

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MAYO, 2008

AÑO 20 N° 25

DOCTRINA EXTRANJERA

El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad

Klaus Günther

Sobre prueba y motivación

Perfecto Andrés Ibáñez

Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho Penal alemán

Francisco Muñoz Conde

DOCTRINA NACIONAL

La impunidad en Costa Rica en materia de experimentaciones biomédicas en seres humanos

MSc. Carlos Chaves Solera

MSc. Guiselle Chaves Solera

MSc. Antonio Ortega Vindas

Transfusión de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová.

Implicaciones éticas y jurídicas

Lic. Jorge Arturo Rojas Fonseca

Licda. Ana Isabel Solís Zamora

La conciliación en delitos de corrupción de funcionarios del Código Penal de Costa Rica

Dra. Hannia Soto Arroyo

"Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar" y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales

MSc. Gustavo Chan Mora

La declaración del coimputado (codefendant) y el Derecho estadounidense (análisis comparativo con el Derecho costarricense).

MSc. Ronald Cortés Coto

La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales

Lic. Jorge Luis Morales García

La independencia judicial en Costa Rica

Dr. Omar Vargas Rojas

Problemas para la implementación de la oralidad en el Proceso Penal Costarricense

MSc. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos: Fraude en la entrega de las cosas

Dr. Alfonso Navas Aparicio

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

MSc. Rosaura García Aguilar

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Dr. Alfonso Navas Aparicio

Jurisprudencia Tribunal de Casación Penal de San José

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

Lic. Eduardo Elizondo Vindas



Tinterillo, Grabado de Francisco Amighetti

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MAYO, 2008

AÑO 20 N° 25



ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

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) 2283-5722
Correo electrónico: acpcr@ice.co.cr
Página web: www.cienciaspenales.org

Consejo Editorial Consultivo

Dr. Kai Ambos	Alemania
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania
Dr. David Baigún	Argentina
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Fernando de la Rúa	Argentina
Dr. Julio B. J. Maier	Argentina
Dr. Jaime Malamud G.	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover	Brasil
Dr. Juan Bustos Ramírez	Chile
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	España
Dr. Antonio González Cuéllar	España
Dr. Vicente Gimeno Sendra	España
Dr. Antonio Beristain Ipiña	España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer	España
Dra. Elena Larrauri Pijan	España
Dr. José María Asencio Mellado	España
Dr. Giovanni Conso	Italia

Junta Directiva

Presidente:	Rafael Ángel Sanabria Rojas
Vicepresidenta:	Hannia Soto Arroyo
Secretaría:	Xiomara Gutiérrez Cruz
Tesorero:	Ana Isabel Solís Zamora
Vocal:	Didier Mora Calvo
Fiscal:	Mayra Campos Zúñiga

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.

Editorial

Damos a la comunidad jurídica nacional e internacional, con orgullo, el número 25 de la Revista de la Asociación Costarricense de Ciencias Penales. Llegamos así a un número de ejemplares muy significativo, que expresa el esfuerzo constante y decidido por abrir espacios de estudio, reflexión y debate, en un medio que tradicionalmente ha sufrido grandes limitaciones. En esta ocasión, conservamos la estructura que hemos utilizado últimamente, dedicando una primera parte a la doctrina internacional; una segunda a la doctrina nacional y, en tercer lugar, un apartado que resume la jurisprudencia más significativa de la Sala Constitucional, la Sala Tercera (Penal) y el Tribunal de Casación.

A. SECCIÓN DE DOCTRINA INTERNACIONAL.

El profesor Klaus Günther del Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho de la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt, aporta en este número su reflexión ***El desafío naturalista para el derecho penal de culpabilidad***. Se trata de un ensayo enmarcado en la polémica generada por algunos conceptos deterministas de científicos naturalistas (específicamente neurólogos contemporáneos), en contraste con los principios fundamentales del derecho penal liberal clásico. Puntualmente, el autor desarrolla el replanteamiento que estos científicos naturalistas pretenden, acerca de un nuevo concepto de ser humano a partir de estudios sobre el funcionamiento del cerebro y criticando, de paso, las bases del derecho penal de culpabilidad. Klaus Günther nos hace un recorrido por el concepto de culpabilidad, su relación con el tema de la libertad y, en definitiva, del modelo de persona, sociedad y estado que pueden determinar. Nos señala en su texto las opciones que se pueden tener en el derecho penal frente a las hipótesis de la ciencia neurológica de nuestros días, y de cómo, en última instancia, las conclusiones deterministas de estos avances científicos coinciden con una negación de la libertad individual, la afirmación de un derecho penal que privilegia la seguridad y termina avalando tesis ajenas al derecho penal liberal, al tiempo que coincide con tesis como la necesidad de un "derecho penal del enemigo" al estilo de Jacobs, o lo que es lo mismo, la renuncia al derecho penal del Estado Benefactor -orientado a la prevención y limitado por el principio de culpabilidad- sustituyéndolo por un derecho penal postpreventivo -decantado a favor de la seguridad y a la protección global de un determinado sistema

económico-. Agradecemos a Gustavo Chan Mora gestionar y traducir este importante aporte.

Por su parte el magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez, nos contribuye con ***Sobre prueba y motivación***, llamando la atención, en primer lugar, sobre la relegación que ha tenido el momento del "juicio" en medio de los temas procesales generales. Hace la relación entre ese descuido de los jueces y la cultura política del Poder Judicial que termina sacrificando una "convicción razonada" en manos de una "libre convicción" dominada por factores subjetivos o arbitrarios del quehacer jurisdiccional. Advierte además este autor que tanto la adquisición como la posterior valoración de la prueba y la decisión final del objeto del litigio, son mucho más que meros momentos jurídicos a cumplir y que debemos reparar en la importancia del método en la construcción de las decisiones judiciales. Si constitucionalmente está estipulada la obligación de motivar las sentencias, esas decisiones tienen que hacer valer el principio de conocimiento sobre el mero ejercicio de poder (Ferrajoli); asimismo, el principio de inocencia, en tanto principio jurídico debe verse más bien como una forma de organizar las relaciones entre el ciudadano y la justicia; y deben hacerse valer la objetividad o neutralidad del juez y el contradictorio como fuentes de las que emane la verdad jurisdiccional en el marco de un proceso acusatorio democrático. El profesor Andrés Ibáñez ilustra algunas falencias del sistema procesal penal español y apunta que sólo a través del cumplimiento con la motivación de las sentencias, se hará realidad el mandato de la Constitución española y el ejercicio adecuado del quehacer jurisdiccional.

En ***Una nueva imagen de la historia contemporánea del derecho penal alemán*** el maestro español Francisco Muñoz Conde nos regala una extraordinaria contribución a nuestra revista. Se trata de un valiosísimo recuento en el que se revela la conexión ideológica y política de destacados penalistas durante la época del nacional-socialismo alemán y su adhesión decidida y entusiasta al régimen autoritario y racista de Adolf Hitler, contribuyendo con temas y conceptos que fueron básicos para la política de persecución penal y genocidio de esa época. Curiosamente, apunta Muñoz Conde, ese pasado nazi de autores como Mezger, Maurach y el austriaco Gleispach ha querido ocultarse y hasta negarse por décadas, no siendo sino hasta ahora, con algunos trabajos suyos, así como un artículo del costarricense Llobet Rodríguez y, de manera espe-

cial, el trabajo de tres fuentes bibliográficas fundamentales, que se está reescribiendo la historia contemporánea del derecho penal alemán. Este artículo termina siendo un recorrido bibliográfico por esas tres fuentes que el autor considera imprescindibles para una cabal comprensión del tema, a saber, siete volúmenes del *Anuario de Historia Jurídica Contemporánea*, publicados entre 1999 y el 2006, a cargo del destacado jurista e historiador Thomas Vormbaum; en segundo lugar, la tesis de Joachim Renneberg, escrita en 1956 en la entonces República Democrática de Alemania bajo el título *Las teorías social-biocriminológicas y las propuestas de reformas del Derecho Penal de Liszt y la destrucción de la legalidad en el Derecho Penal burgués*, cuya hipótesis central consiste en demostrar que las ideas de F. von Liszt, características de la burguesía alemana ascendente hacia finales del siglo XIX, encontraron su verdadera materialización en la dictadura fascista de Hitler; y por último, el trabajo de Eduard Rabotfsky y Gehart Oberkofler *Las raíces ocultas de la justicia nacional socialista, arsenal jurídico penal para dos guerras mundiales*, publicada en 1985, donde se desarrollan las relaciones entre Alemania y Austria en materia de políticas criminales entre la primera y segunda guerras mundiales y que fueron expresión de ideas conservadoras, racistas y totalitarias, tanto en cuanto al modelo de Estado como en cuanto al Derecho Penal. Parte de la reflexión del profesor Muñoz Conde consiste en advertir cómo, muchos de los conceptos claramente surgidos al calor de estas ideologías autoritarias, reaparecen ahora desconectados del contexto en que emergieron, como se hace en el artículo de G. Jacobs *Indiferencia como dolo indirecto*, aparecido en el Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo (2004). De igual manera, falta por escribirse, en su criterio, la historia de las conexiones ideológicas y políticas de penalistas y profesores de derecho penal con los regímenes dictatoriales de Iberoamérica.

B. SECCIÓN DE DOCTRINA NACIONAL.

Con un muy respetable respaldo bibliográfico Carlos y Guiselle Chaves Solera junto con Antonio Ortega Vindas nos presentan *La impunidad en Costa Rica en materia de experimentaciones biomédicas en seres humanos*. Como su título lo advierte, se trata de una investigación que ha detectado casos de intervenciones irregulares en materia de experimentación con sujetos humanos en nuestro país, así como la legislación insuficiente con que se cuenta y, en consecuencia, los ámbitos amplios de impunidad que se padecen. Luego de un amplio recorrido por el desarrollo histórico y legal, tanto a nivel mundial como nacional en este tema, los autores hacen un análisis de derecho comparado y

terminan proponiendo la figura penal que en su criterio daría por superado el problema.

De igual manera, mediante un amplio examen doctrinario, normativo y jurisprudencial, Jorge Rojas Fonseca y Ana Isabel Solís Zamora, plantean, en su *Transfusión de sangre y hemoderivados en testigos de Jehová. Implicaciones éticas y jurídicas*, toda la problemática derivada de la negativa, por razones religiosas, a la recepción de ciertos tratamientos médicos. Se advierte, por parte de los autores desde un inicio, la complejidad del problema y la necesidad de verlo en la perspectiva de la concurrencia de diversos valores ético-religiosos y jurídicos. Luego de exponer una serie de conceptos básicos como el de ética, ética médica, bioética, consentimiento informado y derechos fundamentales, Rojas y Solís se adentran a las posibles soluciones que pueda tener el conflicto planteado, teniendo en cuenta las diversas posibilidades en que se presenta, ya sea que estemos frente a un adulto, un menor (que está cubierto por un régimen privilegiado de protección cuando de la vida se trata), una persona conciente o inconsciente, entre otros supuestos. Finalmente, los autores incursionan en las soluciones jurídicas que el conflicto puede tener para los médicos que intervienen, para los padres de la persona menor de edad y para el menor mismo si se le respeta, como nuestro ordenamiento lo prevé, su derecho a decidir de manera informada.

Acerca de los tipos penales relacionados con la corrupción en la función pública, previstos en el Código Penal y sus posibilidades respecto a la salida alterna de la conciliación nos expone Hannia Soto Arroyo. Su artículo, titulado *La conciliación en delitos de corrupción de funcionarios en el Código Penal de Costa Rica*, incursiona en los conceptos fundamentales que informan el tema: qué debe entenderse por corrupción, quién es funcionario público, cuáles son las principales figuras relacionadas con la corrupción, la naturaleza de estos delitos, cuál ente público debe representar los intereses estatales en estos hechos, etc. Premisa importante es señalar, según la autora, el hecho de que estas formas delictivas no sólo causan daños económicos al Estado, sino que dañan aun más gravemente la credibilidad en la democracia y sus instituciones, de ahí que resulte problemática la aplicación de una figura procesal como la conciliación que, en la práctica, se ha visto afectada por decisiones del mismo Poder Ejecutivo, limitando a la Procuraduría General de la República para la aceptación de esta medida alterna por razones estrictamente políticas, en un clima donde la preocupación por la seguridad ciudadana no ve en general con buenos ojos los arreglos que no signifiquen mera punición. Una llamada a retomar la posibilidad de

que la conciliación sea viable en materia de delitos de corrupción en la función pública, por las ventajas efectivas que puede tener respecto al resarcimiento real de los daños causados, es la última idea que deja propuesta la articulista.

Gustavo Chan Mora, desde Alemania, nos envía su **“Escenario de la bomba a punto de explotar” y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales**, reflexión que tiene como premisa las respuestas de política criminal que se están intentando en el mundo contemporáneo sobre la base del temor que puede infundir la inminencia de un ataque terrorista o fenómenos similares. Este punto de arranque le permite al autor ahondar en la improcedencia de trasladar esas respuestas, que privilegian el instinto de seguridad sobre el de libertad, desde la criminalidad no convencional a la criminalidad común y el efecto que esto tiene sobre los derechos fundamentales de las personas. El articulista se desliza hacia una de las falacias más divulgadas en nuestros días, a saber, la dicotomía entre víctima-victimario y de cómo se pretende ver el conflicto como un imperioso desplazamiento de los derechos de unas, en detrimento de los derechos de los otros. Tal falacia, según Chan Mora, debe resolverse a partir de un concepto de derechos humanos y fundamentales que tenga a la persona como centro de articulación básico y supere las dicotomías ciudadano/enemigo o víctima/imputado, con la responsabilidad clave que en todo este proceso tienen la agencia judicial.

Un interesante ensayo de derecho procesal penal comparado se contiene en el artículo **La declaración del coimputado (codefendant) en el derecho estadounidense. Análisis comparativo con el derecho costarricense**, de Ronald Cortés Coto. El estudio se centra en exponer la naturaleza de la declaración de quienes pudiendo tener algún grado de responsabilidad en la investigación que conduce el Ministerio Público, implican o comprometen con su declaración a otros posibles acusados. Se examinan los criterios de admisibilidad y valor que se les ha dado a estos testimonios, sea en la legislación procesal de los Estados Unidos de América, sea en la legislación costarricense. Se establece la mayor flexibilidad que tiene el fiscal norteamericano para utilizar este tipo de prueba y, en cambio, las limitaciones con que se topa, en su criterio, el acusador costarricense. De paso, el articulista señala algunas críticas que considera relevante hacer a la forma en que el Ministerio Público de Costa Rica ha utilizado las figuras procesales en juego. Por último, el análisis que hace Cortés Coto toma en cuenta no solo el marco normativo de cada realidad estudiada, sino también los criterios de la dogmática y, muy es-

pecialmente, los lineamientos constitucionales que han guiado cada caso.

El artículo de Jorge Luis Morales García, bajo el título **La imputabilidad disminuida-Una confrontación de tesis jurisprudenciales**, aborda los criterios que se han externado en resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y en el Tribunal de Casación Penal. El debate jurisprudencial se centra en los conceptos de inimputabilidad, imputabilidad disminuida y sus relaciones con la culpabilidad y los efectos jurídicos (penas o medidas de seguridad). Describe y critica este autor la posición que tradicionalmente ha tenido la Sala Penal en el sentido de equiparar imputabilidad disminuida con inimputabilidad, estableciendo en este supuesto la ausencia de culpabilidad con la consecuente impunidad. Por su parte, Morales García acoge criterio vertido en cierta oportunidad por el Tribunal de Casación Penal que defiende la posibilidad de una disminución de la respuesta punitiva, pero no su eliminación, ante el caso de la imputabilidad disminuida. Reconoce, sin embargo, la fragilidad de esta tesis, aún dentro de ese Tribunal y propone, para superar lo que considera opiniones tradicionales equivocadas, una reforma de ley que expresamente reconozca la posibilidad de reconocer una disminución adecuada de la respuesta penal en este tema.

Incluimos también un trabajo de naturaleza no convencional ni frecuente en nuestro medio, **La independencia judicial en Costa Rica** de Omar Vargas Rojas, resulta ser una reflexión amplia, bibliográficamente bien respaldada y cuyo contenido es un buen resumen de los antecedentes, la situación actual y las vías futuras por las que puede transitar la independencia judicial en nuestro país. Se trata de un análisis crítico del modelo constitucional que nos rige en esta materia y los claroscuros que han determinado la evolución del Poder Judicial costarricense, con algunos logros y todavía muchas deficiencias y asignaturas pendientes. Un conjunto de factores externos e internos que pueden afectar la independencia de los jueces en nuestro medio son enumerados y expuestos por Vargas Rojas, en lo que constituye quizá el trabajo más calificado que en nuestro medio se haya propuesto sobre tan importante tema para la vida institucional y democrática.

En el marco de una avanzada importante para remozar la materia, **Problemas para la implementación de la oralidad en el proceso penal costarricense**, de José Manuel Arroyo Gutiérrez, resulta ser un esfuerzo por sistematizar las principales dificultades que se han encontrado para, sin necesidad de plantear nuevas reformas legales, poder implementar un proceso penal por

audiencias, que permita alcanzar los ideales de acceso a la justicia, en tiempos razonables, por parte de todos los intervinientes y en estricto apego a las garantías y derechos constitucionales. Se señalan obstáculos de naturaleza cultural, psicológicos y pseudo-jurídicos y se dibujan las estrategias seguidas para convencer y dirigir el cambio necesario. Estas directrices tienen que ver con un curso que se ha impartido en todo el territorio nacional, circulares de la Comisión de Asuntos Penales y del Consejo Superior y, lo que resulta de decisiva relevancia, jurisprudencia de las salas Tercera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Un balance de los logros y los retos que quedan pendientes, permiten cierto optimismo frente a las resistencias que aún quedan y que se expresan en actitudes y prácticas que deben ser desterradas.

Por último, la pertinencia de tutelar bienes jurídicos de carácter económico, tanto como la salud y la vida de las personas, lleva a Alfonso Navas Aparicio a proponernos su **Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos: fraude de simulación en la entrega de las cosas**. A partir de normativa internacional, emanada por Naciones Unidas, se entiende la necesidad de que los estados dicten políticas públicas que den seguridad a los consumidores respecto de bienes de consumo que los sistemas de mercado ponen a su disposición. Figuras penales como el fraude

en la entrega de las cosas o bien la corrupción y alteración de sustancias o cosas contenidas en el Código Penal y leyes especiales como la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, constituyen un marco normativo que, unido a los principios constitucionales, deben dar suficiente base de protección a las personas. De esta manera, surge como imperativa la responsabilidad por delitos de carácter socio-económico, por medio de un Derecho Penal Económico cuya intervención punitiva debe poner límites a la libertad de producción y comercialización de bienes de adquisición y uso generalizado en una comunidad. El articulista concluye con un examen de la responsabilidad penal de personas individuales y jurídicas, así como los aspectos victimológicos involucrados.

C. JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

Incluimos aquí un resumen de los fallos que estimamos más relevantes emitidos por la Sala Constitucional, la Sala Tercera y el Tribunal de Casación; este trabajo ha sido posible dado el aporte que han hecho, por su orden, los compañeros Rosaura García Aguilar, Alfonso Navas Aparicio, Rafael Ángel Sanabria Rojas y Eduardo Elizondo Vindas. A ellos nuestro agradecimiento.

MSc. José Manuel Arroyo Gutiérrez
Director.

Índice

DOCTRINA EXTRANJERA

El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad <i>Klaus Günther</i>	11
Sobre prueba y motivación <i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	29
Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho Penal alemán <i>Francisco Muñoz Conde</i>	41

DOCTRINA NACIONAL

La impunidad en Costa Rica en materia de experimentaciones biomédicas en seres humanos <i>MSc. Carlos Chaves Solera; MSc. Guiselle Chaves Solera, MSc. Antonio Ortega Vindas</i>	57
Transfusión de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová. Implicaciones éticas y jurídicas <i>Lic. Jorge Arturo Rojas Fonseca, Licda. Ana Isabel Solís Zamora</i>	75
La conciliación en delitos de corrupción de funcionarios del Código Penal de Costa Rica <i>Dra. Hannia Soto Arroyo</i>	91
“Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar” y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales <i>MSc. Gustavo Chan Mora</i>	109
La declaración del coimputado (codefendant) y el Derecho estadounidense (análisis comparativo con el Derecho costarricense). <i>MSc. Ronald Cortés Coto</i>	115
La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales <i>Lic. Jorge Luis Morales García</i>	125
La independencia judicial en Costa Rica <i>Dr. Omar Vargas Rojas</i>	141
Problemas para la implementación de la oralidad en el Proceso Penal Costarricense <i>MSc. José Manuel Arroyo Gutiérrez</i>	157
Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos: Fraude en la entrega de las cosas <i>Dr. Alfonso Navas Aparicio</i>	163

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia <i>MSc. Rosaura García Agullar</i>	171
Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia <i>Dr. Alfonso Navas Aparicio</i>	179
Jurisprudencia Tribunal de Casación Penal de San José <i>Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas; Lic. Eduardo Elizondo Vindas</i>	191

EL DESAFÍO NATURALISTA PARA EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD*

Klaus Günther**

SUMARIO:

- I. Extraños paralelismos
- II. La culpabilidad jurídico penal como imputación impugnabile
- III. La culpabilidad jurídico penal como normalidad presunta
- IV. ¿Qué significa la presunción de normalidad?
- V. Presunción de normalidad y libre albedrío
- VI. Tres opciones para ocuparse de las hipótesis de la investigación neurológica
- VII. Consecuencias de la hipótesis determinista más "dura"
- VIII. Breve perspectiva: El concepto jurídico penal de culpabilidad en el derecho penal post preventivo (*nach-präventives Strafrecht*)

I. EXTRAÑOS PARALELISMOS.

La evolución actual del derecho penal hacia un derecho de la seguridad "post-preventivo" va acompañada por un debate sobre el principio de culpabilidad, que parece alimentarse de otros temas. En las discusiones actuales sobre las posibles consecuencias de los nuevos conocimientos generados por las ciencias neurológicas se gira, sobre todo, en torno al concepto jurídico penal de culpabilidad.

Prominentes científicos alemanes como Wolf Singer, Gerhard Roth, o Hans Markowitsch argumentan, mediante un rígido determinismo, contra el concepto jurídico penal de culpabilidad y sobre todo contra una pena basada en la culpabilidad: Si nuestras acciones y decisiones están completamente predeterminadas causalmente por procesos neurológicos, no queda ningún espacio para el libre albedrío y si la voluntad no es libre, por lo tanto, un autor tampoco puede ser responsable por su delito, por lo menos no en el sentido más habitual de que solamente conforme a su voluntad él podría haberse comportado de otra manera en la misma situa-

ción, pudiendo también, consecuentemente, no haber realizado el delito.

Con base en estas afirmaciones se fundamenta la exigencia de eliminar el reproche de culpabilidad jurídico penal y de sustituir la sanción penal por medidas de seguridad o, en la medida que sea posible según el estado del conocimiento médico, de sustituirla por intervenciones o terapias de la medicina neurológica.

Wolf Singer, entretanto, ha llegado tan lejos como para recomendar una nueva terminología para el Derecho Penal, en la que todavía se hace uso de la palabra "responsabilidad" aunque solo aparentemente, pues en realidad se le usa para significar "peligrosidad".

Cuestionada de una manera tan fundamental la libertad de la persona se pone a disposición no solamente el concepto de culpabilidad y la pena, sino también el derecho en su totalidad. Esto puede demostrarse con el sencillo ejemplo de que, en tal caso, no solo el delincuente no podría decidir sobre su acción, sino que tampoco pueden hacerlo entonces los jueces y juezas que

* Nota del traductor (en adelante N.T.): La traducción del artículo estuvo a cargo de Gustavo Chan Mora, quien agradece la cortianza brindada por el Profesor Klaus Günther así como su autorización para que este trabajo fuera publicado en la Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. El título original del artículo en alemán es „Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts“, fue publicado originalmente en el libro „Jenseits des staatlichen Strafrechts“ (Mas allá del Derecho Penal del Estado de Derecho). Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007.

** N.T. Klaus Günther es profesor de Teoría del Derecho, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en el Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho de la Johann Wolfgang Goethe Universität en Frankfurt am Main, Alemania. Sus campos de investigación son: La filosofía del derecho, desde una perspectiva metodológica e histórica, la teoría del discurso y la argumentación jurídica, concepto y teorías de la responsabilidad, la teoría del derecho en la globalización, la sociología jurídica, el derecho como literatura (*Law as Literature*) y los problemas fundamentales del derecho penal desde el punto de vista europeo e internacional.

la analizan. Su sentencia no sería el resultado de una decisión ligada solamente al derecho (pero en ese ligamen, una decisión libre y de la cual, consecuentemente, se hacen responsables), sino que sería en cambio el resultado de cursos causales de los cuales los jueces no serían responsables.

Este ejemplo deja en claro que para cada discusión sobre el libre albedrío como requisito necesario o prescindible de algunos ámbitos e institutos jurídicos en particular, se cuestiona también, en general, una premisa esencial del derecho: El derecho requiere que los destinatarios de una norma puedan dirigirse y controlarse a sí mismos, que acaten el derecho con base en sus propias reflexiones y decisiones. Dicho de manera breve, una característica constitutiva del derecho, en general, es la libertad de la persona de determinarse a sí misma, para observar el derecho, o bien, para vulnerarlo.

Sin esta premisa, la conducta de cada sujeto en particular tendría que ser controlada y vigilada completamente y sin interrupciones mediante un extenso aparato de control, de la mano de programas de condicionamiento y a través de técnicas de manipulación social.

Ante el trasfondo de estas alternativas, sorprende que el debate sobre las consecuencias que tiene la investigación neurológica para la libertad se haya limitado exclusivamente al ámbito del derecho penal. Pero, ciertamente, extraña aun más que este debate no se ocupe de la transformación política que desde hace tiempo tiene lugar: del derecho penal, es un derecho de la seguridad.

A continuación me ocuparé, desde una perspectiva crítica, de los retos o exigencias naturalistas para el derecho

penal de la culpabilidad, para referirme en la conclusión a algunos paralelismos que han pasado desapercibidos con esta transformación del derecho penal.

II. LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL COMO UNA IMPUTACIÓN IMPUGNABLE.

A pesar de estos desafíos la ciencia jurídico penal reacciona de manera irregular, debido a que el concepto jurídico penal de culpabilidad es, en sí mismo, controvertido, sobre todo en cuanto al tema de si presupone o no el libre albedrío. Frente a los descubrimientos de la ciencia neurológica también en la ciencia jurídico penal se desarrollan, una y otra vez, nuevas teorías con posiciones afirmativas, negativas o agnósticas acerca del libre albedrío, para derivar posibles consecuencias en el derecho penal².

De cara a este despliegue, decepciona la constatación de que apenas en algún ordenamiento jurídico penal del mundo se puede encontrar una definición positiva, jurídicamente vinculante, del concepto de culpabilidad. En ningún lugar se ubica una frase como: "La culpabilidad del autor de un delito existe cuando..."

A decir verdad, la culpabilidad jurídico penal presupone, en un sentido amplio, entre otras cosas la intencionalidad para el sujeto actuante, la que se determina positivamente como dolo o imprudencia. Con todo, tampoco puede hallarse acá una definición definitiva o cerrada, que pudiera ser inmune frente a excepciones no previstas.

En la controversia que existe permanentemente en el derecho penal alemán acerca de la delimitación entre el

1. Wolf Singer, *Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit* (Los límites de la intuición: Determinismo o Libertad), en: Rainer Maria Kiesow, Regina Ogorek und Spiros Simits (editores), Summa Verlag, *Festschrift für Dieter Simon zum 70. Geburtstag* (Libro homenaje a Dieter Simon en su cumpleaños 70), Frankfurt am Main, 2005, pp. 529-537.

2. Solamente en un período reciente puede verse: Franz Streng, *Herausforderung des strafrechtlichen Schuldprinzips durch die Hirnforschung?* (¿Desafío del concepto jurídico penal de culpabilidad mediante la investigación neurológica?) En: Leonidas Kotsalis (Editor), *Willensfreiheit: Determinismus-Indeterminismus* (Libre albedrío, Determinismo e Indeterminismo), Atenas, 2005, p. 61 y siguientes; Reinhard Merkel, *Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld: Versuch eines Beitrags zur Ordnung einer verworrenen Debatte* (Libertad de acción, libre albedrío y culpabilidad jurídico penal. Intento de contribución para ordenar un debate enrevesado) en: *Gerechtigkeitswissenschaft-Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstag von Lothar Philipps* (Coloquio sobre la ciencia de la justicia con motivo del cumpleaños 70 de Lothar Philipps), 2005, p. 411 y sgts.; Günther Jakobs, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung* (Individuo y persona. La imputación jurídico penal y los resultados de la moderna investigación neurológica), en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2005, pp. 247 y siguientes; Thomas Hillenkamp, *Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung* (¿Derecho Penal sin libre albedrío? Una respuesta para la investigación neurológica), en: *Junfermannzeitung* 60, 2005, pp. 313 y sgts.; Björn Burkhardt, *Was ist ein Mensch zu sein?* (¿Qué significa ser humano?), en: Jörg Arnold et al (editores), *Festschrift f. A. Eser z. 70. Geb* (libro homenaje a A. Eser en su cumpleaños 70); München 2005, pp. 77 y sgts.; Klaus Lüderssen, *Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?* (¿Cambia la investigación neurológica al derecho penal?) en: Christian Geyer (editor), *Hirnforschung und Willensfreiheit* (Investigación neurológica y libre albedrío), Frankfurt am Main 2004, pp.98 y siguientes; Anja Schlemann, *Kann es einen freien Willen geben? Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht* (¿Puede darse una libre voluntad? Riesgos y efectos colaterales de la investigación neurológica para el derecho penal alemán), en: *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp.2056 y siguientes Acerca de la toma de posición en la literatura especializada de los manuales y los comentarios, véase: Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Derecho Penal. Parte General.), Bd. 1, 4. Aufl. München 2006, §19 Rn. 43 y siguientes; Wolfgang Schild, en: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. Baden-Baden 2005, §20 Rn7-8.

dolo eventual y la culpa consciente (denominados respectivamente como *recklessness* y *negligence* en el derecho del *common law*), se evidencia que en Alemania también goza de preeminencia la delimitación negativa de un concepto frente a casos de excepción.

Esto vale fundamentalmente para aquellos elementos del concepto de culpabilidad que conciernen a su propio núcleo: precisamente, la formación de la voluntad individualmente reprochable, o sea, la culpabilidad en sentido estricto como categoría sistemática del delito. En ésta se encuentran únicamente definiciones negativas: Un autor se comporta de manera culpable si determinadas excepciones no se dan.

En el derecho penal alemán estas excepciones son, básicamente, las siguientes:

- a. La incapacidad de comprender el carácter injusto del hecho o de comportarse conforme a esa comprensión causada por falta de madurez (edad inferior a 14 años) o por una enfermedad (arts. 19 y 20 del StGB¹)
- b. La falta de comprensión de injusto por inevitabilidad del error de prohibición (art. 17 del C.P.A.).
- c. Circunstancias especiales del hecho que pueden hacer parecer inexigible el cumplimiento del derecho o que, por lo menos, pueden hacer parecer como comprensible una vulneración de bienes jurídicos (El estado de necesidad exculpante, artículo 35 del C.P.A. y el exceso en la legítima defensa, artículo 33 del mismo cuerpo legal), como, en general, la inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) de un comportamiento conforme a derecho (por ejemplo, en el caso de colisión de deberes para los delitos de omisión).

Estas normas establecen cuándo se excluye la culpabilidad, pero no contienen un catálogo definitivo o cerrado, ni gozan de una validez universal que trascienda en tiempo y espacio. Las causas de exclusión de la culpabilidad más bien varían, en gran medida, histórica y culturalmente. Así por ejemplo, el estado de necesidad

exculpante ha sido reconocido en algunos ordenamientos jurídicos únicamente como motivo de atenuación de la pena (por ejemplo en el sistema de *common law* anglo-estadounidense), el cual deja subsistir el juicio de reproche. También la edad de madurez penal fluctúa considerablemente de un ordenamiento a otro, aún si se toma en consideración solamente una parte del contexto occidental europeo.

La preferencia por tales definiciones negativas se debe a que el legislador no tiene que adherirse (mediante una respuesta posiblemente problemática acerca de la cuestión del libre albedrío) a un significado determinado para el concepto de culpabilidad. Sin embargo, junto a este motivo pragmático probablemente existe uno más profundo.

Dado que sin un motivo de exclusión de la culpabilidad o sin una causa de exculpación se acepta positivamente la culpabilidad jurídico penal (frecuentemente sin una fundamentación ulterior), se hace evidente, entonces, la presunción con que en el Derecho Penal cada delincuente es considerado culpable si no padece alguno de los citados déficit, internos o externos, exculpantes o excluyentes de la culpabilidad. En el proceso penal el imputado es considerado culpable sin mayor exigencia probatoria, a menos que circunstancias especiales hagan parecer esta suposición como dudosa.

La técnica del legislador (y su equivalente en los antecedentes judiciales del *common law*), consiste en la aplicación de un **modelo de regla-excepción**. La práctica jurídico penal opera, por consiguiente, mediante un procedimiento de presunción que puede ser discutido o refutado; la culpabilidad penal es aquello que, en cierto modo, "queda o sobra" si no se da ninguna de las excepciones jurídicamente predeterminadas.

Es en este sentido que H.L.A. Hart interpretó² la responsabilidad jurídica como un concepto de imputación que es impugnabile (*anfechtbarer Zuschreibungs begriff*). Un autor es culpable si él no puede refutar, con base en

¹ N.T. *Stratgesetzbuch*= Código Penal alemán. En adelante C.P.A.

² N.T. Para evitar confusiones debe indicarse que en este punto el término "culpable" hace referencia exclusivamente a la culpabilidad como componente o categoría de análisis del concepto técnico jurídico de delito, y de ninguna manera al juicio de culpabilidad, o más precisamente, al juicio de responsabilidad penal. En resumidas cuentas lo que el autor señala, de manera crítica, es que en el proceso penal la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y el conocimiento de injusto penal del procesado siempre se presumen, sin que existan pruebas al respecto.

3 H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* (La Adscripción de responsabilidad y derechos), en: *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948/49), p. 171 y siguientes. Hart se retractó de este ensayo por efecto de la crítica, la que se dirigió, sin embargo, sobre todo contra la aplicación adscriptiva del concepto de acción. Comparese: H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 2. Aufl. Oxford 1988. Acerca de la crítica véase: George Pitcher, *Handlung und Verantwortung bei Hart* (Acción y responsabilidad en Hart), y Peter Geach, *Der Askriptivismus* (El ascriptivismo), ambos en: Georg Meggle (Editor), *Analytische Handlungstheorie* (Teorías analíticas de la acción), Bd. 1, Frankfurt am Main, 1977, p. 225 y siguientes y p. 239 y siguientes. Acerca de las consecuencias teórico penales de la tesis de la adscriptividad de Hart véase Lothar Kuhlen, *Die Objektivität von Rechtsnormen* (La objetividad de las normas jurídicas), Frankfurt am Main entre otros, pp. 91-107.

una condición excepcional, la responsabilidad que *prima facie* se le ha imputado. En tal caso –así lo indica la expresión acostumbrada–, la configuración de la voluntad dirigida al delito también es individualmente reprochable para el autor y, consecuentemente, se le puede hacer un reproche de culpabilidad⁴.

III. LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL COMO NORMALIDAD PRESUNTA.

A partir de este breve diagnóstico ¿qué se deriva para el concepto jurídico penal de culpabilidad? El Derecho Penal y el sistema de justicia penal operan con una especie de “presunción de normalidad”, la cual puede impugnarse mediante la apelación a excepciones. La regla es aquello que se encuentra, dentro de cierto marco temporal, de manera regular en la población y que, en tal sentido, es considerado como “normal”.

Quien no padece alguno de los déficit mencionados, o no se encuentra al momento del hecho en una situación extremadamente apremiante, es considerado en esa medida como capaz de acatar el derecho y de omitir la vulneración de bienes jurídicos. Si la mayoría de los destinatarios de la norma pueden, bajo circunstancias normales, adecuar su conducta al derecho, entonces, también puede hacerlo el individuo en particular.

De ese modo, la mayoría eleva sus capacidades promedio como parámetro general, con el cual es medido el delincuente en particular⁵. Esto concierne tanto a las capacidades cognitivas y volitivas generales, como a la diferenciación entre aquellas situaciones conflictivas que no son tolerables y aquellas que aun pueden llevarse a cabo, sin que para ello se lesionen bienes jurídicos ajenos. Si el inculcado se ajusta al parámetro, es culpable, si no se ajusta, entonces, no existe culpabilidad y tampoco puede ser sancionado.

En la vida cotidiana nos comportamos de la misma manera. Si una persona nos da un pisotón en el pie, espontáneamente la hacemos responsable por ello y le repro-

chamos su conducta. Solamente cuando tenemos alguna duda nos preguntamos si tal vez hubo alguna razón para ello, o si se cumplió alguna de aquellas condiciones excepcionales que nos permita revocar el reproche.

Esto significa que normalmente hacemos responsable por su acción a la persona aludida. Solamente cuando ésta reacciona pidiendo disculpas, cuando vemos que ella simplemente había tropezado y únicamente cuando podemos, con seguridad, reconocer en su comportamiento que padece un trastorno psíquico grave y manifiesto, solamente entonces, cambiamos de posición: “esta persona no lo quiso”, ella “no tuvo la culpa”. En tal caso se han evidenciado circunstancias que, por un momento, afectaron intensamente la capacidad promedio esperada, de poder dominar racionalmente los propios movimientos corporales.

Esta naturalidad social, para imputar recíprocamente una responsabilidad, de la cual nos apartamos únicamente en casos excepcionales justificados, también impera en el derecho penal: “Si por regla la culpabilidad no requiere de una especial fundamentación, es porque la responsabilidad de las personas por su conducta es evidente, a no ser que intervengan determinadas excepciones”⁶.

IV. ¿QUÉ SIGNIFICA LA PRESUNCIÓN DE NORMALIDAD? (NORMALITÄTUNTERSTELLUNG)

Esta práctica también puede funcionar, muy bien, en la interacción social cotidiana. Si algunos casos difíciles requieren, al efecto, distanciarse por un momento de dicha práctica y preguntarse sobre los fundamentos “de dicha presunción de normalidad” se pierden las certezas de una rutina, acostumbrada en la vida cotidiana.

Queda pendiente, precisamente, si se puede o no y cómo se puede fundamentar esta suposición generalizada de normalidad y cuáles hipótesis adicionales justifica, y, en particular, si de sus conclusiones se puede extraer un concepto de culpabilidad basado u opuesto al libre albedrío.

4. Herbert Tröndle/Thomas Fischer. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar* (Comentarios al Código Penal y a las Leyes Accesorias), 52. Aufl. München 2005. Vor § 13. Rn. 28.

5. Así, por ejemplo, Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen. *Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil* (Código Penal. Parte General), I, 5. Aufl. Köln, u.a. 2004. §10 Rn.4.

6. *Ibid.*, §7 Rn.28.

* N.T. *Schuldfähigkeit* y *Schuldunfähigkeit* significan, literalmente, capacidad de culpabilidad e incapacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad es el primer componente de la categoría de análisis “culpabilidad” en el concepto técnico jurídico de delito. En el contexto Latinoamericano se utilizan más frecuentemente los términos imputabilidad o inimputabilidad para hacer referencia (también mediante la definición negativa que cuestiona al autor) exactamente al mismo supuesto: la ausencia de enfermedades mentales o graves trastornos de la conciencia implica que la persona es imputable (o capaz de culpabilidad), la existencia de tales enfermedades o trastornos implica que es inimputable (o incapaz de culpabilidad). En la traducción de este artículo por lo tanto, los conceptos inimputabilidad-imputabilidad e incapacidad y capacidad de culpabilidad se utilizan indistintamente.

Una ojeada a la lista de excepciones de esta responsabilidad, imputada *prima facie*, muestra que no se trata de un conjunto definitivo de todos los supuestos negativos, cuya ausencia forzaría a la imputación de culpabilidad. En este sentido hablan tanto la heterogeneidad de las condiciones de excepción, como también la variabilidad histórica y cultural de la lista.

Por este motivo, de las condiciones de excepción enumeradas, tampoco se puede inferir simplemente en *contrario sensu* el contenido positivo de aquella presunción de normalidad, con la cual operamos para cada imputación de responsabilidad en la vida cotidiana.

Pareciera que intuitivamente sabemos cuándo no debemos atribuir o suponer aquella normalidad (por ejemplo, con la existencia de una enfermedad mental), pero no conocemos todas las condiciones necesarias y suficientes para la presunción de normalidad misma. Además, queda pendiente si para la presunción de normalidad se trata de una regularidad estadística, de una regla normativa, o si se trata de ambas.

La suposición de que se trata de una regularidad estadística está respaldada por un hecho de la experiencia: bajo condiciones de normalidad social y política (o sea, en las que no existe una desigualdad social extrema, ni conflictos sociales graves, ni se presenta una represión política masiva mediante el fortalecimiento de la criminalidad del Estado) la mayor parte de la población se comporta, en promedio, conforme a derecho.

No obstante, la investigación criminológica sobre la cifra negra de la criminalidad, así como el conocimiento que existe sobre la selectividad en la persecución penal, advierten que el número de vulneraciones a las normas jurídicas es mucho más grande que lo que se muestra en los casos abarcados por las estadísticas criminales o del Poder Judicial.

Aun así, es sorprendente que, en términos generales, por lo menos las normas más elementales se acatan. También dice poco en contra de aquella hipótesis de la regularidad estadística de la normalidad el hecho de que esto sucede preponderantemente de manera libre y voluntaria y no es solamente el resultado de una adecuación aparente, acompañada de un simultáneo rechazo interno, por lo menos en el tanto que no tengan lugar un abierto terrorismo o un total control de Estado y una prevención absoluta, ni un adoctrinamiento y un acondi-

cionamiento que intervengan en la *psique* de los destinatarios de la norma.

En esa medida, el concepto de culpabilidad se basa en la experiencia de que la mayoría de los destinatarios de la norma, por encima de una minoría, están provistos de una capacidad de comprensión y autocontrol, de modo que la presunción de normalidad, en ese tanto, parece empíricamente justificada. Pero dicha presunción de normalidad tiene también un significado normativo, por lo menos en dos sentidos:

(1) La distinción de una cierta capacidad promedio, como base para la imputación de culpabilidad jurídico-penal, es a su vez una decisión fundada normativamente. Esto siempre se esclarece en el tanto que el legislador ha decidido bajo cuáles requisitos estará dada la incapacidad de culpabilidad (*Schuldunfähigkeit*. Artículo 20 del C.P.A.) y, por consiguiente, cuando ha dispuesto adónde debe ubicarse el límite entre lo normal y lo anormal.

Ya en el primer nivel, el de las condiciones requeridas para la incapacidad de culpabilidad, (los denominados componentes biológico-psicológicos⁷), no cuenta solamente el estado del conocimiento médico acerca de las enfermedades o trastornos físico-corporales o psíquicos, los cuales deben ser tan profundos como para que permitan apreciar la incapacidad de comprensión (*Einsichtsunfähigkeit*) y la incapacidad de dirección (*Steuerungsunfähigkeit*) exigida en el segundo nivel. El estado del conocimiento médico incide sobre una política criminal orientada normativamente, la cual decide, según sus propios criterios, cuáles conceptos médicos de enfermedad se incluyen en el ámbito relevante para la incapacidad de culpabilidad.

Esto puede comprenderse mejor mediante el ejemplo de la discusión dirimida en el parlamento alemán durante el último debate de la reforma de 1975, en el sentido de si el primer nivel del artículo 20 del Código Penal debía ser el "ojo de una aguja" (*Nadelohr*) o "un portillo" (*Eingangspforte*). Si se abriera demasiado el ingreso al primer nivel de la inimputabilidad, entonces existiría el peligro de una "ruptura del dique" (*Dammbruch*). En tal caso (así se puede interpretar ese argumento), más delincuentes de los que resultaba deseable, desde el punto de vista político criminal, deberían ser declarados inimputables. La pena perdería, por ejemplo, el efecto preventivo general que se le atribuye, si delincuentes potenciales pudieran contar, sin más, con que se declarara para ellos la inimputabilidad⁸.

7 Lackner/Kühl, *Stratgesetzbuch Kommentar* (Comentarios al Código Penal), 25. Auflage, München, 2004, §20 Rn. 1 f.

8 Un cuestionable argumento, si se atienden las consecuencias que, por regla general, se esperan para el autor inimputable (internamiento en una institución psiquiátrica. Artículo 63 C.P.A.)

Richard Lange trajo a colación, sin ambages, el temor sobre este tema: El primer nivel de la culpabilidad se volvería entonces "la puerta de entrada para los asociados"⁹. Bajo esta presión, el primer nivel del artículo 20 se formuló finalmente de tal manera que permaneció como el "ojo de una aguja".

En consecuencia, esto significa que, la verificación exclusivamente empírica de un cuadro de enfermedad, aun no brinda una respuesta suficiente a la pregunta acerca de la capacidad de culpabilidad jurídico penal.

Aunque la depravación social¹⁰, como consecuencia de la desigualdad social, intervenga tan profundamente en la psique del delincuente, como para que aún exista en él capacidad de comprensión pero apenas exista capacidad de dirección (de manera que pueda estar real y fuertemente limitado en su libertad), será tratado como imputable (*schuldfähig*) porque la sociedad quiere eso por razones normativas.

Según lo proclama el mensaje normativo, el depravado social también puede controlarse y por ello pertenece aún al amplio sector de los "normales", dentro de los cuales un delito debe ser imputado a la culpabilidad¹¹. Además, la pena basada en la culpabilidad debe enviar a todos los delincuentes potenciales que se encuentren en una situación similar el mensaje preventivo-general de que ellos también deben controlarse, sino quieren arriesgarse al grave inconveniente de la pena.

(2). La normatividad de lo normal se muestra también con la aplicación en el caso particular.

Por lo visto, inferimos a partir de un hecho (el de que dichas capacidades se hallan en la mayoría de la población) una norma (que exige al individuo en particular comportarse fiel al derecho de conformidad con estas capacidades). Formulado de manera expresa: si en situaciones conflictivas la mayoría de los destinatarios de

la norma *puede* controlarse y omitir la vulneración de una norma, por lo tanto también *debe* hacerlo el individuo. De una facultad o capacidad (*Können*) promedio generalizada, se concluye un deber (*Sollen*) individual.

Eduard Kohlrusch formuló, ya en el año 1910, esta idea de manera concisa: "Por lo tanto, en cada sentencia en que el acto de un delincuente se imputa a la culpabilidad, se halla una generalización del caso, una equiparación del suceso concreto con un suceso normal, esto es, con un comportamiento esperado, exigido."¹¹

Dejando de lado la dudosa legitimidad de esta conclusión del "deber" con base en el "poder", (la que el delincuente experimenta —como Kohlrusch ciertamente enfatiza— bajo la exigencia: "¡Tú puedes, por lo tanto tu debes!"), de ella tampoco resulta una respuesta a la pregunta de si el delincuente, en el caso particular, fue realmente libre para omitir la vulneración de la norma.

Tanto la parte empírica como la parte normativa de la presunción generalizada de normalidad dejan en claro que ésta no se afirma de manera meramente contra-fáctica. La capacidad de comprensión y la facultad de auto-control se hallan en la mayoría de los destinatarios de la norma en una medida promedio y en general, también son ejercidas por ellos, de modo que se comportan conforme a derecho en la mayoría de los casos.

Quien pertenece a esta mayoría, mientras cuente con estas capacidades y a pesar de ello lesione bienes jurídicos, es tratado (de conformidad con estas capacidades) como una persona que no las utiliza como debería y podría hacerlo. En ello radica la justificación para imputar la culpabilidad jurídico penal.

Desde luego, la persona puede impugnar esta imputación de culpabilidad mientras se remita a alguna de aquellas condiciones excepcionales, de las cuales los motivos de exclusión de la culpabilidad (minoridad pe-

9 Citado por NK-Schild, Op.Cit. nota al pie 2, §20 Rn. 21. En donde se realiza un resumen de la historia de la reforma en su conjunto.

10 N.T.: Esta es la traducción literal del término "soziale Deprivation" empleado por el autor en idioma alemán. Depravación es la acción y efecto de depravar. Con el fin de evitar el contenido "emotivo" que usualmente se asigna al término en el lenguaje español coloquial, conviene enfatizar entonces el significado asignado para el verbo "depravar" en el diccionario: "1. tr. Viciar, adular, pervertir, especialmente a alguien". De manera que en el contexto del artículo con el término "depravado social" se hace referencia a una persona "viciada en las costumbres" por efecto de la desigualdad social. Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, vigésima segunda edición, versión electrónica en Internet: <http://www.rae.es>. No obstante, aun realizada esta precisión, el término se presta para ser usado emotivamente, sobre todo si se no se esclarece el criterio que se emplea para establecer cuándo una costumbre o conducta está o no "viciada". En todo caso, interesa rescatar el uso crítico que hace el autor del concepto, para enfatizar que en la decisión de cuáles fenómenos se consideran como factores que excluyen o reducen la capacidad de culpabilidad opera también, por así decirlo, un proceso desigual de selección, en el cual se dejan de lado factores sociales como el mencionado.

10 Al respecto, de manera exhaustiva, Klaus Günther, *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Gründe des Verstehens* (La imputación de responsabilidad penal con base en la comprensión), en: Klaus Lüderssen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* (¿Política criminal ilustrada o lucha contra el mal?), Bd. 1. Legitimationen, Baden-Baden, 1996, p.319 y sgtes.

11 Eduard Kohlrusch, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung* (Deber y poder como fundamentos de la imputación jurídico penal), en: Festgabe für Karl Güterbock, Berlin 1910, pp.3-25. Una versión actual de este argumento se encuentra en: Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. (Manual de Derecho Penal. Parte General), 5. Aufl Berlin 1996, §39 III.

nal, incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición inevitable) implican que ésta no se imputa, ya sea total o transitoriamente, para la mayoría de los dotados de normalidad.

Por el contrario, las causas de exculpación (estado de necesidad exculpante, exceso en la legítima defensa y colisión de deberes) no conducen a una exclusión en este ámbito [de la imputación de culpabilidad], por cuanto, en este caso, se trata únicamente de circunstancias de hecho que sólo dificultan para el autor una posible fidelidad al derecho. A decir verdad, estas condiciones excepcionales también conducen, en sus resultados, a la negación de la culpabilidad, aunque no por motivo de que el autor hubiera sufrido una total carencia de normalidad al momento del hecho¹².

V. PRESUNCIÓN DE NORMALIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO (*WILLENSFREIHEIT*)

La pregunta decisiva, que debería plantearse la ciencia jurídico penal en la controversia con la ciencia neurológica, es la siguiente: ¿Las capacidades de la mayoría, destacadas (con base en motivos fácticos y normativos) acá y ahora como "normales" y practicadas también en promedio, pueden interpretarse como libre albedrío? O planteado a la inversa: ¿En principio no están determinadas de forma distinta las personas normalmente dotadas, que aquellas personas para quienes se niegan estas capacidades? En la discusión de la ciencia jurídico penal sobre esta cuestión se encuentran tanto posiciones deterministas como indeterministas, así como posiciones agnósticas.

Von Liszt caracterizaba la imputabilidad como "normal determinabilidad" (*normale Determinierbarkeit*) mediante representaciones y motivos (por ejemplo, por valores religiosos y morales, pero también por la amenaza de la pena): "Imputable (*Zurechnungsfähig*) es, por lo tanto, cada persona espiritualmente [mentalmente] madura y

sana, con una conciencia inalterada. Capacidad normal y capacidad normalmente motivada de las representaciones constituyen así, la esencia de la imputabilidad"¹³.

Según von Liszt, por lo tanto, el imputable está determinado en su conducta exactamente de la misma manera que el inimputable. La diferencia radica, solamente, en que la manera en que está determinado el imputable es considerada normal, mientras que el modo en que lo está el inimputable se desvía del amplio ámbito de la normalidad. El sujeto capaz de culpabilidad pertenece al conjunto de personas que pueden ser causalmente determinadas mediante valores, normas y amenazas de pena. Si este sujeto estuvo determinado, mediante un fuerte motivo desviado, en un caso particular a cometer un delito, este es el fundamento para imputarle el delito y para castigarlo de acuerdo a objetivos preventivo-especiales¹⁴.

Como muchos otros deterministas, también Von Liszt dispone de un importante argumento contra el indeterminismo, esto es, contra la aseveración de un libre albedrío absoluto: Si nuestra conducta no estuviera determinada absolutamente por nada, si la libertad fuera posible únicamente de manera incondicionada, entonces sería solamente un juego de la casualidad. Hacer responsable a una persona por la casualidad contradeciría nuestra intuición, mucho más aun que el supuesto del determinismo.

El Tribunal Federal alemán, por el contrario, se aventuró muy ampliamente en la dirección del indeterminismo con un fallo del año 1952 sobre el error de prohibición: El fundamento del reproche de culpabilidad radica precisamente en que "el hombre está dotado de autodeterminación moral, libre, responsable, y por ello es capaz de decidirse por el derecho y contra el injusto [penal] (*Unrecht*)"¹⁵. Esto significa, que al momento del hecho él tuvo la libertad de comportarse de otra manera, o sea, de no realizar el hecho, y con ello de acatar el derecho.

12. Finalmente queda también la posibilidad de la mera atenuación penal, como con los numerales 21, 213, 17 S.2, 35 Abs. 1 S.2 y determinados motivos de culpabilidad para la gradación de la pena según el artículo 46, numerales todos del C.P.A., Acerca de la distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación véase: Jescheck/Weigend, Op. Cit. Nota al pie 10, §43 II; en contra: Claus Roxin, Op. Cit. Nota al pie 2, §19 Rn. 56 y siguiente. Quienes se oponen a esta distinción alegan que en ambos grupos de casos no es necesaria una sanción, según criterios de prevención general positiva. Más ampliamente, véase: Christine Würfel, en: "Jenseits des staatlichen Strafrechts", Op.cit., pp. 335 y sgtes.

13. Franz v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Manual de Derecho Penal alemán), 13. Aufl. Berlin 1903, p. 163 y sgte.

14. En su ensayo *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik* (La imputabilidad jurídico penal. Una Réplica), en: ZStW (Para todos las citas: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Revista.) 18 (1898), pp. 229-258, von Liszt formula la siguiente idea: "También podemos decir este delincuente es influenciado (*bestimmbar*) mediante la amenaza de pena, si bien él realmente no ha sido influenciado por dicha amenaza, sino que ha cometido el delito. Opinamos por consiguiente que la mayoría de las demás personas realmente pueden ser disuadidas mediante la amenaza de pena, y que este hombre, en lo esencial, no se ha clasificado de manera diversa a los otros. Con base en esta semejanza del delincuente con las demás personas fundamentamos pronósticos y juicios de valor".

15. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHS), (Fallos del Tribunal Federal en materia penal), 2, 194 (200).

No obstante, este intento del alto tribunal, para determinar positivamente el concepto jurídico penal de culpabilidad, no tuvo consecuencias de gran alcance. Los tribunales penales, ahora como antes, no dejan por ello de pasar por alto en cada caso particular la prueba de si los atributos del concepto de culpabilidad, mencionados en la definición, existen también efectivamente para el procesado. Esto apenas sería posible.

De esta manera, el reparo más frecuentemente alegado (por ejemplo, por Paul Bockelman y Arthur Kaufmann¹⁶) contra la posición del Tribunal Federal alemán fue el de la certeza de que a un autor nunca podría probarse que al momento del hecho él efectivamente podría haberse comportado de otra forma. La controversia científica alrededor del concepto de culpabilidad y su relación con el libre albedrío no terminó de ninguna manera en este punto.

Si se entiende aquella definición del Tribunal Federal en el sentido de un estricto indeterminismo, también se plantean de inmediato grandes problemas: La afirmación de que una persona, bajo condiciones idénticas en un momento dado, podía haber actuado de una manera distinta a como efectivamente lo hizo, no sólo no puede probarse sino que, por otra parte, hace del hecho acontecido un asunto de la casualidad.

Si bajo el término "libertad" se entiende una actuación sin causas, ni condiciones, entonces esta acción no podría imputarse a la persona actuante misma, ni siquiera en el frágil sentido de que ella es causalmente responsable por ella¹⁷.

Frente a tales resultados contradictorios, algunos se repliegan hacia una posición agnóstica, e intentan definir el concepto de culpabilidad de manera que permanezca abierto, tanto para hipótesis deterministas como indeter-

ministas. Según Roxin, quien se declara expresamente agnóstico, "la culpabilidad ha de entenderse como acción injusta a pesar de que existe «asequibilidad normativa»"¹⁸. Con ello no se quiere indicar más que la capacidad psíquica de una persona de dirigirse a sí misma, es decir, de reaccionar también psíquicamente a las normas, de manera que las incluya en la conducción de su acción.

No obstante, de nuevo se encuentra acá el dudoso argumento de la fuerza normativa de lo fáctico cuando Roxin declara que dicha posibilidad de dirección: "se da para los adultos saludables en la mayoría de los casos"¹⁹. Quien esté acondicionado de tal manera, "será tratado como libre". Está será "una posición normativa (...) cuyo valor social es independiente del problema (teórico cognitivo y de las ciencias naturales) del libre albedrío"²⁰.

La ventaja de esta posición radica, ciertamente, en la aclaración que realiza de que la decisión sobre cuál clase de determinación vale como normal y cuál vale como anormal, es una decisión normativa, la cual se mide de acuerdo con el valor social de la presunción de normalidad (*Normalitätsunterstellung*) y de la presunción de libertad (*Freiheitsunterstellung*). Su valor debería ser más alto en tanto la manera en que se auto-conceptualiza la sociedad, junto a las instituciones constituidas sobre dichas presunciones, se vean marcadas más rigurosamente por la libertad.

Sin embargo, esta argumentación se expone a una importante objeción. Para un determinista consecuente aún permanece sin responder la siguiente pregunta: ¿En qué debe consistir el valor social de una decisión normativamente fundada por la libertad, si la investigación neurológica ha demostrado que esta libertad es una completa ilusión?²¹

16 Paul Bockelmann, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit* (Libre albedrío y capacidad de imputación), en: ZStW 75 (1963), p. 372 y sgtes.; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip, Anhang* (El principio de culpabilidad. Anexo), 2. Aufl. Heidelberg 1976, p.263 y sgtes.; del mismo autor: *Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht* (Consideraciones intempestivas acerca del principio de culpabilidad en el derecho penal), en: JURA 1986, p.225 y sgtes. Acerca de la historia de la recepción crítica de los fallos del Tribunal Federal alemán y de su evolución en la jurisprudencia posterior, véase: Ulfrid Neumann, *Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs - Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum* (La teoría de la culpabilidad del Tribunal Federal alemán. Fundamentos, capacidad de culpabilidad y error de prohibición:), en: 50 Jahre Bundesgerichtshofs - Festgabe aus der Wissenschaft (50 años del tribunal Federal alemán. Homenaje desde la ciencia). Bd. IV, editado por Claus Roxin y Günter Widmaier, München 2000, pp. 83 y sgtes.

17 Véase Friedrich W.J. Schelling sobre la naturaleza de la libertad humana y otros asuntos relacionados, en: *Ausgewählte Werke, Schriften von 1806-1813* (Obras escogidas. Escritos de 1806-1813), Darmstadt 1976, pp.275-327; en donde puede leerse: "... y si no se ha de rescatar la libertad de otro modo que con la [idea de la] absoluta casualidad de la acción, entonces la libertad no es en absoluto rescatable". Aquel argumento jugó un papel central ya en el siglo 19, sobre todo en la discusión jurídico-filosófico-penal con el Hegelianismo (entre otros Merkel contra Hälschner). Al respecto puede verse además, Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit* (Culpabilidad y libertad comunicativa), Frankfurt am Main 2005, p.14 y siguiente. Acerca de la controversia filosófica sobre el carácter condicionado o incondicionado de la libertad, puede verse, en extenso: Peter Bieri, *Das Handwerk der Freiheit* (El oficio de la libertad), München/Wien 2001, p.165 y sgtes.

18 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Op.Cit. §19 Rn. 36.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*, Rn.37.

21 Sobre esta objeción, véase: Michael Pauen, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung* (Ilusión. Libertad? (Consecuencias posibles e imposibles de la investigación neurológica), 2. Aufl. Frankfurt am Main 2005, p.235.

Esta debilidad ha conducido a algunos autores a desvincular totalmente el concepto de culpabilidad de cualquier presunción de libertad, y a definirlo únicamente normativa o funcionalmente²². En tal caso, es considerado culpable aquel delincuente cuyo castigo es necesario para conseguir un fin social deseado; ya sea la disuasión de potenciales delincuentes, ya sea el restablecimiento o el fortalecimiento de la confianza de la colectividad (quebrantada mediante el delito) en la validez de las normas jurídicas y la condición inquebrantable de los bienes jurídicos. Quien, bajo condiciones externas e internas normales comete un delito, irrita a aquellos que bajo las mismas condiciones se han comportados fieles al derecho y, por ello, debe ser tratado como alguien que es individualmente competente para la lesión del derecho y quien también debe soportar, él solo, los costos por eso. En este nexo se agota el significado de la responsabilidad o culpabilidad jurídico penal. Si y en cuál medida se ve irritada una sociedad mediante la lesión del derecho, depende de sus condiciones de funcionamiento como sistema comunicativo y de sus decisiones normativas.

Así, por ejemplo, la aceptación de la ausencia (inevitable o invencible) de conocimiento acerca del contenido injusto de un hecho, como motivo de exclusión de la culpabilidad, es producto de una decisión relativamente reciente. Durante muchos siglos rigió el enfoque contrario de que el error o desconocimiento del derecho no protegía a nadie contra la pena (*error iuris nocet*). El reconocimiento de tal error de prohibición, como un motivo de exclusión de la culpabilidad, no surgió entonces del conocimiento de las ciencias neurológicas, sino de la ponderación normativa de que un hecho cometido de tal manera es inofensivo para la capacidad de funcionamiento de una sociedad moderna, de que no tiene ningún sentido comunicativo que vaya a irritar a la sociedad.

De igual manera, una sociedad también puede decidirse en sentido contrario, para declarar culpable a un delincuente a pesar de que éste se encuentra en una situación de peligro, con fuertes cargas o gravámenes personales, si esto es necesario para el funcionamiento de la sociedad. Por ejemplo, el derecho penal no reconoce un estado de necesidad exculpante para aquellas personas que en su condición de soldados o bomberos se han comprometido a soportar graves peligros (§35

párrafo 1.2. al final), o solamente se concede como exculpante el exceso en la legítima defensa para aquellas personas que han sobrepasado los límites de dicha figura debido a sentimientos socialmente aceptados, como el miedo y el terror, pero no para aquellas que lo han hecho debido a afectos que no son tolerados socialmente, como la cólera o la ira.

Con este "desacoplamiento" respecto de la libertad se ha alcanzado sin duda un estado en el cual el concepto jurídico penal de culpabilidad se conserva solamente debido a su "valor social" o a su funcionalidad social. En este sentido, ya en 1910 Eduard Kohlrausch caracterizó esta situación (de aplicación de la presunción generalizada de una capacidad promedio sobre el delincuente individual) mediante la conocida sentencia de que con ello se transformaba "la capacidad individual (*individuelles Können*)... en una ficción necesaria para el Estado"²³. El fundamento de esta ficción no se encuentra más en la libertad de la persona, sino en los fines sociales y estatales, en los requerimientos funcionales, que deben ser alcanzados y cumplidos con ella.

El concepto de culpabilidad puede mantenerse como una mera ficción adecuada a fines, aun si el comportamiento humano en realidad debiera estar totalmente determinado causalmente. No es la libertad la que le da contenido al concepto de culpabilidad, sino el fin u objetivo social. Desde luego que Kohlrausch también dijo claramente lo que esto significa para el delincuente en particular: "**El autor se sacrifica para el bien común, por cuyos intereses ha de sufrir**"²⁴.

A pesar de todo, en esta posición también se recoge, —aunque nuevamente como un "invitado no deseado"—, la cuestión no resuelta sobre la libertad. Por lo menos en dos sentidos: Por un lado, la sociedad no puede "sacrificar" arbitrariamente al delincuente para lograr sus objetivos. En tal caso, un homicidio imprudente en el tráfico vehicular debería ser sancionado tan severamente como un homicidio doloso, en razón del fin de disuasión. También la pena adecuada a fines debe basarse en la proporcionada vinculación entre el hecho y el grado de culpabilidad. Quien en una situación de necesidad (*schwierige Lage*), pero aún culpable, lesiona bienes jurídicos ajenos, merece una pena menor a aquél quien,

22 Para el ejemplo: Günther Jakobs, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit* (Culpabilidad jurídico penal sin libre albedrío), en: Dieter Henrich (Editor), *Aspekte der Freiheit* (Facetas de la libertad), Regensburg 1982, p. 68 y siguientes. Sin embargo, en su reciente ensayo *Individuum und Person* (Individuo y persona, véase nota al pie 2) —crítico y polémico con las exigencias político criminales de la investigación neurológica— este autor admite de nuevo el discurso acerca de la "libertad" (e incluso del libre albedrío), si bien lo hace exclusivamente en el contexto de significado y de imputación (*Bedeutungs- Zurechnungszusammenhang*) constituido mediante el sistema comunicativo de la sociedad. Compárese Jakobs, *Individuum...*, Op.Cit. nota al pie 2, p. 257 y 261 y sigtes.

23 Kohlrausch, Op. Cit., nota al pie 10, p.26.

24 *Ibidem*.

por ejemplo, actúa en puro beneficio propio. La proporcionalidad entre hecho, culpabilidad y pena no puede fijarse sin echar al menos un vistazo sobre el grado de libertad y la participación del delincuente a lo interno en el hecho²⁵.

El concepto jurídico penal de culpabilidad funge a la vez como barrera normativa para sanciones preventivas. Por eso Roxin no le asigna al concepto de culpabilidad el rol de una ficción necesaria para el Estado, sino que le considera un "supuesto garantizador de la libertad", dirigido contra los excesos preventivo-punitivos del Estado²⁶.

La dependencia del concepto de culpabilidad respecto de su valor social puede además esclarecer que el establecimiento de si y cómo se determina la culpabilidad jurídico penal es una decisión social, que requiere de fundamentación por el legislador, o sea, que se trata de una decisión **política**. Por lo tanto, sin duda habría que plantear el problema dejado de lado por Roxin: ¿Quién debería estar autorizado para decidir sobre el límite entre lo normal y lo desviado? ¿Según cuáles parámetros debería tomarse tal decisión? ¿Con base en cuáles foros y en cuáles procesos debería decidirse tal límite?

Sobre estas preguntas ciertamente existen muchas respuestas posibles, las cuales podrían ordenarse dependiendo de que figure o no en ellas la libertad, de si la respuesta se brinda desde un Estado autoritario, desde una sociedad clasista, o desde un Estado social y democrático de derecho.

De esta manera, en el año 1898, von Liszt aun pudo plantear: "Nosotros, la clase dominante, decidimos ahora quien debe ser castigado y quien no (...) nosotros declaramos hoy a los enfermos mentales (*Geisteskranken*) como no punibles"²⁷

Si el concepto jurídico penal de culpabilidad tiene o no en general un valor social, y cuál sería este valor, depende de la sociedad y de sus valores. Si la libertad pertenece a estos valores, en tal caso, el concepto de culpabilidad no debe contradecir este valor. En esta medida, se re-

fleja en el concepto de culpabilidad la manera en que la sociedad se auto-conceptualiza desde el punto de vista normativo.

