básicos del proceso democrático, como la publicidad y oralidad. A las permisivas reglas –y costumbres paralelas– que autorizaban incorporar declaraciones recibidas por escrito en la instrucción, se contraponen las reglas del nuevo diseño cuya orientación apuesta sin duda alguna por la preeminencia del juicio oral, como fase esencial del proceso. En el vigente Código Procesal Penal el legislador optó por la prueba que sustente la responsabilidad penal sea recibida directamente en el juicio. Obviamente deben preverse supuestos en que ello no sea posible y entonces, dando prioridad a otros principios como el de tutela judicial efectiva y de verdad real, el legislador contempla excepciones que validan prueba recibida en una fase distinta del juicio y para ser utilizada en éste. Aquí es donde encuentra sentido y justificación el anticipo jurisdiccional de prueba que es esa excepción prevista legalmente para poder recibir prueba durante la fase de investigación o en todo caso **antes del juicio**, para ser utilizada válidamente en éste, ante la concurrencia de supuestos calificados que hacen presumir razonablemente que si no se recibe en forma anticipada, no se obtendría en juicio. Por esa razón, **en el anticipo se adelantan las condiciones propias del juicio**, precisamente para cumplir con los principios inherentes a éste y garantizar así el respeto de la inmediación, el contradictorio y la oralidad. De lo dicho hasta ahora surgen varias consecuencias importantes: *i)* el anticipo es un instituto de naturaleza excepcional; *ii)* está legalmente previsto para asegurar prueba **en fases distintas al juicio** y con miras a ser utilizada válidamente en éste; *iii)* los supuestos que autorizan anticipar la recepción de prueba, son distintos. Como excepción a la regla de que las pruebas por considerar deben ser producidas en juicio, el anticipo pierde sentido si las causas que motivaron su realización no están presentes cuando el juicio se materializa, es decir, no puede utilizarse válidamente la prueba anticipada si su justificación no está presente para la audiencia y es posible entonces, su producción directa en el juicio; *iv)* dependerá de la naturaleza del peligro que corre la prueba, según las causas que justificaron su recepción anticipada, la posibilidad de incorporar en conjunto, tanto el anticipo como la recepción directa en debate pero, en todo caso, **esta posibilidad debe ser interpretada restrictivamente**. Así por ejemplo, es claro que si se autoriza el anticipo ante el temor de que un testigo olvide detalles esenciales por el paso del tiempo, es razonable concluir que no estamos previendo de antemano que el testigo no se va a presentar a juicio, sino que el peligro que existe es en cuanto a la calidad de su aporte **para ese momento**, de modo que este es un supuesto en que podrá ser utilizado válidamente el anticipo pese a la

recepción directa de la prueba en debate, es más, esa sería su razón fundamental, pues incluso es el único caso en que el anticipo no podría realizarse omitiendo las citaciones previas, por expresa disposición del artículo 294 in fine del Código Procesal Penal (en adelante CPP), lo que refuerza aún más la conclusión de que se parte de la coexistencia de ambas pruebas en debate y además, de que **es un supuesto excepcional**. No sucede lo mismo cuando el anticipo se deba a la presunción de que el testigo no estará en el país o no será localizado, porque si ambos obstáculos se superan para la audiencia, entonces el testigo se recibirá directamente y el anticipo no puede ser válidamente utilizado, porque no hay justificación para ser introducido al debate, **v)** en particular en cuanto a la prueba testimonial, el numeral 293 *ibid* contiene una fórmula amplia que permite recibir anticipadamente el testimonio cuando "por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio". Al amparo de esta prescripción normativa es posible valorar la pertinencia del anticipo ante eventos de muy distinta naturaleza (en este mismo sentido cfr. resolución de esta Sala 1339-00 de las 15:45 horas del 16 de noviembre de 2000). El temor de un testigo que está siendo amenazado, por ejemplo, puede ser una causa que justifique el anticipo, pues podría presumirse que precisamente por el miedo no sea posible localizarlo para el debate. En criterio de la Sala el temor que sienta un testigo de enfrentar el proceso, si está razonablemente comprobado, puede ser una justificación que autorice anticipar la prueba, precisamente **porque hay una presunción razonable también, de que no se contará con la prueba en juicio** (en el mismo sentido, resolución 472-03 de las 15:15 horas del 9 de junio de 2003 de esta Sala). Sin embargo, si el testigo es localizable para ese momento, no hay razón alguna que justifique la no recepción oral de su testimonio y que autorice, en consecuencia, a incorporar el anticipo, porque entonces tendríamos a una persona legalmente obligada a comparecer como testigo, como a un Tribunal obligado a garantizarle la ausencia de riesgos y de adoptar las previsiones necesarias para facilitar su declaración, que incluyen desde autorizar a que omita detalles de su domicilio y trabajo, aunque no su identidad, como a declarar privada la audiencia, alejar al acusado de la sala de debate para que no esté a la vista del testigo cuando declare, hasta darle protección especial, pero expresamente se establece que por esa razón no se le eximirá de comparecer al juicio oral —numerales 204, 207, 208, 211 y 212 del CPP—. Entonces, el miedo o temor que el testigo sienta y que se le presentan como obstáculos para impedir, haciendo un juicio a futuro, su comparecencia al debate y que estén razonablemente fundados, autoriza, como se dijo, a realizar el anticipo, pero no a que esta diligencia sustituya de plano a la citación, localización, comparecencia y declaración del testigo en la audiencia. **Debe comprobarse realmente que los obstáculos que justificaron en su momento la rea-**

**lización del anticipo permanecen actuales y válidos para el juicio y entonces así se justificaría incorporar en sustitución, la prueba anticipada, o en todo caso, comprobarse la existencia de obstáculos que impidan la recepción de dicha prueba en juicio**, salvedad hecha de los supuestos en que de antemano se prevé la coexistencia en juicio de ambas pruebas, como el caso ya señalado de que el testigo olvide circunstancias, que obviamente sólo podrán ser traídas al debate mediante el anticipo y a pesar de la recepción oral del testimonio. Debe señalarse que en el antecedente 472-03 citado, esta Sala estimó válida la incorporación del anticipo aun cuando el testigo comparezca, para valorar, cual si fuesen dos declaraciones, ambas versiones por la existencia de contradicciones entre ellas. Esta posición debe entenderse en todo caso en forma restrictiva, pues si la causa que motivó anticipar la declaración del testigo era el temor y el miedo a declarar, por haber sufrido amenazas y efectivamente, se logra su comparecencia al debate, pero cambia la versión en razón de las circunstancias previstas, lo cierto es que hay motivo para confrontar ambas versiones, porque precisamente la causa que justificó anticipar la prueba se estaría presentando también en debate y sería eventualmente la razón para que la versión cambie, de modo que debe tenerse la posibilidad de confrontar ambas. Lo que interesa resaltar es, en primer lugar, el carácter excepcional del instituto y de su incorporación al debate, no obstante que la realidad presenta muchas variables que no permitirían sentar reglas absolutas, pues en todo caso no debe olvidarse que el anticipo participa de las mismas características del debate —inmediación, contradictorio, oralidad—, aunque es evidente que el sistema está diseñado para que el juicio sea la fase más relevante y que sea la inmediación, la oralidad y el contradictorio que rigen en ella las que den las bases para la decisión, por los jueces que participaron del debate y estos principios, que surgen de la garantía misma del juicio, no pueden desconocerse. Como garantías propias del debido proceso, la inmediación y el contradictorio, obviamente se ven enriquecidas y materializadas cuando es el juez que juzga el caso y decidirá sobre la responsabilidad penal del acusado, quien recibe directa e inmediatamente la prueba y esa es la razón de ser de la garantía misma. El anticipo responde a supuestos de necesidades procesales y también de inspiración constitucional que merecen ser tuteladas, según se analizó, no obstante **es una excepción, que requiere de una interpretación restrictiva** porque significa introducir una prueba —en el caso de la prueba oral fundamentalmente— que no fue recibida por quien va a juzgar y es entonces una excepción calificada a la garantía de la inmediación que asegura al acusado que lo juzgarán los jueces que recibieron directamente la prueba, que dentro de ese marco deberán valorarla y razonar el valor que le den, plasmar sus fundamentos y permitir su control por las partes y la sociedad en general."

Sala Tercera de la Corte, voto No. 455 de las 13:00 horas del 7 de mayo de 2004.

**78.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. No procede durante el desarrollo del debate**

“Para lo que interesa respecto del punto, debe recalcar que se evidencian serias irregularidades en el proceder del Tribunal, a saber: *i*) el anticipo jurisdiccional de prueba, como su nombre y su propia estructura lo establecen, es un instituto previsto, como se analizó in extenso supra **para recibir prueba en fases distintas pero en todo caso previas al juicio**, precisamente porque pretenden la existencia de obstáculos para que sea recibida *en debate*, de modo tal que es obvia la conclusión de que si el juicio se ha iniciado y está en curso, **no hay absolutamente ninguna prueba que anticipar**, porque estamos en la fase esencial para el recibo y producción del material probatorio y de la que el anticipo es precisamente la excepción. No se puede “anticipar” para el juicio ninguna prueba si se está ya en esa fase. Lo único que se pudo haber “anticipado” en este caso era precisamente la continuación del debate, atendiendo a las razones del Ministerio Público que pese a que erróneamente pretendió echar mano del anticipo, también expuso al Tribunal la posibilidad de adelantar la continuación del juicio y recibir al testigo que era precisamente lo único que correspondía realizar. Es cierto que el artículo 327 del CPP permite realizar anticipos jurisdiccionales en la **etapa de juicio**, pero obviamente la lectura de esta disposición es la que nos lleva a concluir que **se refiere a supuestos en que el debate (es decir la audiencia oral del juicio) no haya iniciado** y que precisamente ante ello se hace necesario que el Tribunal anticipe prueba si es que se cumplen los presupuestos que hagan presumir que para la próxima realización del debate no se podrá contar con la misma, según las previsiones calificadas del numeral 293 tantas veces citado, pero en ningún caso la ley autoriza a proceder como lo hizo el Tribunal; *ii*) precisamente como ya se estaba en la fase de debate, no hay justificación alguna para que el Tribunal decidiera recurrir al instituto de anticipo de prueba. Distinta es la situación que podría adoptar el Tribunal cuando dispone variar el orden de recepción de la prueba, en virtud de alguna situación especial que así lo justifique, situación para la cual no resultan aplicables las reglas de anticipo jurisdiccional de prueba, sino las reglas propias del juicio oral. Pero en el presente asunto la prueba la recibe sólo uno de los integrantes, sin que aparezca constancia, justificación o al menos alguna referencia que señale por qué el Tribunal se integró únicamente con un juez si precisamente la decisión de anticipar la adoptó el Tribunal y, en segundo lugar, no podría pensarse que se está en un supuesto análogo al del numeral 338 del CPP que autoriza la recepción de testimonios que por alguna causa propia del deponente no

pueda ser recibido en el Tribunal, de manera que hay que trasladarse para tal efecto, previsión en la que expresamente se contempla la posibilidad—dicho sea de paso, de interpretación restrictiva en respeto de los principios antes mencionados—, de que al sitio se desplace únicamente uno de los jueces integrantes e incluso se habla de la posibilidad de comisionar a un juez distinto, porque en este caso el testigo estaba en la sede de los Tribunales de Justicia de la zona, de modo tal que este supuesto no es de aplicación—recuérdese que la intermediación es una garantía del acusado, irrenunciable e indisponible por las partes— y si ya de por sí es completamente desahogada la decisión de anticipar la prueba, lo es aún más la forma en que esto se realiza. Ningún problema habría, a pesar de la impertinencia de anticipar el testimonio, si el Tribunal se hubiera integrado correctamente, porque si así hubiera sucedido, en realidad estaríamos frente a un adelanto de la continuación dispuesta para el debate, aun cuando la hubieran denominado anticipo, porque se habría contado con la presencia de todas las partes, pero especialmente con el Tribunal integrado como lo manda la ley y entonces, las mismas condiciones del juicio que estaba ya en curso, pero no fue así y esta es una razón adicional para estimar la ilegalidad del anticipo realizado; *iii*) al reanudar el debate según las reglas procesales y la disposición del Tribunal al respecto y decidir la recepción directa del testigo M. C. G., se desdibujó no sólo la necesidad de la práctica del anticipo—hecha con todas las irregularidades que se han señalado— sino la posibilidad de hacer uso de ese anticipo como material válido en el juicio. Las reglas del proceso no son disponibles por las partes ni por el Tribunal. Las normas procesales son de orden público y deben ser respetadas en garantía mínima de un correcto juzgamiento. Entonces, ni el Tribunal puede decidir a su antojo cómo interpreta las normas y las acomoda según su conveniencia, como tampoco puede quedar el respeto del proceso sujeto a los estados de ánimo, opinión y deseo de un testigo.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º de las 13:00 horas del 7 de mayo de 2004.

**79.- CADENA DE CUSTODIA. Se deben acreditar las entregas y custodias respectivas**

“Esta Sala, luego de analizar con detalle la sentencia impugnada, considera que el tribunal fundamentó razonablemente el porqué se produjo en este caso específico una violación a la cadena de custodia con respecto a la supuesta droga decomisada. Quedó establecido en sentencia por parte de los señores jueces que: *“...después de la recolección del objeto decomisado, el mismo no se introdujo en una bolsa, no se rotuló debidamente con algún distintivo o nombre que determinara que correspondía al mismo decomisado por la testigo B, a la*



acusada B. S., así como tampoco se aseguró que ese mismo objeto fuera transportado en una secuencia lógica a manos del fiscal actuante, garantizando con certeza que se trataba del mismo objeto decomisado por la oficial B., y el que fue recolectado por los oficiales del OIJ (folio 99)". Además, quedó plenamente establecido mediante la prueba documental incorporada al debate que los agentes del Organismo de Investigación Judicial recibieron la supuesta droga el 25 de agosto, ignorándose quién tuvo a cargo la custodia de la misma durante tres días, ya que se acreditó que no la entregaron al Ministerio Público, y peor aún, quedó demostrado que el Laboratorio del Complejo Médico Forense recibe la evidencia hasta el día 28 de agosto de 2002 de manos de agentes del Organismo de Investigación Judicial de Alajuela (acta de folio 2 y dictamen de folios 12 y 139). Con lo que se establece que al no cumplirse con la secuencia lógica y documentada de los diversos pases de la evidencia y al no quedar documentado quién tuvo bajo su custodia el resguardo de la misma, se vulneró la cadena de custodia, tal como fue la certeza del Tribunal en este asunto."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 344 de las 10:40 horas del 2 de abril de 2004.**

#### **80.- CASACIÓN. Notificación de la sentencia. Término para la interposición del recurso**

"Consta en el expediente que el Tribunal sentenciador fijó el 16 de abril de 2004 como fecha para dar lectura integral a la sentencia impugnada mediante el presente recurso de casación (folio 176 vto.); día en que efectivamente se efectuó esa diligencia (folio 191). A partir del día siguiente al anteriormente mencionado, comenzó el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el reclamo de casación, que expiró el 7 de mayo del presente año. Observa esta Sala, que el escrito de interposición del reparo, aparece recibido en el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela hasta el 13 de mayo de 2004, es decir, cuatro días después de vencer el plazo para impugnar, conforme dispone el artículo 445 del Código Procesal Penal. Si bien es cierto aparece a folio 195 del expediente una "notificación" del fallo, realizada en forma personal al acusado, este constituye solamente una entrega de la copia, puesto que la notificación a todas las partes se llevó a cabo en el momento de dar lectura integral a la sentencia, según establece el artículo 364, párrafo último del Código Procesal Penal. Con dicha entrega no se amplió el plazo para recurrir. El imputado estuvo en posibilidad de estar presente al momento de la notificación, pero informó que deseaba le enviaran copia del fallo al Centro Penal en que se encontraba recluso (folio 178). Por lo indicado, la gestión resulta extemporánea. La jurisprudencia de esta Sala con respecto al punto en cuestión... (voto 884-2000 de 9:50 ho-

ras del 04-08-00). ... (voto 0857-01 de 8:38 horas del 07 de setiembre de 2001, reiterado en fallo 2003-00587 de 9:03 horas del 18 de julio de 2003). Conforme lo expuesto, por extemporáneo se declara inadmisibles el reclamo de casación interpuesto."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 811 de las 9:29 horas del 9 de julio de 2004.**

#### **81.- CASACIÓN. Nulidad de lo resuelto en casación por omitir audiencia oral**

"El licenciado C. J. Z., apoderado especial judicial de los ofendidos y querellantes, con base en los artículos 175 a 179 del Código Procesal Penal, interpone recurso de revocatoria contra el voto 378-2004 de las 10:00 horas del 16 de abril de 2004, por cuanto aduce que esta Sala dictó resolución de fondo en esta causa, sin dar el trámite de vista que solicitó en el recurso de casación. En donde, considera que —al ampliar la fundamentación de los motivos de la impugnación— el resultado hubiese sido otro. Por lo que solicita se acoja la solicitud, se anule el voto y se reponga el trámite omitido. **La gestión es admisible:** con base en el principio de impugnabilidad objetiva que define el Código Procesal Penal de 1996 (artículo 422), la resolución que se pronuncia sobre el recurso extraordinario de casación carece de revocatoria, pues tal remedio procesal quedó tan sólo reservado para: "... las providencias y los autos que resuelvan sin sustanciación un trámite del procedimiento ..." (artículo 434 *ibidem*), hipótesis que no se presenta en la especie, pues se objeta una decisión de fondo. Sin embargo, se verifica que en el libelo de interposición del recurso de casación, el impugnante hizo la solicitud de audiencia oral correspondiente (**ver letra manuscrita a folio 318**), conforme al artículo 179 *ab initio* del Código Procesal Penal, corresponde efectuar el saneamiento de la omisión de dicho acto procesal, en consecuencia se dispone la nulidad de la resolución 2004-00378 dictada por esta Sala, a las 10:00 horas del 16 de abril de 2004, y se ordena la convocatoria a la audiencia oral y pública la cual será señalada oportunamente."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 653 de las 9:30 horas del 11 de junio de 2004.**

#### **82.- CASACIÓN. Lineamientos en torno a resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

"No obstante lo anterior, resulta pertinente hacer de conocimiento del licenciado G. M. que esta Sala, inmediatamente después de haber tenido conocimiento del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso *M. H. vrs C. R.* procedió a trazar los lineamientos que resultan necesarios para actuar en estricto apego a dicha resolución. De esta forma, se han abierto y flexibilizado los criterios de admisibilidad, tanto en recursos de casación como en procedimientos de revisión y específicamente, en cuanto al artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha procedido a presentar y dar trámite a las excusas de los magistrados que hayan intervenido con anterioridad en asuntos en los que se haya vertido criterio de forma tal que pueda comprometer la solución del nuevo caso. Por el contrario, y en cuanto a este último aspecto, si existiendo un pronunciamiento anterior por parte de los magistrados, éste no implicó conocer sobre aspectos esenciales de fondo o de forma que pudieran afectar el posterior estudio o análisis, no existe razón para cambiar la integración de la Sala. A manera de ejemplo y sin que estas causales constituyan una lista taxativa, los supuestos que no hacen surgir la necesidad de separarse de una causa conocida con anterioridad, pueden ser: **1)** el rechazo fundado en motivos de inadmisibilidad; cuando el recurso de casación resultó extemporáneo, o bien, cuando en el procedimiento de revisión los reclamos fueron ya conocidos en casación; **2)** por la constatación de un vicio absoluto que acarrea —de oficio— la anulación de la sentencia sin entrar siquiera a conocer los reclamos de quien recurre en casos como: **i)** la falta de firma de unos de los jueces; **ii)** problemas en la integración del Tribunal; **iii)** defectos en la deliberación; **iv)** defectos en la notificación del fallo; **v)** irrespeto del plazo para dictar sentencia. En el presente caso, la integración de la Sala podía ser incluso idéntica a la que conoció del anterior recurso, pues la declaratoria de nulidad del fallo y el respectivo reenvío fueron ordenados en virtud de la falta de firma de uno de los jueces, de allí que no existe lesión o menoscabo al principio del juez natural, que fue uno de los puntos medulares de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1232 de las 8:34 horas del 29 de octubre de 2004.**

#### **83.- COMISO. Necesaria participación del dueño registral**

“La última queja de la licenciada A. P. se refiere al comiso que los jueces ordenaron del vehículo utilizado para transportar la droga. Señala la defensora que el tribunal decretó la medida sin que se hubiese dado participación al propietario registral del bien, lo que vulnera el debido proceso. **La protesta es de recibo.** En efecto, observa la Sala que a pesar de que los personeros del Instituto Costarricense sobre Drogas hicieron ver en sendas oportunidades, primero al Ministerio Público y luego al juez penal, que el automotor aparecía registrado a nom-

bre de R. V. C., por lo que pedían se le comunicase la existencia de la causa penal al propietario, en el domicilio que ellos mismos suministraron (ver folios 66 y 115), lo cierto es que ni la fiscalía ni el juzgado ni, a fin de cuentas, el tribunal, hicieron gestión alguna para comunicarle a dicha persona que existía un proceso en trámite en el que podría intervenir, si tuviese algún interés en el asunto. Desde esta perspectiva, lo dispuesto en el fallo vulnera el debido proceso, en tanto se decreta la pérdida de un bien a favor del Estado y tal medida puede afectar a un tercero (el propietario registral) sin que se le respetase su derecho a ser oído y defender los intereses de los que estime ser titular. Así las cosas, lo procedente es acoger este extremo de la impugnación y anular parcialmente la sentencia recurrida en cuanto dispuso el comiso del vehículo marca Toyota Tercel, color azul, placa ... (y no ..., como erróneamente lo consignaron los juzgadores). De conformidad con lo establecido en los artículos 359 y 450 del Código Procesal Penal, se ordena el juicio de reenvío para que los mismos juzgadores, de ser ello posible, procedan a enmendar el defecto apuntado, notificando al propietario registral del bien a intervenir en el proceso en defensa de sus intereses y, tras la audiencia que prevé el artículo 359 de cita, decidan y fundamenten si procede o no decretar el comiso del bien, con arreglo a derecho.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 596 de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2004.**

#### **84.- COSTAS. Procedencia del pago. Razón plausible para litigar**

“Conforme se colige de la redacción del artículo 266 del Código Procesal Penal, la *regla general* que estableció el juzgador consiste en que el pago de las costas del proceso (se entiende que al utilizarse el término en plural, sin distinción alguna, se hace referencia a ambas, es decir, tanto a las personales como a las procesales) correrá a cargo de la parte vencida, pero —*excepcionalmente* el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando se llegue a establecer una razón plausible para litigar. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de los artículos 543 y 544 del Código de Procedimientos Penales de 1973 (que mantenían una redacción semejante a la que recogen las normas que se han citado en el actual Código de rito), mantuvo el criterio dicho “... Los artículos 543 y 544 del Código de Procedimientos Penales exigen que el Tribunal, incluso de oficio y sin gestión de parte, deba condenar al pago de las costas procesales y personales a la parte vencida, cuando dicte una resolución final como resulta ser la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de eximirlos total o parcialmente cuando hubiere habido razón plausible para litigar. Desde ese punto de vista no se requiere que la parte haga una petición expresa para que la resolución final

se pronuncie en costas, y menos se exige que deba hacer una indicación detallada (liquidación) antes de dictarse esa resolución final de la causa, porque dicha liquidación puede realizarse incluso con posterioridad. Tanto es así que el propio Tribunal en este mismo asunto recurrió a ese procedimiento señalando que condenaba a la parte vencida al pago de los honorarios de abogado (costas personales) y que éstos se liquidarían en ejecución de sentencia ...” Voto n.º 299-F-94, de las 9:15 horas del 9 de agosto de 1994. Por otra parte, el numeral 267 ibidem exige que, con respecto a dicha cuestión y al dictar la resolución que ponga término a la causa, los jueces de mérito deberán emitir un pronunciamiento *motivado*, es decir, exponiendo las razones que justifican dicha decisión.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 748 de las 10:40 horas del 25 de junio de 2004.**

#### **85.- DELIBERACIÓN. Tiempo mínimo. No hay reglas que lo determinen**

“En criterio de los impugnantes no es posible que el Tribunal, luego de un juicio tan complejo como este, donde fueron recibidos más de treinta testigos, y había “cientos” de folios de prueba, resuelva en menos de quince minutos... **Los reclamos no son procedentes.** No pueden sentarse reglas respecto del tiempo mínimo que puede durar un Tribunal deliberando la decisión sobre la responsabilidad penal, porque sólo los juzgadores, que participan de la inmediatez, concentración, oralidad, están en condiciones de valorar el tiempo que necesitan para adoptar su decisión. El número de testigos o la cantidad de prueba, pueden ser variables importantes para ponderar en forma objetiva, la dificultad para llegar a una decisión, no obstante, también habría de tenerse en cuenta la complejidad de la causa, el número de acusados, en fin, una serie de variables que por lo dicho, impiden sentar reglas generales, porque deben ponderarse según cada caso concreto. La abundancia de testigos no adelanta nada sobre su pertinencia o su aporte para el peso de la decisión. Recuérdese que en todo caso la deliberación, cuando se difiere la lectura íntegra de la sentencia para otro momento, expone la decisión adoptada, de la que se dan oralmente y en forma somera sus fundamentos, que en todo caso habrán de controlarse en la sentencia íntegra, que permitirá ponderar la seriedad, calidad y soporte de las razones que la apoyan. El artículo 360 del Código Procesal Penal establece los plazos máximos de la deliberación, pero el tiempo mínimo dependerá de las circunstancias de cada asunto. En el caso concreto, la sentencia abunda en razones para sustentar su decisión y para restarle mérito a la prueba e incluso para desmerecer la versión del acusado, de modo tal que no hay evidencia alguna que señale errores o vicios en la

deliberación, como tampoco los apunta el impugnante, sin que el dato que señala del tiempo sea, por lo dicho, revelador por sí solo, de vicio alguno.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 824 de las 10:08 horas del 9 de julio de 2004.**

#### **86.- DELIBERACIÓN. Quebranto. Realización de otros juicios durante la fase de deliberación**

“El artículo 360 del Código Procesal Penal dispone que: “*cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta*”. Tal acto –según lo dispone ese mismo numeral– no se puede extender por más de dos días en casos complejos y sólo puede suspenderse por enfermedad grave de alguno de los jueces. Lo que se pretende con estas reglas es evitar que los juzgadores olviden aspectos importantes de las pruebas recibidas en el debate y ello aumente el riesgo de equivocación. Deliberar significa “1. *Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos.* 2. *Resolver algo con premeditación*” (Diccionario de la Real Academia Española, 22 va edición, año 2001). La doctrina nacional ha indicado que del artículo 360 supra citado se extraen cuatro imposiciones: “a) *la deliberación no puede iniciarse sino hasta después de terminado el debate;* b) *la deliberación debe ser llevada a cabo por los jueces que intervinieron en el debate (principio de identidad física del juzgador);* c) *la deliberación tiene que realizarse inmediatamente después de terminado el debate;* y d) *la deliberación ha de cumplirse en sesión secreta. Importante es que durante la duración de la deliberación los jueces no pueden participar en otros juicios orales*”. Así, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado. UCI, San José, 1998, p. 717. El resaltado no es del original*) **III.-** En este caso, es evidente que uno de los jueces celebró dos juicios interrumpiendo así la fase de deliberación: en el primero, iniciado el día 3 de febrero dictó sentencia de sobreseimiento, cuyos fundamentos orales expuso ese mismo día en horas de la mañana y otro, la continuación de un juicio por el delito de usurpación que se inició a las 9:00 horas del día 4, siendo que la sentencia íntegra fue redactada a las 15:30 horas de ese mismo día, lo que hace ver que también celebrando ese juicio interrumpió la fase de deliberación del proceso base de esta impugnación. Tal actuar lesiona los principios de inmediatez, continuidad y concentración del proceso, pues impide que el juez razone en forma clara y pausada los fundamentos de su fallo, que precisamente son fruto de esta fase y que no deben verse contaminados o interrumpidos por las valoraciones y razonamientos que realice para resolver otras causas. Ya esta Sala ha resuelto que la prohibición de dedicarse a otras labores

no se extiende a cuestiones de carácter interlocutorio, pero sí, a la celebración de otros procesos: *"La jurisprudencia de esta Sala debe entenderse en el sentido que, la continuidad de la deliberación se refiere a que el tribunal no puede avocarse a conocer otra causa en debate durante la realización de aquella, o sea no puede realizar otro juicio, dado que ello pondría en peligro la inmediatez en la apreciación de la prueba, que podría verse dieñuelta por la introducción de actos y pruebas de otro proceso; no consiste en que, mientras la deliberación se efectúa, el tribunal deba paralizar toda actividad (cosa que sería especialmente grave si además ese tribunal lo es también para otras competencias), pues hay cuestiones interlocutorias u otra índole de procesos adicionales que deben ser evacuadas entre tanto"* (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia número 000872-98 de las 9:05 horas del 18 de setiembre de 1998. El subrayado no es del original)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1021 de las 10:10 horas del 27 de agosto de 2004.**

#### **87.- DERECHO DE ABSTENCIÓN DEL IMPUTADO. Alcance de la actuación de buena fe de la policía**

"La complejidad de los casos y la cantidad de variables que puedan presentarse en este tipo de pesquisas es enorme. Pero no puede desconocerse que una gran cantidad de asuntos –quizás la mayoría– se inician sin un presunto responsable individualizado. En cuanto a este punto y de trascendencia para lo que más adelante se desarrolla, debe señalarse que en esta materia deben considerarse dos variables esenciales, sobre las cuales podría concluirse que tienen validez las manifestaciones que una persona que es responsable de un hecho delictivo en investigación, pero de cuya participación se ignora, brinde a las autoridades: *i)* actuación de buena fe de las autoridades policiales; *ii)* valoración objetiva de las circunstancias en que la policía obtuvo información de esta persona, para ponderar que efectivamente, cuando ese acercamiento se da, no existía posibilidad de sospecha alguna. Esto tiene relevancia porque indiscutiblemente debe valorarse con sumo cuidado este tema, para no dar margen a que la policía manipule el avance de las investigaciones y en forma malintencionada, mantenga a una persona en un status aparente de ausencia de sospecha, para acercarse bajo engaño y obtener información de ésta, para luego utilizarla en su contra, cuando decida a su conveniencia que ha adquirido la condición de sospechosa o imputada. Para evitar este tipo de prácticas, muy comunes en otras épocas, el operador deberá valorar objetivamente si al momento en que las autoridades se acercaron a esta persona, podría razonablemente sospecharse de su participación, porque si así fuera,

deberán prevalecer los derechos que le asisten aún al sospechoso y advertírsele de esa condición. Cosa distinta sucede si es posible valorar la actuación legítima y de buena fe de las autoridades, quienes caen presa del engaño y de la conducta desorientadora de quien se sabe responsable de un delito y de la ignorancia de las autoridades y por ello, se dedica a confundirlas y desviar su atención hacia otras variables, porque en estas condiciones, todo lo que esta persona haya dicho, la coartada que montó, no podría entenderse cubierta por el derecho de abstención aun cuando con posterioridad adquiera la condición de imputada, pues se trataría de conductas voluntariamente desarrolladas y con claro propósito de desviar la atención, de manera que para las autoridades de investigación formarían parte del desarrollo histórico de las pesquisas y en este entendido, serían hechos que les constan personalmente y podrían narrarlo en juicio. Y es que no debe olvidarse que hay un número no despreciable de asuntos en los cuales el verdadero responsable se aprovecha del desconocimiento de las autoridades sobre lo sucedido y las confunde, brinda declaraciones que desorientan, incrimina a otros, en fin, despliega toda una actividad que, dirigida a protegerse, contribuye a desviar las investigaciones. Algunas de estas conductas podrían incluso configurar un delito, por ejemplo, la denuncia calumniosa, el ofrecimiento de testigos falsos o la simulación de delito. Y todas estas figuras delictivas en realidad se materializarían por la propia conducta desplegada por el agente frente al aparato judicial que ignora su responsabilidad en el hecho, que ignora, por ejemplo, que incrimina falsamente a otro, que está simulando un hecho y por ello, nunca podría prevenirle de sus derechos si en el futuro se descubre su delito, pues tal conclusión llevaría simplemente a la impunidad de estas figuras, cuya prueba sería precisamente lo que conste a las autoridades que el sujeto les informó, declaró y narró cuando desplegaba su conducta mendaz. En estas hipótesis, es claro que no existe la menor inducción o ardid por parte de la policía, que actúa de buena fe y en cumplimiento de su deber. No podrían, en consecuencia, invocarse todos los antecedentes históricos que justificaron el surgimiento de la garantía de comentario –la tortura, el abuso de poder e incluso la persecución policial– porque no están presentes y tampoco podría retrotraerse a estos momentos la protección constitucional, justificando el desvío y la información falsa brindada, pretextando que de esa forma se protegía de ser penalmente perseguido, porque una cosa es que el acusado pueda abstenerse de declarar y colaborar con las autoridades y otra legítimar engaños y obstaculizaciones en la averiguación de la verdad y hasta la fabricación falsa de indicios o la calumniosa incriminación de terceros porque eso ya traspasa los límites de la protección y de lo que no puede ser tolerado y prueba de ello sería incluso la posibilidad de que algunas de estas conductas obstaculizadoras se encuentren tipificadas como delito, según se analizó."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1034 de las 11:00 horas del 25 de agosto de 2004.**