En una democracia, concebida bajo el Estado de derecho y cimentada sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales, los ciudadanos y ciudadanas disponen tanto de derechos subjetivos de libertad (*subjektive Freiheitsrechte*), como de derechos de participación política, mediante los cuales emiten, para sí mismos, la regulación de su libertad.

Ellos no podrían bajo ninguna circunstancia reconocerse reciprocamente estos derechos, si al mismo tiempo no se atribuyeran aquella normalidad en las capacidades de comprensión (*Einsichtsfähigkeit*) y de dirección (*Steuerungsfähigkeit*), gracias a las cuales pueden exigir, entender o rechazar motivos para adoptarlas y para poder seguir las en sus actuaciones. Dichos ciudadanos y ciudadanas se contradecirían a sí mismos si, por un lado, se atribuyeran esta normalidad (por ejemplo, para la libertad contractual y de opinión), pero por otro (para el concepto de culpabilidad) la rechazarán.

Por consiguiente, aquella presunción de normalidad no debe ser mera expresión de las auto-conceptualizaciones fácticas de una clase dominante que, mediante la pena basada en la culpabilidad, habría de sacrificar para sí al delincuente individual, sino que esta suposición de normalidad debe volverse a su vez un tema de la crítica de la opinión pública y de justificación de todos los afectados, con lo cual los afectados también deberían hacer uso de aquella presunción de normalidad, si intervienen en un discurso de opinión pública²⁸. Las capacidades de comprensión y de dirección son a la vez tema y medio de esta justificación pública.

En conclusión: La normalidad de la capacidad de comprensión y de dirección, supuestas con la imputación de culpabilidad, así como la fijación de cuáles excepciones deben regir para la imputación de culpabilidad, en qué medida y con cuáles consecuencias deben hacerlo, solamente puede ser el resultado de una crítica y una justificación a puertas abiertas.

25 Sobre este énfasis en particular: Klaus Günther, *Voluntary Action and Criminal Responsibility* (Acción voluntaria y responsabilidad penal), en: Sabien Maasen, Wolfgang Prinz y Gerhard Roth (editores), *Voluntary Action. Brains, Minds, and Society*, (Acción voluntaria. Cerebros, Mentes y Sociedad), Oxford 2003, p. 263 y sgtes.

26 Roxin, *Allgemeiner Teil...* Op. Cit. Nota al pie 2, p. 263 y sgtes.

27 Von Liszt, *Die strafrechtliche...* Op.Cit. nota al pie 13, p.256.

28 Así: Klaus Günther, *Schuld und...* Op.Cit. nota al pie 16; del mismo autor: *Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat* (Imputación individual en el Estado Constitucional Democrático) en: *Jahrbuch f. Recht u. Ethik* (Anuario de derecho y ética), 2 1994, pp. 143 y sgtes.; Urs Kindhäuser, *Rechtstreue als Schuld-kategorie* (La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad), en: ZStW 107, 1995, p. 701 y sgtes.

VI. TRES OPCIONES PARA OCUPARSE DE LAS HIPÓTESIS DE LA CIENCIA NEUROLÓGICA.

Como han evidenciado los ejemplos expuestos, un concepto de culpabilidad orientado –sin importar cómo– en la libertad, no puede sustituirse ni por una posición determinista, ni por una posición agnóstica.

En esta situación, para el derecho penal y para la ciencia jurídico penal quedan esencialmente tres opciones para ocuparse de las hipótesis rigidamente deterministas y de las conclusiones de la investigación neurológica. En el pasado estas opciones ya se han ejercido en controversias similares con la posición determinista, siempre en distinta medida y con consecuencias de diverso alcance:

(1) Se deja todo así como está o, en el marco del §20 C.P.A., a lo sumo se revisan los criterios para la existencia de una enfermedad que excluye la capacidad de comprensión y decisión, con base en los más recientes descubrimientos de las ciencias neurológicas y de otras ciencias naturales del ser humano.

El derecho penal, sin embargo, no se desliga de la práctica cotidiana con que se imputan libertad y responsabilidad, como sucede en nuestra sociedad según el modelo de regla-excepción expuesto al inicio, y se sirve además (independientemente de si estemos o no determinados) del mismo lenguaje psicológico de imputación que se usa cotidianamente. El derecho penal simplemente afina y formaliza los criterios de imputación y los procesos en los cuales se decide sobre la culpabilidad del delincuente.

Esta opción se ve respaldada por el hecho de que coincide con una auto-conceptualización socialmente practicada y con las estructuras fundamentales, instituciones y principios, que son constitutivos de una sociedad de ciudadanos y ciudadanas libres e iguales, regulada por el derecho (Derechos constitucionales y fundamentales, democracia representativa, tribunales independientes, derechos de propiedad y libertad contractual).

Las controversias sobre el determinismo (de la Física, en relación a la Psicología o dentro de la Biología) repetidas, a más tardar después de la Ilustración, con cada

cambio de paradigma en las ciencias naturales, solamente han legado cambios en la periferia del derecho penal de la culpabilidad, más no en su núcleo.

Sin embargo, esta opción (la cual en realidad es una opción negativa (*Nicht-Option*)) tiene un inconveniente: depende de que la auto-conceptualización social, junto a su práctica de imputación cotidiana, no se deje impresionar por las afirmaciones de la investigación neurológica.

Ahora bien, los más prominentes representantes de la ciencia neurológica aspiran exactamente a lo contrario, ellos quieren explícitamente crear un nuevo concepto de ser humano.²⁹ No es casualidad que por ello hayan escogido además, precisamente, el derecho penal de la culpabilidad, como un caso ejemplar en su intento de revisión del concepto de ser humano.

(2) El derecho penal y la ciencia jurídico penal se involucran en la discusión científica acerca del determinismo que existe entre las ciencias neurológicas y la filosofía, para revisar eventualmente el concepto de culpabilidad.

Con esto se demuestra que los conceptos dogmático-penales, interpretados en la controversia sobre la presunción de normalidad, nuevamente reflejan discusiones filosóficas acerca del libre albedrío³⁰. De nuevo se encuentran acá diversas versiones de un determinismo rígido o laxo, del indeterminismo, y algunos conceptos de libertad compatibles con el determinismo.

Un determinismo rígido obligaría a abandonar nuestras concepciones liberales más comunes, y con ello a desecharse también las estructuras, instituciones y principios fundamentales que se encuentran en su base (y por consiguiente, no solo el derecho penal basado en la culpabilidad, sino el derecho en general). Si, impresionados por los resultados de las investigaciones de las ciencias neurológicas, quisiéramos esta opción, sigue siendo dudoso que podamos objetivar completamente nuestros referentes sociales, estructurados simbólicamente y reproducidos comunicativamente (a los cuales también pertenecen, entre otros, los neuro-científicos, en su rol de miembros de una comunidad científica, que argumentan orientados por la verdad). Es cuestionable también que pudiéramos entendernos permanentemente como meros objetos físicos, que se observan objetivamente tanto

29 Así: „Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung“ (El manifiesto. Once prominentes neurocientíficos sobre el presente y futuro de la investigación neurológica), en: *Gehirn und Geist*, 3/2004, pp.30-37.

30 Así, sobre todo los aportes dentro de la filosofía de la mente. De manera resumida e introductoria: Dieter Sturma, *Philosophie des Geistes* (Filosofía de la mente), Leipzig 2005; Michael Pauen, *Grundprobleme der Philosophie des Geistes* (Problemas fundamentales de la filosofía de la mente), 2. Aufl. Frankfurt am Main 2001; Ansgar Beckermann, *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes* (Introducción analítica en la filosofía de la mente), 2. Aufl. Berlin/New York 2001.

a sí mismos como a los otros y que solamente se comunican entre sí en un lenguaje de observadores, sin que, con ello, nos volviéramos incomprensibles como sujetos actuantes, capaces de cuestionar y de aprender³¹.

En cambio el indeterminismo debería demostrar que hay una especie de "hueco" en el mundo causalmente cerrado de la naturaleza, en el que una acción [la humana] puede originarse en la libertad, es decir sin tener una causa³². Pero entonces la libertad no se separaría más de la casualidad, y en el derecho nadie es responsable por una casualidad.

La alternativa sería un concepto metafísico de libertad, totalmente desligado de la causalidad natural, con el cual, no obstante, no puede aclararse cómo el mundo de los espíritus libres (*die Welt des freien Geistes*) puede causar algo en el mundo de la naturaleza, sin volverse a su vez parte de la naturaleza.

Por eso, de momento, aparecen como los más prometedores aquellos esfuerzos que no niegan que vivimos en un mundo causalmente cerrado, determinado por relaciones causales, pero que describen la forma de determinación del ser humano por su propia mente de una manera más exigente y compleja a la que lo hacen las ciencias neurológicas.

La normal determinabilidad a la cual el derecho penal asocia (con su modelo de regla-excepción) la imputación de culpabilidad, se dilucida acá, desde el punto de vista filosófico, más detalladamente que con von Liszt y sus seguidores y seguidoras.

En lo que más importa, se trata de la conjetura de que de una actuación libre está determinada por motivos, los que, por cierto, se realizan igualmente mediante cadenas de causa y efecto (*Ursache-Wirkung-Kette*) pero no pueden reducirse a estas sin dejar rastro, ni son simplemente sus epifenómenos, que se comportan únicamente dentro de relaciones causales como la del humo con el fuego³³.

Esta presunción se ha expuesto minuciosamente mediante distintas variantes, parcialmente controversiales. De esta forma, la libertad debe consistir en que una persona siga sus intenciones a largo plazo y pueda imponerse frente a fuertes impulsos o hábitos profundamente arraigados. Tal persona no está determinada totalmente en su actuación por una situación directa de estimulación [neuronal] y en la medida en que actúa, en ese sentido, autodeterminada y controladamente, es también autora causante y responsable de sus acciones³³.

Otras propuestas apuntan a los diversos contextos en los cuales las explicaciones naturalistas, mediante leyes

31 Lutz Winger, *Grenzen der naturalistischen Selbstobjektivierung* (Límites de la auto-objetivación naturalista), en: Dieter Sturma (editor), *Philosophie und Neurowissenschaften* (Filosofía y Ciencias Neurológicas), Frankfurt am Main 2006, p.240 y sgtes.

32 Klaus Lüderssen quiere admitir esto, al menos como hipótesis, con la consecuencia de generar una carga de prueba para la neurociencia y una conservación del concepto de culpabilidad. Así, Klaus Lüderssen, *Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie – Einfluß der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?* (El sujeto entre la metafísica y el empirismo. ¿Influencia de la moderna investigación neurológica sobre el derecho penal?), en: *Aktuelle Anthropologie, Jubiläumsband der wissenschaftlichen Gesellschaft der Johann Wolfgang Goethe- Universität Frankfurt am Main* (Antropología actual. Volumen de aniversario de la sociedad científica de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main), Stuttgart 2005, p. 187 y sgtes.

33 N. T. Con el concepto de "epifenómeno" se designan entidades que efectivamente tienen una causa, pero que a la vez no tienen efectos. Este concepto puede tener una acepción rígida o una atenuada. En el primer caso se designan como epifenómenos aquellas condiciones que no tienen absolutamente ningún efecto. En un sentido atenuado se trata de todas las condiciones de un sistema que no tienen un efecto **significativo** sobre el sistema mismo como, por ejemplo, el humo de una locomotora a vapor que naturalmente produce ciertos efectos pero ninguno sobre la locomotora misma. El diccionario de la real academia española de la lengua recoge la acepción que existe para el término en psicología: "1. Epifenómeno. m. Psicol. Fenómeno accesorio que acompaña al fenómeno principal y que no tiene influencia sobre él." Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, vigésima segunda edición, versión electrónica en Internet: <http://www.rae.es>. En este sentido se debe indicar precisamente, que según entiende la perspectiva epifenomenológica (cuyo cuestionamiento menciona el autor en este punto) las actividades mentales, y por consiguiente todas las acciones humanas, son causadas exclusivamente por eventos físicos en el cerebro, pero a su vez aquellas actividades no tienen ningún efecto sobre ningún evento físico del cerebro. El comportamiento es causado por músculos que se contraen al recibir impulsos neuronales y los impulsos neuronales son generados por la entrada de otras neuronas o por otros órganos de la percepción. Según la visión epifenomenológica las actividades mentales conscientes, la "conciencia inmaterial" no juega ningún papel como causa en este proceso. Algunos enfoques en la filosofía de la mente (vbgr. el fisicalismo) y en la moderna neurociencia han afirmado que los atributos de la conciencia son solamente epifenómenos del cerebro, entendido como sustrato físico de impulsos neuronales. Sin embargo, existen numerosas objeciones respecto de la idea de que la actividad consciente no provoca ningún efecto. Una de ellas, por ejemplo, es la de que tal idea contraviene en extremo nuestra propia intuición: en la vida cotidiana es frecuente que una sensación de angustia (mental) pueda causar que alguien emprenda una huida (consecuencia física) o que un sentimiento de amor cause un beso. Como indica a continuación el autor, algunas concepciones recientes pretenden sustentar filosóficamente un concepto de determinabilidad y un concepto de libertad que superen esta idea, con base en los cuales se le pueda atribuir responsabilidad a una persona por sus acciones. Para una síntesis sobre la perspectiva epifenomenológica puede verse: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <http://plato.stanford.edu/>. Sobre la perspectiva determinista y el concepto de voluntad consciente: Wegner, D.M. (2002). *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, M.A. MIT Press.

33 Así, desde una perspectiva psicológica cognitiva, Thomas Göschke, *Vom freien Willen zur Selbstdetermination.. Kognitive und volitionale Mechanismen der intentionalen Handlungssteuerung* (Del libre albedrío a la autodeterminación. Mecanismos cognitivos y volitivos de la dirección intencional de la acción), en: *Psychologische Rundschau* 2004, p. 186 y sgtes.

causales, juegan un papel por un lado, pero la imputación [normativa] de responsabilidad a las personas actuantes juega otro rol distinto. Estos juegos de lenguaje (*Sprachspiele*)³⁴ pueden coexistir debido a que cumplen diversas funciones³⁵.

Ciertamente, sigue siendo controversial si se está o no errando en la característica específica de los motivos, cuando se les concibe únicamente como una clase más compleja de causas. Posiblemente es cierto, que los cerebros deben ser instruidos mediante una programación cultural para reaccionar a motivos, pero las personas se mueven en el ámbito de los motivos de manera distinta a los cerebros en relaciones de causa efecto³⁶.

Por otra parte, distintos esfuerzos en esta dirección se basan en la inevitable vivencia subjetiva de la libertad, para la cual hay tanto fundamentos epistemológicos, como también causas neurobiológicas. Resta esperar cuales consecuencias tendrán éstas reflexiones para el concepto penal de culpabilidad. Presumiblemente no generarán ninguna revisión fundamental³⁷.

(3) Como tercera opción, se extrae (a partir de las hipótesis deterministas más duras de las ciencias neurológicas) la consecuencia radical de abolir el concepto de culpabilidad en el derecho penal, de sustituirlo mediante categorías de las ciencias neurológicas y, consecuentemente, por supuesto, de abolir también la pena y reemplazarla por medidas de seguridad para la protección de la sociedad respecto de sujetos peligrosos.

VII. CONSECUENCIAS DE LA HIPÓTESIS DETERMINISTA MÁS "DURA".

La tercera consecuencia, sin embargo, también es temida por la mayoría de los neurocientíficos³⁸. La mayoría de ellos se perciben a sí mismos como representantes

de un humanismo ilustrado, que quiere liberar a los seres humanos de las graves consecuencias de una ilusión, similares a quienes luchaban contra los procesos de cacería de brujas en los albores de la edad moderna.

Un reproche de culpabilidad basado en el libre albedrío sería, entonces, tan errado como la creencia de que ciertas personas se habrían entregado o habrían sido invadidas por "fuerzas malignas" para causar la desgracia sobre la faz de la tierra. La pena basada en la culpabilidad aparece en tal caso tan injusta, como la ejecución en la hoguera.

Ciertamente, la lucha contra los procesos de cacería de brujas no fue conducida únicamente –y probablemente tampoco principalmente–, por los científicos naturales más tempranos, sino por juristas, quienes dudaron de la justicia de esas prácticas. Posteriormente fueron, una y otra vez, juristas (aunque a menudo solamente bajo la presión de una opinión pública crítica e ilustrada), quienes lucharon, en el derecho penal, contra las ilusiones y contra las suposiciones no comprobadas.

En este sentido, desde la Ilustración, la ciencia neurológica y la ciencia jurídico penal crítica "tiran de una misma cuerda". El numeral 20 del C.P.A. siempre está dispuesto, en cierto modo, bajo la reserva de que los nuevos conocimientos de las ciencias médicas no obliguen a una revisión de las presunciones con las cuales atribuimos libertad, ahí donde no habría ninguna.

Esta crítica permanente, a un obtuso derecho penal de la culpabilidad, vive, no obstante, de la convicción de que el sujeto que actúa de manera injusta merece una pena, únicamente si lo hace libremente y por ello, asimismo, de que es injusto atribuir culpabilidad y sancionar a una persona si esta no tuvo más de esa libertad al momento del hecho.

³⁴ N.T.: La categoría "juego de lenguaje" (*Sprachspiel*) fue propuesta por el filósofo Ludwig Wittgenstein. Es en su segundo periodo, el del "libro marrón" y de las "Investigaciones Filosóficas" (*Philosophische Untersuchungen*), en el cual Wittgenstein propone que el significado de las palabras y el sentido de las proposiciones está dado por su uso. Cuando se quiera indagar dicho significado, dicho sentido, se debe plantear la pregunta acerca de cómo se utiliza la palabra o la proposición en un contexto determinado. El modo "correcto" o "incorrecto" de utilizar una palabra depende del contexto al cual pertenece. Los juegos del lenguaje se desarrollan en distintos contextos, en los que un término idéntico puede tener distintos significados. Es en este sentido, precisamente, que Willaschek (a quien cita el autor) sostiene que proposiciones como "libre albedrío" o "responsabilidad" poseen distintos significados en el contexto naturalista (ciencias duras por ejemplo) y en el contexto normativo (el derecho por ejemplo), significados que coexisten independientemente. Sobre el concepto de "juego del lenguaje" puede verse, en español: Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* México, UNAM, 1988.

³⁴ Marcus Willaschek, *Der Freie Wille- Eine Tatsache des praktischen Lebens* (El libre albedrío. Un hecho de la vida práctica), en: *Forschung Frankfurt*, 4/2005 (*Geist und Gehirn*), p.51 ff.

³⁵ Véase al respecto: Lutz Winger, *Gründe zählen. Über einige Schwierigkeiten des Bionaturalismus* (Causas que importan. Sobre algunos inconvenientes del bionaturalismo), en: Christian Geyer (editor), *Hirnforschung und Willensfreiheit* (Investigación neurológica y libre albedrío), Frankfurt am Main 2004, p. 194 y sgtes.; Jürgen Habermas, *Freiheit und Determinismus* (Libertad y determinismo), en: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2005, p. 187 y sgtes.; Klaus Günther, *Grund, der sich begründen. Oder: Was es heißt, eine Person zu sein* (El motivo que se auto-fundamenta. O ¿qué significa ser una persona?), en: *Neue Rundschau* 2003, p. 86 y sgtes.

³⁶ Sobre la posición mencionada de la inevitabilidad de la vivencia de la libertad y sus consecuencias para el concepto de culpabilidad, véase Björn Burkhardt, nota al pie 2.

³⁷ Por ejemplo Gerhard Roth en una discusión con Klaus Günther, en: *Bild der Wissenschaft*, Fascículo 3/2005.

Esto es válido también para aquellas teorías socio y psico-criminológicas que en los años sesentas y setentas propusieron que los delitos se explican por la desigualdad social, por déficits de socialización o por trastornos narcisistas del desarrollo durante la infancia temprana. También estas teorías argumentaron, solamente para los casos más raros, con un determinismo social o psíquico, por lo que se trata, preponderantemente, de conocer y modificar aquellas condiciones sociales y psíquicas que impiden, reducen, o distorsionan la libertad.

No es casual que la actual investigación neurológica vaya acompañada por una política criminal que busca las causas y motivos de la criminalidad únicamente en los delincuentes, y que se vuelve, vehementemente, contra las explicaciones psicológicas y de las ciencias sociales³⁸.

Finalmente, también puede discutirse, con buenos fundamentos, si la pena (en el sentido de cúmulo estatal de males y sufrimientos) puede conseguir los alcances propuestos por la política criminal y si puede cumplir los fines por ella fijados³⁹. También este tipo de crítica de la pena argumenta, en nombre de la libertad y de la justicia, que éstas se lesionarían si la pena no se puede de justificar. No obstante, el humanismo ilustrado de los neuro-científicos apunta más allá: se coloca en entredicho aquella convicción misma.

En este punto se separan los caminos entre la neurociencia y una ciencia jurídico penal autocrítica. Una vez que se abandona el propio concepto liberal de ser humano, en realidad absolutamente nada más podría ser penado. Si la pena no pudiera fundamentarse más con base en la culpabilidad, únicamente permanecería como objetivo punitivo la protección de la colectividad. En tal caso, las medidas de seguridad deberían tomar el lugar de la pena, como se hace ya con la colocación de delincuentes reincidentes peligrosos bajo "custodia en seguridad" (*Sicherungsverwahrung*), medida que actualmente puede decretarse también con posterioridad [a la sentencia].

Además, las necesidades de protección de la colectividad pueden ser muy diversas, según cada situación social y cada clima político. Dependiendo de cuán fuertemente amenazada se sienta una colectividad por un delincuente, así deberá ser más alta o más baja la pena. Una pequeña contravención, cometida por un delincuente muy peligroso, debería requerir una medida más intensa que aquella grave infracción realizada por un delincuente inofensivo.

Aparte de ello, la colectividad puede desarrollar necesidades de protección cuya legitimidad a lo mejor se discute fuertemente o resulta altamente cuestionable. No hace mucho que en la temprana Unión Soviética se perseguía penalmente a los disidentes políticos y se les declaraba inimputables para internarlos, como "locos", en una institución psiquiátrica⁴⁰.

¿Se ajusta la categoría de la peligrosidad a un autor cuyo delito consiste en la vulneración de una ley penal racista? El presidente de un consejo o junta directiva, quien en una decisión sobre un importante acuerdo de una empresa dedicada a la gestión de ventas ha intervenido determinadamente en la junta directiva dividida, y quien es condenado (conforme al art.266 C.P.A.) a causa de la vulneración de un deber de cuidado jurídicamente indeterminado y cuya validez es controvertida ¿debe ser tratado como peligroso y eventualmente debe ser sometido a un diagnóstico y una terapia neurológica?

Frente al trasfondo de una concepción determinista del mundo, en realidad, no podría plantearse nunca más la cuestión acerca de la legitimidad de la necesidad de protección. Para establecer los fines por los cuales se castiga, la colectividad podría tomar como base un concepto liberal de ser humano de manera tan escasa, a como se hace para elegir los individuos peligrosos que deben ser sancionados. Si la pena no sirve ya más para la protección de la libertad, asegurada jurídicamente de una manera igualitaria, ¿cuál objetivo queda entonces?

38 A tal efecto compárese Karl-Ludwig Kunz, *Kriminologie* (Criminología), 3. Aufl., Bern 2001, §21. Acerca de la polémica en contra las explicaciones de las ciencias sociales, compárese por ejemplo: Jerome H. Barkow, Leda Cosmides y John Toby (editores), *The Adapted Mind - Evolutionary Psychology and the Generation of Culture* (La mente adaptada. Psicología evolucionista y la generación de la cultura), New York/ Oxford 1992.

39 Klaus Günther, *Kritik der Strafe I* (Crítica de la Pena I), en: *West End - Neue Zeitschrift für Soziale Forschung* (Nueva Revista para la investigación social, West End) 2004, p. 117 y sgtes. La parte II aparece el número 1/2005 de la misma revista, pp.131-141.

40 N.T. La custodia en seguridad, de conformidad con el artículo 66 del C.P.A. es una medida con la cual se puede ordenar la privación de libertad de una persona aun cuando ya haya cumplido la pena por la cual fue condenada. El criterio para ordenar o mantener tal medida es la supuesta "peligrosidad" de la persona, fijada por un perito. Si bien existen una serie de requisitos para que pueda ser ordenada lo que interesa enfatizar, en sentido crítico, es la evidente ruptura que se ha dado en Alemania de un modelo de derecho penal por el hecho, basado en la gravedad de la culpabilidad, y su sustitución por un modelo de derecho penal de autor, basado en pronóstico sobre la peligrosidad de la persona.

40 Véase al efecto el filme "Gorki Park", de Michael Apted.

Probablemente no debería hablarse siquiera de "fines", en el tanto que estos implican una decisión autodeterminada de las personas. En lugar de esto queda, solamente, el evidente interés de supervivencia de una mayoría frente a una minoría (dicho de una manera más exacta: de una mayoría de cerebros contra una minoría de cerebros). Qué conducta es considerada como punible depende de cuál grupo se ha impuesto en una determinada población de personas-cerebros.

La pena o las medidas de seguridad contra los "cerebros peligrosos" no serían entonces nada más que medios en la lucha por la existencia. "Justo" sería aquello que sirva al grupo que se ha impuesto, mientras esto los proteja, "justo" sería el derecho del más fuerte. Pero, a más tardar desde Platón, esto es considerado como lo opuesto a la justicia⁴¹. El humanismo que propugnan los neurocientíficos que critican al derecho penal, por consiguiente, se muestra en sí mismo como una ilusión.

VIII. BREVE PERSPECTIVA: EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL POST PREVENTIVO (*NACHPRÄVENTIVES STRAFRECHT*)

Probablemente, el reciente desafío para el derecho penal, planteado por una investigación neurológica que argumenta desde un rígido determinismo, a pesar de las anunciadas revisiones fundamentales de nuestro concepto del ser humano, tampoco cambiará mucho en el derecho penal y en la práctica del sistema de justicia penal. Posiblemente, también, la controversia quede resuelta en sí misma, sin mayor ruido y sin que al final se pueda determinar cuál de las partes ha ostentado una victoria argumentativa.

El derecho penal actual se encuentra en un acelerado proceso de cambio, el cual no tiene que ver en *nada* con argumentos neurocientíficos, y más bien tiene que ver,

en *todo*, con intereses político criminales de seguridad. Desde esta perspectiva, el concepto de culpabilidad se vuelve obsoleto, sencillamente porque el delincuente es configurado solo en atención a su peligrosidad para los intereses de una mayoría que goza sobre todo de sus libertades económicas.

La represión legislativa de la criminalidad organizada y de la criminalidad económica, de los delitos sexuales graves y finalmente, del terrorismo internacional, ha desplazado el balance jurídico estatal entre la libertad y la seguridad en favor de esta última.

El derecho penal juega únicamente un papel subordinado en una arquitectura de seguridad estatal-nacional, que también crece a nivel global. Esta arquitectura de seguridad además contiene medidas militares, del servicio secreto en relación con la información, así como de prevención policial, como elementos protagonistas⁴².

Algunos ejemplos al respecto son: la aplicación en el proceso penal de mecanismos propios del servicio secreto (como el uso de agentes encubiertos, de *V-Leute*, y de las escuchas⁴³); la interconexión funcional en las pesquisas, que se ha dado entre las autoridades encargadas del procesamiento penal, las autoridades policiales, las encargadas de la protección constitucional, y las autoridades militares, con el trabajo conjunto transnacional en un nivel intergubernamental; la criminalización de meros peligros abstractos para el bien jurídico, ya desde los actos preparatorios (por ejemplo los numerales 129a y 129b del C.P.A.); del lado reactivo puede mencionarse la expansión de la "custodia en seguridad" (*Sicherungsverwahrung*) hasta la posibilidad de su ordenamiento posterior [a la sentencia].

El derecho penal del Estado Benefactor, orientado a la prevención y limitado mediante el principio de culpabilidad, se transforma en un derecho penal post-preventivo

41 Véase por ejemplo Platón, *Gorgias*, 482d y sgtes., en Platón, *Sämtliche Werke* (Platón, Obras Completas). Bd. II, editado por Karlheinz Hülsar. Frankfurt am Main 1991, p. 287 y sgtes.

42 Así Klaus Günther, *World Citizens between Freedom and Security* (Ciudadanos del mundo entre la libertad y la seguridad), en: *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory* 12 (2005), p. 379 y sgtes.; Günther Frankenberg, *Kritik des Bekämpfungsrecht* (Crítica del derecho para la lucha), en: KJ 2005, p. 370 y sgtes.

43 N.T. Con el término "*V-Leute*" (*Verbindung Leute*) o "*V-Person*" (*Vertrauen Person*) se hace referencia a aquellas personas "contacto" o de "confianza" que son empleadas como informantes por la policía. Este tipo de personas eran utilizadas frecuentemente en Alemania por el servicio de inteligencia y el servicio secreto en el contexto de los Estados totalitarios de seguridad que existieron tanto en el periodo nacional socialista como en la desaparecida Alemania Oriental. Se trata de personas que son introducidas en organizaciones que supuestamente desarrollan alguna actividad criminal. A diferencia de los agentes encubiertos, las *V-Leute* no son integrantes de la policía, sino sujetos privados que en su mayoría pertenecen al contexto en el que son introducidos.

44 N.T. Debe aclararse que acá no se trata de las "intervenciones o escuchas telefónicas" en el sentido que las entendemos en nuestro medio. En cuanto a las escuchas en Alemania se utilizan los términos "*Kleiner Lauschargriff*" y "*Großer Lauschargriff*". Las primeras se refieren a las escuchas (mediante mecanismos electrónicos) que realiza la policía de las conversaciones que se dan fuera del domicilio de las personas, o sea en lugares públicos abiertos, oficinas o lugares de negocios. En el caso de las segundas, fueron autorizadas e introducidas en el proceso penal alemán mediante una polémica reforma del artículo 13 de la Constitución Política alemana, realizada por el "*Bundesrat*" (el parlamento federal alemán) en el año 1998. Se trata de mecanismos electrónicos utilizados por el servicio secreto y la policía con los cuales se realiza la vigilancia acústica (escucha) de lo que acontece en un domicilio, es decir, en el ámbito más privado que posee cualquier persona.

(*nach-präventives Strafrecht*) orientado exclusivamente a la seguridad y a la protección global del sistema (*globaler Systemschutz*)⁴³.

El derecho penal post-preventivo excluye a los delincuentes de la práctica cotidiana de presunción de la capacidad de comprensión y conducción, que se impugna usualmente solo mediante excepciones. La diferenciación entre una determinación normal o anormal de la conducta está caducando. La represión de los peligros se plantea mucho antes de que se realice esta distinción.

El derecho penal precedente, el del Estado de Derecho, pudo abandonar su preocupación acerca del acatamiento promedio de las normas por parte de la mayoría de los destinatarios, así como respecto de su capacidad de comprensión y dirección. Aun así, ocurrida la lesión de un bien jurídico, se imputa la normal asequibilidad a través de motivos, mediante la reivindicación de validez del derecho.

Si el afectado no pudo impugnar esta imputación mediante un motivo de excepción, el derecho penal estaría autorizado a reprocharle (en nombre de la colectividad de los "normales", en la cual el delincuente mismo se ha incluido) que el podía haber evitado el injusto penal, reconocido con base en su capacidad de comprensión y dirección, de la misma manera en que todos lo esperan de los otros.

La "culpabilidad" es una categoría que se imputa *ex-post*. Su lugar ha sido ocupado por la represión preventiva de los peligros. Se trata acá de una perspectiva *ex-ante*, para encontrar el momento más temprano posible en el que, en un mecanismo de causa efecto, se pueda intervenir con un contra-efecto, pues en caso contrario se produciría con cierta probabilidad un daño. Consecuentemente, esta manera de proceder no puede depender más de si las personas envueltas en este mecanismo actúan culpablemente, pues a lo mejor ya esto sería demasiado tarde.

Para generar seguridad se requiere la intervención más anticipada posible en el tiempo, por ejemplo, mediante

un agente oculto, el que en su papel de agente provocador examina a una persona como en un experimento de laboratorio, y comprueba –según él– si se trata de una fuente de peligro relevante para la seguridad; o bien mediante un especialista en "torturas preventivas" (*Rettungsfolter*) quien mediante "influencias causales" exprime a una persona como fuente de información, para evitar daños inminentes.

Si las personas se configuran únicamente como fuentes de peligro y son colocadas bajo la vigilancia del Estado, entonces solamente interesan aquellos determinantes que dirigen la conducta desde los cuales se puedan pronosticar peligros potenciales. Esta es lógica de la "custodia en seguridad" (*Sicherungsverwahrung*). Esta no confía en la capacidad inherente de comprensión y dirección de las personas, –cuya falta de uso se imputa también como una falta personal–, sino en indicadores que, más allá de una capacidad de comprensión y dirección inherente, permitan reconocer o incluso solamente suponer disposiciones de comportamiento peligrosas.

El individuo peligroso es tomado en consideración únicamente como un complejo de nexos causales gestantes de peligro, en los que el Estado interviene mediante contra-efectos de influencia causal y, finalmente, mediante su simple bloqueo para la protección de la colectividad frente a delitos futuros. Este proceso no se gesta solamente desde el Estado, sino también por una amplia mayoría de personas que cree amenazada su forma liberal de vida por individuos y organizaciones peligrosas.

Jakobs ha calificado esta despersonalización del delincuente (potencial) como "derecho penal del enemigo"⁴⁴. En contraposición con el derecho penal de los ciudadanos, que trata a los delincuentes como personas, el enemigo es "capturado mucho antes, en actos preparatorios y reprimido debido a su peligrosidad" mediante instrumentos jurídico penales⁴⁵.

La condición de persona del ciudadano consiste precisamente en que se espera normativamente que él "se orientará con base en el derecho y lo injusto", y esta expectativa también se fundamenta cognitivamente mientras él se comporte, en general, de conformidad con esta orienta-

43 Peter Alexis Albrecht, *Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht* (Criminología. Una fundamentación para el derecho penal), 3. Aufl. München 2005, §6 D.

44 Günther Jakobs, *Bürgersstrafrecht und Feindstrafrecht* (Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo), en: Yiu-hau Hsu (Editor), *Foundation and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure* (Fundamentación y límites de la ley y el proceso penal), sin lugar de publicación, 2003, p. 41 y sgtes. (re-impreso en: HRRS (Zeitschrift für Hochstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht) 2004, Heft 3, p. 88 y sgtes. www.jur-strafrecht.de) Acá interesa solamente el diagnóstico de Jakobs del derecho penal del enemigo, y no la controversia que su comentario causa, de que dicha denominación no habría de considerarse, en principio, peyorativa (ibidem, p.41); por lo tanto, el debate acerca de la cuestión de si el derecho penal del enemigo también sería una justificada terapia.

45 Ibidem, p.53.

ción. Una lesión aislada de la norma aparece por consiguiente, únicamente como un error⁴⁶ o falta imputable a la culpabilidad. Esos son aquellos componentes fácticos y normativos de la presunción de normalidad arriba explicitados, que constituyen el concepto jurídico penal de culpabilidad. Estos componentes se deniegan para el enemigo. Él no es reconocido como una persona libre.

Al final puede sorprender que los neurocientíficos, con sus exigencias político criminales para la abolición del concepto de culpabilidad, secunden esta evolución desde el derecho penal para ciudadanos hacia el derecho

penal para enemigos⁴⁷. La revisión neurocientífica del concepto liberal de Ser humano y la moderna política criminal para la seguridad han logrado el mismo resultado desde perspectivas muy diversas: El delincuente no es tratado como una persona dotada de libertad, con capacidad de comprensión y dirección, sino como un cúmulo de causas y efectos, sobre el cual el Estado, por su parte, debe influir causalmente para lograr ciertos efectos. Y es una trágica ironía, no deducible desde la neurociencia, que los neurocientíficos expóngan estos resultados en sumisa actitud y que los defiendan en nombre de un trato humano para los delincuentes.

46) *Ibidem*, p.50.

47) Acerca de ese paralelismo véase: Klaus Lüderssen, *Jenseits*, Op. Cit., p.405 y sgtes.

SOBRE PRUEBA Y MOTIVACIÓN

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

INTRODUCCIÓN

Bastará acercarse a cualquiera de los manuales de la procesalística al uso, para advertir un auténtico "agujero negro" en materia de valoración de la prueba y en lo concerniente a la decisión; nunca seriamente abordadas, con el resultado de una objetiva ocultación de la relevancia de ambos asuntos. Así se da la paradoja de que siendo centrales para el ejercicio de la jurisdicción padecen una franca orfandad de tratamiento. Paliada ahora, por fortuna, en el caso de nuestro país, merced a las recientes aportaciones de algún sector de la teoría y la filosofía del derecho. Y, sobre todo, por la traducción de obras como las de Taruffo y Ferrajoli.

Es por lo que me parece que sigue teniendo actualidad el reproche de Carnelutti a sus colegas, hace ahora más de 70 años, al imputarles la exclusiva dedicación al estudio del «proceso» con descuido del «juicio». Y, en efecto, es ciertamente lo que hay: desentendimiento del verdadero núcleo de la actividad jurisdiccional.

Tal actitud y el estado de cosas resultante halla, seguramente, una explicación en cierta manera de entender el papel de la jurisdicción y del juez: la propia del Estado liberal de derecho —de una *administración* judicial gobernada por el ejecutivo— que se nutre de la cultura del positivismo dogmático. En este modelo, la *quaestio facti* carece de toda relevancia en el plano epistémico y no existe como problema. Y la misma cuestión de derecho es a su vez escasamente problemática, a tenor de los rasgos (falsamente) predicados como valores estructurales del orden jurídico. Aunque, realmente, fruto de la cerrada impermeabilidad de éste a la pluralidad social y al pluralismo de los valores y del modo judicial de operar con él.

Hoy se conoce bien lo mucho que esa forma de ser del ordenamiento debía, en materia de «certeza», a ese *modus operandi* judicial; caracterizado por la férrea organización de los jueces en carrera, la inserción del vértice de ésta en el ejecutivo, y, como resultado, la esencial homogeneidad político-cultural de aquéllos entre sí y con la clase del poder.

En tal contexto, los tan proclamados apoliticismo y certeza de la aplicación jurisprudencial del derecho eran en gran medida fruto de esa auténtica producción y reproducción clónica de los jueces; propiciada, a su vez, por el cuidadoso *filtrado* en el momento de acceso a la función y por la eficaz administración de las expectativas de carrera durante todo el curso de la misma.

Ambos vectores, político-cultural y técnico-jurídico, en perfecta simbiosis tienen la más coherente prolongación en una inteligencia y una práctica del principio de libre convicción, que aún no pueden decirse desterradas. Es la misma que se expresa en el olvido del juicio apuntado por Carnelutti; que no es propiamente olvido, sino reducción a la irrelevancia, por efecto de la racionalización del modo de proceder judicial realmente existente. Ya que el aludido perfil cultural y político del juez del modelo —a partir del presupuesto de la unilateralidad axiológica del ordenamiento— dotaba a sus decisiones de un alto grado de previsibilidad, impidiendo que pudieran convertirse en fuente de inseguridad (obviamente para los intereses dominantes). Y, de suscitarse algún problema, la jerarquía, no sólo procesal sino político-administrativa del sistema de instancias, se encargaría de desactivarlo. Quizá convenga recordar que cabía un ejercicio de plano de la disciplina por parte de los tribunales *superiores* dentro de la propia sentencia dictada para resolver un recurso.

En lo que sigue, voy a centrarme en ciertas implicaciones polémicas de los términos del par que da título a este texto; y, eso sí, con particular atención al proceso criminal, que es el que profesionalmente me ocupa, visto en su vertiente práctica.

La libre convicción: ¿cierra o abre un problema?

En el contexto sumariamente descrito, el modo canónico de proceder judicial traduce el más puro decisionismo inmotivado con fundamento en una inteligencia irracional, incluso romántica del principio de libre convicción. Es la que se expresa en el *mandamiento* que los autores de un acreditadísimo manual teórico-práctico, muy difundido en los años 60 del pasado siglo dirigían a los jueces:

* Texto de la intervención del autor en el seminario sobre "Prueba y motivación" organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de la Propiedad, en Madrid, los días 21-22 de junio de 2007

«no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción» (Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa). Ya que la convicción «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación» (STS-2ª 1993).

Es la convicción justamente denotada de «autocrática» por Carrara. Pura trasposición a las magistraturas profesionales del paradigma rector del jurado puro, llamado a decidir por «íntima», «personal, profunda convicción», después de haberse «interroga[do] en el silencio y en el recogimiento y busca[do] en la sinceridad de su conciencia [la] impronta» que hubieran «dejado en su mente las pruebas» (art. 353 CPP francés).

En tal reducción psicologista la convicción judicial experimenta una degradación a mero estado emocional, cuyo proceso de formación transcurre *sub specie* de incontrolable proceso psíquico, cual curso de sensaciones que *acontece* en la mente del juzgador y sobre las que su yo consciente tendría que interrogarse como si actuase desde fuera, únicamente para registrarlas.

Es claro que sólo el carisma —de «unción carismática y santo orgullo» habló De Miguel Garcilópez— podría legitimar semejante proceder *por iluminación*. De ahí la recurrente tendencia a imprimir a la *misión* del juez el tópico sentido *sacerdotal*, perfectamente reconocible también en la liturgia y el folklore de las rituales autocelebraciones del rol. (De nuevo la ya aludida coherencia entre diseño orgánico y sentido de la función).

Como bien se sabe, no es la única manera de entender y practicar el principio de referencia, que ya el propio Carrara postuló como de «convicción razonada», porque el juez debería convencerse «según la razón y según el proceso». Pero lo cierto es que ha tenido que pasar más de un siglo para que este otro paradigma lograra un aceptable grado de implantación, aunque es cierto también que hoy todavía comparte el espacio de la jurisdicción con muy perceptibles y sólidas supervivencias de la *intime conviction* en su versión más tradicional.

Con todo, hay que decir que ésta, aún cuando sigue practicándose, ya no se defiende expresamente, porque iría incluso contra el dictado de las leyes de última generación en la materia y contra la lectura constitucional de las decimonónicas todavía en vigor.

Hoy cabe afirmar que, en el plano teórico, el proceso debe ser, antes que otra cosa, proceso de adquisición de *conocimiento* sobre hechos. Y, siendo así, es claro que

el principio de libre convicción sólo puede interpretarse como desplazamiento de los problemas de la valoración de la prueba judicial al plano de la *consciencia*, en busca de un tratamiento racional para los mismos. Por eso, también resulta patente, ese paradigma, cerrando una clase de problemas (los planteados por el sistema de la prueba legal) fue a abrir otros, al poner al juez frente a la relevante dimensión epistémica de su tarea, obligándole a hacerse cargo de la misma.

En este sentido, el principio de libre convicción es realmente un punto de partida, o momento de encuentro con nuevos problemas, los de la genealogía del juicio, a los que la cultura procesal convencional y la de los jueces han permanecido lamentablemente ajenas, y a los que necesariamente deben abrirse.

PROCESO CONTRADICTORIO Y CONOCIMIENTO JUDICIAL

En la experiencia jurisdiccional en general es necesario distinguir tres momentos: el de la adquisición y práctica de la prueba; el de la valoración de ésta; y el de la decisión final sobre el objeto de litigio, sobre el objeto de la imputación en el caso del proceso penal.

El primero cuenta con minucioso tratamiento en los textos legales y, además, sobre él existe en cada país un nutrido *corpus* doctrinal y de jurisprudencia que ofrece a los profesionales un depurado instrumental con el que hacer frente a los problemas prácticos. En el tercero, tratándose del proceso civil, rige el principio de la carga de la prueba, que representa un útil criterio de decisión; y en el proceso penal el de presunción de inocencia, en virtud del cual, *in dubio*, no habría duda.

El segundo, en cambio, recorrido, primero, en la etapa de las *ordalias* de la mano de una providencia ultraterrena, después, durante la de la *prueba legal* de la mano del legislador (o de la doctrina, mejor dicho) —en ambos casos sin buenos resultados, según se sabe— quedó librado, como se ha visto, a la total discreción del juez, a su libérrima apreciación «sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...» (STS-2ª 1993).

Así, en ese paso, aparentemente obvio, del no hay reglas de derecho al *no hay reglas de ninguna clase*, en tema de valoración de la prueba, se dio la espalda a una preocupación por el rigor en la formación de la convicción judicial, que había estado bien presente en el pensamiento de juristas ilustrados tan representativos como Beccaria y Muratori. Muy expresivamente en el primero, empeñado en que el proceso penal fuera «indagación indiferente del hecho», única forma de acceder al cono-

cimiento de lo acontecido en la realidad extraprocesal, en un marco en el que, en palabras de otro exponente de ese movimiento, Murena, «la verdad es el fundamento de la justicia».

La relación de saber y poder explorada en algún momento sólo críticamente por Foucault, en el proceso penal del antiguo régimen; ha sido recuperada por Ferrajoli, que prolonga la crítica en una formulación reconstructiva, en positivo, de la misma. Donde prevaleció aquella segunda dimensión (de poder) en perjuicio de la primera (de saber), deberá ahora prevalecer ésta —cierto que en un marco de garantías jurídicas— dotada de la necesaria calidad epistémica, lo único que puede legitimar una intervención punitiva del Estado sobre ciudadanos con derechos.

Este planteamiento trae a primer plano la cuestión del método, que tratándose de saber sobre hechos —aun con ciertas inevitables variantes— guarda necesaria relación con el historiográfico, de matriz hipotético-deductiva. Cuya presencia, como referente modélico, es fácilmente advertible en la ilustrativa metáfora de Pagano, según el cual la verdad nace idealmente del debate contradictorio de modo similar a como lo hace la chispa del entrecuchar de dos cuerpos duros.

Si se trata como se trata de conjurar los riesgos derivados del dominio de la subjetividad incontrolada del juez, será preciso dar espacio al tratamiento intersubjetivo de los datos, potenciando la dialéctica de la contradicción en todo el desarrollo de la causa. Que no puede reducirse a una sucesión ritual de trámites sino que ha de ser el curso metódicamente idóneo para la elaboración y la evaluación de hipótesis sobre hechos posiblemente delictivos. Momentos que aquí hallan clara correspondencia en las dos fases en que se articula el proceso.

Tal forma de aproximación al mismo impone una significativa inflexión en la cultura de los jueces en lo relativo al modo de desempeño del propio rol. Que no puede estar presidido en exclusiva por la preocupación de asegurar la regularidad, en sentido burocrático, de la sucesión de trámites; ya que el verdadero sentido de éstos se cifra en ser cauce hábil para el ingreso en la causa de la información relevante sobre el *thema probandum* en condiciones de fiabilidad.

Y lo cierto es que ambos planos, jurídico y cognoscitivo, con sus exigencias específicas —aun cuando en situaciones-límite pudieran entrar en conflicto, porque deba prevalecer algún otro valor constitucional sobre el interés en la determinación de la verdad de lo acaecido— en

general son eficazmente complementarios. En efecto, pues las reglas de derecho que abren la vía del proceso criminal y, una vez dentro de él, configuran el estatuto de los sujetos procesales, miran a evitar intervenciones gratuitas por ausencia de indicios de delito; y, cuando estos concurren, a la igual distribución del espacio escénico del proceso, a que cada parte disponga efectivamente del necesario para debatir sobre ellos. Que es la forma de asegurar sus posibilidades reales de actuación y de aportación, y de garantizar la integración en el cuadro probatorio de la totalidad de los elementos de interés para la decisión de la causa.

Bajo este prisma, *el hecho* de posible relevancia penal objeto, primero, de investigación, se presenta como un resultado, a la identificación de cuya causa (previsiblemente una acción humana) habrá que llegar, en la reconstrucción del caso. Así, la imputación será una hipótesis de trabajo, tan fértil como lo permita la habilidad de los concurrentes en la causa para interpelar al contexto de vestigios y datos. Si esa hipótesis inicial, u otra que le hubiera sustituido, se demuestra lo bastante explicativa como para *iluminar* la escena y puede contar con apoyo bastante en pruebas, estará justificada la apertura del juicio. Y que la misma entre ya en él *sub specie* de acusación formal, para ser discutida en ese nuevo ámbito; sólo o en concurrencia con otras, total o parcialmente alternativas, que se le opongan.

Situados en esta perspectiva, el modo convencional y tradicional de articulación del juicio en dos fases esenciales y, en rigor y como regla, insuprimibles, responde, antes que a razones procesales o derivadas del diseño orgánico de los tribunales, a exigencias de orden cognoscitivo. En efecto, pues éstas tienen su primera manifestación en la vigencia del paradigma indiciario: no está justificado instaurar un proceso si no es en presencia de datos atendibles sobre la existencia de una conducta posiblemente criminal. Y se prolonga en otra plenamente coherente con esta primera: sólo una hipótesis rigurosa y *comprobable* mediante pruebas merece ser objeto de debate en juicio.

Por otra parte, dentro de la misma lógica, el juicio, el *plenario* en la semántica tradicional, debe su centralidad —apenas formal en el caso del sistema *mixto*— no sólo a que es el ámbito en el que el imputado *recupera* sus derechos como sujeto procesal, sino, esencialmente, a que es el espacio en el que, merced a esta circunstancia, podría contrarrestarse, en la dialéctica del contradictorio, el probable sesgo —y consiguiente déficit de calidad epistémica— en el tratamiento de los datos de soporte de la imputación, formulada en régimen de patente unilateralidad en la instrucción.

Así, el curso procesal-formal del trámite reproduce en este plano específicamente jurídico una evidencia de orden cognoscitivo: las hipótesis tienen sus reglas (obviamente, no jurídicas) de formación y de evaluación; y en este segundo punto, es notorio que no son susceptibles de auto-confirmación. Pues, «lo que ha servido para formular una hipótesis no puede indiscriminadamente valer para confirmarla. (...) La pretensión de exhibir en juicio como pruebas las declaraciones recogidas en la investigación es análoga a la del científico que exigiese el reconocimiento de los resultados obtenidos en su laboratorio privado, sin reproducirlos ante la comunidad de los investigadores» (Ferrua).

Es por lo que, por más literatura jurisprudencial que *se le eche*, las sentencias fundadas en la recuperación (sólo) formalmente contradictoria de adquisiciones unilaterales de la instrucción —y por lo común condenatorias— tienen un inequívoco tufo de falacia. En este caso, por la razón de método a que acaba de aludirse y por la jurídica de que, además, el marco de las diligencias policiales, de las que suelen proceder, también regularmente, esos elementos *de juicio*, está caracterizado por la debilidad de las garantías del imputado, al ser intensamente coactivo. Es lo que hace que las hipótesis construidas en semejante entorno, generalmente con datos que tienen en el sospechoso la principal fuente (y fuente a *rentabilizar*), a más del lastre derivado de la inevitable *parcialidad objetiva* de investigador, acusen el que se deriva directamente de la posición de poder incontrastable en la que actúa.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: GARANTÍA NO SÓLO JURÍDICA

En el contexto teórico que trata de perfilarse aquí, también el contenido y la significación *más que procesal* de la presunción de inocencia resulta evidente al traer a primer plano su papel radicalmente central de regla —epistémica— de juicio, es decir, su significación en el orden del método.

Es bien sabido que, como instituto, su ingreso en el proceso penal fue impulsado por el progresivo efecto de la escandalosa bestialidad del proceso penal del antiguo régimen en el despertar de una nueva, incipiente, conciencia social de los derechos de la persona. Pero lo cierto es que su alcance no se agota, ni mucho menos, en esta relevante perspectiva.

Como ha escrito agudamente Illuminati, es real que, en su origen, «con la expresión sintética 'presunción de inocencia', se alude a un determinado modo de organizar las relaciones entre el ciudadano y la justicia, por moti-

vos de oportunidad político-social... [Pero] en el momento en que la administración de justicia penal comienza a moverse contra [el imputado], se aclara progresivamente por qué tal presunción debe ser en todo caso considerada el eje sobre el que gira el proceso penal en su totalidad... Es más, se podría decir —en abstracto— que de no partir de la presunción de inocencia, no habría ninguna necesidad lógica del proceso... [como] mecanismo dirigido a asegurar una averiguación de determinada calidad».

La presunción de inocencia como regla de juicio reclama del juez el esfuerzo de situarse en la reflexiva situación de *perplejidad* que postulaba Muratori, como presupuesto para conocer. Dicho con palabras más actuales, el principio exige de aquél que adopte una posición de *metódica neutralidad* ante la hipótesis acusatoria.

Previamente, ya en el arranque mismo de la causa, la presunción de inocencia habrá producido el efecto implícito en el imperativo del «*nemo tenetur*». Éste, para decirlo con Grevi, persigue un primer fin de estirpe humanitaria: frenar el recurrente impulso a «'hacer hablar' al imputado», neutralizando así las prácticas odiosas en que el mismo, secularmente, se había traducido y ratificando el «carácter *contra naturam* de cualquier declaración autoincriminatoria». Pero también, en cuanto implicación de la presunción de inocencia, va mucho más allá, porque, en realidad, al desplazar la carga de la prueba en su totalidad al terreno de la acusación, confiere al imputado —antes sólo pasiva fuente de prueba— plena subjetividad procesal y autonomía para decidir sobre su propio papel en lo que se refiere al tratamiento del *thema probandum*.

Por eso, cuando por cualquier medio se reduce a aquél a su antigua intracondición en la estrategia de la acusación, no es sólo que se provoque una quiebra en su estatuto jurídico: es que se rompe la dialéctica de la contradicción, porque se elimina o debilita la posibilidad formal de confutación de la hipótesis acusatoria. Que obviamente aspira no a ser debatida, sino a resultar confirmada por el asentimiento del inculpaado.

El principio de presunción de inocencia como regla de juicio introduce un esencial factor de complejidad en el tratamiento de la imputación/acusación. Exige rigurosamente que ésta sea sometida al *punto de vista externo*, el de un sujeto tercero, imparcial por diverso y ajeno a aquél a quien se debe la elaboración y postulación de la misma como tal. Así, cuando ésta prevalece sin más, en virtud de alguno de los subterfugios *jurídicos* en los que hoy es tan fértil la *justicia* «negociada» *made in USA*, lo que realmente ocurre es que se cancela ese momento

de *exposición*, de *control de calidad* y, consecuentemente, de riesgo para la hipótesis acusatoria, dando lugar a que sea el *punto de vista interno* (el del acusador) el que ocupe la totalidad del espacio del proceso. Que se degrade en tanto que proceso de adquisición de conocimiento y también como institución de garantía.

CONTRADICCIÓN Y PRUEBA

A la luz de estas consideraciones cobra todo su sentido el requerimiento de que la prueba se produzca realmente en régimen de interlocución actual sobre los elementos de la imputación y los de descargo. Dando cumplimiento a la aspiración central del proceso acusatorio de que la convicción se forme en el juicio como efectivo fruto de la contradicción. Es decir, que la contradicción incida en la propia génesis de aquella, en el preciso momento del examen de los distintos medios probatorios. Por tanto, contradicción *para* obtener conocimiento relativo al *thema probandum* y no contradicción *sobre* una prueba que ya hubiese entrado constituida como tal en ese ámbito.

Esta es una pretensión ideal bien patente en la Exposición de motivos de la Ley de E. Criminal de 1882. A pesar de que la limitada vigencia del principio de contradicción en la fase instructora y el peso objetivo de ésta en la economía del enjuicamiento en su conjunto, en el modelo acogido por la misma, redujeran de forma drástica sus posibilidades de plasmación práctica. Pero lo cierto es que la línea de principio era lo bastante clara como para que el temprano y autorizado comentarista de ese texto, Aguilera de Paz, limitase la posibilidad de introducción en el plenario de actuaciones sumariales mediante lectura (art. 730 Lecrim) a supuestos como el de «la declaración del moribundo que en los últimos instantes balbucea el nombre de su verdugo, la diligencia de autopsia...», la de inspección del lugar o del instrumento de crimen, y tantas otras diligencias que sólo pueden practicarse en su oportunidad...».

Si tal era el punto de vista de legislador liberal, soberano absoluto en el tratamiento de la materia, en ausencia de una disciplina constitucional del proceso de carácter directamente preceptivo, como la que rige para nosotros desde 1978, no parece descabellado afirmar que la posibilidad de recurrir a informaciones *probatorias* elaboradas fuera/antes del juicio —como no sea acudiendo al incidente probatorio— tendría que entenderse en la actualidad mucho más limitada.

Esto, de nuevo, no por consideraciones ritualistas, de naturaleza meramente formal, ni por exclusivas exigencias de *derecho*, sino porque ese modo de operar contradice de manera esencial el carácter dialógico de la

relación procesal, ya que en el tratamiento de la información introducida en el juicio mediante el expediente de la lectura, estará ausente la contradicción actual. Una circunstancia que contribuirá inevitablemente a potenciar el papel de la subjetividad del juzgador, que como bien se sabe tiene su contrapunto más eficaz —y necesario— en la posibilidad real de que las partes ejerzan la crítica directa del material probatorio en el momento mismo de su generación.

Lamentablemente, el camino recorrido desde 1882, va en dirección opuesta a lo previsto por el autor de la Ley de E. Criminal y no obstante la obligada incidencia en ésta de la Constitución de 1978. Porque el régimen de lecturas de diligencias de la instrucción, e incluso policiales (al margen del supuesto de las diligencias irreproducibles del aludido art. 730 Lecrim) tiene hoy una casi incondicionada vigencia en el proceso penal, en la jurisprudencia de todas las instancias.

Es algo que acontece, esencialmente por dos vías. Una, la directa introducción en la vista de la declaración autoinculpativa del imputado ante la policía (cuando no coincida con lo manifestado ante el instructor o en el juicio), mediante el examen por el tribunal de los agentes que intervinieron en la redacción del atestado. La, obvia, afirmación de éstos de haber hecho constar fielmente lo dicho por aquél recibe el mismo valor que si hubiera confesado en la vista: ¡ningún padecimiento para el principio de contradicción y el de inmediatez, ni siquiera para el derecho fundamental que se expresa en el *nemo tenetur*!

La otra vía de penetración de la patología procesal de que se trata, está en el uso de las declaraciones precedentes de testigos y también de las del imputado, cuando presenten divergencias con las producidas ante el tribunal. El cauce utilizado es el del art. 714 Lecrim, que autoriza a poner de relieve las posibles contradicciones, en demanda de una explicación. La ley no dice expresamente con qué alcance, pero éste se hace claro, por dos razones: la centralidad del juicio, y el hecho de que (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del art. 730 Lecrim) la fuente de prueba —insustituible— está presente en ese acto.

Ferrua ha puesto lúcidamente de relieve que esta clase de casos la declaración (precedente) utilizada como test de credibilidad forma un todo con la pregunta y sirve únicamente para dar un sentido a la respuesta, haciéndola o no creíble. Sin que, por tanto, el contenido de aquella precedente manifestación, como la propia pregunta en la que se integra, pueda ponerse en el lugar de *la declarada*: lo único contradictoriamente obtenido.

Pues bien, nuestra jurisprudencia penal discurre radicalmente al margen de este planteamiento y *atribuye* al tribunal la facultad de *optar* entre una y otra manifestación, situadas en el mismo plano por la simple lectura, a pesar de que, en rigor, se está en presencia de una sola declaración atendible como tal, que es la del juicio. Además, extiende la previsión legal, que habla únicamente «del testigo» al imputado. Y va todavía más allá, pues donde el legislador sólo contempla el uso con ese fin de la declaración «prestada en el sumario», se ha convertido en norma el recurso a las del atestado. Esto, ya antes de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en un pleno no jurisdiccional, de 28 de noviembre de 2007, estableciera que: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». Y dice bien «la jurisprudencia», elevada aquí a la categoría de fuente de derecho *praeter* e incluso *contra legem*.

El planteamiento que se cuestiona suele apoyarse en que el vigente régimen normativo de las actuaciones policiales y, más aún, el que rige la investigación judicial, gozan de suficientes garantías para los afectados, su puesta razón bastante para reducir el tradicional margen de desconfianza sobre la calidad de las informaciones obtenidas en uno y otro ámbito, particularmente en el primero. También se razona en el sentido de que privar a los tribunales de la posibilidad de valorar las aportaciones de origen policial sería tanto como cuestionar, no sólo el buen hacer de esa clase de funcionarios, sino incluso la capacidad de discernimiento de los tribunales mismos.

Ambas maneras de argumentar son, nuevamente, expresión del ya denunciado modo reductivo de abordar las cuestiones en presencia, al atender en exclusiva a la vertiente jurídica, dentro de la que, además, se opera una nueva reducción, dado ese modo infra-legal de entender las garantías procesales.

Naturalmente, nadie ignora que la posición del imputado ante el investigador (incluso en comisaría o en el cuartel) ya no es hoy del tenor de la que motivó el histórico cambio de paradigma producido en materia de garantías. Aunque sí el asunto pudiera situarse sólo en ese plano, habría que decir que en él continúa habiendo *problemas*. Por la acreditada distancia entre el *deber ser* y el *es*, con sabida tendencia a ampliarse en el ejercicio de poderes tan invasivos y penetrantes como el que corresponde a la policía, ya en el curso de actuaciones producidas dentro de la *normalidad*. Tal como lo acredita la recurrencia estadística de situaciones que escapan esta caracterización.

Pero, de nuevo, junto a la cuestión jurídica, de garantía de la indemnidad del imputado, de la observancia de ciertas reglas de trámite, está presente la dimensión epistémica, con su propia sustantividad, que no desaparece ni siquiera por el hecho de que el trato digno al imputado estuviese efectivamente asegurado en todos los momentos de la causa. Nunca lo está (y menos aún del todo) en la práctica y por eso la permanencia de los motivos para la desconfianza —que, por lo demás, es un valor central, e incluso de relieve estructural para el Estado constitucional de derecho—, pero aquí se trata de otra clase de reserva. Según se ha dicho, la cuestión es de método, pues uno es el que impera en el ámbito de la instrucción, con las inevitables secuelas de la *parcialidad objetiva* del investigador (policial y judicial), y el coeficiente de desequilibrio en la posición del investigado. Y otro el que *debe* prevalecer en el ámbito del enjuiciamiento, merced a la equiparación de las posiciones parciales, que hace posible la equidistancia (*id est*, la imparcialidad) del juzgador; propiciando en éste una visión metódicamente incontaminada por la óptica de la investigación, dada su esencial exterioridad a los que se enfrentan, todo lo que propicia la tendencial objetividad del juicio.

La aspiración central del proceso acusatorio es que la prueba se forme en el marco y según las reglas del juicio contradictorio. Es decir, en la vista, de tal manera que la contradicción incida directamente en la propia génesis del saber que el juego de este principio posibilita. O lo que es igual, sea contradicción *para* obtener conocimiento relativo al *thema probandum* y no contradicción *sobre una prueba* que ya hubiese entrado constituida como tal en ese ámbito.

Este paradigma ideal puede encontrar obstáculos de carácter práctico, cuando se trate de materiales formados antes y, por tanto, fuera del proceso y para los que —dice bien Taruffo— sería inútil prescribir un «contradictorio extra-procesal imposible». En tales casos, como también señala, habrá que asegurar que la *contradicción posible* incida sobre ellos en el momento de su utilización en juicio, antes de la valoración. Pero debiendo resultar claro que si esa falta de contradicción en la génesis de la prueba no plantea problemas de admisibilidad, si debería plantearlos «en términos de atendibilidad», en la perspectiva de la valoración. Pues, en efecto, la legitimidad jurídica de la incorporación de los correspondientes elementos al cuadro probatorio no puede servir para subsanar la ausencia de control intersubjetivo de calidad *en origen*, un déficit que discurre en el plano epistémico.

EL JUEZ EN EL ENJUICIAMIENTO

El principio de libre convicción entendido en la versión psicologista y cuasi-mística que ha prevalecido durante tanto tiempo y cuenta aún con indudable vigencia, tiene continuidad, por demás coherente, en cierto sentido de la inmediatez. En una manera de concebir el conocimiento como supuestamente hecho posible por el solo contacto directo del juez con las fuentes personales de prueba, en especial los testigos, *en virtud de lo «visto y oído» en/de cada declarante.*

Esa relación se supone tan singular que permitiría al tribunal extraer conclusiones necesariamente válidas del discurso del testigo y del imputado, sobre todo en lo relativo a la credibilidad, por lo observado en los dos planos en que el mismo se articula, el propiamente verbal y el gestual. Éste, en particular, sería una fuente privilegiada de información, sólo accesible al juzgador de instancia; y es lo que le permitirá pronunciar «una decisión sobre los hechos fundada en la impresión —subrayo lo de «impresión»— obtenida» por ese medio (STS-2^o 2039/2001, de 6 de noviembre). Como resultado, un fallo con tal fundamento tendrá que ser irrecurrible, por la total ausencia de competencia al respecto de cualquier otro tribunal que, en razón de la falta de presencia en el acto original de obtención de la prueba, carecería de datos esenciales (los transmitidos en clave visual) para enjuiciar el juicio de instancia. No podría «censurar la apreciación que [de la testifical] hizo el tribunal *a quo*, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediatez». (STS-2^o 1626/2002). Pues no se trataría sólo de valorar «lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial», que es lo que cae dentro del ámbito de la inmediatez (STS-2^o 845/2004, de 22 de junio).

El eje *teórico* de tal manera de concebir la convicción judicial es un cierto inductivismo ingenuo basado en la percepción sensorial del juez, que tiene como privilegiada fuente de información la actitud del informante en el acto de deponer. La idea es que el interrogatorio del imputado o del testigo presencial pone a aquél *en contacto directo con los hechos*: «el tribunal ha percibido directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente» (STS-2^o 1423/2002, de 24 de julio).

Por consecuencia, es también un tópico muy consolidado en este sector de la cultura judicial, que allí donde no quepa tal clase de aprehensión sensorial *directa* de los

datos nucleares de la imputación, no podrá hablarse, en rigor, de prueba, sino *sólo* de inferencia, cual si se tratase de otra vía de acceso a otra clase de conocimiento. Así, «las intenciones y ánimos, como todos los elementos subjetivos de los tipos penales no son objeto de prueba ni entran en el ámbito de acción de la presunción de inocencia, sino que han de ser inferidos...» (se lee en un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo). De aquí también otro tópico muy arraigado, que sólo recientemente empieza a ser cuestionado por alguna jurisprudencia. Es el que se concreta en el postulado de que, en la sentencia, la sede propia de esos elementos no es el apartado de hechos sino el de los fundamentos de derecho, pues las correspondientes afirmaciones expresan la conclusión de un razonamiento, discursivamente mediada, por tanto, al no ser fruto de la mera observación. Es por lo que ha sido comúnmente aceptado que el solo acceso posible a la casación de las impugnaciones con ese contenido es el de la infracción de ley (legalmente reservada para cuestionar eventuales defectos de subsunción) y no el de la vulneración del derecho a la presunción, que es el específico de las cuestiones probatorias, en lo que tengan de discutible en tal instancia.

Así se explica que, desde muy temprano, (STC 174/1985, de 17 de diciembre) se haya hecho patente en la jurisprudencia la necesidad de justificar la aptitud demostrativa y la legitimidad constitucional del recurso a la prueba indiciaria (o indirecta) —por oposición a la directa concebida según se ha dicho— como medio de desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal.

Lo curioso es que este movimiento, en lugar cuestionar esa estrecha e insostenible concepción de la prueba, la ha mantenido como nuclear o básica en el punto de partida, validándola, por tanto, de modo que la *indirecta* o por inferencia, tendría un carácter complementario, incluso subsidiario. Y, peor aún, en reiteradas sentencias de la Sala Segunda su aceptación aparece subordinada a consideraciones de muy dudosa aceptación. Fundadas en el argumento de que «se crearían amplios espacios de impunidad si la prueba indiciaria no tuviera virtualidad incriminatoria» (SSTS-2^o 1873/2002, de 15 de noviembre y 1060/2005, de 29 de julio). O lo que es lo mismo, ésta sería la vía hacia una calidad de conocimiento de inferior condición, a la que hay que resignarse por esa consideración burdamente defensiva y pragmática, que es lo que hace legítima la asunción de un estándar probatorio de, supuesta, menor fiabilidad.

Este modo de operar tiene una consecuencia demoledora de orden teórico. Es que genera esencial y grave confusión sobre la calidad del conocimiento que permite el proceso penal, un saber sobre hechos pasados, al que

sólo cabe acceder por comprobación. Como escribe Taruffo, haciendo uso de «nociones y de modelos de análisis provenientes de otros sectores de la experiencia, ya sean de carácter científico o tomados del sentido común o de la racionalidad general». Por lo que, en tal sentido, en el plano epistémico, el procedimiento no difiere del generalmente empleado en la obtención de conocimiento empírico sobre cualesquiera otros datos o actos de los que forman la vida de relación en la experiencia humana. Y, es verdad que, en el caso concreto, podrían prevalecer ciertas limitaciones instrumentales de orden constitucional y legal, lo que dará lugar a que se deseché la hipótesis acusatoria, a una reflexiva renuncia a cualquier intento de saber acerca de la misma, porque el precio sería la vulneración o puesta en riesgo de ciertos valores básicos. Un supuesto en el que prima el derecho a la presunción de inocencia, imponiendo ésta de manera definitiva como «verdad legal».

Es por lo que –también para Taruffo– constatar que existe esa clase de condicionamientos sobre el «modo en que la verdad se establece en el proceso (...) no parece suficiente para diversificar sistemáticamente esta verdad de la que se consigue fuera del proceso». De ahí que este mismo autor encuentre «buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis». Pero a sabiendas de que, «un ejercicio racional y 'controlado'» de su poder por parte del juez, está rigurosamente condicionado a la «posibilidad para las partes de conocer, y discutir antes de la decisión, las correspondientes opciones» del mismo.

Esta exigencia ineluctable choca con tópicos muy instalados en alguna subcultura jurisprudencial, en materia de relación del juez con la prueba, a los que vengo haciendo referencia.

Tal vez el principal sea la arbitraria atribución a ciertos medios probatorios de una inexistente aptitud para poner al juzgador en relación *directa* con «los hechos». Porque éstos –es, o debería ser, obvio– no existen como tales en la realidad empírica, y no son susceptibles de constatación, en contra de lo postulado por un realismo ingenuo muy extendido. En efecto, ni siquiera en el caso de dar por cierta esta hipótesis inaceptable, el juez, a pesar de la intermediación, tendría tal clase de acceso directo a aquéllos, ya que lo que le llega a través de los medios personales de prueba (de *la directa* por antonomasia, en el tópico imaginario judicial) son discursos, es decir, proposiciones sobre hechos sólo aptas para proporcionar conocimiento mediato; *mediado*, además, por actos de percepción y ejercicios de memoria, que por las bien conocidas desviaciones a que se hallan expuestos,

introducen un consistente plus de complejidad y de dificultad en el asunto.

Pero la ausencia de cultura sobre la dimensión epistémica de la prueba judicial no es el único problema, ya que existe otro previo: la falta de conciencia acerca de esta ausencia, que hace posible declaraciones tan pintorescas como la que puede leerse en una sentencia de la Sala Segunda de 1993 (ciertamente hoy impensable) según la cual «los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis». O en otra de la misma sala, pero de 2004, que considera que es competencia jurisdiccional «escudriñar la mente humana para... proceder con la mayor ponderación y con el mayor equilibrio». Una falta de conciencia patente también en afirmaciones como la del tribunal provincial que, en una sentencia de 2003, funda la condena «en el sentimiento de sinceridad y absoluta credibilidad [que le sugiere cierta] versión [de lo sucedido por] la ventaja de la intermediación».

Éstas y otras muchas afirmaciones del género que podrían traerse aquí, ponen de manifiesto una subcultura jurisprudencial construida rigurosamente al margen de las más importantes aportaciones de la psicología del testimonio y de otras disciplinas que se ocupan de las cuestiones relativas al conocimiento. Y no se trata sólo de avances de última hora, pues indicaciones sumamente valiosas en la materia, instruyendo a los jueces acerca de las dificultades de los medios de prueba a que se viene aludiendo, están ya presentes en obras como *La crítica del testimonio*, de Gorphé (cuya traducción al castellano es de 1933). Una subcultura que atribuye el máximo valor a las adquisiciones (supuestamente) probatorias menos fiables y que libra a la incontrollable subjetividad del juez y atípico *psicólogo* la fijación de aspectos centrales de la *quaestio facti*, que, recluidos, además, en ese ámbito innacesible, quedan excluidos de toda posibilidad de control en otra instancia.

Y no sólo, pues una tal concepción de la prueba y del enjuiciamiento tiene el efecto, ciertamente negativo, de preactuar también sobre el juez de instrucción, que en presencia de una confesión o de cierta testifical, apta para transmitir en su día al tribunal la clase de *conocimiento* y en la clave a que se viene aludiendo, tenderá, explicablemente, a despreciar otros posibles elementos de juicio dotados de mayor objetividad, pero sólo aptos para generar prueba *indirecta*.

Las peligrosas consecuencias de ese modo de operar judicial tienen en la actualidad un campo privilegiado de operaciones en las causas seguidas por actos de los llamados de «violencia de género». En esta clase de supuestos, la Sala Segunda del Tribunal Supremo –

consciente de las dificultades probatorias que plantean las situaciones de conflicto dentro del ámbito estrictamente familiar o de pareja, cuando la principal (muchas veces única) fuente de información es la persona que denuncia en la condición de víctima— ha establecido tres criterios de valoración de los correspondientes testimonios: la «ausencia de incredibilidad subjetiva», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación». Se trata, en rigor, de meros indicadores cuya presencia, puede aceptarse, serviría para considerar atendible, en principio, una declaración, que no lo sería en el caso de presentar una hipótesis inverosímil; o no lo sería tanto si quien la hace hubiera exteriorizado un ánimo vindicativo o facilitado a lo largo de la causa diferentes versiones de lo sucedido.

Pues bien, el empleo de estas pautas suele ir regularmente precedido de una afirmación preocupante: es preciso atribuir valor probatorio al testimonio de la víctima, porque de otro modo quedarían impunes conductas de suma gravedad, que, por lo general, se producen en condiciones de clandestinidad, lo que impide que pueda disponerse de otros medios de prueba. Y a continuación se recurre, con patente automatismo, a las tres pautas a que se ha hecho referencia, convirtiéndolas en auténticas reglas de *prueba legal* en virtud de un razonamiento de este tenor:

- Concurren:
 - abstracta verosimilitud de la acción denunciada;
 - (+) ausencia de móvil espurio [apreciada con inmediatez y —muy— *en conciencia*];
 - (+) reiteración de la misma versión [generalmente estereotipada] de ciertos hechos...
 - Ergo éstos sucedieron según lo declarado por el testigo-víctima de cargo.

Lo expresa muy bien una sentencia —de 2002— de un tribunal provincial: «Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia...» a la mera apreciación de estas connotaciones. Cuya presencia, conviene insistir, tratada de la misma forma burocrática y ritual, habrá servido al juez instructor (y antes a la policía) para concluir ágilmente su trabajo, sin plantearse mayores problemas.

MOTIVAR: QUÉ, CÓMO Y PARA QUÉ

El deber de motivar, constitucional en nuestro ordenamiento desde 1978, es una auténtica carga de profundidad en la *lógica* del modelo decisorial que gira en torno a la libre convicción entendida como *intime conviction* y asociada a la mística de la inmediatez a la que aquí se hace crítica referencia. Porque motivar es, de anti-

guo, «*exprimere causam in sententia*», y en ese dudoso paradigma de enjuiciamiento el núcleo de la decisión judicial —según sentencias de la Sala Segunda— tendría (supuestamente) que ver con lo inexpresable (1993); es fruto de «la impresión obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones» (1999); de lo «visto y oído» por él, «que ya después otros ojos y oídos no percibirán» (1996); lo que produce ese «estado anímico de certeza»... factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana...» (1991), supuesto fundamento ideal del juicio de hecho.

En efecto, en su noción más obvia, motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto. Un porqué cuyo destino es ser intersubjetivamente valorado, para lo que ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados, que es lo que dará la imprescindible transparencia al discurso de soporte, haciéndolo susceptible de control racional. Se trata, por tanto, de una clase de ejercicio intelectual en riguroso antagonismo con esa concepción de la sentencia que, según se ha visto, dota de total opacidad a la *ratio decidendi*. Es la que se expresa inmejorablemente en la prescripción jurisprudencial de que el fundamento de la valoración «permane[zca] incógnito en la conciencia de los juzgadores»; y en la prohibición de «dar explicaciones» al respecto, dirigida a éstos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una conocida sentencia de 1978.

Con tales antecedentes se entenderá que, entre nosotros, no sólo es que no exista una cultura de la motivación, una tradición positiva en la materia. El problema es que cuenta con el mayor arraigo una subcultura de resistencia al correspondiente deber, que se hace patente en los obstáculos que encuentra su implantación. Uno de ellos es la objetiva renuncia de instancias como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a reclamar el cumplimiento de aquél con el necesario rigor; cuando lo cierto es que habría bastado trazar una línea jurisprudencial exigente y coherente al respecto para obtener, en el transcurso de no mucho tiempo, la vigencia generalizada de un satisfactorio estándar en la materia.

No ha sido así, y el resultado es que, a tantos años de 1978, sigue siendo posible el bloqueo de eventuales impugnaciones con la invocación del «privilegio de la inmediatez», cuando no de «la soberanía del juzgador»; se cierra el paso a la discusión sobre valoraciones probatorias en nombre de la percepción personalísima por el tribunal de las *actitudes* de los declarantes; y se derogan derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, mediante impresos de ordenador, vacíos de contenido concreto, y calificados, no obstante, de resoluciones judiciales, con harta impropiidad.

Junto a esto, también es verdad, hay ejercicios de la jurisdicción ciertamente rigurosos, aunque, en mi experiencia, dotados de sensible menor presencia porcentual que los otros aludidos. Por la razón –desde luego, de peso– de que las altas instancias indicadas se mueven en un terreno de mínimos, claramente infraconstitucional y a veces infralegal, no obstante la relevancia del asunto. En el que lo que realmente está en juego no es una simple cuestión técnica, sino el modelo de juez y la legitimidad de la jurisdicción.

En el deber constitucional de motivar rectamente entendido, son advertibles de inmediato las mismas dos dimensiones a las que ya me he referido, también estrechamente interimplicadas. La (más bien) jurídica de garantía y la epistémica. Algo que se pierde de vista con la mayor frecuencia.

La primera opera *ex post*, en el plano de la justificación, y vierte sobre todo *ad extra*, pues mira a ofrecer (prioritariamente) al afectado por la decisión judicial información y elementos de juicio sobre la razón de la misma, que es lo que hace posible una lectura crítica y la eventual reacción mediante el uso de las impugnaciones. La segunda tiene una proyección *ex ante* y *ad intra*, y en el juzgador el principal destinatario de su incidencia. En efecto, pues se trata de conseguir que éste, mediante la interiorización eficaz del correspondiente deber jurídico, adopte una actitud que es de método. La consistente en dar un tratamiento racional a las aportaciones probatorias, modo de hacer que todo el curso del proceso decisional transcurra en el ámbito de lo susceptible de motivación. Es decir, dejando reflexiva y efectivamente fuera del discurso probatorio aquellas *pulsiones* valorativas que, por no ser verbalizables, no podrían resultar acogidas de forma expresa y dar contenido a una opción justificable e intersubjetivamente evaluable en sus presupuestos.

La importancia de este asunto se manifiesta con particular claridad en el tratamiento de los interrogatorios de testigos e imputados, tan relevantes en la economía de la decisión del proceso penal. La motivación, según creo, tendría aquí el cometido esencial de impedir el efecto-*flash* de esos aspectos, ya aludidos, de la puesta en escena de unos y otros; particularmente inciertos y, sin embargo, tradicional fundamento de absoluciones y condenas, por eso inmotivadas. Se trata, pues, de evitar que en la apreciación de la prueba operen mecanismos incontrolables de empatía y/o de antipatía; de neutralizar las consecuencias de los estímulos que cursan por vía subliminal y que determinan esos peligrosos *movimientos del alma* en que cierta insoportable literatura corporativa fundaba la justicia (y la legitimidad) del tópico *juez-pater familias* o incluso *sacerdote*.

No es, y no es lo que aquí se sostiene, que los diversos componentes del lenguaje gestual carezcan de toda relevancia; ya que dado que la tienen en la vida de relación difícilmente podrían perderla en la aulas de justicia. Pero siendo de presencia inevitable, y seguramente útiles en la dialéctica del interrogatorio, no deben invadir el terreno del juicio judicial.

En efecto, la expresión de embarazo o de zozobra ante una determinada pregunta será, sin duda, para el que la formula, un aviso claro de que podría resultar comprometedor para el interrogado y, por consiguiente, un estímulo para persistir en la misma línea de indagación. Pero tales datos de observación, esencialmente ambiguos, carecen de aptitud en sí mismos para prestar base a una convicción racional justificable, de quien, como el juez, ni es especialista en su examen ni dispone de los antecedentes, clínicos o de otra índole, que pudieran dar alguna solidez a tales elementos. Y es más que probable que, ni siquiera contando con ese plus de información sobre los mismos y con la adecuada habilitación técnica, pudiese hacerlos rendir en el marco formalizado y el tiempo breve de una única declaración en la vista.

Es por lo que el eje de la valoración de las aportaciones de estos medios probatorios debe desplazarse de aquellos aspectos, los más inaprehensibles y los de apreciación menos intersubjetivamente controlable, a ese otro terreno, mucho más seguro, del contenido informativo de las declaraciones. De modo que el testigo resulte o no creíble no porque así le *parezca* al tribunal –«en virtud de la inmediación»: una *virtud* que la inmediación *no tiene*, en contra de lo que suele afirmarse– sino porque lo sea o no lo manifestado por él, a tenor de lo obtenido de otras fuentes de prueba.

Otro tanto hay que postular en el caso de las pericias, materia en la que la decisión, muy al contrario de lo que ocurre con harta frecuencia, no puede fundarse ni en la autoridad del juzgador ni, automáticamente, en la mayor fiabilidad por principio de los informes oficiales, en razón de la presumible imparcialidad debida a la condición institucional de sus autores. Las aportaciones periciales, como escribe Taruffo, deben ser valoradas «según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional». Y, obviamente, por lo que resulte de la discusión de los correspondientes informes. Ya que es evidente que también el trabajo de estos profesionales –incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva– estará expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva, que ya por esto sólo haría imprescindible el examen contradictorio. Pues, dentro de éste, incluso la eventual parcialidad del perito de parte será, objetivamente, una contribución al

dinamismo del debate, que a su vez redundará en la mayor riqueza de la información a disposición del tribunal, que ha de razonar expresamente su convicción apoyándola en razones válidas, a la luz de un saber y una experiencia científicos o técnicos de calidad suficientemente constatada. Algo distinto de lo constatable en sentencias como la pronunciada en 2004 por una Audiencia Provincial, que, tras autoproclamarse «perito de peritos» se declaraba habilitada para evaluar *–in pectore–* «en su conjunto sin necesidad de individualizar todas las cuestiones» los dictámenes médicos contrastantes aportados a la causa.

A estas alturas nadie discutiría que el proceso de formación de la convicción judicial ha de estar presidido por la racionalidad y ajustarse estrictamente a lo que resulte del cuadro probatorio; y que la decisión en que aquélla se concrete ha de contar con justificación explícita y suficiente. Sin embargo, no existe claridad bastante acerca del modo de trasladar esta pautas al papel de oficio. Esto se debe, en gran medida, a que la altas instancias jurisprudenciales se prodigan en declaraciones de principio muy generales y manifiestan marcada propensión a admitir excepciones a éstas por razones de carácter pragmático; de lo que frecuentemente surgen indicaciones ambiguas e incluso contradictorias con aquéllos. El resultado es que existe una nutrida literatura jurisprudencial acerca del deber de motivar que se agota en la pura retórica, pues carece de proyección práctica.

En línea con estas consideraciones me parece útil traer aquí una cuestión, recurrente en la jurisprudencia. Es la suscitada por la ya tópica afirmación de que el justiciable no tiene derecho a una determinada extensión de la motivación, que sirve para validar (sédicentes) ejercicios de ésta de extremo esquematismo, en los que se deja sin fundamento expreso aspectos nucleares de la decisión. Cuando lo cierto es que, a mi entender, *si existe* ese derecho, pues el deber de motivar debe cubrir todo el campo de ésta, sin dejar zonas oscuras.

En esa recusable y marcada tendencia jurisprudencial, se percibe una consideración en cierto modo *esquizofrénica* del deber de motivar, por la disociación de las aludidas dos dimensiones que estructuralmente lo constituyen: la que impone al juzgador la justificación de la decisión y la que le obliga a llegar a ésta a través de un proceso discursivo dotado de racionalidad. Cuando lo cierto es que una y otra, *como regla*, no son separables.

No es inimaginable, en hipótesis, un fallo inmotivado y, sin embargo, objetivamente acorde con la información resultante de los antecedentes probatorios. Pero ¿cómo

saberlo? Pues el incumplimiento del deber (jurídico) de motivar, por la inexpresividad de la sentencia, impedirá evaluar la calidad de la decisión y nadie está obligado a presumir que sea la debida; más bien lo contrario. A lo que hay que añadir que (en el plano epistémico) incurre en falacia quien –el juzgador, en este caso– pretenda que una proposición sobre hechos es verdadera sólo por presentarla como tal; ya que esa cualidad debe acreditarse expresamente y la carga de hacerlo incumbe a quien afirma (aquí el juez o tribunal).

El tópico que se cuestiona está avalando una inaceptable praxis, consistente en omitir en las resoluciones el tratamiento sistemático del contenido del cuadro probatorio, que se sustituye por referencias aisladas a algunos elementos del mismo; por lo regular los de cargo, en el caso de sentencias condenatorias. Referencias que, además, suelen introducirse en el apartado de los fundamentos de derecho destinado a argumentar sobre la autoría. Así, los datos de la *quaestio facti* pierden cualquier sustantividad para convertirse en meros elementos de apoyo del discurso sobre los aspectos jurídicos de la imputación.

Cuando resoluciones de este perfil son recurridas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo más normal es que resulten convalidadas en uso de un constructo argumental que se nutre de alguna tópica referencia a las ventajas de la inmediatez, que de este modo se convierte en una suerte de blindaje de aspectos básicos del juicio de hecho; con el añadido de la igualmente tópica, ya aludida, afirmación de la inexistencia de un derecho a determinada extensión de la motivación, que por eso, suele decirse, puede ser «sucinta».

En el fondo del planteamiento al que se está haciendo crítica referencia late una comprensión demediada de la exigencia de motivación, que se traduce en la presunción –muy difundida en jurisprudencia– de que la falta o la insuficiencia de aquélla es regularmente compatible con una adecuada formación de la convicción. En la idea de que la laguna de motivación –supuesto mero vicio jurídico– no tendría por qué ser laguna, vacío o defecto –de orden cognoscitivo– del juicio. Algo no presumible y de difícil o imposible comprobación, cuando el tratamiento dado al cuadro probatorio en el curso del proceso decisorio carezca de transparencia. Vicio que es, precisamente, el que trata de conjurarse mediante la constitucionalización del deber de motivar, imponiendo al juez o tribunal redactor de la sentencia la carga de la acreditación expresa de la calidad del fallo con la exteriorización de sus presupuestos. Por eso, en presencia de una decisión no lo bastante justificada la presunción debe ser de ilegitimidad.

Lo que se postula no es, en modo alguno, una suerte de motivación *diabólica*, sino la exteriorización intelectualmente honesta y suficiente de una *ratio decidendi* en materia de hechos, reflexivamente formada; única manera de cumplir el deber constitucional que nos ocupa. Un modo de operar que es el idóneo para dotar de la dignidad y la profesionalidad necesaria al ejercicio de la jurisdicción y que, además, resulta perfectamente practicable —pues hay quien lo hace— en las condiciones estándar de trabajo. A pesar de que no sean nunca las ideales en términos de carga competencial.

Escribe Taruffo: «motivar en tema de hechos significa explicitar, bajo forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una determinada eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que encuentre en las pruebas disponibles el más alto grado de confirmación lógica».

Así pues, decidir adecuadamente, esto es, de forma motivada, reclama, como primer presupuesto, claridad acerca de las hipótesis en presencia y sobre la composición del cuadro probatorio en su integridad. Esto exige la individualización de las fuentes de prueba y la identificación de los datos empíricos que el uso de los diversos medios puestos en práctica haya permitido obtener en cada caso. Y conciencia igualmente clara de los pasos inferenciales dados a partir de aquéllos.

Objetivada así la información disponible, en un segundo momento (obviamente no en sentido cronológico), ha-

brá que llevar a cabo el cruce de esos datos de diversa procedencia, para *valorar* si prestan o no soporte y en qué grado a alguna de aquellas hipótesis. Que sólo lo tendrá en el caso de que todos sus elementos constitutivos cuenten con fundamento probatorio. Esta la vía por la que el principio de contradicción, fundamental en la adquisición de la prueba, se proyecta, ingresa, en la elaboración de la sentencia. Algo que, por cierto, muchas veces no sucede, por la habitual propensión de los tribunales a hacer exclusiva referencia a los elementos de prueba que militan a favor de la decisión adoptada (con precario fundamento, por tanto).

Si estos pasos son de inexcusable cumplimiento para formar criterio con solvencia acerca del *thema probandum*; dotarlos de expresión escrita es el único instrumento al alcance del juzgador para, confiriéndoles la imprescindible objetividad, controlar el propio discurso sobre la prueba, evitando la deriva hacia las peligrosas *certezas* morales fundadas en datos inferrables, cargadas de infiscalizable subjetividad, a las que antes me he referido. Diría que en ese verbalizar el proceso de formación de la convicción, poniéndolo «negro sobre blanco», radica algo así como «la prueba del nueve»: es lo que permite ver si la secuencia probatoria está bien construida, si presenta o no saltos lógicos, si conduce sin forzamientos a lo resuelto, en definitiva, si *funciona*. Es también lo que la franquea a terceros. La manera de *comprobar* si la convicción puede decirse racionalmente alcanzada y de justificarla como tal ante el afectado por ella y, en general, ante el lector de la sentencia.

UNA NUEVA IMAGEN DE LA HISTORIA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN *

Francisco Muñoz Conde

INTRODUCCIÓN

La caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989 supuso no sólo para Alemania, sino para todo el mundo, un impacto de gran transcendencia política, social, económica y, por supuesto, también jurídica. En aquel acto simbólico se materializaba el fin de una etapa de más de cuarenta años, subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial, en la que el mundo quedó dividido en dos grandes bloques irreconciliables, separados no sólo en lo ideológico, sino en sus concepciones jurídicas y económicas, y enfrentados a una continua amenaza de una nueva Guerra Mundial que podía implicar el uso de energía nuclear con una capacidad de destrucción ya comprobada con las bombas atómicas arrojadas por los norteamericanos contra las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki en 1945.

Esta situación de enfrentamiento, llamada Guerra Fría, repercutió desfavorablemente en Alemania, que tras su derrota en 1945, quedó dividida en dos naciones diferentes cada una integrada en bloques militares, la OTAN y el Pacto de Varsovia, separadas no sólo en lo ideológico, sino también físicamente por el Muro de Berlín, construido a principios de los años 60 del pasado siglo para evitar la huida masiva de ciudadanos de la República Democrática Alemana a la mucho más próspera República Federal Alemana.

En el 2006, 17 años después de la caída del Muro cualquiera que conozca un poco la actual situación de la Alemania unificada, apenas puede creer que durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo XX fue en este país donde más claramente se reflejaba la catástrofe que supuso no sólo para Alemania la Segunda Guerra Mundial y las consecuencias que la misma tuvo. Sin embargo, cualquiera que conozca también un poco

la Historia Universal del siglo XX, sabe que ésta no puede escribirse si no es en paralelo, e incluso dándole un papel preeminente a la propia historia alemana durante ese siglo.

Desde comienzos del siglo XX, Alemania, unificada y regida durante el último tercio del siglo XIX por la mano férrea del Canciller Otto von Bismarck, se convirtió en una gran potencia, no sólo en lo militar, sino en lo económico y sobre todo en lo tecnológico y científico. Sin embargo, su escaso poder colonial y el predominio de otras naciones europeas no le permitían alcanzar el puesto que consideraba le correspondía en el orden internacional. Este y otros factores desencadenaron la Primera Guerra Mundial (1914-1918), en la que Alemania fue derrotada y humillada por las potencias vencedoras con la imposición de unas condiciones leoninas en el Tratado de Versalles (1919).

El nuevo régimen político surgido tras la contienda, que vino a sustituir la Monarquía prusiana, la República de Weimar (1919-1933), no pudo poner orden en el caos político, económico y social que se produjo en el país durante todo aquel período. En aquellas circunstancias y con la amenaza de una Revolución comunista como la habida en Rusia en 1917, la burguesía alemana, y los sectores más reaccionarios de la extrema derecha, altos funcionarios, profesores universitarios, jueces, militares monárquicos revanchistas, y empresarios asustados por el auge de los movimientos laborales y de los partidos de izquierda, saludaron con agrado y apoyaron con entusiasmo el advenimiento al poder del partido nacional-socialista y de su líder, Adolf Hitler, personaje histriónico que con un mensaje hipernacionalista, racista y antisemita, entre visionario y demagógico, consiguió el apoyo de una gran parte de la nación alemana.

(*) Una primera versión de este trabajo se publicó como recensión bibliográfica en el núm. 19 de la Revista Penal, enero 2007. La presente versión contiene algunos datos más e incluye también las referencias al tomo VII del Jahrbuch, y a la nueva Revista Journal der Juristischen Zeitgeschichte, que se recensionan independientemente en el próximo número de Revista Penal. Agradezco al Profesor Diego M. Luzón Peña sus sugerencias y la corrección de algunas erratas observadas en la versión original.

Desde el primer momento todo el mundo pudo darse cuenta de cuáles eran los verdaderos propósitos de este personaje y de la gente que le seguía: represión brutal de los disidentes y de la oposición política, eliminación física a través de su internamiento en los campos de concentración de los marginados sociales y de las minorías raciales, especialmente de la judía, a la que previamente privó de sus derechos civiles y políticos con las Leyes de Nuremberg en 1935; y, finalmente, el desencadenamiento de una nueva Guerra Mundial, con la invasión de Polonia el 1 de septiembre de 1939, precedida en 1938 de la Anexión de Austria y de la región de los Sudetes en la República checa.

Las consecuencias de todo ello son más que conocidas: la derrota de Alemania en 1945, acompañada esta vez de la destrucción casi total a través de bombardeos masivos de sus más importantes ciudades, el desmantelamiento de sus industrias y de sus centros económicos de producción y la ocupación militar, seguida por su división en dos naciones separadas políticamente e ideológicamente enfrentadas. La Guerra Fría había comenzado y con ella el ocaso y el empobrecimiento de una Europa que había dominado el mundo durante cinco siglos y había sido el origen de la cultura y la Ciencia moderna.

Parece lógico que todo esto tuviera alguna repercusión en la configuración del Ordenamiento jurídico de los países implicados en estos hechos durante todo el siglo XX, del mismo modo que la Revolución francesa y las guerras napoleónicas transformaron la organización jurídica de toda Europa. Y no cabe duda de que ello ha sido así, por más que en los libros y manuales jurídicos más conocidos esta época de la Historia del Derecho apenas sea analizada o sólo lo sea someramente. Ello se observa principalmente en los Tratados alemanes de Derecho penal (y no hace falta citar ninguno en particular, porque todos adolecen de la misma laguna), que prácticamente pasan como sobre ascuas por los grandes acontecimientos políticos habidos en ese país durante el siglo XX, y que sólo mencionan las construcciones dogmáticas desarrolladas en ese tiempo y los distintos avatares sufridos por la Teoría del Delito desde sus primeras formulaciones clásicas en Von Liszt y Beling a principios del siglo XX, hasta las funcionalistas (Roxin y Jakobs) a finales de ese siglo, pasando por sus versiones causalista (Mezger) y finalista (Welzel, Maurach) a mediados del mismo siglo; pero no el contexto político, económico y social en el que esas construcciones se dieron y mucho menos las relaciones que algunos de los más calificados representantes del sistema causalista y del finalista tuvieron con el régimen nacionalsocialista pocos años antes de que la polémica entre estos dos sistemas alcanzara su apogeo a mediados de los años 50. La gran

conmoción que también en el Derecho penal produjo aquel régimen político se reduce en la exposición de esa parte de la Historia alemana a la mención de una minoritaria Escuela de Kiel, formada por jóvenes penalistas (Dahm, Schaffstein) que pretendían ofrecer el arsenal teórico para el Derecho penal de dicho régimen, y que después de la derrota del nazismo pasaron al ostracismo o no fueron la menor relevancia. No se mencionan, en cambio, a otros muchos más importantes que colaboraron fervorosamente con dicho régimen, contribuyendo a configurar los aspectos más duros de su Derecho penal, y que, sin embargo, siguieron siendo importantes o incluso aún más en el nuevo régimen democrático instaurado tras la Segunda Guerra Mundial. Si uno consulta por ejemplo el libro Ernst Klee, *Personenlexikon zum Dritten Reich* (Frankfurt am Main 2003), se ve que entre los centenares de personajes que allí se mencionan, políticos, jueces, profesores universitarios, figuran juristas académicos tan conocidos e importantes luego también en la nueva etapa democrática como el civilista Karl Larenz o el constitucionalista Theodor Maunz, y los penalistas Heinrich Henkel, Reinhard Maurach, Hans Welzel y, por supuesto, Edmund Mezger, al que ya en 1935 el penalista español Eugenio Cuello Calón, en un libro sobre *El Derecho penal de las dictaduras* (Barcelona 1934, p.74) calificaba como "uno de los penalistas más reputados de Alemania y adepto de las doctrinas del nacionalsocialismo". Y en uno recientemente editado por Norbert Frei sobre las élites de Hitler tras 1945 (*Hitlers Eliten nach 1945*, 2ª ed., 2004, p.287 ss.), es igualmente considerado como el penalista más importante del nazismo y autor de uno de los textos legales más brutales de dicho régimen, "La Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad". Y, sin embargo, el pasado nazi de estos penalistas, especialmente el de Edmund Mezger, ha permanecido oculto durante estos últimos cincuenta años, y hasta más de uno, sorprendentemente en España, no en Alemania, se ha rasgado las vestiduras y ha proferido insultos de la peor calaña cuando sesenta años después se ha revelado con pruebas y documentos irrefutables (véase Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª edición, Valencia 2004). Actitudes como ésta quizás expliquen por qué la "historia contemporánea del Derecho penal español" está aún por escribir y al parecer haya todavía algunos interesados en que no se escriba.

A este respecto, cuando llevaba a cabo mis investigaciones sobre Edmund Mezger en el Bundesarchiv de Berlín, tuve acceso también al historial político de otro importante penalista de la Universidad de Munich en los años 50 y 60, Reinhart Maurach, quien perteneció al Partido nazi desde 1933, y fue nombrado Director del Institut für Ostrecht en Breslau, del que fue apartado provisional-

mente por un expediente disciplinario dentro del propio partido nazi, que se le incoó como consecuencia de una denuncia que algún colega hizo acusándole de relaciones con juristas judíos y de no condenar abiertamente el bolchevismo. El expediente se sobreesió finalmente en junio de 1939 por intervención directa de la Secretaría del mismo Führer. En su descargo Maurach alegaba, como prueba de su falta de afección hacia los judíos, que "después de todo él mismo había sido nombrado para sustituir al anterior director del Institut für Ostrecht, quien precisamente era judío", y respecto a su relación con algunos juristas judíos, concretamente el húngaro Racs, dice que "cuando se enteró de su origen rompió inmediatamente sus relaciones con él"; actitudes éstas que demuestran hasta qué punto el régimen nazi ejercía un control ideológico directo de sus más relevantes colaboradores (El expediente completo se encuentra en el Bundesarchiv Berlín, donde obtuve la correspondiente copia). Y quizás para demostrar que no tenía ninguna veleidad prosoviética o prosemita, escribió un libro de carácter histórico sobre la *Judenpolitik in Russland* (1938), así como varios artículos en la revista del Institut für Ostrecht que dirigía, en los que defiende la tesis de la vinculación entre marxismo y judaísmo, tesis muy del gusto de los jerarcas nazis y en España de los franquistas, que hasta el final de la dictadura hablaban de la "conspiración judeo-masónica-marxista". Posteriormente, durante la Segunda Guerra Mundial, Maurach actuó como intérprete de las tropas alemanas en el frente ruso, ya que por su origen (había nacido en Crimea de padres alemanes), dominaba el ruso. Ahí tuvo ocasión de presenciar casos de barbarie, como el asesinato masivo de judíos fusilados por los habitantes de un pueblo lituano sin que el ejército alemán interviniera porque, como le dijo el Coronel alemán al propio Maurach, "sus instrucciones eran la de no inmiscuirse en asuntos internos" (véase estas declaraciones de Maurach recogidas en el libro de Helmut Krausnick, *Hitler's Einsatzgruppen*, 1981, p.179 y notas 211 y 313). Pero también tuvo que presenciar abusos similares de las tropas alemanas, sobre todo de los llamados "Einsatzgruppen", grupos de voluntarios alemanes, encargados de la limpieza étnica, que en el frente ruso iban tras las tropas alemanas, masacrando a la población civil de origen judío o sospechosos de colaboración con las tropas soviéticas. Y algún tipo de relación de amistad tuvo que tener con alguno de los dirigentes de estos grupos, cuando escribió después un Dictamen en favor de su principal jefe, Ohlendorf, acusado de haber cometido terribles crímenes, como el asesinato de mujeres y niños, que fue condenado a muerte y ejecutado en Nuremberg. En su Dictamen, repetidas veces citado y refutado en la sentencia del Tribunal americano de Nuremberg, Maurach alegaba que estos comandos actuaron en "legítima defensa putativa

del Estado por razones ideológicas" ya que, decía, para ellos, como también para el propio Maurach tal como lo había escrito en su libro *Judenpolitik*, judaísmo y marxismo estaban íntimamente unidos, hasta el punto de que matar judíos (incluso niños y mujeres) era, por lo menos putativamente, un acto patriótico de "defensa del Estado alemán frente al marxismo" (véase este Dictamen traducido al inglés en las Actas del Proceso en Nuremberg contra los "Einsatzgruppen"; también *Fall 9, Das Urteil im SS-SS Einsatzgruppenprozess, gefällt am 10. April 1948 vom Militärgerichtshof II der Vereinigten Staaten von Amerika*, herausgegeben von Casimires Leszczyński mit einer Einleitung von Dr. Siegmur Quilitzsch, Berlin 1963). Daniel Jonah Goldhagen, en su polémico libro *Hitler's Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*, 1997 se refiere a este Dictamen de Maurach, indicando expresamente en la p.393: "Maurach, igual que los que cometieron los hechos, seguía todavía en el periodo posterior a la guerra, poseído de esta ideología, así que procedía a defenderla como si fuese correcta".

Pero fuera o no así, en todo caso, después de la Guerra, Maurach fue nombrado catedrático de Derecho penal en la Universidad de Munich, donde se encontraba Mezger, cuyo Libro Homenaje editó junto con Engisch en 1954. Posteriormente fue vuelto a nombrar Director del Institut für Ostrecht en la misma ciudad, y siguió manteniendo estrechas relaciones con los grupos que reivindicaban los territorios del Este perdidos por Alemania tras la Guerra en favor de Polonia y la Unión Soviética, escribiendo varios trabajos sobre su pertenencia a la nación alemana (véase Maurach, *Gutachten und Denkschriften*, 3 tomos, Munich 1947/1950; también Seraphin/Maurach/Wolfram, *Ostwärts der Oder und Neise*, Hannover 1949). También publicó una monografía sobre la situación de los procesos por crímenes de guerra contra presos alemanes en la Unión soviética (*Die Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Gefangene in der Sowjetunion*, Hamburgo 1950), situación que debía conocer muy bien pues él mismo estuvo recluido tras la guerra en un campo de concentración soviético, y escribió un Dictamen en favor de un guardián de un campo de concentración nazi acusado de haber incendiado un cobertizo en el que murieron algunas personas que se habían refugiado en él (véase la referencia a este caso en Hans Magnus Enzenberger, *Política y delito*, Barcelona, 1968, p. 23 y 24:

"A principios de 1964 compareció en juicio el ex sargento mayor L. Scherer en Kempten/Allgäu. Fue acusado de haber encerrado en una choza de madera a quince hombres, mujeres y niños, a quienes había sorprendido en la tala de una zona de bosques en el distrito de Brijansk durante la segunda guerra mundial, pegado fuego a la choza y arrojado encima granadas de mano. El profesor

Maurach de la Universidad de Munich presentó un informe al tribunal. En él sostenía la opinión de que al dictar sentencia habría que tener en cuenta la "extraordinaria excitación del soldado". La matanza de quince hombres, mujeres y niños la consideraba él como "no contraria a la ley". El tribunal dictó sentencia absolutoria. El acusado, según consta en los considerandos de la sentencia, se vio precisado a cumplir órdenes en estado de crisis".

Después de todo, puede ser que todo ello no fuera más que la aplicación coherente de sus teorías jurídicas. Recuérdese, por ejemplo, su teoría de la responsabilidad por el hecho o atribuibilidad que incluye entre las causas de justificación y las de exculpación una tercera categoría intermedia de justificación meramente penal que probablemente entendió podría aplicarse a casos como los que tuvo ocasión de tratar en su actividad de asesor de los acusados en el Proceso contra los Einsatzgruppen, o en su informe sobre el sargento incendiario (véase Maurach, Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Córdoba Roda, Barcelona 1962, tomo II, p.31 y ss). Pero ninguno de estos casos son mencionados luego en su Tratado, ni tampoco en las muchas referencias que se hace a su obra en los libros de Derecho penal, o en su biografía en el prólogo a su libro Homenaje, o en las notas necrológicas que se escribieron a su muerte, con lo que nos quedamos sin saber esas referencias al contexto histórico que pueden explicar muchas de sus posiciones doctrinales (véase Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, o la nota escrita por Karl Heinz Gössel, en Goldammers Archiv 1976).

Más de uno puede pensar que nada de esto importa para valorar la obra o las opiniones de estos importantes penalistas, o por lo menos las obras que escribieron después de la Guerra o antes del régimen nazi. Y quizás tengan razón. Pero no deja de ser sintomático que teorías como la de la "ceguera o enemistad jurídica" para el tratamiento del error de prohibición...creada por Mezger en la época nazi, para fundamentar la aplicación de la pena del delito doloso (que podía ser la de muerte) de lo que él llamaba "crimina odiosa", como la homosexualidad o el ultraje a la raza, a los sujetos que por su pertenencia a la "Volksgemeinschaft" (la "comunidad del pueblo") o por su "culpa por la conducción de vida" eran ciegos o enemigos de los valores jurídicos (véase Mezger, en Festschrift für Kohlrausch, 1944, p.180 ss.), se citen y se acojan hoy con absoluta "ceguera histórica", completamente desconectada del contexto en la que surgió, como un argumento dogmático para fundamentar la imputación a título de dolo indirecto en otro tipo de delitos (véase, por ejemplo, Jakobs, *Indiferencia como dolo indirecto*, en Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004, tomo I, p.349, nota 9). También es necesario

conocer este contexto histórico para entender el devenir histórico y la aplicación oportunista de otras teorías como la de la no exigibilidad (Nichtzumubarkeit) que surgió durante la crisis económica y social de Alemania en los años veinte del pasado siglo, para atenuar la dureza de la sanción penal cuando el delito se había cometido en situaciones en las que el sujeto podía perder el puesto de trabajo si no hacía lo que le mandaran, aunque lo que le mandaran fuera antijurídico; y que luego los nazis repudiaron porque, a su juicio, "quebrantaba los huesos del Derecho penal". Paradójicamente fueron los mismos juristas nazis los que la volvieron a poner en circulación tras la Segunda Guerra Mundial, para eximir o por lo menos atenuar la pena de los acusados de los crímenes nazis, alegando obediencia debida o miedo a perder el empleo, o incluso la voluntad de evitar un mal mayor en el proceso contra los médicos acusados de haber gaseado a enfermos mentales en los manicomios (véase por ejemplo los trabajos de Henkel y Gallas, en el Festschrift für Mezger, 1954, p.249 ss., 300 ss.). La misma relevancia del principio de culpabilidad o del error de prohibición firmemente establecida por la jurisprudencia y la dogmática alemana de la posguerra, surgió ciertamente como reacción frente a la dureza e inhumanidad del Derecho penal nazi, pero quizás también para exculpar a muchos de los que habían cometido gravísimos delitos durante aquel régimen, y luego alegaron que lo hicieron en la creencia de que actuaban correctamente bien actuando en obediencia debida, bien, como alegaron los Jueces en el famoso Proceso de Nuremberg contra los Juristas, aplicando el derecho que entontes estaba vigente (véase al respecto el famoso artículo de Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, p.105 ss., y el comentario a la película de Kramer sobre dicho proceso, "¿Vencedores o vencidos?", de Francisco Muñoz Conde y Marta Muñoz Aunión, Valencia 2003, hay versión alemana publicada con el título "*Das Urteil von Nürnberg*", Berlin 2006). Y lo mismo se puede decir respecto a la abolición en la Ley Fundamental de Bonn en 1949 de la pena de muerte, a la que sin duda hubieran podido ser condenados muchos de los responsables de los crímenes nazis, si se hubiera mantenido tras la Segunda Guerra Mundial, lo que en todo caso, cualesquiera que fueran las razones últimas de su abolición, debe ser acogido como un progreso y un factor de humanización del Derecho penal.

Menos elogios merece la teoría subjetivista de la autoría, que siguió aplicándose por la Jurisprudencia alemana de la posguerra no por razones de mayor corrección dogmática, sino para imponer la pena del cómplice (y, por tanto, a veces una pena muy reducida) a verdaderos criminales de guerra y delincuentes nazis, alegando que

habían cometido sus graves hechos delictivos con "animus socii" y no con "animus auctoris" (sobre la aplicación de esta jurisprudencia a los criminales nazis, véase Just-Dahlmann/Just, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main 1988, y las referencias al mismo en Muñoz Conde, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico*, en *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada. 14. CGPJ, Madrid 2001, p.183.). En este sentido es digno de destacar, que el conocido trabajo de Claus Roxin sobre "Autoría mediata por dominio de aparatos de poder", que constituye un capítulo de su famoso escrito de habilitación sobre "Autoría y dominio del hecho", fue vetado para su publicación como artículo independiente a principios de los años 60 por la prestigiosa revista alemana *Juristenzeitung*, probablemente porque en él se defendía la tesis de que Adolph Eichmann, quien entonces era acusado en Jerusalem por su participación en el Holocausto, después de haber sido secuestrado ilegalmente en Buenos Aires, y los principales dirigentes nazis eran verdaderos autores (mediatos) de los crímenes cometidos a través del aparato de poder criminal del régimen nazi, aunque no hubieran intervenido directamente en la ejecución material de los hechos, generalmente cometidos por los miembros de las SS encargados de los campos de concentración. El artículo de Roxin fue publicado luego en *Goldammer's Archiv*. La anécdota me lo contó el propio Roxin el día 11 de septiembre del 2001, en Seul, donde nos encontrábamos con motivo de un Homenaje que se le tributaba, mientras comentábamos el brutal ataque a las Torres Gemelas de Nueva York, que acaba de producirse. Posteriormente, es el mismo Roxin quien la comenta en la versión que de una reelaboración de este trabajo se recoge en la publicación peruana de su obra "La teoría del delito en la discusión actual", traducción de Manuel Abanto Vásquez, Lima 2007, p.513, nota 1, donde dice literalmente: "El que todavía en ese entonces (1963) tal tema fuera considerado como un asunto político, puede verse en el hecho de que la revista "Juristenzeitung" hubiera rechazado anteriormente su publicación: aquella fue la única vez que ocurrió algo semejante en toda mi carrera de jurista y escritor".

Un origen aún menos honroso que la teoría subjetiva de la autoría tiene la teoría de la "participación necesaria" desarrollada por Richard Lange en la parte destinada a los aspectos penales de las Leyes de Nuremberg en los Comentarios al Código penal alemán de su maestro, el importante penalista nazi Kohlrausch, para justificar el distinto tratamiento penal del delito de "ultraje a la raza" según fuera cometido por un alemán ario con una judía, en cuyo caso, había una "traición al deber de confianza", o cuando era cometido por un judío con una mujer de raza aria, en cuyo caso constituía una lesión del bien jurídi-

co "pureza de la sangre", por lo que sólo era castigado el hombre judío (aunque la mujer podía ser castigada por falso testimonio, si negaba, contra todos los indicios, que hubiera habido una relación sexual, como sucedió en el caso Katzenberg, en el que el hombre judío fue condenado a la pena de muerte; este caso fue uno en los que se basó la acusación contra un Juez en el Proceso de Nuremberg contra los juristas, véase Muñoz Conde/Muñoz Aunión, ob. cit.). Richard Lange fue nombrado en 1940 catedrático de Derecho penal, sin haber pasado siquiera el procedimiento de habilitación, en la Universidad de Jena, y después de la guerra continuó editando los Comentarios de su maestro Kohlrausch hasta la 43ª edición en 1961, y a su jubilación en 1976 se le dedicó un *Festschrift* o Libro Homenaje, sin que su editor y prologuista, Dietrich Oehler, hiciera la menor alusión a su obra en la época nazi, que, sin embargo, afloró al final de su vida ya en los años 90 provocando un gran escándalo y probablemente llenando de amargura sus últimos días (sobre ello, puede verse el contundente y honesto artículo de Günter Spendel, *Stratrechtsgelehrter in Zeiten des Umbruchs*, en *Richard Lange zum Gedächtnis*, Colonia 1996, p.17 ss.).

No deja de ser extraño que estos datos y muchos más de este tipo (por referirme sólo a los más estrictamente relacionados con la dogmática) que hoy están al alcance de cualquiera, sigan siendo desconocidos (¿?) por la mayor parte de los cultivadores de la dogmática penal alemana, y que ni siquiera se hayan mencionado, ni se mencionen todavía, aunque sólo fuera de paso, durante todos estos años en las obras generales, Manuales y Tratados, donde frecuentemente son citadas sus opiniones y teorías. Lo más que se puede encontrar en las obras generales en el capítulo dedicado a la evolución del Derecho penal alemán en esa época son algunas referencias críticas a la Escuela de Kiel (Dahm, Schaffstein) por su excesiva subjetivización del concepto de injusto y sus propuestas a favor de un Derecho penal de autor; otras igualmente críticas con la admisión de la analogía y del "sano sentimiento del pueblo" como fuentes del Derecho penal que se introdujo en el Código penal alemán en 1933 ya en la época nazi (sin mencionar por supuesto, a los penalistas que propugnaron y apoyaron en sus libros y Manuales esta idea y hablaban de la "voluntad del Führer" como fuente primaria de todo el Derecho); y otras menos críticas en relación con el tratamiento del delincuente habitual para el que se introdujo en el Código penal también en 1933 la medida de "internamiento en custodia de seguridad", recordando, para disipar cualquier sospecha sobre su origen, que esta medida se encontraba ya en el Proyecto de Código penal del filósofo del derecho y Ministro de Justicia en la primera etapa de la República de Weimar, Gus-

tav Radbruch. Pero nada se habla, en cambio, de otras propuestas aún características de la época nazi como la de la esterilización de los asociales "para evitar una herencia indeseable", la castración de los homosexuales o simplemente "el exterminio de los elementos dañinos o parásitos del pueblo y la raza alemana"; propuestas estas que luego tuvieron acogida en el Proyecto de Ley para el tratamiento de los "extraños a la comunidad" de 1943/44, y que habían sido ya formuladas años antes por su principal inspirador, el Profesor de la Universidad de Munich e importante dogmático Edmund Mezger (cfr. al respecto mi libro, antes citado *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* cit., p.170 ss.). Esto es lo que probablemente hizo que para ocultar su participación en ese Proyecto, en 1950, el citado autor, haciendo gala de un cinismo impresionante, retomara en su monografía "Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik" (traducida por mí, con el título "Modernas orientaciones de la Dogmática del Derecho penal", Valencia 2000), la Dogmática juridicopenal, de la que decía ya en la primera página, que había quedado ensombrecida en los últimos años por "su más mundana hermana la Política criminal". Ni que decir tiene que la "Política criminal" a que se refería era la que dió título a su Tratado de Criminología en el que desde 1933 había mantenido sus propuestas racistas y exterminadoras de los "elementos dañinos al pueblo y al raza" (cfr. *Kriminalpolitik*, 3. ed. 1944; hay traducción española de la segunda edición realizada por José Arturo Rodríguez Muñoz con el título de "Criminología", Madrid 1941). Que esta obsesión por el exterminio de los elementos dañinos al pueblo y a la raza no era sólo una frase aislada u oportunista, deslizada como por error en aquella publicación, lo demuestra esta intervención suya en el seno de la Comisión para la Reforma del Código penal, en la que ya en 1934 decía lo siguiente:

"Lo destaco expresamente... En la lucha racial; pues considero que se trata aquí de una lucha... Se trata de una lucha de razas en el espacio vital alemán, y debe confesar personalmente, que puedo asumir mejor alguna crueldad e injusticia en esta lucha, si tengo las ideas claras de que aquí se trata de una lucha entre dos frentes contrapuestos, en la que a la dureza hay que responder con dureza. Y pienso aquí, como cuestión de principio, que el Derecho penal en una tal lucha puede ser un medio absolutamente idóneo, eficaz e incluso en algún caso de exterminio".

(La cita se encuentra transcrita en Schubert-Regge-Riess-Schmid, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts. Abteilung II, Band 2.2. Berlin, New York 1989, p.297, y es reproducida por Thomas Vormbaum, en su Introducción al tomo VII del Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte (2005-2006), p.XXIII, nota 24).

Pero en 1950 el horno no estaba ya para tales bollos racistas, y, por eso, tras un breve período en el que tuvo que pasar por el purgatorio de un "proceso de desnazificación", retomó el discurso dogmático como una tabla de salvación y una forma de volver a la primera línea, desencadenando una polémica con su colega Hans Welzel sobre el concepto ontológico de la acción y la posición sistemática del dolo en el sistema de la Teoría del Delito, que ocupó a buena parte de la Dogmática penal alemana y de otros países durante casi toda la segunda mitad del siglo XX. Quizás de haberse sabido lo que uno de los principales protagonistas de esa polémica había hecho y defendido durante la etapa nazi, no se le habría dado a esa polémica la excesiva importancia que todavía hoy se le sigue dando. En todo caso, para lo que sí sirvió esta hipervaloración del pensamiento dogmático fue para desterrar del mismo durante más de veinte años las cuestiones de Política criminal, que tan mala fama había adquirido en la época nazi, y de la que los dogmáticos no empezaron a volver a hablar hasta las aportaciones ya en los años 70 de Roxin y Hassemer (cfr. al respecto mi libro, antes citado *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, p.95 ss.; para una exposición más detallada de las relaciones entre Dogmática y Política criminal en la Ciencia penal alemana desde después de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, véase también mi artículo sobre el tema, en Homenaje a Rodríguez Mourullo. Madrid 2005).

Quizás no esté de más citar como prrubea del cambio de actitudes que se operó entre muchos penalistas alemanes tras la derrota nazi en 1945, la anécdota que cuenta Günter Spendel sobre la correspondencia entre su maestro, Gustav Radbruch, y Edmund Mezger en diferentes periodos de la historia alemana. Cuenta Spendel que Radbruch, tras haber sido expulsado de su cátedra en la Universidad de Heidelberg por los nazis en 1933, le escribió a Mezger quejándose por no haber sido invitado a unas Jornadas de Derecho penal, a lo que Mezger le contestó que gracias a la toma del poder por lo nazis, Alemania se había salvado de la amenaza comunista (dando a entender así que Radbruch o era un peligroso comunista –así se consideraba entonces a los socialdemócratas– o había favorecido en su etapa de Ministro de Justicia en la República de Weimar esa amenaza comunista. Pero trece años después, tras haber sido repuesto Radbruch en su cátedra universitaria, el mismo Mezger, quien por cierto en ese momento estaba apartado de su cátedra por estar sometido a un proceso de desnazificación le escribió un carta felicitándolo por su 70 cumpleaños y alegrándose de su regreso a la Universidad (véase Günter Spendel, "Wer von seiner Vergangenheit flieht, verliert immer das Rennen, en *rect. Und Politik*, 4/2005, p.340 y nota 21).

Peor probablemente actitudes similares se podrían encontrar entre muchos penalistas de habla española, algunos de ellos muy vinculados e influenciados en su mayor parte por la dogmática penal alemana de aquella época, si se rastrearán sus conexiones y vinculaciones con las dictaduras de sus respectivos países o con las construcciones jurídicas de carácter autoritario o incluso totalitario. En general, no hay en las obras generales, Tratados o Manuales; alemanes o escritos en español referencias al pasado nazi o a la ideología totalitaria de algunos de algunos de estos penalistas. Por lo que respecta al ámbito de los artículos y trabajos monográficos, en tanto alcanzo a saber, mi libro *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, es probablemente el único que se enfrenta a fondo con el pasado nazi de este autor y con las connotaciones ideológicas de algunas de las construcciones de la dogmática penal alemana desarrolladas por dicho autor. Otra excepción a este silencio sobre las vinculaciones entre el régimen nazi y la Ciencia alemana del Derecho penal de aquella época, es la monografía del costarricense Javier Llobet Rodríguez, *Justicia penal en el Estado arbitrario*, Costa Rica 2004, quien con abundantes referencias bibliográficas de la época expone cómo se fue adaptando el Derecho procesal penal alemán a los postulados del régimen nazi, aboliendo la independencia judicial, convirtiendo al Führer en el Juez supremo con capacidad para modificar sentencias incluso con efecto retroactivo, anulando la presunción de inocencia, permitiendo la tortura, y dándole facultades omnímodas a la Gestapo, etc.

Pero lo que no se ha hecho todavía en el ámbito del Derecho penal de habla hispana es una reflexión o una indagación histórica seria sobre el Derecho penal de los regímenes autoritarios que tanto han abundado en nuestro ámbito, y el papel que han tenido los penalistas y profesores de Derecho penal en la construcción de un Derecho penal autoritario o sustentador de las terribles dictaduras y regímenes habidos durante todo el siglo XX hasta el momento presente en Italia, Portugal, España y la mayoría de los países latinoamericanos. Esta es una tarea que urgentemente debe ser acometida y precisamente este comentario bibliográfico pretende llamar la atención sobre la importancia de este tema porque además del enriquecimiento cultural e intelectual que supone para nuestra disciplina, permite conocer mejor los orígenes de muchas de las particularidades del Derecho penal vigente, de algunas propuestas teóricas que sospechosamente recuerdan a otras del pasado que parecían habían desaparecido ya definitivamente, como las de la "tolerancia cero" o el "Derecho penal del enemigo", o de medidas legislativas como las adoptadas recientemente (octubre 2006) por el Congreso y Senado de los Estados Unidos y ratificadas por su Presidente George

W. Bush, de permitir Tribunales militares para juzgar a los sospechosos de terrorismo, limitar el derecho de "habeas corpus" sólo a las que tengan ciudadanía americana o autorizar formas de interrogatorio rayanas en la tortura. Como diría algún clásico: "¡Nihil novum sub sole!"

Por lo que a España respecta y en relación con el Derecho penal y el proceso penal de los años de la posguerra (la terrible Ley de Seguridad del Estado, los Tribunales militares), no me cabe duda de que el estudio de obras como las del procesalista Miguel Fenech (*La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid 1941), y del penalista Juan del Rosal (*Acerca del pensamiento penal español*, Madrid 1942), puede ser muy revelador de hasta qué punto habrían penetrado las ideas del pensamiento jurídico del totalitarismo nazi y fascista en el Derecho penal español de aquella época. Desde luego no es ninguna casualidad que, por ejemplo, el Anteproyecto de Código penal elaborado (¿por quiénes?) en 1938 en el seno del grupo político más afín a la ideología nazi-fascista, Falange Española Tradicionalista y de las JONS, se castigara con pena de prisión al "español que se casara con persona de raza inferior", acogiendo un tipo delictivo similar al de "ultraje a la raza" creado en Alemania por las Leyes de Nuremberg en 1935. O que en la Oración (sic) inaugural del curso 1940/41 de la Universidad de Salamanca, el catedrático de Derecho penal de dicha Universidad y luego de la de Madrid, Isaías Sánchez Tejerina, llegara a decir que el Glorioso Alzamiento Nacional (así se llamaba el Golpe de Estado contra el Gobierno legítimo de la República) fue "un caso de legítima defensa colectiva", "ya que sólo así se pueden justificar hechos que aisladamente considerados podrían parecer delictivos" (se refería naturalmente a los asesinatos, fusilamientos masivos y posteriores enterramientos en fosas comunes de los que se mantuvieron fieles a la República llevados a cabo incluso a título particular por los partidarios del Golpe militar) (véase Dr.D. Isaías Sánchez Tejerina, ORACIÓN INAUGURAL del curso de 1940 a 1941 en la Universidad de Salamanca, Salamanca 1940, p.12)

Sin duda, son muchas las causas que han contribuido a esta "amnesia colectiva" del Derecho penal de los regímenes totalitarios y al abandono en que se encuentra la Historia contemporánea del Derecho en general y del Derecho penal en particular tanto por parte de los historiadores del Derecho, como por los cultivadores del Derecho vigente. Entre estas causas, aún puede citarse desde luego, aunque parezca mentira, el miedo, si no a la eliminación física, sí a irritar a algunos prebostes del mundo académico, en buena parte herederos y continuadores de los antiguos fascistas. No deja de ser revelador de ello que entre las muchas cartas de felicitación y de apoyo frente a los brutales ataques que recibía cuan-

do escribía las primeras ediciones de mi libro sobre Edmund Mezger, muchos colegas alabaron "el valor" que había tenido para escribirlo y sacar a la luz los datos que tanto molestaron a algunos. Pero como dice Schlink en relación con el mismo tipo de alabanzas que recibieron los Ponentes del Congreso de Derecho público alemán celebrado el año 2000, en el que se trató del papel de los Profesores de Derecho público en la época nazi, no deja de ser preocupante y revelador que todavía setenta años después se tenga que "tener valor" para poder hablar abiertamente de estos temas (véase Schlink, *Die Unfähigkeit der deutschen Staatsrechtswissenschaft zu trauern*, en *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, 2002, p. 132).

En Alemania, ello también puede deberse a lo que algunos llaman "incomodidad de la memoria", sobre todo cuando ésta se refiere al régimen nacionalsocialista, sobre el que se pasa siempre como sobre ascuas, o se le considera como una situación excepcional, una locura transitoria, un paréntesis en la Historia siempre brillante de la dogmática penal; un mero accidente que los que lo vivieron y apoyaron prefieren no recordar, y los que siguieron a éstos no pudieron o no quisieron tampoco conocer, porque fueron educados para no hacer preguntas indiscretas o incómodas, en todo caso difíciles de contestar. Esto ha sido especialmente evidente en el ámbito académico jurídicopenal, en el que prácticamente hasta comienzos de los años noventa del pasado siglo sólo las monografías de Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht* (La lucha contra el Derecho penal liberal, 1975) y de Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* (Administración de Justicia penal y lucha policial de contra la delincuencia en el Tercer Reich, 1989) se ocuparon expresamente del Derecho penal y de los penalistas de aquella época.

Poco a poco y tras la caída del Muro y con la creación del nuevo Archivo Federal de Berlín, en el que se han integrado los documentos procedentes de otros archivos, han ido saliendo a la luz hechos y personas, cuyo pasado nazi había permanecido oculto. Pero sobre todo ha sido el nuevo clima entre los intelectuales, los profesores y la sociedad alemana en su conjunto, y su voluntad de enfrentarse con el pasado, como única forma de superarlo, lo que, por fin, ha determinado que se haya abierto la brecha por la que han penetrado los nuevos vientos del interés por aquel pasado oscuro que todavía pesa como una losa sobre el pueblo alemán. Un buen ejemplo de ello, por lo que al ámbito del mundo académico jurídico se refiere, son el Congreso de los Profesores de Derecho público alemán celebrado en el 2000, en el que se abordó monográficamente el Derecho público nazi, comentado por el constitucionalista y novelista Bernhard

Schlink (*Die Unfähigkeit der Staatsrechtswissenschaft zu trauern* cit.; véase también los trabajos de los administrativistas españoles José Esteve Pardo, *La doctrina alemana del derecho público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío*, en *Revista española de Derecho constitucional*, año 23, num. 87, enero-abril, 2003, p. 171 ss; y Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del derecho público*, tomo II, Barcelona 2004); y el Congreso de Profesores de Derecho penal alemán celebrado en el 2003, en el que el joven catedrático de Derecho penal de la Universidad de Tübinga, Joachim Vogel, mantuvo una magnífica ponencia sobre la influencia del Derecho penal nazi en el Derecho penal alemán actual (*Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004). También los Historiadores del Derecho alemán, como Michael Stolleis (*Unrecht im NS-Staat*, 1994) o Joachim Rückert (*Strafrechtliche Zeitgeschichte*, en *KritV*, 2-2001) se están ocupando de la "Juristische Zeitgeschichte", es decir, de la "Historia jurídica contemporánea" y de temas relacionados con el Derecho nazi, y de los problemas jurídicos de la transición de la dictadura a la democracia, tema éste al que se ha dedicado una sección completa bajo la presidencia del Profesor de la Universidad de Frankfurt am Main, Joachim Rückert, en el Congreso de Historia del Derecho (Rechtshistorikertag) celebrado en Halle an der Saale en septiembre del 2006, en el que he participado con una ponencia sobre la transición en España (*Abrechnen, aber wie?: Die juristische Transformation der Diktatur zur Demokratie: Der Fall Spanien*, de próxima publicación en la *Savigny-Zeitschrift*).

En este contexto surgió a finales de los años noventa del pasado siglo el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, una revista de periodicidad anual sobre la Historia jurídica contemporánea, que seguidamente paso a comentar (Infra 1). También aprovecho esta nota para dar cuenta de dos libros prácticamente desconocidos que tuve ocasión de leer durante mi estancia como profesor invitado en la Universidad Kyoto en la primavera del 2005. El libro de Renneberg (infra 2) es una tesis doctoral realizada en la República Democrática alemana en los años 50 y se ocupa de la influencia del pensamiento de Von Liszt en la configuración del Derecho penal autoritario. El libro de Robotzky y Oberkofler (Infra 3) se ocupa de los orígenes del Derecho penal nazi, y dedica interesantes páginas a la biografía de un penalista austriaco que ocupó cargos relevantes en el régimen nazi y contribuyó sobre todo a la configuración del Derecho penal militar de dicho régimen. Wenzeslaus Von Gleispach. Ambos son de interés porque, aparte de sus valores intrínsecos, muestran datos pocos conocidos o una visión diferente de lo que fue el Derecho penal académico alemán y austriaco en el primer tercio del siglo XX.

1. JAHRBUCH DER JURISTISCHEN ZEITGESCHICHTE (Anuario de Historia jurídica contemporánea), (Tomos I a VII, 1999-2006), editado por Thomas Vormbaum, tomos I a IV publicados en Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, tomos V, VI y VII publicados en Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin.

Por las razones ya indicadas, es evidente que es difícil escribir la Historia contemporánea del Derecho penal, sobre todo si se trata del alemán, sin referencia al contexto social y político habido durante el último siglo. Pero obviamente la historia contemporánea del Derecho penal alemán no está solo impregnada por el nacional-socialismo y por sus consecuencias. Tanto antes, como después, hubo muchas otras manifestaciones doctrinales, jurisprudenciales y legales, que estuvieron igualmente condicionadas, para bien o para mal, por el contexto político, económico o social en el que surgieron. Y precisamente esta es la virtud principal del Jahrbuch que hoy comentamos, que de forma objetiva y acogiendo un amplio espectro, viene recogiendo en los siete años que tiene de vida, diversos aspectos de la Historia contemporánea del Derecho penal.

Desde el primer tomo, 1999/2000, su Director, el Catedrático de Derecho penal de la Universidad a Distancia (FernUniversität Hagen) Thomas Vormbaum, expone en el Prólogo las razones de por qué es necesaria una publicación de este tipo y la necesidad de conocer la Historia contemporánea del Derecho, no sólo desde el punto de vista jurídico conceptual o dogmático, sino también político y social, contando para ello con la colaboración de juristas e historiadores, y especialistas en otras disciplinas. Para exponer el rico material que poco a poco fue llegando a sus manos, estructura el contenido en seis secciones, dedicadas respectivamente a "Aportaciones generales" (1), "Foro Historia jurídica contemporánea" (2), "Materiales y trabajos sobre aspectos históricos legislativos" (3), "Biografías y análisis de obras" (4), "Política jurídica y Administración de Justicia en la actualidad" (5), "Derecho en el Arte-Arte en el Derecho" (6), comentando en el Prólogo a cada uno de los volúmenes los trabajos incluidos en cada una de estas secciones. En ellas se incluyen trabajos normalmente inéditos, pero también ya publicados en otros lugares, que responden a las materias indicadas, a veces de un modo monográfico, incluyendo diversas perspectivas. Así, por ejemplo, en el primer volumen (1999/2000), en la Sección 2 se incluyen diversos trabajos de Lothar Fritze, Peter Steinbach/Johannes Tüchel, Kaherina Sperber y Guntholf que dieron lugar a una polémica en el periódico "Frankfurter Rundschau" sobre el "caso Elser". El 8 de noviembre de 1939 estalló un explosivo en una cervecería de Múnich, colocado allí por Johann Goerg Elser, con objeto de

matar a Adolf Hitler, pero éste había abandonado pocos minutos antes el local, y la bomba mató a 8 personas e hirió gravemente a otras 63 que se encontraban allí. Elser fue detenido y posteriormente ejecutado. Todavía hoy se discute, incluso de forma apasionada, si Elser debe ser considerado como un héroe, o como un irresponsable que no tuvo en cuenta que su bomba podía alcanzar a muchas personas inocentes. El problema de la licitud del "tiranicidio" y el "derecho a la resistencia" frente a regímenes tiranos constituyen el trasfondo de esta discusión, siempre actual y siempre difícil de responder; pero la reflexión complaciente sobre lo que hubiera podido ocurrir en Alemania y en todo el mundo, si Elser hubiera conseguido su objetivo, matar a Hitler, cuando apenas había comenzado la Guerra, no oculta los inconvenientes morales que tiene asumir la muerte de otras personas, algo que a pesar de los millones y millones de muertes que costó aquella demencial Guerra, entonces apenas comenzada, no deja de ser moral y jurídicamente discutible. El tema vuelve a ser tratado en los volúmenes segundo, tercero y cuarto, con aportaciones de Schroeder, Ramm, Herzberg, Priester, Limbach y Fritze.

También plantea problemas morales, pero de otro tipo, el tema de la "financiación ilegal de los partidos políticos", un tema que surgió con virulencia en Alemania después de la reunificación y que llegó a afectar al propio Canciller Helmut Kohl. Desde luego cuesta trabajo asumir que, en un país de tanta tradición de honradez en la gestión pública, los partidos democráticos se financien a base de aportaciones de particulares, empresarios, grupos de presión económica, que buscan de ese modo influir en sus decisiones y con ello en la política de un país en favor de sus intereses, cualquiera que sea después el destino que le den a esas aportaciones los políticos que las reciben. Sin embargo, no es fácil encuadrar jurídicamente este fenómeno, que como un cáncer corroe las democracias más consolidadas. En la Sección 3 del volumen primero se contienen diversas aportaciones de Hans Klein, Gerd Roelleck, Josef Isensee, Klaus Stern; pero también en el volumen segundo se vuelve a tratar el tema con trabajos de Naucke, Hennis, Vormbaum, y Beulke/Fahl.