**88.- FUNDAMENTACIÓN. Debe ser expresa y no implícita**

“Los juzgadores hacen una extensa transcripción de la prueba testimonial –declaración del ofendido, su hijo, un vecino y del sujeto que aparentemente adquirió los bienes de manos del acusado– así como hacen referencia a la documental existente –informe policial, actas de decomiso y estudio fotoscópico–. Sin embargo, cuando se supone que van a realizar la valoración crítica de tales elementos, simplemente transcriben de nuevo en lo modular su contenido, sin emitir ninguna opinión, aunque mínima, de si acuerpan o no su dicho, por qué razón les merecen credibilidad o no y cuáles son las conclusiones relevantes que obtienen de cada prueba y del conjunto. Simplemente en el aparte correspondiente a la calificación jurídica, señalan que los hechos que el Ministerio Público acusó, están acreditados, sin que se conozca cuál fue el proceso para ello. No basta con decir que un testigo confirmó el dicho del anterior, para estimar que de esa forma se valora la prueba, pues perfectamente pueden existir testigos mendaces que sean coincidentes en su versión y por ello, que en el fallo se diga que tal testigo coincide con lo dicho por otro, aún no nos dice qué piensan los juzgadores tanto del contenido de sus deposiciones como de su oportuna coincidencia, pues está en la exposición de los fundamentos que hagan expresamente –lo que no quiere decir necesariamente que sean extensos–, la posibilidad –garantía fundamental para el acusado y para la sociedad– de entender, de comprender qué es lo que se concluye a partir de la prueba y por qué. No es labor del contralor de casación suplir esas valoraciones y hacer esfuerzos para extraer eventuales conclusiones “implícitas” o supuestas del fallo, cuando es a los jueces que conocen del caso, que recibieron la prueba y que deben valorarla, a quienes corresponde explicar el sustento de su decisión.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 207 de las 9:20 horas del 12 de marzo de 2004.**

**89.- FUNDAMENTACIÓN. Probatoria descriptiva. Resumen de los aspectos de interés**

“El deber de fundamentación probatoria descriptiva significa, que el juez debe consignar en sentencia un resumen de los aspectos de interés para tomar la decisión, a efecto de poder controlar la logicidad de las inferencias de hecho a que arribó, pero no es asimilable a una transcripción literal de los elementos de convicción evacuados. En esta tesitura, esta Sala ha indicado que:

“... Si bien se establece en la normativa procesal la necesidad de que toda sentencia señale o describa cuál es la prueba en la que se sustenta, lo que en doctrina suele llamarse fundamentación probatoria descriptiva, es lo cierto también que no cualquier inobservancia en este extremo acarrea la nulidad de lo resuelto. Para que esto suceda se necesita que la omisión cuestionada incida de manera relevante en la integridad y validez de lo decidido, como ocurriría, por ejemplo, en el caso que se desconozca completamente en qué elementos probatorios se sustentaron los juzgadores al momento de motivar el pronunciamiento o cuáles fueron las razones (iter lógico) por las que se llegó a considerar que el hecho se produjo” (Sala Tercera, pronunciamiento número 322, de 9:21 horas del 16 de mayo de 2003. En el mismo espíritu, las resoluciones de esta Sala números 910, de 9:25 horas del 21 de setiembre de 2001; 1202, de 8:53 horas del 29 de noviembre de 2002; 289, de 9:55 horas del 9 de mayo de 2003; 597, de 10:25 horas del 18 de julio de 2003 y 892, de 10:25 horas del 31 de octubre de 2003, entre otras). En el caso concreto, los señores jueces de instancia analizaron con amplitud las probanzas existentes, consignando las razones por las que les merecieron crédito las deposiciones de los ofendidos, contraponiéndolas a lo expresado por los testigos de descargo. No dejaron de analizar en el fallo los argumentos de la defensa, tal y como ésta afirma, sino que, contrario al punto de vista externado por ella, estimaron los juzgadores que las variaciones en los relatos respecto a la forma cómo ocurrieron los hechos, no afectan la credibilidad de las declaraciones de los perjudicados.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1061 de las 9:25 horas del 3 de setiembre de 2004.**

**90.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA. Aspectos a considerar en su fijación**

“Considerando que la imposición de la pena es el momento crítico del ejercicio del poder represivo del Estado, en un régimen constitucional de derecho, la individualización de la pena se convierte en una garantía del ciudadano, porque exige: *i)* que se haya demostrado necesariamente la culpabilidad del acusado –principio de culpabilidad–; *ii)* que el quantum de pena que se aplique se encuentre dentro del rango de penalidad legalmente definido –principio de legalidad–; *iii)* que la fijación hecha considere los aspectos que constitucionalmente están definidos para la pena y el fin predominantemente resocializador para la pena privativa de libertad, artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *iv)* que se respeten los principios de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad, propios de todo Estado constitucional y democrático de derecho, especialmente en materia de restricción de derechos fundamentales –artículos

9, 28, párrafo segundo, 39 y 41 de la Constitución Política-; v) en respeto de tales principios, se considere además al sujeto y se dimensione la intervención en sus derechos fundamentales que la pena implica, según sus fines y las características que legalmente prescribe el artículo 71 del Código Penal, de manera tal que pueda valorarse la vigencia de los principios informadores de la sanción en el caso específico, en el *quantum* que se define para el sujeto concreto. Los principios señalados cobran pues relevancia, no en su consagración constitucional o legal –paso necesario para hablar de un Estado de Derecho– sino en su materialización concreta, es decir, en su actuación en la realidad. Cada fijación de la pena debe ser vista como aplicación directa, por parte de los jueces, de estos principios y de la búsqueda del sentido y fin de la pena con relación al sujeto que se castiga en concreto. Es, en esencia, un importantísimo momento político del acontecer estatal, aunque esta dimensión pasa prácticamente desapercibida en el quehacer jurisdiccional. Dimensionar entonces el reproche, fijar la pena, es una tarea compleja y difícil, como lo es también el control de esta tarea por el órgano de casación. Es el juez que sentencia el que tiene la responsabilidad, el poder constitucional para fijar la pena. Sin embargo, el órgano de casación lo es para valorar si es correcta o no la fijación que se hace, de conformidad con todos los parámetros ya descritos.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 207 de las 9:20 horas del 12 de marzo de 2004.**

#### **91.- IMPUTADO. Declaración. Inexistencia de un derecho a mentir**

“Lo dicho nos trae a colación el tema de las coartadas que un individuo ya sindicado como sospechoso o responsable de un hecho, brinde e incluso la falsa información que dé. Mucha controversia ha generado la discusión del tema de si el derecho de abstención faculta al imputado para mentir, es decir, sobre la existencia de un “derecho a mentir”. La Sala Constitucional conoció del tema y concluyó que no existe, al amparo del artículo 36 constitucional, un derecho constitucional a mentir (cfr. resolución 6359-93 de las 14:57 horas del 1º de diciembre de 1993 de esa Sala). Independientemente de los matices que se quiera dar al punto, lo cierto es que nada impide que el acusado, si desea declarar “invente” una coartada e incluso simule hechos que refuerzan su explicación, porque no está sujeto ni al deber de colaborar y por ello, obviamente tampoco a decir la verdad. Y por estos hechos falsos, no podría dentro del mismo proceso, surgirle responsabilidad penal, por ejemplo, por falso testimonio, excepto cuando con su conducta desorientadora haya perjudicado a otras personas –por ejemplo, la denuncia calumniosa o la simulación de delito– (cfr. al res-

pecto, resolución 492-98 de las 10:15 horas del 22 de mayo de 1998 de esta Sala). Cuántos pasos avance el acusado en este ejercicio y hasta dónde llega en el terreno de lo permitido y cuándo traspasa el límite de lo ilícito –según los supuestos antes relacionados– debe ser valorado en cada caso, pero lo que interesa recalcar aquí es que tanto la coartada como el pretendido derecho a mentir son variables que se analizan **a partir de que se tiene ya la condición de imputado**, no antes. Las declaraciones y el comportamiento evasivo y desorientador que el responsable de un hecho haga frente a las autoridades que ignoran su participación, es utilizable y válida aun cuando con posterioridad se adquiera la condición procesal de imputado, porque las autoridades no se acercaron a la fuente de información conociendo o sospechando de su eventual responsabilidad, actuaron de buena fe y la persona habría dado los datos falsos en forma libre y sin ninguna presión externa por parte del poder estatal, de manera que lo que los investigadores aprehendieron y obtuvieron en esas condiciones puede ser introducido válidamente al proceso.”

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 1034 de las 11:00 horas del 27 de agosto de 2004.**

#### **92.- IMPUTADO. Derecho de defensa. Inexistencia de un derecho a mentir**

“Por otra parte, señala el gestionante la impropiedad del fallo, al ponderarse que el acriminado mintió y valorar esa circunstancia, cuando la Sala Constitucional le autoriza mentir. La afirmación esgrimida no resulta cierta; al respecto, en referencia a ese tema se ha expuesto en esta instancia, que: “... *esta Sala considera indispensable pronunciarse con respecto al argumento de que el derecho de abstenerse de declarar que le asiste al imputado implica un derecho a mentir. Esa tesis carece de cualquier asidero lógico y jurídico. Es increíble que los defensores de V. A. traten de hacer valer un alegato que, de ser cierto, implicaría un derecho para el acusado obstruir intencionalmente la justicia con tal de defenderse, lo cual llevaría a tolerar casos tan inaceptables como que el justiciable pueda deshacerse de los testigos que lo incriminan, etc. Sobre este punto, la Sala Constitucional señaló: “... efectivamente el imputado goza del derecho fundamental a la defensa y demás garantías relacionadas con el proceso penal, incluida la de no autoincriminarse. Según esta última, no está obligado a declarar, ni, de manera alguna, a colaborar con la justicia **en su perjuicio** y es prohibido interpretar su silencio como indicio de culpabilidad. Tales son los límites del tema que aquí ocupa, de manera que la extensión que se confiere en la revisión a ese derecho es inaceptable, pues llega a niveles de avalar la participación activa e intencional del imputado en la obstrucción de la justicia. Anteriores pronunciamientos en*

este campo son muy claros, por ejemplo, el número 06460-93 de las catorce horas seis minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres, donde se indicó que el derecho previsto en el artículo 36 de la Constitución Política **no es un derecho a mentir, en caso de que se decida renunciar al privilegio de abstención y hacer la declaración.** Con mayor razón puede afirmarse que **el derecho del artículo 36 constitucional tampoco es un derecho a delinquir, ni un fuero de impunidad para recurrir a cualquier medio imaginable, siempre y cuando su fin sea librarse de la responsabilidad penal**. Véase in totum el voto n.º 07498-98, emitido por la Sala Constitucional a las 15:42 horas del 21 de octubre de 1998 (la negrilla y el subrayado son agregados). Así las cosas, queda claro que bajo ningún concepto es admisible el argumento de que un imputado puede mentir, si decide declarar. La garantía constitucional se limita a permitirle a un procesado no colaborar con la Administración de Justicia (eso es muy distinto a una autorización para obstruirla) en perjuicio de sus intereses y protege al acusado de cualquier presunción de culpabilidad por el hecho de abstenerse de declarar, pero eso es todo". (Sala Tercera, n.º 2001-000637 de 9:05 horas del 29 de junio de 2001). En el presente asunto, los juzgadores sí analizaron la versión del acriminado, aunque ciertamente de manera distinta a como estima propicio quien recurre, disponiendo condenar al justiciable no porque mintiera, sino más bien por acreditar de manera fundada su participación en los hechos investigados, por contar –precisamente– con la declaración del afectado, compatible –en esencia– con la restante prueba recabada, sin que se ofrezcan además razones o motivos que motiven a dudar de ella y que concurran a desacreditar la versión del justiciable."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1203 de las 9:20 horas del 22 de octubre de 2004.

### 93.- INMUNIDAD E INDEMNIDAD DEL DIPUTADO. Opiniones vertidas en el ejercicio de su función. Alcances

"De lo expuesto se aprecia, que en el marco del artículo 110 de la Constitución Política se contemplan correlativamente dos supuestos con efectos jurídicos diversos: El primero, en cuanto se refiere de manera expresa a las opiniones vertidas por el diputado en ejercicio de su función, en cuyo caso no obstante cometer un ilícito, aun cuando cese en sus funciones legislativas, existe un impedimento para proceder a juzgarlo. En segundo lugar, el constituyente también ponderó aquellos supuestos en que un diputado - fuera del ámbito de la función para la que fue electo - incurriera en la comisión de un hecho delictivo, en cuyo caso mientras se mantuviera ejerciendo la función pública, su juzgamiento quedaría supeditado al

previo desafuero o en su defecto, a su decisión de renunciar a él, sin perjuicio de que en el momento en que por cualquier razón (por ejemplo, renuncia o conclusión del período para el que se le eligió), se pudiera –sin más trámite– encausar el procedimiento correspondiente en su contra. Así las cosas, en el caso de cita, acorde con lo señalado y acreditado en el fallo, el encartado G. C., profirió frases ofensivas: "... usted está loco", "... idiota", "... mediocre", en perjuicio del ofendido C. E. S. S., manifestaciones cuyo propósito era agraviar y no ejercitar control político, sin que sea atendible en esta sede la argumentación esgrimida, pretendiendo que se acepte como una prerrogativa de la investidura legislativa o parte integrante de la función de un diputado, proferir ofensas en detrimento de terceros, cuando ello no forma parte del ejercicio de su función o sea, no las indicó con ocasión del ejercicio de su cargo de diputado –manifestaciones que si están cubiertas por el fuero constitucional de indemnidad – sino que más bien se trataba de sus opiniones de carácter personal y por las que si le cabe responsabilidad. En todo caso, ya esta Sala ha aclarado que: "... La indemnidad se estableció no para beneficio personal del titular, sino para proteger el normal desarrollo de la función legislativa, en resguardo de la delicada función del cuerpo colegiado y en aras de un interés público superior. Por consiguiente, si se desbordan sus límites (determinados por las opiniones que emita en la Asamblea), el Diputado se hace responsable –como cualquier otro ciudadano– del contenido de sus afirmaciones y goza únicamente del privilegio de antejuicio ante la Asamblea Legislativa (inmunidad) durante el período de su mandato. Es claro que los medios de comunicación colectiva no son el foro político dentro del cual se puedan verter opiniones que no impliquen responsabilidad, ni están protegidas esas publicaciones en el párrafo primero del artículo 110 constitucional, pues la norma se refiere sólo a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa" (Sala Tercera, resolución número 19-F-88, de 15:00 horas del 21 de enero de 1988). En relación con la jurisprudencia citada, los suscritos magistrados se permiten aclarar que la alusión a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa, no debe interpretarse en sentido restrictivo, es decir, en función del lugar en que se profieren, en la sede de ese poder de la República, sino más bien en función del cargo ejercido y en ese entendido, la indemnidad se aplica a todas las opiniones formuladas por el diputado donde quiera que se encuentre, en cualquier ámbito, siempre y cuando las emita en ejercicio de su cargo y no necesaria y exclusivamente dentro del inmueble en que se ubica físicamente la Asamblea Legislativa, pues podría ser responsable o no, tanto dentro, como fuera de esa edificación."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 125 de las 11:10 horas del 20 de febrero de 2004.

#### 94.- INSPECCIÓN CORPORAL. Formalidades. Respeto del pudor

"El impugnante además no fundamenta lo determinante del vicio, tomando en cuenta que el tribunal también declaró en sentencia que existió una violación a la cadena de custodia de la evidencia. Por lo demás, el a quo concluye de forma fundamentada que hubo mucha presión sobre B. S., que se ejerció una especie de coacción sobre ella con el fin de que entregara la evidencia. Incluso cuando se transcribe la versión aportada por la imputada en audiencia, a la que le da credibilidad el Tribunal, la misma indica que "... *En el momento en que ella me palpó encima de la licra (refiriéndose a una de las requisadoras, sin especificarse cuál), me dijo usted trae algo, le dije que no entonces me volvió a tocar, me quería meter los dedos entre el recto, llamó a la otra señora y le dijo pápela, me palpó me dijo usted trae algo, porque mejor no nos entrega lo que trae, entonces me dijeron que me bajara el pantalón hasta la rodilla y me palparon, me sentí mal, entonces me bajó el calzón y se lo saqué, me dijeron mejor lo entrega porque si la llevan al Organismo le va a ir peor...*" (considerando, punto III, rotulado sumario de pruebas, visible a folio 85). Acreditó el Tribunal que durante todo este interrogatorio y decomiso de evidencia, a B. S. no se le informó su derecho de contar con asesoría de un abogado defensor, ni siquiera se le insinuó su derecho de solicitar uno y de abstenerse de manifestar o hacer algo incriminante. A contrapelo de lo dispuesto por el artículo 188 del Código Procesal Penal (que a la letra en lo conducente advierte: "*Cuando sea necesario, el juez o el fiscal encargado de la investigación podrá ordenar la inspección corporal del imputado y, en tal caso, cuidará que se respete su pudor...* Al acto podrá asistir una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho"), se omitió otorgar las garantías básicas a la encausada al practicar esa diligencia probatoria. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 181 de ese mismo cuerpo legal, dicha prueba no podía ser lícitamente tomada en cuenta en su detrimento. Por lo expuesto, esta Sala considera que el fallo en estos extremos se ajusta a derecho y el razonamiento del tribunal se ajusta a la realidad de las probanzas legítimamente evacuadas."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 344 de las 10:40 horas del 2 de abril de 2004.**

#### 95.- IN DUBIO PRO REO. Limitación al principio de libertad probatoria

"Al carecer de certeza sobre el objeto material del hecho atribuido a B. C., el Tribunal a quo, consciente de su carencia probatoria –pruebas de campo, dictáme-

nes criminalísticos, compras controladas, ausencia de consumo por parte del agente encubierto de la sustancia cuestionada (ver folio 339–, intenta compensarla haciendo gala del principio de libertad probatoria que contempla el numeral 182 del Código Procesal Penal, mediante el cual, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, podrán probarse por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley, y sobre esta plataforma trata de demostrar, bajo parámetros de certeza, que lo adquirido y suministrado por el imputado a sus compañeros de estudio fue efectivamente marihuana, destacando los juzgadores cuatro elementos principales para arribar a tal conclusión: 1.- Que la negociación producida previamente entre varios jóvenes y L., consistía en la entrega de dinero con el propósito de que adquiriera marihuana. 2.- Las credenciales de presentación de los acusados, pues el imputado B. C. se presentó ante el agente encubierto, según este lo manifestó, como "doctor", a nivel estudiantil, surtidor de "mecha", término con el que vulgarmente se conoce a la marihuana. 3.- La ansiedad de los estudiantes adictos y la clandestinidad del lugar destinado para el consumo de mercancía. 4.- Nadie le reclamó a B. C. que no les hubiera suministrado la marihuana que les había comprado –ver folios 339 y 340–. Sin embargo, tal y como lo reclama el recurrente, las consideraciones del Tribunal para establecer fehacientemente que lo suministrado por B. C. a sus compañeros era en efecto marihuana, no resultan contundentes. Si bien es cierto, nuestro ordenamiento jurídico contempla el principio de libertad probatoria, su aplicación no es irrestricta ni arbitraria, y debe tener como punto de partida un medio de prueba idóneo que contribuya a la determinación de la verdad de los hechos. En el presente asunto, el Tribunal intenta llegar al convencimiento certero sobre el objeto material del delito atribuido, a partir, no de un medio de prueba, sino de una serie de apreciaciones subjetivas o especulativas, que en último caso tampoco constituyen la aplicación de un razonamiento lógico y fehaciente que permita determinar unívocamente la naturaleza de la droga traficada, permitiendo una gama de alternativas de interpretación, máxime cuando el testigo principal de los hechos atribuidos a B. C., y que resulta ser el agente encubierto J. D. G., al declarar en debate, incurre en una serie de contradicciones –que el Tribunal no valora– entre lo manifestado a sus propios compañeros que levantaron los informes policiales aportados y su deposición en juicio, indicando por una parte que dentro de las instalaciones del colegio, cuando él llega, ya la colecta de dinero para comprar marihuana se había realizado –folio 319– para luego agregar que sí logró presenciarla pues se llevó a cabo en uno de los pasillos de la institución –folio 321–, y por otro lado manifiesta que el consumo de la droga se da en un cafetal cercano al colegio y que cada uno llevaba la droga, "suponiendo" que L. se las había dado, para luego informar que observó dentro del establecimiento estudiantil la en-



trega de la "picadura de marihuana" aunque nunca la pudo ver porque estaba envuelta –ver folio 322–. Al margen de lo anteriormente destacado, el hecho de que los compañeros del imputado B. C. le hayan pedido a éste que les comprara marihuana y no reclamaran cuando les dio lo pedido, o se mostraran ansiosos y buscaran un lugar clandestino para consumir la droga, o bien que el imputado se haya autodenominado ante el agente encubierto, según su dicho, como "el doctor del cole", interpretando el oficial de policía que era porque "recetaba" droga –folio 319–, no constituyen medios de prueba idóneos que permitan el ingreso de elementos probatorios al proceso, para arribar a la conclusión, lejos de toda duda razonable, que lo adquirido y suministrado por el justiciable B. C. a los estudiantes de su centro educativo, fuera efectivamente "marihuana", convirtiéndose tales circunstancias, en el mejor de los casos, en simples "presunciones" –en sentido impropio– o indicios, que valorados en conjunto no permiten tampoco una determinación unívoca sobre la naturaleza del objeto material del delito, capaz de producir la certeza necesaria para cimentar una sentencia condenatoria, por lo que el estado de duda sobre tales consideraciones contemplado en la imputación y que se reitera en el fallo, no se desvirtúa con los razonamientos de los juzgadores. En consecuencia, existiendo una duda insalvable sobre uno de los presupuestos de tipicidad de la norma penal aplicada, resulta más que evidente que en la especie no se ha alcanzado la necesaria demostración de culpabilidad en los hechos atribuidos al imputado B. C., tal y como lo exige el numeral 39 de la Constitución Política y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imponiéndose la declaratoria con lugar del reclamo interpuesto y por ende la nulidad del fallo dictado. Sin embargo, en cumplimiento del principio de justicia pronta y cumplida y por las características especiales que reviste la causa en cuestión, donde resultaría innecesario e inútil un juicio de reenvío, en el tanto el estado de cosas no variaría pues la falta de determinación del objeto material del delito no podrá ser remediado, procede esta Sala a resolver el fondo del asunto y en aplicación del principio in dubio pro reo se absuelve al imputado L. B. C. de toda pena y responsabilidad por el delito de suministro agravado de drogas con fines de venta que se le ha venido atribuyendo, ordenándose su inmediata libertad si otra causa no lo impide."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1108 de las 15:10 horas del 16 de setiembre de 2004.**

#### **96.- JUZGADO DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Competencia. Incidente de unificación de penas**

"La privada de libertad M. S. M. interpone procedimiento de revisión contra la resolución (no indica el número) dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica a las 8:00 horas de

(no indica el día) marzo de 1999, mediante la cual se unifican varias sentencias. En concreto, menciona que el órgano mencionado se equivocó al confirmar lo resuelto por el Juzgado de Ejecución de la Pena respectivo, cuando decidió que las sanciones que pesan sobre ella se unifican en el monto de veinticuatro años de prisión. Estima que hubo un error en el cálculo, pues lo procedente –según su criterio– era unificar las penas en un total de quince años de prisión. **La Sala Tercera no puede conocer esta gestión:** En primer lugar, debe advertirse que lo cuestionado por S. M. no es una sentencia condenatoria, sino la resolución emitida por el órgano de alzada con ocasión de un recurso de apelación contra lo resuelto por un Juez de Ejecución de la Pena. Así las cosas, lo que aquí se impugna no es susceptible de ser cuestionado mediante el procedimiento de revisión, toda vez que no se encuentra dentro de los supuestos del artículo 408 del Código Procesal Penal. Además, debe recordarse que esta Sala ya ha expuesto en otras resoluciones (véanse los autos n.º 2002-00542 de las 8:38 horas de 14 de junio de 2002, n.º 2002-00829 de las 10:35 horas de 23 de agosto de 2002 y n.º 2002-01097 de las 8:50 horas de 1º de noviembre de 2002) que la unificación de penas no es materia cuyo conocimiento haya sido atribuido a este despacho por el legislador, de modo que no puede pronunciarse por el fondo en cuanto a gestiones como la presente, mediante las cuales se pretende revisar la unificación de sanciones efectuada por los órganos competentes para ello. Por todo lo anterior, pese a que M. S. M. interpone su escrito como si se tratase de una demanda de revisión, en realidad –según lo aquí expuesto– no es tal, sino que se trata de un nuevo incidente de unificación de penas, cuyo conocimiento está reservado al Juzgado de Ejecución de la Pena respectivo (artículo 454 del Código Procesal Penal; cabe aclarar que también podría unificar sanciones el Tribunal que dicte la última condena, según lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Penal, pero siempre se trataría de la figura de unificación de penas, de modo que lo que éste resuelva sobre esa materia específica –aun cuando forme parte de la sentencia documento– no puede ser impugnado ante esta sede –ni en casación ni en revisión–, lo cual no causa agravio al interesado porque ello no es impedimento para plantear de nuevo –y cuantas veces sea necesario– el incidente ante el Juzgado, cuyo fallo si tiene recurso de apelación)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 68 de las 11:10 horas del 6 de febrero de 2004.**

#### **97.- MEDIDAS ALTERNATIVAS. Oportunidad para solicitarlas**

"Además de lo anterior, debe indicarse que la oportunidad para gestionar la aplicación de medidas alternativas, el proceso abreviado o plantear otros aspectos

tos de interés para las partes, no se restringe al momento de la audiencia propiamente dicha (cual parece entenderlo quien impugna): se extiende al plazo de cinco días por el cual se pone en conocimiento de todos los sujetos procesales las actuaciones efectuadas, a fin no solo de que las examinen, sino de que hagan esas propuestas, según lo dispone el artículo 317, de previo a comparecer a la referida audiencia y esto significa que tampoco la naturaleza del acto demanda la citación que se pretende, en tanto todas las "negociaciones" —por su propio carácter: voluntarias— pueden realizarse antes y, desde luego, fuera de él, de modo que la diligencia oral y privada se utilice para hacerlas de conocimiento del juez, discutir las y, en su caso, perseguir su homologación, lo cual no excluye, por supuesto, que se planteen las propuestas en el mismo acto, como usualmente ocurre. Se infiere, por ende, que la ley no exige citar al imputado personalmente o en su domicilio para que asista a un acto en el cual su presencia no es necesaria, sino que lo que procede es notificarle el señalamiento en el sitio por él indicado o a través de su defensor (si atiende las notificaciones por su medio) y con quien, desde luego, debe mantener la debida comunicación, pues no ha de desligarse o desinteresarse de un proceso que está dirigido en su contra y del que podrían surgir consecuencias que lo afectarán de manera personal (ver fallo n.º 677-99 dictado por esta Sala a las 9:15 horas de 4 de junio de 1999). El medio establecido por el legislador es suficiente para asegurar el derecho de defensa del imputado, en tanto se le concede un plazo razonable para que decida y eventualmente proponga, negocie o concrete las medidas a las que se refiere quien impugna, todo ello antes de asistir a la audiencia preliminar; y el modo eficaz y lógicamente idóneo para que las partes hagan uso de dicho plazo es haciéndoles la notificación de la providencia que lo otorga y convoca a la audiencia y no la citación —entendida en sentido estricto— para que comparezcan ante el juez en una fecha y hora específicas. Expresado con otros términos, la resolución que fija el momento en que se efectuará la audiencia preliminar no se agota en esa mera convocatoria, sino que confiere un plazo común a las partes para que planteen, entre otras cosas, las propuestas que menciona el recurrente (proceso abreviado, suspensión a prueba, conciliación u otras medidas alternativas); la forma lógica y natural de comunicar un plazo es a través de la notificación del auto o providencia que lo concede y no de una citación (cuya finalidad es distinta: compeler u obligar a una persona, bajo apercibimiento del uso de medios coactivos y eventuales sanciones, a presentarse ante la autoridad) y todas las partes, incluido el acusado, han de permanecer atentas a ese tipo de notificaciones, realizadas en el lugar que ellas mismas señalaron para tales efectos o con el defensor o mandatario que designaron y les asiste —en la hipótesis de que no hayan hecho uso de su derecho de indicar un medio o un sitio propios para atender dichas comunicaciones—; en particular

si la ley autoriza celebrar sin su presencia el acto al que, además y en la misma resolución notificada, se les convoca."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1280 de las 10:40 horas del 5 de noviembre de 2004.**

**98.- NON BIS IN IDEM. Doble juzgamiento. Los juzgamientos deben ser de naturaleza penal**

"En lo que a los dos restantes alegatos se refiere, la argumentación de la defensa parte de una interpretación del artículo 42 de la Constitución Política que esta Sala no comparte, pues en realidad la garantía del non bis in idem que se denuncia como inobservada, se circunscribe al doble juzgamiento penal de una persona por los mismos hechos, lo que no se ha dado en este caso, tal y como se ha afirmado con anterioridad "... es menester agregar que el recurrente procura demostrar el quebranto de ese principio mediante el contraste de una simple medida precautoria de carácter administrativo, consistente en la retención o decomiso de la licencia que puede realizar el Inspector de Tránsito, y una medida de carácter estrictamente penal, consistente en la sanción impuesta a través de una sentencia. En esa tesitura, no puede darse el quebranto del principio de "non bis in idem", pues este lo que proscribe es la doble persecución penal por un mismo hecho, aspecto que no se ha producido de modo alguno en este proceso. En efecto, por su conducta de conducir bajo los efectos del alcohol y haber causado la muerte de una persona en ese estado, el encartado ... sólo ha sido sancionado penalmente una vez, mediante la sentencia que se viene impugnando. Por consiguiente, el reclamo debe ser declarado sin lugar ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 86-F-92, de las nueve horas del veinte de marzo de 1992. En el mismo sentido se indicó lo siguiente: "... Ciertamente el artículo 42 de la Constitución Política establece, entre otros aspectos, que: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible." Además, el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales señala que nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. Esta garantía es conocida normalmente como "non bis in idem", o sea, la prohibición de que una persona sea perseguida más de una vez por los mismos hechos en sede penal. La aplicación del principio exige, consecuentemente, dos requisitos imprescindibles, que haya identidad en cuanto a la persona y que exista también identidad en cuanto a los hechos ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 709-F-93, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del diecisiete de diciembre de 1993. Así las cosas, es claro que si al imputado se le impuso una sanción de índole administrativo por estos

hechos (expulsión de la universidad privada donde se encontraba estudiando), ello de ningún modo tendría la idoneidad de producir cosa juzgada en sede penal, pues la garantía constitucional que se invoca se refiere al doble juzgamiento penal por el mismo hecho, lo cual no se ha dado."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 759 de las 11:22 horas del 25 de junio de 2004.**

#### **99.- NON BIS IN IDEM. Responsabilidad administrativa no excluye la penal**

"En el primer alegato, reclama violación del principio non bis in idem, porque al justiciable se le sancionó en vía administrativa por los mismos hechos juzgados en vía penal, sancionándosele con suspensión sin goce de salario, de ahí que: *"... la inhabilitación para el ejercicio de cargos en la administración, de conformidad con los artículos 57 y 58 del Código Penal, de forma explícita implica el despido o pérdida de cargo, lo cual se convierte en una doble sanción, puesto que por los mismos hechos, la misma persona estaría siendo sancionada dos veces. La mala aplicación de las normas sustantivas antes dichas, violenta de forma abierta el principio de única persecución, o única pena, puesto que existiendo identidad personal, objetiva y causa a mi cliente se le está sancionando a nivel administrativo dos veces"* (folio 319). **El reclamo no resulta atendible:** La garantía procesal en que se funda el reproche –non bis in idem– deriva de la cosa juzgada; no obstante, el argumento esgrimido en sustento del reclamo resulta incorrecto. En efecto, se interpreta el artículo 42 de la Constitución Política en una forma que esta Sala no comparte, pues lejos de señalar la doble persecución penal por un mismo hecho –constituyente del aspecto prohibitivo– lo que se pretende establecer es la prejudicialidad de la sanción administrativa sobre la sanción penal, cuando ello más bien opera a la inversa. En el presente asunto, el imputado señaló que: *"... me suspendieron por quince días sin goce de salario por haber ido en horas laborales..."* (folio 223), de ello resulta claro que si bien se le investigó, fue por una falta administrativa o disciplinaria, pero esa circunstancia no impide que en sede penal al conocer los hechos generadores de responsabilidad de esta naturaleza, se le impusiera no sólo pena de prisión, sino también de inhabilitación, acorde con lo dispuesto en el artículo 358 del Código sustantivo. Al respecto, la Sala Constitucional ha establecido, que: *"... debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico no resulta ilegítimo, ni siquiera fuera de lo ordinario, que un mismo hecho genere diversos efectos jurídicos. En cuyo caso, un mismo hecho pueda generar, a la vez, responsabilidad penal a cargo de una persona –si implica la comisión de un delito–, así como responsabilidad disciplinaria –si entraña la infracción de sus obli-*

*gaciones laborales –, sin que dicha situación signifique la violación a sus derechos fundamentales. Además, esta Sala también ha reconocido la independencia entre el procedimiento administrativo sancionatorio y el juzgamiento de los hechos en la vía penal, por lo que el hecho que una persona sea sobreseñada o absuelta en un proceso penal por existir duda sobre la existencia de los hechos, o por considerarse que los hechos que se tienen por probados no constituyen delito, en nada limita la posibilidad de que dicha persona sea sancionada en sede administrativa, en caso de determinarse en el respectivo procedimiento administrativo que los hechos investigados sí existieron y que estos constituyen una falta disciplinaria"* (Sala Constitucional, n.º 2003-10923 de 12:11 horas del 26 de setiembre de 2003). Así las cosas, la circunstancia de que a raíz de los hechos investigados en esta causa se generara un procedimiento administrativo y se suspendiera en el ejercicio de su cargo a R. M., no tiene la idoneidad de producir cosa juzgada en sede penal, pues se trata de una responsabilidad diferente y con consecuencias diversas y por ello, no incide sobre la garantía constitucional invocada y que se refiere al doble juzgamiento penal por el mismo hecho. En todo caso: *"... la imposición de la pena de inhabilitación en el presente caso, se encuentra regulada –en lo que interesa– por el artículo 356 del Código Penal, mediante el que se otorga a los Tribunales de Justicia de la materia, la facultad de imponer –además de las penas fijadas para cada una de las figuras de los delitos “contra la autoridad pública, contra la administración de justicia o contra los deberes de la función pública”– la pena de inhabilitación, partiendo del supuesto de que quien los cometa sea un empleado o funcionario público, por lo que en estos casos el tipo penal se estima integrado por dos normas, en donde la número 356 citada, resulta complementaria de cualquiera de las anteriores, pudiéndose aplicar una sola o ambas discrecionalmente, según lo estimen conveniente o no los juzgadores"* (Sala Tercera, V-511-F-95 de 10:10 horas del 6 de setiembre de 1995)."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1142 de las 9:30 horas del 27 de setiembre de 2004.**

#### **100.- NOTIFICACIÓN AL IMPUTADO. Casos en los que procede hacerlo personalmente**

"Conforme con lo expuesto, debe entenderse que si, luego de la prevención que regula el numeral 84 del Código Procesal Penal, el acusado indicó que atendería sus notificaciones con su abogado defensor, bastaría con que el señalamiento de la audiencia preliminar se hubiese comunicado en el lugar o medio que éste indicó. De lo contrario, si nunca se procuró que el imputado aportara un lugar o medio al cual se le enviaran sus notificaciones, no podría exigirsele que, a efectos de estar in-

formado acerca del proceso, deba mantenerse en comunicación y contacto (en forma directa y permanente) con el profesional en Derecho que lo representa. En tales supuestos tampoco podría estimarse que la notificación hecha sólo a éste, subsanaría cualquier omisión con respecto a aquel. Con lo anterior *no* se está exigiendo que siempre, en todos los casos, el imputado deba ser notificado o citado en forma personal del señalamiento a audiencia preliminar, pues la misma Sala Constitucional ha indicado lo siguiente: "... *Acusa el recurrente que la falta de citación de sus defendidos a la Audiencia Preliminar convocada por el Juzgado recurrido violenta sus derechos fundamentales al debido proceso, al dejarlos en estado de indefensión por no poder acudir a dicha audiencia. De lo anterior, consta en autos que efectivamente el Juzgado recurrido mediante resolución de las nueve horas del veintidós de febrero del dos mil convocó a las partes a la audiencia preliminar, señalando las trece horas del ocho de marzo del dos mil (folio 105 del expediente judicial), no obstante, se desprende que si bien es cierto no se citó personalmente a los amparados, esta resolución sí le fue debidamente notificada al recurrente como abogado defensor de los mismos (ver folio 107 del expediente judicial). En razón de lo expuesto, estima este Tribunal que no se produjo estado de indefensión alguna, toda vez que de conformidad con el artículo 158 del Código Procesal Penal, los amparados fueron notificados a través de su abogado defensor, precisamente en razón de su relación profesional, ya que es éste quien ejerce su defensa técnica y para la celebración de la audiencia preliminar no se establece en el artículo 316 del mismo Código de cita, que se requiera notificar en forma personal a los imputados ...*" (Sala Constitucional, voto n.º 2628-00, de las 8:41 horas del 24 de marzo de 2000). El criterio vertido por esta Sala Tercera en la presente resolución guarda perfecta armonía con el principio esbozado por la Sala Constitucional en el voto antes extractado, pues deberá entenderse que, en efecto, cuando –previas advertencias– el encartado manifiesta que recibirá sus notificaciones con su abogado defensor, bastará la notificación a éste para entender que aquel quedó válidamente convocado a la audiencia. El problema que se presenta en este caso es que, conforme se indicó, el señor C. C. nunca fue prevenido y por ello nunca señaló un lugar o medio donde atender sus notificaciones, por lo que no fue legalmente notificado, ni citado acerca del señalamiento para audiencia preliminar. Por ello, no podría establecerse que haya tenido conocimiento, o que al menos haya tenido la posibilidad de conocer, que se iba a llevar a cabo dicha diligencia, lo que redundó en que no asistiera a la misma. Al respecto se advierte que el Juzgado Penal se limitó a notificar la convocatoria al licenciado U. S. (quien, en principio, parece que no tenía ningún contacto con el imputado), sin que se enviara ningún tipo de comunicación directa o personal a éste. Debido a lo anterior, siendo claro que con la irregularidad antes descrita se vieron afectadas las garantías del acusado, sobre todo

–ante su inasistencia a la audiencia preliminar– le precluyó la posibilidad de acogerse a alguna de las medidas alternativas previstas por nuestra legislación procesal penal (las que, en principio, resultarían formalmente viables), se anula el fallo condenatorio de instancia, así como el debate que precedió a su dictado. A efectos de dimensionar esta declaratoria de nulidad, saneando así el proceso con base en los artículos 15 y 179 del Código Procesal Penal, se decreta el reenvío a la oficina de origen, a efectos de que el propio Tribunal de Juicio, de previo a la eventual realización del debate, le otorgue a las partes la posibilidad de discutir y agotar la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas previstas."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 262 de las 10:55 horas del 19 de marzo de 2004**

#### **101.- PRESCRIPCIÓN. Acción de inconstitucionalidad y suspensión del término**

"No lleva razón el recurrente en su alegato. No es cierto que para que un asunto se tenga por suspendido a raíz de una acción de inconstitucionalidad a la que se ha dado trámite, deba dictarse una resolución en cada causa que así lo declare. Tratándose de una resolución emitida por la Sala Constitucional, en consideración a la incidencia que su parecer final puede tener sobre esos procesos, no se precisa de tal resolución, pues se trata de una orden vinculante y que es dada a conocer públicamente mediante el Boletín Judicial. Así que ello hace innecesario tal proveído específico. Luego, no es viable establecer de antemano si lo que resuelva la Sala Constitucional tendrá o no relevancia para ese caso en concreto. En primer lugar, porque de previo se desconoce cuál será el sentido de su pronunciamiento (debe recordarse que la Sala Constitucional tiene la potestad de dimensionar los efectos de lo que resuelve), sino también porque ello representaría la invasión de una competencia ajena por el juez de instancia. Así que basta la mínima posibilidad de afectación para que, sin necesidad de proveído del Tribunal (aunque debe reconocerse que para mayor claridad es recomendable que en el expediente conste la causa de suspensión), deba paralizarse el trámite; como sucede en este asunto, que el advenimiento o no de esa causal podría haber tenido impacto y, de hecho, es el objeto mismo de esta gestión, lo cual demuestra su importancia. Argüir lo contrario, llevaría al absurdo de que cuando el administrador de justicia anticipe el rechazo por el fondo de la acción, continúe tramitando sus causas a pesar de lo ordenado por la Sala Constitucional. **IV-** En el presente asunto, como lo explica el Tribunal a folio 323 vuelto, el justiciable fue indagado el 22 de marzo de 1999 (folio 13). Pero, el 30 de agosto de 2000, fueron suspendidas las causas (como es justamente el tema en discusión) en que pudiera aplicarse el artículo 33 del Código Procesal Penal, en virtud de la acción de incons-

titudinalidad 00-7168-07CO, siendo reactivada su aplicación el 23 de febrero de 2001. A consecuencia de esa interrupción, el plazo de prescripción de esta causa se habría extendido hasta el 22 de agosto de 2003, por lo que al dictarse sentencia el 11 de julio de ese mismo año, la acción penal no se encontraría prescrita."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 685 de las 8:58 horas del 18 de junio de 2004.**

### 102.- PRESCRIPCIÓN. Cómputo del término en un concurso ideal

"(...) lo que además implica que no puede analizarse, ni valorarse en forma aislada la prescripción de cada delincuencia, lo que resulta prematuro, pues cualquier pronunciamiento sobre la marcha en cuanto al tema podría comprometer al principio de cosa juzgada, en virtud del vínculo jurídico que media entre ellos, por lo que es necesario conocer todo el cuadro fáctico en conjunto y valorar en sentencia lo que corresponda. Es en el marco de estas últimas consideraciones, que debe interpretarse lo dicho por la Sala en el precedente 85-99 de las 9:40 horas del 20 de enero de 1999 que cita el impugnante... La prescripción es un instituto que opera para cada delito –calificación jurídica– en forma independiente y esta es la regla general. Sin embargo, cuando tratamos de delitos que en principio integran un concurso ideal, por tratarse de hechos que *jurídicamente* van a ser considerados y valorados como una sola acción y por ser ésta la valoración que interesa al proceso penal, no es posible declarar sobre la marcha la prescripción de acciones que integran el concurso, en forma independiente o anticipada, porque se afecta el cuadro fáctico en su totalidad, considerado como unidad jurídicamente hablando y se compromete el principio de *ne bis in idem*. ... Procesalmente se considera la existencia de una pretensión punitiva unitaria –concurso ideal–, con la expectativa de concretar la responsabilidad penal por la infracción de varias calificaciones jurídicas– por la pluralidad de lesiones jurídicas– Esta expectativa de sanción puede frustrarse en relación con alguna de estas calificaciones, por la prescripción de la acción penal correspondiente, pero ello sólo puede ser valorado en un único momento, es decir, todo este marco debe ser objeto de un mismo y único pronunciamiento por la posible afectación a la cosa juzgada, según se expuso. La fragmentación fáctica anticipada con un pronunciamiento de prescripción respecto de la acción penal de alguno de los delitos en concurso compromete este principio. Así, siempre se conserva el principio que el legislador sentó en cuanto a que la prescripción se computa en forma independiente para cada hecho –integra, dicho sea de paso, la garantía de legalidad y se recoge en el artículo 32 párrafo segundo del Código Procesal Penal–, pero si estos integran un concurso

ideal, la valoración jurídica debe hacerse en un sólo pronunciamiento, aun cuando antes de arribar a juicio haya la posibilidad de constatar la prescripción de algunas de las acciones penales por los delitos que integran el concurso. Se llegará a juicio guiados por la penalidad del delito más grave para efectos del cómputo abstracto de la prescripción y en sentencia, de constatarse la extinción de la pretensión punitiva respecto de algunas de las calificaciones jurídicas, esto significará: *i)* que el fallo no puede establecer consecuencias penales respecto de esa calificación jurídica, porque a su respecto prescribió la acción penal; *ii)* dependiendo de si subsisten algunas de las otras calificaciones junto a la del delito más grave, ello podría significar o bien mantener la existencia del concurso ideal para las calificaciones subsistentes o bien, la imposibilidad de establecer la existencia de un concurso ideal –por la prescripción de las acciones de los otros delitos que lo integran–, todo ello por supuesto ya en la sentencia y por ello, en este último evento, sólo sería posible establecer consecuencias penales respecto del hecho más grave y ateniéndose a los límites de penalidad establecidos para éste, sin posibilidades de aumentar la pena según las reglas de penalidad del concurso ideal, es decir, sin posibilidades de fijar el juicio de reproche considerando las calificaciones jurídicas cuya acción está prescrita."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1375 de las 12:20 horas del 26 de noviembre de 2004.**

### 103.- PRINCIPIO DE NO REFORMA EN PERJUICIO. Concepto. Alcances

"Ahora bien, no obstante todo lo anterior, dado que la defensa fue la única que recurrió o impugnó la sentencia, en estricto apego al "*principio de non reformatio in peius*" o de "*no reforma en perjuicio*", la Sala mantiene incólume lo que resolvió el Tribunal de mérito. En este sentido, el artículo 432 del Código Procesal Penal es muy claro en cuanto a los alcances del principio de cita, ya que impide que se varíe en perjuicio del imputado la decisión que tomó el a quo, cuando el recurso precisamente fue interpuesto solo a su favor. Para una mayor claridad de lo dicho, el numeral de cita señala que: "*Cuando la resolución sólo fue impugnada por el imputado o su defensor, no podrá modificarse en su perjuicio*". Esta posición es asumida por parte de un sector importante de la doctrina, tal y como lo refiere Manuel N. Ayan al citar a Alcalá-Zamora. Este último sostiene que "[...]es indudable que la fase impugnativa puede demostrar la pertinencia de la agravación, y entonces la citada prohibición militaría en contra de la justicia del fallo; pero si desaparece dicha restricción, el recurrente sería objeto de la más cruel de las burlas, puesto que habría puesto en marcha el instrumento que contra él se

vuelve [...]Por último, si esta situación se produce, es por error o por desidia de los acusadores, al no recurrir a su vez, y exista o no principio acusatorio (con más motivo, claro está, si lo hay), no parece justo que las culpas de la acusación las supla el Tribunal en contra del acusado, a quien la actitud de aquella no pudo menos de incitar el recurso" (AYAN, Manuel N. "**Recursos en materia penal. Principios Generales**" Editorial Marcos Lerner, Argentina, pág. 167). De manera más categórica De la Rúa también adopta este criterio, pues expresa que: "El Tribunal de casación actúa como máximo intérprete del derecho. Su interpretación, sin embargo, está limitada por los agravios contenidos en el recurso, que determinan su competencia. Por ello, aunque advierta un error de derecho en la sentencia le está vedado producir su rectificación si ese error no ha constituido motivo de impugnación porque excedería el límite de su propia facultad [...]Esta regla debe aplicarse rigurosamente en aquellos casos en que, como resultado de la corrección oficiosa, pueda irrogarse perjuicio al imputado. Por virtud del principio que prohíbe la **reformatio in peius**, cuando esto puede ocurrir, el Tribunal no puede aplicar, en ausencia de recurso acusatorio, una calificación más gravosa que pueda perjudicar su situación" (Cfr. DE LA RUA, Fernando, "**El recurso de casación**", Víctor P. de Zavalla Editor, Argentina, 1968, pág. 252. En contra puede verse LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "**Código Procesal Penal Comentado**", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, Costa Rica, 1998, pp. 826 y 827). Por lo dicho, a pesar de que se observa un error al calificarse el hecho que se tuvo por demostrado, su rectificación constituiría un tratamiento desfavorable a las pretensiones de la defensa, que fue la única que recurrió el fallo. Es importante además agregar que de modificarse de manera más gravosa la situación jurídica del imputado, en cualquier forma, se estaría quebrantando el "**principio y el derecho a la doble instancia**" que toda persona tiene, pues lo que se vendría a resolver en este sentido constituiría, sin duda alguna, una nueva condenatoria frente a la que no existe la posibilidad inmediata de interponer el respectivo recurso o reclamo. En torno a este tema, también la Sala Constitucional se ha pronunciado, precisamente como consecuencia de una consulta que formuló esta Sala. Así, en lo que resulta de interés, se dijo lo siguiente: "**El artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene las Garantías Judiciales, establece que toda persona inculpada de delito tendrá derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior sin hacer reserva alguna. Precisamente el derecho a la doble instancia permite al imputado exigir que otro órgano revise las actuaciones de aquel que ha impuesto la sentencia condenatoria. Sin embargo, por sentencia condenatoria no debe entenderse solamente la que impone por primera vez una pena, sino también aquella que la agrava o la aumenta, o de cualquier forma hace más gravosa la situación para el imputado. Es evidente entonces**

que aumentar la pena impuesta a éste, al resolver un recurso de casación, lesiona los principios del debido proceso, concretamente el de la doble instancia, pues en vista de que la sentencia definitiva la dicta la última instancia jurisdiccional, el imputado no tiene posibilidad de recurrirla ante ningún otro órgano, con el objeto de que se revise la resolución que le perjudique. En ese sentido, y por voto de mayoría se estima que el agravamiento o aumento del monto de la pena por parte del juez de casación, no solo no resulta irrelevante en relación con el derecho fundamental de contar con una instancia contralora de la legalidad del procedimiento y de la pena impuesta; sino por el contrario, viola ese derecho, al impedir al perjudicado recurrir la sentencia. De esta manera es claro que si la Sala Tercera conoce de un recurso de casación, lo acoge y al dictar la sentencia aumenta o agrava la pena, esa última resolución constituye la verdadera sentencia condenatoria, pues la dictada por el a-quo carecería de eficacia. De mantenerse la tesis contenida en la sentencia 4638-99, el imputado no tendría posibilidad alguna de acudir a otra instancia para que revise esa sentencia, lo que resulta violatorio del principio de la doble instancia. Según las pautas sentadas por la Sala Constitucional, es a través del recurso de casación que se satisface el requisito establecido por el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana." (Sala Constitucional, voto n.º 2050 de las 14:49 h del 27 de febrero del año 2002, el subrayado no aparece en el original. Sobre la consulta de esta Sala, puede verse el voto n.º 0023 de las 10 horas del 18 de enero del año 2002). Como se colige del párrafo transcrito, queda claro que para los integrantes de la Sala Constitucional no solo la imposición o aumento de la pena establecida, sino también la modificación de lo resuelto de forma más gravosa para el imputado, le causaría un serio perjuicio al no tener la posibilidad de recurrir tal pronunciamiento. Por todo lo antes expuesto, no llevando razón la defensa en su reclamo, lo procedente es declarar sin lugar el recurso que interpone a favor de V. C. C."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 292 de las 10:35 horas del 26 de marzo de 2004.**

#### **104.- PRUEBA. Incorporación de prueba evacuada en proceso penal juvenil**

"(...) si bien es cierto, el testigo no presenció el abuso sexual perpetrado contra la mujer por el convicto R. M., pasando sus genitales por la cara de su novia, pues para ese momento los restantes acusados, incluidos los dos menores de edad -S. M. B. y R. P. G. V-, condenados por estos mismos hechos en sede penal juvenil, lo habían separado de la joven por escasos minutos, dentro de este haber probatorio valorado, los juzgadores consideraron la sentencia certificada producto del

proceso seguido a los referidos menores de edad por los mismos acontecimientos cometidos en daño de G. M. y A. M. –resolución número 10-2002 de las 14:00 horas del 2 de mayo de 2002, dictada por el Juzgado Penal Juvenil de Cartago– visible a folios 273 a 311 del tomo II. Dicha prueba documental establece, tal y como lo denunció la ofendida y se lo manifestó a la médica legal que la atendió, haciéndose constar en la pericia levantada y que las juzgadoras también tomaron como parte de las pruebas recabadas –ver epícrisis de folios 54 y 55–, que el imputado R. M., se bajó sus pantalones y pasó sus genitales por el rostro de la mujer. Estima esta Sala, que la consideración de esta prueba por parte del Tribunal de juicio, resulta legítima, sin que sea válido, ni lógico, interpretar que su incorporación a este proceso, pueda tener un sentido diferente que el de ser utilizada y valorada por los jueces conforme a las reglas de la sana crítica. Debe tenerse claro que la utilización probatoria de esa sentencia no constituye una introducción al proceso por vía indirecta ni de la denuncia de la ofendida con carácter de testimonio –como lo reclama el impugnante–, ni de su declaración rendida en sede penal juvenil, sino que se trata de la recepción de pruebas surgidas directamente en el otro juicio oral, en aras de garantizar la conexidad que debe existir entre ambos procesos –el que se desarrolló en sede de adultos y el que se llevó a cabo contra los menores de edad involucrados en los mismos hechos– y que guarda sustento legal en los numerales 48 y 49 de la Ley Penal Juvenil número 7576 del 30 de abril de 1996, lo que se traduce en la posibilidad de utilizar indistintamente los elementos probatorios evacuados en una u otra causa, obligándose a los diferentes tribunales a remitirse recíprocamente, copias de las pruebas y de las actuaciones pertinentes firmadas por el secretario, siempre y cuando se respeten, en primer término los fines de la legislación de menores, las formas procesales y los derechos constitucionales de las partes –sobre este tema ver voto número 1047-97 de las 14:55 horas del 30 de setiembre de 1997, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia–.

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1118 de las 10:05 horas del 20 de setiembre de 2004.**

#### **105.- PRUEBA. Libertad probatoria y análisis conforme a la sana crítica**

“El legislador incluyó tal principio en el artículo 182 del Código Procesal Penal, por lo que: *“Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley”*, de donde debe entenderse que, a priori y en abstracto, ningún elemento lícito de convicción posee o carece de determinada eficacia probatoria, por cuanto la ley procesal no incluye ninguna tarifa preestablecida a la cual deba ajustarse

se el juzgador a dichos efectos, sino que lo deja en libertad de valorarlos de manera motivada conforme a las reglas del correcto entendimiento humano (artículo 184 íbidem). Es decir, nuestro actual sistema procesal penal –en la medida que tiende a la averiguación de la verdad real e histórica– permite que todos los puntos objeto del debate se puedan demostrar y por cualquier medio, pues: *“...en este sistema el Juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, (pero) su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”* (CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, p. 42. Véanse además las resoluciones de esta Sala números 341-F de las 15:20 horas de 11 de diciembre de 1984; 230-F de las 10:10 horas de 28 de agosto y 346-F de las 09:15 horas de 2 de octubre, ambas de 1987; 382 de las 09:44 horas de 26 de marzo de 1999 y 273 de las 08:32 horas de 17 de marzo de 2000). En este caso contra J. M. S. Q., los jueces valoran en conjunto lo que el defensor público denomina “versiones” y concluyen de acuerdo con las reglas de la lógica en la “identidad” de las mismas. Esa condición debe entenderse como la congruencia que debe existir entre las pruebas cuando se refieren a un hecho o hechos. No implica igualdad, sino similitud, pues obviamente cada testigo tiene contacto con los hechos de una forma específica que le diferencia de los demás. Ello implica que al momento de narrar los hechos, cada testigo lo hace desde su visión de los mismos, la cual es producto del contacto individual con la realidad. Las “versiones” que califica el recurrente como contradictorias tienen elementos coincidentes y otros que no lo son, sin embargo, ello se debe a lo indicado respecto de la apreciación que cada testigo tiene de los hechos y al transcurso del tiempo. En el caso de la ofendida S. A. J. no debe pretenderse que repita literalmente su dicho en tres ocasiones, sobre todo cuando entre una manifestación y otra existe un espacio temporal considerable, aunado a la edad y desarrollo intelectual de la menor. Resulta contrario a las normas de la lógica obligar a una víctima que cuenta con las condiciones señaladas repetir una y otra vez sin variar un ápice su dicho. Obviamente resultan inaceptables variaciones que hagan irreconciliables las versiones, pero diferencias en cuanto al número de besos o si éstos se dieron dentro o fuera del baño de mujeres del centro escolar, para este caso concreto resultan insignificantes a efectos de considerar con base en el análisis de todo el acervo probatorio la veracidad de los actos de abuso cometidos por el imputado.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 244 de las 9:25 horas del 19 de marzo de 2004.**

### 106.- PRUEBA. Cadena de custodia. Debe darse en todas las fases

“El recurrente alega que existe transgresión específica del principio de derivación porque asegura que no se desprende del testimonio de R. G. M. que se haya incurrido en violación alguna de la cadena de custodia de la prueba; sin embargo, tal afirmación constituye una valoración sesgada del análisis que realiza el tribunal de mérito en el fallo en cuestión, puesto que la consideración de que sí se violó la cadena de custodia de la prueba no sólo se basa en dicho testimonio, sino que obedece a un análisis exhaustivo de la restante prueba testimonial, de los hechos y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que giraron en torno al caso. El tribunal señala detalladamente un conglomerado de procedimientos impropios que se evidenciaron en la manipulación de la prueba, principalmente dentro del centro penal y desde el decomiso hasta que fue entregada al Organismo de Investigación Judicial (OIJ), los cuales ponen en duda claramente la requerida transparencia que debe existir respecto de la prueba para acreditar la certeza de que lo incautado es lo mismo que posteriormente se analiza en el laboratorio forense. Se constata una serie de anomalías cuando se decomisa la supuesta droga y su posterior manipulación, lo cual es tomado en cuenta por el tribunal en la sentencia para fundamentar la absolución de la imputada. Dice el tribunal, entre otras cosas, lo siguiente: *“De lo expuesto por los testigos se colige que después de la recolección del objeto decomisado, el mismo no se introdujo en una bolsa, no se rotuló debidamente con algún distintivo o nombre que determinara que correspondía al mismo decomisado por la testigo A. Y. V. C., a la acusada L. G. G., así como tampoco se aseguró que ese mismo objeto fuera transportado en una secuencia lógica a manos del Fiscal actuante, garantizando con certeza que se trataba del mismo objeto decomisado por la oficial V. C., de forma tal que no es posible acreditar con CERTEZA que el envoltorio decomisado por esta testigo sea el mismo cuyo contenido analizó el laboratorio en el informe de folios 10 y 11, ello por cuanto el deponente G. M. afirmó en forma categórica en la audiencia oral y pública que la requisadora V. C. le dio la evidencia decomisada en la mano ella afirma que se la dio en una hoja de papel, él tampoco la introdujo en una bolsa y la rotuló con el nombre de la acusada, sino que la puso en una gaveta con llave que al efecto tiene el director, y desde las cuatro de la tarde éste se las entregó y desde ese momento hasta que llegó al edificio de los tribunales a las seis de la tarde la tuvo en la mano, e inclusive fue a la fiscalía con dicha evidencia en la mano y se anduvo paseando por todo lado, con la evidencia en la mano y que un fiscal le indicó que la trajera al Organismo de Investigación Judicial y allí oficial se la recibió y la puso en una bolsa de papel con grapas la cual él se dejó en la mano”* (folios 87 y 88). Como se observa, el tribunal rea-

liza un análisis que cumple debidamente con las reglas de la sana crítica racional, ya que aborda con detalle la indebida manipulación que hubo de la evidencia, quedando así al descubierto el incumplimiento de los procedimientos mínimos necesarios que deben seguirse en la manipulación de los objetos decomisados para resguardarlos debidamente, lo cual incide de forma lógica en la incerteza que tuvo el tribunal sobre su identidad. Efectivamente esta Sala considera que al circular la supuesta droga de mano en mano y sin que esta se haya embalado como corresponde, existe la posibilidad de que lo incautado no sea lo mismo que se analizó en el laboratorio forense. El hecho de que se haya embalado ya cuando la misma es recibida por el OIJ en nada repara los yerros previos aquí señalados, ya que las exigencias de la cadena de custodia de la prueba deben cumplirse de principio a fin, es decir, en todo momento desde que las evidencias se decomisan hasta que se trasladan al laboratorio para su análisis, incluso dentro del mismo laboratorio; de manera tal, que si se verifica el quebranto y ello incide en la certeza necesaria sobre la evidencia, aunque luego se cumpla con los requisitos en las demás fases que la componen de poco sirve esta situación, porque ya se ha afectado su legitimidad en magnitud tal que se duda de su pureza.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 890 de las 10:45 horas del 23 de julio de 2004.**

### 107.- PRUEBA GRAFOSCÓPICA. La falta de coincidencia con el cuerpo de escritura no implica falsedad

“Del contenido de la queja se advierte que el planteamiento del fiscal se sustenta (de manera esencial) en la premisa de que la supuesta firma de la ofendida que aparece en el endoso de los títulos cuestionados, es falsa. A partir de ello, el recurrente aduce que si se asumiera que la señora E. M. E. obsequió esos certificados al encartado (conforme este lo asegura), no tendría sentido que ese endoso fuese falso, lo que no se explica de manera suficiente en la decisión. En torno a este aspecto, luego de analizar el contenido de la sentencia, se advierte que los juzgadores razonaron que, “aun cuando el dictamen grafoscópico establece que esas firmas endosantes no fueron realizadas por la agraviada, es decir, que sí fueron falsificadas, el imputado insiste en que al recibir de manos de ésta esos títulos, ya venían firmados, por lo que no podría acreditarse que él fuese el autor de dicha falsificación; “... no existiendo ninguna prueba que nos indique que ella (la coimputada T. A.) tuviera conocimiento de la falsedad de la firma estampada en el reverso de los documentos cuestionados en el cuadrante superior izquierdo. Aquí es procedente mencionar, que si bien es cierto y de acuerdo al dictamen criminalístico de folios 57



a 59 la firma del reverso no fue hecha por la ofendida, tampoco podemos comprobar que la misma fuera realizada por el imputado, ya que éste indica haberlos recibido ya firmados, mientras que la ofendida asegura que él se los robó ...” (cfr. folio 152, línea 21 en adelante), Atendidos a este razonamiento, podría pensarse que –en principio– el reclamo del fiscal llevaría la razón, por cuanto los jueces en efecto no analizan qué sentido tendría que la señora M. le regalara al encartado unos títulos valores con la *firma* del endoso falsa, siendo lo lógico que, de haberse dado así las cosas, ésta fuese legítima. No obstante, el fiscal estructura su tesis a partir de un claro error en los razonamientos del tribunal de mérito, lo que vendría a descalificarla por completo. En efecto, si bien los jueces aseguran que el dictamen grafoscópico establece que la firma del reverso de los certificados no fue hecha por la ofendida, de lo cual –entonces– concluyen que aquella fue falsificada, debe hacerse notar que tal inferencia resulta errónea, pues lo que en realidad establece dicha pericia (prueba documental que sí puede ser valorada por el órgano de casación, el cual –por la naturaleza escrita de dicho elemento– estaría en las mismas condiciones que el tribunal de instancia) es lo siguiente: “... no es posible asociar la confección de las firmas cuestionadas, descritas anteriormente, con el cuerpo de escritura de E. M. E. ...” (cfr. folio 58), lo que obviamente resulta diverso. Nótese que el perito en grafoscopia no establece (ni podría hacerlo) que las firmas cuestionadas no hayan sido hechas por la ofendida, pues lo único que logró establecer es que las mismas no pudieron ser asociadas (no presentan trazos similares) con el cuerpo de escritura que a dichos efectos confeccionó la señora M. E.. Si bien podría considerarse que una conclusión como esta podría constituir un indicio de que una firma así cuestionada podría ser falsa, ello no significa que así se haya determinado de forma certera y absoluta. Al respecto no podría dejarse de lado que, aun cuando una *firma* no pueda ser relacionada pericialmente con un cuerpo de escritura, ello necesariamente no significa que aquella sea falsa, o que no haya sido confeccionada por el sujeto que rindió ese cuerpo, pues podrían haber varias explicaciones que justificarían esa aparente contradicción: que entre unos y otros trazos haya mediado cierto margen de tiempo; que las condiciones en que se estamparon unos y otros no hayan sido iguales; que voluntaria o inconscientemente, el sujeto haya variado su caligrafía, etcétera. Todas estas razones bien podrían implicar que, a pesar de haber sido efectivamente estampadas por determinado sujeto, las firmas que se cuestionan no coincidan con otras escrituras indubitables del mismo.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º 889 de las 10:35 horas del 23 de julio de 2004.