En la misma Sección del primero y el segundo volumen también hay dos trabajos de Rößler y Opitz, y de Rößler y Shneppen sobre la pena de muerte en USA y Japón.

Hay además otros muchos trabajos en las otras secciones de los diversos volúmenes. Así, por ejemplo, en la Sección de biografías, en el primer volumen hay uno de Gerit Thulfaut sobre Edmund Mezger, y otro de Klaus Adomeit sobre Gustav Radbruch, y en el tercero y cuarto

de Muñoz Conde sobre Edmund Mezger, su colaboración en el Proyecto de Ley nazi de extraños a la comunidad y sus visitas al campo de concentración de Dachau; de Ziemann sobre M.E.Mayer; de Rùthers, sobre Carl Schmitt, y otros sobre diversos juristas alemanes menos conocidos entre nosotros. Especialmente interesante es el trabajo de Hattenhauer, recogido en el volumen sexto, que se ocupa de las relaciones y de la correspondencia entre Gustav Radbruch y su discípulo Georg Dahm. A más de uno puede sorprender que el que después fuera uno de los jóvenes penalistas más destacado del derecho penal nazi y fundador de la llamada Escuela de Kiel fuera por así decir el discípulo amado de Gustav Radbruch, que obviamente rompió con él, cuando en 1933 Dahm abrazó el nacionalsocialismo y Radbruch fue expulsado por motivos políticos de su cátedra en Heidelberg. La lectura de la correspondencia entre ambos, que se adjunta como apéndice al trabajo, no tiene desperdicio y demuestra hasta que punto fue violenta la ruptura (Radbruch se negó siempre a recibirlo a pesar de los esfuerzos que hizo Dahm por reconciliarse con él).

También de gran valor para conocer la persona y obra de Dahm durante la etapa nacionalsocialista, es el trabajo que sobre él mismo publica en el volumen 7, su colega y compañero de viaje ideológico Friedrich Schaffstein. Una de las mayores dificultades existentes para conocer lo que fue la colaboración de los principales juristas alemanes con el régimen nazi, es el silencio que los mismos mantuvieron después de la derrota del régimen, utilizando para ellos varias tácticas de desquite, como inventarse polémicas sobre temas abstractos y completamente alejados de los temas de los que se habían ocupado en la etapa nazi (la famosa polémica entre causalismo y finalismo fue uno de esos temas), o simplemente retirando de las bibliotecas las publicaciones, a veces aberrantes, que escribieron en aquella época, ocultándolas en los más recónditos rincones de los armarios, a los que se llamaba por eso "Giftschrank" ("armarios de los venenos"), hasta el punto de que para poder consultarlas había que pedir un permiso especial. Por eso, es especialmente interesante que uno de los protagonistas principales de las tendencias más representativas del Derecho penal nazi, hable de esa época y de lo que hicieron en ellas los "jóvenes leones" de la Escuela de Kiel, Dahm, y él mismo autor de este artículo. No deja de ser de todas formas curioso que Schaffstein, que murió ya muy anciano a finales del siglo XX, sólo permitiera la publicación de este artículo después de su muerte. Y, sin embargo, quien espere encontrarse aquí una confesión o, por lo menos, una autocrítica o muestras de arrepentimiento por los excesos a que se llegó con el derecho penal que ellos propugnaban, al menos en el plano teórico y académico, se llevará una enorme

decepción, pues en todo momento Schaffstein adopta una actitud exculpatoria, incluso victimista, mostrándose incluso orgulloso de muchas de las cosas que entonces él, Dahm y otros jóvenes colegas de aquel grupo, como Henkel, Larenz, etc. hicieron, escribieron o propusieron. Así, por ej. da como prueba de la alta cualificación de Dahm la juventud con la que éste llegó a su cátedra, e incluso a Rector de la Universidad de Kiel con apenas treinta años, añadiendo acto seguido, un tanto ingenuamente, que contó desde luego con el apoyo de las SS y de los grupos nazis de estudiantes; o que, a pesar de esa juventud y sin ninguna obra importante todavía en su haber, fue nombrado miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, en la que figuraban ya maduros y acreditados penalistas como Mezger o Kohlraush, etc. Por supuesto, siempre hay las típicas referencias y anécdotas humanas, a los amigos y colegas no partidarios del nazismo con los que a pesar de ello mantuvieron buenas relaciones, e incluso a algunas desavenencias y peleas que hubo entre ellos y algunos destacados dirigentes nazis, más por razones de tipo académico que por desacuerdo ideológico o político. Pero de los excesos y brutalidades de aquel régimen apenas hay noticia en el artículo de Schaffstein, sólo alguna excusa del tipo de "intentamos evitar males mayores", "pensábamos que eran actos aislados más producto del sarapión infantil que de la maldad intrínseca de aquel régimen o de sus ideas", etc. Bien, allá cada uno con su memoria selectiva y sus propias justificaciones subjetivas. Pero ahí están los datos objetivos difícilmente refutables que afortunadamente todavía obran en los archivos de las cosas que Dahm y otros famosos penalistas dijeron en aquella época, como el que Vormbaum menciona en relación con Dahm y Mezger en su excelente y extenso prólogo a este volumen, y que creo mi obligación transcribir y traducir, para que cada uno saque sus propias conclusiones:

"En todo caso, —dice Vormbaum, comentando el artículo de Schaffstein—, Dahm ha colaborado con la Comisión de reforma del Derecho penal del Ministerio de Justicia del Reich, y su intervenciones en la misma sobre el "Derecho penal racista" son todo menos inocuas....."

citando acto seguido la siguiente intervención de Dahm en la misma:

"No me gustaría despertar la impresión de que precisamente en la joven generación y en las Universidades en general se tienen los escrúpulos y se es partidario de opiniones como las aquí expuestas por el Profesor Kohlraush. En el derecho penal nos tenemos que ocupar de la protección del Orden fundamental del pueblo, y uno de sus valores fundamentales es la raza. Por ello en

muchos sectores del estudiantado, y precisamente en sus círculos más activos y avanzados, se consideraría insuficiente una ley, que no recoja con claridad esta idea fundamental".

En la sección de historia legislativa, en el primer volumen destaca el trabajo de Vormbaum sobre la prescripción del asesinato en la historia de la Codificación alemana; en el tercero los de Dannecker y Seebode sobre la prohibición de retroactividad de las leyes penales. Y en la de Derecho y arte hay trabajos como el de Brandenburg en el volumen primero, sobre la actividad de Goethe como abogado; o de Teckenhoff, en el segundo, y Lüderssen, en el séptimo, sobre Kafka, como poeta y jurista; de Lüderssen, en el tercero, sobre el movimiento americano "Law and Literature"; de Thiel, en el quinto, sobre el proceso de Oscar Wilde, etc. Pero también hay en la sección de aportaciones generales de los diversos volúmenes varios otros sobre el trato de la población civil por parte de la Wehrmacht en el frente ruso (Meyer), o la actuación de la Justicia alemana en relación con la oposición política al régimen hitleriano (Zarusky); sobre la Administración Justicia en el régimen nazi (Kibener; Rüping); sobre constitucionalismo, federalismo, movimientos feministas, la lucha por la equiparación hombre-mujer (Nagy, Jaeger), etc.

En el volumen séptimo se dedican varios trabajos al tema de la "Eutanasia"; uno de los temas más característicos de la biopolítica llevada a cabo por el Nacionalsocialismo y que constituyó uno de los ejes fundamentales sobre los que quiso edificar la superioridad de la raza aria y descargar al Estado y a la sociedad del gasto social que suponía el cuidado y la atención de los que ya Binding y Hoche denominaban en su famosa monografía de 1923 "seres desprovistos de valor vital". Para ello se eligió el camino más fácil, simplemente eliminándolos con medidas llamadas eutanásicas. Aunque disfrazadas a veces de motivos piadosos y compasivos, en el fondo no eran más que un pretexto para llevar a cabo una cruel, inhumana y brutal política de exterminio de todos los que por su debilidad mental, o grave deterioro físico y psíquico, representaban una pesada carga económica y social en un momento en que se quería sólo gente sana y fuerte apta como mano de obra o como soldados para la guerra que acaba de comenzar con la invasión de Polonia el 1 de septiembre de 1939. Ciertamente, como se puede ver con claridad en los excelentes trabajos que se dedican a esta materia en el presente Jahrbuch, de Hans-Walter Schmuhl, Petra Fuchs, Gerrit Hohendorf, Philipp Rauth, Annette Hinz-Wessels, Paul Richter, Maike Rotzoll, Michael Schwartz, Uwe Kaminsky, Klaus-Detlev Godau-Schüttke, Friedrich Dencker y Vera Grobe-Vehne, la eliminación de los "seres desprovistos

de valor vital" no fue un invento del Nacionalsocialismo, pues ya antes de su llegada al poder había en Alemania y en otros países europeos propuestas teóricas que propugnaban este tipo de medidas; pero fue el régimen nazi el que convirtió estas propuestas en el eje de su política racista, aplicándolas masivamente junto con otras de carácter biológico exterminador, como la esterilización de los asociales, la castración de los homosexuales y, finalmente, su exterminio, junto con el de los pertenecientes a minorías étnicas o raciales, en las cámaras de gas de los campos de concentración. Se calculan que entre 1939 y 1945 más de 200.000 enfermos mentales fueron ejecutados con diversos procedimientos en diversos hospitales psiquiátricos, con la ayuda y colaboración técnicas del personal médico (generalmente psiquiatras) y asistencial, muchos de ellos pertenecientes a las comunidades religiosas, protestante y católica, que los regentaban. Especialmente interesantes son, por ejemplo, los trabajos de Schmuhl y Kaminsky sobre la actitud de las Iglesias alemanas, católica y protestante en relación con estas prácticas, a cuyas protestas se debió en parte que finalmente dejaran de practicarse, al menos de la forma abierta y masiva, con la que se practicaron inicialmente. Sin embargo, en estos trabajos se relativiza bastante el nivel de estas protestas, que se dieron más a nivel individual que al institucional al máximo nivel jerárquico. Tampoco fue muy brillante en ese sentido la actitud de la Administración de Justicia, que como señala en su trabajo al respecto Godau-Schtke, se abstuvo de emprender ninguna acción contra los responsables de dichas medidas y mantuvo una absoluta inactividad, con la única excepción del Juez de tutela Lothar Kreysig, quien las denunció sin el menor éxito. Sólo después de 1945 se iniciaron algunos procesos, de los que informa en su trabajo Friedrich Dencker. El principal de ellos fue el de Nuremberg contra los médicos, en el que incluso llegaron a pronunciarse penas de muerte y de reclusión perpetua contra los principales responsables no sólo de estos hechos, sino de la experimentación médica con seres humanos; pero en otros procesos ya ante los tribunales alemanes, apenas hubo condenas y las pocas que hubo fueron muy leves, ya que se aplicaron argumentos exculpatorios basados en el error de prohibición o en la o exigibilidad de otra conducta.

Es imposible mencionar siquiera en forma sumaria todo el ingente material que se contiene en estos siete primeros volúmenes del Jahrbuch. Pero me gustaría destacar algunos que tratan de forma monográfica temas históricos importantes, como por ejemplo, en el volumen quinto, el duelo, con aportaciones de Guttadin, Frevert, Fozzi/Da Passno, Dieners, Mader y Donnini; o la persecución de los juristas judíos en el régimen nazi, también en el volumen quinto en el que se recogen los trabajos expuestos en un congreso sobre "Abogados sin

Derecho" por Ladwig-Winters, Kirchhof, Miller, Landau y Lang, o el de Majer, o los de Tillman Krach sobre los "abogados en el Nacionalsocialismo"

Otra particularidad a destacar, es que aunque la mayoría de los trabajos y materiales se refieren a la Historia contemporánea del Derecho penal alemán, también hay otros muchos trabajos sobre la misma materia en otros países europeos, como Austria, Suiza o Francia, pero principalmente Italia. Y así, por ejemplo, en el volumen sexto hay trabajos sobre la profesión de abogado en Italia (Dipper), sobre Mezzó y Grispligni y Marcello Finzi (Muñoz Conde), sobre derecho penal totalitario (Cattaneo), sobre la recuperación de la memoria (Fronza), sobre el fundamento constitucional del derecho penal italiano (Donnini), sobre la influencia del derecho natural en la configuración del derecho procesal italiano (Amodio), etc. A todo ello hay que añadir las muchas reseñas de libros, noticias de congresos, etc. que se recogen en los respectivos volúmenes, que hacen del Jahrbuch un instrumento imprescindible para conocer la historia reciente del Derecho penal alemán y europeo.

Pero todo este enorme esfuerzo que la edición de este importante Jahrbuch exige, no hubiera sido posible sin la fundamental aportación de su editor, director y responsable, el Profesor Thomas Vormbaum. Vormbaum es sin duda un prestigioso penalista y en su curriculum figuran importantes trabajos sobre Derecho penal político (*Politisches Strafrecht*, en ZStW 107, 1995) o los Delitos contra la Administración de Justicia: (véase, por ejemplo, su escrito de habilitación "*Der strafrechtliche Schutz des Strafurteiles*", 1987; o sus comentarios a los delitos de falso testimonio en NK-Strafgesetzbuch, Nomos, 2ª, 2005); pero probablemente hasta hace poco tiempo era menos conocida su faceta como historiador, y no sólo como historiador del Derecho, sino como especialista en Historia de la Literatura. Así, Vormbaum ha traducido al alemán nada menos que "La Divina Comedia" de Dante, manteniendo su famosa originaria estructura poética en tercetos, publicada en una lujosa edición bilingüe por la Berliner Wissenschafts-Verlag, con excelentes grabados de Ruth Tesmar (véase Dante Alighieri, *Die göttliche Komödie*, Italienisch und Deutsch, Übersetzung von Thomas Vormbaum, mit Collagen von Ruth Tesmar, 2004/2005). Otra de sus importantes aportaciones a la Historia alemana es su libro "*Der Juden im 19. Jahrhundert*", aparecido en esta editorial en el 2006, en el que describe la progresiva abolición que en el siglo XIX se va haciendo en los diferentes Estados alemanes, sobre todo en Prusia, de la obligación que tenían los judíos de al mismo tiempo de prestar juramento de declarar la verdad cuando concurrían en un proceso como testigos, de jurar también de si eran o no judíos. Ello permitió su

equiparación jurídica con el resto de los ciudadanos alemanes, pero también al hilo de esta evolución describe como el "antisemitismo" estaba bastante enraizado en la población alemana, lo que de algún modo fue luego aprovechado por Hitler y sus secuaces. A estas y otras muchas aportaciones originales, de carácter histórico, jurídico y literario, y a una sabia combinación de estas tres perspectivas, Vormbaum añade su faceta de editor, de compilador, de prologuista y presentador de gran número de las muchas obras que están publicando en la Berliner Wissenschafts-Verlag, a cuyo esfuerzo editorial y económico se debe sin duda también la importancia creciente que está adquiriendo la Historia contemporánea del Derecho alemán

Efectivamente, la Berliner Wissenschafts-Verlag no sólo edita este Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, sino toda una serie de monografías de carácter histórico jurídico, así como obras clásicas de la literatura universal relacionadas con el Derecho y especialmente el Derecho penal. Originariamente, esta empresa comenzó en la editorial Nomos, y en ella aparecieron los tres primeros volúmenes del Jahrbuch y varias obras monografías dentro de la sección "Juristische Zeitgeschichte". Pero posteriormente Nomos fue comprada por la editorial Beck, más orientada a la publicación de Comentarios, Manuales y Tratados jurídicos, y poco interesada, por motivos incluso históricos (Beck fue la editorial de muchas obras jurídicas en la época nazi), en continuar la publicación del Jahrbuch. Pero el anterior propietario de Nomos compró la pequeña editorial Berliner Wissenschafts-Verlag, y no sólo continuó con la publicación del Jahrbuch, sino que amplió su catálogo de obras de carácter histórico y literario, dando a la luz, siempre bajo la cuidadosa dirección y el asesoramiento científico de Thomas Vormbaum, a un gran número de monografías que han ido apareciendo en estos últimos años.

Siguiendo la misma estructura sistemática del Jahrbuch la serie Juristische Zeitgeschichte de esta editorial se divide en seis secciones, a las que se ha añadido recientemente dos más, una, la 7, dedicada a la historia de la abogacía (Tondorf) y otra, la 8, llamada Judaca, en la que Vormbaum ha publicado una importante y exhaustiva monografía sobre el llamado "Judeneid" en Prusia en el siglo XIX, a que antes hemos hecho referencia. Pero las otras secciones tienen ya un amplísimo catálogo de monografías. Así, por ejemplo, en la sección de contribuciones generales, hay ya 19 monografías publicadas, desde la primera de Vormbaum sobre la socialdemocracia y el nacimiento del BGB, hasta la última de Brümmer Pauly sobre el delito de deserción en la nacionalsocialismo. En la sección dedicada al Foro de Historia jurídica contemporánea, aparte de varias

monografías y libros editados por Vormbaum, hay otros como el de Müller-Dietz en el que se recogen sus escritos sobre el Derecho en la época nazi, o el editado por Haase y Pampel sobre los llamados "Waldheimer Prozesse", que se llevaron a cabo a principios de los años 50 en la DDR contra antiguos nazis, en los que, sin demasiadas garantías, se pronunciaron muchas penas de muertes incluso contra personas que no habían cometido delitos en la época nazi. Veinticuatro volúmenes llevan ya publicados en la sección de Historia legislativa referidos, por ejemplo, a la Ley nazi sobre el delincuente habitual (Müller) o a los distintos textos legales penales y Códigos penales desde el siglo XIX (Vormbaum/Telp), pero sobre todos a los antecedentes legislativos de delitos como el terrorismo, el duelo, el hurto, la acusación falsa, las lesiones, el aborto, los incendios, prostitución, prevaricación, ayuda al suicidio, falsedades documentales, frustración del derecho de crédito, etc. En la sección biográfica hay monografías sobre Karl Gromman (Cattaneo), Mezger (Thulfaut), Gustav Radbruch (Durth) o Ferdinand Lasalle (Ramm). Y en la sección de Historia actual, las monografías versan sobre procesos y casos que han trascendido a los medios de comunicación con el proceso de Papon en Francia (Vormbaum), la guerra de Irak (Ambos) y sobre todo la crónica jurídica reflejada en el periódico múnichés *Süddeutsche Zeitung* a través de varios volúmenes editados por Vormbaum en colaboración con el encargado de esa sección en dicho periódico Heribert Prantl. Especialmente interesantes son las veinticinco monografías publicadas hasta la fecha en la sección "Derecho en el Arte", en la que no sólo hay obras de juristas comentando obras literarias o cinematográficas sobre temas jurídicos, como las de Lüderssen, Vormbaum, Weber, Muñoz Conde/Muñoz Aunión, sino sobre todo de importantes autores de la literatura clásica como Bertolt Brecht (La opera de los tres peniques), Von Kleist (Michael Kohlhas), Wasserman (El caso Mauritius), Schiller (Delincuente por infamia), Kafka (El proceso), Dostojesky (La casa de los muertos), etc.

Ni que decir tiene que la edición tanto del Jahrbuch, como la de las monografías de las distintas secciones, además de esmerada y perfectamente encuadrada en pasta dura, es especialmente lujosa, lo que hace que el precio de venta sea a veces elevado. Pero es evidente que la editorial no pretende, al menos de momento, un beneficio comercial inmediato, sino darle la importancia que merece a una parte de la historia jurídica contemporánea, en sus distintas versiones, que por diversas razones ha sido y es todavía la "cenicienta" de la Historia del derecho. Para ello ha confiado plenamente en la ya más que acreditada experiencia y alta cualificación del Profesor Thomas Vormbaum, que con su ingente labor como autor de importantes obras históricas y literarias, y

como director del Arbeitsgruppe "Juristische Zeitgeschichte", del Jahrbuch y de la Sección "Juristische Zeitgeschichte" está rindiendo un valioso servicio a su país, a la Ciencia del Derecho (penal), a la Historia y al restablecimiento de la verdad histórica en el mundo del derecho, tantas veces manipulado y utilizado para la consecución de fines y objetivos, no siempre loables y al servicio de la Justicia.

Si alguna objeción hubiera que hacer a este Jahrbuch esta sería la de su aparición una sola vez al año, lo que de algún modo justifica su título (Anuario), pero que sin duda dificulta que el público pueda acceder con rapidez al impresionante material que suele tener cada uno de los volúmenes. También el que a veces los artículos son demasiados extensos, equivalentes a una monografía lo que hace que cada volumen tenga un gran número de páginas. Estos "defectos" se han remediado con la aparición de una revista de carácter trimestral, menos densa que el Jahrbuch, que recoge también trabajos de menor extensión sobre temas más particulares o concretos; me refiero al *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, cuyo primer número ha aparecido en enero del 2007, conteniendo diversos trabajos sobre "Los Proyectos nacional-socialistas sobre la Eutanasia" de Vera Grobe-Vehne, y sobre "Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo", del autor de esta nota. No cabe sino agradecer a Thomas Vormbaum y a la Berliner Wissenschafts-Verlag el esfuerzo realizado, que sin duda redundará en un mejor conocimiento de este importante período de la Historia del Derecho penal y, con ello, del Derecho penal que tenemos y del que tendremos, para bien o para mal, en los próximos años.

2. RENNEBERG, Joachim. *Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschlage Liszts und die Zerstorung der Gesetzmaigkeit im burgerlichen Strafrecht* (Las teorías sociocriminológicas y biocriminológicas y las propuestas de reformas del Derecho penal de Liszt y la destrucción de la legalidad en el Derecho penal burgués), VED Deutscher Zentralverlag Berlin, 1956, 136 pags.

Se trata de una tesis doctoral, dirigida por el Prof. Arthur Baumgarten, que fue catedrático de la Universidad de Frankfurt am Main hasta la llegada del nazismo al poder, y que tras un prolongado exilio en Suiza regresó a Alemania oriental. Se trata, por tanto, de una tesis realizada en la entonces República Democrática Alemana (DDR), en pleno período de "guerra fría", que determinó que, por ejemplo, en la Alemania occidental se declarara ilegal el Partido comunista y se prohibiera que los pertenecientes a este Partido tuvieran acceso a la función pública ("Berufsverbot") y en la Alemania oriental a que poco

después se construyera el Muro de Berlín y se aplicaran enérgicas medidas de control en la frontera, para evitar la desbandada de parte de la población atraída por el mayor nivel económico de la Alemania occidental.

La tesis de Renneberg trata de demostrar que las ideas de Franz Von Liszt, características, según el autor, de los principios que inspiraron el Derecho penal de la burguesía ascendente alemana de finales del siglo XIX, encontraron su verdadera materialización en la dictadura fascista de Hitler, sobre todo en lo que se refiere al tratamiento de los reincidentes "incurables" y a la elaboración de un Derecho penal del ánimo ("Gessinnungsstrafrecht"), dirigido más a un determinado tipo de autores ("Täterstrafrecht"), a los que se denomina "parásitos" o "enemigos de la sociedad", y a los que según Von Liszt había que "inocuar" ("Unschädlichmachen"). Estas ideas llevaron a la creación del "internamiento en custodia de seguridad", que, aunque ya prevista en el Proyecto de Radburch en 1922, se introdujo por primera vez en Alemania en el Código penal tras la toma del poder por Hitler en 1933 con la "Ley del delincuente habitual", como una medida para recluir en campos de concentración por tiempo indeterminado a los delincuentes habituales y reincidentes, incluso en delitos de escasa gravedad. También cita Renneberg una ley de 4 de septiembre 1941 se preveía la aplicación de la pena de muerte para este tipo de sujetos "cuando así lo requiera la protección de la Volksgemeinschaft o la necesidad de una expiación justa" (Pargfo.1). Investigaciones posteriores han demostrado que incluso con esa idea se llegó todavía a más, y que en 1944 se aprobó una Ley "para el tratamiento de los extraños a la comunidad", preparada entre otros por el criminólogo Franz Exner (un discípulo de Von Liszt) y el famoso penalista, dogmático y a ratos también criminólogo, Edmund Mezger, ambos profesores en la Universidad de Munich. En esta Ley se proponían además la esterilización de los asociales "para evitar una herencia indeseable", y la castración de los delincuentes sexuales, entendiéndose por tales también a los homosexuales. Que Renneberg no cite esta Ley, cuyo texto no se llegó a conocer hasta veinte años más tarde, demuestra hasta qué punto todavía en los años inmediatamente siguientes a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, no se tenía acceso a la rica documentación de la época nazi, que estaba todavía guardada en los Archivos (Coblenza y Berlín) controlado por los americanos y los rusos.

Lo que no dice Renneberg es que esas ideas estaban también muy extendidas entre los penalistas y criminólogos de principios de siglo por influencia de las teorías evolucionistas y el determinismo social de Darwin y las teorías sobre "el delincuente nato" de Lombroso, que

consideraban que el mejor método para evitar o reducir la criminalidad era la aplicación de medidas de profilaxis o higiene social como la esterilización y la castración, y que éstas se practicaban ya desde principios de siglo en algunos países escandinavos y Estados de USA. Los nazis lo único que hicieron es tomar esas teorías, para darle un fundamento biológico racista a su política criminal y llevarla a la práctica con inusitada eficacia y una extensión que ni siquiera los más osados hubieran podido imaginar.

Prácticamente de nada de esto habla Renneberg, que se limita sólo a una exposición de los aspectos más duros de las tesis de Von Liszt, sobre todo respecto a los reincidentes, y a analizar su influencia en la evolución posterior del Derecho penal alemán hasta el régimen nazi y sus reformas penales en esta materia.

La investigación histórica realizada en los últimos años sobre el Derecho penal nazi, y alguno de sus principales artífices (véase, por ejemplo, Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el derecho penal nacionalsocialista*, 4ª ed., Valencia 2004), han puesto de relieve que la crueldad del Derecho penal nazi fue más allá de todo lo imaginable en los precedentes teóricos anteriores. Con el Derecho penal, y no solo con él, sino también con otros sistemas de control, se trató de llevar a cabo una política de exterminio ("Ausmerzung", decía Mezger) de los "elementos dañinos o parásitos (Schändlingen) al pueblo y a la raza" (así hablaba Mezger, a quien Renneberg sólo cita de refilón, junto a Exner) y asegurar el predominio de la raza aria y de la nación alemana por encima de cualquier otra ("Deutschland über alles"), lo que finalmente desembocó en el Holocausto y en el desprestigio tras la derrota de todas las construcciones teóricas más vinculadas con dicha política.

Sin embargo, lo que sí tiene de mérito este trabajo, es que, a diferencia de lo que sucedió en la República Federal Alemana, donde incluso se mantuvieron y glorificaron a penalistas que habían contribuido a la política criminal genocida nazi, y los trabajos de investigación en Derecho penal se derivaron hacia los aspectos más abstractos de la Dogmática penal, como si la acción debía ser entendida causal o finalmente, o si el dolo era un elemento de la tipicidad o la culpabilidad, en la otra Alemania, en la República Democrática Alemana, se intentaba mantener, por lo menos todavía en esa época, viva la memoria de lo que había sido el horror nazi y las relaciones que habían existido entre los penalistas alemanes más destacados de principios del siglo XX y lo que luego sucedió durante el período nacionalsocialista. De tales polvos vinieron aquellos lodos. Qué lástima que

todo este esfuerzo se perdiera o quedara traspapelado durante muchos años, y que mientras tanto la evolución del régimen político de la DDR llevara también a un Derecho penal autoritario y a sucesos como los disparos de los guardias fronterizos en el "muro de Berlín". Pero esta posibilidad de una visión alternativa del Derecho penal, aunque fuera lejana y casi utópica al régimen capitalista de la economía de mercado que se había impuesto en Europa occidental, y sobre todo el desenmascaramiento de los mecanismos ideológicos que sirvieron para fundamentar el Derecho penal nazi y sus horrores, es un dato positivo que no debe quedar en el olvido y que habla mucho en favor de algunos penalistas de la "otra orilla", como Baumgartner o su discípulo Renneberg, que no se dejaron seducir por los mucho menos comprometidos cauces en los que se había metido la Ciencia penal de la República Federal de Alemania, que inmediatamente se puso a borrar de su memoria cualquier dato o idea que tuviera que ver con el pasado nazi de muchos de sus penalistas más prestigiosos. Pero esto tampoco es una disculpa y mucho menos justifica que el Derecho penal de la República Democrática Alemana se convirtiera luego en un Derecho policial y autoritario, aún sin llegar a los excesos genocidas a los que lo condujo el nacionalsocialismo.

3. RABOTFSKY, Eduard/OBERKOFER, Gerhard, *Verborgene Wurzeln der NS-Justiz. Strafrechtliche Rüstung für zwei Weltkriege* (Las raíces ocultas de la Justicia nacionalsocialista, Arsenal jurídicopenal para dos guerras mundiales), Europaverlag, Wien, München, Zürich, 1985, 262 pags.

En comparación con la Ciencia penal alemana de finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX, la Ciencia penal austriaca es poco conocida, o en todo caso es conocida más como un apéndice de la alemana que como una ciencia con autonomía propia. Ello en parte se debe a que muchos de los grandes penalistas austriacos de nacimiento, como Von Liszt o Gleispach, hicieron una buena parte de su carrera vinculados directamente a la importante Universidad Humboldt de Berlín, a la identidad cultural y lingüística entre ambos países, y sobre todo a que tras su derrota en la Primera Guerra Mundial el Imperio Austro-húngaro, reducido a la mucho más pequeña República austriaca, perdió la importancia política que había tenido hasta entonces. Pero esa misma derrota produjo en parte, además de un deseo de revancha y de recuperación del perdido prestigio e importancia política en las clases dominantes sobre todo entre la antigua nobleza austrohúngara, también la idea de unirse con Alemania para formar la Gran Federación Alemana y formar una sola nación. No en vano el mismo Adolf Hitler era austriaco y se consideraba también un miembro

del mismo pueblo, o de la misma raza aria. Como Hitler fueron, pues, muchos los austriacos que pasaron tras la Primera Guerra a vivir o a trabajar en Alemania en los distintos campos de la ciencia, del arte y de la cultura.

Por tanto, no es extraño que para bien y para mal, muchas de las teorías e ideas se desarrollaran al unísono y que igual que respecto a otras orientaciones y tendencias culturales o políticas, también el nacionalsocialismo tuviera gran predicamento en Austria. Paradójicamente sin embargo, en los primeros años del nacionalsocialismo en Alemania, el Canciller austriaco Dollfus, de ideología política igualmente autoritaria, desarrolló una política independiente a la del nacionalsocialismo lo que finalmente determinó su derrocamiento y asesinato. Tras la caída de Dollfus era, pues inevitable, como así sucedió, que Austria pasara a formar parte de la Gran Alemania tras la "Anschluss", anexión que tuvo lugar en 1938, con la entrada y recibimiento triunfal del ejército nazi en aquel país.

Naturalmente este hecho no se produjo por casualidad, ni fue tampoco consecuencia de una invasión militar violenta en contra de la voluntad de la mayoría del pueblo austriaco. La derrota militar y la crisis económica que las medidas aplicadas por los sucesivos gobiernos no conseguían remediar, hacía tiempo que venían preparando el ambiente para que esta Anexión se produjera sin el menor problema, contando además con la bendición o por lo menos el consentimiento más o menos forzado de los representantes de los países que firmaron el Pacto de Munich (agosto 1938), Dalladier por Francia, Chamberlain por Inglaterra, y naturalmente del entonces entusiasta aliado de Hitler, Benito Mussolini, por Italia.

Pero hubo también muchos importantes políticos y personalidades de prestigio del mundo cultural, científico y económico austriaco, que apoyaron con entusiasmo esta Anexión, incluso desde mucho antes de que se produjera. Uno de ellos fue sin duda el Profesor de Derecho penal de la Universidad de Viena, el Conde Wenzeslaus von Gleispach, al que, aunque no se le mencione expresamente en el título, se dedica buena parte de este interesante libro, que debería haber merecido una mayor atención en estos veinte años que hace que se publicó. Porque en él no sólo hay interesantes consideraciones sobre las relaciones existentes entre Austria y Alemania entre las dos Guerras Mundiales, sino una buena y exhaustiva exposición de las ideas conservadoras, racistas y autoritarias que dominaron buena parte de la Ciencia del Derecho penal de aquella época en los dos países, uno de cuyos más cualificados representantes fue sin duda Gleispach.

Una vez más, se comprueba que lo poco que durante los últimos cincuenta años se ha escrito sobre las relaciones entre el establishment más conservador de la Ciencia jurídica alemana-austriaca y el Derecho y el régimen nazi, ha sido interesadamente silenciado, y prácticamente no ha tenido ningún eco ni se menciona en las obras generales o especializadas, sobre todo en las de Derecho penal, material que, como es fácil suponer, tuvo muchas concomitancias teóricas y prácticas con la Política criminal del régimen nazi. Parece como si entre los más ilustres representantes de la Ciencia penal de los dos países se hubiera producido un pacto de silencio y se quisiera ignorar que muchos de sus más importantes figuras, catedráticos e ilustres tratadistas, no sólo fueron entusiastas partidarios de las ideas nazis, como se puede observar en muchos de sus escritos de la época, sino también eficaces colaboradores en la elaboración de los textos legales más duros y crueles del Derecho penal nazi.

Que Gleispach fue uno de ellos se ve claramente en que, a pesar de su origen austriaco y de que ya era un hombre maduro, en 1933 fue nombrado catedrático de Derecho penal en la Universidad de Berlín, aprovechando que había sido separado de su cátedra en la Universidad de Viena por sus ideas extremistas y pronazis. Poco tiempo después a propuesta del Ministro de Justicia alemán, Franz Gürtner, fue designado nada más y nada menos que Presidente de la Comisión encargada de adaptar la legislación penal alemana al régimen nazi y hacer un nuevo Código penal en consonancia con dicho régimen. A esa Comisión pertenecía también, entre otros ilustres penalistas, el catedrático de la Universidad de Munich, Edmund Mezger.

Pero ¿quién era este Wenzeslaus von Gleispach, y por qué siendo austriaco y ya un hombre cierta edad fue nombrado para un cargo tan importante por el régimen nazi que recién había llegado al poder?

Esto es lo que se trata de explicar en este interesante libro que, al mismo tiempo, que una cuasi biografía de este personaje, ofrece una interesante exposición de sus ideas y, por tanto, de las del Derecho penal que él contribuyó a crear. Así, por ejemplo, Gleispach hablaba ya en los años veinte del pasado siglo de la necesidad de configurar el derecho penal como un arma de guerra contra los enemigos, externos e internos, sin tener para nada en cuenta límites o principios que debilitaran su eficacia en esa guerra. También se distinguió en su etapa de profesor en Viena por sus ideas racistas antisemitas y por sus simpatías hacia el nacionalsocialismo. Y, finalmente, en su etapa de profesor de Berlín y presidente de la Comisión de reforma del derecho penal, desde 1933

a 1944, se distinguió por la elaboración de un "derecho penal de guerra", en el que además de la admisión de la analogía, de la imposición de la misma pena (generalmente la de muerte) tanto para la tentativa, como para el delito consumado, la supresión de la independencia del juez militar frente al poder político, proponía todo un sistema de Administración de Justicia penal basado en la defensa de la integridad territorial (*Boden*) y la pureza racial o de sangre (*Blut*) del Reich.

Nacionalismo y racismo eran para Gleispach, como para tantos otros juristas de aquella época, los fundamentos de un Derecho penal que tanto en tiempo de paz como de guerra se concebía como un "Derecho penal del enemigo". Nada extraño, pues, que en 1944 fuera llamado para sucederle en su cátedra de Berlín nada más y nada menos que Edmund Mezger, de ideas bastante afines, quien dadas las circunstancias del momento, prefirió, sin embargo, quedarse en su cátedra de Munich, de cuya Facultad de Derecho fue elegido Decano.

Naturalmente, la figura Gleispach fue ensalzada después de la guerra y nadie habló en los distintos homenajes que se le hicieron a su muerte de su pasado nazi y de sus muchas vinculaciones con aquel régimen. Una vez más el tupido velo del silencio y el olvido tapó el pasado de un importante penalista y no menos importante partidario del régimen nazi.

El libro, muy documentado, adolece, sin embargo, de un cierto partidismo y en muchos casos trasluce un cierto "ajuste de cuentas" con el pasado nazi de este penalista austriaco, que, como el de tantos otros políticos y profesores austriacos fue celosamente ocultado y no impidió que luego tuvieran también un papel político o intelectual importante en la nueva etapa democrática, muy mediatizada por un anticomunismo feroz del que hacían gala estos antiguos nazis. Recuérdese, por ejemplo, el caso del famoso antropólogo y especialista en Prehistoria, Oswald Menghin, declarado criminal de guerra y que se ocultó en Argentina, donde llegó a crear una importante Escuela, regresando posteriormente a Austria, donde fue rehabilitado e incluso indemnizado por el tiempo que estuvo fuera de su cátedra (véase respecto a este sujeto el libro de Fontán, Marcelino, *Oswald Menghin, Ciencia y nazismo, el antisemitismo como imperativo moral*, Buenos Aires, 2005). En todo caso, los documentos y datos que en el libro de Rabotzky y Oberkofler se aportan sobre este pasado de Gleispach, con citas literales de los principales textos que escribió en aquella época, son irrefutables y dan que pensar sobre las causas que permitieron ocultar durante tanto tiempo ese pasado.

LA IMPUNIDAD EN COSTA RICA EN MATERIA DE EXPERIMENTACIONES BIOMÉDICAS EN SERES HUMANOS

MSc. Carlos Chaves Solera
MSc. Guiselle Chaves Solera
MSc. Antonio Ortega Vindas¹

1. JUSTIFICACIÓN

Nadie se cuestiona la necesidad de la investigación médica, tanto para indagar sobre el modo en que funciona el cuerpo humano, como para descubrir los efectos de nuevos medicamentos o drogas que a través de ella se pueden desarrollar y que persiguen siempre como objetivo primordial el alivio del sufrimiento humano, la curación de la enfermedad o el remedio de disfunciones vitales.

En ese sentido, la investigación en seres humanos ha sido pilar de múltiples ensayos a nivel nacional y fuera de nuestras fronteras, en las que sus eventuales resultados, positivos o negativos, riesgosos o no riesgosos, no constituyeron, ni constituyen una barrera para su materialización. Dicha situación fáctica ha traído consigo la obligación de dictar y mantener una regulación acorde, facilitadora no solo de su aplicación, sino más importante, de su control y fiscalización, principio que adquiere mayor sustento si se visualiza la medida que debe operar en el binomio del posible perjuicio que puede surgir de cualquier proyecto de investigación con participación de seres humanos, en contraste con el bien que al final se pueda lograr para los pacientes y para el resto de la humanidad, punto cardinal donde radica el origen de los dilemas éticos de la investigación, haciendo acopio a su vez del contenido expresado en el considerando cuarto del Reglamento para la Investigación Biomédica en los

Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) que a la letra informa: *"La investigación biomédica aplicada a seres humanos, se debe realizar siempre y cuando se respeten los principios éticos fundamentales de autonomía, beneficencia y justicia".*²

Costa Rica no ha escapado a ese conflicto fáctico-normativo. No obstante, dada la dimensión de una investigación en seres humanos y sus eventuales consecuencias, hasta ahora, ese radio normativo resulta insuficiente, por lo menos en el ámbito que interesa a este trabajo, a saber, el penal, donde con la legislación actual quedan impunes la investigación realizada en seres humanos, sin haberse obtenido las aprobaciones correspondientes o sin tener el consentimiento informado del paciente o de quien esté legalmente capacitado para representarlo.

Es allí donde la presente investigación plantea su objetivo, identificando el alcance del problema, describiendo los diferentes estadios normativos hasta esta data, para demostrar precisamente la necesidad y relevancia de contar con un marco legal justo y apegado a la vivencia investigativa que desde esa óptica penal se requiere. Su función es entonces, por un lado, servir de medio para paliar los posibles efectos dañosos que pudiesen generarse en el paciente; y, por otro, sancionar a quien proceda a su ejecución sin tener la aprobación de la autoridad administrativa pertinente, o aún teniéndola, sin tener el consentimiento informado del participante o de sus re-

1 El M.Sc. Carlos Chaves Solera es Juez del Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José. La M.Sc. Guiselle Chaves Solera es abogada de la Dirección Jurídica de la Universidad Nacional y el M.Sc. Antonio Ortega Vindas es Juez del Tribunal Penal de Juicio de Desamparados.

2 Reglamento para la Investigación Biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Aprobado en la sesión 8009, artículo IX, de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, celebrada el 17 de noviembre de 2005. *La Gaceta*, Costa Rica; Imprenta Nacional. Número 233. 2 de diciembre de 2005.

presentantes legales; o bien, las diferentes situaciones entrecruzadas o individualizadas producto de esos dos supuestos de hecho.

Ciertamente, es indispensable que nuevas sustancias continúen siendo desarrolladas y probadas para la cura, de patologías que hasta ahora no responden a tratamientos específicos, siempre bajo la lógica de la dimensión médico-paciente que envuelve una investigación y en respeto a la vida, intimidad y dignidad del ser humano, punto recogido en el principio décimo de la Declaración de Helsinki cuyo contenido agrega: *"En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano"*.³

2. DEFINICIÓN DE EXPERIMENTACIÓN BIOMÉDICA

En el artículo 2 del Reglamento para la Investigación Biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), publicado en La Gaceta número 233 de 2 de diciembre de 2005, se define investigación biomédica de la siguiente manera: *"Un tipo de actividad diseñada para desarrollar o contribuir al conocimiento generalizable. El conocimiento generalizable consiste en teorías, principios o relaciones, o acumulación de la información sobre la que se basan, que puede ser corroborado por métodos científicos aceptados de observación e inferencia. Incluye los estudios médicos y de comportamiento relativos a la salud humana. Este tipo de investigación incluye (a) estudios de procesos fisiológicos, bioquímicos o patológicos, o de la respuesta a una intervención específica – física, química o psicológica – en pacientes o personas sanas; (b) ensayos controlados de intervenciones diagnósticas, preventivas o terapéuticas en grandes grupos de personas, diseñados para demostrar una respuesta específica generalizable a esas intervenciones contra un fondo de variación biológica individual; (c) estudios diseñados para determinar las consecuencias de intervenciones preventivas o terapéuticas específicas para individuos o comunidades; y*

(d) estudios sobre el comportamiento humano relacionado con la salud en variadas circunstancias y entornos (e) estudios genéticos y (f) investigaciones sociales relacionadas con el campo de la salud. La investigación biomédica puede emplear observación o intervención física, química o psicológica; puede también generar registros o utilizar datos existentes que contengan información biomédica u otra información acerca de los individuos, quienes pueden o no ser identificados a partir de los registros o de la información".⁴

En otros ámbitos, propiamente tendentes a una formación legal, la figura que ocupa a la presente investigación se conceptuó de la siguiente manera: *"La investigación biomédica es el conjunto de actividades que se realiza con seres humanos desde su concepción hasta su muerte, a quienes se les aplica diversas intervenciones diagnósticas o terapéuticas con el propósito de obtener mejor conocimiento científico y comprensión de las enfermedades. La investigación biomédica incluye la investigación farmacéutica, de equipo médico, radiación médica e imágenes, procedimientos quirúrgicos, historias clínicas y muestras biológicas; las investigaciones epidemiológicas, así como las investigaciones sociales y psicológicas que involucren una intervención terapéutica o diagnóstica con seres humanos"*.⁵

3. DESARROLLO HISTÓRICO-LEGAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA EXPERIMENTACIÓN EN SERES HUMANOS

Es de reconocer que el siglo XX ha brindado grandes y rápidos avances en la investigación tecnológica para provecho del hombre, pero durante décadas ha habido auténticos atentados a la dignidad de los seres humanos a los cuales se pretende favorecer.⁶

Ciertamente la experimentación no ética sobre seres humanos no se redujo sólo al nazismo⁷, aunque es evidente que, dentro de los acontecimientos históricos internacionales relacionados con la experimentación con seres

3 Declaración de Helsinki de 1964. Asociación Médica Mundial. 2003. Dirección en Internet: <http://www.wma.net/s/index.htm>. Página Web accesada el 14 de enero de 2006 a las 16:16 h.

4 Reglamento para la Investigación biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Op. Cit.

5 Ley General de Investigación Biomédica. Proyecto de ley expediente 14 967. La Gaceta. Costa Rica. Imprenta Nacional. 15 de octubre de 2002. p. 19.

6 Miguel Ángel Alarcón Nivia. La ética vs. el abuso de la investigación clínica. Historia. En: *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*. Colombia. Volumen 50. Número 2. 2000. Dirección en Internet: www.enccolombia.com/obstetricia/02099_experimentos7.htm. Página Web accesada el 11 de diciembre de 2005 a las 21:35 h.

7 El nazismo es una ideología política nacida en Alemania. Tiene su origen en el Partido Obrero Nacional Socialista Alemán de 1933, el cual fue fundado y desarrollado por Adolfo Hitler. Su idea central es concebir un Estado totalitario que ejerza un control absoluto sobre todos los aspectos de la vida individual o colectiva. Waller Montenegro. *Introducción a las doctrinas político-económicas*. México: Fondo de Cultura Económica. 1969. pp. 191-202.

humanos sin consentimiento informado, esta referencia es la más conocida, pero no menos terrible que otros ejemplos que se han suscitado en el mundo.

Y es que tampoco la terminación del régimen nazi en 1945 significó el fin de la investigación no ética, ya que se han descrito violaciones a los derechos de los seres humanos después de los hechos acontecidos en la Segunda Guerra Mundial por parte de los nazis. En otras palabras, las experimentaciones en seres humanos en forma irregular se han dado antes y después de la Segunda Guerra Mundial ocurrida entre los años 1938 y 1945.⁸

En 1932 se cuenta con el estudio de la Sífilis de Tuskegee, que se ordena por parte del Departamento de Salud de los Estados Unidos. Aproximadamente a 400 hombres negros de Macon Alabama, todos diagnosticados con sífilis, nunca se les dice de su enfermedad, se les niega tratamiento y en cambio, se usan como conejillos de india humanos para seguir el proceso y los síntomas naturales de la enfermedad. El modelo se tomó de otra experimentación en Oslo, Noruega, donde se había realizado un seguimiento similar en pacientes blancos con sífilis sin tratamiento entre 1891 a 1910. En Macon Alabama, todos los pacientes mueren a consecuencia de la sífilis.⁹ Fue en el año de 1973 que se dio a conocer al mundo el resultado de esa investigación en el Reporte Final del Estudio de la Sífilis en Tuskegee, en Washington DC. En 1974 el Senado de los Estados Unidos de América declaró el estudio como "atroz e intolerable", por lo que determinó la indemnización en dinero de los sobrevivientes y los herederos de los fallecidos, pero no estableció ninguna sanción para quienes diseñaron y costearon esta penosa investigación.¹⁰

En 1935 se da el incidente del Pelagra, en veinte años mueren millones de individuos de esta enfermedad, cuando se sabía desde el principio que el padecimiento era producto de la deficiencia de niacina, pero increíblemente no se actuó hasta que la mayoría de las muertes ocurrieron dentro de las poblaciones negras azotadas por la pobreza. Valga indicar que la niacina es una vitamina hidrosoluble que forma parte del complejo B y que es necesaria para muchos aspectos de

la salud, el crecimiento y la reproducción. La deficiencia de la misma causa pelagra y los síntomas son, entre otros: inflamación de la piel, problemas digestivos y deterioro mental.¹¹

En la Alemania bajo el régimen nazi de 1933 a 1945, la ideología de la superioridad de la raza aria generó algunas políticas de investigación médica en seres humanos vivos, fundamentalmente en los Campos de Concentración de Dachau, Buchenwald y Auschwitz. En ellos se experimentó con millones de personas judías, polacas, griegas, gitanas, e incluso con alemanes desleales al sistema. Estas personas fueron sometidas a diversas pruebas, entre ellas las de gemelidad, cuyos experimentos fueron practicados por Joseph Mengele, en el Campo de Concentración de Auschwitz. Él quería reproducir a los arios de dos en dos, y buscó tal finalidad bajo experimentaciones desquiciadas donde por ejemplo, hacía transfusiones de sangre entre gemelos, les inyectaba en las venas diferentes extractos de enfermos y gérmenes letales, o fenoles, cloroformo, insecticidas; o hacía cirugías o frecuentes vivisecciones sin anestesia a personas conscientes, todo lo que pasó a cobrar la vida de hasta sesenta personas diarias, matando entre otros a unos dos mil ochocientos gemelos.¹²

Concluida la Segunda Guerra Mundial en 1945, muchos de los implicados en este tipo de experimentaciones fueron llevados a juicio ante el Tribunal Internacional de Nuremberg, integrado por los soviéticos, ingleses, norteamericanos y franceses. El proceso se inició el 20 de noviembre de 1945 y se les acusó como criminales de guerra. A raíz del juicio a los médicos nazis, se conoció de las terribles investigaciones llevadas a cabo sin el consentimiento voluntario de los participantes, y sin saber las repercusiones, ni el propósito de las pruebas a las que se les sometió, lo que motivó eventualmente la redacción del Código de Nuremberg, precisamente como el primer modelo ético para toda investigación con seres humanos. Este Código fue diseñado para proteger la integridad del sujeto de investigación, y estableció las condiciones para la conducta ética de la investigación en seres humanos, destacando su consentimiento voluntario para la investigación.¹³

8 Asociación Médica Argentina. Informe Especial sobre Ética en la experimentación con humanos y el deber del Estado Nacional. AMA, Argentina. p. 17. Dirección en Internet: www.bioética.bioética.org/Defensoria_ética.pdf, Página Web accesada el 11 de diciembre de 2005 a las 18:27 h.

9 Red de Noticias de Salud. Historia de la Experimentación Secreta en Humanos en USA. La Guerra Biológica. 2000. Fecha de actualización del documento: 25 de marzo de 2003. Direcciones en Internet: www.healthnewsnet.com/humanexperiments.html o www.rense.com/general36/history. Página Web accesada el 11 de diciembre de 2005 a las 10:43 h.

10 Miguel Ángel Alarcón Nivia. Op. Cit.

11 Red de Noticias de Salud. Op. Cit.

12 Coralia Chamorro Calvo. Del proceso de Nuremberg a la conciencia de género. En: Revista de Medicina Legal de Costa Rica, Costa Rica. Publicación Oficial de la Asociación Costarricense de Medicina Forense. Volumen 19. Número 2. Septiembre 2002. p.87.

13 Ibidem. p.88. Fernando Lolas Stepoke. Pautas Éticas Internacionales para la investigación Biomédica en Seres Humanos. Preparadas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de Salud. Ginebra

A pesar del Código de Nuremberg, aprobado en 1949¹⁴ la Comisión de Energía Atómica de Estados Unidos careció de una política gubernamental general en la experimentación con sujetos humanos. El Departamento de Defensa aprobaría dicha política hasta después de 1953 y sólo en lo que concierne a guerras atómicas, químicas o biológicas. Una de las razones de tal carencia política era el secreto que rodeaba a los programas de defensa. Así por ejemplo, al terminar la guerra en 1945, los militares expusieron a las tropas de tierra –sin el conocimiento de éstas– a explosiones de prueba, y por otro lado el Servicio de Salud Pública estadounidense obligó a los propietarios de minas de uranio a prestar sus instalaciones para que los científicos estudiaran a los mineros expuestos a la radiación.¹⁵

En 1956 se da en el mundo la tragedia de la Talidomida, el medicamento que más daño ha hecho en las últimas décadas. Dicho fármaco fue sintetizado en ese año por la compañía alemana Chemie Grünental con el nombre de Contergan Forte. A partir de 1958 salió al mercado en 11 países occidentales¹⁶, 17 de Asia y 7 de África. Fue utilizado como hipnótico suave y se vendió como sedante para las náuseas, vómito y malestares del embarazo con una buena tolerancia aún a dosis mayores a las indicadas. El primer apunte que lo contempla como agente causal de malformaciones congénitas se da en diciembre de 1961, cuando el médico australiano W.G. MacBridel escribe en un diario "The Lancet" al director de la compañía esta relación de causa-efecto por el consumo del medicamento.

Cinco años después de haber salido al mercado dejó entre 4.000 y 12.000 niños con malformaciones en todo el mundo, de los que aproximadamente el 15% habían fallecido en 1957, ya fuera por efecto del fármaco o en algunos casos por infanticidio a manos de las madres angustiadas. La Talidomida se retiró del mercado en 1962. Este grave accidente motivó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a promover programas de vigilancia farmacológica con sistemas de notificación de

las reacciones adversas de los medicamentos desde el año de 1962.¹⁷

En 1966, Henry Beecher, en artículo publicado en el *New England Journal of Medicine* (Periódico de Medicina de New England), describió violaciones a los derechos de los seres humanos ocurridos en Estados Unidos en el caso de la Hepatitis on Willowbrook, New York, en el cual la hepatitis fue estudiada infectando deliberadamente con el virus a niños retardados de asilo. Dicha infección no se realizó con la autorización de los padres de los niños.¹⁸

A finales del siglo XX y el inicio del actual se informa por parte de Javier Gafo, en "Nuevas Perspectivas en la Moral Médica" que en el campo de la cirugía los datos son aterradores. En los Estados Unidos de América de cada seis operaciones quirúrgicas una es inútil. En cada año son intervenidos sin necesidad tres millones de norteamericanos, de los cuales diez mil mueren. En Francia se sostiene que el 25 por ciento de las intervenciones quirúrgicas son inútiles. En la neurología se llega a los casos más aberrantes, un psiquiatra ha llegado a denunciar que los neurocirujanos norteamericanos realizan entre 400 a 500 mutilaciones cerebrales al año con el propósito de estudiar el comportamiento del cerebro humano.¹⁹

Se tiene entonces que aunque han disminuido las investigaciones no éticas, siempre se dan denuncias, y ello se debe al deseo de obtener, lo antes posible, respuestas no ambiguas a preguntas científicas en un ambiente de investigación altamente competitivo.²⁰

Luego en 1964, la Asamblea Médica Mundial en Finlandia adoptó la Declaración de Helsinki, la cual fue revisada en la XXIX Asamblea Médica Mundial de Tokio, Japón en 1975, luego en Venecia, Italia en 1983, Hong Kong en 1989, Somerset West, Sudáfrica en 1996, y recientemente en Edimburgo, Escocia en el año 2000. En esta declaración se establece el concepto, característi-

Traducción a la lengua española por el Programa Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud (Oficina Regional de la OMS). Editorial del Doctor James Gallagher y del Sr. Fluss, de CIOMS, 2002, p. 18.

14 El Código de Nuremberg de 1949 y la Declaración de Helsinki de 1964 establecen pautas, guías y recomendaciones médicas y éticas para las investigaciones experimentales. Es conveniente aclarar que no se trata de convenios o tratados internacionales que necesiten ser aprobados por la Asamblea Legislativa para su aplicación en Costa Rica. Consultas realizadas al Máster Carlos José Valero Monge, funcionario de la Defensoría de los Habitantes el 26 de enero de 2006 a las 9:15 h y a la Licda. Mauren Carvajal Calderón, asistente de Subárea de Bioética en Investigación del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS) el 27 de enero de 2006 a las 9:00 h.

15 José Luis Durán King, Cobayas. Experimentos con humanos. En: *Semanario de Cultura y Política Etcétera*, México. Sin fecha. Dirección en Internet: www.etcetera.com.mx/1999/357/jldk357.html. Página Web accesada el 11 de diciembre de 2005 a las 11:47 h.

16 En Costa Rica dicho fármaco fue comercializado e ingerido por parte de mujeres embarazadas. Se conocen casos de niños nacidos con malformaciones debido a su ingesta, según información del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS).

17 Miguel Ángel Alarcón Nivia. Op.Cit.

18 Asociación Médica Argentina. Op.Cit.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

cas y condiciones de la investigación médica con cuidado profesional o investigación clínica. Esta declaración introduce por primera vez el concepto de comité ético-científico como un grupo independiente y evaluador que vele por la seguridad de los sujetos participantes y que garantice los principios éticos de la investigación. En realidad constituye una formulación integral sobre ética de la investigación en seres humanos, y establece pautas éticas para los médicos involucrados en investigación biomédica, tanto clínica como no clínica.²¹

En 1974, el Congreso de los Estados Unidos integró la Comisión Nacional Norteamericana para la protección de los sujetos en la investigación biomédica y de la conducta para que revisara los principios éticos que deben estar presentes en toda investigación en la que participan seres vivos. En 1978 esta Comisión emitió un documento que se conoce como el Informe Belmont, en el cual se establecen los tres principios fundamentales en la ejecución de ensayos clínicos: autonomía, justicia y beneficencia.²²

En 1977, la Food and Drug Administration (FDA) (Administración de alimentos y fármacos) de los Estados Unidos, publicó el Código de Regulaciones Federales en el que se establecen las normas para los procedimientos de investigación en los Estados Unidos, con el fin de garantizar la calidad de los estudios en los que participan seres vivos. Esta declaración incorporó el concepto de calidad de los datos obtenidos en las investigaciones, como un requisito adicional a los principios éticos ya establecidos en el Código de Nuremberg y en la Declaración de Helsinki.²³

En 1982, se publicó la proposición de guías internacionales para la investigación biomédica en la que participan sujetos humanos, la cual constituye una de las guías internacionales más valiosas en el área de salud. Ese mismo año, un comité constituido por el Consejo para Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (CIOMS) de la Organización Mundial de la Salud presentó en Ginebra, Suiza, una revisión del citado documento, dando lugar a las Guías Éticas Internacionales para la investigación biomédica en la que participan seres humanos.²⁴

Para 1993 las Pautas CIOMS, compuestas por 21 citas, sirvieron de modelo para varias organizaciones internacionales en su labor de formular pautas éticas para ensayos clínicos. Entre ellas se incluyen Guidelines for Good Clinical Practice for Trials on Pharmaceutical Products (Pautas para Buenas Prácticas Clínicas en Ensayos de Productos Farmacéuticos), 1995, de la OMS, y Guidelines on Good Clinical Practice (Pautas para una Buena Práctica Clínica), 1996, de la Internacional Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH) (Conferencia Internacional sobre Armonización de los Requerimientos Técnicos para el Registro de Fármacos para Uso Humano), diseñadas para asegurar que los datos generados por los ensayos clínicos sean mutuamente aceptables por las autoridades reguladoras de la Unión Europea, Japón y los Estados Unidos de América.²⁵

El 4 de abril de 1997 se firmó en Oviedo, España, por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. En razón de los rápidos avances de la ciencia, la tecnología, la medicina y de los retos que presenta el progreso de la humanidad, este convenio es de especial relevancia en el momento actual y se considera que será de gran trascendencia en el futuro.²⁶

En octubre de 1997, la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) aprueba la Declaración del Genoma Humano, como uno de los baluartes más destacados respecto de la protección de los derechos humanos, pero a la vez del progreso de la investigación.²⁷

Finalmente en el año 2001 el Consejo de Ministros de la Unión Europea, adopta una Directiva sobre ensayos clínicos efectiva para los estados miembros a partir de 2004, que incluye precisamente a 44 Estados Miembros que elaboran un Protocolo sobre Investigación Biomédica adicional a la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997.²⁸

21 Fernando Lolas Stepke. *Op.Cit.* p. 18

22 Ley General de Investigación Biomédica. Proyecto de ley expediente 14.967, *Op.Cit.* p. 3.

23 *Ibidem.* p. 2.

24 *Ibidem.* p. 3.

25 Fernando Lolas Stepke. *Op.Cit.* p. 19

26 Ley General de Investigación Biomédica. Proyecto de ley expediente 14.967, *Op.Cit.* p. 3.

27 *Ibidem.* p. 3

28 Fernando Lolas Stepke. *Op.Cit.* p. 20.

Estos son entonces algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que en alguna medida, directa o indirectamente, se refieren a la investigación biomédica en seres humanos y a la ética que debe prevalecer en tales experimentaciones, proyectándose no sólo en la necesidad de evaluar procedimientos y fines de la investigación, sino también en la circunstancia indispensable del consentimiento informado de las personas o de quien esté legalmente capacitado para representarlas y que se involucren en tales experimentaciones.

4. DESARROLLO HISTÓRICO-LEGAL EN EL ÁMBITO NACIONAL DE LA EXPERIMENTACIÓN EN SERES HUMANOS

Aún y cuando la Constitución Política de Costa Rica no contiene disposición específica sobre experimentación en seres humanos, el artículo 89²⁹ establece lo siguiente: *"Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico"*. Por su parte, el artículo 21 de la Carta Magna dispone: *"La vida humana es inviolable"*.

Con lo anterior se reconoce la importancia de avanzar científicamente y la necesidad de que el Estado promueva la investigación en el campo que nos ocupa. No obstante y por una consecuencia lógica en ningún experimento, por mayor progreso que pudiera aportar a las ciencias, estaría sobre la integridad del ser humano. El avance científico no podría obtenerse bajo la premisa de poner en riesgo la vida o la salud de la persona sometida a experimentación. Sobre el particular, el artículo 40 de la Constitución Política señala: *"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula"*.

En este sentido el Código Civil dispone que los terceros deben respetar la integridad física del titular, considerando el principio básico "deber de no dañar", es decir de no causar perjuicio a otra persona, y si se hace se originaría la obligación de resarcir el daño, tal y como lo define el artículo 1045 del Código Civil: *"Todo aquel que por dolo,*

falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".³⁰

Este mismo cuerpo legal, en los artículos 45 y 46, establece limitaciones a la libre disposición del cuerpo físico y a la posibilidad de negarse a ser sometido a tratamientos médicos. Concretamente disponen lo siguiente: *"Artículo 45: Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, excepto los autorizados por ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte"*. *"Artículo 46: Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia"*.³¹

El Código de Familia, refiriéndose al tema del consentimiento, en su artículo 144 dispone: *"Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún contra el criterio de los padres"*.³²

Por su parte, la Ley General de Salud establece algunas regulaciones sobre investigaciones en seres humanos en Costa Rica. Lo anterior enmarcado en nueve artículos que son los artículos 25, 26, 64, 65, 66, 67, 68, 108 y 345 inciso 11.³³ Esta ley reconoce entre otras cosas el consentimiento informado para proceder a realizar actos de experimentación en seres humanos, debido a que toda persona debe ser enterada sobre la condición experimental de las técnicas o medicamentos y uno de los puntos más importantes es señalarle claramente los riesgos que puede tener.

Por otro lado, el artículo 5 del Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica³⁴ establece la obligación del profesional en medicina de observar la Declaración de Helsinki, determinando que el no cumplimiento de los principios de esta declaración se enmarca como falta al Código de Moral y como tal sería juzgado por el Tribunal de Moral Médica.

29 Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., noviembre de 2001.

30 Código Civil de la República de Costa Rica. Ley número XXX de 19 de abril de 1886. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., enero de 2005.

31 *Ibidem*.

32 Código de Familia de la República de Costa Rica. Ley 5476 de 21 de diciembre de 1973. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., febrero de 1999.

33 Ley General de Salud de Costa Rica. Ley número 5395 del 30 de octubre de 1973.

34 Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Decreto Número 1.3032-P-SPPS del 15 de octubre de 1981.

Se evidencia que todas estas disposiciones de carácter jurídico se refieren a aspectos generales y tangenciales de la experimentación en seres humanos; empero, ninguna de ellas regula en forma reglamentada y específica los lineamientos sobre los cuales debe regirse la experimentación en seres humanos, ni señalan sanciones de carácter penal para los posibles abusos que se cometan en esta práctica científica.

Específicamente sobre el tema de la experimentación en seres humanos, y dado que antes de 1975 prácticamente no se hacía investigación clínica en Costa Rica, a pesar de que se realizaron valiosos estudios, siendo el mejor ejemplo el Doctor Clodomiro Picado³⁵, se tiene que el "Reglamento para las Investigaciones y Experimentaciones en Seres Humanos", Decreto Ejecutivo N° 5463-SPPS de 5 de diciembre de 1975, y sus reformas, constituyó el primer cuerpo normativo que en nuestro país permitía el desarrollo de investigaciones científicas con personas.

Posteriormente se aprobó y publicó el Decreto Ejecutivo N. 27349-S llamado "Reglamento para la investigación en que participan seres humanos", publicado en La Gaceta N° 198 de 13 de octubre de 1998, mismo que derogó el Decreto Ejecutivo N° 5463-SPPS de 5 de diciembre de 1975, y sus reformas, de cita anteriormente, así como todas aquellas disposiciones que se le opusieran.

Por último, esta ordenanza fue derogada aprobándose el Decreto del Poder Ejecutivo Número 31078-S del 5 de marzo del 2003 llamado "Reglamento para la Investigación en que participen seres humanos", que es el cuerpo normativo vigente y el cual fue publicado en La Gaceta N° 61 de 27 de marzo de 2003.

El artículo 2 de este decreto remite a los instrumentos legales nacionales e internacionales en los cuales debe basarse toda experimentación en seres humanos. Dicho numeral indica: "Toda investigación en salud con participación de seres humanos en nuestro país deberá regirse por los mandatos de las leyes de la República, por lo que establece el presente Reglamento, y debe realizarse con base en las normas y principios establecidos en: a) Códigos de Ética y Moral de los colegios de profesionales en Ciencias de la Salud; b) Declaración Universal de los Derechos Humanos; c) Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial adoptada en

Helsinki, Finlandia en 1964, y sus enmiendas posteriores; d) Guías para la Buena Práctica Clínica de la Conferencia Internacional de Armonización emitidas por los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón en 1996 y sus enmiendas posteriores; e) Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos (CIOM/OMS) de 1993 y sus respectivas revisiones; f) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; g) Guías Operacionales para Comités de Ética que Evalúan Investigación Biomédica, de la Organización Mundial de la Salud, y sus respectivas revisiones; h) Código de Nuremberg de 1947.³⁶

Adicional a esto, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social ha aprobado para efectos internos varios reglamentos sobre el tema. El primero de ellos fue el "Reglamento para la Investigación en los Servicios Asistenciales de la C.C.S.S", aprobado en sesión celebrada el 24 de marzo de 1998 y publicado en La Gaceta Número 91 del 13 de marzo de 1998.

Esta ordenanza interna fue derogada por el "Reglamento para la Investigación Clínica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)", aprobado en sesión 7720 de Junta Directiva el 16 de enero del 2003 y publicado en La Gaceta Número 21 del 30 de enero del 2003.

Recientemente el 17 noviembre del 2005, la Junta Directiva de la CCSS en sesión 8009, aprueba un nuevo reglamento interno que deroga el anterior. Dicho cuerpo normativo se intitula "Reglamento para la Investigación Biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)", mismo que fue publicado en La Gaceta número 233 del 2 de diciembre de 2005.³⁷

Finalmente, resulta necesario indicar que actualmente existe en la Asamblea Legislativa el proyecto de ley denominado "Ley General de Investigación Biomédica", expediente 14.967, presentado por la diputada Joyce Zurcher Blen y publicado en La Gaceta del 15 de octubre del 2002 y el proyecto de ley titulado "Ley que regula la investigación científica en seres humanos", expediente 15.780, presentado por el diputado Humberto Arce Salas y publicado en La Gaceta del 28 de diciembre del 2004, los cuales no han contado con el beneplácito de los legisladores.³⁸

35 Ley General de Investigación Biomédica. Proyecto de ley expediente 14.967. Op.Cit. p. 4.

36 Poder Ejecutivo. Decreto Número 31078 de 5 de marzo de 2003. La Gaceta. Costa Rica. Imprenta Nacional. Número 61. 27 de marzo de 2003.

37 Angela Ávalos. "Caja plantea reglas para estudios con pacientes" en: PERIODICO LA NACIÓN, Costa Rica. 25 de noviembre del 2005. p. 8 A.

38 Estos dos proyectos de ley contienen tipos penales que pretenden penalizar la experimentación biomédica irregular en seres humanos; sin embargo los delitos contienen graves falencias en su redacción. Por su parte en el artículo 1A7 del proyecto del Código Penal de Costa Rica, proyecto

Pese a la existencia de esta dispersa legislación, Costa Rica no escapa a los abusos que se cometen o se pudieran cometer en la experimentación biomédica con seres humanos. En este sentido, la Caja Costarricense de Seguro Social ha emitido dos informes dejando en evidencia dos nefastas y peligrosas circunstancias, a saber:

- **PRIMERA:** *"Comprobación de graves anomalías y abusos cometidos en algunas experimentaciones realizadas en Costa Rica sobre seres humanos, poniendo en franco peligro la salud de los pacientes"*.

El 16 de junio del 2000, mediante el informe número AHC-R-2000, el Área de Auditoría, Hospitales y Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social emite un informe llamado "Evaluación del cumplimiento de la normativa institucional e internacional sobre la investigación en seres humanos en los centros asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social", suscrito por el Licenciado Warner Camacho Elizondo, Licenciado Oscar Luna Mora y Licenciado Ruberman Aldana Pineda, en el cual se hace mención a que en Costa Rica en 1976, un instituto de investigación patrocinado por la Universidad de Louisiana, Estados Unidos, implementó 40 protocolos de investigación clínica en niños y adultos sin permiso del Ministerio de Salud. Dichos protocolos fueron aprobados por un comité sin conocimiento de las normas internacionales sobre investigación clínica y aparentemente sin obtener los respectivos consentimientos informados. Se indica en dicho informe lo siguiente: *"El interés del centro fue experimentar vacunas, algunas de ellas aparentemente vencidas, y drogas que no podían ensayarse fácilmente en otros países, por dificultarlo su propia legislación, y realizar cientos o miles de pruebas en seres humanos supuestamente voluntarios que no se percataron y no fueron informados que serían utilizados (...) En 1976, la Asamblea Legislativa integró una comi-*

sión especial que investigara una vacunación experimental en tres guarderías de niños, con el virus Sincicial Respiratorio, supuestamente sin el consentimiento de los padres y de haber realizado una vacunación masiva en Mozotal de Guadalupe, con una vacuna experimental contra el sarampión. Fueron llevados a los Tribunales, pero la causa fue desestimada por no estar tipificada como delito en nuestro actual Código Penal".³⁹

Este mismo informe número AHC-R-2000 realiza una investigación en el 2000 sobre prueba de medicamentos que se estén realizando en los hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social, lográndose obtener información documentada de 42 protocolos: 20 del Hospital Calderón Guardia, 17 del Hospital Nacional de Niños, 4 del Hospital Nacional Psiquiátrico y 1 del Proyecto Epidemiológico Guanacaste. Se logró identificar que 30 de estas investigaciones clínicas, 10 corresponden a experimentaciones en niños, 4 en pacientes con trastornos mentales y en mujer lactante, o sea: *"Según esta muestra de protocolos, el 50% se refieren a investigaciones donde se utilizan niños, disminuidos o incapaces mentales y mujeres en etapa de lactancia (implica la participación indirecta de niños) quienes son precisamente los grupos para los cuales está restringida la investigación, limitándose a casos debidamente justificados, ética y científicamente. La participación de estos segmentos de la población está especialmente protegida por la normativa internacional e institucional"*.⁴⁰

Por otra parte, mediante el oficio número CENDEISS-SAIB-230-08-04 del 6 de setiembre del 2004 dirigido a la Doctora Olga Arguedas Arguedas, Directora Ejecutiva del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS) y suscrito por el Doctor José Miguel Esquivel Chinchilla, coordinador del Subárea de Investigación y Bioética del mismo centro⁴¹, se indica que se revisaron 84 investigaciones clínicas

de ley número 11 871, se trata de sancionar esta actividad con los mismos problemas de confección. Sobre los defectos de estos artículos véase Chaves Solera, Carlos y otros. "Propuesta de una reforma al Código Penal de Costa Rica para sancionar a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Estudio y análisis a mayo de 2006". Proyecto de Graduación para optar por el Grado de Maestría en Derecho. Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica. San José, 2006. pp. 163-168.

39 Área de Auditoría, Hospitales y Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social. *Evaluación del cumplimiento de la normativa institucional e internacional sobre la investigación en seres humanos en los centros asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social*. Informe número AHC-R-2000. Caja Costarricense de Seguro Social. 16 de junio de 2000. p. 5. Algunas conclusiones de este informe fueron rebatidas por el Área de Bioética del CENDEISS en el estudio "Investigaciones Clínicas con patrocinio externo en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social." octubre 2001-julio 2004 de fecha 24 de noviembre de 2005.

40 Ibidem. pp. 38-40.

41 Dentro de la Caja Costarricense del Seguro Social, el CENDEISS es el responsable de liderar y producir las estrategias necesarias para la formación y capacitación del recurso humano institucional. Son responsables de una amplia variedad de programas y actividades que incluyen: la formación de más de cincuenta especialidades y subespecialidades médicas, la conducción de la formación de auxiliares de enfermería, el otorgamiento de beneficios para estudio tanto en el país como en el exterior, la difusión del conocimiento y aplicación de los principios de la bioética en la gestión asistencial y en la investigación, la cooperación técnica internacional y el mantenimiento de las posibilidades de acceso a la información relacionada con salud y seguridad social. Dirección en internet: <http://www.cendeiss.sa.cr/bienvenida.htm>. Página Web accesada el 6 de diciembre del 2005 a las 9:45 h.

privadas realizadas entre los años 1998 a 2004 en los Hospitales México, Nacional de Niños, San Juan de Dios, Psiquiátrico y Calderón Guardia, y la información que se brinda es incompleta, imprecisa y evidencia ausencia de sistemas de información que permitan a la administración activa tener una gestión documental institucional, con el fin de controlar, almacenar y recuperar adecuadamente la información generada en los hospitales que autorizan investigación clínica, aparte de que las investigaciones aludidas se han realizado al margen del Reglamento del Expediente de Salud de la CCSS.⁴²

Se indica en este informe CENDEISS-SAIB-230-08-04 que las investigaciones clínicas mencionadas en la investigación no reportaron a la Subárea de Investigación y Bioética casos de reacción adversa en los pacientes, lo cual genera dudas, ya que en investigaciones de este tipo, la probabilidad de dichas reacciones es alta. Aparte de ello los hospitales no documentan que se generen beneficios reales para los pacientes. Por último, se recomienda no autorizar más investigaciones clínicas privadas en las instalaciones de la CCSS hasta tanto no se solucionen estas falencias.⁴³

Además a lo anterior se tienen los siguientes hechos. En el Periódico La Nación⁴⁴ se publica: "CCSS exige sacar su nombre de investigación contra cáncer", indicando la molestia de las autoridades de este centro de salud por consignarse su nombre en el consentimiento informado sobre unas investigaciones contra el cáncer de cérvix, sin tener ellos participación alguna en dicha experimentación. De igual manera en el mismo diario informativo⁴⁵ se intitula la siguiente noticia: "Diputados exigen frenar los ensayos clínicos aquí", haciendo clara referencia a prácticas de experimentación en seres humanos que se realizan en Costa Rica sin la debida autorización y supervisión de las autoridades del Ministerio de Salud.

- **SEGUNDA:** "Carencia de una legislación especial sobre el tema de la experimentación en seres humanos, así como la ausencia de sanciones penales para castigar los abusos que se cometen en dicha práctica científica".

Al respecto, el informe número AHC-R-2000 ya citado indica lo siguiente: "Si bien existe (...) normativa nacional que debe ser aplicada, la misma es insuficiente, dado

que la materia de investigaciones en seres humanos debe ser regulada por ley, debido a que involucra derechos fundamentales (derecho a la salud y la vida) y los que se han promulgado son reglamentos (...) la misma no contiene un capítulo de sanciones para las personas infractoras, por lo tanto, la normativa se vuelve ineficaz e insuficiente para el control jurisdiccional de esta actividad. Existe una necesidad social de regular esta actividad frente a los grandes avances en las ciencias médicas, donde suponen un poder para actuar y un poder para hacerlo, que crecen tanto en influencia y fuerza, que necesitan ser limitados mediante un control no solo ético sino que, éste debe ir acompañado del control legal en las actividades que involucren seres humanos como sujetos de proyectos de investigación clínica (...) El uso de la ley es necesario debido a que las consideraciones éticas no son suficientes para proteger los derechos y la integridad de los pacientes. La bioética y el derecho deben de unirse para proteger la dignidad del ser humano en la investigación clínica, y la Institución como garante de la salud de la población debe procurar el marco jurídico para la defensa del interés general y de la autonomía de la voluntad, seguridad y libertad de las personas".⁴⁶

Posteriormente, en este mismo informe AHC-R-2000 se señala: "Esta Auditoría no se opone a las investigaciones en seres humanos, ello por cuanto ésta genera posibilidades de mejorar la condición de salud de los pacientes de la Institución, sin embargo, es conveniente valorar las implicaciones y riesgos que tiene la experimentación en seres humanos, con la participación de pacientes asegurados de la Institución, sin una normativa con rango de ley que sea específica sobre investigaciones en seres humanos, donde se determinen los procedimientos, requisitos, y la penalización en caso de no cumplimiento; ello con la finalidad de proteger a las personas (...) si bien existe la Ley General de Salud, que regula algunos aspectos, esta normativa es insuficiente para regular una materia tan delicada, donde está de por medio un derecho fundamental como es el derecho a la salud que conlleva el derecho a la vida (...) La Presidencia Ejecutiva, conjuntamente con el Ministerio de Salud, promuevan la redacción y aprobación de una ley de la República donde se definan las pautas, requisitos, procedimientos y demás condiciones bajo las cuales deben autorizarse y desarrollarse las investigaciones con participación de seres humanos (...) asimismo, es apro-

42 Dirección Ejecutiva del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS). Asunto: Informe Investigaciones Clínicas en la CCSS. Oficio número CENDEISS-SAIB-230-08-04. Caja Costarricense de Seguro Social. 6 de setiembre del 2004. p. 9

43 Ibidem, pp. 10-11.

44 Ángela Ávalos. "CCSS exige sacar su nombre de investigación contra cáncer", en: PERIODICO LA NACIÓN, Costa Rica, 2 de abril de 2005, p. 6 A.

45 Jairo Villegas. "Diputados exigen frenar los ensayos clínicos aquí", en: PERIODICO LA NACIÓN, Costa Rica, 24 de agosto de 2005, p. 6 A.

46 Área de Auditoría, Hospitales y Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social. Op.Cit. p. 11.

piado que contenga normas de tipo penal que sancione las infracciones mediante el establecimiento de las penas correspondientes, de manera que se haga efectivo su cumplimiento por medio de tribunales comunes." (El subrayado no es del original) ⁴⁷

5. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Como consecuencia de los antecedentes citados se extraen tres conclusiones:

- En Costa Rica se han realizado experimentos con seres humanos en forma irregular, sin la debida aprobación o supervisión por parte de las autoridades competentes y sin contarse con el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales, poniendo en evidente peligro el bien jurídico "La Salud Pública". Lo anterior basado en las conclusiones del informe número AHC-R-2000 de fecha 16 de junio de 2000, rendido por el Área de Auditoría, Hospitales y Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social y del oficio número CENDEISS-SAIB-230-08-04 de 6 de setiembre de 2004 de anterior cita, así como algunas noticias emitidas por un medio de comunicación escrita.
- La legislación existente en Costa Rica, en materia de experimentación en seres humanos, resulta insuficiente ya que no existe una ley especial que la regule y que establezca algún tipo de sanción penal para castigar los abusos que se cometan. Al respecto, el informe número AHC-R-2000 remarca: "La legislación penal general no contiene una descripción que tipifique como delito actuaciones que impliquen violación a las normas que regulan las investigaciones en seres humanos, no existiendo por consiguiente sanciones que repriman como reproche social conductas de esta naturaleza". ⁴⁸
- Al no existir legislación penal que castigue las violaciones en materia de experimentación con seres humanos, existe una total impunidad. Como consecuencia de lo anterior el Ministerio Público no puede perseguir ni castigar este tipo de acciones. En este sentido ya se cuenta con un peligroso antecedente jurisprudencial. En el expediente Número 99-22180-042-PE tramitado en la Unidad de Delitos contra la

Vida del Ministerio Público, causa contra Ignorado por los delitos de Peculado, Negociaciones Incompatibles y otros en perjuicio de la Vida Humana, en donde se juzgaba una situación anómala con experimentación con seres humanos, el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José en la persona de la Jueza Licenciada Emma González Brenes, ante petición del Ministerio Público, procede a desestimar la sumaria mediante resolución de las 15:30 h del 30 de julio de 2001, indicándose lo siguiente: "El Ministerio Público indica además que los denunciantes pretenden se gestione por parte de la Fiscalía una sanción penal para la investigación con seres humanos, para lo que el Ministerio Público considera que nuestra legislación es bastante vaga, que es lo cierto que podrían citarse diversos artículos como de la Constitución Política, el Código Civil, la General de Salud, sin que en ninguna de ellas se sancione o establezca alguna previsión legal al que incumpla con lo regulado, siendo que son normas orientadoras desde el punto de vista administrativo, que lo que pretenden es ordenar de manera técnica y científica la actividad que se cuestiona. Es criterio de esta juzgadora que lleva razón el Ministerio Público en sus argumentaciones, puesto que efectivamente no se encuentra tipificado en nuestra normativa penal las investigaciones en seres humanos, sin que exista asidero legal que determinen sanciones para las acciones descritas (...) En razón de lo expuesto y siendo prevista dicha causal por el artículo 282 del Código de rito, se dicta DESESTIMACIÓN." ⁴⁹

Es menester indicar que este caso nace a raíz de una denuncia presentada por el entonces diputado del Partido Fuerza Democrática Célmo Guido Cruz, en fecha 09 de noviembre de 1999 y ante la Fiscalía de San José, donde agregó en lo que interesa que en el Hospital Nacional de Niños, en 1996, cuatro niños prematuros utilizados en una experimentación llamada Estudio fase 1-2, para evaluar la seguridad, tolerancia y farmacocinética de un medicamento llamado Medi-493, que es un anticuerpo monoclonal humanizado contra el virus respiratorio, sufrieron una reacción adversa severa al medicamento, por la negligencia e impericia de los médicos responsables y de la compañía productora del medicamento, pues se les aplicó una sobredosis del medicamento ⁵⁰.

47 Ibidem., pp. 15-16.

48 Ibidem., p. 11.

49 Unidad de Delitos contra la Vida del Ministerio Público. Expediente número 99-22180-042-PE. Causa contra Ignorado por los delitos de Peculado, Negociaciones Incompatibles y otros en perjuicio de la Vida Humana, 1999.

50 Ibidem.

A estas tres conclusiones, que reflejan la existencia de una situación anómala, hay que agregarle dos aristas:

Conforme se ha expuesto, en Costa Rica la experimentación con seres humanos ha estado regulada mediante decretos del Poder Ejecutivo (Decreto Ejecutivo N° 5463-SPPS de 1975, Decreto Ejecutivo N. 27349-S de 1998 y Decreto Ejecutivo Número 31078-S de 2003) y tres Reglamentos internos de la Caja Costarricense de Seguro Social (Reglamento para la Investigación en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, publicado en La Gaceta Número 91 del 13 de marzo de 1998; Reglamento para la Investigación Clínica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, publicado en La Gaceta Número 21 del 30 de enero de 2003 y el Reglamento para la Investigación Biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, publicado en La Gaceta número 233 del 2 de diciembre de 2005).

En materia penal, por derivación del Principio de Legalidad Criminal, la creación de delitos constituye reserva de ley, lo que se traduce en que única y exclusivamente por ley pueden castigarse conductas socialmente reprochables. Consecuencia de lo anterior, los decretos ejecutivos y reglamentos aludidos y que han regulado esta materia, no podrían establecer sanciones penales para las personas que cometan actos reprochables en el ámbito de experimentación biomédica en seres humanos, precisamente por tratarse de decretos y no de leyes. La Sala Constitucional, al referirse al principio de reserva de ley, señala: "*Solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir derechos y libertades fundamentales (...) en nuestro marco constitucional existe reserva de ley, sea que en esa materia sólo está permitido el actuar de los Poderes Legislativo y Ejecutivo por medio de leyes formales*"⁵¹

Con fundamento en lo anterior, se puede inferir que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico penal no existe un tipo penal que sancione los abusos que se puedan cometer en la experimentación biomédica con seres humanos, sobreviniendo que dos acciones concretas sumamente graves y reprochables queden impunes.

- **PRIMERA ACCIÓN IMPUNE:** Refiere al experimento biomédico con seres humanos sin tener

la autorización de los pacientes o de sus representantes legales por medio del consentimiento informado; salvo que se produjera la muerte o alguna de las lesiones que tipifica el Código Penal, esta acción quedaría totalmente impune;

- **SEGUNDA ACCIÓN IMPUNE:** Refiere a las experimentaciones biomédicas con seres humanos sin haberse obtenido la autorización debida por parte de las autoridades competentes; salvo que se produjera la muerte o alguna de las lesiones que tipifica el Código Penal, esta acción quedaría totalmente impune.

Estas dos acciones fácticas descritas resultan absolutamente reprochables, e independientemente de que se produjere muerte o lesiones, bajo ninguna circunstancia deberían quedar sin una represión penal, máxime que en un Estado de derecho, la vida, la salud, la intimidad, la dignidad y la integridad física constituyen bienes jurídicos fundamentales a los cuales debe otorgárseles una debida protección legal.

Por ello resulta prioritario y urgente elaborar un tipo penal para sancionar a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos sin estar debidamente autorizados por las autoridades correspondientes y también para que se sancione dicha experimentación cuando se realizan sin contar con el consentimiento informado del paciente o de sus representantes legales.

6. DERECHO COMPARADO

Para cumplir con este objetivo, se buscó la forma más expedita de indagar lo concerniente a las legislaciones extranjeras, y debemos concluir que el resultado no fue el esperado. En un tema tan actual e importante como el que estábamos investigando pensamos que la legislación extranjera era basta y específica, pero nos equivocamos. A la pregunta a nuestras fuentes de si existe un tipo penal para sancionar a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales, el desalentador resultado fue el siguiente.

En Argentina⁵² y Bolivia⁵³ no existe un tipo penal como el que se analiza en esta investigación. Por su parte

51 Sala Constitucional. Voto 6410-96 de las quince horas doce minutos del veintiseis de noviembre de mil novecientos noventa y seis. Considerando II.

52 Consulta realizada a la Licenciada Sabrina Andrea Luna, Abogada Litigante de la Patagonia, Argentina el 7 de marzo de 2006 a las 15:00 h.

53 Consulta realizada al Doctor Juan Marcos Terrazas Rojas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, Bolivia el 10 de marzo de 2006 a las 9:37 h.

en Colombia⁵⁴, concretamente en el Código Penal, ley 599 del 2000, se regulan tipos penales concernientes a manipulación genética, repetibilidad del ser humano, fecundación y tráfico de embriones humanos, manejo de microorganismos nocivos, pero no existe un tipo penal como el solicitado.

En Panamá⁵⁵ existe la ley 68 de 2003, llamada "Ley que regula los Derechos y Obligaciones de los Pacientes en Materia de Información y Decisión Libre e Informada"; sin embargo, es una ley administrativa que no contiene tipos penales. De otro lado, en España⁵⁶ en el libro II del Código Penal de 1995, específicamente en el título V, se establecen sanciones penales relativas a la manipulación genética. El artículo que más se acerca a esta investigación es el numeral 162 que establece una pena de prisión de 2 a 6 años a quien practique reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento.

En El Salvador no existe en el Código Penal ni en el Código de Salud sanciones de tipo penal para quienes realicen experimentación biomédica en seres humanos, sin permiso de la autoridad competente y sin consentimiento del paciente. Existe una ley especial, número 588 del 24 de octubre de 2001, llamada "**Ley de prevención y control de la infección provocada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana**", que en el artículo 31 indica que la investigación en seres humanos para fines de prevención y tratamiento del VIH/SIDA, deberá contar con el consentimiento expreso de las personas involucradas en la misma. Por su parte el artículo 32 señala que ninguna persona infectada por el VIH/SIDA podrá ser objeto de experimentación de medicamentos y técnicas asociadas a la infección por el VIH sin haber sido advertida de tales circunstancias, de los riesgos que corre y sin que medie su consentimiento previo, o de quien legalmente esté autorizado a darlo. Pese a lo anterior, "*las violaciones a tales prohibiciones no tienen sanción, ni siquiera administrativa*".⁵⁷

De todas las legislaciones extranjeras investigadas, el único país que contiene un tipo penal similar es México.

Concretamente, en el artículo 465 de la "Ley General de Salud" de México indica lo siguiente: "**Artículo 465:** *Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el título quinto de esta ley, se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, ancianos, sujetos privados de libertad o, en general, con personas que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior se aumentara hasta en un tanto más*".⁵⁸

Como puede colegirse, confirmado por el Master Carlos José Valerio Monge⁵⁹, las legislaciones extranjeras son bastante deficientes y Costa Rica es uno de los pocos países en América Latina en donde la investigación biomédica está reglada y normada en forma amplia y específica. Sobre el por qué Costa Rica está a la vanguardia en esta materia, el Doctor Daniel Bustos Montero señaló: "*Costa Rica es un país muy atractivo para las investigaciones biomédicas, porque tiene índices de salud de un país desarrollado y los costos de un país subdesarrollado. Por ello es que deben regularse esta clase de investigaciones ya que existe un alto interés por las compañías poderosas de venir a realizar experimentaciones en Costa Rica*".⁶⁰

7. TIPO PENAL PROPUESTO

Dicho todo lo anterior y con base en toda la información recogida a lo largo de esta investigación jurídica, el tipo penal que nosotros proponemos es el siguiente:

"Se impondrá prisión de dos a cinco años a quien realice experimentaciones biomédicas en seres humanos sin contar con la aprobación de la autoridad administrativa competente, aún

54 Consulta realizada al Doctor Fernando Velásquez Velásquez, Tratadista Internacional en Derecho Penal, Colombia el 9 de marzo de 2006 a las 16:52 h.

55 Consulta realizada a la Licenciada Omaira Jaramillo Léciano, Letrada del Tribunal Superior Penal, Panamá el 28 de marzo de 2006 a las 7:28 h.

56 Consulta realizada al Doctor José Manuel Maza Martín, Magistrado del Tribunal Supremo Español, España el 29 de marzo de 2006 a las 8:02 h.

57 Consulta realizada al Licenciado Juan Antonio Durán Ramírez, Juez del Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, El Salvador el 20 de abril de 2006 a las 11:07 h.

58 Ley General de Salud de México de 7 de febrero de 1984. Dirección en internet: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/157/>. Página Web accedida el 4 de abril de 2006 a las 17:00 h.

59 Entrevista al Master Carlos José Valerio Monge, Abogado de la Defensoría de los Habitantes. La necesidad de una ley especial que regule la materia de experimentación en seres humanos en Costa Rica, Defensoría de los Habitantes, San José, 6 de abril de 2006, 8:00 h.

60 Entrevista al Doctor Daniel Bustos Montero: Coordinador Subárea de Bioética en Investigación del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS). Trámite y autoridad competente para autorizar las experimentaciones biomédicas en Costa Rica, CENDEISS, San José, 7 de abril de 2006, 11:00 h.

cuando medie el consentimiento del paciente. La misma pena se impondrá a quien realice experimentaciones biomédicas en seres humanos sin haber obtenido válidamente el consentimiento informado del paciente o de sus representantes legales.

La pena será de tres a siete años de prisión cuando las conductas descritas en el párrafo anterior sean realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o se cometieren en perjuicio de menores de edad, incapaces, mujeres en estado de gestación, ancianos y personas que por cualquier circunstancia no pudieran manifestar su consentimiento.

En todo caso, al autor se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, arte o actividad en que se produjo el hecho.

La pena será de hasta diez años de prisión si se produjere la muerte del paciente y hasta dos años de prisión si se produce alguna de las lesiones definidas en los artículos 123, 124 y 125".⁶¹

Como puede notarse en el párrafo primero de esta propuesta, se plasman las dos acciones sobre las que versa esta investigación jurídica, concretamente sancionar a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales, agregando en la primera parte la exclusión expresa de la causa de justificación del consentimiento del derechohabiente.

En el párrafo segundo se recoge el aumento de la pena cuando se comentan estos reprochables actos en perjuicio de poblaciones vulnerables o el hecho sea cometido por un funcionario público.

En el tercer párrafo se establece la pena de inhabilitación para el autor. Es un dato de experiencia que este tipo de prácticas se realizan por personas con algún tipo de grado académico (médico, investigador genético, farmacéutico etc), de manera que aparte de la pena de prisión resulta valedero imponer también una pena de inhabilitación especial, de conformidad con el artículo 58 del Código Penal.

En el último párrafo se califica el delito por el resultado, según lo señalado en el artículo 37 del código represivo, estableciéndose penas concretas cuando por culpa se produjere la muerte del paciente o alguna lesión gravísima, grave o leve.

Por último, este artículo debe ser introducido en el capítulo de los delitos contra la Salud Pública del Código Penal. Consultado al respecto el Master Carlos José Valerio Monge señaló: *"El bien jurídico que se protege en estos delitos es la salud pública. Y ello es así porque la investigación biomédica, desde el punto de vista de la ciencia, no tiene respuestas todavía. La investigación biomédica quiere respuestas a algo que la ciencia no tiene claro. De allí que poner a disposición de la sociedad investigaciones de las cuales se desconoce el riesgo implica un peligro enorme para la población en general. Es otras palabras, la incerteza científica perjudica la salud pública."*⁶²

Con todo lo anterior, en comparación con las propuestas realizadas en los proyectos de ley números 14.967 y 15.780, se tiene que esta nueva propuesta vence todos los defectos que contiene los delitos allí establecidos.

8. CONCLUSIONES

La investigación, mutante por naturaleza al ser dirigida por la voluntad humana, se impone como pilar en el desarrollo, indiferentemente de la índole o campo en que se aplique. La insaciabilidad de conocimientos es demostrativa de la entereza del ser humano de luchar contra los límites y lanzarse más allá de la experiencia y de lo que se le presenta, hacia la conquista de nuevos horizontes para traspasar el cosmos que circunscribe a la vida, entrelazando para su realización los fenómenos de ciencia, técnica y tecnología para lograr su dominación. El ser humano está formado para avanzar en busca de nuevos rumbos no alcanzados.

Con la expresión "investigación biomédica en seres humanos", nuestra normativa general, dictada hasta la presente data, describe por una parte la concepción vigente sobre el tema y por otro, el desnivel jurídico-práctico existente sobre la naturaleza, características, condiciones y más que todo, seguridad y certeza del sujeto participante o paciente sobre los riesgos y verdadero conocimiento de los alcances médico-personales a los que será sometido, situación que consideramos grave y lesiva, precisamente por no contarse con el o los ins-

61 Esta propuesta ya fue presentada a la Oficina de Iniciativa Popular de la Asamblea Legislativa el 20 de julio de 2006.

62 Entrevista al Master Carlos José Valerio Monge, Abogado de la Defensoría de los Habitantes *La necesidad de una ley especial que regule la materia de experimentación en seres humanos en Costa Rica*, Defensoría de los Habitantes, San José, 6 de abril de 2006, 8:00 h.

trumentos jurídicos propicios en esa línea de aseguramiento. En ese tanto, el significado de la frase anterior es percibida por la opinión pública con incertidumbre y vigilancia al no conocerse las posibilidades efectivas de su resultado y aplicación.

La presente investigación, tal y como se señaló en los objetivos, busca coadyuvar en esa orientación jurídica donde por lo menos desde una óptica penal, debe concurrir en una investigación, no por el simple hecho de lo que esta representa sino por el agravante de que en esta tipología se está en presencia de seres humanos como participantes activos, o por lo menos, en el menor de los casos, con posibilidades de recibir los eventuales resultados que de ella se obtengan.

Ciertamente los avances tecnológicos en la parte médica pueden aportar beneficios inalcanzables a la especie humana; sin embargo, la investigación debe ser responsable y cuidadosa para evitar experimentos indeseables, de tal forma que se vele por valores fundamentales como la vida humana, su dignidad e integridad, inmersos en otro gran resorte como lo es la salud pública.

La investigación planificada, organizada, coordinada, bien formulada y dirigida en su ámbito interno, controlada y fiscalizada por quien tenga la competencia para hacerlo desde lo externo, orienta por sí misma a una realización positiva, con independencia de si el resultado obtenido es el propuesto. Resultaría contrario a todo principio natural, la improvisación, la negligencia o el desinterés en el hecho actuado cuando está de por medio el ser humano como principal fuente de comprobación.

Reglamentariamente podríamos acotar que en nuestro sistema existen los mecanismos para la ejecución de una investigación, pero ello como hemos reiterado, es insuficiente ante la dimensión que una actividad como la descrita posee y que quizás, por pertenecer a un mundo cerrado y pequeño como es el médico, su entendimiento escapa a la población meta a la que estaría dirigida.

Es en ese escenario donde nuestra labor pretende aportar un pequeño esfuerzo en un objetivo, a saber, reconocer como sancionables conductas hasta ahora impunes, como serían la investigación en seres humanos sin contar con la aprobación de la autoridad administrativa competente o sin el consentimiento informado del paciente o sus representantes, aspecto que a su vez redundará en la elevación a rango legal, concretamente en el Código Penal, de eventuales sanciones a aplicar, sacándolas del espacio administrativo donde por sí mismas y precisamente por escaparse a esa competencia, no irían a

tener ningún efecto del aquí pretendido, sea, penalizar con prisión e inhabilitación, cuando así proceda, al o los investigadores actores cuando incurran en alguno de estos hechos.

Sin menoscabo de lo que científicamente representa la investigación, los aspectos mencionados constituyen un resorte fundamental en su realización, de allí su relevancia fáctico-jurídica.

No podemos dejar de lado que la investigación abre nuevos caminos mayoritariamente en soluciones médicas a tratamientos, sea en niveles de curación o para disminuir las consecuencias de las enfermedades, y que la necesidad de comprobar los efectos de esas propuestas en seres humanos resulta vital, resguardando siempre que sea el último recurso de experimentación, en respeto a su dignidad e integridad; sin embargo, por su misma concepción, esa práctica investigativa no puede constituir una aventura a priori, sino que ese requerimiento de ocupar el cuerpo humano para la demostración de su efectividad, debe ser el primer obstáculo y valor que se imponga al investigador en su quehacer.

Complemento de esa actividad investigativa es entonces el entender que toda investigación debe estar dirigida y seguir los cánones éticos y morales imperantes, como baluartes fundamentales de una sociedad, especialmente en aquellas ejecutadas con fuente de financiamiento externo, en las que por su naturaleza se invocan razones de índole comercial y el objetivo lucro es uno de los pretendidos.

El escenario expuesto permite colegir que la labor médica en este campo, incluyendo la farmacología, la microbiología y toda aquella afín, debe estar orientada a un objetivo claro y transparente de ayudar al ser humano a una mejor calidad de vida tanto física como mentalmente y sus esfuerzos deben ir encaminados a ello y enaltecer su integridad y dignidad ante cualquier otro parámetro.

BIBLIOGRAFÍA

Entrevistas y Consultas:

- 1.- Bustos Montero, Daniel. Coordinador Subárea de Bioética en Investigación del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS), Costa Rica. Asunto: Trámite y autoridad competente para autorizar las experimentaciones biomédicas en Costa Rica, CENDEISSS, San José. Entrevista realizada el 7 de abril de 2006 a las 11:00 h

- 2.- Carvajal Calderón, Mauren. Asistente de Subárea de Bioética en Investigación del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS), Costa Rica. Valerio Monge, Carlos José. Abogado de la Defensoría de los Habitantes, Costa Rica. Asuntos: Alcance legal del Código de Nuremberg de 1949 y de la Declaración de Helsinki de 1964. Consultas realizadas el 27 de enero de 2006 a las 9:00 h
- 3.- Durán Ramírez, Juan Antonio. Juez del Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, El Salvador. Asunto: Existencia en El Salvador de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 20 de abril de 2006 a las 11:07 h
- 4.- Jaramillo Lezcano, Omaira. Letrada del Tribunal Superior Penal, Panamá. Asunto: Existencia en Panamá de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 28 de marzo de 2006 a las 7:28 h
- 5.- Luna, Sabrina Andrea. Abogada Litigante de la Patagonia, Argentina. Asunto: Existencia en Argentina de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 1 de marzo de 2006 a las 15:00 h
- 6.- Maza Martín, José Manuel. Magistrado del Tribunal Supremo Español, España. Asunto: Existencia en España de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 29 de marzo de 2006 a las 8:02 h
- 7.- Terrazas Rojas, Juan Marcos. Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, Bolivia. Asunto: Existencia en Bolivia de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 10 de marzo de 2006 a las 9:37 h

8.- Valerio Monge, Carlos José. Abogado de la Defensoría de los Habitantes, Costa Rica. Asunto: La necesidad de una ley especial que regule la materia de experimentación en seres humanos. Defensoría de los Habitantes, San José. Entrevista realizada el 6 de abril de 2006 a las 8:00 h

9.- Velásquez Velásquez, Fernando. Tratadista Internacional en Derecho Penal, Colombia. Asunto: Existencia en Colombia de un tipo penal que sancione a las personas que realizan experimentaciones biomédicas en seres humanos, sin haber obtenido la aprobación de la autoridad correspondiente o el consentimiento informado del paciente o sus representantes legales. Consulta realizada el 9 de marzo de 2006 a las 16:52 h

Conferencias:

1.- Valerio Monge, Carlos José. Derechos del paciente como consumidor. Décima Jornada sobre Aspectos Bioéticos. Suicidio y Eutanasia, Colegio de Médicos de Costa Rica. Conferencia realizada el 2 de mayo de 2006 a las 18:00 h

Leyes, Decretos, Reglamentos y Proyectos de Ley:

- 1.- Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., noviembre de 2001.
- 2.- Código Civil de la República de Costa Rica. Ley número XXX de 19 de abril de 1886. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., enero de 2005.
- 3.- Código de Familia de la República de Costa Rica. Ley 5476 de 21 de diciembre de 1973. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., febrero de 1999.
- 4.- Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Decreto Número 13032-P-SPPS del 15 de octubre de 1981.
- 5.- Código Penal de la República de Costa Rica. Ley número 4573 de 4 de marzo de 1970. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., junio de 2005.
- 6.- Ley General de Salud de Costa Rica. Ley número 5395 del 30 de octubre de 1973.
- 7.- Reglamento para la Investigación en que participan seres humanos. Poder Ejecutivo. Decreto Número 31078 de 5 de marzo de 2003. *La Gaceta*. Costa Rica: Imprenta Nacional. Número 61. 27 de marzo de 2003.
- 8.- Reglamento para la Investigación biomédica en los

Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Aprobado en la sesión 8009, artículo IX, de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, celebrada el 17 de noviembre de 2005. *La Gaceta*, Costa Rica: Imprenta Nacional. Número 233. 2 de diciembre de 2005.

- 9.- Ley General de Investigación Biomédica. Proyecto de ley expediente 14.967. *La Gaceta*, Costa Rica: Imprenta Nacional. 15 de octubre de 2002.
- 10.- Ley que regula la investigación científica en seres humanos. Proyecto de ley expediente 15.780. *La Gaceta*, Costa Rica: Imprenta Nacional. 28 de diciembre de 2004.

Jurisprudencia:

- 1.- Sala Constitucional. Voto 6410-96 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Periódicos:

- 1.- Ávalos, Ángela. "CCSS exige sacar su nombre de investigación contra cáncer", en: *PERIODICO LA NACIÓN*, Costa Rica, 2 de abril de 2005.
- 2.- Ávalos, Ángela. "Caja plantea reglas para estudios con pacientes", en: *PERIODICO LA NACIÓN*, Costa Rica. 25 de noviembre de 2005.
- 3.- Villegas, Jairo. "Diputados exigen frenar los ensayos clínicos aquí", en: *PERIODICO LA NACIÓN*, Costa Rica, 24 de agosto de 2005.

Libros y Revistas:

- 1.- Chamorro Calvo, Coralla. Del proceso de Nuremberg a la conciencia de género. En: *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Costa Rica: Publicación Oficial de la Asociación Costarricense de Medicina Forense. Volumen 19, Número 2. Septiembre 2002.
- 2.- Lolas Stepke, Fernando. *Pautas Éticas Internacionales para la investigación Biomédica en Seres Humanos*. Preparadas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de Salud. Ginebra. Traducción a la lengua española por el Programa Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud (Oficina Regional de la OMS). Editorial del Doctor James Gallagher y del Sr. Fluss, de CIOMS. 2002.

- 3.- Montenegro, Walter. *Introducción a las doctrinas político-económicas*. México: Fondo de Cultura Económica. 1969.

Páginas de Internet:

- 1.- Alarcón Nivia, Miguel Ángel. La ética vs. el abuso de la investigación clínica. Historia. En: *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*. Colombia: Volumen 50, Número 2. 2000. Dirección en Internet: www.encolombia.comobstetricia_50299_expermentos7.htm.
- 2.- Asociación Médica Argentina. *Informe Especial sobre Ética en la experimentación con humanos y el deber del Estado Nacional*. AMA. Argentina. p. 17. Dirección en Internet: www.bioética.bioética.org/Defensoría_ética.pdf.
- 3.- Código de Nuremberg de 1949. Centro de Documentación de Bioética. Facultad de Medicina. Universidad de Navarra: España, 2002. Dirección en Internet: www.unav.es/cdb/intnuremberg.html.
- 4.- Declaración de Helsinki de 1964. Asociación Médica Mundial. 2003. Dirección en Internet: <http://www.wma.net/s/index.htm>.
- 5.- Dirección en Internet: <http://www.cendeisss.sa.cr/bienvenida.htm>.
- 6.- Durán King, José Luis. Cobayas. Experimentos con humanos. En: *Semanario de Cultura y Política Etcétera*. México. Sin fecha. Dirección en Internet: www.etcetera.com.mx/1999/357/jjdk357.htm.
- 7.- Ley General de Salud de México de 7 de febrero de 1984. Dirección en Internet: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/157/>.
- 8.- Red de Noticias de Salud. *Historia de la Experimentación Secreta en Humanos en USA*. La Guerra Biológica. 2000. Fecha de actualización del documento: 25 de marzo de 2003. Direcciones en Internet: www.healthnewsnte.com/human_experiments.html www.rhense.com/general36/history.

Otros Documentos:

- 1.- Área de Auditoría. Hospitales y Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social. *Evaluación del cumplimiento de la normativa institucional e internacional sobre la investigación en seres humanos en los centros asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social*. Informe número AHC-R-2000. Caja Costarricense de Seguro Social. 16 de junio de 2000.

- 2.- Asociación Americana de Hospitales. Declaración de Derechos del Paciente. En: BIOÉTICA. Temas y perspectivas. Estados Unidos: Organización Panamericana de la Salud. Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Publicación Científica No. 527. 1990.
- 3.- Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud. Propuesta de normas internacionales para la investigación biomédica en sujetos humanos. Estados Unidos, 1982.
- 4.- Declaración de Lisboa. Derechos del Paciente, adoptada por la 34ª. Asamblea Médica Mundial de Lisboa, septiembre-octubre de 1981 y Declaración de Derechos del Paciente, de la Asociación Americana de Hospitales. En: BIOÉTICA. Temas y perspectivas. Estados Unidos: Organización Panamericana de la Salud. Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Publicación Científica No. 527. 1990.
- 5.- Dirección Ejecutiva del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISS). Asunto: Informe Investigaciones Clínicas en la CCSS. Oficio número CENDEISS-SAIB-230-08-04. Caja Costarricense de Seguro Social. 6 de setiembre del 2004.
- 6.- Organización Panamericana de la Salud. Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas. (CIOMS). Normas éticas internacionales para las investigaciones biomédicas con sujetos humanos. Estados Unidos: Publicación Científica No. 573. 1996.
- 7.- Unidad de Delitos contra la Vida del Ministerio Público. Expediente número 99-22180-042-PE. Causa contra Ignorado por los delitos de Peculado, Negociaciones Incompatibles y otros en perjuicio de la Vida Humana. 1999.

TRANSFUSIÓN DE SANGRE Y HEMODERIVADOS EN TESTIGOS DE JEHOVA. IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS

*Lic. Jorge Arturo Rojas Fonseca¹
Licda. Ana Isabel Solís Zamora²*

RESUMEN

En la colisión de bienes ética, autonomía, autodeterminación, dignidad humana, respeto de las creencias religiosas, libertad de conciencia, todos ellos han de ser ponderados siempre con el objeto de materializar que el paciente es el centro del universo médico, y alrededor de este giran todos los esfuerzos médicos.

El consentimiento informado resulta un instrumento valioso que define o pretende lograr una adecuada relación médico paciente. Se parte entonces de la concepción de que el paciente es sujeto de derechos, y en el principio de autonomía que entiende, salvo algunas excepciones, que el paciente es una persona capaz, en uso de sus facultades mentales.

En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal y a través del análisis de los Convenios, existen diversas normas que pretenden regular esta relación médico paciente, y el consentimiento informado. No obstante, como en Medicina y en Derecho no hay criterios absolutos, conviene indicar que cada situación fáctica debe evaluarse individualmente, a fin de elegir la mejor solución al caso concreto, siempre en el perenne encuentro entre Ética y Derecho.

En la prohibición de ser objeto de transfusiones sanguíneas y hemoderivados por los creyentes denominados Testigos de Jehová, sin duda es ineludible realizar este análisis, y en la ponderación y ajuste de bienes, tomar la decisión más acertada respetando entre otros, el principio de dignidad humana, pues de él se deriva el derecho que tienen los sujetos de ejercer su libertad de conciencia y, por ende, su libertad de culto.

Nuestra normativa interna, brinda salidas diferentes, las cuales poco han sido experimentadas por la jurisprudencia de nuestro país, debiéndose acudir a la doctrina cuando de resolver el problema legal que enfrenta el médico y los padres de familia, se trata.

I. ÉTICA Y MEDICINA

Incursionar en la investigación sobre las transfusiones de sangre y hemoderivados, en los Testigos de Jehová, sus implicaciones éticas y jurídicas, hace necesario por la naturaleza del estudio referirse a los presupuestos generales que conforman la ética y moral médica.

Desde el análisis ético la labor investigativa presenta problemas importantes que en la práctica pueden generar una discusión no pacífica. Ética, autonomía, autodeterminación, dignidad humana, prohibición de tratos crueles y degradantes, respeto a las creencias religiosas, libertad de conciencia, derecho a la salud, son aspectos que, ineludiblemente, deben ser tratados y ponderados, en el conflicto que genera las transfusiones de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová.

Dependiendo de la teoría que sigamos, utilitarismo, comunitarismo, individualismo liberal, la solución al problema investigado presenta diversos contrastes. La ética como ciencia que estudia las costumbres humanas, el modo de ser del hombre, no puede verse desligada del Derecho.

Con el objetivo de ir delineando el análisis del tema, es importante indicar que un sector mayoritario de la doctrina es coincidente en afirmar:

¹ Defensor Público, egresado de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, generación 2005-2006.

² Secretaria de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, egresada de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, generación 2005-2006.

"... toda la ética médica se basa en el principio de que "el paciente es el centro del universo médico, alrededor del cual giran todos los esfuerzos médicos." 3

De previo en todo caso resulta relevante aclarar, que la exigencia de un obrar con contenido ético a los médicos tiene una larga tradición a través de la historia. Moral, ética, bioética y deontología, son todos conceptos importantes de aclarar en torno a la dinámica del problema, toda vez que tienen una profunda vinculación en cuanto al análisis jurídico que se realizará posteriormente.

A. CONCEPTO DE MORAL, ETICA, DEONTOLOGIA, BIOETICA

Tratando de arribar a un concepto de moral se puede indicar lo siguiente:

"...conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente, que regulan las conductas individuales y sociales de los hombres: en nuestro caso de los médicos, en su quehacer profesional." 4

Las normas morales varían según el momento histórico, inclusive para una misma época las diversas culturas pueden tener normas morales contradictorias. A su vez la ética médica se concibe de la siguiente forma:

"La ética médica es algo distinto de la deontología profesional, aunque coincidan en no pocos aspectos. Es algo más íntimo, si se quiere más visceral, que nace de lo más profundo de la conciencia del médico, con independencia de las creencias religiosas y de las normas de conducta establecidas por una corporación, aunque éstas estén impregnadas del más exquisito sentido moral. Es, nada más y nada menos, que aquel impulso que motiva la conducta del médico en su ejercicio cuando se encuentra ante una situación desconocida, ante un problema inédito, que le obliga a actuar en un sentido determinado y le hace rechazar otra forma de actuación." 5

En un sentido general la deontología procede del griego

deonthos (deber) y logos (tratado). Significa entonces ciencia o tratado de los deberes.

A su vez la deontología en lo que nos interesa se concibe como aquellas:

"...reglas y normas que regulan la relación de un médico con sus enfermos, con la sociedad en general, con sus colegas de profesión, así como con los restantes profesionales de la sanidad, con la administración, etc. Tales normas se concretan en unos textos conocidos como Códigos deontológicos, los cuales contienen reglas que deben regir todo ese conjunto de relaciones." 6

En tratándose de la Bioética las definiciones que se han abordado son muy diversas, ellas reflejan la variedad de enfoques que se han venido dando. Habría de aclararse en todo caso, que esta disciplina es una amplia rama de la ética en general, no sólo de la medicina, sino de las ciencias de la salud.

Al intentar algunos conceptos de la bioética habría que establecer lo siguiente:

"Etimológicamente esta palabra proviene del griego: Bios (vida) y Ethiké (moral) constituyéndose en un conjunto de principios éticos que brindan el sustento moral de las acciones médicas. Es un área del saber en la que confluyen la Medicina, el Derecho y la filosofía aportando sus respectivos métodos." 7

Durand por su parte considera que:

"...la bioética es la búsqueda ética aplicada a las cuestiones planteadas por el progreso biomédico y también el estudio interdisciplinario del conjunto de condiciones que exigen una gestión responsable de la vida humana (o de la persona humana) en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas, insistiendo por otra parte, en su papel de solución a los conflictos de valores en el mundo de la intervención biomédica." 8

3 KNIGHT (Bernard) *Medicina Forense de Simpson*. Editorial El Manual Moderno. Segunda edición en español traducida de la onceava edición en inglés. México, Distrito Federal, 1997, página 192.

4 GISBERT CALABUIG (Juan Antonio). *Medicina Legal y Toxicología*. Editorial Masson S.A. Quinta edición. Madrid, España, 1998, página 103.

5 IBID. página 103.

6 IBID. página 103.

7 PATITO (José Ángel). *Medicina Legal*. Ediciones Centro Norte Carlos A. Vicino Editor. Segunda edición actualizada. Buenos Aires, Argentina, 2001, página 138.

8 GISBERT CALABUIG (Juan Antonio), página 104. Romeo Casabona define a la bioética como: "auténtica ciencia multidisciplinaria que tiene por objeto el estudio de las consecuencias derivadas de los desarrollos y las aplicaciones de las ciencias bio-médicas para el ser humano en todo su proceso vital, proponiendo el marco de su licitud ética y jurídica." Citado por RABINOVICH-BERKMAN (Ricardo). *Responsabilidad del Médico*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 22.

Otro enfoque, no menos importante denominado concepción personalista de la bioética afirma lo siguiente:

*"Llamamos bioética a la búsqueda del conjunto de exigencias del respeto y de la promoción de la vida humana y de la persona en el sector biomédico."*⁹

B. PRINCIPIOS DE LA BIOETICA

Determinados principios y valores marcan los fines de acción de la bioética:

1. El respeto a la vida humana, que pertenece al orden de la objetividad y debe servir de finalidad a la actuación ética.
2. El principio de la autodeterminación de la persona, que remite al dominio de la subjetividad y es esencial en la ética.

Respecto de los principios, se hace necesario mencionar el de beneficencia o de benevolencia que es ejercido por el médico, y el principio de autonomía ejercido por el paciente.

*"Con el médico se identifica el principio de beneficencia. Ello es así, por la propia función del médico que implica realizar aquello que sea beneficioso para su paciente, evitándole en lo posible todo daño. En la unión de los principios de beneficencia con su contracara, el de no maleficencia, se logra el paradigma de hacer el bien con el mínimo daño. Con el paciente se asimila el principio de autonomía, según el cual, toda persona capaz tiene el derecho a tomar decisiones sobre su persona y a que sean respetados sus principios morales. Consecuentemente, será sujeto participativo y decisorio en las medidas atinentes a su salud."*¹⁰

Los temas de la beneficencia y la no maleficencia, sus implicaciones filosóficas y médicas, las concepciones utilitaristas, comunitaristas, individualista liberal, han sido tratadas con gran autoridad y profundidad por los autores Tom Beauchamp y James Childress quienes indican:

"La moralidad requiere no sólo que tratemos a las personas de manera individual y nos abstengamos de hacerles daño, sino también que contribuyamos

*a su bienestar. Tales acciones humanitarias se encuadran dentro del epígrafe de beneficencia. No existen rupturas claras en el continuum entre no infligir daño y el ofrecer un beneficio, pero el principio de beneficencia requiere potencialmente mayor implicación que el principio de no maleficencia, ya que los sujetos deben dar pasos positivos para ayudar a otros, y no únicamente abstenerse de realizar actos perjudiciales."*¹¹

No obstante, resulta importante indicar que son muchas las teorías éticas, utilitaristas y no utilitaristas que aceptan el principio de no maleficencia. Algunos filósofos incluyen la no maleficencia y la beneficencia en un solo principio:

"William Frankena, por ejemplo, considera que el principio de beneficencia se puede dividir en cuatro obligaciones generales, la primera de las cuales es, para nosotros la obligación de no maleficencia, mientras que las tres restantes constituyen obligaciones de beneficencia:

1. No se debe infligir daño o mal (aquello que es malo).
2. Se debe prevenir el daño y el mal.
3. Se debe evitar o rechazar el daño o el mal.
4. Se debe hacer o promover el bien"¹².

Los conceptos y principios enunciados reflejan la naturaleza altamente sensible del tema, que depende de aspectos axiológicos, que en algunas ocasiones, propiamente en tratándose de la ética médica, condicionan el ejercicio de esta actividad profesional.

Por ello con evidente razón Calabuig afirma:

*"De cualquier manera, está claro que toda reflexión bioética de la persona (el médico) está condicionada por sus propios valores, por sus opciones y creencias, y por la manera de entender al hombre, la vida, y la medicina. Son decisivas las opciones fundamentales sobre el sentido de la vida humana y su definición, el sentido de la persona, del sufrimiento, de la vejez y de la muerte, el sentido de la procreación y de la sexualidad, y, por supuesto, el sentido de la misma ética."*¹³

9. IBID, op. Cit, página 104.

10. PATITO (José Ángel). OP. CIT, página 138.

11. BEAUCHAMP (Tom L.) y otro. Principios de Ética Biomédica. Editorial Masson, S.A. Cuarta edición, Barcelona España, 1999, página 245.

12. IBIDEM, página 180.

13. GIBBERT CALABUIG (Juan Antonio) op. cit. Página 105.

El análisis de los anteriores conceptos dogmáticos, resultan relevantes a fin de establecer las implicaciones ético-jurídicas, que devienen del tema de las transfusiones de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová, precisamente por la colisión que pueda existir como lo veremos, dependiendo de cada caso en concreto, de normas, principios, criterios axiológicos, creencias que conducen a percibir la vida y la muerte de una manera distinta, y a reaccionar frente a una situación de manera absolutamente diferente, colisión que no pocas veces enfrenta al médico y al paciente, también a los familiares y representantes legales del paciente, e inclusive a la institución hospitalaria.

La cuestión es qué debe prevalecer ante una posible colisión entre Ética y Derecho. En cuanto a este aspecto se ha afirmado que:

"...no parece viable ninguna sociedad donde se diera una confrontación palmaria y constante entre normas morales y jurídicas. Debe haber una cierta armonía entre ambas, lo cual no excluye una cierta tensión entre la ética y el derecho. Esta tensión, frente al estancamiento en que tienden a caer los sistemas éticos y jurídicos establecidos, es más bien un factor de progreso. En cualquier caso, un buen legislador debe evitar, en lo posible, colocar a los ciudadanos frente a la disyuntiva de cumplir la ley en contra de su conciencia personal, o viceversa, seguir el dictamen de su conciencia quebrantando abiertamente la ley."¹⁴

Por su vinculación con el tema de estudio, y a propósito también de la responsabilidad que se le pueda reprochar tanto a la actuación profesional del médico, como a los familiares o representantes legales del paciente, se hace necesario que nos detengamos en el análisis del Consentimiento Informado, presupuestos, y normativa aplicable en nuestro sistema jurídico.

II EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En la actualidad se concibe al paciente como sujeto de derechos. De ahí que el consentimiento informado se encuentra basado en el principio de autonomía del paciente. Principio de autonomía que entiende en el paciente a una persona capaz, en uso de sus facultades mentales.

Principio liberal que de manera amplia se entiende como integrante de los más esenciales Derechos Humanos.

"Prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución."¹⁵

Es importante destacar que en sede doctrinal, algunos mantienen criterios opuestos a lo anterior. Esta diferente concepción, con un carácter paternalista, muy propia de la filosofía Kantiana, mantiene que lo que es bueno para un individuo, o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

La concepción paternalista, el interés Estatal de dar especial protección en áreas muy sensibles incide entonces, en un momento dado, en la forma y modo de solución de un evento. Por ello se ha indicado:

"El paternalismo es una mezcla de beneficencia y poder, que parece prima facie correcta, ya que pretende beneficiar a un ser humano, pero que al menos en ciertos casos puede resultar prima facie incorrecta, ya que se niega a aceptar los deseos, opciones y acciones de esa persona. Que sea o no incorrecta dependerá del sentido que se dé y el modo como se ponderen diferentes principios morales, especialmente los de beneficencia y respeto por las personas."¹⁶

A. CONCEPTO

El autor José Ángel Patitò nos brinda una definición de la siguiente manera:

"Es la declaración de la voluntad de un sujeto capaz y libre con respecto a la propuesta del médico acerca de la aplicación de un procedimiento, diagnóstico o terapéutico si no mediere una situación de urgencia."

14 MARLASCA LOPEZ (Antonio). *Introducción a la Ética*. Editorial Universidad Estatal a Distancia, 7 reimpresión de la primera edición. San José, Costa Rica, 2002, página 35

15 NINO (Carlos Santiago). *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Ariel, S.A., primera edición, Barcelona, España, 1989, página 204.

16 GRACIA (Diego). *Fundamentos de Bioética*, Editorial Eudema S.A. Ediciones de la Universidad Complutense S.A. Madrid, España, 1988, página 99

Deberá hacerse referencia a los beneficios, efectos adversos y complicaciones esperables."¹⁷

Sin duda, valga adelantar, que en el ámbito jurídico penal el consentimiento de la víctima, sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido por la norma tiene una larga tradición, como causa que en principio excluye la responsabilidad de quien lesiona dicho bien jurídico.

Los criterios doctrinales que emanan del campo de la ética y de la deontología médica son coincidentes en la actualidad en exigir el consentimiento tras la información para cualquier acto médico.

El consentimiento informado debe reunir algunos requisitos:

Debe ser personal. Es un asunto que afecta la integridad personal, o la propia opción para una determinada calidad de vida, el consentimiento no puede delegarse, salvo algunas excepciones tratándose de los representantes legales, tutores y quienes ejercen la patria potestad. En todo caso el médico debe tener presente que tanto la patria potestad como la tutela son instituciones que se aplican en beneficio del tutelado, que se ejercen bajo la vigilancia judicial, y que no pueden usarse para cercenar o restringir derechos fundamentales.

El consentimiento debe ser válido: Para ello se requiere establecer que quien consiente tenga el conocimiento y la madurez psicológica suficiente. Esto nos lleva a concluir que en principio, un menor podría dar un consentimiento válido; aunque cada caso concreto es necesario analizarlo individualmente, a efectos de tomar la correcta decisión.

El consentimiento debe ser explícito, ello implica que usualmente se acostumbra exigir un documento donde se insertan los hechos más relevantes del acto médico para el que se consiente.

El otro aspecto que resulta necesario establecer, en tratándose del consentimiento informado, es la interrogante de ¿Cuánta información se requiere dar?

"... resulta muy evidente que lo que el médico debe informar, en general, son todos aquellos datos y

*circunstancias que habiliten a su paciente para que su decisión pueda ser entonces razonable: en especial, el diagnóstico, el pronóstico, las terapéuticas disponibles, y los riesgos y beneficios de cada tratamiento. Es decir, todo lo que define el ámbito en el que el acto médico se desenvuelve legítimamente, cuando el objeto del consentimiento se ajusta a la lex artis."*¹⁸

A su vez, respecto del lenguaje que debe utilizar el médico, ha de considerarse también el nivel cultural que tiene el paciente a fin de que la comunicación sea efectiva. Por ello se ha indicado:

*"El facultativo debe ilustrar al paciente en lenguaje claro y adecuado a nivel cultural acerca del carácter de su afección y pronóstico esperado; en el supuesto de que el profesional considere que la información no es oportuna para la evolución de la enfermedad del asistido, hará conocer a un pariente próximo sobre la verdadera dimensión del estado de salud del paciente."*¹⁹

Siguiendo esta misma línea de pensamiento también se afirma que:

*"El deber de información del médico se fundamenta en el derecho a la disposición del enfermo sobre el propio cuerpo en el cual se va a efectuar el tratamiento médico; y cuando la intervención del médico es contractual en que, además de lo anterior, el paciente no puede dar libremente su consentimiento cuando se le ocultan los elementos esenciales la intervención médica que es el sobre lo que va a versar objeto del contrato."*²⁰

Sin duda, en cuanto a este aspecto, el médico debe saber que el que valora esas circunstancias es el enfermo y no el médico, y que en la jerarquización de valores puede haber grandes diferencias entre quien sufre las consecuencias, (el enfermo) y el que propone las soluciones (el médico).

B. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COSTA RICA.

El consentimiento informado en Costa Rica se encuentra regulado en varias normas, entre ellos el numeral 26

17 PATITO (José Angel). *OP. CIT.*, página 139-140.

18 KRAUT (Alfredo Jorge). *Médicos y Deber de Información. Responsabilidad Civil en casos de Incumplimiento.* En *Derecho Privado*, libro Homénaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hamurabi, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001, página 1601.

19 PEREZ DE LEAL (Rosana). *Responsabilidad Civil del Médico.* Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995, página 70.

20 FERNANDEZ HIERRO (José Manuel). *Sistema de Responsabilidad Médica.* Editorial Comares, Granada, España, año 2000, página 167.

del Código Penal que establece que no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

Como bien lo indica el conocido tratadista Francisco Castillo y a propósito de la capacidad de disposición del bien jurídico, que sin duda en esta problemática es objeto de opiniones jurídicas diversas, la interrogante es ¿Cuáles calidades o condiciones debe tener aquel que quiere la lesión de su bien jurídico, para que su consentimiento sea válido?

Sobre esto lo primero que habría de aclararse es que:

"El fundamento del reconocimiento jurídico del consentimiento es la autonomía del individuo; es decir, el derecho de definir el rumbo que pueden tomar los bienes jurídicos que le pertenecen. Como un acto que manifiesta la propia determinación, el consentimiento solamente puede existir cuando el derecho habiente entiende el significado y el alcance de la lesión a su bien jurídico y tiene la capacidad para juzgarlo en todas sus dimensiones."²¹

Se hace necesario indicar, por la relevancia de este aspecto, que cuando se trata de situaciones donde se carece de capacidad civil, por razones de edad, es criterio del conocido tratadista, en lo que interesa, lo siguiente:

"Cuando se trata de intervenciones o tratamientos médicos, para los cuales el derecho-habiente debe dar su consentimiento, se requiere que quien consienta sea informado de la naturaleza de la intervención o del tratamiento, de su finalidad y de los riesgos y consecuencias de ellos. Ello supone una determinada capacidad de conocimiento y de razonamiento. Sin embargo, esa capacidad no se juzga conforme a las reglas de la capacidad del Derecho Civil, sino que, cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos, como es la integridad física, esa capacidad se establece conforme a las facultades de conocimiento y de juicio naturales y al estado de madurez psicológica del derecho-habiente en el caso concreto. Por consiguiente, un menor de edad (conforme al derecho civil) puede dar un consentimiento válido, por ejemplo, para una intervención quirúrgica."²²

Sigue indicando el reconocido penalista, que si la capacidad natural de entendimiento y de razonamiento y el grado de madurez del menor faltan, entonces el consentimiento puede darlo el representante legal, sean padres, tutores o guardadores. Si el menor tiene la capacidad natural y el grado de madurez para dar un consentimiento válido, entonces su criterio se impone sobre el de su representante legal.

Empero, en cuanto a los problemas jurídicos que genera este aspecto, el connotado tratadista alemán Claus Roxin hace algunas aclaraciones relevantes indicando:

"Cuando existe una "concreta capacidad de comprensión y de juicio" es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad. De todas formas, en niños (hasta 14 años) que penalmente (en Alemania) tampoco son responsables, se negará por principio la capacidad de comprensión y, por lo demás deberá afirmarse en un joven de 17 años antes que en uno de 14. En la práctica, la pregunta cobra sentido sobre todo en las intervenciones médicas (por ejemplo, operaciones). Normalmente, se podrá afirmar aquí la capacidad de entendimiento en un joven que haya sido informado debidamente por el médico, de modo que es determinante la decisión y no la decisión quizás discrepante del representante legal. Ahora bien, si la decisión tomada por el joven va en contra del sentido común médico, ello constituiría un fuerte indicio de carencia de capacidad de comprensión, por lo que entonces pasa a ser preferente la decisión del representante legal."²³

A propósito de este tema, el Código Civil en su numeral 46 indica lo siguiente:

"Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia..."²⁴

A su vez los artículos 22 y 27 de la Ley General de Salud refieren:

21 CASTILLO GONZALEZ (Francisco), *El Consentimiento del Derecho Habiente en Materia Penal*, Editorial Juntexto, Primera edición, San José, Costa Rica, 1998, página 85-86

22 IBID, página 87

23 ROXIN (Claus). Citado por LLOBET RODRIGUEZ (Javier), *Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal*, Editorial Jurídica Continental, Segunda edición actualizada, San José, Costa Rica, año 2001, página 222.

24 Código Civil, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 12 edición, San José, Costa Rica, 2004, página 27.

Artículo 22: Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones quirúrgicas de urgencia.

Artículo 27: Los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo, según dictamen de dos médicos.

El artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia plantea una situación interesante:

*"Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia."*²⁵

También resulta relevante y aplicable al tema que nos ocupa, el numeral 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que a propósito del análisis doctrinal anterior indica:

- * 1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."²⁶

En realidad, las dos anteriores normas vienen a reforzar el paradigma de que en materia de menores éstos ya no son vistos como objetos de Derecho, sino como sujetos del mismo, tratando con ello de que se abandone la concepción meramente tutelar.

También el artículo 310 del Reglamento General de Hospitales establece: "Todo paciente en estado de lucidez deberá ser informado de cualquier intervención, procedimiento o examen cruento que deba efectuarse y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en caso de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible."

A su vez, el artículo 144 del Código de Familia indica: "Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres."

En cuanto a este aspecto enunciado, el numeral 21 del Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos establece:

*"Con las excepciones que establece la ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento o procedimiento médico o quirúrgico, y no debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del paciente, o de las personas de las cuales éste depende, si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad y urgencia."*²⁷

III: DERECHOS FUNDAMENTALES

La Sala Constitucional de nuestro país define los Derechos Humanos como

*"el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal"*²⁸

25 Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 6 edición, San José, Costa Rica, 2005, página 24.

26 Convención Sobre los Derechos del Niño. Firmada por la República de Costa Rica el 26 de enero de 1990, publicada en la Gaceta número 149 del 9 de agosto de 1990.

27 www.medicos.sa.cr/leyes/leyes01

28 Sala Constitucional, resolución número 2771 de las once horas, cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

Tal y como se percibe, podría decirse, que la satisfacción de la Dignidad, la Libertad y la Igualdad humana, es el objetivo principal de un Estado Democrático. A partir de esto, nuestro país, en atención al artículo 1 de la Constitución Política, está en la obligación de respetar estos tres derechos fundamentales, de los cuales se desprenden todos los demás, lo que implica que, en el momento en que se encuentre en discusión si hay una situación específica que se pueda considerar como derecho fundamental, debe hacerse una subsunción de la situación en alguno de estos tres principios fundamentales, y si se obtiene como resultado que incide directamente en uno de ellos, estaremos en presencia de un derecho fundamental, y todo aquello que atente contra ello, será violatorio de este derecho.²⁹

Nos interesa referirnos a los derechos fundamentales como expresión del derecho de libertad y dignidad de la persona, los cuales se manifiestan a través del derecho de autodeterminación individual dentro de un Estado Democrático. La situación particular de la creencia religiosa de los Testigos de Jehová, incide a la vez en diferentes formas de derechos humanos y debe analizarse hasta dónde puede llegar esa libertad de autodeterminación frente a otros derechos fundamentales. Por ello se ha dicho que

"los derechos fundamentales, al ser la síntesis de libertad personal e igualdad, pasan a ser una finalidad en sí mismos al servicio de la autodeterminación individual, mientras que el orden democrático, por su parte, como forma de autodeterminación política de todo el pueblo, inevitablemente depende de la participación libre e igual del individuo en la formación de la voluntad estatal."³⁰

Es importante, a manera de conclusión de este tema de Derechos Fundamentales, destacar que la Sala Constitucional ha dicho que

"Costa Rica en el artículo 1 de la Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes"³¹.

Por eso, esta Cámara ha indicado que ellos ostentan una doble dimensión, al ser subjetivos, debido a que garantizan la libertad en un ámbito de convivencia democrática, y objetivos, en razón de que se configuran como un marco de convivencia humana, justa y pacífica.³² Esto implica que el único límite que puede imponerse es un interés social superior, lo que obliga al operador del derecho a procurar una interpretación donde debe ponderar los distintos derechos fundamentales en juego, para definir cuál debe privar sobre otro. Es por ello, que se ha hecho necesario hacer una revisión de los distintos derechos fundamentales que pueden estar en discusión cuando se habla del tratamiento médico en el caso de los Testigos de Jehová, para poder llegar a una conclusión lo más objetiva posible en cuanto a cuál tiene mayor fuerza impositiva sobre los demás.

A continuación, se hará el desarrollo de cada uno de ellos.

A. DERECHO A LA SALUD

En nuestro país, el derecho a la salud no se positivizó como tal en la Carta Magna, así que nuestra Sala Constitucional ha indicado que se deriva del artículo 21 de la Constitución Política.³³ Entre otros argumentos, ha dicho que la vida tiene un rango superior, pues sin ella, el sujeto no podría ejercer todos los demás derechos, y

29 El autor Manuel Aragón Reyes, citado por Ernesto Rey y María Carolina Rodríguez, señala: "Los derechos fundamentales responden, en el sistema constitucional, a una pluralidad de sentidos, de tal modo que puede hablarse de un triple carácter de los mismos. En primer lugar... los derechos fundamentales son el reflejo, en el interior de la Constitución, de los derechos de la persona, es decir de esa pluralidad de manifestaciones concretas de libertad y dignidad humana... En segundo lugar, los derechos fundamentales, o cuando menos varios de ellos, funcionan simultáneamente como elementos objetivos incorporados al sistema representativo y luego democrático del Gobierno, consustancial a la Constitución; El derecho de sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación, entre otras, son presupuesto y contenido necesario de ese sistema de gobierno. En tercer lugar, y finalmente, los derechos fundamentales son expresión de la sociedad (constituida) y, con ella mismo, de la dualidad sociedad-Estado inherente a un sistema en el que el poder político presupone y parte del reconocimiento de otras formas de poder, o cuando menos de ámbitos de actuación, individuales y sociales, distintas de la estatal e igualmente legítimas" REY, CANTOR (Ernesto) y otros. *Las Generaciones de los Derechos Humanos*, Bogotá, Colombia, Editorial Página Maestra Editores Ltda., 2002, pp. 37-38.