#### 108.- PRUEBA INDICIARIA. Concepto. Elementos y estructura lógica

“De previo, conviene distinguir los componentes de la prueba indiciaria, así como el proceso que debe seguirse en su análisis. La prueba de indicios debe ser definida como un juicio lógico crítico por medio del cual se aplica una regla de experiencia a un hecho conocido, para poder inferir otro hecho hasta entonces desconocido. Este concepto permite diferenciar, por una parte, los elementos que componen esta clase de prueba, y por otra, distinguir su estructura lógica. Los elementos de la prueba indiciaria son: 1. **El hecho conocido o indicador**; 2. **La regla de experiencia**; 3. **El indicado o conclusión**. La estructura lógica de la prueba indiciaria es la de un silogismo, en el que la regla de experiencia opera como premisa mayor, el indicador es la premisa menor, y el indicado es la conclusión. 1. **El indicador**: es el hecho, la cosa, circunstancia, la huella, rastro, el fenómeno, en síntesis la base fáctica, a partir de la cual puede comenzar a elaborarse toda la construcción compleja de la prueba de indicios. Dentro de la estructura del silogismo indiciario, como ya se dijo, este elemento funciona como la premisa menor a la cual se aplica la regla de la experiencia. Al principio, cronológicamente hablando, es lo único conocido respecto de esta clase de prueba, a lo cual se le aplica luego una regla de experiencia y se realiza el proceso de inferencia lógica. Es el hecho del que se parte para realizar la inferencia indiciaria. La prueba indiciaria no debe confundirse o identificarse con este elemento exclusivamente, pues se trata tan solo de una parte de ella. Respecto del indicador existen una serie de requisitos o criterios de validez, que a su vez afectan la validez de toda la prueba de indicios. Estos requisitos son los siguientes: a. **El indicador debe estar plenamente probado** mediante los medios de prueba que autoriza la ley y la Constitución Política y de conformidad con las formas establecidas. Lo cual significa, que para poder construir toda la prueba indiciaria debe partirse de un hecho conocido debidamente probado, que opera como premisa menor, pues sólo así podrá aplicarse una regla de la experiencia para extraer o inferir un hecho desconocido. No se puede inferir un hecho desconocido de otro hecho que no se conoce, ello resulta un sinsentido y solo tiene cabida en la oscuridad de lo antojadizo, de la fantasía o de la sospecha. Aquí debe indicarse, que como consecuencia del principio *in dubio pro reo*, para la constitución de la prueba de indicios y del silogismo sobre el cual se estructura, solamente puede servir de base aquel hecho indicador plenamente probado, no bastando con que se afirme que probablemente existe o ha acontecido, o respecto del cual hay duda, casos en los que no podría servir de base para el silogismo probatorio. b. **Unidad del Hecho indicador**: Un mismo hecho indicador solamente puede conducir a la formación de una única prueba indiciaria, aun cuando esté probado por diversos medios de prueba. Lo que significa que cuando la base fáctica (hechos, rastros, huellas) o las circunstancias tienen un mismo origen o guardan una relación de interdependencia, no deben ser tratados como capaces de generar varias infe-

rencias o pruebas de indicios, sino como una sola. A la inversa eso significa que hechos o circunstancias distintas, deben tenerse como varios indicadores, generadores de varias pruebas indiciarias y por lo tanto no deben ser tratados como uno solo. De igual manera los diversos momentos sucesivos de un hecho indicador, constituyen un solo indicio. En no pocas ocasiones, en la práctica judicial se afirma la existencia de una pluralidad de pruebas de indicios por estar compuesto el indicador por varias circunstancias interdependientes o sucesivas, o porque se encuentra probado mediante varios medios de prueba, cuando en realidad se trata de un solo hecho indicador, capaz de generar una sola inferencia, una sola prueba indiciaria, c. Licitud de la Prueba Indiciaria: La prueba de indicios será lícita o ilícita dependiendo del hecho indicador sobre el cual se construye, si este hecho indicador o la forma en que es probado no son aceptados por la ley o el Derecho de la Constitución, obviamente la prueba indiciaria sobre él construida será absolutamente ilícita. Esta clase de prueba, por lo tanto, resulta ilícita si el indicador se ha obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales que implican perjuicio real y efectivo para alguna de las partes. d. Gravedad, precisión y concordancia del indicador: Generalmente se afirma que los indicios, para servir de base a una sentencia condenatoria, deben ser graves, precisos y concordantes. En realidad con ello se hace referencia a requisitos respecto del hecho indicador. En el caso de indicadores de carácter contingente, es decir de aquellos que no permiten un proceso deductivo concluyente, mediante el cual se excluya la duda respecto de la conclusión sobre el hecho desconocido, se exige un concurso, una pluralidad de indicadores para poder arribar a la certeza sobre la comisión del delito. Sin embargo, en el caso de indicadores necesarios o sea, aquellos que permiten una deducción concluyente, que no permiten margen de incertidumbre en la conclusión del silogismo indiciario, no se requiere dicha pluralidad, bastando la existencia de uno solo para establecer con certeza el hecho indicado. En el caso de los indicadores contingentes estos deben ser graves, precisos y concordantes para poder generar certeza sobre el hecho investigado. La gravedad del hecho indicador hace referencia al efecto serio que este tenga en el ánimo del juzgador, porque existiendo el hecho conocido, puede deducirse la existencia del hecho desconocido o indicado. Para no dejar duda razonable sobre el indicado o hecho desconocido que se juzga, se requiere una pluralidad de indicadores graves. Estos indicadores deben ser además precisos, o sea, que para permitir una sentencia condenatoria, por vía deductiva deben conducir de manera inequívoca a una sola conclusión, a un mismo resultado, y no a varias conclusiones. Es lo que se denomina univocidad del indicio, en tanto que el hecho indicador no pueda relacionarse con otro hecho que no sea el "indicado" o juzgado. Si el hecho indicador permite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado,

o no es obstáculo para ella, nos encontraremos ante un indicio antibiológico. Finalmente, con la concordancia de los indicios se hace referencia a que ante una pluralidad de hechos indicadores estos no deben contradecirse entre sí. Un hecho indicador debe concordar o ensamblar entre sí de manera coherente con otros indicadores, solo puede explicar al hecho indicado, si no contradice los otros indicadores existentes. **2. Las reglas de experiencia**: Con este segundo elemento de la prueba indiciaria se hace referencia a definiciones o juicios hipotéticos: "...de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (así, STEIN (Friedrich), El conocimiento privado del juez, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª edición, 1973, p.30.; en igual sentido GIANTURCO (Vito), Los indicios en el Proceso Penal, Bogotá, Julio Romero Soto editor, 1ª edición, 1974, p.33). La regla de experiencia surge como una generalización construida a partir de una serie de percepciones singulares sobre hechos o fenómenos que, ante determinados supuestos, se comportan siempre o la mayoría de las veces de una determinada manera. Ante la coincidencia de una serie de hechos en situaciones similares, se concluye que un nuevo hecho en situaciones similares sucederá de la misma manera. Por su origen, puede hablarse de reglas de la experiencia no sistematizadas, cuando provienen del conocimiento que se tiene como sujeto común, adquiridas mediante la experiencia de la vida, resultando el producto de una experiencia colectiva, ya sea de toda la sociedad o de grupos específicos de esa colectividad: así como de reglas de la experiencia sistematizadas, cuando se trata de reglas propias de la experiencia técnica de una determinada profesión, oficio, o las reglas de una determinada ciencia. Las reglas de experiencia sistematizadas por lo regular son introducidas en el proceso por los peritos o consultores técnicos, quienes transmiten este conocimiento al juez, quien finalmente las utiliza para realizar inferencias lógicas. **3. El hecho indicado**: es la conclusión sobre el hecho desconocido, extraída mediante el silogismo indiciario, o sea que se obtiene mediante la deducción hecha a partir de la regla de la experiencia aplicada al hecho indicador. Para que pueda afirmarse de manera suficiente que la conclusión sobre la existencia de un hecho, es el resultado de una inferencia construida a partir del indicador y la regla de experiencia, debe exigirse que la relación entre indicador e indicado aparezca como clara y cierta, y no como aparente, obra de la casualidad o del azar, así como desecharse la posibilidad de que el indicador haya sido falsificado. En ese sentido, respecto de la conclusión siempre se debe plantear la pregunta de si no puede darse otra explicación posible sobre su existencia, o no existe la posibilidad de que las cosas fueran de otra manera o hubieran acontecido de

manera diferente. Debe determinarse al concluir, al deducir el hecho desconocido, si no existen otras posibles conclusiones, en cuyo caso la certeza requerida para fundamentar una condenatoria decaerá, precisamente como consecuencia de que la prueba indiciaria estaría señalando solo probabilidades, en decrecimiento de su fuerza probatoria. En síntesis: *"El valor de la conclusión depende tanto de la plena prueba del hecho indicador, como de la contingencia o necesidad que envuelva la premisa mayor entre sus hechos [conocido o indicador y desconocido o indicado]..."* (REYES ALVARADO (Yesid), *La Prueba Indiciaria*, Bogotá, ediciones Librería del Profesional, 1989, p. 52. Lo escrito entre paréntesis es suplido). Esto quiere decir, como ya se señaló, que una conclusión basada en un indicador que no esté probado con certeza, o que no genere certeza (por ser anfibológico por ejemplo) no podría generar una conclusión válida, desde la perspectiva del *in dubio pro reo*. En cuanto a los elementos de la prueba indiciaria debe realizarse un proceso de inferencia lógica entre los mismos. La inferencia sobre el hecho desconocido finalmente es el producto de una operación lógico crítica, de un proceso deductivo construido a partir de una premisa mayor o general, la regla o máxima de la experiencia, la cual es aplicada a una premisa menor, el hecho indicador conocido, para arribar a una conclusión particular sobre el hecho desconocido. En cuanto al caso concreto que aquí se conoce, cada uno de los indicadores mencionados por el Tribunal debió ser sometido al análisis referido. Es decir, señalando el indicador y los elementos o medios de prueba a través de los cuales quedó acreditado, luego de eso identificando la regla de experiencia aplicable, y finalmente realizando un proceso deductivo mediante la aplicación de la máxima de experiencia al indicador, con el fin de extraer una conclusión sobre el hecho desconocido, en este caso sobre la autoría del ilícito de transporte de droga para el tráfico."

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1408 de las 8:45 horas del 10 de diciembre de 2004.**

#### **109.- PRUEBA TESTIMONIAL. Cambios en la declaración de menores. Síndrome de adaptación**

"En el caso concreto, la defensa pretende que la versión del menor sea descalificada por los detalles que no mantuvo de manera idéntica en cada una de sus declaraciones y por el hecho nuevo que reveló el día del debate. Sin embargo, tal circunstancia, de conformidad con lo ya expuesto, no es suficiente para estimar que la víctima miente pues el hecho que constituyó el marco fáctico de la acusación fue precisamente el hecho por el que se responsabilizó al acusado y cuya versión la brindó el ofendido en el juicio oral. Tal y como se indicó en el considerando anterior, el Tribunal se percató que el menor había denunciado sólo un hecho y que en el debate na-

rró dos, sin embargo, tal circunstancia no le restó credibilidad a su versión, no sólo por la forma en que el Tribunal percibió el testimonio del menor, sino por que según su razonamiento, eso reforzó que no existió el ánimo de mentir en contra del acusado, pues si así hubiera sido, se habría puesto de acuerdo con su madre para coincidir en un aspecto tan relevante como la existencia de otro hecho aparte del denunciado: *"[...] lo que demuestra que no existió nunca ánimo de ponerse de acuerdo por parte de ambos para perjudicar al imputado injustamente, pues por un lado el menor refirió que el imputado reiteró el abuso en una segunda oportunidad, mientras que la testigo refirió que su hijo le relató solo una, única noticia criminal que también tuvo el representante del Ministerio Público y por eso solo un delito acusó, pues fue hasta en fase plenaria que el menor se animó a relatar que existió la reiteración del delito en su perjuicio..."* (cfr. folio 123). El hecho de que el menor "se haya animado" a revelar un nuevo hecho es algo normal en este tipo de delitos y se entiende como una reacción que a nivel psicológico puede experimentar la víctima de abuso sexual —sobre todo si se trata de personas menores de edad—, originada en sentimientos de vergüenza, temor, frustración y culpa que lo envuelven y le hacen modificar de alguna forma su relato, ya sea, revelando mayores detalles o nuevos hechos. Dentro del denominado: "Síndrome de Adaptación", que ayuda a explicar los diferentes momentos por los que pasa el menor que ha sido víctima de abuso sexual, existe una fase identificada como revelación tardía, mediante la cual se explica por qué las personas menores de edad tardan para revelar el abuso sexual. En este sentido, el Tribunal tuvo por demostrado que el menor: *"fue claro en establecer que la situación lo perjudicó (sic) no solo al punto de que le diera vergüenza contárselo a su madre, sino que también lo habían afectado los posteriores comentarios que hacían quienes le rodeaban, en torno a la situación de la que había sido víctima"* (cfr. folio 122). Así, sentimientos como temor, desconfianza, culpa, incertidumbre y —lo que resulta natural por la edad del ofendido en este caso— la vergüenza al sentirse estigmatizado por ser víctima de esos hechos, hacen entendible y normal que un joven que ha sufrido un episodio de agresión revele tardíamente un nuevo hecho. Por último, resulta inaceptable para este Tribunal, el reclamo que en esta sede hace el recurrente al afirmar que la versión del ofendido es inverosímil por cuanto no gritó, ni luchó por evitar el abuso sexual a pesar de contar ya con trece años de edad. De conformidad con las reglas de la experiencia y la psicología, exigir tal reacción a cualquier persona en el momento mismo que está siendo víctima de un abuso sexual o incluso aún después de la agresión, y concluir que ha mentado o consentido el vejamen por omitir reaccionar de esa forma, es desconocer el impacto psicológico y la situación traumática que vive un ofendido en este tipo de agresiones. Por supuesto que lo anterior se da con mucha más razón si se trata de una persona menor de edad,

que es ya de por sí vulnerable ante ese y muchos otros tipos de agresiones, sin que logren comprender siquiera qué les está sucediendo y por qué, y más aún si —como ocurre en este caso— su ofensor se encuentra en una posición de poder por ser su patrón, cuya contextura física en forma evidente equivale a una superioridad física en relación con el ofendido, y además, con una edad (cuarenta y tres años) que supera con creces la edad del menor.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1168 de las 9:40 horas del 1º de octubre de 2004.**

#### **110.- RECONOCIMIENTO EN SEDE POLICIAL.**

**Diferencia con reconocimiento en rueda de personas. Validez como acto investigativo**

“Finalmente la circunstancia descrita por la recurrente, en el sentido de que el ofendido observó a los imputados en las celdas policiales, no constituye un reconocimiento judicial. El artículo 227 del Código Procesal Penal establece: *“El Ministerio Público o el tribunal podrán ordenar, con comunicación previa a las partes, que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla, o establecer que quien la menciona efectivamente la conoce o la ha visto”*. La primera observación que debe hacerse a esta norma es que el legislador ha definido en forma muy concreta cuál es la finalidad del reconocimiento judicial en “rueda” de personas: identificar una persona o establecer si quien la menciona la conoce. Esto significa que en todos aquellos casos en donde el imputado esté individualizado por un medio distinto al reconocimiento, por ejemplo, por haber sido detenido en flagrancia, se puede legítimamente prescindir de esa diligencia judicial. No debe perderse de vista que nuestro sistema probatorio no se rige por la prueba tasada. El reconocimiento judicial en “rueda” de personas no es el único medio legítimo para identificar al imputado. Una vez que se ha cumplido este primer nivel de análisis, a saber, si el reconocimiento en un caso particular es procedente de acuerdo con la finalidad asignada por el legislador a esa diligencia probatoria, entonces procedería un segundo nivel de análisis para determinar si, en aquellos casos en que la diligencia se realice en la forma descrita por el Código Procesal Penal, se cumplieron los requisitos formales mínimos. Toda forma procesal tiene una finalidad, la cual es garantizar un derecho de alguna de las partes procesales. En ese sentido lo importante no es verificar el simple incumplimiento de una forma procesal establecida por el legislador (Principio de *Pas de nullité sans texte*), sino descubrir si además de la mera violación a las formas procesales, se vulneró además el derecho que dicha forma tendía a proteger (Principio de *Pas de nullité sans grief*). Pero no tendría sentido verificar el cumplimiento de tales requisitos si en el caso concreto el reco-

nocimiento resultaba innecesario para alcanzar las finalidades asignadas a nivel legislativo, que son de identificación, o de verificación de las manifestaciones de un tercero que ha mencionado el nombre de un imputado. En el presente caso ni siquiera estamos en presencia de un reconocimiento judicial en rueda de personas, de manera que resulta ocioso estudiar el cumplimiento de las formalidades de una diligencia que no existe. Estando claros en cuanto a este punto, lo procedente es determinar si el hecho de que el ofendido haya tenido contacto visual con los imputados en las celdas de la policía administrativa —lo cual no es un reconocimiento judicial en los términos del art. 227 supracitado—, constituye una violación a principios constitucionales o a garantías procesales. Analizando la sentencia recurrida, en ella se tiene por demostrado que el ofendido, quien es guarda en una empresa, fue objeto de un robo agravado por parte de dos sujetos que utilizaron un arma blanca para intimidarlo y apoderarse ilegítimamente del arma de fuego que utilizaba en sus funciones como guarda. Él llamó a la policía y dio la descripción de los autores del robo. A los pocos minutos una radiopatrulla detuvo a los aquí imputados cerca del lugar de los hechos, por coincidir la vestimenta y las características físicas con la descripción dada por el ofendido, además de los indicios de la proximidad temporal y espacial con el delito. El ofendido vio a los imputados en la oficina y manifestó que esas eran, efectivamente, las personas que lo habían asaltado (ver relación de hechos probados folio 84 y 85, declaración del oficial G. A. J. L. de folio 91, y declaración de J. A. M. S. a folio 93). Esta actuación de la policía, así como el reconocimiento espontáneo hecho por el ofendido en las celdas policiales, constituye un acto legítimo de investigación. En ese momento era indispensable para determinar si las personas detenidas, que correspondían con la descripción dada por el ofendido a las autoridades y se encontraban a poca distancia de donde tan sólo minutos antes se produjo el robo, eran las que habían cometido el hecho. Si bien es cierto no es posible fundamentar una sentencia condenatoria únicamente en este tipo de diligencias policiales, en el caso concreto hay una serie de indicios graves, precisos y concordantes que por sí solos permiten llegar a la certeza necesaria para el dictado de un fallo repressivo: a) la coincidencia absoluta entre las vestimentas descritas por el ofendido y las vestimentas de los acusados, b) la proximidad temporal entre el robo y la detención de los imputados, la cual fue de minutos, c) la proximidad espacial entre el lugar donde se cometió el hecho delictivo y el lugar donde se detuvo a los encartados y se encontró el arma robada, que fue de aproximadamente 500 metros, d) la tenencia de la “res furtiva” por parte de los imputados.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 979 de las 9:10 horas del 20 de agosto de 2004.**

### 111.- RECONOCIMIENTO. Fines. Procedimiento. Señalar y reconocer

"(...) uno de los fines del proceso penal es, sin lugar a dudas, la individualización de los sujetos a quienes se les atribuye la comisión de un delito, lo que permite verificar si la persona a quien se sindicó como su autora efectivamente lo es, para lo cual se le somete a un procedimiento de identificación, de tal manera que quien proporciona los datos pertinentes para su verificación, lo observe, y manifieste si es o no esa misma persona. Desde una perspectiva psicológica, el reconocimiento es "un juicio de identidad entre una percepción presente y pasada" –Altavilla, Enrico. *Psicología judicial*. Torino, 1948, p.156, citado por Cafferata Nores, José Ignacio. "La prueba en el proceso penal". Tercera edición actualizada y ampliada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, p.125–, que puede ser interpretado desde un punto de vista amplio, o bien en sentido estricto, que es el que interesa destacar en este momento, y que viene a ser el reconocimiento formal de personas, contemplado en el Código Procesal Penal, artículos 227 y 228 y rodeado de todas las garantías procesales pertinentes. Tal medio de prueba, puede tener un resultado positivo o negativo, según se obtenga o no la identificación perseguida, pero siempre mantendrá la calidad de "reconocimiento", aportando un elemento de convicción, que será valorado por la autoridad jurisdiccional conforme a las reglas de la sana crítica –sobre el particular, Cafferata Nores, José I., op. cit., p.126–. El artículo 228 de la ordenanza procesal vigente, al establecer el procedimiento para reconocer personas, determina que una vez que quien deba ser sometido a reconocimiento escoge su colocación dentro de la rueda que se conforma, se solicitará a la persona que lleva a cabo la identificación, indique si entre quienes se le presentan, se halla la que mencionó, y en caso afirmativo la señale con precisión, y una vez reconocida exprese las diferencias y semejanzas observadas entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude su declaración anterior –descripción previa a la diligencia de reconocimiento ordenada–. Conforme a la redacción de la norma de comentario, se establecen dos acciones: señalar y reconocer, las que por lo general se producen simultáneamente, sin embargo deben ser analizadas en forma independiente, pues conforme a la norma establecida, es respecto a la acción de señalar, sobre la que recae el requisito de precisión, de allí que, si a quien se le solicita identificar dentro de la diligencia de reconocimiento, señala a dos o más integrantes de la rueda de personas constituida, lo que se conoce como designación alternativa, provoca que el acto de reconocimiento pierda todo su valor como medio de prueba, al carecer de la precisión requerida. Sin embargo, cuando el reconociente señala en forma precisa a uno de los integrantes de la fila de personas, excluyendo en forma inmediata a los demás, aun cuando cabe la posibilidad de

que manifieste abrigar alguna duda, porque observa en la persona señalada alguna diferencia respecto de la imagen mental que guarda sobre quien es llamado a reconocer..., tal indicación no puede tomarse como un resultado negativo, al mismo nivel que si no hubiera señalado ni reconocido a ninguno de los participantes de la fila conformada, o bien que se produjera una designación alternativa, debiendo someterse el señalamiento efectuado al análisis de los juzgadores, en apego a las reglas de la sana crítica, y valorarlo en su verdadera dimensión a la luz de las restantes pruebas aportadas, y ello es así porque, excluyendo por razones obvias el resultado absolutamente negativo, donde no se identifica o reconoce a persona alguna en la diligencia realizada, la diferencia existente entre una designación alternativa y una dudosa, estriba en que en la primera "... el reconociente no solo es incapaz de efectuar un juicio de identidad entre la percepción anterior y algunas de las "actuales", sino que tampoco puede formular un juicio de diferencia entre ellas. En cambio, la designación clara y precisa de una de las personas exhibidas (aunque el reconociente sea dubitativo) entraña un juicio de diferencia entre la imagen percibida anteriormente y todas las captadas en el acto, menos una, sobre cuya identidad con aquella se duda. En este caso, si bien el valor del acto no será el mismo que habría tenido si el reconocimiento hubiera sido efectuado con seguridad, podrá adquirir relevancia si se advirtiese la existencia de alguna circunstancia capaz de explicar la duda..." -Cafferata Nores, José Ignacio, op. cit., p.133–"

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 710 de las 10:05 horas del 18 de junio de 2004.**

### 112.- REGISTRO DE LA AUDIENCIA. Valor de las grabaciones

"En su recurso de casación por la forma, la defensora particular del imputado C. A. A. alega: "... *incumplimiento o inobservancia de las reglas establecidas para registrar la audiencia*". En ese sentido, considera vulnerado el derecho de defensa de su patrocinado, debido a que dice que se incumplió lo preceptuado por el artículo 370 del Código Procesal Penal, porque en el presente asunto no se grabó el debate. **El reclamo no es procedente:** Si bien es cierto que el Código referido establece en su artículo 370, párrafo final, que el acto debe registrar la audiencia del debate mediante su grabación sónica, corresponde realizar una lectura sistemática de este artículo, en relación con el numeral 371 del mismo cuerpo legal, en el que se indica claramente, que: "... **La falta o insuficiencia de la grabación no producirá, por sí misma un motivo de impugnación de la sentencia**" (la letra negrilla se suple). La razón de ser de este precepto, radica en que la grabación en cinta de audio de la diligencia del debate, no constituye por sí misma una garantía o

derecho esencial, integrante del debido proceso (al respecto: Sala Constitucional, voto #9808-99 del 14 de diciembre de 1999 y su antecedente, voto #8732-97 del 23 de noviembre de 1997). Como ya ha indicado esta Sala de Casación Penal en esa misma dirección (Sala Tercera, voto # 232-99, del 5 de marzo de 1999 y voto #1003 del 13 de agosto de 1999), el registro o grabación de la audiencia de debate es tan solo un medio para demostrar la existencia de vicios o defectos en alguno de los actos desarrollados durante la audiencia del juicio y cuya presencia no se ha consignado en el acta del debate o en sentencia, con lo que la ausencia de grabaciones no genera –por sí misma– un motivo como para recurrir en casación. En este caso particular, mediante un criterio rígido y formalista, la recurrente se limita a mencionar la inexistencia de grabaciones y por esa razón exclusivamente, alega una supuesta afectación del derecho de defensa. No obstante, en su recurso no menciona cuál vicio o defecto desea probar en ese sentido, no precisa la importancia que en el caso concreto tenía tal registro, ni mucho menos indica, en qué afectó el ejercicio de la defensa material o técnica, el hecho de no haber podido obtener y escuchar las grabaciones del debate.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1136 de las 9:00 horas del 27 de setiembre de 2004.**

### **113.- REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Delitos patrimoniales. No requiere de la aquiescencia del Ministerio Público**

“En casos como el presente, en que es posible individualizar la víctima y precisamente porque es su patrimonio –que eventualmente pudo verse afectado con la acción del justiciable– no cabe echar mano a argumentos tales como la concurrencia de bienes jurídicos abstractos, para negar la posibilidad al perjudicado de ver resarcido a satisfacción el daño y al inculcado, la posibilidad de acceder a la mencionada causal extintiva de la acción penal. La circunstancia de que un ilícito de contenido patrimonial concorra idealmente con otros cuyo objeto de protección sea de diversa naturaleza, no implica –por sí mismo– que se requiera la aquiescencia del Ministerio Público a fin de acceder a la reparación integral del daño. La protección de un bien jurídico no tiene sentido sin un correlato material, pues éste se define precisamente como una “relación de disponibilidad” (al respecto Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 389-393; e Issa El-Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo: “Bien jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional”. En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, n.º 7, julio de 1993, pp. 10-15). En consecuencia, desde que es posible individualizar a un

particular como perjudicado por la conducta ilícita, es su parecer –y no el del órgano requirente– el que priva para aplicar el instituto. Tal fue la posición sostenida por esta Sala, con motivo de una situación muy similar a la presente... (resolución número 1083, de 10:30 horas del 26 de agosto de 1999). En la especie se comprueba, que los hechos atribuidos a A. M. iban encaminados a apoderarse –por medio de engaño– de una suma de dinero que mantenía el ofendido en su cuenta bancaria personal. Por ello, las razones expresadas por el aquo para negar al encartado la posibilidad de intentar una reparación integral del daño con el perjudicado, a saber; “... que los delitos que se están investigando no son únicamente de contenido patrimonial sino que también se encuentran otros delitos en contra de la Fe Pública y en este caso el Ministerio Público tendría la potestad para determinar si lo admite o no...”, no tienen asidero legal y en ese tanto, la denegatoria de la petición de hacer llegar al afectado para que manifestase los términos en que aceptaría una reparación integral, resulta ilegítima.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1382 de las 8:45 horas del 3 de diciembre de 2004.**

### **114.- REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Requisitos y delitos en los que se admite**

“Lleva razón el impugnante en sus reparos, pues en el dictado del sobreseimiento que se objeta en efecto se advierten varios yerros de fondo y de forma que hacen necesario decretar su nulidad. Tal y como lo alega el fiscal, en la resolución sustantiva de mérito se indica que, por haberse cumplido en este caso con los requisitos legales, resulta procedente homologar la aplicación del instituto de la reparación integral del daño: “... en revisión de la documentación a la cual se ha aludido y que rola a folios 176 y 177 de los autos, se establecen dos situaciones, en primer término que se desiste expresamente de la acción civil resarcitoria incoada en contra del imputado ... en relación exclusiva y en cuanto al reclamo concerniente al hecho ocurrido en contra del hoy occiso M. A. S., y en segundo término se establece que se ha dado una reparación integral del daño de conformidad con lo que establece el artículo 30 inciso j) del Código Instrumental. Al revisar el tribunal los requisitos de ley para poder acceder a tal petición, se determina en la especie que si es procedente lo pedido por la señora Y. F. O. y por el mismo imputado V. F. a folios 185 y 186, lo anterior por cuanto, efectivamente se trata de un delito culposo, no se ha causado un daño social, por lo que el criterio del Ministerio Público deviene en improcedente, pues es a la víctima a la que le toca decidir si acepta o no, por otro lado a folio 62 consta según la certificación respectiva, que el imputado es limpio de antecedentes y no se había beneficiado con el instituto de la reparación integral del

daño, antes de éste (sic) proceso ...” (cfr. folio 199, línea 14 en adelante). Si bien es cierto, conforme se indica en la sentencia impugnada, es la víctima quien debe señalar en cada caso si se siente reparada íntegramente con la retribución del imputado (salvo que se trate de un supuesto en el que dicha aquiescencia corra por cuenta del Ministerio Público), no debe perderse de vista que ello de ningún modo exonera a los juzgadores de su ineludible obligación de constatar que (valorando la magnitud del daño causado) en ese asunto particular efectivamente se dé una reparación razonable, proporcional y justa. Además, deben verificar que esa voluntad de transar haya sido libre y conscientemente determinada, y que no existan otras víctimas con igual derecho al resarcimiento. Ninguna de estas exigencias se cumple en la especie, pues —tal y como lo hace notar el recurrente— en los escritos de folios 176, 177, 185 y 186, ni siquiera se consigna cuál fue la prestación o el monto económico que recibió la señora F. O., de modo que no se podría ejercer esa labor fiscalizadora. Además, los juzgadores se contentaron con el documento presentado por las partes, sin que de previo al dictado de la sentencia de sobreseimiento (donde se homologó la solución alterna) convocaran por lo menos a una audiencia oral donde, amparados en el principio de inmediación, pudieran corroborar directamente que no se hubiese dado algún vicio en la voluntad de la víctima. Asimismo, en el fallo de instancia no se explica si la señora F. O. y sus dos hijos son las únicas víctimas con respecto al homicidio culposo del señor M. D. A. S., pues ni siquiera se hace alusión a que se haya cumplido con una declaratoria de herederos que así lo haya determinado. Aunado a lo anterior, en la decisión de instancia se advierte un vicio aún más grave que la toma en ilegítima, pues a pesar de que, según se extrae del contenido de la acusación (que se incluyó literalmente en la redacción del fallo), en este caso la acción violatoria del deber de cuidado que se le atribuye al señor V. F. generó al mismo tiempo dos resultados lesivos (la muerte de M. D. A. S. y de V. M. G.), de forma contradictoria los jueces afirman que se ha dado una reparación integral por el hecho de que la cónyuge (o compañera de hecho, pues a folio 176 la misma se califica a sí misma como soltera) superviviente del primero se manifiesta reparada, dejando por completo de lado la situación del segundo, en relación con el cual —en principio— no se ha evidenciado ninguna intención reparadora. Lo anterior permite comprender que, aun asumiendo que la señora F. O. hubiese sido reparada íntegramente, y que ella y sus dos hijos sean las únicas personas que de acuerdo con el artículo 70, inciso b)

del Código Procesal Penal califican como víctimas, ello no cubriría más que la mitad de los daños causados, de tal modo que no se habrían cumplido los requisitos sustanciales de la solución alterna en discusión. Asimismo, lo antes expuesto permite comprender que de haber quedado firme la sentencia de sobreseimiento objeto de impugnación, la misma hubiera tenido la virtud de producir cosa juzgada del hecho investigado, generándose dicho efecto sustantivo con respecto a todos los resultados que —en principio— generó la conducta perpetrada por el agente (incluida la muerte del señor M. G.), todo lo cual da cuenta de lo improcedente de aquella.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 887 de las 10:20 horas del 23 de julio de 2004.**

#### **115.- SENTENCIA. Falta de firma. Nulidad.**

“Formula un único motivo por defectos procesales en el que reclama la falta de fundamentación del fallo. Sin embargo, sin entrar a conocer de los alegatos, es menester de oficio disponer la nulidad de la sentencia, toda vez que carece de la firma de uno de los integrantes del Tribunal, licenciado M. A. C. A., omisión que incluso se da en la parte dispositiva del fallo, en la que además de la firma de éste, falta la del licenciado A. L. M. A. (cfr. folios 155 y 142). De conformidad con la jurisprudencia de esta Sala y su nueva posición, la falta de firma inexcusable es causal de invalidez del fallo, pues no permite dar autenticidad al proceso de deliberación y de confección misma de la sentencia y ello redundaría en una irregularidad que hace dudosa la integración del Tribunal y que está, por ello, en condiciones de vulnerar el debido proceso, más allá de la letra del inciso e) del artículo 363 del Código Procesal Penal que es precisamente en estas consideraciones que encuentra sentido. No basta con que los jueces aparezcan formalmente en el acto de lectura de la parte dispositiva, también deben cumplir con sus deberes de certificar y acreditar su participación en el acta correspondiente con su firma y de mayor importancia aún en la sentencia integral, omisiones que conducen inevitablemente a la invalidez del fallo. Se anula la sentencia así como el debate que le precede y se ordena la realización de un nuevo juicio, como corresponde.”

**Sala Tercera de la Corte, voto n.º 1078 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2004.**

# **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL**

*M.Sc. Rafael Ángel Sanabria Rojas*

*Juez de Casación Penal a.i.*

## **A. Derecho Penal**

1. Beneficio de ejecución condicional. **Denegatoria por falta de requisitos legales.**

2. Desobediencia a la autoridad. **Falta de configuración cuando se incumplen medidas alternas a la prisión preventiva. Excepciones.**

3. Concurso ideal. **Entre robo agravado y uso ilegítimo de arma no permitida.**

4. Extradición. **Doble incriminación. Vigencia del tipo penal al momento del hecho.**

5. Ley de Armas. **Principio de lesividad.**

6. Ley de Armas. **Alcances del término portar.**

## **B. Derecho Penal Juvenil**

7. Atipicidad. **Puesta en peligro de un tercero aceptada por este. Imputación Objetiva.**

8. Competencia. **Conflicto. Modificación de pena. Casación.**

9. Imputabilidad disminuida. **Posibilidad de imponer sanción.**

10. Pena. **Fundamentación. Anulación de sentencia del Tribunal de Casación. Fundamento.**

11. Pena. **Fundamentación. Aspectos a tomar en cuenta en la sustitución de la sanción.**

## **C. Derecho Procesal Penal**

12. Acción civil. **Desistimiento. No comparecencia del actor civil a declarar como testigo.**

13. Acción civil. **Prescripción. Competente para conocer reenvío por acción civil.**

14. Acción civil. **Prescripción de acción penal. Competente para conocer reenvío. Prescripción penal no afecta pretendido derecho indemnizatorio.**

15. Acción civil. **Absolutoria penal. Condenatoria con fundamento en otras reglas del ordenamiento.**

16. Acción civil. **Casación. Improcedencia del efecto extensivo en lo civil.**

17. Acción civil. **Costas. Inadmisibilidad de casación.**

18. Acción civil. **Restitución. Alcances del artículo 140 del Código Procesal Penal.**

19. Acción penal. **Prescripción. Plazo de suspensión por rebeldía.**

20. Allanamientos. **Improcedencia de delegación de allanamiento en el Juzgado Contravencional. Prueba ilícita.**

21. Prescripción de la acción penal. **Resolución de casación tiene carácter de sentencia.**

22. Notificación por facsímil. **Plazo para recurrir. No rige reglamento, sino artículo 160 del Código Procesal Penal.**

23. **Revisión. Hechos o prueba nueva. Alcances.**

## **A. Derecho Penal**

**1. Beneficio de ejecución condicional. Denegatoria por falta de requisitos legales.**

"El Tribunal ha valorado una serie de circunstancias que llevan al rechazo del beneficio. Esencialmente la conducta reiterada del imputado de ingerir licor y conducir. Como prueba de ello se valora que fue el propio padre de la víctima quien le advirtió unos quince días antes del suceso, de la posibilidad de producir un accidente por guiar en esas condiciones. De la conducta del acusado también dio cuenta el testigo..., quien dijo conocerlo unos ocho años atrás y que siempre había tomado licor. El



propio imputado aceptó su debilidad en la audiencia oral. Lo anterior llevó a concluir al Tribunal de mérito la posibilidad de reincidencia del imputado y la justificación para denegar el beneficio, lo cual encuentra apoyo en lo estipulado por el artículo 59, párrafo segundo del Código Penal. Incluso se analizó el testimonio de..., quien sostuvo que el imputado asistía todos los días al grupo de alcohólicos anónimos en San José, descartándose lo anterior porque... dijo trabajar en una zona bastante alejada de la capital, que le imposibilitaba efectivamente estar todos los días en San José. Finalmente se valoró la ausencia de un interés sincero por reparar el daño ocasionado (folios 341 a 344). Consecuentemente la sentencia se ajusta a las normas sustantivas citadas en el recurso y, a la vez, está debidamente justificada, por lo que debe declararse sin lugar el motivo".

**Tribunal de Casación Penal, 2004-302, de las 10:26 horas del 1<sup>o</sup> de abril de 2004. En igual sentido 2004-297, de las 9:49 horas del 1<sup>o</sup> de abril de 2004.**

**2. Desobediencia a la autoridad.** Falta de configuración cuando se incumplen medidas alternas a la prisión preventiva. Excepciones.

"Según se observa, en este caso estamos frente a una orden dictada por un Juez Penal, la cual se emitió dentro de una causa que se seguía contra el mismo imputado M. L. por los delitos de Violación de Domicilio, Hurto Simple y Resistencia Agravada. Una vez examinada la naturaleza intrínseca de esa orden, una copia de la cual se agregó a folio 4, debe concluirse sin lugar a dudas que se trata de la imposición de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, en los términos del artículo 244 del Código Procesal Penal. Por consiguiente, la interrogante que salta de inmediato es la referente a las consecuencias o efectos del incumplimiento de este tipo de medidas. Según se tuvo por acreditado en el fallo de instancia, el Juez Penal le indicó al justiciable... que si no cumplía las medidas que le fueron impuestas podría ser procesado por el delito de Desobediencia a la Autoridad. Sin embargo, a la luz de las disposiciones legales que regulan esta materia, es obvio que tal advertencia obedece a un error, pues, tratándose de medidas alternativas a la prisión, lo que se le debió advertir al imputado en aquella oportunidad es que su incumplimiento injustificado sería causa específicamente de que estas medidas fueran revocadas y se ordenara, en su lugar, la prisión preventiva. Lo anterior se desprende del propio contenido del artículo 244 del Código Procesal Penal, por cuanto queda claro que las medidas cautelares que allí se regulan deben aplicarse cuando, existiendo las presunciones (o peligros) que motivan (o justifican) la prisión preventiva, ésta pueda evitarse acudiendo a alternativas menos gravosas para el imputado. Por lo tanto, si esas alternativas fracasan, lo procedente es aplicar aquella

respuesta que se pretendió evitar por ese medio, esto es, la privación de libertad. De ahí que deba concluirse que las consecuencias del incumplimiento de las medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva deben ser de naturaleza exclusivamente procesal, pues esa es la finalidad que la ley les asigna. Por desgracia, ello no fue tomado en cuenta en esta causa, produciéndose una desnaturalización de la finalidad de las medidas cautelares impuestas a..., en contra de lo dispuesto expresamente por el párrafo segundo del artículo 245 del Código Procesal Penal. Véase que, en vez de limitarse las condiciones impuestas a cumplir los fines del proceso, evitando los peligros de fuga, obstaculización o reiteración delictiva, se sentaron más bien las bases para obtener efectos de carácter sustantivo, materializados en la atribución de un nuevo delito, derivado exclusivamente del incumplimiento de las medidas cautelares impuestas. Por ende, en vista de que ello resulta improcedente, lo que debe considerarse es que la conducta atribuida al encartado... es atípica, puesto que el hecho de no haber cumplido las medidas cautelares mencionadas no implica, en sí mismo, la desobediencia a una orden de la autoridad, sino que sólo sienta los presupuestos procesales necesarios para que tales medidas queden sin efecto y se imponga la prisión preventiva. A mayor abundamiento, se debe agregar que —como bien lo hace ver la propia recurrente— no estamos ante el caso de normas cuyo incumplimiento autorice expresamente la apertura de un proceso por el delito de Desobediencia a la Autoridad, como si se establece, por ejemplo, en el párrafo final del artículo 3 de la *Ley contra la Violencia Doméstica* (número 7586 de 10 de abril de 1996). En la especie no se trata de medidas de protección establecidas conforme a la Ley que se acaba de mencionar. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 307 del Código Penal, 369, inciso i) y 450 del Código Procesal Penal, corresponde revocar en su totalidad el fallo impugnado, debiendo, en su lugar, absolverse al justiciable... de toda pena y responsabilidad por el delito de Desobediencia".

**Tribunal de Casación Penal, 2005-251, de las 8:50 horas del 7 de abril de 2005.**

**3. Concurso ideal.** Entre robo agravado y uso ilegítimo de arma no permitida.

"En el fallo impugnado se estableció que el imputado... cometió tres delitos, a saber: a) «Robo agravado», por el que se impuso tres años y cuatro meses de prisión; b) «Resistencia agravada», por el cual se impuso ocho meses de prisión y c) «Portación ilícita de arma permitida», por el que impuso la pena de veinte días de prisión. La resolución no es clara respecto de la naturaleza de la confluencia que existe entre estos delitos, aunque en la parte dispositiva se dice que entre el Robo agravado y la Resistencia agravada existe un «concurso ideal» (folio

143). Sin embargo, de acuerdo con el relato de hechos probados, está claro que esos delitos se cometieron el mismo día 19 de abril de 2004, pero en horas diferentes, es decir, son delitos cometidos por el mismo agente, en forma separada (artículo 22 del Código Penal). Por ende, en cuanto a ese aspecto concreto, estima esta cámara que simplemente hay un error de derecho, el cual no incide en la parte resolutive, debiendo ser corregido a tenor de lo dispuesto por el artículo 146 y 433 del Código Procesal Penal, en el sentido de que los delitos de Robo agravado y Resistencia agravada constituyen un concurso material, no un concurso ideal como por equivocación se consignó en el fallo. En cambio, resulta claro que, por una parte, en cuanto al primer hecho, tanto la portación como el uso del arma son circunstancias que quedan subsumidas en el delito Robo agravado (véase que una de las agravantes del Robo es precisamente el uso de armas, según lo dispuesto por el artículo 213, inciso 2) del Código Penal]; mientras que, por otra parte, en cuanto al segundo hecho, debe entenderse que la Resistencia Agravada y la Portación ilícita del arma permitida sí concurren idealmente, por cuanto se trata de una sola acción mediante la cual se violaron dos normas diferentes que no se excluyen entre sí. Ahora bien, conforme a las reglas de la penalidad del concurso ideal: "...el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla" (artículo 75, Código Penal). Por lo tanto, en cuanto a ello es procedente el reclamo, en el sentido de que, respecto de los delitos de Resistencia agravada y Portación ilegítima de arma permitida, sólo debe subsistir la pena impuesta por el primero de esos delitos, que es el más grave de los dos, debiendo eliminarse la que fue impuesta por el delito de Portación ilícita de arma permitida. En consecuencia, debe acogerse el recurso y casarse la sentencia únicamente para suprimir la pena de prisión que, en forma independiente, se asignó por el delito de «Portación ilícita de arma permitida», de manera que la pena total que deberá descontar el acusado es de cuatro años de prisión (tres años cuatro meses por Robo agravado y ocho meses por Resistencia agravada).<sup>3</sup>

**Tribunal de Casación Penal, 2004-1331, de las 10:17 horas del 21 de diciembre de 2004.**

**4. Extradición. Doble incriminación. Vigencia del tipo penal al momento del hecho.**

<sup>3</sup>Consideramos importante remitimos a los criterios que constan en el voto minoritario de la resolución 2002-0666 de las 10:00 horas del 29 de agosto de 2002 (redactado por la jueza Fernández Vindas). En ese voto salvado y respecto del mismo problema que aquí se examina, se dijo lo siguiente: "La jurisprudencia nacional ha sido consistente en considerar como momento a tomar en

cuenta para establecer la identidad de la norma, o examen de la doble incriminación, a efectos de la concesión de la extradición, la correspondiente a la fecha de la comisión del hecho por el que se solicita la extradición, sea, el momento de la infracción. También la doctrina nacional se ha pronunciado en tal sentido. Así, CHAVES, Alfonso y otros, expresan: '*En síntesis, no está además agregar con Jiménez de Asúa (ver nota f), que el tipo delictivo debe existir en el momento en que el hecho se ha cometido así como en el instante en que se hace la entrega de la persona solicitada, para que se cumpla con la exigencia de la previsión del hecho como delictivo en ambos países ...*' (CHAVES, Alfonso. GONZÁLEZ, Daniel; HOUED, Mario SÁNCHEZ, Cecilia. La Extradición en Costa Rica. Editorial Nueva Década, San José, C.R., 1989, p. 49). Esta posición es la que se adecua al principio constitucional consagrado en el artículo 34, que dice: '*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*'. Permitir la extradición por un hecho que no configuraba delito en nuestro país, en el momento de su comisión, implicaría dar efecto retroactivo a la Ley n.º 8204, del 26 de diciembre de 2001, publicada el 11 de enero de 2002. Aparte de ello, debo señalar que ni el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, ni la Ley de Extradición establecen en forma expresa cuál es el momento del que debe partirse para examinar la doble incriminación. Sin embargo, las normas que de manera indirecta podrían relacionarse con ello, están referidas al momento de la comisión del hecho, así en el Tratado encontramos el art. 16, que se refiere a la regla de especialidad, que limita las posibilidades del Estado requirente para juzgar a la persona extraditada, a las que se expresan, señalando el aparte d) del inciso 1) que puede juzgarse '*Cualquier delito respecto del cual proceda la detención de la persona, su procesamiento o su sanción por parte del Estado Requerido. Para los propósitos de este párrafo, el Estado Requerido puede solicitar la presentación de los documentos mencionados en el Artículo 9º* Con lo que es claro que se está partiendo del momento de comisión del delito, dado que en el Estado Requerido, Costa Rica, no podría ser juzgada una persona por un hecho que en el momento de su comisión no configuraba delito, art. 39 de la Constitución Política. Por su parte la Ley de Extradición, al referirse el artículo 3 a los supuestos en los que no se concederá la extradición, hace referencia en los incisos a), d) y f) al momento de la comisión del hecho punible. Además, hay que señalar que la Convención Interamericana sobre Extradición, ratificada por Costa Rica, aunque no por los Estados Unidos, quien no es Estado firmante (Ley n.º. 7953, Aprobación de la Convención Interamericana sobre Extradición, Alcance n.º. 12 a La Gaceta n.º. 36, del 21 de febrero de 2000), en su artículo 3. 1, indica: '*Para determinar la procedencia de la extradición es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos, prescin-*

diendo de circunstancias modificativas y de la denominación del delito, esté sancionado en el momento de la infracción, con la pena de privación de libertad...’ (El destacado en negrita es nuestro). Claro que dicha Convención establece expresamente, art. 33. 1, que solo rige entre los Estados Partes que la ratifiquen o adhieran a ella, y no deja sin efecto los tratados bilaterales, tal como el existente con los Estados Unidos, pero lo importante es que, como señalara anteriormente, ni el Tratado de Extradición ni la Ley de Extradición, aplicable a los aspectos no previstos por los tratados, establecen en forma expresa el momento en el que deba considerarse la doble incriminación, y a diferencia de ello, no solo la Constitución nos obliga a partir del momento de la comisión del hecho, a menos que nos encontremos ante la derogatoria posterior del delito, que resulta ser ley más favorable, sino que, también, las pocas alusiones que contiene la normativa al respecto, aluden a dicho momento, como se evidencia de la misma posición que asume la citada convención. Es de notar que en relación con esta Convención, al evacuar la Sala Constitucional la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, (voto 08292-99, de las 12:57 del 29-10-99), la Sala ni siquiera alude a ese aspecto de la Convención, art. 3.1, no llamando la atención de esa cámara la disposición aludida (lo que sí ocurre con otras normas de la Convención), en mi criterio por ser lo considerado ‘normalmente’ adecuado a nuestro ordenamiento constitucional. Esta opinión se refuerza, si observamos que en diversos pronunciamientos, concernientes a la ‘doble incriminación’ a efectos de la extradición, la referencia de la Sala al momento en que debe considerarse la misma, ha sido la del momento de la comisión del hecho, sea de la infracción, tal y como se indica en la citada Convención. Al respecto, ha expresado dicha Sala: *“Fundamenta el accionante el recurso sobre la base de que los hechos que le son imputados al señor... no se encuentran expresamente tipificados en la legislación costarricense... Al respecto, ha señalado esta Sala: ‘Que para conceder la extradición, es requisito esencial que el delito atribuido sea ilícito tanto en la legislación del Estado requirente como del requerido, según el principio de doble incriminación contemplado en el artículo 3 de la Ley de Extradición. Este requisito se cumple cuando la extradición es solicitada por un hecho o hechos que considerados abstractamente son punibles por ambos ordenamientos, aun cuando cada uno de ellos lo prevea bajo un diferente tipo delictivo’ (Sentencia 456-90 del 4 de mayo de 1990). En otros términos, lo que se pretende con el principio de la doble incriminación, es que el tipo delictivo exista al momento en que el hecho se ha cometido, pero no que se encuentre tipificado en ambas legislaciones con una misma denominación jurídica.”* (voto 2579-93, de las 15:15 h. del 08-06-93, la negrita no es del original). En el mismo sentido ver voto 5073-97, 10:54 h. del 29-08-97. *“Estima la Sala que al cumplirse a cabalidad con los*

*requisitos exigidos para que proceda la extradición, no existe violación alguna a los derechos...; pero aclara, eso sí, que debido a que la evasión fiscal y la defraudación fiscal no constituían en Costa Rica delito al momento en que supuestamente se cometieron los hechos, Luigi Ardino no podrá ser juzgado en la República de Italia por esos delitos, pues lo contrario, implicaría una clara violación al principio de la doble incriminación por tratarse de conductas atípicas en nuestro ordenamiento...”* (voto 1136-96, de 15:06 h. del 06-03-96). *‘PRINCIPIO DE IDENTIDAD O DE ‘DOBLE INCRIMINACIÓN’ ... Sobre el particular, la Ley de Extradición en su artículo 3 inciso d) es clara, en el sentido de que no se puede conceder la extradición en nuestro país cuando el hecho imputado no fuere delito según la ley costarricense, aplicando así el ‘principio de identidad de la norma’, también conocido como de ‘doble incriminación’, es decir, la exigencia de que el hecho por el que se concede la extradición esté previsto como delito por la ley del Estado requerido y el requirente, de manera que el tipo delictivo debe existir en ambos países en el momento en que el hecho se ha cometido y en el instante en el que se hace la entrega, aunque no es preciso que esté descrito en ambas leyes con la misma denominación jurídica...’* (voto 0813-98, de 16:27 h. del 10-02-98, el destacado en negrita es nuestro, excepto el del subtítulo). Fuera de ello, hay un argumento en mi opinión esencial para sostener este criterio, y es que cualquier sujeto está obligado a ajustar su conducta al ordenamiento legal vigente al momento de su actuar, pero no es posible ajustar las acciones de ‘hoy’ a las exigencias del ordenamiento de ‘mañana’, como tampoco sería posible exigir que la conducta realizada en determinado Estado, conforme al ordenamiento del mismo, sea sancionada por no ajustarse el ordenamiento de otro Estado, pues ello implicaría ajustar la conducta al ordenamiento mundial, que no solo no es uniforme, sino que sería imposible de conocer y comprender para cualquier habitante del planeta. Lo que se estaría exigiendo, si, como ocurre con el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, no importa dónde se haya realizado el delito, para la procedencia de la misma. De ahí que, si bien no se puede desconocer la tendencia al abandono del principio de territorialidad, con las posibilidades de que se juzguen los delitos con independencia del lugar donde se cometen, (sobre todo tratándose de delitos que afectan los Derechos Humanos, y de los de carácter internacional), ello no implica el abandono del principio de la doble identidad de la norma, y de su garantía, resultante de considerar el momento de la comisión de la infracción para su establecimiento. Este momento resulta un parámetro único y cierto, no manipulable, a diferencia de considerar momentos posteriores, como serían la fecha de la solicitud de la extradición, o el momento de la audiencia a la defensa sobre la misma, o el momento de la decisión, que además de las violaciones dichas, podrían llevar a la afectación del derecho de defensa, y darían la posibilidad

de volver a plantear la extradición por un mismo hecho, en el caso de que luego de rechazada, en el país requerido se apruebe una ley que lo configure como delito, lo que no sería acorde con el artículo 12 de la Ley de Extradición, ni el principio de seguridad jurídica.<sup>7</sup>

A todo lo expuesto debe agregarse que, si se admitiera la tesis de que el principio de la doble incriminación debe juzgarse al momento del dictado de la sentencia de extradición, en casos como el presente el resultado final consistiría en darle efecto retroactivo a una ley posterior a la fecha de comisión del hecho, que en este caso concreto sería la Ley número 8204 de 26 de diciembre de 2001, publicada en La Gaceta n.º. 8 del 11 de enero de 2002, lo cual nos parece violatorio de los derechos del extraditabile.<sup>8</sup>

**Tribunal de Casación Penal, 2004-1248, de las 9:55 horas del 2 de diciembre de 2004.**

### 5. Ley de Armas. Principio de lesividad.

“Tal como lo hace ver la defensa, la Sala Constitucional se ha pronunciado reafirmando el contenido del artículo 28 constitucional en el sentido de que aquellas conductas que no afecten la moral y las buenas costumbres se encuentran fuera del ámbito punitivo del Estado. Este tribunal también ha considerado la lesión al bien jurídico tutelado como un elemento integrante de la antijuridicidad material, que debe concurrir para que haya disparidad entre el hecho y la disposición legal prohibitiva. Se ha dicho al respecto que: “... otras máximas que inspiran el Derecho Penal como lo son el principio de proporcionalidad entre hecho y sanción, y la premisa filosófico-jurídica que sitúa el Derecho Penal como derecho residual o fragmentario, como última ratio y no como única ratio para la solución de conflictos en la sociedad. Una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Art. 28 y 39 de la Carta Magna). Como bien lo puntualiza Susana Huerta Tocildo en la página 20 de su obra *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Editorial Tecnos S. A., 1984: “... para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –desvalor de resultado – sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción)” (sentencia del Tribunal de Casación 00639-00 de 21 de agosto de 2000. También se ha considerado el tema en las sentencias 01021-2002 y 00948-2003 de este mismo Tribunal). Tratándose de la Ley de Armas, el legislador ha considerado

que la seguridad de los ciudadanos es un bien jurídico digno de tutela y ha dispuesto una ley que establece cuáles armas son permitidas y los requisitos para obtener la autorización para su posesión o transporte, y cuáles armas, por su potencial ofensivo no deben estar en manos de las personas de derecho privado. Ha sido reiterado en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, que para que se configuren algunos de los delitos de dicha ley debe evidenciarse algún peligro real o potencial para la seguridad ciudadana, que logre vulnerar el bien jurídico tutelado (sentencia 870-2002 de 16:25 h. de 18 de octubre de 2002), de tal forma que si la conducta no alcanza tal estado lesivo, no existe antijuridicidad material y por ello la figura no constituye delito. En un caso similar al que se conoce se afirmó que: “Era esencial determinar si el estado del arma permitía su funcionamiento o no, porque de ello dependía la posible puesta en peligro o el simple peligro para el bien jurídico protegido por el artículo 88 de la Ley de Armas. En el fallo en cuestión se admite una duda sobre el particular (folio 49), es decir, no se sabe si realmente la portación del arma decomisada representaba algún peligro para el bien jurídico protegido por el 88 de la Ley de Armas y Explosivos” (sentencia 1032-2003 de 11:32 h. de 16 de octubre de 2003. En sentido similar ver al respecto la sentencia 992-2003 de 11 15 h. de 30-09-03). El reclamo que la parte plantea presenta alguna similitud con los fallos citados, pues se indica que el arma AK47 que se le decomisó a los imputados no funcionaba y así fue indicado en el dictamen respectivo, en consecuencia, no tenía capacidad potencial de causar peligro alguno. Examinado el dictamen rendido por el Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, tenemos que “el arma referida no dispara, ya que le falta el percutor y su recámara y cañón están obstruidos” (f. 48-49), en consecuencia la misma carecía de capacidad de causar un peligro real o potencial para las personas, por lo que en cuanto al arma mencionada sí es viable aplicar los precedentes citados, que relevan de responsabilidad criminal cuando se descarta la lesión al bien jurídico tutelado... En orden a lo dicho, si el fusil AK47 es una arma prohibida, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Armas y se ha estimado que por las condiciones de la misma no lesiona el bien jurídico tutelado el imputado... no debió ser condenado por ese hecho.”

**Tribunal de Casación Penal, 2004-98, de las 10:39 horas del 12 de febrero de 2004.**

### 6. Ley de Armas. Alcances del término portar.

“No existe una modificación esencial entre la relación de hechos probados y los actos que se determinan con la prueba recibida en la audiencia. La variación respecto del tipo penal, no es sustancial, pues no existe una

diferencia esencial entre la acción de poseer armas prohibidas y su tenencia. La descripción de la acusación utiliza el término portar, no en el sentido específico que contiene el artículo 88 de la Ley de Armas, sino que su descripción abarca, tanto la posesión como la portación, comprendiendo, lógicamente, que entre la primera y la segunda existe una relación de género y especie, de tal forma que si bien es cierto que los agentes policiales no apreciaron el momento en que el encausado portaba el arma, si es indiscutible que las armas se decomisaron en el domicilio del acusado, de tal forma que se comprende que cuando la requisitoria se refiere a la portación, abarca, lógicamente, por la similitud conceptual, la posesión. La actuación de las autoridades, según refiere Trejos Prendas, se motivó en la portación de armas en la que incurrió el encausado, sin que pudiera comprobarse, directamente, que el acusado portara tales armas, empero, si se evidenció, según refieren los testigos, que efectivamente las poseía, situación que ya contenía la acusación. La aplicación de un tipo penal de menor gravedad, no lesiona los derechos del acusado, pues se trata de una figura delictiva atenuada que resulta aplicable conforme al cuadro fáctico, pues existe una coincidencia esencial entre la posesión y portación de armas ilícitas; incluso las dos figuras están previstas en la misma norma, circunstancia que demuestra la coincidencia y similitud entre los dos ilícitos citados. No existió una variación esencial del tipo delictivo, pues el juez se mantuvo dentro del mismo tipo delictivo, aplicando una hipótesis similar a la que contiene la acusación, comprobando que había existido una posesión pura y simple y no la portación de arma prohibida, que es también una modalidad de posesión. Bajo estos supuestos, admitiendo que no existe una variación esencial de la calificación jurídica, es posible aplicar, tal como lo hizo el aquo, la previsión que contiene el segundo párrafo del artículo 365 del C.P.P. Dada la similitud y coincidencia conceptual y jurídica entre la posesión y la portación de armas, según se expuso, no existe una contradicción esencial entre la relación de hechos probados y el contenido de la prueba recibida en la audiencia, por esta razón también se rechaza el presente reclamo."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-41, de las 9:25 horas del 19 de enero de 2004.**

## **B. DERECHO PENAL JUVENIL**

**7. Atipicidad.** Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Imputación objetiva.

"El Tribunal considera procedente la solicitud, pero conforme razones diferentes a las pretendidas en el recurso, porque lo que resulta aplicable es la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, que

dirige a la atipicidad de la conducta, no así el consentimiento del derechohabiente, que expone una causa de justificación, donde la tipicidad persiste, pero el proceder del sujeto no resultaría antijurídico, debido a su justificación por parte del ordenamiento jurídico. Para explicar un poco esta situación, tenemos que estudiar un poco la dogmática penal y aclarar conceptos relevantes. En efecto, partiendo de una aceptación de la teoría de la imputación objetiva para resolver casos imprudentes o de infracción del deber, así como los realizados con dolo, debemos tener presentes los elementos que la conforman y le brindan razón de existencia. IV. Teoría de la imputación objetiva. Cuando nos referimos a la imprudencia o culpa, es importante mencionar que actualmente el desarrollo y estudio científico de este tipo de delitos ha sobrepasado las expectativas que se tenían, llegando a volcarse muchos juristas a otorgarle primordial relevancia a su examen como producto de la dogmática jurídico-penal (CHINCHILLA SANDÍ, Carlos, *La Culpa en Derecho Penal (Estudio del delito culposo; su configuración y elementos en la moderna teoría del delito)*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, se desarrolla un análisis dogmático del delito culposo o imprudente). Como lo señala ROXIN, a pesar de esa situación, "los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, tomo I, 1997, p. 997). Según la concepción moderna, la cual podemos decir que es casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). En este sentido, se puede señalar que una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero es en el tipo donde se determina si era imprudente (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). La doctrina clásica, que permaneció en este terreno hasta la posguerra, apreciaba la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de la culpabilidad al lado del dolo (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997); ello era así, debido a que el estudio del dolo y la imprudencia o culpa se remitían a los elementos de la culpabilidad. Fue posteriormente, esencialmente con WELZEL, como lo veremos más adelante, que esta comprensión varió y el dolo, por ende la culpa o imprudencia, fueron analizadas dentro de la tipicidad y se abandonó ese esquema de referencia desde la culpabilidad, convirtiéndose en un problema de tipo. Por culpa o imprudencia podemos entender una forma de obrar, de quien actúa con infracción al deber de cuidado, lo que anteriormente se identificaba como la negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que le incumbían concretamente (cfr. TERRAGNI, Marco Antonio, *El delito culposo*, Buenos Aires, 1998, p.17). Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infrac-

ción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal (ver, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, tercera edición, 1994, p. 241). El Código Penal costarricense no sólo contempla supuestos de ilícitos penales dolosos, donde la realización del injusto se verifica mediante conocimiento y voluntad, sino que se cuenta con el llamado *delito imprudente*, donde el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por *infracción de la norma de cuidado*, esto quiere decir, por inobservancia del cuidado debido (cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 287). En estos casos, el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche Penal» (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241). El Código Penal costarricense recoge dentro de su artículo 30, tanto el dolo como la culpa o imprudencia. Dentro del estudio del delito imprudente, se debe constatar la necesaria relación de causalidad entre el hecho dirigido bajo la infracción del deber de cuidado y el resultado lesivo, introduciendo el correspondiente estudio de la imputación objetiva del resultado como elemento identificador de la tipicidad objetiva del delito imprudente. Por otra parte, en la *acción imprudente o culposa* su resultado es *previsible* y *evitable*, cuando no le asisten estas cualidades, podemos estar ante supuestos del *caso fortuito o fuerza mayor*, donde se excluye la imputación objetiva del resultado. En lo ilícito del delito culposo es posible distinguir entre el *disvalor de acción* y el *disvalor del resultado*, paralelamente a como se hace en el campo del delito doloso. Sin embargo, para algunos, como en el caso de BACIGALUPO (*Principios...*, cit., p. 242), carece de sentido diferenciar el *tipo subjetivo* del *tipo objetivo*, debido a que esta bipartición en el delito doloso tiene sentido porque éste se caracteriza por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por el contrario, lo que se muestra como esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por aquél. Lo anterior no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos (cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 242 y 243). La *imprudencia o culpa* contiene un *momento negativo*, representado por la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia, que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible, por tanto, una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. Dicho de otra manera, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta el carácter *comisivo* del hecho (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., pp. 242-243). En definitiva, se habla de *culpa o imprudencia* en aquellos casos donde el sujeto

procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal» (ver, BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241). En el campo de la tipicidad del delito imprudente, inicialmente debe verificarse que el sujeto actuó sin dolo, porque, de lo contrario, si el autor obró con dolo no cabe la verificación de la adecuación respecto del tipo de un delito culposo. En esencia, la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya *intrínsecamente un deber de cuidado*. Si se trata además de un delito culposo con *resultado de lesión, éste deberá ser objetivamente imputable a la acción* (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 243). Veamos cada uno de estos elementos: 1) La infracción del deber de cuidado. El primer elemento de la tipicidad, en los delitos imprudentes, es la *infracción del deber de cuidado*. En realidad los códigos penales no vienen a regular en forma específica el deber de cuidado, sino se expone un deber genérico cuya infracción resulta punible si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad. Existen dos criterios para definir el *deber de cuidado concreto*: por una parte, tenemos el criterio *objetivo*, y, por otra, se tiene el criterio *individual*. Es de muestra preferencia lo relativo al *criterio individual*, donde el deber de cuidado dependerá de las capacidades y conocimientos especiales del autor concreto. Esta situación enfocada de manera inversa, sería, "no infringe el deber de cuidado, el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo" (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 244). 2) El riesgo permitido. En la realidad social puede hablarse de un *riesgo permitido*, constituido por la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. El tráfico de vehículos representa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie, esto es claramente reflejado en las estadísticas sobre las causas de muerte, donde la principal se ubica en la conducción de vehículos automotores, sin embargo, esta actividad se asume como un riesgo socialmente adecuado debido a las ventajas que globalmente produce a la vida social (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 245; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, segunda edición, 1996, pp. 90-99; en igual sentido, haciendo alusión a otros casos de acciones peligrosas ejecutadas diligentemente, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, p. 109). En la dogmática penal se considera dentro del riesgo permitido el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (*principio de confianza*). En otras palabras: aquél que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de