30 NAVA GOMAR (Salvador). *El Estado Constitucional. Sinomía positivizada entre Constitución y Democracia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pp. 19-20.

31 Sala Constitucional, resolución número 1261 de las quince horas con treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa.

32 En este sentido, ver Sala Constitucional, resolución número 2771 de las once horas, cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

33 Sala Constitucional, resolución número 5130 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994. En este mismo sentido, consultarse votos N° 131-94, 2233-93, 1297-92/1833-91 56-90, todos de Sala Constitucional.

al Estado le corresponde velar por la Salud, de manera que nada atente contra ella.

Sin lugar a dudas, siendo que el derecho a la vida es un principio superior a cualquier otro, y como derivado de él tenemos el derecho a la salud, cualquier actividad que atente contra ella, le contraviene, y en consecuencia el Estado debe intervenir a favor de la vida. Dentro de nuestro ordenamiento, no existe derecho superior a ella.

B. ¿DERECHO O DEBER A CURARSE?

Esta es una pregunta que debe contestarse con la utilización de principios fundamentales. Existe un deber de curarse cuando la negativa a la curación pueda afectar a terceros. En este caso, la aplicación del artículo 28 de la Constitución Política es el que nos da la respuesta, ya que esta norma no permite que persona alguna sea perseguida por actos que no infrinjan la ley, o que no perjudiquen a terceras personas, la moral o el orden público. Con base en el segundo párrafo del artículo en mención, no podría alguien negarse a curarse si está en juego la salud de terceras personas³⁴. Además de la aplicación del artículo 28 señalado, debe tomarse en consideración que el derecho de salud es preeminente ante cualquier otro derecho, de manera que el Estado debe ponderar y decidir hasta dónde llega la libertad de autodeterminación de la persona que no desea curarse, frente al derecho a la salud de los que le rodean.

Diferente sería la situación de un adulto que podría perjudicarse personalmente con una decisión de no curarse. Ahí podría decirse que estamos frente a un derecho inalienable, pues la libertad de autodeterminación no incide en la salud o la vida de terceros, motivo por el cual, este sujeto está en plena libertad de definir si se desea curar o no. Más adelante será abordada la situación de los menores de edad, sobre quienes, tal y como se verá, recae un régimen de protección estatal diferente.

C. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

Este derecho fundamental no se encuentra regulado en la Constitución Política como tal, sino que se extrae de

una interpretación integral de ella, debido a que el respeto a los distintos derechos, hace pensar que el constituyente deseaba proteger esta dignidad, y aunque no la materializó como tal, si la expresó en diferentes normas. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, lo incluye de manera específica en el artículo 5, inciso 2.

Esto trae como consecuencia que todos los derechos y los deberes de las personas que se incluyen dentro de nuestro ordenamiento, deben ser aplicadas en atención estricta a este principio. La Sala Constitucional ha tratado de unir el derecho a la vida con este principio cuando se trata de enfermos terminales, en cuyo caso, aunque no ha admitido de ninguna forma la eutanasia, sí ha permitido el derecho a morir con dignidad³⁵.

Es únicamente en sentido positivo que la Sala Constitucional ha admitido la posibilidad que tiene la persona de recibir un tratamiento médico. Para poder desarrollar si efectivamente existe incidencia en ese derecho a la dignidad humana, cuando se trata de personas que por una creencia religiosa se niegan a un tratamiento específico, debe analizarse hasta dónde existe en nuestro ordenamiento ese derecho. A continuación, su desarrollo.

D. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Como derivación del derecho a la dignidad humana, el derecho a la libertad religiosa, se ha constituido como una norma fundamental, pues tiene incidencia directa en el desarrollo de la personalidad. Algunos autores, tales como Pedro Sagüés, indican que este derecho se deriva de la libertad de conciencia.³⁶ Nuestra Constitución Política contempla este derecho en el artículo 75, cuando establece que los ciudadanos pueden ejercer libremente otros cultos distintos a la religión católica, siempre que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres. El Pacto de San José, en su artículo 12, inciso 1., recoge la Libertad de Conciencia y de Religión.

Según la Sala Constitucional,

"La libertad religiosa ... en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia,

34 En este sentido, tenemos al Doctor Rubén Hernández Valle, señala "La doctrina, en general, reconoce que bajo la expresión "derechos de terceros" o "derechos de los demás" están comprendidos los derechos subjetivos públicos y privados de los demás administrados. Dado que el ordenamiento jurídico concede "derechos" no a una persona en particular sino a todos los sujetos del ordenamiento los "derechos de los demás"... se deben conceptualizar como un límite a los "derechos de los gobernados" Pero tal límite no solo está constituido por el derecho (igual del otro, sino por cualquier otro derecho suyo, que eventualmente pueda interferir con mi derecho. En otros términos: cada derecho encuentra un límite genérico en la esfera jurídica que el ordenamiento reconoce a los demás sujetos del ordenamiento." HERNANDEZ VALLE (Rubén), *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, Segunda Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990, p.49.

35 En este sentido, consultar Sala Constitucional, resolución número 1915 de las 14:12 horas del 22 de julio de 1992.

36 PEDRO SAGÜES (Néstor), *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 141

que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. **Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella.** En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc...³⁷ (El resaltado no corresponde al original)

Con base en esta definición del derecho a la conciencia, si los Testigos de Jehová tienen por convicción, como parte de sus reglas de vida, que no deben admitir sangre ni hemoderivados, la Constitución Política, en su artículo 75 les concede esa posibilidad, derecho que se convierte en fundamental por tener incidencia directa con el derecho de pensamiento en su forma de conciencia, y éste se encuentra relacionado con el derecho a la dignidad humana.

Sin embargo, es importante hacer dos observaciones. Primero, debe ratificarse lo señalado en la sección anterior, con el fin de poder determinar quién puede o no dar el consentimiento, tomando en cuenta la capacidad jurídica para hacerlo, específicamente en el caso de los menores de edad y las personas inconscientes. La segunda, tiene relación con la ponderación de derechos humanos en juego, cuando es la vida humana la que debe anteponerse, por grado de importancia, a la libertad de conciencia. Este es un tema que no ha sido pacífico. En nuestro país, la vida es un derecho fundamental que está sobre cualquier otro, así lo ha indicado la Sala Constitucional, tal y como se citó en un apartado anterior. De esta manera, se admite que, frente al consentimiento informado, tal y como se indicó en secciones anteriores, una persona no se someta a un tratamiento médico que

incluya riesgo. Sin embargo, cuando se trata de menores, tal y como se dirá, la protección es, si se puede decir, privilegiada. De ello se hablará a continuación.

E PROTECCION A LOS MENORES DE EDAD

Con respecto a los menores de edad, el Estado costarricense ha establecido un régimen de protección especial, a través del cual el interés superior del menor ha sido puesto de manera preeminente frente a cualquier otro interés, aún sobre el de los mismos padres. Es por ello que la Constitución Política en su artículo 51 obliga al Estado a brindar esa protección privilegiada. Con respecto al concepto de niño, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, señala que es toda persona menor de dieciocho años³⁸. Esta misma convención, ratificada por Costa Rica mediante Ley número 7184. En su artículo 3, inciso 1., se establece que

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

Esta Convención, en el artículo 6.1 establece además que el Estado se encuentra en la obligación de reconocer el derecho a la vida del menor de edad. De la mano con este derecho, también encontramos el derecho a la religión y a la libertad de conciencia del menor, en el artículo 14. Esta norma es sumamente importante, pues le reconoce al menor la libertad de conciencia y de religión. Según ella, sólo las limitaciones legales estipuladas se pueden imponer al menor. Sin embargo, surge nuevamente la discusión de las condiciones en las que está el menor de edad que profesa una religión como la de los Testigos de Jehová, para decidir si se niega o no a un tratamiento donde se utilicen hemoderivados o sangre. Para ello, se debe acudir a la norma constitucional citada al inicio de este apartado, y al artículo 12.1 de esta Convención, la cual reza:

³⁷ Sala Constitucional, resolución número 3173 de las 14:57 horas del 16 de julio de 1993. En ese mismo sentido, la Sala Constitucional ha dicho: "La libertad religiosa se inserta en la más comprensiva libertad de creencias nacida en la historia de la humanidad a partir de la Paz de Westfalia, como un reconocimiento a la tolerancia por parte de la Iglesia. El principal efecto de este reconocimiento es que nadie puede ser perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias. También hay un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en este principio. El Derecho de profesar libremente el culto es la libertad de practicar una creencia religiosa. Ello significa libertad de exteriorización religiosa -no de creencia en la intimidad, pues ella escapa al alcance del derecho- siempre que no afecte el orden, la moral o la seguridad pública (artículo 28 constitucional). También implica la facultad de asociación religiosa en comunidades de ese tipo. De modo que otra consecuencia inmediata de la libertad religiosa es el derecho que tienen los fieles y adeptos de asociarse en comunidades religiosas o de bien público." Sala Constitucional, resolución número 8557 de las 15:37

³⁸ Así lo ha señalado también la Sala Constitucional, resolución número 647 de las 15:00 horas del 12 de junio de 1990.

"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."

Para determinar cuándo el menor está en posición de decidir si recibe o no sangre o hemoderivados, no se cuenta con elementos suficientes, debido a que podría ser que un menor que casi esté llegando a la mayoría de edad no cuente con una madurez suficiente, para tomar una decisión de esta clase. Sin embargo, debe indicarse que en nuestro país, cuando se trata de personas menores de edad, siendo que tienen la cobertura especial, de acuerdo con el artículo 51 de la Constitución Política, pareciera que esa libertad de autodeterminación se encuentra limitada en razón del derecho a la vida y su derivado necesario, el derecho a la salud, derechos fundamentales que el Estado se encuentra en la obligación de asegurar al menor de edad, sin importar su credo o religión, y que además se encuentra estipulado por el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Como reflejo de este régimen de protección especial al menor de edad, el artículo 144 del Código de Familia ordena lo siguiente:

"Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente aun contra el criterio de los padres"

Este principio de protección especial a los menores de edad, se refleja en el Código de la Niñez y la Adolescencia, ley número 7739, el cual considera en el artículo 46 lo siguiente:

"Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos en los términos del artículo 144 del Código de Familia."

Esto implica que el derecho especial de protección a los menores de edad, es mucho más fuerte que la libertad de conciencia o de culto, pues lo que se pretende es mantener incólume la salud o la vida del menor de edad.³⁹

Más adelante, se analizará la posición de los padres frente a los médicos ante una situación donde la vida o la salud del menor de edad se encuentran en juego. A continuación, se desarrollará el fundamento que tienen los Testigos de Jehová para negar la transfusión sanguínea.

IV NEGATIVA A RECIBIR SANGRE Y HEMODERIVADOS

Dentro de un Estado democrático como el costarricense, todas las personas gozan de la protección de sus derechos fundamentales. Como parte de esos derechos, se encuentra el de pertenecer a una religión o agrupación religiosa. Así lo contempla el artículo 75 de la Constitución Política. Sin embargo, una de las sectas que produce mayor discusión es la de los Testigos de Jehová, pues su filosofía los lleva a impedir la transfusión sanguínea y el uso de hemoderivados. A continuación, se desarrollará el fundamento que ellos ofrecen para su negativa, confrontándolo con el aspecto jurídico.

A. FUNDAMENTO RELIGIOSO, CIENTIFICO Y FILOSOFICO DE LA NEGATIVA

El *fundamento religioso* a la negativa de recibir sangre o hemoderivados, se extrae de la interpretación que hacen ellos de distintos pasajes bíblicos. La base esencial de la prohibición que ubican en las Sagradas Escrituras, es que la sangre es intransferible, pues el alma está en la sangre⁴⁰

El *fundamento científico*, es que

"...el organismo humano, puede lograr un equilibrio y que aunque presente un hematocrito muy por debajo de lo normal, puede llegar a recuperarse sin necesidad de recurrir en todos los casos a una transfusión."⁴¹

39 Este principio se ha mantenido, aun en otros países, tales como en Argentina, donde Reinaldi indica *"prevalece el derecho a la vida del niño sobre el de sus padres a obrar conforme a sus convicciones religiosas. En igual sentido falló la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín... en un caso en el que la transfusión se consideraba indispensable para salvar la vida (sic) de un recién nacido."* REINALDI (Victor Félix), Responsabilidad Penal de los Médicos por transfusiones e intervenciones quirúrgicas no consentidas, en Revista de la Facultad, Volumen 2, N°2, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1994, p. 94.

40 REINALDI, op.cit., p. 92.

41 REINALDI, op.cit., p. 93.

Lo que los Testigos de Jehová no aceptan, es lo siguiente:

"transfusiones de ninguna de los componentes básicos de la sangre, a saber: Glóbulos rojos, Glóbulos blancos, plaquetas o plasma que se usen con un fin similar, más en cuanto a fracciones sanguíneas como la globulina inmunológica o la albúmina, concluyen que en cada caso la decisión se basará tanto en si están dispuestas o no a aceptar cualquier riesgo para la salud relacionados con una inyección de contenido tomado de la sangre de otras personas, como en la toma de la decisión personalmente ante Dios."⁴²

Además, no permiten operaciones donde se utiliza la misma sangre del paciente, pues

"...esa sangre almacenada ha dejado de ser parte de la persona; "Ha sido completamente quitada de ella, y por lo tanto hay que deshacerse de la sangre de acuerdo con la ley de Dios: "Debes derramarla sobre el suelo como agua". (Deuteronomio 12: 24)"⁴³

Todo esto puede ser explicado por una persona perteneciente a los Testigos de Jehová, si se encuentra consciente. Sin embargo, en caso de inconsciencia, algunos de ellos han encontrado la posibilidad de llevar consigo una tarjeta donde indiquen que no admiten transfusiones de sangre, con el fin de exonerar al personal médico del uso de hemoderivados para salvarle la vida.⁴⁴

El **fundamento filosófico** se encuentra en el derecho fundamental de toda persona de tener libertad de religión y culto, derivado de la libertad de conciencia, como reflejo de la dignidad humana. En este sentido, los Testigos de Jehová, en el ejercicio libre y voluntario de su derecho, han elegido pertenecer y creer en los principios rectores que les caracterizan, incluyendo el asunto de la sangre, motivo por el cual, el Estado está en la obligación de brindarles protección frente a cualquier intromisión en su ámbito de autodeterminación,

A continuación, serán tratadas dos situaciones bajo las cuales puede colocarse tanto el médico como los padres, frente al caso de menores o personas inconscientes que requieren tratamiento con sangre.

B. POSICIÓN DEL MÉDICO FRENTE A LA NEGATIVA DE RECIBIR SANGRE

Con respecto al adulto consciente, es plenamente aplicable lo correspondiente al consentimiento informado. No hay discusión que se le ha reconocido al mayor de dieciocho años que llega a la consulta o al hospital consciente, la posibilidad de negarse a la utilización de sangre en su tratamiento. Esta posición ha sido criticada, sin embargo, frente al derecho a la vida o a la salud, en personas con derecho de autodeterminación plena, se antepone el derecho a la dignidad humana, compuesta en este caso por la libertad de conciencia y de culto⁴⁵.

En realidad la discusión surge cuando estamos frente a un paciente en estado de inconsciencia o un menor de edad. Tal y como se señaló en la parte correspondiente al consentimiento informado, excepto que en el expediente clínico exista alguna indicación expresa a la negativa a recibir sangre, el médico actúa amparado a su oficio, el cual tiene por fin procurar la salud al paciente.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los menores de edad, cuyos padres no permiten el tratamiento con sangre por ser Testigos de Jehová. En estos casos, tal y como se dijo en la sección dedicada al régimen especial de protección a los menores, frente de un peligro para la salud o la vida del menor, el médico debe acudir a normas tales como la contenida en el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 46 y en el 144 del Código de Familia.

En virtud de esta circunstancia, el médico podría estar frente a un estado de necesidad, previsto por el artículo 27 del Código Penal. Para determinar si el doctor se encuentra amparado bajo una causal de justificación, debe

42 SANCHEZ FONSECA (Angie), *Los Testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídico-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamiento médico sin sangre*, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003, p. 22.

43 *Ibidem*, pp. 22-23.

44 *Ibidem*, pp. 24-25.

45 Algunos autores han apoyado esta posición indicando que

"Es deber de los médicos y de los jueces respetar la voluntad del paciente si es persona con discernimiento... de oponerse a toda intervención en su cuerpo, cualesquiera sean sus motivaciones, si esa voluntad ha sido válidamente expresada después de haber recibido adecuada información sobre su estado y las ventajas o desventajas que traerán aparejada su decisión. Ese deber subsiste aun cuando la falta de adopción de las medidas terapéuticas rechazadas ponga en peligro la vida, siempre que no afecte directamente a terceros o medie un interés público relevante o la negativa revele, en razón de las circunstancias que rodean al caso, una voluntad suicida." 45 REINALDI, *op.cit.*, pp. 106-109

Esa voluntad suicida, evidentemente, no se refiere al deseo de no recibir tratamiento para lograr la muerte, sino aquellas situaciones donde se ha intentado, a través de un medio idóneo, de conseguir la muerte, sin embargo, es intervenido por un galeno para salvarle la vida.

valorarse que la situación que atraviesa el menor provoque un peligro para la salud o para la vida de éste, que dicho riesgo sea inminente, que haya sido provocado por otro sujeto y que no sea evitable si no es a través de una transfusión sanguínea o del uso de hemoderivados. Bajo estas circunstancias, el médico puede actuar aunque exista negativa de los padres, y toda causa penal que intenten abrir estos contra el galeno y quienes actuaron en la tratamiento médico, no podrá prosperar, pues existe un evidente estado de necesidad, causal de justificación que elimina la antijuridicidad, y, por ende, el delito.

C. POSICIÓN DE LOS PADRES QUE NO PERMITEN EL TRATAMIENTO CON SANGRE

El siguiente caso a analizar, es cuando el menor no llega al centro médico, sino que toda la situación que atenta contra su salud o su vida se da en el seno familiar. Bajo este supuesto el Estado costarricense ha optado por brindarle una protección especial a los menores de edad, tal y como se indicó en el apartado E de la sección III de esta investigación. Como reflejo de ello, los padres tienen la obligación de velar por distintos derechos de los menores, entre los que se encuentra la salud y la vida. En este sentido, si alguno de estos dos bienes fundamentales está en peligro, y los padres omiten actuar o impiden el tratamiento en virtud de la creencia religiosa, pueden enfrentar una causa penal.

En nuestro país, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, únicamente se registra un caso donde se haya denunciado a los padres de un menor y se les haya condenado por el delito de Abandono Agravado de Incapaz, previsto por el artículo 142 del Código Penal.

Sin embargo, debe indicarse que en el caso de los Testigos de Jehová, la situación tiene diferentes soluciones. Cuando ellos, en virtud de su creencia religiosa, derecho que le garantiza la Constitución Política, provocan las consecuencias previstas en el artículo 142 del Código Penal, puede alegarse en su favor un error de prohibición⁴⁶, el cual puede ser vencible o invencible, dependiendo de la corriente doctrinaria que se tome.

En Costa Rica, el Código Penal estipula el error de pro-

hibición en el artículo 35, norma en la cual se determina que el error invencible elimina completamente la culpabilidad, por lo que no se termina de configurar el delito, mientras que el vencible, al ser una situación que puede superarse, atenúa la pena de manera proporcional al daño producido.

En este punto, es importante revisar si la conducta de los padres que profesan la religión de los Testigos de Jehová podría estar frente a una causa de exculpación a título de error de prohibición o no. De acuerdo con los requerimientos necesarios para que se configure la causal, todo parece indicar que, si la conducta de los padres encuadra en el tipo penal del artículo 142 de cita, y no existe causa de justificación que los ampare, podría aplicarse en el caso de la convicción religiosa un error de prohibición. Sin embargo, éste podría considerarse vencible o invencible.

Cabe la posibilidad de visualizarlo como invencible, si se piensa que los Testigos de Jehová, cuando impiden que al menor se le transfunda sangre o se le apliquen hemoderivados, lo hacen por la íntima convicción de que eso es lo correcto, creyendo que lo que hacen por el menor de edad es lo mejor para su alma y para él, ya que esas son reglas que rigen su forma de vivir —hablando de reglas aprehendidas—, debido a que lo aceptan como un mandato divino; y si esto se llegara a demostrar a través del contradictorio que se genera en el debate, determinando que ello es parte de su derecho de culto, y no transgrede el artículo 28 de la Constitución Política; no tendrían la obligación de superar la creencia, conociendo que eso está sancionado penalmente como delito, y en tal carácter, se convertiría en invencible.

Lo anterior, debe confrontarse con la tesis contenida en la única resolución de Sala Tercera que ha resuelto un caso de estos, es la 561-F-93, en la cual se analizó que los padres se encontraban bajo un error de prohibición por sus creencias religiosas, pero lo consideraron vencible, pues la madre del menor había sido católica antes de convertirse a la religión a la que pertenecía cuando el menor sufrió el deterioro de salud.

Como puede observarse, será en el debate donde se determine si el error es o no vencible, por el grado de

46. Para comprender mejor, debe delimitarse este tipo de error, como la situación donde:

el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida... El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sin oque conduce solo a una atenuación facultativa de la pena. ROXIN (Claus), *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 861

exigibilidad de comprensión o no de la prohibición, pues podría pensarse que dentro de una sociedad como la actual, no es posible alegar ignorancia o desconocimiento de la ley humana. Para ello, nos parece importante traer a colación lo señalado por el Doctor Francisco Castillo, quien respecto a este error culturalmente condicionado, indica:

"...las tesis de Zaffaroni, del error de prohibición como error de comprensión de la criminalidad del acto y la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado, no tiene cabida en nuestro derecho. Si un indio de Talamanca desconoce que tener relaciones sexuales con una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, aun con su consentimiento, es un hecho sometido a pena en Costa Rica, se encuentra en error de prohibición. El carácter evitable o inevitable de su error se medirá considerado sus calidades personales, intelectuales y sus relaciones con la civilización. Pero si el indio sabe que es un hecho es (sic) punible conforme a las leyes de Costa Rica reducir a la mujer a servidumbre y aún así realiza el hecho, no se ve por qué tiene que excluirse su culpabilidad, sencillamente porque no le dio la gana internalizar esa norma del deber ser, bajo el pretexto de que en su cultura se sigue una norma diversa. El respeto a la diversidad cultural debe estar sujeto al respeto de los derechos humanos de las demás personas."⁴⁷

Como se puede apreciar, la doctrina no es pacífica en cuanto a que pueda existir o no error de prohibición. Sin embargo, tomando en consideración que existe un derecho fundamental a la libertad de conciencia y de culto, protegido constitucionalmente a través del artículo 75 de nuestra Carta Magna, y siendo que los Testigos de Jehová consideran que en la sangre se encuentra el alma de las personas, lo que han deducido de una interpretación que han hecho de la Biblia, pareciera que cualquier situación como la que nos ocupa desde el inicio de esta sección, puede ser amparada por un error de prohibición.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

BEAUCHAMP (Tom L.) y otro. Principios de Ética Biomédica. Editorial Masson, S.A. Cuarta edición, Barcelona España, 1999.

CASTILLO GONZALEZ (Francisco). *El Consentimiento del Derecho Habiente en Materia Penal*. Editorial Juritexto. Primera edición, San José, Costa Rica, 1998.

CASTILLO GONZALEZ (Francisco). *El Error de Prohibición*, San José, Editorial Juritexto S.A., 2001.

FERNANDEZ HIERRO (José Manuel). *Sistema de Responsabilidad Médica*. Editorial Comares, Granada, España. año 2000.

FONSECA ESQUIVEL (Ingrid) y otras. *La negativa a recibir transfusiones de sangre y su posible punibilidad: caso de los Testigos de Jehová, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciadas en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1991.*

GRACIA (Diego). *Fundamentos de Bioética*. Editorial Eudema S.A. Ediciones de la Universidad Complutense S.A. Madrid, España, 1989.

HERNANDEZ VALLE (Rubén). *Las Libertades Públicas en Costa Rica*. Segunda Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990.

GISBERT CALABUIG (Juan Antonio). *Medicina Legal y toxicología*. Editorial Masson S.A. Quinta edición. Madrid, España, 1998.

KNIGHT (Bernard) *Medicina Forense de Simpson*. Editorial El Manual Moderno. Segunda edición en español traducida de la onceava edición en inglés. México, Distrito Federal, 1997.

KRAUT (Alfredo Jorge). *Médicos y Deber de Información: Responsabilidad Civil en casos de Incumplimiento*. En *Derecho Privado*, libro Homenaje a Alberto J. Bueres. Editorial Amurabi, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001.

La Biblia Dios Habla Hoy, Tercera Edición, Corea, Sociedades Bíblicas Unidas, 2001.

MARLASCA LOPEZ (Antonio). *Introducción a la Ética*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 7 reimpresión de la primera edición. San José, Costa Rica, 2002.

NAVA GOMAR (Salvador). *El Estado Constitucional: Sinomía positivizada entre Constitución y Democracia*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003.

NINO (Carlos Santiago). *Ética y Derechos Humanos*. Editorial Ariel, S.A., primera edición, Barcelona, España, 1989.

PATITO (José Ángel). Medicina Legal. Ediciones Centro Norte Carlos A. Vicino Editor. Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Argentina. 2001.

PEREZ DE LEAL (Rosana). Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1995.

PÉREZ LUÑO (Antonio E.) Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ (Gregorio), Curso de Derechos Fundamentales, Madrid, 1995.

PEDRO SAGÜES (Néstor), Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.

RABINOVICH BERKMAN (Ricardo), Responsabilidad del Médico. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999.

REINALDI (Victor Félix), Responsabilidad Penal de los Médicos por transfusiones e intervenciones quirúrgicas no consentidas, en Revista de la Facultad, Volumen 2, N°2, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1994.

REY CANTOR (Ernesto) y otros, Las Generaciones de los Derechos Humanos. Bogotá, Colombia, Editorial Página Maestra Editores Ltda. 2002.

ROXIN (Claus). Citado por LLOBET RODRIGUEZ (Javier). Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal. Editorial Jurídica Continental. Segunda edición actualizada, San José, Costa Rica, año 2001.

ROXIN (Claus), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, España, Editorial Civitas, S.A., 1997.

SANCHEZ FONSECA (Angie), Los Testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídico-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamiento médico sin sangre, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José. 2003.

VILLANUEVA CAÑADAS (Enrique). El Consentimiento. En Medicina Legal y Toxicología-Gisbert Calabuig Juan Antonio. 5 edición. Editorial Masson S.A. Madrid, España, 1998.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

Leyes y convenios:

Código Civil, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 12 edición, San José, Costa Rica, 2004.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 6 edición, San José, Costa Rica, 2005.

Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en <http://www.medicos.sa.cr/leyes>

Código Penal, San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 16 edición, febrero del 2005.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Firmada por la República de Costa Rica el 26 de enero de 1990, publicada en la Gaceta número 149 del 9 de agosto de 1990.

Ley General de Salud número 5395 del 30 de octubre de 1973.

Código de Familia, San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 4ta edición, 1996.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional, resolución número 2771, 11:40 horas, del 4 de abril del 2003.

Sala Constitucional, resolución número 1261, 15:30 horas, del 9 de octubre de 1990.

Sala Constitucional, resolución número 5130, de las 17:33 horas, del 7 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional, resolución número 3173, de las 14:57 horas, del 16 de julio de 1993.

Sala Constitucional, resolución número 8557, de las 15:37 horas, del 3 de setiembre de 2002.

Sala Constitucional, resolución número 1915, de las 14:12 horas, del 22 de julio de 1992.

Sala Constitucional, resolución número 647, de las 15:00 horas, del 12 de junio de 1990.

LA CONCILIACIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

Dra. Hannia Soto Arroyo

I. INTRODUCCIÓN

La delincuencia en materia de corrupción de funcionarios públicos es ya un fenómeno mundial del que Costa Rica no se ha escapado. Los medios de comunicación informan día a día sobre diversos casos de este tipo, que los Tribunales de Justicia tramitan de acuerdo con la legislación penal y procesal penal. Siendo estos delitos contra la Administración Pública, es la Procuraduría General de la República la llamada a representar al Estado-víctima ante los estrados judiciales, con el propósito de lograr la consecución de los fines del proceso penal, sea, la justicia para la parte afectada.

El instituto de la Conciliación, como una de las medidas alternas al proceso penal, es una de las posibilidades con la que se cuenta para lograr esta justicia. Sin embargo, existen una serie de trabas de naturaleza política que impiden la conciliación en delitos de corrupción.

En esta investigación tiene como propósito analizar la situación particular de los delitos de Corrupción contemplados en el Código Penal, en cuanto a la opción de que el imputado de los mismos se someta a un acuerdo conciliatorio.

Para ello, hacemos un estudio del tema de la corrupción y sus implicaciones en las sociedades que la padecen. Luego, se expondrán brevemente cuáles son los delitos en los que basamos esta disertación, pasando por una breve reseña de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

La Conciliación penal será examinada a partir del punto IV, y en el apartado V veremos los entes que eventualmente son los que representan al Estado en estas causas penales, haciendo énfasis en el papel limitado de la Procuraduría General de la República. Para finalizar, expondremos nuestra posición al respecto de las limita-

ciones de conciliar en supuestos de delincuencia contra la Administración Pública.

II. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Es alrededor de la posibilidad de conciliar en delitos de Corrupción que gira esta investigación. Cada día se hace más frecuente escuchar sobre los problemas de corrupción en nuestras sociedades, corrupción que, estando presente en nuestros gobiernos, oficinas públicas y en los negocios estatales con entes privados, hace noticia y causa gran preocupación entre los expertos en materia jurídico-penal, económica y social. Para poder determinar con claridad en qué consiste el fenómeno llamado "Corrupción", en este primer apartado se expondrá no solo el concepto y contenidos del mismo, sino la forma en que en específico la legislación costarricense ha enfrentado, en materia penal, la incidencia de acciones ilícitas que afectan la Administración Pública, en la que participan sus propios funcionarios. Esto, con el afán de exponer de la Conciliación.

A. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La siguiente afirmación nos enfrenta de plano con el problema: "Que la corrupción es considerada hoy día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral, es algo ya sabido".¹

Si intentamos definir de alguna forma el fenómeno de la corrupción, podemos hacer referencia la doctrina, que señala que "una de las más completas definiciones de corrupción es la que propone Saltos Galarza (1999) que la presenta como un sistema de comportamiento de una red en la que participan un agente (individual o social) con intereses particulares y con poder de influencia para garantizar condiciones de impunidad, a fin de lograr

¹ HUBER (Barbara). La Lucha contra la corrupción desde una perspectiva supra nacional. En: Antología Criminalidad Económica tomo II. Doctorado en Derecho. UNED. 2005. pg. 1659.

que un grupo investido de capacidad de decisión de funcionarios públicos o de personas particulares, realicen actos ilegítimos que violan los valores éticos de honradez, probidad y justicia y que pueden también ser actos ilícitos que violan normas legales, para poder obtener beneficios económicos o de posición política o social, en perjuicio del bien común.²

Tenemos que toda sociedad moderna y democrática ve la, en principio, por el bienestar de los administrados. Este bienestar, a su vez, se logra por medio de la división de funciones en diversas entidades estatales que van a dar un fin útil, aprovechable y equitativo a los bienes y servicios de los que el estado dispone, para satisfacer las necesidades de la población. Así, recolección de impuestos, contrataciones públicas y privadas de servicios, educación, inversiones en salud, compra de equipos médicos, infraestructura en general, o cualquier otro elemento que sea necesario para mantener el bien común, será hecho por la Administración Pública de la forma más clara, ética, justa y adecuada al poder adquisitivo del estado y los ciudadanos que sea posible. Son los funcionarios públicos los que, de una u otra manera, llevan su espalda la responsabilidad de lograr, de la manera más honesta y en respuesta al ejercicio de su investidura, las mejores condiciones en la vida del gobierno y del estado para, como ya hemos señalado, lograr una condición de vida buena para los administrados.

Por ende, el corromper el ejercicio correcto de la función pública, para adquirir ganancias de cualquier tipo aún en detrimento del aparato estatal y del pueblo, es el fin de los actos de corrupción.

Veamos un ejemplo: quien (léase empresa, grupo económico, etc.) esté interesado en lograr la contratación para una obra millonaria estatal, usará su poder, generalmente manifiesto en dinero y bienes, para por medio de la exhibición y ofrecimiento de los mismos, lograr su puesto en el contrato, y obtener como beneficio por sobre sus competidores, una suma de dinero aún más alta que la invertida en un chantaje o soborno al funcionario o funcionarios públicos encargados de otorgar el contrato. Este simple ejemplo muestra el día a día del fenómeno: "para poder actuar, la corrupción debe apelar a la coerción, a la compra de voluntades, al abuso de autoridad, al mantenimiento continuado de una dependencia cívica, económica, intelectual o autoritaria de parte del Estado.

Agotados estos medios, se recurre a la intimidación, la disuasión. Los medios de acción nunca van solos, sino que operan todos juntos en alguna proporción según las condiciones del momento."³

Es así como la disuasión resulta ser no solo el fin del acto que interfiere de alguna manera con la función pública, sino que es el medio para obtener un beneficio por sobre los demás, más no en un libre ejercicio de competencia, o por elección de las mejores condiciones para la población, sino por una presencia de poder político y/o económico. No en vano, se afirma que "de hecho, estamos ante el problema específico del poder, es decir, de encontrar la manera de hacer que el otro actúe, –aún en contra de su voluntad–, según nuestros deseos. De inducir la conducta del otro para que actúe en beneficio propio, por cualquier medio, sea persuasión, convicción o compulsión."⁴

Podemos afirmar hasta acá, que el desarrollo de un acto de corrupción tiene dos participantes activos: tanto el funcionario público que se presta a ese juego de poder, lo acepta y se aprovecha del mismo, como quien dispone de la voluntad de ese funcionario por medio de su poder y ajeno a la normativa administrativa estatal y la compra o la fuerza en su provecho. Tal y como se afirma, "la corrupción tiene costos indeterminados y es un reflejo de la arbitrariedad de los funcionarios públicos. La corrupción es básicamente una transacción clandestina."⁵

El abuso del poder por parte de quien ejerce la función pública también puede implicar que sea el propio funcionario el que pida algo a cambio de actuar a favor de un tercero o de otra entidad estatal autónoma o pública fuera de los lineamientos legales, y obviamente a cambio de dineros o bienes. El problema no solo es nuestro: "En América Latina aparece una creciente difusión de la corrupción en el sistema político, a menudo alimentada por un crecimiento clientista de la administración pública. En tal sentido el resultado es la destrucción de la confianza en los funcionarios públicos, sobre todo cuando mezclan las funciones públicas con las privadas produciendo una grave lesión de los deberes y las responsabilidades como agentes públicos"⁶

Para aclarar, corrupción no implica solo corromper funcionarios públicos, sino que estos, en contra de los valores cívicos, de la honestidad y limpieza con que de-

2 ARLAND (Rodolfo) *Ética Corrupción*. En <http://www.ligov.org/documentos/> (4-07-05)

3 PUSCO (Gabriel) *Estudio sobre la Corrupción*. En <http://www.revistaprobidad.info/018/gpons/> (4-07-05)

4 PUSCO, Op. Cit.

5 ARLAND Op. Cit.

6 ARLAND, Op. Cit.

ben hacer su trabajo, se ofrezcan al mejor postor, vacíen las arcas del Estado encubiertos por su función o sus tareas, etc., todo de manera ilícita y en afectación al peculio público. En estas condiciones, sin duda poder político y económico se mezclan, se compran mutuamente, desvalorizan cada uno a su manera a la Administración Pública ante los ojos sociales, y reparten la ganancia.

Esta unión no facilita para nada el control y prevención de los actos de corrupción. Señala Emiliano Borja que "el poder político y el poder económico suelen estar fuertemente vinculados, y es frecuente, por tanto, que uno y otro compartan grandes esferas de influencia en el gobierno de los estados. El poder político y el poder económico persiguen en muchos casos fines comunes, lo cual les lleva en no pocas ocasiones, a compartir intereses y a protegerse mutuamente"⁷, protección que sin duda dificulta la persecución y punición de quienes hacen de esta actividad un medio de vida.

Las consecuencias de tener nuestros sistemas estatales, políticos y económicos plagados de actos de corrupción, van más allá del daño económico o político que sufre Estado como ente. La pérdida de confianza de la población en la Administración Pública, la desesperanza en la que se cae cuando no se pone límite a este tipo de actividades y el grado de impotencia que siente el administrado al verse afectado por quienes de una u otra forma ejercen el poder, hace que se cree un desgaste social y moral en todo el grupo.

Por ello, es evidente que "para entender la corrupción y sus consecuencias, así como para diseñar políticas de combate y prevención, López Presa (1998) afirma que no basta indagar los casos individuales, que se presentan aquí y allá, y el carácter más o menos permisible de una u otra práctica, sino que se requiere además examinarla desde el punto de vista de la sociedad como un todo, tratando de identificarlos elementos que influyen en su aparición y su desarrollo y a la vez, precisar desde esta perspectiva sus efectos netos: a quiénes beneficia y a quiénes perjudica y sus costos implícitos".⁸

Expuesto lo anterior, debe seguirse la siguiente recomendación: "la lucha contra la corrupción exige entonces vigilancia constante y la búsqueda de medios que generen más conciencia social, responsabilidad de grupo o mayor adhesión a valores y virtudes cívicas.

Igualmente, se nota la necesidad de complementar las medidas tomadas inicialmente al conformar la estructura legal del país, con otras nuevas nacidas de la necesidad de mantener dicha estructura a la par con los avances tecnológicos y sociales derivados del progreso⁹, para evitar la impunidad y lograr una concientización en cuanto a la existencia del problema y a la posibilidad de detener su avance.

Es el funcionario público el primer llamado a no ser tentado o manipulado para cometer actos criminales de corrupción. Veremos a continuación, el trato que al concepto de funcionario público se le da en nuestro país, para facilitar conocer al sujeto que puede ser parte en una conciliación penal por un delito de esta índole.

B. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

Tal y como mencionáramos, uno de los elementos *sine qua non* para estar en presencia de un delito de corrupción, es la participación de un funcionario público.

La legislación costarricense define el término de funcionario público en diferentes cuerpos legales:

El artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública señala:

- "1. El servidor público es la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado. Permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común"¹⁰

7. BORJA JIMENEZ (Emiliano) Problemas Político-Criminales actuales de las sociedades occidentales (parte Especial), San José, 2003. Ed. Jurídica Continental. Pg. 179

8. ARLAND, Op. Cit.

9. PUSCO, Op. Cit.

10. Ley General de la Administración Pública. N 8227.

Es amparada en este artículo 111, que la jurisprudencia nacional ha definido al funcionario público, a falta de una definición del concepto en el Código Penal.

Nos dice Sala Tercera, en resolución N.103-F-89 que

"... la concepción de Funcionario Público en Derecho Penal es más amplia..., máxime que la doctrina moderna prefiere utilizar el criterio "objetivo" para conceptualizar al funcionario público. En efecto, de acuerdo con esta corriente se estima como funcionario público a quien desempeña una función que en su esencia será pública. Será entonces la naturaleza de la actividad, y no su ligamen con la administración lo que caracteriza al funcionario público, y se señalan los casos del sujeto que concurre a formar la voluntad del ente, cuando los represente frente a terceros, cuando se ejercen poderes de coacción, de autoridad y de certificación... Es así como también se ubica y se admite hoy la realización de funciones públicas por particulares... pero tampoco podemos llegar al exceso de calificar como función pública toda aquella actividad de interés de la comunidad... resulta indispensable que exista un acto de delegación, ya sea por ley, reglamento o incluso un acuerdo o contrato administrativo, mediante el cual la Administración Pública delegue en un particular el ejercicio de una función pública, como ocurre con los notarios, los sacerdotes de la Iglesia Católica, los contadores públicos autorizados, etc. Se requiere entonces una publicidad en la esencia de la función (aspecto objetivo) y al menos una delegación de una actividad pública administrativa"¹¹

Posteriormente, y para reforzar lo anterior, se define al Funcionario Público en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública¹². Veamos:

"Artículo 2. Servidor Público. Para los efectos de esta ley, se considerará servidor público a toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta, y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público

de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta ley

Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a la personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; así mismo a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión"¹³

Es en esta ley donde se encuentran dos ampliaciones al concepto de funcionario público, sean, la equiparación con los funcionarios de hecho y los empleados de empresas o entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común, y lo mismo con los administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que de alguna manera se relacionen con bienes de la Administración, "ya que son agentes de organizaciones o empresas que lleven adelante función administrativa vicariamente, pero función administrativa la fin y al cabo"¹⁴

Esta nueva legislación en cuanto al funcionario público resulta positiva en cuanto procura una mejor protección de los bienes y servicios públicos, responsabilizando a quienes interfieren con los mismos, en garantía del bien social.

Define, así mismo esta Ley, el *Deber de Probidad* de los servidores públicos, el cual consiste en:

"Artículo 3. Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; así mismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en

11 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. N.103-F-89 de las diez horas treinta minutos del 2 de junio de 1989

12 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Asamblea Legislativa de Costa Rica, ley 8422 del 29 de octubre de 2004

13 Ley contra la Corrupción. Op. cit.

14 BOLANOS GONZALEZ (Jimmy), HIDALGO CUADRA (Ronald). *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*. Comentada. San José, 2005. Investigaciones Jurídicas S.A., pg.32

*cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente*¹⁵

Detentar la función pública implica entonces un compromiso con la colectividad que conforman los administrados (y el propio funcionario), compromiso que contempla obligaciones de llevar el ejercicio de la función con apego estricto a la normativa que la determina, absoluto respeto a los principios democráticos que rigen el estado costarricense, y con atención a valores tales como rectitud, buena fe, igualdad, imparcialidad y honradez. Este deber de rectitud en el ejercicio de la función, es sin duda el que debe guiar al funcionario en el momento en que se le ponga ante la posibilidad de verse corrompido por un interesado en que falte a sus buenos oficios en su beneficio.

Además, se exige esta integridad en la administración de los bienes del erario público, haciéndose énfasis en dar un uso razonable y efectivo a los mismos. En suma, el deber de probidad es el que define el fin de la función pública, sea, el velar por el buen servicio de los entes del estado para el bien de la comunidad.

Cuando el funcionario público falta a sus deberes y cae en acciones de corte delictivo que implican su condición de funcionario, estamos ante la llamada "delincuencia de cuello blanco". Se explica que "... el concepto de criminalidad de "cuello blanco" abarca a los delitos socioeconómicos, y a otras conductas perpetradas con móviles económicos, pero cuyo bien jurídico protegido es de naturaleza distinta (cohecho, delito urbanístico, tráfico de drogas a gran escala, etc.)"¹⁶, por lo que es criminal de cuello blanco quien siendo servidor público, cae con sus acciones dentro de los tipos penales que regula el Código Penal en relación con los trabajadores estatales. Hacemos esta pequeña nota, puesto que la corrupción como tal, puede ser tratada en doctrina dentro de este tipo de criminalidad.¹⁷

C. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL CÓDIGO PENAL

Como medio de control de última ratio, el Derecho Penal responde al aumento de la criminalidad de cuello blanco, con la creación de tipos penales que contemplan las acciones ilícitas que se ejercen desde y hacia la función pública.

Por ello, tal y como señala CREUS, "los delitos que a continuación estudiaremos castigan la venalidad del funcionario público, procurando mantener el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazada por la sola existencia de aquella; sin consideración a la licitud o ilicitud del acto así motivado; la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento."¹⁸

El Código Penal costarricense, en su Libro segundo, Título XV "*Contra los deberes de la Función Pública*", Sección Segunda contempla los llamados delitos de Corrupción de Funcionarios. Este grupo de delitos, son sobre los que centraremos en adelante la atención, para, a través de su naturaleza, determinar las posibilidades de conciliación en los mismos, con las implicaciones que más adelante analizaremos.

El cohecho está definido por la doctrina como "un delito contra la administración pública. Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de los empleados. Lo que si se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo."¹⁹

El artículo 340 del Código Penal²⁰ establece el llamado Cohecho impropio:

"Cohecho impropio. ARTÍCULO 340.— *Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona inter-*

15 Ley contra la Corrupción... Op.cit.

16 BORJA JIMENEZ, Op. Cit. pg.182

17 Véase por ejemplo, CRUZ CASTRO (Fernando), *Enfoques criminológicos sobre la delincuencia económica, sus consecuencias en su persecución y juzgamiento*. En: Antología Criminalidad Económica, Doctorado en Derecho, UNED, 2005. Si bien el autor expone que la criminalidad de cuello blanco es ejercida por personas de alto nivel económico y no menciona directamente al funcionario público, es de buen entender que existen funcionarios públicos con altos cargos, que, siendo también parte de grupos de poder económico y político, pueden incurrir en delitos de corrupción

18 CREUS (Carlos), *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Buenos Aires, 1995. Ed. Astea, 5ta ed. Pg. 279.

19 FONTAN BALESTRA (Carlos), *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, 1998. Ed. Abeledo Perrot S.A. pg. 854.

20 Código Penal de Costa Rica. Ley N.

*puesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones*²¹.

De seguido, hace mención del cohecho propio, en el artículo 341²²:

"Cohecho propio. ARTÍCULO 341.— *Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones*"

El delito, en general, entonces, implica el acto de aceptar dádiva, ventaja o promesa de retribución, a cambio de hacer, dejar de hacer, o hacer algo contrario a la función por parte del funcionario Público. La diferencia de cohecho propio e impropio en nuestra legislación, estriba en que, en el primero, el funcionario, al aceptar dádiva, dinero o promesa de los anteriores, lo hace a cambio de realizar una función que ya de por sí le compete. En otra tanto, comete cohecho propio el funcionario, que a cambio de su ganancia, deja de hacer su función u opera contrario a la misma.

Debe quedar claro que, según la doctrina "el objeto que el funcionario recibe puede estar constituido por dinero, o por cualquier otra dádiva. Dinero es el valor representado por la moneda de curso legal, nacional o extranjera, apta para el cambio monetario. Dádiva es cualquier otro objeto pueda transferirse del dador al receptor aunque se discute en la doctrina si el objeto que la constituye tiene que estar dotado, necesariamente de valor económico: una gran parte de la doctrina exige esta característica, otros, por el contrario, consideran que todo aquello que constituya beneficio, que se identifique con algo codiciable para el receptor, es una dádiva, aunque no se le pueda asignar valor económico. En realidad, reducir la dádiva a los objetos dotados de valor económico implica dejar al margen de la punibilidad conductas tanto o más venales que otras, pero lo que no hay que olvidar es que la expresión "dádiva" indica la existencia de algo que se puede dar o recibir en sentido material"²³

Se hace diferencia entre Cohecho Activo y Cohecho Pasivo, diferencia que está presente en nuestra legislación.

Indica Fontán Balestra que se presenta el Cohecho Pasivo cuando "la acción consiste en recibir dinero o cualquier otra dádiva, o aceptar una promesa directa o indirecta. Recibe o acepta quien no ha pedido y se limita a manifestar su voluntad con respecto a lo que se da u ofrece... En ambos casos, para que el funcionario haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones o para que haga valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones."²⁴ Esto sería equivalente a los figuras de cohecho propio e impropio que ya hemos expuesto.

El llamado Cohecho Activo, que equivale al delito establecido en el artículo 345 del Código Penal, Penalidad del Corruptor,

"ARTÍCULO 345.— *Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida.*"²⁴

implica sanción para quien ofrezca al funcionario dádiva, dinero, para que el mismo incurra en alguna acción u omisión a su función. Así, "objetivamente, la acción típica es la de dar u ofrecer dádivas: da el que entrega, ofrece el que promete"²⁵

Esta figura del cohecho activo "es independiente de la del pasivo, en el sentido de que no se trata de dos acciones absolutamente coincidentes que son siempre constitutivas de un mismo hecho en el que intervienen dos personas, cada una en su papel. Para el cohechante la acción consiste en dar u ofrecer dádivas a un funcionario público o a juez... el delito se consuma cuando se trata de ofrecer, en el momento del ofrecimiento, sin que sin necesidad de aceptación por parte del funcionario..."²⁶, Esto por cuanto, lo que se regula es la acción del ciudadano que, en disposición de poder económico o político, pretende crear para su beneficio la realización o de cierto acto administrativo o propio de la función pública, por medio de la "compra" de la voluntad del funcionario, o en reconocimiento de la misma. Si tal y como hemos venido afirmando, la corrupción es un fenómeno social, político

21 Código Penal

22 CREUS, Op. Cit. pg. 261

23 FONTAN BALESTRA, Op. Cit. Pg. 854.

24 Código Penal

25 CREUS, Op. Cit. pg. 288.

26 FONTAN BALESTRA, Op. Cit. pg. 859

y económico que afecta el bien común, sancionar solo al funcionario corrupto dejando de lado a quien usa su poder sobre este, dejaría impune las acciones que por parte de las personas ajenas a la administración pública pretenden manejarla a su antojo y provecho. Por ello, es que la legislación penal contribuye en alguna forma a la detención del crecimiento de los casos de corrupción, por medio de la sanción al corruptor.

Incluso, tal y como señala Sala Tercera, en resolución N. 219-98,

*"La penalidad del corruptor (cohecho activo) no supone para su consumación la delincuencia del funcionario público ni la tradición de la cosa, en tanto la sola conducta del corruptor descrita en el tipo legal es idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores"*²⁷

Los siguientes numerales del Código Penal que se refieren a los delitos de corrupción, rezan lo siguiente:

La Corrupción Agravada, del artículo 342, sea

"ARTÍCULO 342.- Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores tuvieron como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será:

- 1) *En el caso del artículo 340, de uno a cinco años;*
- 2) *En el caso del artículo 341, de tres a diez años"*²⁸.

establece la agravante del cohecho propio e impropio dado el fin a conseguir. La materia concerniente a la ocupación de puestos públicos, jubilaciones, pensiones o contratos con la administración, está siendo debidamente tutelada en este artículo, dada la importancia social de estos temas. El acceder a un puesto público implica no solo cumplir con una serie de requisitos de ley, sino el concursar debidamente por el mismo, en aras de que la Administración contrate a los sujetos más indicados para tener estos puesto, ya que el ejercicio del puesto

público conlleva responsabilidades y compromiso con la función y con la sociedad para la que se sirve.

Lo mismo sucede con las pensiones y jubilaciones, reguladas por regímenes especiales en atención a la edad, función, tiempo de servicio o cotización del funcionario público o privado. Pretender u otorgar una pensión o jubilación sin los requisitos de ley, antes del tiempo previsto o por un monto inapropiado, afecta no solo a las arcas del Estado, sino también a la fe en las instituciones, y los demás pensionados o jubilados.

Por último, la contratación estatal debe ser lo más transparente posible, por lo que incurrir en actos de corrupción para afectar la misma, es una causal de agravación del cohecho.

El artículo 343 del Código Penal, tipifica la Aceptación de dádivas por un acto cumplido

*"ARTÍCULO 343.- Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 340 y 341 disminuidas en un tercio, el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario"*²⁹

sanciona el "premio" dado al funcionario por la labor cumplida u omitida, premio que no se prometió con anterioridad al acto, razón por la cual existe una sanción menor, ya que no se actuó en razón de la dádiva o dinero a recibir o la promesa de este, más siempre se recibió algo material, por una función para la que está contratado el funcionario por el Estado.

El artículo 343 bis, señala el tipo penal del Ofrecimiento u otorgamiento de Dádiva o retribución,

*"ARTÍCULO 343 BIS.- Será reprimido con prisión de dos a seis años quien ofreciere u otorgare, directa o indirectamente, dádiva, retribución u otra ventaja indebida a un funcionario público de otro Estado, para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones"*³⁰

como una acción ilícita que tiende a crear actos de corrupción en otros Estados. La Corrupción está ya presente como un fenómeno de corte universal, al punto que existen convenios internacionales para la prevención

27 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 219-98 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del seis de marzo de 1998.

28 Código Penal.

29 Código Penal.

30 Código Penal.

y erradicación de la misma, tales como la Convención Americana Contra la Corrupción³¹, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La inclusión en nuestro sistema penal de una norma que prevea la posibilidad de la actuación ilícita de un sujeto del estado costarricense para afectar la administración pública de otro Estado, es sin duda muestra del compromiso nacional para detener este mal.

El delito de *Corrupción de Jueces*, previsto en el artículo 344, dice lo siguiente:

*"ARTÍCULO 344.- En el caso del artículo 341, la pena será de cuatro a doce años de prisión, si el autor fuere Juez o un árbitro y la ventaja o la promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo. Si la resolución injusta fuere una condena penal a más de ocho años de prisión, la pena será de prisión de cuatro a ocho años"*³²

Este artículo merece especial comentario. La pureza del sistema de justicia penal, civil, laboral, de familia, administrativo, constitucional, etc., es indispensable para lograr y mantener la paz social, así como la seguridad jurídica de los ciudadanos en general. El juez corrupto es entonces sancionado con mayor fuerza que el funcionario público promedio, ya que el primero es el llamado a administrar la justicia, basado en principios de imparcialidad y objetividad. Cuando esta justicia se vende a una de las partes, se desmorona el sistema democrático que le da sustento y crea un vacío incalculable en la fe pública. Es por esta razón que este es uno de los delitos, sino el único, que impide la posibilidad de conciliación conforme a lo estipulado en el artículo 36 del Código Procesal Penal, que veremos más adelante y el que tiene como pena mínima, la sanción de cuatro años de prisión.

El *Enriquecimiento Ilícito*, previsto por el artículo 346, sanciona

"ARTÍCULO 346.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

- 1) *Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que*

*este haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo"*³³

Este numeral contempla una sanción similar a los delitos de Cohecho Propio e Impropio, con la diferencia de que este supone la orden a otro funcionario, la disposición y "venta de datos" reservados de los que conoce por su función, o recibir dádivas por el simple ejercicio de su función. Este apartado tercero es quizá reflejo de una de las costumbres más arraigadas en nuestro país, cuando a modo de agradecimiento o recompensa por el trabajo bien hecho, el usuario pone a su disposición alguna dádiva de bagatela. Más es prudente la existencia de este tipo penal, para evitar que bagatelas pasen a ser adquisiciones de importante valor económico que van contra la mística de la función pública.

Por último, el artículo 347 contempla las llamadas *Negociaciones Incompatibles*:

*"ARTÍCULO 347.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido el cargo"*³⁴

31 Firmada por Costa Rica en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y ratificada por ley N.7870 del 17 de abril de 1997.

32 Código Penal.

33 Código Penal.

34 Código Penal.

Tomar interés personal en negociaciones propias de la Administración Pública, nacional o internacional, es la conducta reprochable en esta norma. Esto por cuanto el Funcionario Público cuenta con dedicación exclusiva para su cargo, por lo que no ha de entrometerse en negociaciones ni por solo interés, o por obtener ganancia alguna.

Brevemente estos son los tipos penales sobre los que entraremos a plantear las posibilidades de conciliación en los apartados siguientes, no sin antes hacer una breve exposición sobre la Ley contra la Corrupción, la cual viene a complementar la política de anti-corrupción en Costa Rica.

D. LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Aún cuando no la estamos abarcando en la presente investigación, no es prudente dejar de mencionar a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (LCEI), ya que la misma no solo es una respuesta legislativa a la prevención y persecución de la Corrupción en nuestro país, sino que es fuente de conceptos, como los de funcionario público, deber de probidad, etc., que sirven de marco para la imputación penal.

El artículo 1ero de la LCEI, N. 8422, establece:

"Artículo 1. Los fines de la presente ley serán prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la Función Pública"

Para los efectos sancionatorios, la ley contiene a partir del numeral 45, una serie de delitos vinculados directamente con actos de corrupción, delitos entre los que se encuentran el Enriquecimiento Ilícito (art.45), la Falsedad en la declaración jurada (art.46), Legislación o administración en provecho propio (art.48), Tráfico de Influencias (art.52), Apropiación de Bienes obsequiados al Estado (art.54), Soborno Transnacional (art.55), etc.

Estos delitos tienen penas que permiten la aplicación de medidas alternativas al proceso penal, como son la conciliación y la Suspensión de Proceso a Prueba. La siguiente exposición sobre este tema aplica, para todos los efectos, a los delitos contemplados en esta ley.

III. EL INSTITUTO DE LA CONCILIACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Para efectos de determinar las posibilidades de conciliar en los delitos de Corrupción ya analizados, es necesario, primeramente, repasar las implicaciones del instituto de la Conciliación, establecido en el artículo 36 del Código Procesal Penal.

A. CONCEPTO

"Conciliar, (del latín conciliare), significa, según el diccionario de la lengua, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Esta circunstancia puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien, advertido de las diferencias, no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que accionen busquen la coincidencia."³⁵ Con esta definición de Conciliación, tenemos que esta implica un acuerdo de voluntades con la intención de solucionar el conflicto por el cual se encuentran enfrentadas.

La posibilidad de negociación y el fin de alcanzar la satisfacción de las partes, son los móviles de cualquier intento de conciliar, arreglar un problema.

Dentro del sistema jurídico, la conciliación está presente en los ordenamientos con tres contenidos: "como acto, representa el cambio de puntos de vista de pretensiones y propuestas, de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento, la Conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal, para posibilitar un acuerdo entre quienes tienen planteado un problema jurídico o un conflicto económico. Como acuerdo, representa la fórmula de arreglo concertado por las partes."³⁶

De esto deriva que, al ver la conciliación como un acto, implica necesariamente una reunión de las partes o al menos sus representantes, para que expongan sus pretensiones, su posición ante el conflicto, los elementos con los cuales están dispuestos a pactar y fiablemente, lograr un convenio.

Como procedimiento, cada tipo de normativa tendrá sus requisitos, límites y condiciones para que las partes concilien de acuerdo a la ley, pues, al llevar el conflicto ante la autoridad judicial, y por la obligatoriedad de cumplir

35 CHAVEZ RAMIREZ (Alfonso) *La Conciliación*, En: Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. San José, 1996. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A. pp. 173.

36 CHAVEZ RAMIREZ, op.cit. Pg. 173.

con los acuerdos pactados ante el juez, es que la legislación la que ordena la forma más conveniente para que los acuerdos conciliatorios se den.

Y por último, como pacto, la conciliación implica aprobación y complacencia de de los involucrados, y fin de la discusión que dio pie a la disyuntiva entre ellos.

Es de nuestro interés el trato de la Conciliación en materia penal. Introducida en el Código Procesal de 1996, este instituto es catalogado como "una de las mejores formas de resolución del conflicto ocasionado por el hecho delictivo, puesto que se reintegra la participación que corresponde a los verdaderos protagonistas del conflicto (imputado y víctima), pero sin que un interesado directo en el mantenimiento y restauración de la armonía social, como es el Estado, quede al margen, sino que también participa en la resolución de la controversia mediante la actuación preponderante de sus tribunales."³⁷

Lo anterior por cuanto, no todo conflicto penal ha de terminar, o lleva como interés de la víctima u ofendido, la aplicación final de una sanción de multa, restricción de algún derecho o privación de libertad del imputado. Todo lo contrario. Es común que ante un choque entre personas físicas o jurídicas, llevado la autoridad judicial penal, lo que se desee por parte del denunciante o propulsor de la acción penal, sea una reparación moral, económica e incluso psicológica de la lesión sufrida, sea cual sea la naturaleza de esta. Por su parte, quien sea el autor de esta lesión, puede por medio de la conciliación expresar su posición, componer la misma, e incluso, obtener beneficio del convenio.

Detengámonos entonces en los alcances de la Conciliación en materia penal.

B. ALCANCES

Con la intención de sostener el sistema democrático costarricense, y de afianzar en la justicia penal los principios y garantías derivaos de derechos fundamentales, es que se da un cambio en la legislación procesal penal en nuestro país, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal el 1ero de enero de 1998.

Uno de las mejores novedades que instaura esta legislación es el principio de Solución del Conflicto, contemplado en el artículo 7 del Código Procesal Penal, el cual dispone:

*"Los Tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a la restauración de la armonía social de sus protagonistas"*³⁸.

Este artículo, que ha sido llamado "la base filosófica de la conciliación"³⁹, expone la obligatoriedad de las autoridades judiciales de velar y garantizar la paz social cuando la crisis llega a sus estrados. Es así como la conciliación como instituto procesal alternativo de resolución del conflicto, se basa en una participación activa de ofendidos e imputados como "dueños" de la desavenencia, para que estos, con la debida asesoría letrada y vigilancia del juez, pongan fin a la misma. Se resume que "la conciliación del artículo 36 CPP es una conciliación penal. Implica que ahí se efectúa un acuerdo entre víctima e imputado respecto de hechos que tienen carácter delictivo, sin importar el contenido del bien jurídico lesionado ni la edad de las personas involucradas"⁴⁰.

Sala Tercera, en resolución N. 454-2000 lo expresa de la siguiente manera:

*"Los principios en los que se funda el Código Procesal vigente, para permitir el acceso de las partes a estas salidas procesales alternativas, está inspirado en una filosofía lishumanista, que concibe la potestad lusinguando del Estado como un instrumento de justicia, cuya prioridad no es vigilar y castigar, sino restituir la armonía social."*⁴¹

Las ventajas de resolver los procesos judiciales vía conciliación, además de la participación activa de las partes, son muchas y muy valiosas. Derivado de la experiencia peruano, el Dr. Daniel González expone los inconvenientes que se ahorran los interesados al conciliar:

— "la incapacidad del Poder Judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos. En algu-

37 CHAVEZ RAMIREZ Op. Cit. Pg. 188

38 Código Procesal Penal

39 CHAVEZ RAMIREZ Op cit.

40 ARAYA MATARRITA (Saul) Conciliación Penal y Código de la Niñez y la Adolescencia. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N.17, año 2002

41 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 454-2000 de las nueve hora cinco minutos del nueve de mayo de 2000

nos casos la "verdad legal" dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto

- la onerosidad de lo que significa llevar un proceso por la vía judicial
- la demora con la que normalmente son resueltos los casos por el Poder Judicial
- la impredecibilidad del fallo genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan solución al conflicto. Esto se debe no sólo a los serios problemas de corrupción que podemos encontrar en el sistema judicial, sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes
- la existencia de una pluralidad cultural al interior del territorio nacional que lleva a la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos que corresponden a los valores, intereses, usos y costumbres de los distintos grupos culturales que existen en Perú⁴²

Estas razones muestran, a *grosso modo*, lo valioso de la posibilidad de que se acuerden puntos comunes y provechosos para las partes en una conciliación, que logran resolver sus diferencias de manera pronta y evitan la movilización no pocas veces lenta e ineficaz del sistema judicial.

En cuanto a los lineamientos para que opere la Conciliación, el artículo 36 del Código Procesal Penal establece:

"Artículo 36. En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los casos por delitos sancionados exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta ley. En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuales son las condiciones en las que aceptaría conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio a personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor.

Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliera, sin justa causa las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiese conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o se extinguiere este sin que el imputado cumpla la obligación aún por justa causa, el proceso continuará su marcha sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que algunos de los que intervengan no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

No obstante lo anterior, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales.⁴³

Visto el artículo, para poder entrar en un acuerdo conciliatorio, el se han de dar varias condiciones:

- El delito puede ser de instancia privada, público a instancia privada y que admita la suspensión condicional de la pena.

Para nuestro interés, tratándose de la conciliación en los delitos de corrupción del Código Penal ya citados, admiten la suspensión condicional de la pena todos aquellos

42 GONZALES ALVAREZ (Daniel). *La Conciliación Penal en Iberoamérica*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N° 18 año 2000. pg 115. Citando a Revilla Vergara

43 Código Procesal Penal

cuya pena mínima sea de tres años de prisión o menos, y que el imputado no cuente con juzgamientos anteriores, conforme con los artículos 59 y 60 del Código Penal⁴⁴.

Debe mencionarse que, por interpretación jurisprudencial, igual opera cuando los delitos se encuentran en grado de tentativa, ya que hay posibilidad de una pena impuesta menor de tres años, con forme la resolución N. 430-00 de Sala Constitucional, la cual indica que

*"... el juez está legitimado para ex ante para establecer si se dan las circunstancias que autorizan la suspensión condicional de la pena, pues solo en ese caso podría homologar la conciliación acordada por la víctima y el imputado. En el caso de los delitos tentados, debe establecerse si la disminución que permite la relación de los artículos 24 y 73 del Código Penal es procedente y si para el caso esa disminución permitirá la suspensión condicional de la pena, disminución que debe estar directamente relacionada con la gravedad del hecho atribuido. Lo anterior conlleva a que se concluya que permitir la conciliación en delitos tentados, aún tratándose del delito de homicidio, no es inconstitucional"*⁴⁵

- El acuerdo debe darse antes de la Apertura a Juicio. Como la etapa en la que se define si da apertura a juicio o no es la etapa intermedia, comprendida a partir del artículo 316 del Código Procesal Penal, es en la Audiencia Preliminar donde la mayoría de conciliaciones se llevan a cabo.
- Cabe decir que, al respecto de esta limitación procesal en cuanto a la posibilidad de aplicación de este instituto, se ha dicho que "el proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la tutela judicial efectiva y esta puede alcanzarse esencialmente por medio de las propuestas de las partes en los delitos que permitan conciliación. Negar temporalmente esta posibilidad es establecer un límite formal insostenible y volver al proceso como un fin en sí mismo"⁴⁶, punto que genera una gran discusión.
- El acuerdo debe ser homologado por el juez, lo que implica que este último ha vigilado por que ninguna de las partes se vea perjudicada, actúe bajo coacción o amenaza o esté en condición de desigualdad con la contraparte

- Se de la conciliación de manera instantánea o en un plazo no mayor de un año, extensible a seis meses si hay incumplimiento con causa justa por parte del imputado
- De incumplirse los términos del acuerdo, se volverá sobre el proceso sin que haya operado la prescripción

Todos estos elementos pueden estar presentes en una causa penal por delitos de Corrupción de Funcionarios. Queda entonces revisar cuál o cuáles son los entes encargados de representar a la parte ofendida, el Estado, la Administración Pública, cuando de conciliar en estas causas se trata, así como la posibilidad real de que la conciliación se de.

IV. LAS PARTES EN LA CONCILIACIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN ¿QUE REPRESENTAN? AL ESTADO.

El artículo 16 del Código Procesal Penal establece

"La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos.

*En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre y la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la ley de aduanas, N°7557, de 20 de octubre de 1995, la ley orgánica del Banco Central de Costa Rica N°7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, n°6872 de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin estar subordinada a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que se inicien por acción de esa Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que este Código le concede al Ministerio Público"*⁴⁷

44 Efectivamente, los artículos 59 y 60 del CP establecen las condiciones de pena impuesta no mayor de tres años de prisión, y que el delincuente sea primario. Para efectos de Conciliación, como aun no es posible hablar de pena impuesta, se presume la Ejecución Condicional de la penal de aquellos delitos cuya pena menor establecida en el tipo penal sea de tres años y menos de prisión

45 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N. 430-00 del 12 de enero de 2000.

46 MORA ARIAS (Patricia) y SANABRIA ROJAS (Rafael Angel). La Conciliación en el Proceso Penal. En: Revista Iustitia N. 203-204, año 2003, pg. 21.