cuidado (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 245; REYES, *Imputación...*, cit., pp. 141-143). En este sentido, BACIGALUPO al hablar de la circulación —medio en el cual se presenta una gran cantidad de delitos imprudentes—, nos ilustra la situación anterior con un claro ejemplo, veamos: “el automovilista que atraviesa un cruce de calles a velocidad permitida y con la luz en verde *no infringe* el cuidado debido si *no* ha tomado precauciones especiales para el caso de una eventual infracción por parte de otro automovilista (por ejemplo, atravesar la calle a pesar de la luz roja que indica detenerse)” (*Principios...*, cit., p. 245; en igual sentido, REYES, *Imputación...*, cit., pp. 142-143). 3) La imputación objetiva del resultado. Cuando se trata del caso de los delitos de resultado —que son los que ahora nos ocupan, como es el caso de las lesiones culposas—, entre la acción y el resultado debe mediar una *relación de causalidad*. Esta relación debe permitir, en el ámbito objetivo, la *imputación del resultado* producido por el autor de la conducta que lo ha causado (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 212). “La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido” (la cursiva ha sido suplida) (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., p. 212). Hay casos en los cuales se complica la identificación de esta relación de causalidad entre acción y resultado y, a su vez, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción; para solucionar estos problemas, se han elaborado diversas teorías, entre ellas encontramos las reconocida *teoría de la equivalencia de las condiciones o condicio sine qua non* y la *teoría de la causalidad adecuada*. Lo que ahora nos interesa resaltar, es el aspecto de la *imputación objetiva* y su aplicación al campo de los delitos imprudentes. El estudio de la imputación objetiva se traslada en el tiempo desde finales de los años veinte, con la publicación de la obra de LARENZ en 1927. Este autor reclamó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto que opera en derecho el “juicio de imputación”, otorgándole un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la preexistencia de una relación de causalidad (JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 23). Para JAKOBS, LARENZ parte de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 23). Por ello, “la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad”, su esencia se representa por la libertad, en cuanto significa auto-determinación. Ello posibilita imputar al hombre su hecho como “propio” y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). El juicio de imputación sobre el hecho se configura como un juicio teleológico. Para LARENZ, el hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado

de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). LARENZ va más allá que HEGEL, pues considera que el concepto de imputación es *objetivo*, pues no sólo comprende la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, o sea, los hechos imprudentes (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). En definitiva, debemos partir de la existencia de una necesaria *relación de causalidad* entre la acción y el resultado, así como la *existencia de una relación específica entre éste y aquélla* (lo que conocemos como *imputación objetiva*). Por su parte, las teorías clásicas llegaron a decir que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de *causa a efecto* idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). La *teoría de la causalidad* se completa mediante correctivos de naturaleza *no causal*, sino *normativa*, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la *teoría de la imputación objetiva*. “La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la *naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma*” (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). En el estudio de las teorías de la causalidad, hay muchas de ellas que han tratado de dar respuesta a la pregunta de la relación de causalidad. Dentro de las más importantes encontramos la *teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non)*, así como la *teoría de la causalidad adecuada* y la de la *causalidad relevante* (ver un completo desarrollo de estas teorías en REYES, *Imputación...*, cit., pp. 8-16, 22-30) Como correctivo de las dos anteriores encontramos la *teoría de la relevancia típica*, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal. Por su parte, la *teoría de la imputación objetiva* es consecuencia de la teoría de la relevancia; su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 121). A pesar de ello, la teoría de la imputación objetiva no ha venido a zanjar el problema de la *causalidad natural*. Cuando se trata de los llamados *delitos de resultado*, en los cuales la acción típica ha de producir el resultado típico, consistente en la lesión del objeto sobre el que aquélla recae, habrá de seguir estableciendo siempre, antes de analizar la relación de imputación objetiva, la *causalidad*. En estos casos, la causalidad constituye un presupuesto previo de la imputación objetiva del resultado (JAEN VALLEJO en FRISCH WOLFGANG, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p. 10). En este marco la verificación de la causalidad

dad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Una vez comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar los siguientes elementos: a) *Si la acción ha creado un peligro (o riesgo) jurídicamente desaprobado para la producción del resultado*; algunos prefieren hablar de un "riesgo típicamente relevante". b) *Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (o riesgo) (jurídicamente desaprobado) creado por la acción*. Estos dos puntos de partida son deducidos del fin de protección de la norma penal. Con ello se quiere decir que esta sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 121; REYES, *Imputación...*, cit., pp. 106-107, 204-217). Para MARTÍNEZ ESCAMILLA el ámbito de protección de la norma, o como lo llama ROXIN "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" o "alcance del tipo", es un "criterio ulterior o independiente de los utilizados para la comprobación de la realización del riesgo, relación ésta que ha de ser previamente afirmada para que el presente criterio entre en juego" (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 341-342). Cuando se habla de imputación objetiva se estudian los criterios de creación de un riesgo no permitido, la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma. Según BACIGALUPO (*Principios...*, cit., pp. 121-124), con el primer criterio se puede dar solución a aquellos casos en que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Como ejemplo se pueden citar: el médico inyecta indebidamente procaína al paciente, produciendo su muerte que también hubiera producido de haberse empleado novocaína que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista borracho, que igual hubiera sido atropellado no obstante que el conductor llevase el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos, el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. Por medio del segundo criterio, se solucionan casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. En este sentido, todos los resultados que caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos, van desde la provocación imprudente de suicidios (se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) la puesta en peligro de un tercero aceptada por este (el sujeto que decide voluntariamente subir a un vehículo conducido por una persona que se encuentra en evidente estado de ebriedad, luego éste realiza

una maniobra imprudente y se accidenta, donde resulta lesionado el acompañante), hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo). V. Relevante resulta indicar que, este Tribunal de Casación, desde tiempo atrás, propiamente en el voto n.º 122-F-99 del 9 de abril de 1999, así como en el voto n.º 2004-317 de 1º de abril de 2004 y, por supuesto, este voto que ahora nos ocupa, han tomado partido por la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Pero lo realmente importante es que, en los tres casos, se da respuesta a dos aspectos que siempre han inquietado de los opositores de la imputación objetiva; en primer lugar, se reclama la falta o ausencia de efectos prácticos de la teoría de la imputación objetiva y, en segundo lugar, se reclama que esta imputación objetiva proyecta una ampliación injustificada de la responsabilidad penal, trasladando la discusión al plano objetivo con desprecio del elemento subjetivo. Para responder cada uno de estos cuestionamientos, inicialmente se tiene que partir que estamos ante una verdadera teoría, la cual logra concretar principios científicos y, por supuesto, reglas prácticas, para ser aplicadas a una generalidad de situaciones o casos (esencia de la dogmática) y no únicamente, como se podría pensar o reclamar, en soluciones casuísticas. Luego de lo dicho, en respuestas de aquellos dos escollos que se exponen en contra de la teoría de la imputación objetiva, debemos decir lo siguiente; cuando se cuestiona los efectos prácticos de esta teoría para resolver casos concretos, podemos decir que, en la jurisprudencia que hemos citado anteriormente de este Tribunal de Casación, la teoría de la imputación objetiva ha sido un eficaz instrumento para dar respuesta práctica a situaciones concretas, logrando una adecuada y correcta decisión en el ámbito de nuestro Derecho Penal y legislación —incluida la Constitución Política—. Por otra parte, un tema sumamente controversial, resulta de la crítica acerca de la ampliación de la responsabilidad penal, donde el fin de la imputación objetiva sería el incluir, más que excluir, situaciones cotidianas que no resultan comprendidas dentro de una responsabilidad objetiva y, por lo tanto, adelante ese estudio y sienta una no querida responsabilidad objetiva. Esta recurrente crítica ha logrado sus adeptos, pero parte de supuestos falsos y de una interpretación incorrecta acerca del contenido de la imputación objetiva. En efecto, el primer problema surge por la confusión entre los conceptos imputación objetiva, responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, lógicamente, el primero de ellos no se relaciona, en ningún momento, con los siguientes y, podríamos decir, se aleja de éstos. Pensar en la imputación objetiva es muy diferente a equipararla con responsabilidad objetiva y, mucho menos, pensar en sustituir la responsabilidad subjetiva por aquella. Ante el estudio de una conducta determinada, la imputación objetiva constituye el primer eslabón que analizaremos frente a los elementos de la teoría del delito, y, en caso de que la misma no



se haga presente, o sea, no exista imputación objetiva del resultado a la acción realizada, el estudio terminará en este momento por surgir la atipicidad de la conducta; por el contrario, en el caso que se verifique esta imputación objetiva, no es más que un dato que dirige la atención al estudio de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y, finalmente, culpabilidad, donde se establecerá la responsabilidad subjetiva del autor del hecho. En respuesta al segundo cuestionamiento que venimos analizando, tenemos que, en los dos casos anteriores y, el que ahora corresponde conocer en casación, se trata de situaciones donde se aplica la teoría de la imputación objetiva, con el efecto de *restringir la responsabilidad penal*, en lugar de ampliarla como se ha querido decir de la imputación objetiva; obteniendo como resultado, la determinación de una conducta atípica, y excluyendo la aplicación impositiva de responsabilidad penal, proveniente del Derecho Penal. Como vemos, más que ampliar la responsabilidad penal, en los dos casos anteriores y, en el presente, la utilización de la teoría de la imputación objetiva ha servido para limitar los efectos de la responsabilidad criminal; muy en consonancia con las posiciones garantistas de nuestro sistema penal y procesal penal. V. Desarrollo dogmático de la "autopuesta en peligro" y la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste". Teniendo claro los alcances de la *teoría de la imputación objetiva*, así como su contenido propio de regulación y los casos de excepción, resulta de vital importancia introducirnos al estudio de las figuras de la *autopuesta en peligro* y la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste* (en este sentido, se pueden consultar la siguientes obras, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Barcelona, 1998; MUÑOZ, *Derecho Penal...*, cit., 1993; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Managua, tomo I, 2000). Cuando hablamos de estas figuras, lógicamente estamos haciendo remisión a la misma *teoría de la imputación objetiva*, donde podemos extraer una combinación de la *teoría del incremento del riesgo* y la del *fin de protección de la norma*. En este sentido, podríamos pensar que una conducta que ha creado un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado, donde el resultado producido, causalmente hablando, es la realización de ese peligro o riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción. Sin embargo, en ciertos casos, podría fracasar la imputación en el alcance del tipo, porque el mismo no llega a contemplar resultados de los producidos, pues no está dirigido a impedir tales sucesos, ello, dentro del *ámbito de protección de la norma penal* (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 386-387). En el caso de la *participación en una "autopuesta en peligro"*, quien participa realiza una acción secundaria, dependiente o accesoria de la principal realizada por el sujeto que ejecuta su *autopuesta en pe-*

*ligro*. Esta construcción surge de ROXIN, donde expone que en los casos de la participación en una autopuesta en peligro, siempre resultará impune, pues la acción principal de autolesión es, a su vez, impune (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 387-388; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., pp. 177-180). Parte ROXIN del análisis de la instigación o cooperación en el suicidio (v. gr.: A aconseja a B que atravesase un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, la consecuencia lógica es que A no tendría responsabilidad en los hechos, por su acción impune), donde el Derecho Penal alemán presenta como principio impune la participación en el suicidio, sea en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, por lo que no puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (cfr., ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 387). Se exponen como ejemplos de la participación en la autopuesta en peligro -dolosa- de la víctima los siguientes: i) A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa, ii) A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 388-389). En definitiva, cuando estamos ante el caso de la *participación en una autopuesta en peligro* siempre resulta impune la conducta, lo cual no es de efecto inmediato en el caso de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*. En este último caso, estamos ante un sujeto que no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 393). Como consecuencia de lo anterior, no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo" (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 180). Podemos señalar algunos ejemplos de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que

ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes. La jurisprudencia alemana resolvía estos casos bajo las reglas del consentimiento o la idea de la previsibilidad, de ahí la posición asumida por CASTILLO GONZÁLEZ (*El consentimiento del derechohabiente en materia penal*, San José, 1998, pp. 63, 65 y 67) quien refiere que el consentimiento del derechohabiente debe ser comunicado al autor del hecho, aunque resultan suficientes los actos concluyentes, por ejemplo: A conociendo el estado de ebriedad agudo en que se encuentra B, se monta en el auto conducido por éste y ocurre un accidente en que A es lesionado. La lesión de A, producida culpablemente por B, está justificada por el consentimiento del derechohabiente. En este ejemplo que desarrolla y resuelve CASTILLO GONZÁLEZ, llega a la conclusión de aplicar una causa de justificación, por lo que la conducta resulta ser típica, pero no antijurídica; como lo hacía la jurisprudencia alemana. Esta posición es asumida por el defensor público del imputado en su recurso. Sin embargo, con el desarrollo posterior de la *teoría de la imputación objetiva*, la cual *asumimos plenamente*, llegaríamos a una conclusión diferente, pues la conducta resultaría atípica por no existir esa imputación objetiva del resultado, debido a su exclusión por no corresponder al ámbito de protección de la norma penal, la cual no protege o cubre la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, al existir actuación libre y voluntaria del tercero en el peligro generado por otro. VI. En el caso concreto *sub judice*, estamos hablando de un hecho culposo o imprudente, identificado por la infracción al deber de cuidado, conducido por la figura de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, donde el sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo, abandonando la figura de la *autopuesta en peligro*. En este supuesto, no necesariamente, como se dijo en el considerando anterior, se produce la atipicidad de la conducta, pues deben concurrir algunos requisitos esenciales mencionados en el considerando anterior (ver, Tribunal de Casación Penal, voto n.º 122-F-99 del 9 de abril de 1999). En consecuencia, el proceder de la víctima..., conforme se describe en la relación de los hechos tenidos por probados, acepta en forma clara y directa el riesgo de subir al vehículo conducido por el imputado J.A.A. en evidente estado de ebriedad. Esta condición del imputado resultaba fácilmente perceptible, tanto que el ofendido y el testigo Calvo Calvo así lo expresan en sus declaraciones recogidas en la sentencia, lo que motivó que este último se negara a subir al automotor que manejaba el imputado, a

pesar de ser el acompañante que viajaba con el mismo desde Alajuela, aunque en aquel momento no se encontraba en la situación de evidente ebriedad. No obstante la negativa del testigo Calvo Calvo, el ofendido, quien no fue invitado o exigido por el imputado o cualquier otra persona a subir al vehículo, decide reafirmar su amistad y solidaridad con aquél, y sube al automotor; resultando que ante una maniobra peligrosa el vehículo vuelca, resultando el ofendido con serias lesiones. Por otra parte, señalamos la necesaria existencia de tres requisitos (ROXIN los identifica como dos -*Derecho Penal...*, cit., p. 395-; en el mismo sentido, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 180, quien comenta la posición de Roxin y llega a señalar tres elementos, los cuales corresponden, en forma idéntica a la descripción de Roxin, simplemente descompone uno de estos elementos en dos, lo que brinda una mayor claridad en la explicación, desde nuestro punto de vista), los cuales vamos a reflejar en el caso por resolver para obtener el resultado final, veamos: i) *Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro*. En el caso en estudio, como se ha expuesto anteriormente, la víctima sí conocía, en forma amplia, el peligro que generaba el imputado, al pretender conducir su vehículo en un evidente estado de ebriedad; ii) *La lesión debe ser consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto*. De igual forma, la lesión que sufriera el ofendido fue producto o resultado del riesgo que él asumió al subir al automotor guiado por el encartado, pues su estado alcohólico lo dirigió a realizar una maniobra peligrosa, la que provocó que el vehículo volcara y el ofendido resultara seriamente lesionado; iii) *Por último, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo*. Lo que resulta aplicable en el presente caso, pues el ofendido tenía la posibilidad de no participar en ese hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque el mismo no fue presionado para hacerlo, o, más evidente todavía, no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un amigo—imputado— que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad. Es por ello que, el anterior cuadro fáctico nos permite aplicar la figura de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, donde resulta, como consecuencia incuestionable del análisis del caso y la presencia de los requisitos de la figura dicha, la *atipicidad* de la conducta realizada por el imputado J.A.A.”.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-531, de las 11:00 horas del 9 de junio de 2005.**

**8. Competencia.** Conflicto. Modificación de pena. Casación.

“En efecto, basta un breve examen de lo resuelto por el Juzgado de Ejecución de la Pena del Primer Circui-

to Judicial de San José (folios 218 a 220) para constatar que se trata de una "fijación ulterior de la pena"; es decir, de un auto dictado para aprobar el plan de ejecución propuesto por el Programa de Sanciones Alternativas. En otras palabras, lo que se está haciendo es una individualización o propiamente una concretización de la sanción penal juvenil. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley de Justicia Penal Juvenil contra las fijaciones ulteriores de la pena –si se trata de delitos– lo que cabe es el recurso de casación. Por ende, aunque la defensa pública se haya equivocado y haya rotulado su escrito como recurso de apelación (folio 223), lo esencial no es el "nombre" que se le dé a la impugnación, sino el hecho de externar la voluntad de recurrir. Por ello, aplicando el principio de conservación de los actos procesales, se debe estimar –*prima facie*– que estamos ante un recurso de casación, el cual ha de ser examinado (en cuanto a admisibilidad y fondo) por esta cámara. En consecuencia, con base en la norma citada y artículo 93, inciso 5) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se resuelve el conflicto señalando que el competente para conocer el recurso planteado por la defensa es el Tribunal de Casación Penal. Lo anterior debe comunicarse a los despachos en conflicto y notificarse a las partes, para lo que en derecho corresponda."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-1086, de las 10:35 horas del 21 de octubre de 2004.**

**9. Imputabilidad disminuida.** Posibilidad de imponer sanción.

"Razones del juez Morales García: Esta Cámara estima que el presente asunto nos convoca a plantearnos un aspecto que ciertamente es polémico en nuestro medio y que, incluso, jurisprudencialmente ha llevado a sostener una posición encontrada con la dogmática penal. Posición que consideramos debe ser reexaminada a propósito del presente caso. En efecto, nos referimos a las consecuencias de la imputabilidad disminuida y la posición que sostiene que en tales supuestos debe de absolverse e imponerse, únicamente, una medida de seguridad; en tal sentido se pronunció la Sala Tercera de la Corte, en resolución número 1999-1254 de las catorce horas con treinta y seis minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, oportunidad en que se dijo: "... en la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos del señor ... se encontraba disminuida por un padecimiento mental, la conducta por él desplegada –*carente entonces de culpabilidad*– no podría de ningún modo calificarse como delictiva, de donde no era legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos; condenársele a sufrir una pena; ni mucho menos ordenar la inscripción de la condenatoria en el registro judicial correspondiente". Al contra-

rio de dicha tesis, sostenemos que si es posible el sustentar un reproche por delito en tales supuestos y que, dicha opción, resulta consecuente con los postulados de la dogmática jurídico penal, es la opción también seguida por el Derecho Comparado y acorde con una interpretación integral de los institutos de derecho penal general contemplados en nuestro ordenamiento. Consideremos cada uno de estos subpuntos en forma separada, sin que por ello obviemos los claros vasos comunicantes que tienen entre sí. a) Doctrina penal que admite la imposición de penas en casos de imputabilidad disminuida: En efecto, desde que Frank esbozó los primeros cuestionamientos al concepto psicológico de la culpabilidad (1907), se tuvo que seguir un largo transitar, hasta la culminación del traslado de los elementos subjetivos del dolo y la culpa a la tipicidad, reduciendo la culpabilidad a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, más la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, lo que se logra a través de los planteamientos del concepto final de acción de Welzel. No es sino hasta ese momento, que queda terminado el concepto normativo de culpabilidad. Con ese concepto, es ampliamente aceptado la graduabilidad de esta categoría del delito, lo que permite formular sobre el individuo la retribución individualizada, según sus propias y particulares condiciones y el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento de actuar, conforme al cual resulta lícito hacerle el correspondiente reproche. El reproche jurídico penal en que se basa la culpabilidad desde el punto de vista normativo, parte de un concepto antropológico del hombre, en su dimensión de ser libre, provisto de voluntad, volviéndose la vista hacia el criterio del *libre albedrío*. Tal concepto es el que está contenido, precisamente, en el artículo 42 del Código Penal, recogiendo las reglas para establecer la capacidad de culpabilidad. Con base en esta norma, se debe analizar en cada caso, si el sujeto realizó su conducta bajo alguna causa exculpatoria, si esa libertad de voluntad necesaria para hacer una imputación subjetiva existió en el caso concreto, si no existió del todo o si se encontraba viciada por algún motivo, de ello depende que podamos concluir afirmando la existencia de un reproche jurídico penal. Se establecen así dos niveles de la culpabilidad claramente distinguibles: i- la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y ii- la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Cuando cualquiera de estos niveles falte en una determinada conducta típica y antijurídica, se excluye la responsabilidad penal, por no haber culpabilidad. Estas dos capacidades, la de comprender el carácter ilícito del hecho, y la de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, pueden estar limitadas y hasta eliminadas, por hipótesis de muy variada índole. Cuando esas capacidades no están del todo ausentes, sino tan sólo limitadas, lo que habría sería una disminución del reproche (disminución de la pena), tal y como nos lo indica ROXIN "*La imputabilidad o capacidad*

de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de "semiimputabilidad" que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo 1, Editorial Civitas S.A., España, 1997, p. 839). La consecuencia natural de lo dicho, implica que quien es autor de un delito con imputabilidad disminuida, en efecto resulta imputable bajo dicha condición y lo que normalmente se acarrea es una atenuación del reproche, por debajo de la escala punitiva, que la formulación legislativa aparea al delito correspondiente. Estos, precisamente, serían los supuestos regulados a través del artículo 43 de nuestro Código Penal. b) Análisis de derecho comparado en cuanto a las consecuencias ante la imputabilidad disminuida: En efecto, al igual que existe uniformidad doctrinal en considerar que en los casos de imputabilidad disminuida, lo que existe es una reducción, pero no supresión, del reproche, las legislaciones, que incluso han sido fuente de inspiración de nuestra normativa, así regulan dicha consecuencia, basta a forma de ilustración, referirnos a los sistemas alemán y español, para dar sustento así a otra razón más que abona a este tipo de tratamiento en nuestro medio. En efecto, los §§ 20 y 21 del Código Penal alemán, disponen: "*Exención de responsabilidad por trastornos mentales § 20 Actuará sin culpabilidad el que en la comisión del hecho, por razón de un trastorno mental, de una consciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, esté incapacitado para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención. Culpabilidad atenuada § 21 Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de comisión del hecho, por las razones señaladas en el §20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al § 49, apartado I*". Vemos así que en el sistema alemán, el autor de un delito que hubiese actuado con culpabilidad atenuada lo que obtiene es un reproche reducido, una pena menor según los parámetros del § 49.I, pero sigue siendo autor responsable y punible del delito correspondiente. Igual consecuencia se da con el artículo 21.1 del Código Penal español, este artículo dispone: "*Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*". Cabe acotar que el capítulo anterior, a que hace referencia esta norma, es el que se refiere a las "Causas que eximen de responsabilidad criminal", comentando este numeral nos dice BACIGALUPO: "*El art. 21.1ª del Cód. Penal permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los presupuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la medida requerida para excluir la capacidad de motivación. Ello es factible cuando la capacidad*

*de motivación del autor se haya visto considerablemente reducida. Dada la gran diversidad de supuestos, es posible admitir aquí la imposibilidad de señalar reglas generales precisas. El tribunal, sin embargo, deberá establecer por lo menos la existencia de una anomalía del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o su posibilidad de comportarse de acuerdo con él*" (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2ª Edición, 1999, pags. 455 y 456). Así, también en España, los que hubieran actuado con una capacidad reducida, pero no suprimida, serán autores de los correspondientes delitos que se consideran, por esa situación atenuados, pero cuyo reproche subsiste.— c) Casos de nuestra legislación que implican atenuación y se asimilan a los supuestos de imputabilidad disminuida: En efecto, en nuestra normativa penal tenemos situaciones que resultan claramente emparentadas con la imputabilidad disminuida y que, difícilmente aceptaríamos respecto de ellas, una solución como la que la jurisprudencia ha dado a los supuestos comentados. Iremos abordando uno a uno esos supuestos, para culminar con el que consideramos es el más determinante a este respecto, por tratarse de un ejemplo, a nuestro entender, de imputabilidad disminuida. En efecto, un primer supuesto a considerar es el caso del *error vencible de prohibición*, que, al tenor de nuestra legislación, artículo 35, párrafo 2º, en relación con el 79 del Código Penal, implica la consecuencia de atenuar la pena, ante su efectiva constatación. Lo que subyace en este instituto es el déficit en la culpabilidad del autor al conformar su conducta en contradicción con el ordenamiento, pero bajo una falsa apreciación de la norma que, le hacen, en forma equivocada, considerar que su conducta es legítima, se le reprocha porque, aunque cree estar actuando a favor de la norma, en la realidad esto no es así y pudo haber evitado dicha consecuencia, por lo que la posibilidad de acceder a la antijuridicidad de la conducta existió y la falta de diligencia a ese respecto no la hizo posible, es decir, se da un déficit en la apreciación de la antijuridicidad que, repercute en la culpabilidad; en tales casos, cuando el error es vencible, se atenúa el reproche, pues no es igualmente recriminable aquél que sabe que actúa en contra de la norma, que quien lo hace considerando que está actuando conforme a derecho aunque esto no sea así y pudo evitarlo, el primero evidencia un mayor grado de desprecio hacia las normas de convivencia y, por ello, a su respecto se le carga con toda la recriminación del ordenamiento jurídico para tal conducta, mientras al segundo se le toma en cuenta su no abierta oposición normativa, para atenuarle la sanción. Sin embargo, ambos son autores del delito y se les impone una pena. El otro supuesto, similar a los casos de imputabilidad disminuida y que, el ordenamiento jurídico penal costarricense le aparea un reproche atenuado, lo es el caso del *exceso en la legítima defensa* cuya regulación la encon-

tramos en los artículos 29 y 79 del Código Penal. En efecto, aquí tenemos que el *exceso*, en realidad no podría estar cubierto por la causa de justificación, sin embargo, la ejecución de dicho hecho en el marco de una causa de justificación es sopesada por el ordenamiento para proveer cierto grado de posibilidad de atenuación, reduciendo el reproche, toda vez que el grado de excitación que implica la situación de ejercicio de la legítima defensa, ha llevado a que legislativamente se contemple esta situación para no recriminar al sujeto todo el peso de la situación, por cuanto, precisamente, ese excedente estaría fundado en una falsa valoración del sujeto de la necesidad de la reacción defensiva (sostenemos esto porque no podemos concebir que el exceso sea consciente o intencionado, pues en tal caso, no sería aplicable el artículo 29 del Código Penal, sino que estaríamos en un supuesto de venganza), notamos aquí, nuevamente que se da un déficit a nivel de la culpabilidad, al que el ordenamiento lo que le apareja es un reproche atenuado, no una exclusión del reproche en forma absoluta. Por último, como lo anunciábamos anteriormente, tenemos los supuestos de *emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable*, que funciona como fórmula de atenuación en los supuestos de homicidios y lesiones (ver artículos 113, inciso 1) y 127 del Código Penal). En cada uno de estos casos lo que se hace es aparejar, al supuesto delictivo correspondiente, una escala penal sensiblemente inferior a la del delito básico, es decir, se opera, a nivel legislativo, una reducción legal del reproche. Aunque existen criterios disidentes, buena parte de la doctrina sostiene que el estado de emoción violenta es un supuesto de trastorno mental transitorio y que, el caso recriminable en los supuestos aludidos es cuando constituyen supuestos de imputabilidad disminuida, pues, si el agente es inimputable, en forma absoluta, no corresponde hacerle reproche alguno (ver al respecto LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la personalidad)*, Editorial Juricentro, 1ª Edición, 1989, págs. 40 a 42). Como vemos aquí, tenemos verdaderos autores de delitos atenuados que han ejecutado los mismos en supuestos de imputabilidad disminuida. Ahora bien, queda aún por definir un aspecto que resulta relevante a los efectos de la forma en que se está resolviendo el presente asunto y, consiste en determinar ¿cuál sería la consecuencia sancionatoria a aplicar en los supuestos de imputabilidad disminuida?, entendemos que este aspecto no estaría implicado directamente en el caso que aquí nos ocupa, toda vez que se trata de una sentencia de sobreseimiento que, obviamente, no fijó consecuencias punitivas, pero conviene aclararlo de antemano, por los efectos que esta resolución puede conllevar a futuro. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 43 del Código Penal, define en lo que consiste la imputabilidad disminuida, sin embargo, en todo el Código, sólo el artículo 98, inciso 1) nos habla de una consecuencia que

obligatoriamente deberá imponer el juez, cual es *una medida de seguridad*, entendemos dicha norma en el sentido de no excluyente de la punición respectiva por el delito básico, punición que se basa en la condición de imputable del justiciable, aunque su capacidad se encuentre disminuida. Sin embargo, cabe hacer una precisión adicional, tomando en cuenta las escalas penales de los delitos contemplados en la parte especial del Código Penal y en las correspondientes leyes penales especiales que tipifiquen delitos, tenemos que la técnica legislativa seguida implica la descripción de una conducta a la que se asigna un marco punitivo legal, que va de un mínimo a un máximo y que, presupone, la plena imputabilidad del sujeto agente. No es difícil imaginarse así, la posibilidad de que un mismo supuesto delictivo puede reunir las condiciones propicias para ser sancionado con el extremo mínimo de la pena prevista para el delito y que, ese mismo supuesto, en idénticas condiciones, sea ejecutado en un caso por un imputable con plena capacidad y en otro supuesto, por un agente que tenga la imputabilidad disminuida. En estos casos, tratar en forma igual, situaciones que materialmente son diferentes, implicaría una violación al principio constitucional de igualdad y de proporcionalidad de la pena, de ahí que, estime esta Cámara, que aunque no existe una disposición expresa que así lo determine, en una interpretación respetuosa de la dignidad humana, interpretando e integrando el ordenamiento *in bona parte*, debe aplicarse analógicamente la consecuencia del artículo 79 del Código Penal, como ya se expresó, dicha atenuación sancionatoria recae sobre otros institutos penales que afectan la categoría de la culpabilidad, reduciendo el reproche, por lo que estamos en supuestos que guardan una clara similitud en cuanto a su naturaleza y, por tanto, equiparar sus consecuencias no debe conducir a reparos. Por todo lo dicho, para este juez en el presente asunto que se nos plantea a consideración, aun aceptando la tesis del juez *a quo*, en el sentido de que en la especie se dan los contornos de una situación de imputabilidad disminuida, esta circunstancia no autoriza el dictado de una sentencia de sobreseimiento como la acordada, pues, tal y como se ha expuesto, en tales supuestos lo que corresponde es una reducción del reproche, no la supresión absoluta de la culpabilidad como lo entendió, en algún momento, la Sala Tercera de la Corte, precedente, del cual nos separamos por las razones expuestas, de ahí que lo procedente en este caso es anular la sentencia de sobreseimiento acordada y decretar el reenvío para su adecuada sustanciación. Voto del juez Arce Víquez... Desde el punto de vista formal en la sentencia no se ofrece explicación convincente acerca de la capacidad incompleta del imputado para comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Conforme al artículo 77, inciso a) de la LJPJ, el sobreseimiento definitivo procede cuando "*Resulte evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción*" (el subrayado no es del original),

por lo que en la resolución se debió demostrar de manera convincente por qué puede considerarse razonablemente, sin necesidad del juicio, que es *evidente* la imputabilidad disminuida del acusado, lo que resulta necesario en vista de las consecuencias jurídicas que se derivan de esa condición personal, pues el suscrito comparte el criterio que han tenido otros jueces de este Tribunal de Casación, en el sentido de que, conforme al principio de legalidad criminal, no corresponde aplicar sanción alguna en tanto la acción solo sea típica y antijurídica (injusta), pero no culpable (n.º. 579 de las 12:10 h. del 1º de agosto de 2002, jueces Francisco Dall'Anese, Fernando Cruz y Rosario Fernández). Voto concurrente del Juez SALAZAR MURILLO. Conuerdo en un todo con la redacción del juez Morales García, en que cuando concurre inimputabilidad el sujeto carece de culpabilidad por ello no es posible reprocharle su conducta. Por otro lado la imputabilidad disminuida, tal como lo señala Roxin, "...no es una forma autónoma de "semilimputabilidad" que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" (ROXIN (1997), p. 839). Nuestra legislación efectivamente tiene supuestos en que la imputabilidad disminuida es objeto de reproche, tales son los casos de exceso en la defensa (art. 29 y 79 del Código Penal), el error de prohibición vencible (art. 35 del Código Penal), o bien en la regulación de los homicidios especialmente atenuados (art. 113 del Código Penal) y sendos supuestos los trata el código penal como formas disminuidas de culpabilidad que hacen derivar una consecuencia inmediata cual es que el reproche de la norma se disminuye en virtud de las especiales limitaciones en que el sujeto se encontraba al momento de realizar el hecho. En resumen: la imputabilidad disminuida no exime de responsabilidad penal. Al respecto el artículo 98 del Código Penal establece que "*Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad: 1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad*", lo que evidentemente conmina a que en los casos de imputabilidad disminuida se imponga una medida de seguridad, pero ello no excluye el reproche que establece la legislación penal, en donde la medida de seguridad, que no es una pena en sentido estricto y que tiende a procurar restaurar en el imputado sus condiciones originarias o bien buscar un estado de bienestar y seguridad para sí y para los demás. En consecuencia, cuando se trata de imputabilidad disminuida debe aplicarse la pena del tipo penal, atenuada o no a juicio del juez, dependiendo del grado de disminución de la capacidad y además la medida de seguridad como dispone el artículo 98 citado. Sin embargo es pertinente aclarar, que aunque el artículo 98 refiere que la medida de seguridad tiene carácter obligatorio en estos casos, dicha rigurosidad se ve atenuada o limitada a la necesidad que concurra en el caso concreto, pues el

artículo 97 del Código Penal hace depender la aplicación de la medida cuando se establezca la peligrosidad de que el imputado continúe la actividad delictiva por el Informe del Instituto Nacional de Criminología. En consecuencia, si en el caso se determinó una imputabilidad disminuida lo propio era resolver la causa en juicio para establecer en esa sede su responsabilidad penal. La otra razón por la que considero que debe anularse el sobreseimiento, es porque en tales casos el examen del grado de imputabilidad debe realizarse en la sede de debate, atendiendo al dictamen elaborado por los especialistas y a la particular limitación que pueda presentar el imputado, lo cual debe confrontarse con el hecho realizado y su comportamiento anterior y posterior al hecho, de manera que el juzgador debe valorar el dictamen y relacionarlo con todo el material que tiene a su alcance, lo que no ocurre en el caso como lo reclama la parte impugnante. No existe en el caso un análisis del dictamen y del hecho realizado lo cual es trascendente, especialmente en casos como el que se conoce, en que se atribuye disminución de la capacidad por retardo cultural; todo lo cual debe ser apreciado y definido por el juez en sede de juicio. Así las cosas, corresponde anular el fallo recurrido."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-214, de las 11:07 horas del 4 de marzo de 2004.**

**10. Pena.** Fundamentación. Anulación de sentencia del Tribunal de Casación. Fundamento.

"El Juzgado Penal Juvenil de San José en sentencia del 30 de julio de 2002 declaró a ... autor responsable del delito de homicidio *criminis causa* y tentativa de homicidio *criminis causa* en concurso material, cometidos en perjuicio de ..., imponiéndole como sanción el internamiento en Centro Especializado por el plazo de doce años, concretamente siete años por homicidio calificado en perjuicio de ... y cinco años por tentativa de homicidio calificado en perjuicio de... (folios 477-611). En contra de dicha resolución presentó recurso de casación la defensa del imputado (folios 631-701). El Tribunal de Casación Penal por voto 815-2002 del 4 de octubre de 2002 declaró con lugar el recurso de casación, recalificando los hechos como constitutivos de los delitos de homicidio simple y tentativa de homicidio simple, fijándose la sanción en cinco años de prisión por el primer hecho y tres años de prisión por el segundo, para un total de ocho años de internamiento (folios 744-773). En la fundamentación de dicha resolución se analiza por qué los hechos no pueden ser considerados como constitutivos de un homicidio calificado y una tentativa de homicidio calificada, estimando que se está ante un homicidio simple y una tentativa de homicidio (folios 746-752). El Tribunal de Casación Penal luego de recalificar los hechos, procede direc-

tamente a fijar la sanción, diciendo: *"Por lo expuesto, al no haberse acusado la calificante de Homicidio como consecuencia del robo, se recalifican los delitos conforme los mismos hechos demostrados que fueron extraídos de la prueba, a los delitos de Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio Simple, excluyéndose la calificante como solicita el recurrente, puesto que si bien la misma se demostró, no se acusó y al no haber recurrido el Ministerio Público no podría variarse esa situación, encontrándose correcta la fundamentación fáctica, descriptiva e intelectual, pero no la jurídica, en consecuencia, con base en la misma motivación de la sanción realizada por la aquo, salvo en lo corregido antes, se le rebajan las penas al imputado Fernández Solano al tanto de cinco años de prisión por el primer hecho y de tres años de prisión por el segundo hecho, para un total de ocho años de internamiento"* (folios 751-752). Resulta de acuerdo con lo anterior que no se dieron las razones por las cuales se fijó la sanción en cinco años de internamiento y en tres años de internamiento con respecto al hecho, por lo que lleva razón la defensa en su reclamo de revisión. Debe tenerse en cuenta que el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala una serie de aspectos por considerar y que el artículo 123 de la misma hace referencia a que la sanción penal juvenil debe tener primordialmente una finalidad educativa. En el caso concreto no se hace mención a ninguno de los puntos mencionados en dichos artículos. Es importante anotar que en materia penal juvenil existe una gran flexibilidad en la fijación de la sanción, de modo que no se siguen los márgenes rígidos que se establecen en la legislación de adultos, en la que se precisan mínimos y máximos. En la Ley de Justicia Penal Juvenil solamente se establecen ciertos criterios con respecto a la sanción de internamiento en el artículo 131, pero no se establece un mínimo de la sanción y ni siquiera la necesidad de que en los delitos sancionados con pena mayor de seis años de prisión en el Derecho de adultos deba ordenarse el internamiento. Debe tenerse en cuenta que la sanción penal juvenil a pesar de su flexibilidad no puede fijarse sin fundamentos adecuados, conforme a los artículos 122 y 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Por lo anterior procede declarar con lugar la revisión anulando la sentencia del Tribunal de Casación Penal 815-2002 del 4 de octubre de 2002 solamente en lo relativo a la determinación de la sanción, ordenándose el reenvío, fase en la que deberá respetarse el principio de la no reforma en perjuicio. El joven imputado fue puesto en libertad por este Tribunal en forma provisional por voto 162-2005 del 7 de marzo de 2005. En vista de lo resuelto se dispone mantenerlo en libertad, ello con base en el carácter excepcional que tiene la privación de libertad en materia penal juvenil."

**Tribunal de Casación Penal, 2005-233, de las 9:50 horas del 31 de marzo de 2005.**

**11. Pena.** Fundamentación. Aspectos a tomar en cuenta en la sustitución de la sanción.

"Partiendo de los hechos probados, este Tribunal de Casación Penal considera que efectivamente la sustitución de la medida en los términos en que lo plantea la resolución recurrida no guarda relación, razonabilidad o proporcionalidad con la acción desplegada por el imputado, especialmente en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se mencionan en sentencia. Debe considerarse que en cuanto a los fines de la pena ya este Tribunal ha indicado: "...III. 2) Proporcionalidad de la pena: Corresponde subrayar el límite de actuación de la ley establecido por el § 28 de la *Const. Pol.*, cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o a *contrario sensu*: sólo ante la lesión o peligro para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí *necesidad y lesividad*, dentro de la previsión objetiva y abstracta de la pena, son los parámetros de fijación.III.3) Elementos objetivo, normativo y subjetivo en la fijación de la pena: Así lo señala el § 71 del *C.P.*, cuando dispone en la parte inicial: *«El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe»*. Se encuentran aquí los elementos de ponderables para la fijación de la pena: (i) elemento objetivo, contenido después en el inciso a) del mismo artículo (*«...la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito...»*); (ii) elemento normativo, desglosado en los incisos b), c) y e) (la lesividad, el daño o peligro, *«... atendiendo a la gravedad del hecho...»*); y (iii) elemento subjetivo, descompuesto en los incisos a), d), e) y f) (la culpabilidad, *«... la personalidad del partícipe...»*). III. 4) Pasos para la fijación de la pena: De este modo, debe calificarse el hecho y establecer la previsión abstracta para el delito en general; un segundo paso es el de establecerse el límite de la pena para el caso concreto, atendiendo a la extensión del daño o peligro para el bien jurídico tutelado, en consideración al *quantum* económico cuando sea posible, a la vulnerabilidad de la víctima, a la inflexión de dolor más o menos necesaria para la comisión del hecho y a las condiciones de modo, tiempo y lugar; y el tercer paso, implica la ponderación de la culpabilidad —en cuanto mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento—, la oportunidad del delito, la consideración a la víctima y las condiciones materiales y espacio-temporales de la comisión del delito. *Esta es la interpretación de las fuentes de derecho para la fijación de la pena, concretamente de los §§ 7 y 28 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, y 71 del C.P....*" (TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, voto n.º 53 de las diez horas quince minutos del pri-

mero de febrero de 2002). Este precedente delimita de modo preciso los aspectos que deben considerarse a la hora de fijar la sanción, entre ellos el bien jurídico afectado, que como en el caso presente es el máspreciado por nuestro ordenamiento: la vida humana. Aspectos como la vulnerabilidad de la víctima, entre otros, deben ser considerados. En el caso concreto, se evidencia que la acción del sentenciado... no fue una acción de escasa reprochabilidad, pues inclusive no se limita –según se infiere de los hechos probados– sólo con quitarle la vida al ofendido, sino en acciones posteriores para tratar de desaparecer del cuerpo en la búsqueda de impunidad, lo que en definitiva no lograron. De ahí que, es criterio de los suscritos jueces de Casación Penal, la sustitución o modificación de la pena, tal y como lo plantea la resolución recurrida no considera el tipo de delito por el que se sentenció a ..., y como tal no es la respuesta que el sistema debe dar a hechos de esta naturaleza. 3- En tercer lugar, la resolución recurrida no se encuentra suficientemente motivada, en cuanto que –según se colige de su lectura– se incurre en vicios que le afectan de modo grave e imponen su ineficacia: a- En el Considerando de Fondo, en cuanto efectivamente se observa que se reiteran algunos de los vicios de fundamentación que ya se hicieron ver en el voto de este Tribunal de Casación N- 2003- 1175 de las 11: 40 horas del 13 de noviembre de 2003 (cfr. Folio 920). Así sucede cuando se indica por el señor juez que la pena– entendemos de internamiento– sólo se debe imponer en casos muy graves, procediendo a sustituirla por medidas de libertad asistida y órdenes de orientación y supervisión, lo que deviene en contradictorio, pues precisamente el hecho por el que se declaró a ... autor responsable fue de un homicidio calificado, y en circunstancias altamente reprochables. Es decir, contrario a la tesis del señor Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José –y por eso el razonamiento es contradictorio– en tanto menciona como uno de los argumentos para modificar la sanción la función expiatoria para el infractor. Sin embargo, aún la resolución ahora impugnada mantiene algunos de los mismos vicios que ya se hablan puntualizado en el voto anterior de este Tribunal de Casación número 2003-1175 de las once horas cuarenta minutos del trece de noviembre de 2003, en cuanto ya se había señalado: "A- El punto de partida del juzgador consiste en señalar que ... ya ha cumplido, a la fecha, más de tres años de internamiento y, que si se decide continuar con esa medida, no se llegaran a cumplir con los fines de la sanción penal juvenil que son la educación y la reinserción social, pues, según se indica, el internamiento ya cumplió su cometido, no sólo en el aspecto señalado, sino también en el aspecto expiatorio. Se observa aquí una primera inconsistencia, porque, habiendo partido el propio juzgador de que la sanción penal juvenil posee una finalidad expiatoria, no explica con claridad cuáles son las razones para considerar que, en un caso de suma gravedad como el presente,

deba entenderse cumplido ese propósito al cabo de sólo tres años de privación de libertad. Lleva razón en este punto la fiscal impugnante, porque en realidad el mensaje que transmite una resolución de este tipo es que la vida humana, como bien jurídico, tiene un valor escaso, por lo que perfectamente puede cometerse un homicidio calificado sin mayores consecuencias jurídicas. Con ello sin lugar a dudas se está fomentando la irresponsabilidad del menor de edad ante el hecho delictuoso, asumiéndose respecto del sujeto activo una actitud netamente tutelar o protectora, superada –en tesis de principio– por la Ley de Justicia Penal Juvenil, evidenciándose además un marcado desprecio por la víctima, que fue privada violentamente de sus derechos, incluyendo el máspreciado que es el derecho a la vida" (cfr. folio 924). Sin embargo, la resolución ahora objeto de nuevo recurso de casación por la representación fiscal, mantiene ese error conceptual, en cuanto insiste que la pena ya cumplió ese fin expiatorio, sin que se analice la gravedad del hecho, y todo el enfoque está planteado en función de la situación del infractor ... y sin analizar la acción cometida en perjuicio de la víctima. b- Por otra parte, en el considerando de fondo se insiste de nuevo en que la prisión es la última posibilidad de sanción aplicable solo en casos muy graves, lo que –a juicio del juez– justifica la modificación de la sanción, cuando lo cierto del caso es que en el presente asunto se privó de la vida a un ser humano, de modo que –siguiendo es razonamiento del propio juez de ejecución penal– el internamiento como sanción estaría justificado ante los hechos por los que se sentenció a ... 3- En tercer lugar, tal y como ya se había indicado por este Tribunal al conocer el anterior recurso de casación de la representación fiscal, el juzgador dirige su resolución a combatir la pena de prisión por su propia naturaleza; es decir, por las secuelas o efectos que produce o podría llegar a producir de continuar la sanción en la persona del infractor. En efecto, indica la resolución impugnada: "Ya la prisión no le puede brindar ninguna ayuda a Víctor y mucho menos estando en el Centro de Adulto Joven, que todos sabemos que es un Centro que no cumple con los requisitos mínimos que exige un centro para jóvenes, es un lugar donde se ofrecen pocas oportunidades laborales, donde las posibilidades de estudio son limitadas y son solo aprovechadas por algunos que tienen esa voluntad, no existen lugares de esparcimiento, hay hacinamiento, la droga es cosa de todos los días, el ocio y la vagabundería son las madres de todas las actividades. la atención psicológica individual no es la mejor" (cfr. folio 1008). Con respecto a este tipo de análisis, ya este Tribunal había indicado que la argumentación del juzgador se dirige a combatir la prisión y sus efectos, pero que no se hace relación al caso concreto, y es bueno puntualizar que es la Ley de Justicia Penal Juvenil la que define las sanciones y los casos en que un menor puede ser sometido a internamiento. 4- En cuarto lugar, respecto del reclamo en cuanto a la imprecisión o ausencia de una



clara individualización de las medidas sustitutivas que plantea el Ministerio Público en la impugnación que aquí se conoce, se estima que efectivamente la resolución objeto de recurso es imprecisa en cuanto a las órdenes de supervisión impuestas quedando éstas prácticamente al arbitrio del sentenciado y del sistema penitenciario, en desmedro del principio de fijación jurisdiccional de la sanción. En realidad, se indica que a ... se le imponen las órdenes de orientación y supervisión de estudiar y otra de trabajar, dejándose la opción al joven de escoger, lo que implica una verdadera imprecisión de la medida, aun cuando se indique que ello no es así. Si bien, posterior a ello el Juzgado de Ejecución de la Pena aclara que ello se determinará en un Plan de Ejecución de la Sanción, y en el evento de que decida trabajar lo hará en una de las dos ofertas laborales con que cuenta, una en el Parque Nacional de Pocosol Guanacaste y otra con el señor ... como asistente de soldadura, este último extremo entra en abierta contradicción cuando también se indica que el sentenciado deberá vivir en casa de su madre en Hatillo 6. Imprecisión que se acrecienta cuando se indica que posterior a la firmeza del fallo, deberá el sentenciado brindar la dirección de esa vivienda. En consecuencia, se declara con lugar el recurso del Ministerio Público, y se anulan las resoluciones impugnadas."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-688, de las 9:33 horas del 15 de julio de 2004.**

### C. DERECHO PROCESAL PENAL

**12. Acción civil.** Desistimiento. No comparecencia del actor civil a declarar como testigo.

"De acuerdo con lo establecido por el artículo 117 del Código Procesal Penal opera el desistimiento tácito cuando el actor civil, sin justa causa, no concurra a prestar declaración testimonial. En este caso, al realizarse el primer juicio, la actora civil y su representante fueron citadas en el lugar señalado y no se presentaron al debate (folios 325 a 330). Igual sucedió para la audiencia realizada con ocasión de la justificación de lo relativo a la acción civil resarcitoria. Ni la víctima actora civil ni su representante fueron citadas porque se mudaron a Canadá (folios 820 a 822). La actora tampoco compareció a la cita emitida por el Consejo Médico Forense, a efecto de resolver una apelación contra el dictamen médico legal (folio 141). Lo anterior denota un claro abandono de las obligaciones del actor civil, pues no basta con nombrar un apoderado en el juicio, hay algunas diligencias en que es necesaria su presencia, como en las declaraciones testimoniales. La circunstancia de que haya abandonado el país en forma alguna puede considerarse una justa causa para excusarse de su incomparecencia. En esta

sumaria dicho proceder ha ocasionado varios problemas y el más importante es una limitación al ejercicio del derecho de defensa para el imputado. Se cuestionó el dictamen médico y esto no pudo ser definido por la actitud de la representante de la actora (su madre). Igual ocurrió en el juicio oral y público, en tanto al no someterse al contradictorio las declaraciones de la actora civil y de su madre, no ha podido rebatir la defensa las pretensiones formuladas en la acción civil resarcitoria. La actitud de la actora civil, y en este caso de su representante, por ser ella menor de edad, implica un abandono de las obligaciones procesales, lo cual está sancionado en los artículos 117 y 118 del Código Procesal. Por lo anterior se declara con lugar el primer motivo de la casación del defensor del imputado. Se revoca la resolución recurrida y, en su lugar, se declara desistida la acción civil resarcitoria de ..., representada por ..., en contra de ... Conforme a lo estipulado por el artículo 118 del Código Procesal Penal, se condena a la parte actora civil al pago de las costas."

**Tribunal de Casación Penal, 2005-234, de las 10:00 horas del 31 de marzo de 2005.**

**13. Acción civil.** Prescripción. Competente para conocer reenvío por acción civil.

"El impugnante aduce que toda vez que había sido declarada prescrita la acción penal por el delito de lesiones culposas, el Tribunal de Juicio de Turrialba no era competente para conocer de la acción civil resarcitoria conforme al artículo 40 del Código Procesal Penal, ya que no estaba pendiente la persecución penal, y con ello, la juez quebranta el principio de juez natural. El defensor solicita se anule la sentencia impugnada, así como el debate oral y público que la precedió, se ordene el reenvío para ser conocida en sede civil conforme a derecho. El motivo no puede prosperar: En realidad, la inconformidad del quejoso no va dirigida contra la sentencia n.º 29-2004 de las 15:00 horas del 19 de marzo de 2004, dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago, Sede de Turrialba, puesto que lo que la jueza hace es acatar la resolución n.º 2003-1236 de las 9:23 horas del 4 de diciembre de 2003, emanada del Tribunal de Casación Penal, pronunciamiento que dispuso ordenar el reenvío (ver folio 319), en ese sentido, la competencia para sustanciar nuevamente la causa en lo que se refiere a la acción civil resarcitoria le es otorgada por el *ad quem* y en esa medida, el Tribunal unipersonal de Cartago no violenta el principio de juez natural; distinto sería el caso cuando el superior en grado expresamente remite a la vía civil para la sustanciación de lo tocante a la parte civil derivada de un hecho punible (en este sentido, ver voto 2004-0229 de esta Cámara, de las 11:08 horas del 11 de marzo de 2004); asimismo, se advierte en autos, que con relación al fallo del Tribunal de Casación citado, el defensor no solicitó en su

momento, aclaración y adición en el sentido de discutir a qué órgano le correspondería resolver sobre la acción civil resarcitoria, por lo que sabía que se trataba de un reenvío al mismo Tribunal Unipersonal cuya sentencia se había anulado y no constituía para la parte ninguna novedad o sorpresa.”

**Tribunal de Casación Penal, 2004-1333, de las 13:35 horas del 21 de diciembre de 2004.**

**14. Acción civil.** Prescripción de acción penal. Competente para conocer reenvío. Prescripción penal no afecta pretendido derecho indemnizatorio.

“Sin embargo, es importante anotar que el Ministerio Público también recurrió en la persona del representante de la Oficina de Defensa Civil, reclamando que con el vicio de violación de las reglas de la sana crítica se afectó el derecho indemnizatorio de las víctimas. Sobre ello debe hacerse por el Tribunal de Casación también una distinción. El Ministerio Público ha actuado por delegación de la acción civil representando a..., según consta en las respectivas acciones civiles. Sin embargo, en lo atinente a este último la sentencia consideró que debía excluirsele como ofendido y como actor civil, en virtud de que había desistido de la instancia privada (folios 678-683). Ese aspecto no fue combatido en el recurso de casación presentado, por lo que debe estimarse que lo resuelto con respecto a... quedó firme, ello en cuanto se le excluyó como ofendido y como actor civil. Es importante anotar que incluso en las conclusiones el representante del Ministerio Público, luego de que en una audiencia anterior se había estimado por la jueza que... había desistido de la instancia (folio 504), solamente pidió que se estimara en el sobreseimiento que se dictaría que queda abierta la vía civil para ir a hacer valer sus derechos (folio 520). Resulta así que lo resuelto en relación con M. C. quedó firme, debiendo por ello resolverse el recurso de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima a favor de... Se reclama violación de las reglas de la sana crítica, en cuanto en la sentencia se partió que si bien el imputado presentó una alcoholemia de 1, 27, ello se debió a que se encontraba nervioso y tomó Brandy, ello a instancias de una de sus acompañantes que llevaba dicho licor en el vehículo, y que le dijo que eso era bueno para calmar los nervios. Lleva razón el representante de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima en su reclamo, ya que el razonamiento dado por la juzgadora debe estimarse como violatorio de las reglas de la experiencia, ya que es absurdo que un conductor luego de haber participado en un accidente de tránsito en el que resultaron lesionadas varias personas, vaya a ingerir una cantidad importante de licor para calmar los nervios, cuando de todos es conocido que una vez que se apersonara la autoridad de tránsito iba a ser sometido a exámenes de alcoholemia. Por lo anterior co-

responde declarar con lugar parcialmente el recurso de casación presentado, anulándose la sentencia exclusivamente en lo correspondiente a la acción civil presentada por la Oficina de Defensa Civil de la Víctima a favor de... Debe agregarse que la declaratoria de prescripción de la acción penal no tiene como consecuencia que haya prescrito la acción civil, según lo ha establecido en forma reiterada el Tribunal de Casación a partir del voto 492-F-98 del 13 de julio de 1998 (véase: votos 710-2001 del 14-9-2001; 529-2002 del 12-7-2002, 346-2003 del 29-4-2003; 659-2003 del 14-7-2003; 820-2003 del 21-8-2003; 1236-2003 del 4-12-2003; 1256-2003 del 11-12-2003). Se trata de un criterio que ha sido asumido no solo por el Tribunal de Casación Penal, sino también por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en los votos 112-2002 del 13-2-2002; 861-2002 del 20-12-2002; 866-2002 del 30-8-2002. Sobre ello también se pronunció la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 706-2003 del 24-7-2003). En las diversas resoluciones se ha indicado que el artículo 871 del Código Civil fue derogado por el artículo 96 del Código Penal, unido a que el Tribunal de Casación Penal en el voto 492-F-98 y en otros que le han seguido, lo mismo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 122-2002, ha indicado que las causales de interrupción de la acción civil difieren de las correspondientes a la acción penal. Así la declaratoria de extinción de la acción penal, no implica la extinción de la acción civil, resultando que en la sentencia no se declara sin lugar la acción civil por el hecho de haberse declarado con lugar la excepción de extinción de la acción penal. De conformidad con el artículo 40 del Código Procesal Penal no procede disponer el reenvío, sino remitir a las partes a la vía civil, ello con base en el principio de accesoriadad de la acción civil, ello ya que se anula la sentencia en su totalidad en cuanto a..., no siendo procedente que se realice en sede penal un juicio de reenvío exclusivamente para discutir lo referente a la acción civil, juicio en que habría que determinar totalmente la fijación de los hechos en lo atinente a dicha acción. En otras palabras, habría que realizar un debate completo para discutir solamente aspectos de carácter civil y no penal, lo que no es conforme con lo establecido en el artículo 40 del Código Procesal Penal. Es cierto que se permite una condénatoria civil, cuanto se dicta una sentencia absolutoria en lo penal, pero ello no puede llevar a que en vía penal tenga que realizarse un juicio de reenvío en que tenga que realizarse el debate en su totalidad, para enmendar un error. En ese sentido es que debe ser interpretado el artículo 359 del Código Procesal Penal, que permite el juicio de reenvío con respecto a las consecuencias civiles. Con ello se reitera el criterio que sostuvo el Tribunal de Casación Penal en el voto 865-2002 del 17 de octubre de 2002, en donde a pesar de anular la sentencia en lo civil, no dispuso el reenvío.”

**Tribunal de Casación Penal, 229-05, de las 11:08 horas del 11 de marzo de 2004.**

**15. Acción civil.** Absolutoria penal. Condenatoria con fundamento en otras reglas del ordenamiento.

"Sin embargo, en cuanto a la acción civil resarcitoria, la situación es diferente. El juzgador, para resolver ese extremo se limitó a decir: a) que la acción civil es accesoria de la acción penal, b) que "...no fue posible determinar con certeza que el imputado es responsable de los hechos atribuidos y en consecuencia de los daños y perjuicios" (sic), y c) que no estamos ante ninguno de los casos de excepción en que, a pesar de haberse dictado una absolutoria, puede acogerse la acción civil (ver folios 77 y 78). Esos fundamentos, aparte de que son bastante genéricos, no hacen referencia alguna a quién es el propietario de la finca donde se cometió el hecho, notándose que incluso el testigo..., que al parecer fue ofrecido por la defensa, insiste en que la finca donde se cometió el hecho le pertenece al imputado... Además, el propio juzgador tuvo por acreditada la existencia de la tala en una hectárea de bosque secundario, señalando las especies y la cantidad de árboles cortados, especificando que el terreno tiene una pendiente de cuarenta y cinco grados con inclinación hacia la zona de protección hídrica y que se actuó con el fin de variar el uso del suelo, realizando en dicho lugar una siembra de frijoles (folio 70). Por ende, es evidente que esos aspectos debieron haber sido objeto de examen por parte del *a quo*, para establecer si, con independencia del aspecto penal, podría existir base suficiente para acordar una eventual responsabilidad civil. Nótese que, tratándose de un área especialmente protegida por la ley, existe interés del Estado de que se ordene, cuando menos, la restitución de las cosas a su estado natural, impidiendo que se mantenga la variación ilegal del uso del suelo, cuestiones que no fueron objeto de análisis específico en la sentencia recurrida. Con ello se incurrió en un vicio de falta de fundamentación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 142, 184 y 363, inciso b) del Código Procesal Penal. En consecuencia, procede acoger este punto del motivo y anular parcialmente la sentencia recurrida, sólo en cuanto a lo resuelto sobre la acción civil resarcitoria, debiendo quedar incólume en todo lo demás. En este caso, sin embargo, no procede ordenar el reenvío para que el tema sea discutido y resuelto en la vía penal, porque ello implicaría realizar de nuevo en esta sede la totalidad del juicio, lo que no se aviene con la naturaleza del reenvío, el cual procedería si se tratara sólo de determinar "*la pena o las consecuencias civiles del hecho*" (último párrafo del artículo 359, Código Procesal Penal); pero no para realizar un juicio autónomo sobre responsabilidad civil, que incluso ameritaría examinar quién figura como propietario registral del terreno donde se cometieron los hechos investigados. Por ello, en cuanto al extremo anulado, pueden las partes interesadas —si a bien lo tienen— acudir a la vía que estimen pertinente, en demanda de sus derechos."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-260, de las 9:15 horas del 18 de marzo de 2004.**

**16. Acción civil.** Casación. Improcedencia del efecto extensivo en lo civil.

"En este asunto no se aplica a favor del actor civil M. P. S. un efecto extensivo de la anulación de la sentencia en lo correspondiente a la acción civil presentada a favor de J. M. C. B., ya que en materia de recursos de la parte actora civil no se prevé ese efecto extensivo por el Código Procesal Penal (art. 428 del Código Procesal Penal). Se agrega a ello que la misma legislación procesal civil no permite que funcione un efecto extensivo con respecto al recurso presentado por otro, disponiéndose además en el artículo 608 del Código Procesal Civil, referente al recurso de casación, que la sentencia de casación no puede abrazar otros puntos que no sean los que hubieran sido objeto del recurso. Debe tenerse en cuenta en particular lo que la doctrina procesalista civil ha llamado el principio de personalidad de la impugnación. Al respecto indica Eduardo Couture: "En cuanto al principio llamado de personalidad de la apelación, no es sino otra forma particular de las mismas normas generales que ya han sido expuestas. La situación que da motivo a la aplicación de este principio es el siguiente: A y B, herederos de C, demandan a D por reparación de un acto ilícito que ha causado la muerte del padre de los actores; la sentencia absuelve a D; A no apela de la sentencia y B lo hace en tiempo y forma; la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia y condena a indemnizar a B el daño sufrido ¿Aprovecha a A, que ha consentido la sentencia absolutoria, el fallo dictado a favor de B? La doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la negativa; la condena obtenida por B no beneficia a A porque los efectos de la apelación son personales. No existe, como en el derecho romano, beneficio común, sino ventaja unilateral. La solución del carácter real u objetivo de la apelación fue rechazada por Merlin y por los autores del Código francés, al que en esta materia ha seguido el pensamiento posterior sin esfuerzo alguno. No disminuye el prestigio de esta solución la circunstancia de que aparezcan dos cosas juzgadas contradictorias: que mientras para B haya derecho a indemnización, A se ve privado de él. La razón no es tanto de carácter lógico como sistemático. Sus fundamentos se hallan esparcidos a lo largo de todos los principios del derecho procesal civil. En primer término, el principio de que la voluntad crea y extingue derechos. Quien consintió la sentencia de primera instancia es porque la consideraba justa; el agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar; si optó por el primero su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento. Una segunda razón emana del principio mismo de la cosa juzgada. Nada excluye en derecho la posibili-

dad de dos sentencias contradictorias; las propias evoluciones de la jurisprudencia demuestran que este riesgo es connatural con el concepto de cosa juzgada. Una tercera razón fluye del principio mismo de la apelación. El tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introducido, nada le autoriza a cambiar la parte de la sentencia que desecha la demanda en lo que se refiere a A si no ha mediado recurso a este respecto. Se reserva, sin embargo, una solución distinta de ésta, en los casos de solidaridad o de indivisibilidad material de la cosa litigiosa, ya que en estos casos la sentencia beneficia o perjudica al deudor solidario o al comunero. Pero esta circunstancia impuesta por la fuerza misma de las cosas, no altera el alcance del principio de personalidad de la apelación" (Couture, Eduardo, op. cit., pp. 369-370). Este ha sido el criterio que ha mantenido en diversos votos el Tribunal de Casación, por ejemplo el 865-2003 del 29 de agosto de 2003, reiterado en otros votos posteriores, por ejemplo el voto 1222-2003 del 27 de noviembre de 2003."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-229, de las 11:08 horas del 11 de marzo de 2004.**