47 Código Procesal Penal.

Es el Ministerio Público quien, por imperativo de ley, ejerce la acción penal en los delitos de acción pública, dentro de los cuales se catalogan los delitos de Corrupción ya indicados en el Código Penal. Por su parte, la Procuraduría General de la República es la llamada a la representación del Estado cuando éste es la víctima en los procesos penales.

Analizamos con detenimiento en esta sección el papel de cada uno en este tipo de procesos, así como las limitaciones que se presentan en para su representación del Estado.

A. EL MINISTERIO PÚBLICO

Una vez que el Ministerio Público entra en ejercicio de la acción penal, sea porque la causa penal se trate de un delito de acción pública a instancia privada, o un delito de acción pública, éste pasa además a ser un consejero de la víctima, ya que, por detentar la acción penal, es quien ha de tomar cartas en el asunto para llevar a buen fin la misma

El sistema procesal penal nuestro, a fin de que se cumpla esta función, da potestades al Ministerio Público suficientes para que cumpla su función a cabalidad. Una de estas funciones, es intervenir en los procesos de Conciliación. Como apuntan Alvarado y Morales, "es solo cuando el MP adquiere su verdadera dimensión en un proceso acusatorio o marcadamente acusatorio, donde el poder de acusar se reserva exclusivamente al órgano requirente, sin intervención del juez, cuando se puede vislumbrar la posibilidad de algún acuerdo tendiente a evitar la realización del debate, donde las partes pueden pactar sobre el objeto procesal, mismo que en el proceso inquisitivo estuvo totalmente en manos del juez, sin que fuera posible ninguna transacción al respecto"⁴⁸

La víctima, cuando está interesada en llevar a cabo una conciliación, necesita ser asesorada para comprender la medida que está tomando, las implicaciones de la misma, sus derechos, y las posibilidades que el instituto en sí, ofrece. No exagera la doctrina cuando se afirma que "el órgano del Estado conocido como Ministerio Público, en este contexto, pasaría a desempeñar una función de

servicio a favor de las víctimas interesadas en la persecución o en los diversos mecanismos de composición que el Derecho Penal debe ofrecer, necesariamente, para contemplar los intereses de los involucrados en el conflicto"⁴⁹

En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia Sala Tercera, en resolución N. 727-98, estipula como función del Ministerio Público en las conciliaciones,

*"...examinar si los derechos de la víctima están siendo de alguna manera afectados, al valorar las bases y los alcances del acuerdo que se pretenda suscribir con el imputado con el fin que se repare la acción ilícita que se acusa"*⁵⁰

En cuanto a los delitos de Corrupción del Código Penal, si bien el Ministerio Público es quien ejerce la acción penal pública, en principio, y por lectura del artículo 16 ya expuesto, no es el llamado a participar como representante del Estado-víctima, de la Administración Pública. Conforme a ese numeral, es la Procuraduría General de la República quien ha de tomar la decisión de conciliar en este tipo de causas penales, donde "el ofendido es el Estado que viene a representar a la colectividad y aún cuando el Ministerio Público sea el encargado de ejercer la acción penal, no puede considerarse ofendido en ningún proceso..."⁵¹, más, si el Ministerio Público, consideramos, debe velar porque el acuerdo sea atento al daño causado a la Administración, y además, a la seguridad jurídica, a la confianza y a la buena fe de la sociedad para con la función pública.

B. LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El artículo primero de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR) establece que

*"Artículo 1: La Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico jurídico, de la administración pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia. Tiene independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones"*⁵²

48 ALVARADO CHACON (Rosario) y MORALES GARCIA (Jorge Luis). *La negociación en la Justicia Penal: la posición del juez*. Estudio Comparado Nicaragua, 2004. APIC de la UPOLJ. Imprenta Artes Gráficas, pg 52

49 BOVINO (Alberio) *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho*. En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. N. 15, año 1998

50 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 727-98 e las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de julio de 1998

51 CORTES COTO, (Ronald). *Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal*. En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. N. 16, año 1999

52 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. N.6815 del 27 de setiembre de 1982

Desde este artículo, se determina ya la función de la Procuraduría es un representante del Estado, lo que, conforme al artículo 3 de la Ley implica

"Artículo 3: Son atribuciones de la Procuraduría General de la República:

- a) *Ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia*
- d) *Intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el Código de Procedimientos Penales...*⁵³

Es así como este ente del Estado, se convierte en la "cara" de este en los procesos penales en los que el Estado ha de ser visto o tenido como víctima u ofendido, parte al fin, y el encargado entonces de velar por los intereses del mismo. Al respecto, ha resultado obvio que "no hay duda alguna de que cuando un funcionario público o incluso una particular comete un delito contra el patrimonio de una Institución Estatal, sea autónoma, descentralizada, o sea del gobierno central, la víctima, si bien en principio es el Estado, el daño es sufrido por toda la colectividad, la cual viene representada por el Estado quien es el directamente ofendido por el delito, y por ende, sería quien en primera instancia tendría la legitimación para conciliar en los términos del artículo 36 del Código Procesal Penal"⁵⁴, y nos compete agregar, no solo cuando el patrimonio del Estado es el afectado, sino la Administración Pública como tal y la función pública que esta requiere para ejercer sus competencias.

De seguido, el numeral 20 de la Ley da a los procuradores el papel de mandatarios del Estado, más los mismos, para actuar, requieren autorización del Poder Ejecutivo:

*"Artículo 20: El Procurador General, el Procurador General Adjunto y los procuradores tienen, en cuanto a los juicios en que intervengan ante las autoridades de justicia, las facultades que corresponden a los mandatarios judiciales según la legislación común con las restricciones siguientes: les está absolutamente prohibido allanarse o desistir de las demandas o reclamaciones, así como someter los juicios a la decisión de árbitros sin la previa autorización del Poder Ejecutivo..."*⁵⁵

Hasta este momento histórico, no estaba presente la conciliación en la legislación procesal penal, ya que la Ley de la Procuraduría es del año 1983, y la Conciliación entra como parte del Código Procesal Penal, a ser utilizable como solución alterna al proceso, a partir del primero de enero de 1998.

La necesidad de regular la posible actuación de la Procuraduría en conciliaciones donde estuviera envuelto el Estado como ofendido, ya que "es claro que quien tendrá legitimación para representar al Estado en una conciliación dentro de un proceso penal por delitos contra el Patrimonio del Estado, lo es la Procuraduría General de la República..."⁵⁶, así como en delitos tales como los de Corrupción de Funcionarios del Código Penal, se hace real en el Reglamento al artículo 20 de la LOPGR, establecido por decreto N.27514-J del 18 de diciembre de 1998, el que en su artículo Tero ordena

*"Artículo 1: La Procuraduría General de la República estará facultada para intervenir en los procesos conciliatorios y demás medidas alternativas al proceso penal previstas en el Código Procesal Penal."*⁵⁷

Los artículos 2do y 3ero del Reglamento expresan

"Artículo 2: La conciliación y demás medidas alternativas en el proceso penal solamente procederán dentro de los supuestos previstos por la ley

Artículo 3: Para posibilitar la concreción de acuerdos conciliatorios adecuados y demás medidas alternativas, la Procuraduría General de la República contará con la colaboración del personal técnico especializado de la administración activa, designado por el órgano involucrado. Para efectos de la Procuraduría General de la República, en todos los casos el arreglo conciliatorio y demás medidas alternativas que se aprueben en el proceso respectivo, deberán ser avaladas por el asesor técnico designado. En aquellos supuestos en que la propuesta hecha dentro de un proceso alternativo, se ajuste a reiteradas situaciones resueltas con anterioridad o el caso en particular así lo amerite, el Procurador General o el Procurador General Adjunto, previa propuesta del procurador designado en el caso específico, autorizarán su participación en la respectiva audiencia, con capacidad de concreción de acuerdos concilia-

53 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

54 CORTES COTO (Ronald). *Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N.16, año 1999.

55 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

56 CORTES, Op.cit.

57 Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, decreto 27514-J del 18 de diciembre de 1998

*torios adecuados y demás medidas alternativas, aún sin la presencia del asesor técnico*⁵⁸

Esta reglamentación al artículo 20 LOPGR, respuesta, como ya señalamos, de la necesidad de poner lineamientos a la conciliación (y otras medidas alternas, por lo que se lee de los textos) en los asuntos que atañen al Estado, cubre sin duda todas las posibilidades: tras la necesaria aprobación del Poder Ejecutivo en los acuerdos que de tomen, debe además contar la Procuraduría con asesoría técnica (contadores, economistas, tratándose de delitos con algún corte patrimonial, por ejemplo), para que el acuerdo sea lo más beneficioso posible

Entonces, aun cuando entablar acuerdos conciliatorios en delitos de corrupción de funcionarios era tal vez un poco lento, dadas las consultas que se debían hacer, era posible que el autor de cohecho propio o impropio, o quien estuviera bajo acusado por Penalidad de Corruptor, Enriquecimiento Ilícito, reparara el daño hecho a la Administración Pública, escarmentara de alguna forma, y además, se librara de una posible sanción privativa de libertad.

Sin embargo, por considerarse "inconveniente" la autorización de este Reglamento para conciliar por parte de la Procuraduría General, el mismo es derogado por Decreto N. 30599-J, el 1ero de agosto de 2002:

Considerando

1. *Que resulta inconveniente la autorización previa y genérica otorgada mediante decreto N° 27514-J del 30 de noviembre de 1998 a la Procuraduría General de la República para participar en procesos conciliatorios o análogos previstos en la legislación procesal penal*
2. *Que el Consejo de Gobierno mediante artículo 5 de la sesión número diez celebrada el día martes nueve de julio pasado instruyó a la Procuraduría General de la República para no conciliar en ningún proceso penal seguido por delitos relacionados con la actividad financiera, aduanera o tributaria del Estado o se trate de delitos contra la administración Pública*

Por tanto

Decretan

*Artículo 1. Deróguese el Decreto Ejecutivo N°27514-J publicado en la Gaceta del 18 de diciembre de 1998.*⁵⁹

Ante la interposición de un recurso de amparo que cuestionaba la constitucionalidad de este decreto 27514-J para la derogatoria del Reglamento al artículo 20 LOPGR, Sala Constitucional, en Resolución N.2160-2003, resolvió que

" De las normas transcritas se desprende que lo que hace el decreto cuestionado en su artículo primero, es derogar en su totalidad el Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; que a su vez establece los alcances de la representación en juicio que ejercen el Procurador General, el procurador General Adjunto y los Procuradores y las sanciones disciplinarias a que se exponen estos funcionarios que se aparten de lo indicado, materia referente exclusivamente a la participación de la Procuraduría General de la República en su condición de representante del Estado dentro de los procesos jurisdiccionales y que constituye un aspecto procesal que al haberse regulado vía decreto ejecutivo dentro de las potestades conferidas al Poder Ejecutivo mediante el artículo 140 inc. 18) de la Constitución Política, puede ser modificado o derogado, en virtud de otra normativa de igual rango, sin que ello tenga relación directa con lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de Gobierno que solicita a la Procuraduría no acepte que se extinga la acción penal o intervenga en procesos conciliatorios y demás medidas alternativas del proceso penal en delitos tributarios, aduaneros contra la hacienda pública o la administración pública" (el resaltado es nuestro)

Esta "inconveniencia" que dice el decreto, luego de casi cuatro años de permitirse la conciliación en materia penal donde se veía afectado el Estado, no es explicada en forma alguna por el Poder Ejecutivo, el que cambia de opinión sobre el papel de la Procuraduría en las conciliaciones penales sin fundamento alguno. Esto sin tomar en cuenta que no quedó claro, durante un buen periodo, si se cerraba o no la posibilidad de conciliación en este tipo de actos delictivos, ya que aún queda vigente el artículo 16 del Código Procesal Penal que autoriza la

58 Reglamento por Decreto N.27514-J

59 Decreto Ejecutivo N° 30599-J del 1ero de agosto de 2002.

60 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 2160-2003 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del dieciocho de marzo de 2003

participación de la Procuraduría en representación del Estado, en los procesos penales de su interés.

Más de un año después, en que se da esta incertidumbre, se dicta por medio de Decreto N. 31313-J-MINAE del 14 de agosto de 2003 un nuevo reglamento al artículo 20 de la LOPGR, cuyo artículo 1ero señala que

"Artículo 1: La Procuraduría General de la República estará facultada para intervenir en su carácter de actor civil, querellante o representante de la víctima en los procesos conciliatorios y demás medidas alternativas al proceso penal previstas en el Código Procesal Penal, en aquellos delitos que afectan al ambiente, delitos agrarios y otros similares, que no estén relacionados con la actividad financiera, aduanera o tributaria del Estado o se trate de delitos contra la Administración Pública o la fe pública" (el resaltado es nuestro)

cerrando, por Reglamento mandado del Poder Ejecutivo, específicamente, del Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Justicia, toda posibilidad de conciliación en los delitos de Corrupción. Esto implica que el órgano que ejerce la representación del Estado en aquellas causas penales que involucran a la Administración Central y la afectan ante los ojos del grupo social, está atado de pies y manos para ver que se de una solución satisfactoria al conflicto, establecida en la Ley Procesal Penal, y es solo una parte que va a juicio por el Estado.

Visto las anteriores posiciones del Poder ejecutivo sobre la procedencia de la Conciliación en delitos relacionados con la actividad financiera, aduanera o tributaria del Estado o se trate de delitos contra la Administración Pública o la fe pública, procedo a continuación a emitir mi opinión al respecto y a sugerir una posible solución a los problemas que mencionaré.

V. CRÍTICA Y PROPUESTAS

La imposibilidad legal de Conciliar en delitos contra la Administración Pública por parte de la Procuraduría, limita sin duda también la actuación del Ministerio Público, ya que este no solo no es representante del Estado en estos casos, sino que por la misma razón, no puede entrar a realizar acuerdos de este tipo sin la presencia y consideración de la Procuraduría.

La limitante es obra, como ha quedado claro, del Poder Ejecutivo. Este ha sido el encargado, por disposición

legal, de velar por los intereses del Estado, regulando la actuación de la Procuraduría. Al ser la prohibición de conciliar en delitos contra la Administración Pública salida de su "política", nos toca cuestionarnos y adivinar entonces a qué factores responde la misma, porque la respuesta no ha sido dada, expuesta o explicada por esta Autoridad.

Me atrevo a afirmar que varios son los motivos de estas medidas anti-negociación: por una parte, es real que la población se ve afectada anímicamente contra el gobierno central cuando se sacan a luz pública casos de corrupción de funcionarios, puesto que es la misma administración la que los pone en sus cargos y no ejerce los controles respectivos para evitar acciones ilícitas en el ejercicio de sus funciones. A raíz de esta situación, se pierde fe en el grupo político que ejerce el poder en Costa Rica en ese momento, por lo que, para garantizar una mejora de imagen pública, y por que no, una votación positiva en el próximo período electoral, se prometen penas de cárcel para los funcionarios involucrados, como pago por el daño social causado.

Y es que, por otra parte, el mismo grupo gobernante ha respondido a la inseguridad ciudadana con reformas legislativas que aumentan las penas y crean nuevos tipos penales para la persecución criminal, en especial, en los últimos tiempos, de la criminalidad involucrada con la corrupción. Esta respuesta a las demandas sociales, que tranquilizan las aguas un tiempo, se vería comprometida si el Estado admite conciliaciones con los imputados en estas causas, en vez de cerrar las puertas a esta medida y pedir la privación de libertad de los encartados como sanción principal por su acción ilícita.

Contribuye también a esta política del Ejecutivo el desconocimiento público, e incluso de los mismos funcionarios de gobierno, de los alcances y beneficios que la aplicación de medidas alternas en general trae al sistema judicial, al estado como ofendido y sin duda, al grupo social. Por ejemplo, el pacto conciliatorio puede implicar la necesaria reparación del daño económico causado, la entrega de los bienes, dádivas o dineros recibidos a las arcas del Estado, trabajo comunitario, etc. Este tipo de obligación adquirida por el funcionario o por quien lo corrompiera, por el plazo acordado o el máximo legal, no solo implica una resolución más rápida, ágil y barata del conflicto para el propio estado, sino que le garantizaría una respuesta efectiva a la lesión causada, que la privación de libertad no solo no la ofrece sino que la entorpece.

Además, sería incluso posible poner como criterio de negociación la suspensión del cargo definitiva o por un plazo determinado al funcionario, lo que ya de por sí, se realiza en la vía administrativa. Una correcta información a la sociedad de los resultados de los convenios en materia de Corrupción, sería una suficiente rendición de cuentas para sus demandas de justicia.

Si lo vemos en un sentido práctico, una Procuraduría General de la República cuya función en los casos de corrupción se limita a velar por la acción civil, no está realmente representando los intereses del estado, pues no tiene acción legalmente establecida para efectivamente velar por sus intereses, entre ellos, la reparación rápida, efectiva y real, del daño económico, social y cultural causado.

La lucha contra la corrupción se ha vuelto de naturaleza sancionatoria, y no preventiva y concientizadora de la necesidad del buen cumplimiento de los deberes de la función pública. La sanción privativa de libertad como primera respuesta, de por sí no limita la actuación de quien tienen y fomentan estas prácticas, por lo que, una vez cometido el hecho, un concilio sano, justo y apegado a las opciones reales de cumplimiento por el imputado, puede tener una mayor oportunidad de crear conciencia social sobre las implicaciones sociales, laborales, morales y económicas de cometer hechos de corrupción, que el solo hecho de tener penas de prisión, cuyos extremos mínimos permiten, en caso de tratarse de acusados primarios, de quedar en libertad, por la aplicación de la Suspensión Condicional de la Pena.

La propuesta es muy simple: a corto plazo, se debe dar la creación de un Reglamento al artículo 20 de la LPGR que permita a la Procuraduría, de ser necesario, con la asistencia técnica y pericial que sea útil, conciliar u adoptar otras medidas alternativas al proceso en los delitos de Corrupción, con condiciones que vayan acorde con el interés estatal y social, previendo que estas sean factibles de cumplirse por la parte obligada.

Aparte de esto, mantener informados a los administrados, sobre los avances en la aplicación de estas medidas, como una respuesta a sus demandas.

A largo plazo, debe considerarse la creación legal de controles sobre las causas de la Corrupción en nuestro medio, incentivar el buen funcionamiento de la Administración Pública con un mejor trato a los funcionarios y establecer campañas educativas contra la Corrupción en todas sus formas. Solo por medio de la creación de conciencia en cuanto al detrimento que en un Estado causa la corrupción, es que esta se puede prevenir.

VI. CONCLUSIÓN

Hemos recorrido los delitos de corrupción de funcionarios, delitos contra la Administración Pública por naturaleza del Código penal, así como la posibilidad de aplicar en los mismos el instituto de la Conciliación, con base en el artículo 36 del Código Procesal Penal. Más por un imperativo de corte reglamentario, la Procuraduría General de la República, ente encargado de la representación estatal en los asuntos penales que le competen como ofendido al Estado, está imposibilitada de realizar arreglos conciliatorios en los casos penales de Corrupción en general.

Aún cuando es criticable esta disposición impuesta por el Poder Ejecutivo, está presente en la legislación y ha de ser acatada por la Procuraduría. La inaplicación de la Conciliación en estos casos, suponemos como medida de sanción contra la Corrupción, a su vez conlleva una serie de desventajas para el Estado y los administrados que debería ser valorada por el gobierno central, con el fin de variar sus políticas criminales.

Entre tanto, la persecución penal de los delitos implicados en materia de Corrupción seguirán siendo "prevenidos" solo con la imposición de penas de prisión y acciones civiles contra los involucrados, sin que estos resultados reporten necesariamente, como si podría ser en la aplicación de la Conciliación, restauración del quebranto sufrido por la administración y la población.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ALVARADO CHACON (Rosario), MORALES GARCIA (Jorge Luis). La negociación en la Justicia Penal: la Posición del Juez. Estudio Comparado. Nicaragua, APIC de la UPOLI. Imprenta Artes Gráficas, 2004. 227 pgs.
- BORJA JIMÉNEZ (Emiliano). Problemas Político – Criminales actuales de las sociedades occidentales (parte especial). San José, 2003. Ed. Jurídica Continental. 272 pgs.
- CREUS (Carlos). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, Buenos Aires, 5ta Edición, Ed. Astrea, 1995. 543 pgs.
- FONTAN BALESTRA (Carlos). Derecho penal. Parte Especial. Buenos Aires, 1998. Ed. Abeledo Perrot S.A. 1067 pgs.

Artículos:

ARLAND (Rodolfo) Ética o corrupción. El Dilema del nuevo milenio. En: [http://www.iigov.org/documentos/\(4-07-05\)](http://www.iigov.org/documentos/(4-07-05))

ARAYA MATARRITA (Saul). Conciliación Penal y Código de la Niñez y la Adolescencia. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N.17, 2002.

BOVINO (Alberto). La víctima como sujeto público y el estado como sujeto sin derecho. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N. 15, 1998. pg. 28.

CHAVEZ RAMÍREZ (Alfonso). La conciliación. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José, 1996. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A. pg. 165.

CORTES COTO (Ronald). Algunos Apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N. 16, 1999. pg. 93

GONZALEZ ALVAREZ (Daniel). La Conciliación Penal en Iberoamérica. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. N. 18, 2000. pg. 115.

MORA ARIAS (Patricia) y SANABRIA ROJAS (Rafael Angel). La Conciliación en el Proceso Penal. En: Revista Iustitia. N. 203-204, año 2003, pg. 21

CRUZ CASTRO (Fernando). Enfoques criminológicos sobre la delincuencia económica, sus consecuencias en su persecución y juzgamiento. En: Antología Criminalidad Económica, Tomo I. Doctorado en Derecho, UNED, 2005

HUBER (Barbara). La lucha contra la Corrupción desde una perspectiva supranacional. En: Antología Criminalidad Económica, Tomo II. Doctorado en Derecho, UNED, 2005.

MUSCO (Enzo). A propósito de la tutela de la Administración Pública. En: Antología Criminalidad Económica, Tomo II. Doctorado en Derecho, UNED, 2005.

PUSCO (Gabriel). Estudio sobre la Corrupción. En: [http://www.revistaprobidad.info/018/gpons/\(4-07-05\)](http://www.revistaprobidad.info/018/gpons/(4-07-05))

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N. 430-00 del doce de enero de 2000

Sala Constitucional. Resolución #3325-2003 de las doce horas con cincuenta y ocho minutos del veinticinco de abril de 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2160-2003 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del dieciocho de marzo de 2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. N.103-f-89 de las diez horas treinta minutos del 2 de junio de 1989

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 727-98 e las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de julio de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 219-98 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del seis de marzo de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 454-2000 de las nueve horas cinco minutos del nueve de mayo de 2000.

Legislación:

BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy), HIDALGO CUADRA (Ronald). Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la función pública. Comentada. San José, 2005. Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Procesal Penal de la República de Costa Rica. San José, 1996. Imprenta Nacional.

Código Penal de la República de Costa Rica. San José, 1996. Imprenta Nacional.

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la función pública. Asamblea Legislativa de Costa Rica, ley 8422 del 29 de octubre de 2004.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Ley # 6815 del 27 de setiembre de 1982.

Decreto Ejecutivo N.275114-J La Gaceta, 30 de noviembre de 1998.

Decreto ejecutivo N. 30599. La Gaceta, 23 de julio de 2003.

Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. decreto 27514 J del 18 de diciembre de 1998.

Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. decreto 31313-J-MINAE del 14 de agosto de 2003.

“ESCENARIO DE LA BOMBA DE TIEMPO A PUNTO DE EXPLOTAR” Y OTROS ARTILUGIOS PARA LA SUPRESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

MSc. Gustavo Chan Mora

1. EL ESCENARIO DE LA BOMBA.

Recientemente se discutía en Alemania la denominada “ley para la seguridad aérea”. Mediante dicha ley se pretendía conceder a la fuerza aérea alemana una autorización expresa, positiva, –brindada ya no por la vía excepcional de una causa de justificación como la legítima defensa, que está condicionada por una serie de requisitos formales y materiales–, para matar, para derribar un avión, ocupado con cientos de personas inocentes, en caso de que se produjera un ataque similar al del 11 de septiembre en Nueva York. La ley fue rechazada por el Tribunal Federal Constitucional alemán.

Poco tiempo después, ahora ante un caso de criminalidad común, se avivó la discusión: ¿Y si solamente fuera posible obtener información –por ejemplo, sobre el paradero de una persona secuestrada–, mediante el uso de la tortura contra un sospechoso?, ¿No estaría autorizada acaso la policía para aplicar la tortura?

En ambos ejemplos se utiliza, en el fondo, el mismo argumento. Se trata del denominado “escenario de la bomba

de tiempo a punto de explotar”¹ (*ticking time bomb scenario*, como se le conoce en el ámbito anglosajón).

Dicho escenario ha sido ampliamente utilizado por el actual gobierno estadounidense para justificar la denominada “guerra contra el terrorismo”. Con base en el mismo, por ejemplo, se aplican torturas (“interrogatorios intensos”, como se les denomina eufemísticamente) a los prisioneros de Guantánamo, se les detiene por años sin un juicio o pronunciamiento previo por parte de un juez independiente, o se les somete, aun siendo sujetos comunes, ante tribunales militares. También se utiliza dicho argumento para justificar el traslado clandestino de sospechosos o personas consideradas peligrosas, hacia países donde se vulneran abiertamente los derechos humanos², o para ejecutar la privación de libertad bajo condiciones inhumanas, todo con el fin de obtener “información”³.

Esta fesis es frecuentemente trasladada, como en el caso de secuestro antes mencionado, a situaciones de criminalidad común, con el objetivo, velado o manifiesto, de debilitar o suprimir los derechos fundamentales de

1 El concepto como tal, fue utilizado originalmente en los años sesentas en la novela “*Les Centurions*” del escritor francés Jean Lartéguy. Dicha novela se desarrolla alrededor del tema de la ocupación francesa en Argelia. El concepto, en ese contexto, proyecta a los franceses una justificación más aceptable para realizar torturas contra los argelinos.

2 Valga la aclaración sobre el uso que se hace acá de los conceptos de “derechos fundamentales” y de “derechos humanos”. Tradicionalmente se distingue el concepto “derechos fundamentales” del concepto “derechos humanos” con base en el criterio de que los primeros deben estar previstos por el ordenamiento jurídico y ser vinculantes para todos. Su inclusión en el ordenamiento jurídico, se ha dicho, transforma principios filosóficos, (los derechos humanos) en mandatos jurídicos. Pesé a la existencia de este criterio dogmático, de distinción tradicional, acá se asume la propuesta de definición teórica de derecho fundamental realizada por el profesor italiano Luigi Ferrajoli. Dicha propuesta supera la percepción netamente jurídica de los derechos fundamentales como derechos fundados por el Estado. Se fundamenta en la crítica a la concepción tradicional de los derechos fundamentales como derechos creados por el derecho positivo y por lo tanto como derivados del aparato estatal. Desde la concepción tradicional los derechos fundamentales son presentados siempre como el producto de una auto-limitación del Estado, siendo este quien finalmente les presta fundamento como derechos vitales de los ciudadanos. El concepto de derechos fundamentales ofrecido por Ferrajoli prescinde de su positivización jurídica normativa y concede relevancia y eficacia a su contenido aún a pesar de que no posean aquella formulación. Los derechos fundamentales deben tener vigencia, y actuar como límites e imperativos para la actividad del Estado y de otras estructuras de poder, independientemente de su enunciación jurídica formal.

Hecha la justificación teórica, en adelante, se utilizan los conceptos de derechos humanos y de derechos fundamentales como sinónimos. Sobre el concepto de derecho fundamental en el pensamiento de Luigi Ferrajoli puede verse: FERRAJOLI (Luigi) *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 905-918. FERRAJOLI (Luigi) *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, Madrid, 1ª. Edición., Editorial Trotta, 1999, pp.37

3 Así, GÜNTHER (Klaus), *Menschenrechte unter Bedingungen fragmentierter Staatlichkeit – Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis der Menschenrechte*. (Los derechos humanos bajo las condiciones de un Estado fragmentado: De la concepción vertical a la concepción horizontal de los derechos humanos), Artículo sin publicar.

los imputados en un proceso penal. Con ello se realiza una asociación (que se aprovecha del miedo existente) entre delitos de terrorismo y los delitos comunes.

2. MIEDO E INSTINTO DE SUPERVIVENCIA.

El escenario en mención encierra varias trampas, a saber:

1. Las situaciones presentadas (las "bombas a punto de explotar"), que supuestamente requieren indefectiblemente de una violación de derechos fundamentales para ser evitadas, en realidad nunca o casi nunca suceden (y en eso parecen coincidir incluso los expertos en terrorismo).
2. El traslado del argumento para casos de delincuencia común, no es correcto porque se equiparan situaciones radicalmente distintas.
3. Generalmente existen otras opciones y medios, criminalísticos, de análisis y planeamiento policial, y jurídicos, para resolver la situación, en el marco del Estado de Derecho.
4. El argumento tiene, en lo que más nos interesa acá, una trampa oculta. Se trata de un enunciado que actúa, directamente, sobre nuestras "fibras" psíquicas más profundas.

En este último sentido, ante un escenario que se presenta (¡de manera tramposa!) clara e inequívocamente como imposible de resolver de otra manera (lo cual, como hemos dicho, nunca o casi nunca es lo que en realidad sucede), la mayoría de la gente reacciona sin el más mínimo enfado o molestia ante la tortura o cualquier otra práctica violatoria de derechos fundamentales básicos.

Esto es así porque el escenario en cuestión activa la reacción instintiva más básica de los seres humanos: la de la supervivencia. Frente a "una bomba a punto de explotar" la gente siente **miedo**, y piensa que sin las medidas (tortura, prisión indeterminada, supresión de derechos procesales y materiales básicos, etc.) supuestamente necesarias para evitar tal resultado, su propia vida o su integridad podrían estar en juego.

Miedo. Esa es la palabra clave. Mediante el escenario de la bomba invocado, algo hace "click", algo se activa dentro de nosotros. Sobre el tema interesa rescatar al-

gunos datos brindados por las modernas ciencias neurológicas.

El cerebro humano reacciona de manera completamente diferente respecto de las amenazas a la seguridad, a como reacciona frente a las amenazas de otros de sus derechos, por ejemplo, la libertad³.

Los seres humanos buscamos instintivamente la seguridad. Consecuentemente cuando esta se percibe amenazada, reaccionan algunas partes de nuestro cerebro asociadas a los instintos, y son desplazadas a un segundo plano o quedan sin activar, aquellas partes encargadas de procesar los más recientes logros o conquistas ontogénicas del raciocinio. En otras palabras, frente a las amenazas a la seguridad, la actividad cerebral más racional, relacionada con las vivencias de la libertad, queda desplazada.

Quizás se trata de un adecuado mecanismo para la supervivencia ante situaciones extremas. Pero, ¿será éste el camino adecuado para el diseño, mínimamente racional, de la política criminal de un país? Evidentemente que no.

3. LA INVOCACIÓN A LA VÍCTIMA COMO INSTRUMENTO PARA LA DISCRIMINACIÓN.

En este punto debe realizarse una asociación, necesaria, en el actual contexto de alarma nacional y ante la nueva campaña de "ley y orden" desatada en los últimos meses. El argumento de la bomba a punto de explotar en realidad adquiere muchas formas, una de ellas, recientemente utilizada, consciente o inconscientemente, es el "argumento o la invocación a la víctima". Según este argumento la manera en que se deben proteger o tutelar los derechos de este grupo de personas es ¡relativizando o suprimiendo los derechos de los imputados!

Al igual que sucede con el "escenario de la bomba", con la apelación a la "víctima en peligro" realizada con aquel fin, de nuevo se tocan nuestros instintos más profundos; muchos terminamos proyectando nuestro propio destino exclusivamente bajo el rol de las víctimas de los delitos y coincidiendo, plenamente, en que se deben suprimir los derechos de quienes "amenazan nuestra supervivencia" y de este modo se presentan como nuestros "enemigos"; los imputados.

3 PRITTWITZ (Cornelius). *„Feinde ringsum? Zur begrenzten Kompatibilität von Sicherheit und Freiheit“* [¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad.] in *„Jenseits des rechtsstaalichen Strafrechts“*. Frankfurt, Peter Lang Verlag, 2007. La versión en español de este artículo aparecerá publicada prontamente en el libro homenaje al Profesor Francisco Castillo.

La "víctima" adquiere así un "carácter representativo de las mayorías" extremadamente peligroso, debido a que genera una justificación (profunda, en tanto instintiva...) para la rígida **segregación** de cualquier persona sometida a un proceso penal, en relación con el "resto de la sociedad"⁴.

Lamentablemente, en las decisiones político-criminales, o en algunas de las opiniones que pretenden influirlas, gracias a este mecanismo se termina por creer y afirmar, que el fortalecimiento de los derechos de las víctimas (reales o presuntas, actuales o futuras), implica una toma absoluta de partido en su favor, que solamente puede realizarse a costa de suprimir los derechos de los imputados. El Estado se convierte así, **en el agente de seguridad de las víctimas**⁵.

Este mecanismo encaja, se quiera o no, con una tendencia general, que resulta una constante en Estados formalmente democráticos. Me refiero al uso y la manipulación demagógica del miedo al crimen por parte de los políticos.

El miedo al crimen se utiliza (fuera de su empleo demagógico para ganar votos, claro está) en el plano político criminal básicamente con dos objetivos:

- A. Para justificar un aumento de las penas. Este procedimiento no solo carece de toda base científica social, sino que además posee una dudosa o inexistente eficacia. Los resultados obtenidos en nuestro país (ninguno), por ejemplo, con los aumentos de penas realizados la década pasada son una prueba evidente de tal ineficacia.
- B. El aumento de las penas se ve acompañado por el debilitamiento o la supresión de los derechos procesales y materiales de las personas sometidas a un proceso penal.

Paradójicamente, se emplea acá el discurso de los derechos humanos de las víctimas para justificar la **segregación** o discriminación de otro grupo de personas, lo cual, como se verá más adelante, se contrapone al desarrollo y al carácter esencialmente inclusivo que han tenido la teoría y la normativa internacional de los derechos humanos.

4. LA CONCEPCIÓN "HORIZONTAL" DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Conviene enfatizar que este uso de los derechos de las víctimas, como mecanismo para la discriminación, tiene en su trasfondo un cambio de paradigma, una modificación de la manera en que se entiende el discurso de los derechos humanos y sus objetivos.

Para ponerlo en términos gráficos **se pasa de una concepción "vertical" a una concepción "horizontal"**⁶ de los derechos humanos, sin que ello implique, necesariamente, un cambio positivo en cuanto a la vigencia generalizada de dicho derechos.

Desde una perspectiva histórica los derechos humanos fueron entendidos en sus orígenes en un sentido negativo, es decir, como mecanismos para **evitar actuaciones** del Estado que significaran una intromisión en la esfera de autonomía o libertad de las personas. Posteriormente, en el contexto socio-político del Estado Benefactor, se les asignó un sentido positivo. De esta manera, **obligaban al Estado a actuar**, por ejemplo brindando salud, vivienda, educación, etc. para las personas.

En ambos casos, en lo que más interesa, se trata de una **relación vertical**, entre personas o grupos de personas y un ente, el Estado, al cual se considera ubicado en una posición de superioridad. Por esa razón se le impide u obliga a realizar determinadas actuaciones respecto de dichas personas.

En la perspectiva vertical de los derechos humanos originaria, solamente el Estado es el destinatario del discurso de los derechos humanos y, a la vez, el potencial autor de sus vulneraciones.

El escenario global del capitalismo muestra, sin embargo, un marco socio-político bastante diverso a aquel en el cual fue pensado y desarrollado originalmente el discurso de los derechos humanos. Basta mencionar al efecto dos fenómenos:

- A. La consolidación de empresas transnacionales y grupos privados con un poder económico y político inmensamente grande, igual al que poseen algunos Estados e incluso mayor al de muchos de ellos.

4. GARLAND (David), *The Culture of Control: Crime and Society in Contemporary Society* (La Cultura del Control = Crimen y Sociedad en la Sociedad Contemporánea), Oxford, 2001, pp. 142-145.

5. GÜNTHER (Klaus), Op. cit., pp. 12-13.

6. Al respecto CALLIESS (Christian), *Die grundrechtliche Schutzpflicht in mehripoligen Verfassungsverhältnis* (La obligación de protección como derecho fundamental en relaciones constitucionales multipolares), en: *Juristenzeitung*, #7, abril 2006, pp. 321-330.

B. El crecimiento y extensión de numerosos conflictos entre personas o grupos de personas.

En este escenario, ya no es únicamente el Estado el potencial autor de vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas. Esto significa que tampoco es, o más bien, tampoco debe ser el Estado el único destinatario del discurso de los derechos humanos.

Ante esta realidad puede afirmarse, categóricamente, que el principal reto para los derechos humanos en la post-modernidad radica, por un lado, en dotarles de una vigencia efectiva frente a los grupos privados poderosos y frente a las transnacionales, y por otro, en dotarles también de una eficacia generalizada en los conflictos existentes entre las personas o grupos de personas, sin que esto implique un mecanismo de discriminación. Es para este último caso en particular que quiero enfatizar algunas dificultades existentes:

En la **concepción horizontal** de los derechos humanos el Estado deja de ser su destinatario y pasan a serlo individuos o grupos de personas que se encuentran directa o indirectamente involucrados en un conflicto.

Ahora bien, en cualquier conflicto, como sucede en el caso específico del proceso penal, las partes involucradas se reparten en posiciones antagónicas, en que se acentúa ya sea su condición de **autores** o bien, su carácter de **víctimas**.

Apenas se ejecuta tal partición bipolar (autor-imputado [-] vs. víctima [+]) se tiende a ubicar los derechos fundamentales de los autores o imputados en contraposición antagónica con los derechos de las víctimas.

Llegados a este punto, usualmente, no tarda en darse un siguiente paso: los derechos de las víctimas (actuales o potenciales) deben ponderarse con los derechos de los autores o inculcados por un delito. El resultado de esta ponderación, cuando se apela a la "víctima en peligro" y se permite que el discurso de los derechos humanos se asuma exclusivamente bajo el rol o perspectiva de la misma, es obvio: "los derechos de las víctimas deben prevalecer".

Tal conclusión generalmente va acompañada por la "creencia" de que una ponderación en favor de las víctimas, en todo caso, es "culpa" de los propios imputados. Los imputados o autores de un delito son "culpables" ellos mismos, por el hecho de haber cometido un delito o simplemente por estar indiciados por uno, de la supresión o relativización de sus derechos; mientras que las víctimas, no son "culpables" de nada⁷.

No obstante, si el Estado se coloca exclusivamente al lado de las víctimas, o sea, como garante exclusivo de sus derechos, y contra los imputados, finalmente se corre el peligro de llegar a una situación en que estos últimos, al igual que sucede con el escenario de la bomba antes mencionado, ya no sean tratados más como personas, sino como "enemigos". En tal condición quedan excluidos o, mejor dicho aun, se considera que "se excluyen a sí mismos de la tutela de los derechos humanos"⁸.

En resumidas cuentas, una comprensión "horizontal" de los derechos humanos, en el sentido que se ha venido señalando, **entraña el peligro de contener un enorme potencial discriminatorio y segregatorio**, con base en el cual no se ponderan equitativamente los derechos fundamentales de las partes involucradas en un conflicto penal (o en cualquier clase de conflicto), sino que solamente se está en disposición de valorar los derechos de una víctima frente a los de un "enemigo", que como tal, "no los puede detentar".

5. SOBRE EL CARÁCTER INCLUSIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La única manera de vencer la dicotomía antes mencionada, y sus consecuencias discriminatorias, consiste en hacer referencia, permanentemente, y en concederle plena vigencia al carácter inclusivo de los derechos humanos.

Los derechos humanos son esencialmente derechos para la inclusión:

"... el universalismo de los derechos fundamentales y su nexa con la igualdad, lograron imponerse precisamente

7 GUNTHER. *Op.Cit.*, p6

8 Frecuentemente se atribuye esta idea, de manera errónea, a los ideólogos del nacionalsocialismo alemán, y más recientemente a los gobiernos de seguridad nacional. Si bien tal argumento para la discriminación fue utilizado en dichos regímenes, en realidad sus orígenes modernos se remontan a la propia filosofía política liberal. Dentro de este marco de pensamiento puede leerse, por ejemplo, en palabras del propio Rousseau (17): "Todo malhechor que ataca el derecho social se convierte por sus crímenes en rebelde y traidor a la patria... cuya conservación es incompatible con la suya: **es preciso que uno de los dos perezca y cuando se hace perecer al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo**" ROUSSEAU (Jean Jacques), citado por FOUCAULT (Michel), *Vigilar y Castigar... nacimiento de la prisión*, México D.F., editorial Siglo Veintiuno, 18va edición, 1990, p.94. La negrilla no es del original.

gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de la persona. «Los hombres» (debe entenderse los "seres humanos" sin excepción alguna), dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789 «nacen libres e iguales en *droits*»; y el artículo 2 habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre», identificándolos con «la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; mientras que los artículos 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos la garantía del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento.⁹

El carácter inclusivo de los derechos humanos descansa en esencia sobre la superación de la dicotomía ciudadano-enemigo y consecuentemente sobre el rechazo de toda dicotomía (verbigracia, víctima *vs.* imputado) empleada como mecanismo para la exclusión de ciertas personas como sujetos de derechos.

Resulta regresivo entonces, desde el punto de vista jurídico-político, emplear la "apelación a la víctima" con ese fin, pues dicho argumento se superpone a, y con ello anula, una figura aún más importante: el concepto de persona.

Es con el concepto de persona, y no con ningún otro, con el cual se encuentran vinculados numerosos derechos, y en particular todos los derechos y garantías que deben limitar el derecho penal y la política criminal¹⁰.

Persona. Un *status* del que dependen todos "...los derechos de la personalidad (dentro de los cuales se incluyen todos los derechos y garantías penales) que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos"¹¹

Cuando se presentan como derechos exclusivos de las víctimas aquéllos derechos que según el marco del Derecho de la Constitución son derechos de toda persona, el concepto de "víctima" se constituye como mecanismo para la exclusión y la discriminación. Esta idea implica un claro retroceso político, ya que con ella, como se ha dicho, decae la concepción moderna de los derechos fundamentales como derechos universales, como derechos de la persona, como derechos para la inclusión.

Ante este panorama, —debe recalcar—, el instinto no parece ser el más adecuado criterio para la formulación de la política criminal de un país. Y no existe ningún argumento jurídico, coincidente con la herencia dejada por la Ilustración y por el posterior desarrollo del carácter extensivo e incluyente del discurso de los derechos humanos, para realizar tal discriminación o trato desigual segregatorio¹².

Desde luego, esta conclusión solo es producto de un intento de realizar alguna lectura racional del discurso de los derechos humanos, y no de las pasiones o los miedos que puede desatar en nosotros el escenario, de una bomba a punto de explotar.

No obstante, el desafío mayor para esta lectura radica en que, en última instancia, es el Estado, mediante su Poder Judicial y sus órganos de control difuso o concentrado de constitucionalidad, quien debe realizar una interpretación sobre la vigencia y alcance de los derechos humanos. Pero estos órganos, —a veces lo olvidamos—, están integrados por personas, quienes, al final, solamente cuentan para decidir, con el miedo, o con la razón...

9 FERRAJOLI (Luigi). De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, en *Derechos y Garantías* ... Op.Cit., p.100. La **negrilla** y lo escrito entre paréntesis no son del original.

10 Así, FERRAJOLI, *Derechos y Garantías*... Op.Cit., p.99.

11 Así, FERRAJOLI, *ibid.*, p.99. La **negrilla** no es del original.

12 Todo lo dicho, para responder a la pregunta agudamente formulada por Roberto Madrigal: ¿Bajo qué argumentos el Estado costarricense, y el Poder Judicial específicamente, debe considerarse más obligado a proteger y tutelar a quien dentro de un proceso penal y *prima facie* es presentado como víctima, que en proteger y tutelar a quien dentro de un proceso penal y *prima facie* es presentado como imputado? MADRIGAL (Roberto). *Dos Reflexiones sobre un artículo de Mora Mora*. Sin publicar. Divulgado por Internet.

LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO (CODEFENDANT) EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE (ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL DERECHO COSTARRICENSE)

MSc. Ronald Cortés Coto.¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo general de este trabajo consiste en dar a conocer las principales reglas que tiene el derecho de los Estados Unidos con respecto a la admisibilidad y valor de la declaración de un coimputado como prueba de cargo. Se hará también una comparación de la legislación existente en ese país con respecto a esa prueba, con el proceso penal costarricense. No se pretende tratar a profundidad el tema de la declaración del coimputado, pues ello ya fue objeto de otro trabajo nuestro realizado en cotutoría con el Master Federico Campos Calderón, sino de dar a conocer la forma en que se utiliza esa prueba en los Estados Unidos, y relacionarlo con el caso costarricense.

Se ha escogido el sistema estadounidense por ser uno de los países que tiene mayor tradición en la utilización de este tipo de prueba en la investigación, especialmente de homicidios y casos de crimen organizado.

GENERALIDADES.

La utilización de declaraciones de coimputados (codefendants) como prueba en el sistema de justicia estadounidense resulta muy común. La discrecionalidad que tiene el Fiscal (prosecutor) en cuanto al ejercicio de la acción penal le facilita el uso de este tipo de prueba.

Como apunta Barona Villar, no existe para el Ministerio Fiscal una obligación o un deber de promover la acción siempre que se tenga noticia de un delito. Es evidente que su deber es proceder contra la criminalidad, y también es evidente que tiene el poder que le viene atribuido por el estado para el mantenimiento de la justicia,

pero ello no significa que necesariamente en todos los supuestos en los que aparezca la violación a una norma tenga necesariamente que actuar.

Agrega la autora, que en general el Ministerio Fiscal no debe responder ante ningún órgano del Estado sobre el modo en que ejercita sus poderes, se dice que es sólo responsable frente al pueblo.²

Tal es el poder del Fiscal estadounidense, que incluso puede retirar la acción ya emprendida, pese a la existencia de un delito. Tiene también la facultad de no ofrecer prueba en contra de un imputado, con el objeto de favorecerlo, a cambio de lograr que con su deposición en juicio, incrimine a otros implicados.³

Nuestro legislador en cambio, decidió mantener restringidos los poderes en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, estableciendo el principio de legalidad como regla, y un principio de oportunidad reglado como excepción. Así en el artículo 22 del Código Procesal Penal se establece los casos en que la ley permite al Fiscal previa autorización del superior jerárquico, de prescindir de la persecución penal total o parcialmente. Esos casos son: la insignificancia del hecho o mínima culpabilidad; el llamado "testigo de la corona" limitado a delitos de delincuencia organizada, violenta, o delitos graves o de tramitación compleja; los casos de pena natural y de posibilidad de prescindir de la pena, la persecución de hechos más graves, y por último las hipótesis de extradición pasiva.

No obstante las limitaciones que nuestra ley mantiene para la disponibilidad del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, la interpretación jurisprudencial de

1 Juez de Casación Penal. Magister en Ciencias Penales U.C.R.

2 BARONA VILLAR Silvia, *La Conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, p. 43-44.

3 DÍAZ PITA María Paula, *El coimputado*, Editorial Tirant Monografías, Valencia, España, 2000, p. 272.

la naturaleza del control jurisdiccional sobre la aplicación de los criterios de oportunidad reglados, ha flexibilizado tales limitaciones, convirtiendo el criterio de oportunidad, especialmente por insignificancia, en un ejercicio de poder prácticamente discrecional por parte del Ministerio Público. Según la interpretación dada por la Sala Constitucional, el control del Juez sobre los criterios de oportunidad debe limitarse al examen de los requisitos formales establecidos en la ley, quedando la determinación de la conveniencia, utilidad y necesidad de la persecución penal en manos del órgano acusador por ser éste quien define la política de investigación. En cuanto a ese punto, ha dicho la Sala Constitucional: "Conforme se señaló, la función de acusar en los delitos de acción pública es una función asignada por Ley al Ministerio Público. En consecuencia, corresponde al Fiscal decidir respecto de la conveniencia de aplicar o no un criterio de oportunidad. Las partes pueden solicitar su aplicación, en el plazo de cinco días que prevé el artículo 316 del Código Procesal Penal. No obstante, el tribunal del procedimiento intermedio no puede aceptar esa solicitud sin la aprobación del Ministerio Público, que según se dijo, debe contar con la aprobación del superior jerárquico. Constituye un deber y atribución del Fiscal General el establecer la política general del Ministerio Público y los criterios para el ejercicio de la acción penal (artículo 25 inciso a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público). En consecuencia, de conformidad con esa estructura, el análisis que ha de hacer el tribunal para autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad, debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el legislador. La autorización del juez excluye la realización de un análisis de la conveniencia u oportunidad de la medida, dado que no puede sustituir la decisión del Fiscal, que es el encargado del ejercicio de la acción penal, es a él a quien se le atribuye la responsabilidad, pues ello conlleva a desnaturalizar –dentro del

sistema por el que se ha optado (el acusatorio)– la función de juzgador que le corresponde, debiendo esperar a ser debidamente excitado por el órgano requirente para poder actuar. En el supuesto del artículo 22 inciso a), correspondiente al criterio de insignificancia del hecho, cuya aplicación origina esta consulta, el juez debe verificar que el hecho no hubiere sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. La determinación de si se trata de un hecho que afecta o no el interés público corresponde al Fiscal porque es un criterio valorativo que tiene que ver con el ejercicio de la política criminal del Estado, a ponderar en cada caso concreto por la representación del Ministerio Público. Lo anterior, por cuanto es un hecho claro, que en todos los delitos de acción pública está de por medio la afectación a un interés público, de ahí que la sociedad en su momento, consideró necesario tipificarlos como tales. Es el Ministerio Público –se reitera– quien debe realizar el juicio respecto de la conveniencia, utilidad y necesidad de la persecución penal en cada caso concreto. Según ordena el artículo 300 del Código Procesal Penal, cuando el Ministerio Público decida solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, con excepción del supuesto contenido en el inciso b) del artículo 22 citado, deberá ponerlo en conocimiento de la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento, a fin de que ésta manifieste si pretende constituirse en querrelante, en cuyo caso, deberá indicarlo por escrito dentro de los tres días siguientes" (Voto 2001-2662).⁴

Es así como algunos delitos tales como las retenciones de las cuotas obrero-patronales, o algunos delitos contra la propiedad cuyo monto sustraído no supera cierta cantidad establecida por la Fiscalía General, no son perseguidos, aplicándose el criterio de oportunidad por insignificancia.⁵

4 En el mismo sentido, la resolución 6470-99 de la misma Sala.

5 Veanse por ejemplo, las resoluciones de las once horas del 20 de noviembre de 2007, y 420-07 de las once horas del siete de diciembre, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José en la que se dijo: "La apoderada General Judicial de la Caja Costarricense del Seguro Social apela el sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado Penal de San José, a las siete horas treinta minutos del veintidós de noviembre de dos mil siete. Argumenta que el juzgador aceptó un criterio de oportunidad por insignificancia acogiendo como vinculante un criterio de un órgano que no es jurisdiccional. Agrega que los montos recurridos no son ínfimos pues son montos que lesionan el sistema de seguridad social del cual se beneficia la clase social más desposeída, constituirse en deudor, le debe dinero a la Caja. Finalmente debe decirse, que el monto presuntamente retenido es de apenas 73 749 colones. Por esas razones, debe confirmarse. El recurso es admisible en tanto la apelante representa a la institución ofendida en esta causa. Y la resolución apelada es un Sobreseimiento definitivo (art 315 Cod. Procesal penal). Ahora bien en cuanto al fondo del asunto, ya ha sido jurisprudencia referada de la Sala Constitucional el que la valoración de la insignificancia del hecho en un criterio de oportunidad, es resorte exclusivo del Ministerio Público acorde con su política criminal, no pudiendo el juzgador inmiscuirse en esa política criminal del acusador público. Lo único que puede valorar el juzgador son los requisitos de forma. Acorde con un proceso marcadamente acusatorio, no corresponde al Juez determinar cuáles hechos se deben considerar insignificantes, pues será el Ministerio Público quien como titular de la acción penal, debe establecer políticas de persecución en materia penal. (Ver. Sala Constitucional 2001-2662, 6470-99). Esos requisitos formales se cumplieron a cabalidad en este caso, como es la solicitud del Ministerio Público, previamente autorizado por el superior jerárquico del fiscal petente, (folio 10). Por otra parte, tampoco se trata de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él. Lo anterior no significa que la institución ofendida no pueda proteger el régimen de la seguridad social, pues existen otras vías para cobrar esas cuotas obrero-patronales, como la vía civil, o bien por medios indirectos tales como el no otorgamiento de créditos a sujeto activo, que es una sanción que algunos bancos aplican cuando un sujeto que prefiere la resolución apelada."

De la misma forma la aplicación del criterio de oportunidad por colaboración, regulado en el inciso b del artículo 22, ha sido evitado por la Fiscalía costarricense, utilizando otros medios procesales menos limitantes para el ente acusador, y con el cual en la práctica se pretenden obtener los mismos beneficios en la investigación. Es así como el Ministerio Público costarricense tiende a utilizar el procedimiento abreviado y el ofrecimiento de cambios de medida cautelar a favor de algunos coimputados, para obtener su declaración inculpativa en contra de otros implicados, y evade así la aplicación del criterio de oportunidad regulado del artículo 22 inciso b del CPP, con el fin de constituir prueba, y se burla así el concepto de menor reprochabilidad que exigió el legislador para prescindir de la persecución penal de un colaborador.⁶

Un aspecto que debe tomarse en cuenta para entender el desarrollo y la regulación jurisprudencial que se le ha dado a este tipo de prueba en los Estados Unidos, es sin duda el hecho de que el veredicto de culpabilidad lo emite el jurado.

El jurado representa, según la opinión de juristas estadounidenses, la ratificación de su democracia participativa. El derecho a ser juzgado por sus pares, es una de las seguridades por las cuales los estadounidenses se sienten orgullosos. En criterio del autor estadounidense Alfredo García con la institución del jurado se trata de buscar, no la facilitación de la condena del acusado para el Estado, sino el proteger al acusado de los abusos del gobierno y del sistema judicial, poniendo la decisión en manos de sus pares, que son seleccionados de un grupo representativo de la comunidad.⁷

El carácter de legos en derecho que tienen los miembros del jurado estadounidense, quienes de por sí no tienen que fundamentar su decisión, hacen de las declaraciones de los coimputados una prueba muy utilizada por la Fiscalía, ya que si al jurado la merece fe, éste no tendrá que esforzarse por expresar las razones de su convencimiento, lo que a nuestro juicio torna esta prueba en una prueba sumamente peligrosa en ese sistema judicial en donde como afirma Carrara, pueden haber individuos que integren el jurado, fluctuantes en sus decisiones, cobardes, irresolutos, para quienes representa una rea-

lidad simplemente apearse al criterio más seguro, al criterio ajeno, o al criterio del último que habla.⁸

No puede dejarse de lado, cuando de jurados se trata, la inevitable influencia del ambiente externo que rodea determinado caso, en un mundo donde las comunicaciones llevan la información a todos los rincones del planeta el mismo día en que suceden los hechos.

Sin embargo, esa íntima convicción con la que se juzga en el sistema de jurados, no siempre le es favorable al Fiscal, dado que como veremos, el origen de este tipo de prueba muchas veces despierta desconfianza en el jurado si no es acompañado de otros elementos corroborativos de la versión del *codetendante*, al punto de que la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha desarrollado reglas que si bien tienen que ver con la admisibilidad de esta prueba en el juicio, exigen la existencia de evidencia que corrobore (*corroborative evidence*) para mantener la prueba.⁹

Dados los problemas que presenta el *accomplice evidence* (declaración del testigo de la corona en contra del coimputado) para ser considerada prueba válida, es que se introduce la *corroboration evidence* (evidencia confirmatoria) con el fin de contar con un elemento de prueba válido y veraz que tenga fundamento en elementos ajenos e independientes a la citada declaración. Con la *corroboration* se pretende tener una garantía probatoria paralela que elimine, en parte, los riesgos de desviación que pueda tener la declaración del testigo de la corona. El problema que se presenta es que ésta no es una regla aceptada en todos los Estados de los Estados Unidos, sino que sólo algunos de ellos la tienen codificada, otros la tienen como una simple regla práctica.

Como afirma Quintanar Diez, de hecho, en el caso en que no se haya previsto expresamente en un Estatuto, no subsiste ninguna posibilidad de controlar el efectivo recurso al expediente de la *corroboration*, de forma que, no obstante las diversidades en el tratamiento jurídico, común parece la escasa incisividad del instituto en el plano efectivo, en el que, aun fruto de una atenta interpretación jurídica, no ha podido obtener los resultados prefijados.¹⁰

6. CORTES COTO Ronald y CAMPOS CALDERON Federico. El valor probatorio de las declaraciones inculpativas de coimputados en el proceso penal. Investigaciones Jurídicas. San José. 2007, p 210.

7. GARCIA Alfredo. *The sixth amendment in modern american jurisprudence. A critical perspective*, Greenwood Press. New York, United States. 1992, p. 188.

8. *Ibid.*, p. 202-203.

9. GARCIA Alfredo. *Op cit.* p. 90-91.

10. QUINTANAR DIEZ Manuel. *La justicia penal y los denominados arrepentidos*. Madrid. Ediciones de Derecho Reunidas. 1996, p. 255.

En nuestro sistema procesal penal no existe ninguna norma que exija para darle valor probatorio a la declaración de un coimputado, el que su versión tenga que ser corroborada por otros elementos probatorios, más bien el numeral 182 del Código Procesal Penal, regula el principio de libertad probatoria, según el cual todo hecho o circunstancia de interés para la correcta solución del caso puede probarse por cualquier medio de prueba permitido, salvo disposición expresa de la ley.

De manera que si se admite, como lo hace la mayor parte de la doctrina, la naturaleza probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado, debe concluirse que en Costa Rica legislativamente no está establecida la regla de la "corroboración" o regla de la evidencia confirmatoria.¹¹

La jurisprudencia nacional tampoco ha sentado reglas claras al respecto, por cuanto en algunos fallos la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha insinuado la necesidad de corroboración de la declaración inculpativa de un coimputado para destruir la presunción de inocencia, en tanto en otros, ha dejado entrever que esa sola declaración es suficiente para arribar a un juicio de certeza. Así por ejemplo en el Voto 136-03, se señala lo siguiente:

"El último elemento considerado por el juzgador es la declaración del co-imputado EQ, quien dio los nombres de dos personas más como participantes en las sustracciones, y describe el aporte de cada uno y los lugares en los que negociaron los objetos robados. Sin embargo, esta versión no fue corroborada con otros elementos, excepto en lo que a la participación del "arrepentido" se refiere, pues a él se le decomisaron en el carro, objetos propios para la comisión de ese tipo de delitos, así como bienes sustraídos. Lo único que liga a VZ con los hechos acusados, es la declaración del co-imputado, lo cual resulta insuficiente. J depende del resultado de esta causa, para que se dicte sobreseimiento en la suya (...). El estado de duda a su favor no pudo ser superado con los elementos de prueba allegados a la causa, por lo que corresponde, de conformidad con los artículos 39 de la Constitución Política y 9 del Código Procesal Penal, casar la sentencia condenatoria y en su lugar absolver al acusado" (el subrayado es suplido).

Criterio similar señaló la misma Sala en la resolución No. 15-94. Sin embargo, en el Voto 188-99 deja entrever lo contrario en cuanto a esa necesidad de corroboración, al indicar: *"En ambos casos, sea que se trate de un testigo sospechoso o bien de un co-imputado, si después de hacerseles las advertencias de rigor optan por declarar, el Tribunal está obligado a valorar la información suministrada, pudiendo incluso fundar su sentencia en ese único testimonio, si analizado de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, resulta útil para acreditar los hechos debatidos"* (el subrayado es suplido). No obstante lo anterior, estimo que la corroboración por medio de otros elementos probatorios de la versión inculpativa del coimputado, resulta necesaria, no para la admisibilidad ni legalidad de la prueba, sino para que la misma pueda, conforme con las reglas de la sana crítica, desvirtuar la presunción de inocencia.¹²

B. Formas de obtener la declaración.

La regulación de este tipo de prueba encuentra su ordenación en los Estados Unidos en el Organized Crime Control Act de 1970 Título 18 U.S., 6001-6005. Siguiendo a Cuerda-Arnau, producto de la discrecionalidad mencionada que tiene el fiscal en el ejercicio de la acción penal, existen varias modalidades que puede utilizar el fiscal para obtener una declaración de un coimputado en la cual incrimine a otros implicados. Para ello, deben distinguirse, los casos en que el sujeto declarante tiene la condición de imputado, de los casos en que aun no la tiene. En el primero de los casos, se utilizan los institutos del "offering no evidence", y el "plea agreements" mejor conocido como el "plea bargaining". En el segundo supuesto, se utiliza la figura del "immunized witness".¹³

B.1 Immunized witness.

El immunized witness o testigo protegido, se otorga a un copartcipe (codefendant) que acepte declarar contra los otros implicados.

En este caso, el sujeto nunca llega a adquirir la condición de imputado, de tal manera que el procedimiento nunca será ejercido en su contra.

11 Sobre el tema de la naturaleza probatoria de la declaración del coimputado, pueden consultarse las siguientes obras: CORTES COTO Ronald y CAMPOS CALDERON Federico *El valor probatorio ...*; CASADO PEREZ José María, *La prueba en el proceso penal salvadoreño*; DIAZ PITA María Paula *El coimputado*, también los votos 15-94 y 1341-2005 de la Sala Tercera. En contra de la naturaleza probatoria MUÑOZ CONDE Francisco, *Búsqueda la verdad en el proceso penal*; ASECIO MELLADO José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*

12 Puede consultarse en forma amplia sobre el tema: CORTES COTO Ronald y CAMPOS CALDERON Federico, *Op cit*, p.97-119.

13 GUERDA ARNAU M.L *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, citado por: DIAZ PITA María Paula, *op cit*, p. 272-275.

Díaz Pita señala que son tres las clases de "immunity" previstas en el derecho anglosajón, ellas son la "absolute" o "transactional immunity" (inmunidad absoluta o pactada), la "use o confessional immunity" (inmunidad procesal), y la "statutory immunity" (inmunidad legal), esta última la más utilizada.¹⁴

La "statutory immunity" se encuentra regulada en el Organized Crime Control Act de 1970, se caracteriza por el hecho de que el contenido de la declaración del coimputado no podrá ser utilizada contra el "immunized witness" en un proceso posterior. Por otra parte, el sujeto adquiere una auténtica obligación de declarar, pudiendo incurrir en delitos como "contempt of court" (una modalidad de desobediencia) si se niega a declarar, o perjurio, si declara falsedades.¹⁵ Esta inmunidad tiene que ser concedida por el "Attorney General" (Fiscal General) o el "Deputy Attorney General" (Asistente del Fiscal General).¹⁶

De lo que se desprende en este caso, el sujeto pierde el privilegio que le otorga la quinta enmienda de la Constitución Estadounidense, de no declarar contra sí mismo, dado que se convierte en un auténtico testigo.

En realidad, según interpretación de la Suprema Corte en 1972 (*Kastigar v. United States*), la inmunidad quedó consagrada como una inmunidad de uso derivativo, según el cual, aunque no es necesario una inmunidad de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no pueda utilizarse y de que tampoco pueda utilizarse ninguna prueba derivada de la misma declaración. Eso significa que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad únicamente puede ser acusada por el hecho al que se refiere su declaración cuando la acusación demuestre que la prueba de cargo ha sido obtenida de una fuente totalmente independiente. No obstante esa regla, que establece un mínimo de garantías para quien acepta una inmunidad, en la práctica ha sido ampliada a una inmunidad total por las leyes de los distintos Estados, de manera que algunos delitos pueden confesarse con una inmunidad total o inmunidad de transacción.¹⁷

No existe en Costa Rica una institución similar a "inmunidad total" ya que el hecho de que un coimputado decida declarar en contra de otros implicados en la causa, no le convierte en testigo, como ocurre en el derecho es-

tadounidense, sino que continúa siendo un coimputado que goza de las garantías y derechos que la ley concede a cualquier implicado en una causa penal. El derecho de abstención de declarar, el declarar sin juramento y el derecho a contar con patrocinio letrado, son derechos irrenunciables según los artículos 13 y 96 del Código Procesal Penal. Por ende, el coimputado, aun gozando de un criterio de oportunidad por colaboración (art 22 inciso b) podría abstenerse de declarar en su momento, por supuesto con las consecuencias establecidas en el numeral 23 del Código Procesal Penal, que no son otras que el reinicio de la persecución penal en su contra. En tanto, en el derecho estadounidense, una vez concedida la "inmunidad total", el coimputado se convierte en testigo y la consecuencia de su no declaración, es la acusación por desobediencia o perjurio en caso de faltar a la verdad, pero no puede ser perseguido por la causa por la cual inicialmente aceptó colaborar.

B.2 Offering no evidence.

El "offering no evidence" es utilizado cuando el declarante ya tiene la condición de imputado, y en este caso el compromiso del acusador es no ofrecer pruebas en contra del declarante y así que éste obtenga una absolutoria, lo que le permitirá continuar en calidad de testigo en contra de los otros sujetos.¹⁸

En este caso, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, el sujeto, pese que su proceso judicial se haya cerrado, pierde también el derecho de no declarar en contra de sí mismo, debiendo declarar obligatoriamente.

B.3 Plea bargaining.

Es el procedimiento mediante el cual se resuelven la mayor parte de los procesos en Estados Unidos, y consiste en el acuerdo que, previo al juicio, negocian el Ministerio Público y el abogado de la defensa. Como indica Barona Villar, mediante este acuerdo el Ministerio Fiscal promete hacer una recomendación al tribunal que será beneficiosa para el acusado, bien por retirar algún cargo o acusación, bien por imposición de una sentencia menor; a cambio, el acusado se compromete a manifestar su culpabilidad. El "prosecutor" una vez negociado con su defensor, le reclama al juez la pena que corresponda, y así se produce el "plea bargaining".¹⁹

14 Díaz Pita M.L., op cit p. 281.

15 Ibid. P. 282-283.

16 QUINTANAR DIEZ Ob cit. p. 245.

17 HENDLER Edmundo *La Razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido*. En: *Teorías Actuales en el Derecho Penal. Ad Hoc*, Argentina, 1998, pág 403-404.

18 Ibid. p 275.

19 BARONA VILLAR, op cit. p. 52-53

La confesión de culpabilidad, como base del "plea bargaining" puede venir acompañada del "plea agreements" de tal manera que, el contenido de estos puede consistir además de que el sujeto declare su culpabilidad, inculpe a otros a cambio de que se le reduzcan los cargos o la entidad de los mismos, y ello le posibilite una sentencia más favorable. Con ello, se obtiene además de la sentencia, el "charge bargaining", que en algunas ocasiones puede consistir no sólo en declarar contra otros, sino en la devolución de bienes robados, o en una indemnización a la víctima²⁰

Muchas son las críticas que del "plea bargaining" han surgido en los propios Estados Unidos. Para algunos, este acuerdo es la atenuación del rigor sancionatorio que perjudica tanto a las exigencias de la prevención general como a las de la prevención especial, por lo que se ha pensado en reformarlo y limitarlo únicamente a delitos leves. Otra doctrina critica la institución indicando que es una forma de degradación de la justicia penal norteamericana, en cuanto obliga a jueces, fiscales y defensores, afectando su papel en el proceso penal, sin que se llegue realmente a tutelar los intereses de la sociedad ni los derechos de los imputados.