**17. Acción civil.** Costas. Inadmisibilidad de casación.

"Plantea el recurrente apoderado especial judicial del querellante y actor civil, recurso de casación contra la resolución de las trece horas quince minutos del veinte de abril de dos mil cuatro, dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, la cual realizó una tasación de costas no un incidente de cobro de honorarios, sin embargo contra dicha resolución se planteó únicamente por la defensa del imputado los recursos de revocatoria y apelación, los cuales se declararon el primero sin lugar confirmándose la fijación de costas, realizada en favor del querellante y actor civil y el segundo inadmisibles (ver folio 304). El artículo 236 del Código Procesal Civil, es el que le da cabida al recurso de casación en la tramitación privilegiada al incidente de cobro de honorarios, sin embargo previo a la admisibilidad del presente recurso extraordinario, el cual debe referirse según la legislación civil a las costas entre abogado y cliente, y no a la fijación de costas a las partes, deben agotarse los recursos ordinarios si los tuviere, en el caso concreto al tratarse de un tribunal de juicio, el recurso que cabe es el de revocatoria el cual ya fue resuelto, refiriéndose los agravios a lo argumentado por la defensa del imputado. De tal forma que el actual recurrente apoderado del querellante y actor civil, no planteó agravios de la resolución que resolvió la fijación de costas en su favor (artículo 424 del Código Procesal Penal), lo que implica que no tiene la legitimidad para recurrir de la resolución que resolvió el recurso de revocatoria confirmando la anterior fijación, al

no haber recurrido de la primera resolución, dado que no procede el recurso de casación "per saltum", si la parte supuestamente agraviada no ha recurrido de la resolución anterior, la cual le fijó sus honorarios sintiéndose agraviada en ese momento solamente la defensa del acusado y no el querellante, además de que como argumento subsidiario también tenemos, que el recurso de casación cabe sobre el incidente privilegiado de cobro de honorarios (relación cliente abogado) y no ante la fijación de costas (a la parte), como la realizada por el tribunal de instancia. Por lo expuesto, se declara inadmisibles el recurso de casación."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-802, de las 9:45 horas del 12 de agosto de 2004.**

**18. Acción civil.** Restitución. Alcances del artículo 140 del Código Procesal Penal.

"El juzgado siguió al respecto la concepción positivista de la acción civil, debiendo reconocerse que dicha concepción efectivamente se encuentra detrás del artículo 103 del Código Penal, puesto que parte de que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, la que debe ser determinada al dictarse la sentencia condenatoria, debiendo dictarse incluso de oficio dicha reparación. Sin embargo, dicha posición es diversa a la que inspira el Código Procesal Penal, que es ley posterior, ya que en principio siguió la concepción clásica sobre la acción civil, requiriéndose que la parte damnificada a sus herederos presenten su reclamo civil en el proceso penal (arts. 37, 111 y 368 del Código Procesal Penal) (cf. Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.351). El artículo 367 del citado Código contiene una excepción al respecto, puesto que debe disponerse la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, ello aun cuando no se haya presentado el reclamo civil. Este supuesto, sin embargo, no se aplica al caso concreto, ya que la máquina de coser en cuestión no ha sido secuestrada. En la sentencia se hace mención al artículo 140 del Código Procesal Penal, en cuanto indica que en cualquier estado de la causa y a solicitud del ofendido, el tribunal puede ordenar, como medida provisional, el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo. Esta disposición ha tenido relevancia en particular con respecto a los delitos de usurpación (cf. Llobet Rodríguez, Javier, op. cit., p. 194), en los que el restablecimiento al estado anterior implica la expulsión utilizando la fuerza pública de la persona que estaría usurpando el inmueble. Igualmente puede justificarse dicha norma la restitución provisional del objeto secuestrado. Sin embargo, esos supuestos son diversos a los correspondientes al presente asunto, en el que ni si-

quiera se sabe dónde se encuentra el bien apropiado por la imputada. Si se siguiera la posición sostenida en la sentencia entonces en todas las causas penales habría que disponer de oficio la reparación civil, ordenándose la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios (art. 122 del Código Penal de 1941). Esa no fue la concepción, como se dijo, de la que se parte en la legislación procesal penal. Por otro lado, si se considerara que la imputada comete el delito de desobediencia a la autoridad en caso de no devolver la máquina de coser se estaría violentando el principio del *ne bis in idem*, puesto que se le estaría penando dos veces por el mismo hecho (art. 11 del Código Procesal Penal y B, inciso 4) de la Convención Americana de Derechos Humanos). Se declara con lugar el recurso de casación. Se revoca la sentencia en cuanto indica que se le ordena a la señora Palma Matamoros la devolución de una máquina de coser marca Singer, color blanco, de motor, con su respectiva mesa, en estado de ser utilizada, tal y como le fuera prestada, a la señora..., bajo apercibimiento legal de seguirle causa penal por el delito de desobediencia, si no cumple con lo ordenado."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-541, de las 9:12 horas del 3 de junio de 2004.**

**19. Acción penal.** Prescripción. Plazo de suspensión por rebeldía.

"Es oportuno acotar... que este tribunal de casación en el voto 485-03, había sostenido que el plazo igual al de la prescripción se entendía que era el largo de 3 años, sin embargo con un mayor análisis del punto consideramos que este plazo es el reducido de 18 meses, dado que si la causa se encuentra en una etapa donde ya se le redujo al imputado el plazo de prescripción a la mitad, sería desproporcionado e irrazonable, que se interprete en su contra que debe alargarse el plazo, si ya el mismo se encontraba reducido conforme lo establece el artículo 33 citado. De tal forma, que desde la primera causal interruptora que consistió en la comunicación de la acusación, 7 de mayo de 2001, al dictado de la rebeldía, 10 de octubre de 2001, habían transcurrido 5 meses 3 días, plazo que se vio *suspendido* por los 18 meses de rebeldía y empezó a correr nuevamente hasta el 10 de abril del 2003, dictándose la sentencia de sobreseimiento el 29 de octubre de 2003, o sea habían transcurrido en total 11 meses 22 días, por lo consiguiente al dictado del fallo no había transcurrido el plazo requerido de 18 meses y ahora con el dictado tanto de la sentencia de sobreseimiento, como la actual sentencia de casación al ser causales interruptoras, vuelve de nuevo a correr un nuevo plazo de 18 meses, determinándose que la acción penal no había prescrito cuando se dictó la sentencia que ahora se impugna, por lo que el reclamo es de recibo"

**Tribunal de Casación Penal, 2004-225, de las 10:00 horas 11 de marzo de 2004.**

**20. Allanamientos.** Improcedencia de delegación de allanamiento en el Juzgado Contravencional. Prueba ilícita.

"Con respecto al procedimiento seguido en este asunto, se evidencia que la delegación del allanamiento y requisita de la vivienda en que habitaba el justiciable, por parte de la Jueza Penal de Puntarenas Licda. Jenny Rodríguez Lobo, y que se dispuso mediante resolución de las ocho horas cuarenta minutos del tres de setiembre de dos mil uno (visible a folio 46 a 49), no es conforme a derecho. La facultad de delegar las diligencias de allanamiento, es sólo excepcional y no la regla, tal y como se ha indicado en algunos votos de la Sala Tercera. Así podemos citar los votos 607- 03 de las 14:35 horas del 24 de julio de 2003; voto 2004- 00332 de las 9:20 horas del 2 de abril de 2004 y el voto 2003- 00240 de las diez horas del 9 de abril de 2003. En este último al resolver un caso similar al ahora planteado, se consideró la existencia de un acto ilegal, al igual que la prueba que del allanamiento se obtenga. Así se dijo lo siguiente: " *III.- Se acogen los reclamos: Esta Sala considera de interés pronunciarse en cuanto a los dos primeros motivos del recurso, por lo que se analizarán ambos, en conjunto. El primer aspecto a considerar es si el Juez Contravencional de Garabito podía actuar por delegación. A) Delegación legal: El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: " En las circunscripciones en las cuales no exista juzgado penal, el juez contravencional podrá realizar -en casos urgentes- los actos jurisdiccionales de procedimiento preparatorio y, de inmediato y por cualquier medio, lo comunicará al juzgado penal. En esos eventuales supuestos, el juez contravencional actúa por delegación y, el juez penal, deberá tomar las disposiciones necesarias para esa delegación y respecto del control de las actuaciones; también, de ser necesario, podrá dirigir las personalmente. La Corte establecerá cuáles juzgados contravencionales tendrán el recargo de competencia referido en el párrafo anterior". De acuerdo con esta norma, dos son los presupuestos para que el juez de contravenciones pueda actuar en funciones de juez penal: 1.- que haya sido autorizado por la Corte; 2.- que se trate de un caso de urgencia. En relación con el presente asunto, el Juez Contravencional de Garabito puede actuar por delegación, en situaciones de urgencia, ya que por acuerdo de Corte Plena, en Sesión # 43-97 de 22 de diciembre de 1997, se estableció que tendrá ese recargo. La otra situación a examinar en el presente caso, es si se trataba de un caso de urgencia. El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la actuación del Juez Contravencional en casos de urgencia, únicamente. En el caso bajo examen no consta en autos la solicitud de all-*

namiento por parte del Ministerio Público, con las razones que determinarían que la diligencia era de urgencia, ni por qué debía ser realizada después de las dieciocho horas. No se acredita, ni siquiera se menciona, que los actos debían ser realizados de inmediato. Se observa que el operativo se venía efectuando desde días atrás, pues consta que ya desde principios de noviembre del 2001 se vigilaba la casa del acusado y su compañera. Los días 8, 13, 20 se llevan a cabo compras por parte de la policía. El día 21, se realiza una compra controlada por el fiscal y el allanamiento cuestionado. La urgencia requerida para la actuación del Juez Contravencional, no se acredita, ante la ausencia de la solicitud del fiscal, ni se deriva del informe policial, que no dice por qué tiene que ser ese día y no otro el operativo final. En el mismo sentido, acerca de los requisitos para que el Juez Contravencional pueda actuar por delegación según lo dispone el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta Sala se pronunció en resolución # 2002-00874, de 9:20 horas del 6 de setiembre del año 2000. b) Delegación en el caso concreto: resta por establecer si en este caso podía haber delegación, no de ley, como la establecida en el artículo mencionado, sino realizada por el juez penal en el caso concreto. Es función propia del juez penal el control de las diligencias de la etapa preparatoria (artículo 277 del Código Procesal Penal), por lo que la justificación de la jueza penal para no llevar a cabo el allanamiento no es de recibo. Dos son las razones dadas por la juzgadora para no realizar la diligencia: que el domicilio donde se practicará la diligencia está fuera de la jurisdicción de Puntarenas y que ese día debía efectuar otras diligencias similares en esa ciudad. Ninguna de las razones es considerada válida para esta Sala. Ante la ausencia de juez de la etapa preparatoria en Garabito, corresponde al juzgado de Puntarenas la realización de las diligencias propias de esa etapa, con la excepción dicha para los casos de urgencia. Y en cuanto a la realización de otras diligencias, se observa que entre el dictado de la orden de allanamiento y el inicio de la diligencia había tiempo suficiente para coordinar lo pertinente con los otros jueces penales del lugar. Las diligencias que no pueden ser delegadas en el Ministerio Público o la policía, como el allanamiento, han de ser prioritarias en la atención de los jueces, puesto que la ley fijó para ellas un trato especial, en vista de los derechos que vulneran. No pueden limitarse a "otorgar" o "decretar" la orden, sino que están en la obligación de realizarla personalmente, de conformidad con el artículo 193 del Código Procesal Penal, salvo motivos especiales y como excepción (como la disposición de turnos y disponibilidades, como adelante se verá). El tribunal de mérito consideró que la posibilidad de delegar la actuación de una actuación judicial en diversa autoridad se encuentra regulada en el artículo 153 del código procesal. Considera esta Sala que esa normativa, de cooperación entre despachos, y que constituye reglas generales, no contempla la posibilidad de

delegar en órgano diferente una diligencia de allanamiento, pues la ley indica expresamente que ha de ser realizado por el juez (artículo 193 del Código Procesal Penal), sin que se permita la delegación como si está contemplada para otras diligencias. Y ese juez debe ser el que por disposición legal está encargado del control de las diligencias de la etapa preparatoria, esto es, el juez penal (artículo 277 del CPP). Además de que la normativa así lo establece, el Consejo Superior del Poder Judicial, acogiendo un informe rendido por la Comisión de Asuntos Penales, en Sesión # 51-2000 celebrada el 4 de julio del 2000, se pronunció al respecto, con el fin de enfatizar la obligación de los jueces de la etapa preparatoria en la atención de sus funciones. Dicho órgano señaló: "...1. En términos generales, los jueces contravencionales están autorizados para, en casos de urgencia, realizar las funciones del Juez de la etapa preparatoria, según se establece en el numeral 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La norma citada autoriza pues al Juez Contravencional a realizar, en casos urgentes "los actos jurisdiccionales del procedimiento preparatorio". Este texto legal legítima al juez contravencional, para cumplir con el principio de juez natural y, eventualmente, las intervenciones telefónicas, para cuya adopción deben cumplirse los requisitos constitucionales y legales establecidos y además, tratarse, en el caso del Juez Contravencional, de un caso de urgencia, en el que actuará por delegación legal, debiendo en todo caso comunicar de inmediato y por cualquier medio al juez penal de la jurisdicción, quien tomará las medidas necesarias para esa delegación y para el control de las actuaciones, o bien asumirá personalmente la realización de la diligencia. Lo anterior implica un replanteamiento de lo expresado por esta Comisión en los oficios 076-98 y 084-98. Lo dicho es plenamente aplicable, además, a las situaciones que se presenten dentro del turno —y la disponibilidad a ellos aparejada—, cuando, por el rol establecido, éste comprende además del Juez Penal, al Juez Contravencional, quien, durante el cumplimiento de sus obligaciones en esos períodos es el Juez Penal y como tal, deberá realizar todos los actos jurisdiccionales propios, como es la atención de reos presos y la decisión respecto de la libertad o la aplicación de otra medida cautelar, así como los anticipos jurisdiccionales de prueba y demás actos urgentes que sean propios del turno, entendiéndose que luego de finalizado, deberán remitirse todas las actuaciones al Juez Penal correspondiente, para que controle las medidas adoptadas y asuma la competencia. En síntesis, podemos afirmar que solamente para casos urgentes, los Juzgados Contravencionales señalados en la Circular 13-97 publicada en el Diario La Gaceta N° 14 del 21 de enero de 1998, tienen competencia para realizar funciones propias de los Juzgados de la Etapa Preparatoria. En dichos casos, el Juez Contravencional deberá comunicar inmediatamente al Juez Penal de la circunscripción correspondiente las diligencias solicitadas y será este último quien deberá tomar

las disposiciones necesarias para la delegación y control de actuaciones. También de ser necesario, el Juez Penal competente podrá dirigir personalmente las actuaciones requeridas. Ahora bien, si la comunicación previa con el Juez Penal resulta imposible, deberá el Juez Contravencional realizar el acto, dejando constancia de la razón y posteriormente, a la mayor brevedad, le informará sobre la diligencia al primero. Así las cosas, aun encontrándose disponibles los Jueces Contravencionales indicados para realizar labores urgentes de Juez Penal de la Etapa Preparatoria están en la obligación de informar, de ser factible, de previo a la realización de la diligencia, al Juez Penal que resulte competente." En la ciudad de Puntarenas el juzgado penal cuenta con más de un juez penal, por lo que cualesquiera de ellos pudo realizar la diligencia. En el caso bajo examen no se estaba ni ante un caso de urgencia (por lo menos no quedó acreditado), ni las razones dadas por la jueza a quien se le solicitó la orden de allanamiento, para no realizarla, son de recibo, por tanto la actuación del Juez Contravencional no resulta legítima, como tampoco la prueba que a través de ella se obtuvo". Debe agregarse que es cierto que la práctica de una diligencia de allanamiento implica la coordinación de una serie de aspectos, y en ella se ven involucrados funcionarios del Ministerio Público, jueces y policías, e inclusive la puesta en marcha de cuestiones de índole operativa propiamente dichas. Sin embargo, en lo relativo al cumplimiento de las garantías procesales, es necesario ser vigilante en cuanto implica la lesión a posibles garantías constitucionales (cf.- voto del Tribunal de Casación Penal n.º 1372- 99 de 15 horas del 24 de febrero de 1999). Por otra parte es preciso analizar si las probanzas que subsisten y no tienen relación con la diligencia de allanamiento, son suficientes para acreditar la existencia del delito investigado, siendo que al respecto se tienen los siguientes elementos probatorios: (1) El Informe del Organismo de Investigación Judicial n.º 210-2002 ORGJ de fecha 3 de setiembre de 2002, en que se describen los hechos objeto de investigación, consistentes en verificar la aparente venta de droga, cocaína y crack, esto en el sector de Herradura, Cantón Garabito, Provincia de Puntarenas, concretamente en una casa 100 metros al oeste y 150 al norte del Cruce. Se informa en ese documento de la participación de una mujer identificada como A. del C. V. V., y un sujeto contextura gruesa, así como de la verificación en el sitio de personas con apariencia de ser consumidores habituales de drogas, así como intercambios de manos. (2) Se informa en ese documento de varias compras controladas de drogas usando para ello un colaborador, para finalmente informar de la práctica del allanamiento en la vivienda, de manera que ello hace confirmar que aparte de esos elementos previos de vigilancias y acreditación de la venta de drogas a un informante, no existen otros elementos probatorios que reflejan el tráfico como tal. Es decir, que las probanzas se li-

mitan a las diligencias realizadas por el Organismo de Investigación Judicial, dirigida a confirmar la venta de drogas en esa vivienda, elementos que solo hacen probable vía indiciaria el trasiego y venta de drogas, pero que no acreditan la certeza en su comisión. (3) Existen también actas de decomiso practicadas al informante confidencial, que constan a folios 56 a 60. Esos elementos no son suficientes para mantener la privación de libertad. (4) Se cuenta eventualmente en juicio con las declaraciones de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que participaron en el operativo. De lo anterior se confirma la tesis de la inexistencia de elementos de prueba independientes al allanamiento, y por economía procesal hacen innecesario un reenvío para nueva substanciación y por ende, se ordena la invalidez de la resolución de las ocho horas cuarenta minutos del tres de setiembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado Penal de Puntarenas, visible a folios 46 a 49 del principal, el acta de allanamiento de folio 50 frente y vuelto y 51 frente, así como las actas números 27 5453, 2754545 y 275455 de folios 62, 63 y 64, así como el dictamen de ahí derivado número 2002- 6868 fechado 17 de octubre de 2002, folios 199 a 203 frente. En consecuencia, y considerando que la prueba obtenida en el allanamiento deviene esencial para la condena, y no existiendo otros elementos sólidos de prueba en qué fundamentar un juicio de reenvío, y no siendo posible aportar nuevos elementos de prueba para acreditar los hechos, por aplicación del principio universal *in dubio pro reo* se absuelve de toda pena y responsabilidad a J. V. V. por el delito de infracción a la Ley de Psicotrópicos que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de La Salud Pública. En todo caso, conviene citar que la jurisprudencia también se ha planteado la posibilidad de que las "precompras" o compras controladas, sean suficientes para arribar a una convicción de condena, llegando a concluir que ello no es posible. En este sentido, se ha dicho: "En otras palabras, los informes policiales y las actas relacionadas con las actuaciones previas al 19 de junio de folios 1 a 7, actas de "precompra" a folios 8 y 9 e informes a folios 10 a 33, al igual que lo dicho por los oficiales de policía que dirigieron o participaron en tales actividades, no pueden dar fundamento suficiente que permita privar de libertad a una persona por varios años mediante una sentencia condenatoria" (Sala Tercera de la Corte, voto 2004- 00322 de las 9:20 horas del 2 de abril de 2004). Finalmente no desconoce este Tribunal que la sentencia que se analiza en revisión, fue dictada siguiendo el procedimiento abreviado, de modo que aun cuando el justiciable aceptó los hechos y la pena por imponer, se debe respetar el debido proceso, entre ellos la legitimidad de las actuaciones procesales y la suficiencia de la prueba para la condena."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-427, de las 9:10 horas del 6 de mayo de 2004.**

## 21. Prescripción de la acción penal. Resolución de casación tiene carácter de sentencia.

"Anteriormente esta Cámara en reiteradas oportunidades ha establecido que las resoluciones que dicta este Tribunal de Casación si son verdaderas sentencias, debido a sus efectos en el proceso penal. El artículo 141 del Código Procesal Penal refiere la forma como se manifestarán los tribunales en su proceder, para ello dictarán resoluciones —concepto genérico— en forma de providencias, autos y sentencias, donde las providencias ordenan actos de mero trámite y las sentencias pondrán término al procedimiento, además, los autos, en forma residual, se tratarán de aquellas resoluciones que no sean providencias ni sentencias. Por otra parte, el artículo 363 del CPP recoge los requisitos que debe contener la sentencia, pero se refiere a la dictada por el Tribunal de Juicio y que luego podrá ser recurrida ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o ante este Tribunal de Casación; además, podríamos incorporar dentro de esta situación la sentencia de sobreseimiento, la cual puede ser dictada por el Juzgado Penal o por el Tribunal de Juicio, así como por la Sala Tercera y el Tribunal de Casación al conocer de los recursos de casación. Especial relevancia merece el párrafo segundo del artículo 447 del CPP, el cual expone, en forma directa, el carácter de "sentencia" de las resoluciones del Tribunal de Casación, así como de la Sala Tercera, al decir: *"Si se declara admisible —el recurso de casación— y no debe convocarse a una audiencia oral, ni debe ordenarse la recepción de pruebas, en la misma resolución dictará sentencia"* (la negrita ha sido suplida y no corresponde al texto original). Como desarrollo de las ideas anteriores, el artículo 450 del CPP señala los caminos que puede seguir la Cámara de casación en sus resoluciones: inicialmente, puede anular, total o parcialmente la sentencia impugnada, si estima que el recurso es procedente, ordenando la reposición del juicio o de la resolución, también podrá, en el caso de que la anulación sea parcial, indicar el objeto concreto del nuevo juicio o resolución, por último, en los demás casos, deberá enmendar el vicio y resolver el asunto de acuerdo con la ley aplicable. Como vemos, en los casos del citado artículo 450 del CPP, las resoluciones que resuelvan un recurso de casación tendrán carácter definitivo sobre el asunto en cuestión y, en algunos casos, podrán poner término al proceso y resolver el asunto conforme al fondo del mismo, sin posibilidad de ulterior recurso. No es característica propia de la "sentencia" que deba de contar con la posibilidad o derecho a ser recurrida, porque en realidad lo relevante, conforme al artículo 8, inc. 2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) es que el fallo inicial pueda ser recurrido y, de tal forma, hacer efectivo el principio del debido proceso. Por ello, una sentencia puede ser de primera instancia o, excepcionalmente, de segunda instancia o de casación; donde la primera cuenta con

el respectivo recurso ante el superior en grado y, la segunda, la cual debe de considerarse definitiva, imprime la característica de cosa juzgada, salvo cuando ordene el reenvío del proceso a una instancia inferior, pero de todas formas sigue considerándose propiamente una sentencia. En definitiva, las resoluciones que dicta este Tribunal de Casación, en conocimiento de los recursos de casación interpuestos por alguna de las partes en el proceso, tienen la facultad de poner término al proceso o devolver el mismo a etapas anteriores para corregir defectos formales, con lo cual revisten la condición de sentencias y, por lo tanto, actúan como interruptores de la prescripción de la acción penal conforme al artículo 33.e) del CPP. En este sentido, como antecedente tenemos la sentencia del Tribunal de Casación Penal 2000-878 (ponente el Juez Dall'Anese Ruiz) en la cual se dijo: *"Ahora bien, la citación a juicio —interruptora de la prescripción— se dictó el 08/10/1996 (fl. 50) y a partir de este momento todos los actos que impulsaron el proceso cortaron el plazo y le dieron un efecto originario, es decir comenzó a correr nuevamente por dos años; entre ellos, se extraen de una lectura entre líneas: resolución que pone en conocimiento de partes el resultado de una peritación, de 05/01/1998 (fl. 103); auto que ordenó prueba el 25/01/1999 (fl. 107); y audiencia sobre prueba para mejor proveer del 24/11/1999 (fl. 145). Obsérvese que a partir de este último acto la prescripción se extendió hasta el 24/11/2001, pero después se han realizado otras actuaciones, incluida esta sentencia de casación que viene a interrumpir y dar efecto originario al término de prescripción, de modo que solamente operará totalmente el plazo si de hoy en dos años no se realiza acto alguno que de impulso procesal a la causa"* (en igual sentido voto 2001-764 de este mismo Tribunal, ponente el Juez Dall'Anese Ruiz)."

## Tribunal de Casación Penal, 2004-1332, de las 11:30 horas del 21 de diciembre de 2004.

**22. Notificación por facsímil.** Plazo para recurrir. No rige reglamento, sino artículo 160 del Código Procesal Penal.

"El Código Procesal Penal es ley especial, regulando expresamente lo relativo al conteo de los plazos cuando la notificación se realice por fax, ello de acuerdo con el artículo 160 del Código Procesal Penal. La parte recurrente alega que se trata de un criterio sorpresivo, contrario a la seguridad jurídica, pero dicha argumentación no puede ser acogida. En primer lugar debido a que un principio de un Estado de Derecho y con ello de la garantía de la seguridad jurídica es el de actuación conforme a lo establecido en la ley, resultando que la función de los tribunales es la interpretación de la ley, sin que les esté vedado la misma por el hecho de que con anterioridad se



haya sostenido otro criterio en algunos fallos. Se agrega a ello que contrario a lo indicado por la parte recurrente lo sostenido por la mayoría del Tribunal no se trata de una posición que no haya sido sostenida con anterioridad. Así en el voto 1074-2003 del 24 de octubre de 2003 el Tribunal de Casación Penal dijo: "*Como lo alega el señor defensor, en escrito de folio 164, el plazo para interponer el recurso venció el 2 de setiembre de 2003, dado que, como lo indica la propia recurrente, la notificación de la resolución que impugna se le hizo a las partes el día 11 de agosto de 2003, tal y como se constata a folios 149 y 150, por lo que el plazo de quince días para recurrir empezó a correr el 12 de agosto de 2003 y venció el 2 de setiembre de este año, siendo que al día 3 de setiembre ya había vencido. La circunstancia de que la notificación de la sentencia fuese por un medio electrónico, no modifica la situación, puesto que el artículo 160 del Código Procesal Penal es claro al señalar que el plazo corre a partir del envío de la comunicación, así indica ese numeral: "Art. 160.- Forma especial de notificación. Cuando el interesado lo acepte expresamente, podrá notificarse por medio de carta certificada, facsimil o cualquier otro medio electrónico. En este caso, el plazo correrá a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión. También podrá notificarse mediante otros sistemas autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión, (el subrayado es nuestro). Por otra parte, la existencia de reglamentaciones en otro sentido no pueden prevalecer sobre esta disposición de la ley (...)"*. En este sentido véase además; votos 1037-2003 del 16 de octubre de 2003 y 316-2004 del 1 de abril de 2004 (con voto salvado)."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-801, de las 9:41 horas del 12 de agosto de 2004.**

### 23. Revisión. Hechos o prueba nueva. Alcances.

"El reclamo así motivado deviene *manifiestamente improcedente* e inadmisibile, conforme a lo dispuesto en el artículo 411 del Código Procesal Penal, pues las pue-

bas ofrecidas no están orientadas a demostrar un hecho nuevo, ni tampoco constituyen nuevos elementos de prueba (pues eran conocidos y estaban a disposición del quejoso desde antes de que se dictara la sentencia impugnada y desde entonces pudieron plantearse en el proceso para contradecir la acusación), sino que están esencialmente orientadas a justificar por qué el imputado se viene ahora a desdecir de lo que aceptó como cierto en la audiencia preliminar, con la asistencia letrada del Lic...., o a contradecir el fundamento probatorio del hecho acreditado en sentencia, para supuestamente demostrar que él no cometió el asalto realizado en perjuicio del señor S. V., pero lo cierto es que, como se dijo, ninguna de ellas tiene el carácter novedoso que exige el motivo de revisión invocado (art. 408, inc. e del CPP), no son posteriores a la condena, especialmente lo relativo al reconocimiento, que se reduciría de una mera repetición del acto aunque bajo otra modalidad. Es importante subrayar que la causal de revisión invocada supone, para justificar razonablemente la revisión de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia impugnada, que los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba sobrevengan o sean descubiertos después de la condena: "*Cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable*" (art. 408, inc. e, Código Procesal Penal). La exigencia de novedad de los hechos o elementos de prueba a que se refiere esa causal tiene su razón de ser —señala nuestra doctrina— en la circunstancia de que una repetición de la valoración del material probatorio del juicio cerrado con autoridad de cosa juzgada destruiría toda seguridad jurídica (CASTILLO GONZALEZ, Francisco: "El recurso de revisión en materia penal", San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1980, pág. 137). Por todo lo dicho se debe declarar inadmisibile la demanda de Revisión."

**Tribunal de Casación Penal, 2004-41, de las 9:37 horas del 29 de enero de 2004.**

## Lista de Asociados

1. Acuña Agustín, Desirée
2. Aguilar Mora, Carmen
3. Alpizar Chaves, Alberto
4. Alvarado Mondol, Andrea
5. Alvarado Vargas, Eddie
6. Antillón Montealegre, Walter
7. Arana Rojas, María de los Angeles
8. Araya Rivas, Carlos
9. Araya Solano, Rodrigo
10. Arce Moya, Sara
11. Arce Viquez, Jorge
12. Arias Madrigal, Doris María
13. Arroyo Gutiérrez, José Manuel
14. Baltodano Reyes, Ricardo
15. Barrientos Pellicer, César
16. Barrientos Quirós, Marcial
17. Blanco Meléndez, Carmen
18. Burgos Mata, Alvaro
19. Cabrera Pedrezzini, Gina
20. Campos Calderón, Federico
21. Campos Vargas, José Luis
22. Campos Zúñiga, Mayra
23. Carranza Lucero, Elías
24. Carrillo Mora, Juan Carlos
25. Casas Zamora, Linda
26. Castillo Prado, Marlene
27. Castro Fernández, Juan Diego
28. Chaves Gatjens, María Elena
29. Chaves Ramírez, Alfonso
30. Chaves Solera, Carlos
31. Chinchilla Sandí, Carlos
32. Chirino Sánchez, Alfredo
33. Cortés Coto, Ronald
34. Cruz Castro, Fernando
35. Cubero Pérez, Fernando
36. Dall Anese Ruiz, Francisco
37. Dobles Ovares, Víctor Alfonso
38. Enríquez Chavarria, Annia
39. Fallas Redondo, David
40. Fernández González, Kattia
41. Fernández Vindas, Rosario
42. Ferrandino Tacsan, Alvaro
43. Gairaud Salazar, Rafael
44. García Vargas, Lilliana
45. García Aguilar, Rosaura
46. Garita Vilchez, Ana Isabel
47. González Alvarez, Daniel
48. González Cordero, Ivan
49. González Castro, José Arnoldo
50. Gutiérrez Bustos, Domingo
51. Hernández Suárez, David
52. Hidalgo Murillo, José Daniel
53. Houed Vega, Mario Alberto
54. Jara Murillo, Gabriela
55. Jaspers Salas, Hellen
56. Jiménez Bolaños, Frezie María
57. Jiménez Vázquez, Carlos María
58. Leitón Rodríguez, Carolina
59. Llobet Rodríguez, Javier
60. Londoño Rodríguez, María de los Angeles
61. López Mc Adam, Alejandro
62. Madrigal Zamora, Roberto
63. Mairena Navarro, Marco
64. Marín López, Paola
65. Maxera Herrera, Rita
66. Mena Pacheco, Ma. Marta
67. Monge Pizarro, Lucila
68. Mora Calvo, Didier
69. Mora Mora, Alexander
70. Mora Mora, Luis Paulino
71. Morales García, Jorge Luis
72. Muñoz Campos, Mercedes
73. Murillo Rodríguez, Roy
74. Navas Aparicio, Alfonso
75. Núñez Núñez, Carlos
76. Pereira Villalobos, Magda
77. Plá Falcó, Santiago
78. Pochet Meléndez, Marcos
79. Porras Villalta, Marió
80. Porter Aguilar, Hugo
81. Prado Malé, Priscila
82. Redondo Gutiérrez, Carlos Luis
83. Rivas Loáciga, Luis Guillermo
84. Rivera Chacón, Guiselle
85. Rivera Quesada, Lilliana
86. Rodríguez Campos, Alexander
87. Rodríguez Gonzalo, Nuria
88. Rodríguez Miranda, Martín
89. Rojas Araya, Juan Diego
90. Rojas Azofeifa, Sheila
91. Rojas Guzmán, Gloria
92. Rojas Paniagua, Karen
93. Rojas Salas, Manuel
94. Rojas Zamora, Ana Beleira
95. Sáenz Zumbado, Luis
96. Salazar Carvajal, Pablo
97. Salazar Murillo, Ronald
98. Sanabria Rojas, Rafael Angel
99. Sánchez Romero, Cecilia
100. Sandí Murcia, Desirée
101. Seas Gutiérrez, Marjorie
102. Sojo Picado, Guillermo
103. Soto Arroyo, Hannia
104. Tiffer Sotomayor, Carlos
105. Tijerino Pacheco, José Ma.
106. Torres Alvarado, Xinia
107. Tosi Vega, Elizabeth
108. Ureña Salazar, José Joaquín
109. Vargas González, Patricia
110. Vargas Rojas, Omar Julio
111. Venegas Marín, Luis Alberto
112. White Ward, Omar
113. Zelaya Rodríguez, Rodrigo
114. Zúñiga Soto, Rodrigo