Finalmente, otra crítica que se le hace es en cuanto a la determinación de la pena, dado que ésta debería de satisfacer las exigencias de la justicia y de razonabilidad que el consenso impide alcanzar de forma completa, dado que no se toman en cuenta los elementos necesarios para la determinación de la pena, cuales son la gravedad del hecho delictivo, la personalidad del imputado y las exigencias de la prevención general y especial.²¹

El instituto del "plea bargaining" de los Estados Unidos, ha sido asimilado en algunos casos al proceso abreviado regulado en nuestro Código Procesal Penal en los artículos 373 a 375. Sin embargo, ambos institutos tienen notables diferencias. En el "plea bargaining" la libertad de negociación del Fiscal es absoluta, pues puede negociar la pena sin limitación alguna, o atribuir al imputado un delito menor, cuya calificación legal no corresponde con los hechos realmente acontecidos. En tanto en el proceso abreviado el Fiscal siempre está limitado por el principio de legalidad, debiendo negociar dentro de los límites establecidos en el tipo penal que corresponde,

no pudiendo solicitar una rebaja de pena mayor que el tercio del extremo menor de la sanción correspondiente. (art 374). Otra diferencia existente es en cuanto a la renuncia a las garantías constitucionales. En ese sentido la jurisprudencia de Casación ha dicho que "«... Debe distinguirse el proceso abreviado del plea bargaining del derecho estadounidense, pues en nuestro sistema el imputado no renuncia a la constitución y desde luego no renuncia al principio de culpabilidad, dado que la sentencia debe producirse —si bien sucintamente— con todos los presupuestos de cualquiera otra originada en un juicio oral (art. 375, in fine); en cambio en el proceso de los Estados Unidos de América "... la confesión del imputado implica la renuncia a sus derechos constitucionales..." (BOVINO, Alberto: *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1.997, pp. 142-149). En códigos como el de Costa Rica y Guatemala (BOVINO: *op. cit.*, pp. 157 s.), no es legal motivar la sentencia condenatoria únicamente en la confesión del imputado, pues debe apoyarse en medios y elementos de prueba demostrativos de esa versión; esto —en el caso costarricense— porque el artículo 39 de la constitución exige la demostración de la culpabilidad, de donde no es suficiente la confesión del imputado"²².

La libertad de negociación que tiene el Fiscal Estadounidense le permite sin duda utilizar el "plea bargaining" para buscar la declaración inculpativa de un coimputado, condicionándole la concesión del mismo a que declare en juicio en contra de otros implicados. No ocurre lo mismo en Costa Rica, en donde el procedimiento abreviado no fue diseñado con ese objeto, sino que su finalidad es el descongestionamiento de los tribunales, su razón de ser es de carácter meramente económico y eficientista, pues su aplicación evita la realización del juicio oral y produce un mayor número de condenatorias.²³

No obstante lo anterior, en la práctica el Ministerio Público costarricense buscando evitar la aplicación del criterio de oportunidad reglado del artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal, ha utilizado este instituto para negociar con algunos coimputados el que declaren en contra de otros, lo que produce serios riesgos para la parte acusadora por cuanto el colaborador sentenciado, bien podría no cumplir con el pacto una vez que sea llamado al juicio de los otros implicados, sin posibilidad de

20 DÍAZ PITA, *op cit.*, p 277

21 BARONA VILLAR, *op cit.*, p. 55-57.

22 Tribunal de Casación Voto 39-1-99

23 Ver en ese sentido LLOBET RODRIGUEZ Javier, *Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y Derecho de Abstención de Declarar*. En: *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, p. 165.

revocar su sentencia abreviada firme. Esto ha ocurrido sobre todo, cuando los colaboradores tienen el mismo reproche que los imputados a los que pretenden involucrar, con lo cual no es posible aplicar el artículo 22.²⁴

Resulta interesante observar como las críticas al "plea bargaining" que se hacen en los Estados Unidos, tienen el objetivo de endurecer las penas y evitar la impunidad o la reducción de cargos, y no el resguardo de los derechos de los acusados, que ha sido más bien la crítica que se ha hecho por parte de la doctrina latinoamericana y europea.²⁵

Schunemann más bien indica que estos acuerdos que se han ido introduciendo en Alemania y España, lesionan principios básicos de nuestro proceso penal, como la inmediación, la publicidad, la oralidad, la garantía del juez legal, la presunción de inocencia, la cual se lesiona también por toda iniciativa del juez de obtener una confesión antes de la práctica de las pruebas en el juicio oral. Por otra parte, agrega este autor, que resultan incompatibles con el principio central y fundamental de un procedimiento penal continental europeo, como es la verdad material y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos, con lo cual se renuncia a las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX.²⁶

Estas formas de obtener la declaración que hemos expuesto, requieren para su validez en sentencia de algunos requisitos que derivan básicamente del "right of confrontation" o derecho de contrainterrogar a los testigos de cargo.

C. The confrontation clause.

Una de las metas del sistema adversarial estadounidense de justicia es permitir a las dos partes involucradas en una disputa la oportunidad de contradecir y refutar la evidencia presentada por el contrario. Si el proceso llega a la etapa de juicio, este objetivo se logra en gran parte a través de un efectivo contrainterrogatorio de los

testigos ofrecidos por la parte contraria. Ese derecho está establecido en la sexta enmienda de la Constitución estadounidense, por lo que denegar ese derecho, viola el juicio justo.²⁷

La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ha venido considerando desde hace muchos años, que para que la declaración de un coimputado (co-defendant) sea admisible es necesario que el acusado tenga la posibilidad de interrogarlo en el juicio.

En un inicio, en *Delli Paoli v. United States*, la Corte consideró suficiente para reafirmar la condena, que pese a la introducción de una confesión de un coimputado que no declaró en juicio, las instrucciones dadas por el juez de juicio al jurado para que no tomara en cuenta esa declaración respecto al acusado eran suficientes, ya que el sistema de jurado descansa en la noción de que el jurado siempre se esforzará por seguir las instrucciones del juez.

No obstante, luego cambia esa posición en el caso *Douglas v. Alabama*.

La Corte dijo que en este caso se había violado el derecho a la confrontación de los testigos que le otorga al acusado la sexta enmienda, ya que Douglas no tuvo oportunidad de contrainterrogar al coimputado al invocar éste su derecho de no declarar. Con ello, la Corte reforzó su posición dado en casos anteriores, exigiendo además de la presencia física del coimputado en el juicio, su declaración.²⁸

La tesis anterior es reafirmada en forma definitiva en *Bruton v. United States*, en donde Bruton fue juzgado conjuntamente con su coautor Evans por un robo postal. La mayoría de la Corte revocó la sentencia de Bruton, sosteniendo que la introducción de una declaración de un coimputado que no declaró en juicio, en donde involucraba al acusado, violaba el derecho de contrainterrogar a los testigos asegurada por el derecho de confrontación de la sexta enmienda.²⁹

24 Sobre la aplicación del proceso abreviado como forma de obtener la declaración de un coimputado, véase **CORTES COTO Y CAMPOS CALDERÓN**, Op cit, p 169-183.

25 En la doctrina latinoamericana se critica el "plea bargaining" o procedimiento abreviado por cuanto roza con varios principios procesales, tales como la búsqueda de la verdad material, se le resta preponderancia al juicio oral y los acuerdos se llevan a cabo con preponderancia del procedimiento preparatorio e intermedio. También algunos estiman que roza con el principio de presunción de inocencia y el derecho de abstención de declarar. **LLOBET RODRIGUEZ Javier**, Op cit, p. 163-181

26 **SCHUNEMANN Bernd** *Crisis del procedimiento penal. Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* En: Temas actuales y permanentes de Derecho penal después del milenio, Tecnos, España, 2002, pag 288-302.

27 **GARCIA Alfredo**, Op cit, p. 71

28 *Ibid*, p. 76.

29 *Ibid*, p. 77.

Como indica Quintanar Diez, "la obligación de someter al testigo de la acusación (crown witness: testigo de la corona) a la confrontación directa con el imputado, y por tanto la posibilidad de que sea discutida la veracidad de las afirmaciones y que se pongan de relieve los acuerdos informales llevados a efecto con *el prosecutor*, mueve, por lo demás, a la pública acusación, so pena del deterioro de la propia credibilidad ante los miembros del jurado, a llamar a declarar sólo a los colaboradores más creíbles y, en cualquier caso, a no abusar de la figura de los arrepentidos en el curso del procedimiento penal".³⁰

La posibilidad de confrontar y contrainterrogar los testigos de cargo, que contiene la sexta enmienda de los Estados Unidos, sin embargo, ha ido creando excepciones, las cuales giran en torno al concepto de disponibilidad del testigo para estar en el juicio y a la fiabilidad de su declaración realizada en otras etapas anteriores.

Por ello, se han admitido como válidas declaraciones de coimputados y otros testigos, dadas fuera del juicio, cuando éste ha estado en situación de indisponibilidad para el debate, o bien su declaración ha resultado corroborada con otras evidencias.

Como afirma Leon Letwin, la no disponibilidad es una precondition de admisibilidad para muchas declaraciones en juicio. No obstante no es una condición suficiente para su admisibilidad.³¹ La no disponibilidad del testigo, reconoce no solo su imposibilidad física para comparecer, sino también aquella funcional, como cuando el testigo está físicamente en la corte, pero por alguna razón no es posible examinarlo. Otra forma de indisponibilidad, es la muerte del testigo, la cual no se discute.

Estas definiciones de indisponibilidad, comenta Letwin, sorprenden por el hecho de que no imponen la obligación al proponente del testigo de realizar al menos un esfuerzo de buena fe para localizar al declarante, de manera que si está fuera de los límites del estado en donde la corte se localiza, se entiende como indisponible, pese a que la parte proponente pudo realizar al menos algunos intentos para persuadir al testigo para que compareciera voluntariamente.³²

Con el fin de reforzar el derecho de confrontación de los testigos, la Suprema Corte de los Estados Unidos, ha

exigido sin embargo, que para que se tenga al declarante como indisponible, es necesario que la Fiscalía realice intentos de buena fe para traer al testigo, tales como enviar las citas a tiempo, tener la creencia razonable de que el testigo va a comparecer por su propia voluntad, y requerimientos informales para que el testigo comparezca.³³

Sin embargo, en algunos casos la Suprema Corte ha limitado seriamente ese derecho, al declarar como no disponible a un testigo que declaró en una audiencia preliminar y en un juicio anterior en el mismo caso, simplemente porque pese a que la Fiscalía lo llevó al juicio, se rehusó a declarar al tener miedo por su vida y la de su familia.³⁴

En otras ocasiones la Suprema Corte ha acudido a la doctrina del "harmless error" o error inofensivo, declinando la revocatoria de una condena obtenida mediante la introducción de confesiones de coimputados realizadas en etapas anteriores al juicio, considerando que cuando la evidencia en contra del imputado es abundante esas confesiones no resultan ser la razón de la convicción del jurado. Alfredo García considera que en estos casos, se da una flagrante violación al derecho de contrainterrogar y confrontar a los testigos, además enfrenta al imputado ante el dilema de tener que declarar para contrarrestar la credibilidad de esa evidencia erróneamente admitida.³⁵

También la Corte ha permitido la introducción de esas confesiones de los coimputados, mediante la declaración de los agentes de policía que recibieron la declaración, pese a que el coimputado no ha ido a declarar al juicio en contra del acusado o incluso compareciendo a estrados, ha negado haber realizado la confesión.³⁶

En el derecho costarricense podemos sostener que el derecho de contradecir la declaración de un coimputado que incrimina a otros implicados, es una regla que tiene su fundamento en el principio constitucional del Debido Proceso. La sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional indica: "c) *El derecho de audiencia: es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso, y particularmente de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las*

30 QUINTANAR DIEZ Op cit, p. 261-262.

31 LETWIN Leon, *Evidence Law: commentary, problems and cases*, Mathew Bender and co, New York, 1986, p. 360.

32 *ibid*, p 361.

33 *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 88 S. Ct. 1318, 20 L. Ed. 2d 255 (1968). Citado por LETWIN Op cit., p 362.

34 *People v. Rojas*, 15 Cal. 3d 540, 542 P 2d 229, 125 Cal Rptr. 357 (1975). Citado por LETWIN, *ibid*, p 365.

35 GARCIA Alfredo, Op cit, p, 87-88.

36 *Nelson v. O Neil*, 402 U.S. 622, 626-27 (1971). Citado por GARCIA Alfredo, *ibid*, p. 85.

pruebas de cargo". En nuestro medio Madrigal Zamora sostiene con acierto que la oralidad es parte del debido proceso, y por lo tanto es un poder conferido a las partes y específicamente a la defensa, de manera que no deben interpretarse las posibilidades de gestiones orales, de modo tal que ese derecho a la oralidad sea coartado.³⁷ El jurista argentino Cafferata Nores se pronuncia también favorable a la oralidad y el contradictorio en este tipo de declaraciones indicando que: "*hay que enfatizar en que si las informaciones o declaraciones que pueden producir el "agente encubierto" o "paraencubierto", el "arrepentido" o "el testigo de identidad protegida" (ver. N.37, b2 C) se mantienen en secreto (fuera de los plazos de reserva que la leyes autorizan durante la investigación preliminar), no podrán tener ningún valor probatorio, ni directo, ni indirecto, ni con relación a otras pruebas, ni como fuente de ellas (ver. N8 a), ni se podrán autorizar medidas para confirmirlas, ni ser incorporadas por medio de dichos de terceros (v.gr. del policía que durante la investigación interroga). Esto es así porque los pactos internacionales incorporados en la Constitución (art. 75 inc 22) impiden que haya prueba de "cargo" sin contradictorio, es decir sin la posibilidad del imputado o su defensor de interrogar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, de obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y de que éstos puedan ser interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*"³⁸

Definitivamente, como hemos sostenido resulta inimaginable que en un sistema de corte marcadamente acusatorio –como el vigente en nuestro país– el imputado tenga vedadas las posibilidades de confrontar en el juicio la prueba que existe en su contra, por medio de las preguntas del interrogatorio; de manera tal que no puede ser la excepción que, frente a una declaración inculpativa realizada en su contra por parte de otro coimputado, se limite al inculpativo a ejercer los mismos derechos para debatir en el juicio oral esa declaración, como si se tratara de cualquier otra. De manera que si la declaración del coimputado colaborador es introducida al debate mediante lectura, haciendo uso de la facultad que tienen los imputados de solicitar que se incorpore su declaración dada en la etapa preparatoria, al no ser posible para la defensa de los imputados inculpativos con tal declaración, el contrainterrogar, sería una prueba

que tendría poco valor, e insuficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia.³⁹

CONCLUSIÓN

En el derecho estadounidense el Fiscal cuenta con una mayor flexibilidad para lograr que un coimputado declare en contra de otros implicados y ofrecer esa declaración como prueba de cargo. Esa flexibilidad y libertad en el ejercicio de la acción penal, hace que pueda utilizar este tipo de prueba con mayor frecuencia y eficacia. No obstante esa flexibilidad, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ha impuesto algunas reglas importantes para que la declaración sea admisible. Esas reglas son la "corroboration evidence" (evidencia confirmatoria) y la "confrontation clause" (derecho de contrainterrogar al coimputado por parte de la defensa), regla esta última que se ha debilitado con algunos fallos de la Suprema Corte que ha aceptado la introducción de declaraciones recibidas sin contradicción por una supuesta "indisponibilidad" del coimputado.

Por su parte, en el derecho costarricense, el Fiscal está limitado en el ejercicio de la acción penal por el principio de legalidad, pudiendo suspender ese ejercicio contra un coimputado colaborador únicamente en los casos de criterio de oportunidad regulados en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal. El criterio de oportunidad reglado es la única vía establecida en la ley para "premiar" al coimputado delator y ofrecer su declaración como prueba de cargo en forma eficaz. Sin embargo, la Fiscalía costarricense ha venido utilizando otros procedimientos no previstos en la ley para obtener la declaración inculpativa de un coimputado y utilizarla como prueba de cargo contra otros implicados. Tal es el caso del procedimiento abreviado, instituto que fue concebido con otra finalidad, y que por su naturaleza no asegura con eficacia la colaboración en juicio del coimputado delator, quien podría abstenerse de declarar en juicio sin mayores consecuencias. Resulta evidente que la Fiscalía costarricense se siente limitada por el criterio de oportunidad reglado, y busca utilizar otros medios que ofrezcan mayor flexibilidad. La necesidad de corroboración de la declaración del coimputado y el derecho de la defensa de los implicados con ella de contrainterrogar, son reglas que pueden derivarse de nuestra legislación

37 MADRIGAL ZAMORA, Roberto. "La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal". En *Revista de Ciencias Penales*, No. 15, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, 1998, pp. 93-94.

38 CAFFERATA NORES José Ignacio. *La prueba en el Proceso Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 327.

39 En ese sentido véase CORTES COTO Y CAMPOS CALDERON, Op cit, p 121- 127, en donde se analiza la posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico que tiene el coimputado delator de pedir en el debate la introducción de su declaración rendida en la etapa preparatoria la cual carece de contradicción, y evitar así el ser interrogado por la defensa de los imputados a los que involucra. Estimándose, que en tal caso, la declaración resulta de poco valor como prueba de cargo al estar limitado al derecho de la defensa de contrainterrogar al "arrepentido".

y que son indispensables para que ese tipo de prueba tenga valor probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Constituida. 1 ed, Editorial Trivium, Madrid, España, 1989
- BARONA VILLAR, Silvia. La Conformidad en el Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994.
- CÁFFERATA NORES, José Ignacio. La Prueba en el Proceso Penal. 5 ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2003
- CASADO PEREZ, José María. La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño. Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 2000
- CORTES COTO Ronald y CAMPOS CALDERON J Federico. El Valor probatorio de las declaraciones inculpativas de Coimputados en el Proceso Penal. Investigaciones Jurídicas, San José, 2007.
- DÍAZ PITA, Ma. Paula. El Coimputado. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.
- GARCIA, Alfredo. The Sixth Amendment in Modern American Jurisprudence. A Critical Perspective, Greenwood Press, New York, Unites States, 1992.
- HENDLER, Edmundo. La razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido. En Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998
- LETWIN, Leon, Evidence Law: commentary, problems and cases. Mathew Bender and Co, New York, Unites States, 1986.
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. En Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1998.
- MADRIGAL ZAMORA, Roberto. La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal. En Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales, número 15, diciembre, San José, Costa Rica, 1998
- QUINTANAR DIEZ, Manuel. La Justicia Penal y los Denominados Arrepentidos. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1996
- SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?. En Temas Actuales y Permanentes de Derecho Penal Después del Milenio. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002

LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

Una confrontación de tesis jurisprudenciales

Lic. Jorge Luis Morales García
Juez de Casación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela

INTRODUCCIÓN

El tema de la imputabilidad disminuida es un tema polémico como veremos. Integrando el Tribunal de Casación Penal me correspondió el redactar una resolución que plantea una tesis alternativa a la solución que nuestra jurisprudencia le ha dado a los casos de imputabilidad disminuida.

El tema resulta interesante, pues, ante la posibilidad de la reforma de nuestro Código Penal, parece ser que ha prevalecido el original planteamiento hecho por la Sala Tercera de Casación Penal y la tradicional tesis del Tribunal de Casación.

El propósito del abordaje que a continuación desarrollo es el suscitar polémica al respecto.

I. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA COMO CASO DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.

Desde la resolución 524-F-1992, de las nueve horas con cuarenta minutos, del seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos, la Sala Tercera perfiló su criterio en esta materia. En esa oportunidad, el juzgador de instancia, estimando que se daba en la especie una imputabilidad disminuida había declarado autor responsable del delito y había impuesto una medida de seguridad. La Sala Tercera, consideró que dicha salida era equivocada, que se debía absolver, equiparando así las consecuencias de la imputabilidad disminuida con la de la inimputabilidad. En resolución número 1999-1254, de las catorce horas con treinta y seis minutos, del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, reiteró ese mismo criterio, ahondando más sobre su punto de miras en relación a la consideración de los supuestos de imputabilidad disminuida. Este segundo caso, por ser más rico en cuanto a la discusión, merece una atención más particularizada, dado que, también define, con mayor detalle, el criterio jurisprudencial.

Cabe destacar que, desde el fallo de instancia, se nota una grave confusión en los jueces sobre las consecuen-

cias y alcances de la categoría sistemática de la culpabilidad.

En efecto, al transcribir la Sala Tercera, el antecedente del caso se consignó:

"Los jueces razonaron que "... se trata de cuatro hechos típicos y antijurídicos, pero no culpables, es decir, que la trasgresión al orden social que se produjo por causa del aquí encartado no le es reprochable penalmente dada la ausencia de conocimiento de que se trataba de hechos desagradables para el conglomerado social y mucho menos (sic) para el ordenamiento penal, falta uno de los elementos integrantes del delito ..." (folio 145, línea 29 en adelante), sin embargo, se declaró al acusado autor responsable de un hurto simple, dos robos simples en estado de tentativa, y un robo simple consumado, condenándosele con base en ello a descontar una pena de 3 años y un mes de prisión, adecuada a tres años de reclusión conforme a los parámetros de penalidad del concurso material. Asimismo, se ordenó que, una vez firme el fallo, el mismo se inscribiera en el registro judicial correspondiente. Una vez hecho lo anterior, en forma contradictoria se declara que, al momento de cometer esas acciones, el encartado era "inimputable", por lo que la pena así impuesta se convierte en una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico que se cumplirá en un centro penitenciario cerrado por un tiempo igual al fijado en aquella."

No podemos más que congeniar con la Sala Tercera en lo sumamente contradictoria que fue la forma de razonar del tribunal a-quo, en tanto, partiendo de la supresión de una de las categorías que integran la trilogía necesaria para que exista el delito, declara al imputado *autor responsable*, lo que estaría enfrentado con la conclusión de que no existiría la culpabilidad.

La única salida técnica aceptable, cuando se considera a una persona autora de una conducta típica y antijurídica, pero no culpable, es declararla autora del *injusto penal*, que determina, técnicamente, la posibilidad de responder por las consecuencias civiles de su actuar, sin que le sea achacable una sanción de carácter punitivo.

Sin embargo, el abordaje un tanto desordenado y poco respetuoso de los lineamientos de la dogmática jurídico penal en la materia, hacen al tribunal incurrir en una serie de yerros y contradicciones, como es el imponer penas, cuando previamente había reconocido la inexistencia de la culpabilidad y, después pretender rectificar haciendo una extraña conversión de la pena en una medida de seguridad¹.

Al considerando segundo de la resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no se le debe hacer ningún reparo, pues el mismo se enmarca dentro del desarrollo sistemático que aquí aceptamos como adecuado, en efecto, en dicho considerando se dijo:

"Para solucionar adecuadamente el reclamo de la defensa es necesario hacer algunas consideraciones de fondo en cuanto a la particular regulación que presentan los artículos 42 y 43 del Código Penal en relación a la culpabilidad. Nuestro ordenamiento jurídico penal recoge lo que se ha dado en llamar en doctrina la *teoría normativa de la culpabilidad*, en virtud de la cual el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico descansa, no en la vinculación subjetiva del mismo con el hecho (como lo sostenía la teoría psicológica), sino en la capacidad del agente —la que se debe fijar al momento del hecho— de conocer el carácter ilícito de sus actos y de adecuar su conducta a dicho conocimiento: "... La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad ... el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera ... en este sentido se distingue en primer término la cuestión de la capacidad de comprender la antijuricidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (la llamada imputabilidad) ..." Bacigalupo (Enrique), "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", ediciones Akal S.A., Madrid, 2ª edición, 1990, Página 173. El numeral 42 antes citado admite como posible que la culpabilidad pueda *excluirse* cuando el sujeto —al momento de la acción u omisión— no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ella, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina sino que se *disminuye* esa condición para ser impu-

table, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 *ibidem*. Es claro entonces que las situaciones antes descritas se presentarán cuando, como es el caso que nos ocupa, el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado sino que padece de alguna enfermedad mental que altera esa capacidad de comprensión. Además, por principio general (aunque habrá casos excepcionales donde ese juicio deberá retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, donde se aplicarán las reglas de la *actio libera in causa*) este juicio de culpabilidad deberá establecerse al momento en el que se despliega la conducta."

Como veremos ese desarrollo doctrinal impecable, se contradice o confunde posteriormente.

La Sala Tercera, en el considerando cuarto de la resolución que comentamos, expone su criterio sobre el fallo del a-quo, pretendiendo contrastarlo con la cita doctrinal que se hizo, es así como se afirma, en primer término:

"Según el anterior análisis teórico, resulta claro que la decisión que se impugna incurre en un grave yerro de fondo, pues condenó al acusado a sufrir una pena privativa de libertad como autor responsable de las conductas ilícitas investigadas y ordenó con base en ello la inscripción del fallo en el registro judicial, a pesar de tenerse como un hecho probado que —al momento de darse los comportamientos— el mismo adolecía de imputabilidad disminuida."

En realidad, el *yerro de fondo* del tribunal de instancia, es el condenar a una pena privativa de libertad como autor responsable y ordenar la inscripción del fallo, si estimaba que no existía culpabilidad, pero, como veremos, el error de la Sala Tercera es asimilar los conceptos de imputabilidad disminuida con el de inimputabilidad y, por tanto, estimar que la imputabilidad disminuida excluye la culpabilidad.

Esa referida asimilación, que le achacamos a la Sala Tercera, se evidencia como patente en el siguiente fragmento de la resolución:

"En efecto, si en la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos del señor ... se encontraba disminuida por un padeci-

¹ Con esto también se evidencia la falta de conocimiento sobre los fundamentos de cada una de estas dos opciones, es decir, referente a que la sanción penal se corresponde con la sustentación de la culpabilidad por el hecho, mientras que para las medidas de seguridad lo pertinente es evidenciar la peligrosidad del sujeto agente y la posibilidad, a través del *tratamiento*, de evitar futuras transgresiones. Al respecto se puede consultar JESCHECK (Hans-Heinrich), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, volumen I, tercera edición, traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1978; en especial a partir de la página 114, cuando hace el análisis de la *doble vía* en el Derecho Penal.

miento 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” (la negrita es suplida para resaltar la equiparación que se alude).

La misma Sala Tercera, en el considerando Segundo, antes referido, hacía una clara diferenciación entre la *exclusión* y la *disminución* de la culpabilidad, lo que, incluso, es consecuente con el significado meramente gramatical de los conceptos de *imputabilidad*, conformado por el prefijo *in*, que implica negación e *imputabilidad*, que dogmáticamente se refiere como la “capacidad de culpabilidad”, parafraseando: *negación de la capacidad de culpabilidad*. Mientras que *imputabilidad disminuida*, sólo puede entenderse, como concepto compuesto, en el sentido de *imputabilidad* subsistente o; siguiendo la misma técnica del parafraseo: *reducción de la capacidad de culpabilidad*.

Esta diferenciación, que pasó por alto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, viene a ser resaltada por el Tribunal de Casación, por primera vez, en la resolución número 2004-214 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cuatro, así, se trajo a la palestra la discusión sobre la imputabilidad disminuida y la posibilidad de establecer un reproche penal punitivo en estos casos, más allá de una medida de seguridad curativa, puntualizando al respecto en tres diversas líneas, primero, la posición dogmática en relación con la significación de la imputabilidad disminuida, en segundo lugar, un somero estudio del derecho comparado y, por último, la existencia de casos equiparables en el resto de nuestro ordenamiento jurídico penal; esa línea de desarrollo, la retomaremos aquí para efectos de dejar clara nuestra posición en relación con este punto.

II. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN LA DOCTRINA JURÍDICO PENAL.

El Tribunal de Casación Penal, en la citada resolución, hace un desarrollo de lo que ha sido la evolución de la categoría jurídica de la culpabilidad² y una exposición de lo que es la tesis doctrinal mayoritaria sobre la admisión de la subsistencia del reproche en los casos de imputabilidad disminuida, recurriendo para ello a una cita del profesor ROXIN, cuya actualidad y estatura intelectual no merece mayor comentario, a continuación transcribimos el aparte donde se aborda estos aspectos:

“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 recriminación 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*.³ 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

2 Se refiere igualmente a este desarrollo o evolución del concepto psicológico de culpabilidad a la concepción de esta categoría como reproche JÖACHIM HIRSCH (Hans), “El Principio de Culpabilidad y su función en el Derecho Penal”, en *Derecho Penal, Obras Completas*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Tomo I, 1996, págs. 150 y siguientes. Este autor es uno de los últimos seguidores de WELZEL, que admite los planteamientos finalistas que determinaron originalmente la formulación de la teoría final de la acción. Particularmente interesante en esta obra es la crítica que hace al concepto de culpabilidad de JAKOBS, fundado en el criterio de prevención general positivo, al que le apunta HIRSCH, que lleva a la desnaturalización garantizadora del concepto de culpabilidad como “Carta Magna” del infractor (vid. p. 158). También hace referencia a la evolución en cuanto a la categoría de la culpabilidad, desde la concepción psicológica, hasta la normativa JIMÉNEZ DE ASUA (Luis), *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, “La Culpabilidad”, Editorial Losada S.A., tercera edición, Buenos Aires, 1976, en especial a partir de la página 127, con una visión crítica y adversa a la aportación de WELZEL en este aspecto. Alude también a esta evolución JESCHECK, pag. 578 y siguiente, sin embargo, este sí apunta como trascendental para la depuración del concepto normativo de culpabilidad el paso dado por el maestro de Bonn, esta es, en definitiva, la posición que se ha impuesto doctrinalmente. Amplio también en el tratamiento del tema FERNANDEZ (Gonzalo), *Culpabilidad y teoría del delito*, Volumen I, Editorial Montevideo, 1995.

3 En la actualidad, a nivel doctrinal, se cuestiona seriamente la existencia del libre albedrío, ó, cuando menos, se alega la imposibilidad de sustentar el reproche en el mismo, dado su carácter metafísico e indemostrable, en este sentido se puede tener en cuenta a DE TOLEDO Y UBIETO (Emilio Octavio) y HUERTA TOCILDO (Susana), *Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, segunda edición corregida y aumentada, editor Rafael Castellanos, Madrid, págs. 287 a 289, en igual sentido: VELASQUEZ VELASQUEZ (Fernando), *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis S.A., Tercera Edición, 1997, p. 530. Una detallada referencia a autores modernos según la posición que ostentan en DONNA (Edgardo Albe-

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 estas 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 apareja al delito correspondiente. Estos,

precisamente, serían los supuestos regulados a través del artículo 43 de nuestro Código Penal.⁴ (la negrilla es agregada).

Como puede verse, así plantea el Tribunal de Casación una posición alterna, totalmente diferente a la de la Sala Tercera, la posición de los magistrados equiparaba imputabilidad disminuida con ausencia de culpabilidad, mientras los jueces de casación indican que su posición es que la imputabilidad disminuida es un caso concreto de imputabilidad. La conducta delictiva que se enmarca en los supuestos del artículo 43 del Código Penal es típica, antijurídica y culpable, según este planteamiento.

La tesis aludida, que en esta resolución del Tribunal de Casación se apoya en el criterio indudablemente autorizado de Claus Roxin, es una posición unánime en doctrina⁵.

Indiscutiblemente que la tesis de la Sala Tercera de la Corte, comentada en el acápite anterior, fomenta impunidad, al permitir que sujetos imputables, accedan a sentencias absolutorias que no serían procedentes⁶.

El reproche de culpabilidad es graduable; la capacidad de culpabilidad también lo es, este segundo aspecto repercute en el primero conforme a una correcta interpretación de su significación.

Admitir la tesis de la Sala Tercera, implica el que la mínima afectación de la capacidad de culpabilidad, excluiría completamente el reproche, pues según su criterio, sólo la plena capacidad sería suficiente para el juicio de

to). *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, "La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos", 75 Aniversario del Código Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Primera Edición, 1988. También hace referencia a esta polémica JOACHIN HIRSCH, *op. cit.* con abordajes críticos de los planteamientos de ROXIN, KOLRAUSCH, ARTHUR KAUFMANN y SHUNEMANN, los que refiere partidarios de la relacionada negación o indemostrabilidad del libre albedrío, por último, plantea su posición semejante a la de DREHER, referente a que el hombre se percibe a sí mismo como libre y que este es un punto decisivo para determinar su responsabilidad en el ámbito penal, un punto de vista parecido expresa JESCHECK, pp. 564 a 567. Crítico también con el principio de culpabilidad se muestra HASSEMER, quien propugna por la sustitución de dicho concepto con el principio de proporcionalidad, así en *Fundamento del Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984 y, más particularmente "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Revista de Ciencias Penales*, año 2, número 3, noviembre de 1990. Excede los límites propuestos en esta reflexión el ahondar sobre esta polémica, en la cual tomamos partido a favor del único criterio que permite el rescate de la dignidad humana, es decir, el admitir el principio de culpabilidad sustentado en el libre albedrío; incluso, los planteamientos alternativos que se han realizado a este, resultan poco garantes del ser humano o, en último término, a través de un juego de palabras, asimilables al concepto que se pretende criticar, en esta posición consideramos se encuentra la formulación de la "asequibilidad normativa", sostenida por ROXIN, p. 807.

4. Hacen referencia a esta situación BACIGALUPO (Enrique), *Derecho penal, Parte General*, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 455-456; JESCHECK, p. 808; DIAZ PALOS (Fernando), *Teoría General de la Imputabilidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1965, p. 175, este autor expone la posición de MAURACH, quien se pronuncia crítico con la expresión *imputabilidad disminuida*, al expresar que en tales casos "el autor es imputable, pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal debe esforzarse mucho más su voluntad." *Ibidem*, p. 181. Esto por citar sólo algunos y muy representativos autores.

5. Desde una perspectiva como la que plantea ROXIN en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Segunda Edición, Volumen 2, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, 2000, una posición tal sería absolutamente rechazable, desde que las necesidades político criminales evidentemente exigen que tales acontecimientos reciban un adecuado tratamiento punitivo. Sin que pretendamos enrolarnos en los discursos de *cero tolerancia* o en una visión del derecho penal como *discurso de guerra*, posiciones que, por el contrario, adversamos en forma contundente: no puede dejarse de ver que en el convulso mundo moderno, la criminalidad y, sobre todo, aquella que es proclive a actos de terrorismo o acentuadamente violenta, vería como una botá indiscutiblemente favorable el recurrir a sujetos imputables disminuidos, para la ejecución de sus propósitos, argumentando, a su favor, en la labor de convencimiento de dichos instrumentos dolosos, la posibilidad garantizada de la impunidad en la ejecución.

culpabilidad, con esto, no sólo se produce la laguna de impunidad comentada, sino que se da un trato diferenciado, contrario al principio de igualdad, en relación con otras subcategorías de la culpabilidad, en donde la afectación parcial, determina reproches atenuados⁶.

Un argumento adicional que contribuye en el ámbito de sustentar la tesis expuesta en el citado fallo del Tribunal de Casación es la contemplación del supuesto de ingesta alcohólica o de cualquier otro tipo de sustancia enervante, la que es reconocida doctrinal y científicamente, que tiene efectos a nivel del uso de la razón o la libertad⁷. Si esta afirmación resulta aceptable, con independencia de la discusión subsistente sobre la *actio libera in causa*⁸, que no pretendemos asumir aquí, sería menester congeniar, que, conforme al criterio externado por la Sala Tercera de Casación Penal, en los casos de consumo de bebidas alcohólicas, tendríamos supuestos de imputabilidad disminuida, excluyente de la culpabilidad y, esto, prácticamente en todos los supuestos de conformidad con la alteración morbosa de las facultades mentales que dichas sustancias provocan.

III. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

La resolución que comentamos, proveniente del Tribunal de Casación Penal, sustenta el segundo bastión de su tesis, en la remisión a la legislación comparada, escogiendo los ordenamientos Alemán y Español, como puntos de referencia paradigmáticos, sobre todo por la influencia cultural que los mismos han tenido sobre nuestro medio académico.

"... 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, referimos 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 1" 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 § 49.1, pero sigue siendo autor responsable y punible del delito correspondiente. Igual consecuencia se da con el artículo 21.1º del Código Penal Español, este artículo dispone: "*Son circunstancias atenuantes: 1º. 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 éste numeral nos dice BACIGALUPO: "*El art. 21.1º del Cód. Penal permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los presupuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la me-*

6 Por ejemplo, en los casos de error de prohibición vencible, que, conforme al criterio que ha sostenido la Sala Tercera, consecuente con la teoría estricta de la culpabilidad en el tratamiento de los errores, le correspondería un reproche atenuado, es evidente, que los casos cobijados sobre este supuesto son muy similares a los supuestos de imputabilidad disminuida; ver Voto 446-F-92 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas cuarenta minutos del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, con lo cual, queda sentado que la jurisprudencia de la Sala Tercera se tomaría inconsistente. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

7 En este sentido JESCHECK, pp. 600 y siguientes; JAKOBS (Günler), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 2ª edición, 1997, pág. 635; ORTALAN (M), *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Don Melquiades Pérez Rivas, Editorial Librería de Leocadio López, Madrid, 1878, al respecto se dice en esta vetusta obra "La perturbación producida por la embriaguez, no es ordinariamente tan profunda que destruya por completo el uso de la razón o la libertad, por el contrario, ofrece una multitud de grados diversos, en los cuales el ejercicio de las facultades, aunque más o menos alterado, continúa subsistiendo.", p. 46.

8 La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una sólida línea jurisprudencial sobre el instituto de la *actio libera in causa* de la que también discrepamos, sin embargo sólo dejamos mencionada en este caso, en efecto, desde la resolución 795-97 de las 16:10 horas del 7 de agosto de 1997, reiterada en los fallos 311-98 de las 10:35 horas del 27 de marzo de 1998 y 257-03 de las 11:20 horas del 25 de abril de 2003, se ha hecho un enfoque del referido instituto que, a nuestro parecer, implica una aceptación de la *versari in re illicita*, contraria al principio de culpabilidad, proclive a fundamentar una responsabilidad de carácter objetivo en virtud de la ingesta voluntaria de bebidas alcohólicas o drogas. Mantiene una posición diversa el Tribunal de Casación, en voto 2005-1010 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil cinco, ponente Dr. Javier Lobos, acompañado de Jorge Chacón Laurito y Jorge Luis Arce, aquí se hace una amplia exposición, con referencia a resoluciones constitucionales, exponiendo lo que para nosotros es la posición correcta. La discusión se encuentra pendiente y sirve para subrayar, a nuestro entender, el deficiente manejo de la categoría sistemática de la culpabilidad por nuestros tribunales, en especial por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

didada 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, págs. 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 consideraran, por esa situación atenuados, pero cuyo reproche subsiste."

Ahora bien, además de esas indudables señeras legislaciones, que despliegan su vigencia territorial al otro lado del Atlántico; tenemos en nuestro continente, un gran número de legislaciones que efectivamente hacen la distinción entre la imputabilidad plena y la disminuida, con consecuencias penales idénticas a la que sostiene el fallo del Tribunal de Casación.

Así, el Código Penal de Bolivia, en su artículo 17 dispone:

"(INIMPUTABILIDAD). Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión."

Inmediatamente de seguido, en el numeral 18 se establece:

"(SEMI-IMPUTABILIDAD). Cuando las circunstancias de las causales señaladas en el artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión, sino que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39 o decretará la medida de seguridad más conveniente."

Puede criticarse a la legislación boliviana el aspecto nominal, al nombrar la imputabilidad disminuida como un

caso de semiimputabilidad, esto parece consecuente con el hecho de introducir una "o" entre la medida de seguridad y la consecuencia punitiva, situación que deja el instituto un tanto en el limbo jurídico, pues quedaría a criterio del juzgador, determinar si realmente la disminución de la capacidad, en el caso concreto, opera como un supuesto de imputabilidad con reproche atenuado o como un caso de verdadera y absoluta inimputabilidad".

El Código Penal de Ecuador, supera la indefinición del Boliviano, así en el artículo 34 define lo que es la imputabilidad plena cuando dispone:

"No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer. Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado."

El artículo 35, regula de seguido los supuestos de imputabilidad disminuida, así:

"Quien, en el momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que, aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece este Código."

Nuevamente vemos la constante de la disminución punitiva, como consecuencia lógica y necesaria para los supuestos de imputabilidad disminuida, por implicar, conforme se dijo, de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, un reproche menor.

En el Código Penal de Nicaragua, en el artículo 28 se dispone:

"Están exentos de responsabilidad criminal: 1ª El que por enfermedad mental o una grave alteración de la conciencia no posee, en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esa apreciación; ..."

El artículo siguiente establece:

"Arto. 29.— *Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal: 1.— Las expresadas en el artículo anterior cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos."*

Entendemos que en esta forma de regulación estaría comprendidos los supuestos de capacidad disminuida para apreciar el carácter ilícito o la capacidad menguada de determinarse conforme a esa comprensión, supuestos de imputabilidad disminuida, con reproche atenuado.

El Código Penal de Panamá, posee una regulación exhaustiva de la materia, con cierta simetría a lo que sucede en nuestra legislación, ofrece las consecuencias de la inimputabilidad, sin hacer una clara alusión a las que se derivan de la imputabilidad disminuida, pero, del contexto, cabe extraer que sólo la inimputabilidad determina la exclusión de la pena veamos:

"ARTICULO 23. *Para que un procesado sea declarado culpable por un hecho previsto como punible en la ley es necesario que sea imputable. Salvo prueba en contrario, se presume la imputabilidad del procesado."*

La definición de ¿Quién es imputable?, se realiza en este código en forma negativa, al expresar en realidad quien no es imputable así:

"ARTÍCULO 24. *No es imputable quien en el momento de ejecutar el hecho punible, no tenga la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por causa de trastorno mental."*¹⁰

Por último, se establece o define la calidad de imputable disminuido, al expresarse:

"ARTÍCULO 25. *Actúa con imputabilidad disminuida quien en el momento de la acción u omisión, posea incompletamente la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho en razón de grave perturbación de la conciencia."*

Igual que cómo lo razonábamos en nuestra legislación, el hecho de que se hable de que se posee incomple-

tamente la capacidad, determina que aún ésta es conservada y que, por tanto, aunque menos reprochable, siempre se le podría recriminar la comisión del delito a quien actuó en esa condición.

El Código Penal de Perú, por su parte, hace una regulación un tanto indiscriminada, en el artículo 20, mezclando supuestos de exculpación, de justificación e, incluso, de falta de acción establece:

"Está exento de responsabilidad penal:

1. *El que por anomalía siquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;*
 2. *El menor de 18 años.*
 3. *El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*
 - a) *Agresión ilegítima;*
 - b) *Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo; y,*
 - c) *Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;*
 4. *El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:*
 - a) *Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y*
 - b) *Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;*
 5. *El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación,*
- No procede esta exención si al agente pudo exigirse que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviere obligado por una particular relación jurídica;*
6. *El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;*

10 Podría objetarse la referencia parcial a sólo una de las posibilidades que generan estados de inimputabilidad, sin embargo, por no ser este el aspecto modular a considerar en este desarrollo, cabe hacer sólo la puntualización, sin ahondar más al respecto.

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;
9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y,
10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición."

En el numeral siguiente se dispone:

ARTÍCULO 21¹. – En los casos del artículo 20^o, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Así vemos, que pese a la forma indiscriminada de la regulación, tenemos que congeniar que se reconoce la imputabilidad disminuida como un caso de reproche atenuado.

En Venezuela, el Código Penal, en el artículo 62 regula la inimputabilidad:

"No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.

Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo."

En la siguiente norma se dispone:

"Art. 63. Cuando el estado mental indicado en el artículo anterior sea tal que atenúe en alto grado la responsabilidad, sin excluirla totalmente, la pena es-

tablecida para el delito o falta se rebajará conforme a las siguientes reglas:

- 1.a *En lugar de la de presidio, se aplicará la de prisión, disminuida entre dos tercios y la mitad.*
- 2.a *En lugar de la de prisión, se aplicará la de arresto, con la disminución indicada.*
- 3.a *Las otras penas divisibles se aplicarán rebajadas por mitad."*

Se nota así que también en Venezuela, se sigue la corriente generalizada de disminuir el reproche ante supuestos en donde hay una afectación parcial de la capacidad de culpabilidad, lo que se conoce en doctrina, como imputabilidad disminuida.

Por su parte, en el Código Penal Federal de México, se sigue una regulación parecida a la que vimos en Bolivia, al disponerse:

"ARTÍCULO 69 bis. – Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor."

Este paseo por las legislaciones penales de Latinoamérica, que no pretende ser exhaustivo, si tiene el alcance de evidenciar la constante existente en la legislación del área, respecto de países que han sufrido una misma influencia foránea y doctrinal, proclives a aceptar el reproche atenuado en los supuestos de imputabilidad disminuida, conforme con la salida sistemática doctrinalmente definida en forma unánime¹¹.

Así, a nuestro entender, completamos las razones de derecho comparado, para propiciar una interpretación judicial consecuente con la punibilidad atenuada de los supuestos de imputabilidad disminuida y, como más adelante lo apuntaremos, para sostener una propuesta de lege ferenda que permita aclarar, definitivamente, las

11 El único caso que se pudo defectar, consecuente con la visión que sostiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, es el caso de la legislación Uruguaya, que en el artículo 30 del Código Penal, al regular lo referente a la locura, se dispone: "No es imputable aquél que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación, se hallare en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdadera apreciación. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por influjo del sueño natural o del hipnótico." (la negrilla es suplida) Por razones obvias que están expresamente ayudadas en el desarrollo de este trabajo, no comparimos esta solución legislativa.

interpretaciones dispares que se han dado a nivel jurisprudencial.

IV. OTROS INSTITUTOS JURÍDICOS SIMILARES A LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

También llama la atención el fallo del Tribunal de Casación Penal, sobre cómo institutos que a nivel de la culpabilidad implican un reproche atenuado, precisamente, tienen ese tratamiento en nuestra legislación, por lo que una solución diferente para la imputabilidad disminuida, haría incoherente el sistema.

Se dice así:

"... 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 2°, 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 realidad 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 evi-

dencia 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."

Con este desarrollo, en la resolución relacionada del Tribunal de Casación, resulta claro que toma partido por la *teoría normativa de la culpabilidad*, que, doctrinalmente se encuentra opuesta a la llamada *teoría del dolo*.

Ambas, parten de la concepción tripartita del delito como acción típica, antijurídica y culpable y exigen que el autor conozca el carácter antijurídico de su actuar.

La diferencia radica en que, para la teoría del dolo, dicho conocimiento era parte integrante de éste, es decir, la ausencia del conocimiento de la antijuridicidad excluiría el dolo y, con este, la tipicidad de la acción. En tanto que, para la teoría normativa de la culpabilidad, ese elemento no pertenece al dolo, sino que es un elemento que integra la culpabilidad con independencia de aquel; así, la exclusión de ese conocimiento por error inevitable lo que excluye es la culpabilidad¹².

En el caso del error vencible de prohibición, como se dijo y conforme a la teoría normativa expresamente aceptada, lo que subsiste es un reproche atenuado.

El fundamento de dicha situación, que es compartido por todos los supuestos de atenuación del reproche en la culpabilidad, es el haberse visto la libertad de determinación a favor de la norma, por parte del sujeto agente, constreñida; en este caso en particular merced al error, que, al ser vencible era superable. Precisamente, por ello, subsiste el reproche, pero atenuado de conformidad con las circunstancias particulares del caso.

En el supuesto de que el error fuera invencible, en vez de verse constreñida la libertad de determinación, la misma estaría suprimida y, por ello, no sería legítimo el efectuar un juicio de reproche en contra del imputado.

12 Un desarrollo más detallado sobre la recepción de esta teoría en nuestro medio en CASTILLO GONZALEZ (Francisco), *El Error de Prohibición*, Editorial Jurtext S.A., San José, Costa Rica, Primera Edición, 2001, pág. 27. La teoría del dolo resulta muy cercana a la teoría de los elementos negativos del tipo, pues, al incluir el conocimiento de la antijuridicidad dentro del dolo, resulta claro que se opera con un concepto de dolo malo, es decir, con conocimiento de la antijuridicidad; que si se asuma que éste tiene sus efectos a nivel del tipo penal, se equipara la real existencia de las causas de justificación con la creencia en estas y las mismas tendrían el efecto de llegar a la categoría de la tipicidad; así la tipicidad sería igual a la previsión legal típica, más la creencia en la ausencia de las causas de justificación. Así las cosas, pareciera que ya no tendría ningún sentido sistemático una categoría distinta e independiente de la antijuridicidad: a nivel de la tipicidad estaría constituida la razón de ser de la antijuridicidad y sólo restaría el análisis de la culpabilidad.

Podemos ver así la entera simetría entre estos supuestos y los casos de inimputabilidad, que suprime *totalmente* la capacidad de culpabilidad e imputabilidad disminuida, que tan sólo la *limita o constriñe* sin anularla totalmente.

Un segundo instituto que refiere el fallo del Tribunal de Casación Penal, a favor de un trato paritario para los supuestos de imputabilidad disminuida, lo es el *exceso en la legítima defensa*, al respecto se apunta:

"El otro supuesto, similar a los casos de imputabilidad disminuida y que, el ordenamiento jurídico penal costarricense le apareja un reproche atenuado, lo es el caso del *exceso en la legítima defensa* cuya regulación la encontramos 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."

Los autores CHIRINO y SALAS, al diferenciar el exceso en la defensa, con la falta de proporcionalidad en el medio empleado para repeler o impedir la agresión, apuntan que la diferencia clara entre estas dos situaciones se da a raíz de que en la desproporción de los medios, lo que existe es una escogencia consciente del agente entre diversas opciones todas posibles, optando por una que supera las necesidades reales de la situación subyacente, mientras que en el exceso lo que existe es una apreciación incorrecta de la magnitud de la agre-

sión o de la proporcionalidad de la defensa, la primera situación repercute a nivel de la antijuridicidad, mientras que, la segunda, afecta la categoría sistemática de la culpabilidad¹³.

Como puede verse con esta indicación de los autores citados, es claro que el problema se radica en la apreciación de la antijuridicidad de la propia actuación del que se excede; sin embargo, como lo apunta correctamente el Tribunal de Casación, esa apreciación deficiente se da en un estado o situación límite de ejercicio de una causa de justificación, que, naturalmente conllevará una serie de situaciones emotivas que constriñen la claridad del pensamiento y, por ello, estimamos que este instituto, se encuentra aún más emparentado con las situaciones de imputabilidad disminuida, al estar más relacionado con la posibilidad real del sujeto agente de apreciar las circunstancias que subyacen como motivo del reproche¹⁴.

En estos supuestos el sujeto puede o no tener suprimida su capacidad de evaluar correctamente la situación y, por ello, en algunos casos podría evitar el exceso, es en dichas ocasiones en las que se le recrimina en forma atenuada; situaciones que son las que se apuntan como equiparables a los supuestos de imputabilidad disminuida.

El Tribunal de Casación deja para último el análisis de los supuestos de *emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable*, legislados como supuestos para atenuar la pena en los delitos de homicidio y lesiones (artículos 113 inciso 1 y 127 del Código Penal), al respecto se dijo:

"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 RODRIGUEZ, Javier y RIVERO SANCHEZ,

13 CHIRINO (Alfredo) y SALAS (Ricardo). *La Legítima Defensa. Alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1^a Edición, 1993 pp. 67 y siguientes. Más adelante se apunta "Hay exceso cuando se lleva a cabo una acción que no es necesaria para poner a salvo el bien jurídico, con la creencia de que sí lo es." *Ibidem*, p. 91.

14 Otro enfoque es la tesis de GÓMEZ LOPEZ (Orlando). *Legítima Defensa*. Editorial TEMIS, Bogotá Colombia, 1991, p. 379; quien considera el exceso en la legítima defensa como un mero error de prohibición. En todo caso, estaríamos en un supuesto que ratifica los razonamientos dados en el instituto anterior, es decir, ante un supuesto que afecta parcialmente la categoría de la culpabilidad, no se opta por la impunidad, sino por un reproche atenuado.

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."

En efecto, elaborando un poco más la línea de argumentación del Tribunal de Casación, lo que nos estaría diciendo es que, para estos casos específicos, la técnica legislativa seguida en los supuestos de emoción violenta, no habría sido el recurso a la norma general de la imputabilidad disminuida, sino que, por particulares razones de política criminal, se legisló la punibilidad en estos casos a través de norma especial, previendo específicos delitos atenuados, para idénticos presupuestos materiales.

Esta alternativa legal que realiza el legislador, nos muestra que efectivamente, desde una visión teleológica de la normativa, la intención siempre fue punir los supuestos de imputabilidad disminuida, con un reproche atenuado, además, como veremos más adelante, también nos ilustra sobre la solución punitiva que es la indicada en estos casos, consecuente con la corriente doctrinal que apareja a la imputabilidad disminuida, un reproche menor con relación al hecho cometido con plena imputabilidad, que es precisamente lo que de seguido abordaremos.

V. CONSECUENCIAS DE LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

Este tópico puede ser abordado desde dos perspectivas, una que no cuestiona ni la Sala Tercera de Casación penal y que alguna interesante alusión se hace en el fallo del Tribunal de Casación, en la nota puesta por uno de sus integrantes, como es la *posibilidad u obligatoriedad* de imposición de una medida de seguridad en supuestos de imputabilidad disminuida; la otra, en relación a ¿cuál sería la consecuencia sancionatoria penal de la constatación de un hecho cometido bajo esta modalidad de imputabilidad?, en la que, obviamente, si se dan discrepancias entre la posición de la Sala Tercera y el pronunciamiento del Tribunal de Casación.

En el primer aspecto, apunta el Tribunal de Casación Penal:

"... 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 concorra en el caso concreto, pues el artículo 97 del Código Penal hace depender la aplicación de la medida cuando se establezca la peligro-

sidad de que el imputado continúe la actividad delictiva por el Informe del Instituto Nacional de Criminología."

Es decir, hay supuestos en donde, pese a la existencia de imputabilidad disminuida, la medida de seguridad no resulta necesaria, conforme a los criterios de prevención especial, que son los que deben tenerse en cuenta en esta particular situación, por ello, pese a que la ley habla de una supuesta obligatoriedad en su aplicación, esta, debe entenderse si la medida es realmente necesaria.

Ahora bien, lo que si resulta ineludible es la sanción penal, que no está sustentada en la peligrosidad del sujeto agente, sino en el principio de culpabilidad y la responsabilidad personal o imputación subjetiva del autor del delito; precisamente, esto es lo que enfatiza el fallo de casación cuando reseña:

"... en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 43 del Código Penal, define 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 partem*, debe de aplicarse análogamente 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.⁷

Lo óptimo, a nuestro entender, es que expresamente la legislación contemplara la consecuencia punitiva de los supuestos de imputabilidad disminuida, tal y como lo hacen las legislaciones antes relacionadas en el Derecho Comparado; esto nos permite hacer una propuesta de lege ferenda, especialmente importante a la luz de la discusión del Proyecto de Código Penal en la Asamblea Legislativa, que, conforme lo aquí expuesto, ha sido inspirado en la tesis jurisprudencial de la Sala Tercera; esa tesis, consideramos suficientemente demostrado, no es correcta, al encontrarse enfrentada con los criterios doctrinarios mayoritarios, generar impunidad e implicar una contradicción interna en la regulación de institutos similares contemplados en nuestra legislación, produciendo así un vicio de inconsistencia.

V. EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.

En el Tribunal de Casación, con posterioridad a la citada resolución número 2004-214 del cuatro de marzo de dos mil cuatro, se abrió la discusión a este respecto, escindiéndose las interpretaciones, discutiéndose el punto, básicamente, en relación con aspectos atinentes al Derecho Penal Juvenil.

Tenemos así, una primera resolución que es la número 2004-365 de las nueve y cuarenta y cuatro minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro; en esta resolución, ni siquiera se tuvo en cuenta el criterio alternativo evidenciado en ese otro antecedente y, más bien, el tribunal se decantó por la interpretación tradicional de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y de la posición anterior del Tribunal de Casación Penal, así, consideramos que en una forma un tanto acrítica se dice "... en cuanto a la tesis de que la imputabilidad disminuida no elimina la culpabilidad, sino que atenúa la sanción, si bien es un punto discutible, lo cierto es que la jurisprudencia tanto de la Sala Tercera como de este tribunal, han sostenido que en esos casos lo que procede es la imposición de una medida de seguridad (tratándose de derecho penal de adultos)."

Sostenemos que la posición evidenciada es un tanto irreflexiva, pues, precisamente, lo que argumenta es el criterio de autoridad de los precedentes, sin entrar a considerar, seriamente, lo que, ahí mismo se califica como un *punto discutible*. Es decir, se evade la discusión, invocando la existencia de precedentes, aceptándolos sin mayor cuestionamiento.

Otro aspecto que llama la atención de la resolución de comentario es que se cita un antecedente del tribunal, que, precisamente, hace referencia a un caso en que se estableció un instituto como el error de prohibición que puede dar origen a una culpabilidad disminuida y, por tanto, un reproche atenuado; es decir, uno de los casos que hace inconsistente la posición de la Sala Tercera y del Tribunal en cuanto a considerar que se suprime el reproche ante la imputabilidad disminuida, asimilando así sus efectos al caso de la inimputabilidad.

Ahora bien, cabe resaltar que en tratándose de derecho penal de adultos, es cierto que, tanto la inimputabilidad, como la imputabilidad disminuida, pueden dar origen a medidas de seguridad y que éstas, no estarían previstas, merced al principio de legalidad criminal, para el derecho penal juvenil, pues en este no se previó, legalmente, la posibilidad de aplicar medidas dimanantes de la peligrosidad criminal.

La acreditación de un hecho delictivo (artículo 121 de la L.J.P.J.), es el presupuesto previo y necesario para la aplicación de las sanciones respectivas en el Proceso Penal Juvenil y, esa conceptualización implica la acreditación de un evento típico, antijurídico y culpable, es decir, en estos casos se trata de la responsabilidad por el hecho y no una consecuencia que se deriva de las necesidades particulares del autor. De ahí que, en principio, estamos de acuerdo en que en el Derecho Penal Juvenil se excluyó, expresamente, el sistema de la doble vía, que si existe en materia de derecho penal de adultos; sin embargo, eso no implica que en los casos de imputabilidad disminuida, donde subsiste la responsabilidad penal y el hecho consecuentemente es, además de típico y antijurídico, también culpable, deba de excluirse la pena que se deriva de la responsabilidad penal. En tales casos, tanto en el Derecho Penal de Adultos, en forma conjunta con la medida de seguridad, y en el Derecho Penal Juvenil, en forma exclusiva, se debe aplicar la medida sancionatoria punitiva que se prevé y se sustenta en los diversos tipos penales.

Nótese que, la medida de seguridad, en el derecho penal de adultos, dimana de normas generales y no se encuentra particularmente tipificada en cada una de las previsiones legislativas de los delitos (Confrontar Título VI del Código Penal); por el contrario, la escala punitiva de cada delito, que es consecuencia de la acreditación del hecho delictivo, se extrae de esas particulares previsiones que conocemos como tipos penales, mediante un marco de punibilidad entre un extremo mínimo y un máximo, afectado por algunas normas generales para la definición concreta del reproche (artículos 71 a 79 del citado Código Penal).

Precisamente, es la escala punitiva de cada uno de los delitos, en la parte especial del Código Penal y en las leyes que tipifican otros supuestos delictivos, los que sirven de parámetro para definir la punibilidad en el Derecho Penal Juvenil, sobre todo en cuanto al la medida de internamiento en un Centro Especializado (ver artículo 131 de la L.J.P.J.).

Así las cosas, del argumento consistente en que el Derecho Penal Juvenil no admite la imposición de medidas de seguridad curativas, no se desprende, necesariamente, que la imputabilidad disminuida, tenga que ser impune en este particular Derecho Penal; salvo que, como lo hemos venido argumentando, se parta de un error técnico-jurídico, consistente en la asimilación absoluta de la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida.

Una reiteración jurisprudencial del fallo mayoritario 2004-214 del Tribunal de Casación, se produce mediante la resolución de esa misma autoridad jurisdiccional número 2005-406 de las nueve horas con treinta minutos del doce de mayo de dos mil cinco, integrando en este caso el Dr. Javier Llobet, quien redacta, junto con Guillermo Sojo Picado y Ulises Zuñiga Morales, éste último consigna una nota en el fallo, que, evidentemente le distancia del criterio mayoritario expuesto por los otros integrantes y que, más bien, le perfila dentro de la corriente tradicional aludida líneas arriba.

Esta nueva resolución del Tribunal de Casación, resulta interesante, no sólo porque suscribe y reitera los argumentos ya expuestos a favor de la punibilidad de la imputabilidad disminuida, sino que, como veremos, hace algunos aportes adicionales que resultan de trascendental relevancia en la discusión que se puede suscitar alrededor de este interesante tema.

Una de las aristas más relevantes de este otro caso, lo da la circunstancia probatoria subyacente, en donde el perito que valoró al justiciable, menor de edad, indicó: "... es un sujeto portador de un retardo mental, clínicamente ubicable entre leve y moderado, lo cual lo ubica como un sujeto de capacidades mentales superiores disminuidas para la realización o ejecución de actividades que requieran alta demanda intelectual, pero que no le limitan para conocer lo básico entre el bien o el mal de sus acciones".

El Tribunal de Casación, en una posición muy prudente, no quiso hacer referencia a la condición de imputabilidad o no del justiciable, esto, pues evidentemente, por su condición de órgano de revisión de la sentencia, podría estar determinando inadecuadamente al *a-quo*, en

la fijación de una circunstancia fáctica que realmente le correspondía al juez de la causa. Esos reparos, no existen en este caso para quien considera científicamente el caso, desde una perspectiva doctrinal y, es que este supuesto en específico, pone en evidencia una de las serias limitaciones de la tesis que excluye la responsabilidad penal ante la imputabilidad disminuida que de seguido trataremos de exponer.

Un aspecto esencial de la categoría jurídica de la culpabilidad, en su concepción normativa, es su condición de ser *graduable*, aspecto que también apunta el fallo que comentamos en este momento, ante esto, es factible imaginarse un abanico de afectación que va desde la más mínima, hasta la más grosera, lindante con la exclusión total de la capacidad de culpabilidad en que consiste la inimputabilidad. Por ello, es evidente que la tesis que criticamos produce impunidad, dado que, en un caso como el que subyace en el antecedente jurisprudencial dicho, observamos un grado mínimo de afectación en la imputabilidad, que no afecta sensiblemente las facultades judicativas del agente, pero que, dada esa graduabilidad de la culpabilidad, indiscutiblemente que existe una imputabilidad disminuida y, eso, conforme a la tesis tradicional, implicaría la exclusión total del reproche.

Siguiendo el devenir en los criterios del Tribunal de Casación Penal, llegamos a la resolución 2005-537 de las once horas del diez de junio de dos mil cinco, esta resolución, comparte la misma integración que la número 2005-406, existiendo menos de un mes de diferencia entre ambas; sin embargo, el co-juez Sojo Picado cambió su criterio, sin hacer explícitas las razones de ello, quedando, en esta ocasión en minoría, la tesis de mayoría que había sostenido en la primera de dichas oportunidades.

Por último tenemos la resolución número 2005-616 de las diez y cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil cinco, en esta con integración mayoritaria de los Doctores Carlos Chinchilla y Rafael Sanabria y, con voto salvado del Doctor Salazar, los primeros sostuvieron que sólo es viable una medida de seguridad ante una imputabilidad disminuida, mientras que el último, reiteró su posición asumida desde el voto 2004-214.

Como puede verse, la definición jurisprudencial en relación al tema es ciertamente frágil, razón de por demás para considerar, reflexionar y crear discusión respecto de este interesante tópico; sobre todo, si estimamos las consecuencias que a futuro se ciernen al respecto, estando planteado ante la Asamblea Legislativa una reforma integral al Código Penal.

VI. PROPUESTA DE REFORMA AL ACTUAL CÓDIGO PENAL Y ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL EN RELACIÓN CON LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

En la Asamblea Legislativa, efectivamente se encuentra el expediente número 11.871 que constituye el Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal, el cual, desde el día 22 de abril de 2003, cuenta con dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos.

En este proyecto de ley, en lo que aquí nos interesa, tenemos que se pretende regular lo referente a la inimputabilidad, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 29: Inimputabilidad

No es culpable quien en el momento de la acción u omisión, no posea, total o parcialmente, la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión a causa de desarrollo psíquico incompleto, de trastorno mental o de grave perturbación de la conciencia.” (el subrayado no pertenece al texto del proyecto).

Como puede verse, en este Proyecto de Ley, siguiendo la tesis aquí cuestionada de la jurisprudencia de la Sala Tercera y la tradicional del Tribunal de Casación, se elimina la distinción que naturalmente existe entre la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida y se aparejan idénticos efectos a ambos institutos jurídicos.

Con ello, la reforma así planteada, se hace acreedora de todos los inconvenientes que apuntábamos a esa inadmisibles equiparación.

Cabe afirmar que, también incurre en el vicio de incoherencia interna, pues, en el numeral inmediato siguiente, es decir, en el correspondiente al artículo 30, así como en los supuestos de los artículos 32 y 33, se regulan, por su orden, el error de prohibición vencible, la inexigibilidad de otra conducta y el exceso en las justificantes como supuestos que admitirían reproches disminuidos.

Igualmente, en el caso del homicidio atenuado, se prevé como una de las causales de atenuación *la emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable* (artículo 120 del Proyecto).

Aunque se eliminó, tal posibilidad, del caso de las lesiones, resulta evidente que esto, conforme a la redacción general, implica la despenalización de los supuestos de lesiones cuando estas se producen en *estado de emo-*

ción violenta que las circunstancias hicieren excusable, pues, como se dijo supra, esto implicaría la ejecución del hecho en un estado de imputabilidad disminuida de carácter transitorio.

Como puede verse, esto hace mucho más errática la reforma que, incluso, la regulación actual del Código Penal, al que, únicamente se le introduce las incoherencias apuntadas, vía interpretación jurisprudencial, siendo, como se ha demostrado aquí, posible una interpretación alterna, que armoniza los contornos del instituto doctrinalmente definidos, con el texto vigente del Código. En el Proyecto, si este llegara a convertirse en ley, se estaría entronizando un texto incoherente y contrario a lo que doctrinalmente se define como adecuado, según las recomendaciones sistemáticas de la Teoría del Delito.

Por lo dicho, es que nuestra propuesta de lege ferenda, respecto del actual Código Penal, es clarificar, a nivel legislativo, que la posibilidad de reducción del reproche también es un supuesto viable para los casos de imputabilidad disminuida, de conformidad con la menor reprochabilidad, que a nivel doctrinal se reconoce en estos casos; dada también la similitud estructural con los otros institutos analizados, que si tienen aparejada esa consecuencia en la normativa vigente.

Por lo dicho, bastaría con incluir, dentro del artículo 79 del Código Penal, la referencia a los casos de imputabilidad disminuida del artículo 43 *ibidem*.

CONCLUSIONES

- Jurisprudencialmente no se ha manejado adecuadamente las consecuencias referentes al presupuesto de la culpabilidad, cual es la imputabilidad.
- Tanto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como el Tribunal de Casación Penal, sostienen y toman partido, por la teoría normativa de la culpabilidad, que admite la graduación del reproche.
- Sin embargo, contrario a su punto de partida, en cuanto a la imputabilidad y, más concretamente, respecto de la imputabilidad disminuida, la Sala Tercera y la tesis tradicional del Tribunal de Casación Penal, abandona el criterio de la graduación y asimila estos conceptos.
- La posición de la Sala de Casación Penal y de la posición tradicional del Tribunal de Casación, crea una laguna de impunidad, al existir sujetos aún imputables que serían absueltos e introduce un factor de inconsistencia en el sistema jurídico penal cos-

- tarricense, pues, otros institutos penales tales como el error de prohibición vencible, el exceso en la legítima defensa y los supuestos de emoción violenta, efectivamente disponen reproches atenuados ante afectaciones parciales de la culpabilidad.
- El Tribunal de Casación Penal, en la resolución número 2004-214 y 2005-406, sostiene la tesis que dogmáticamente es mayoritaria y asumimos como correcta, en el sentido de que ante la imputabilidad disminuida subsiste el reproche, pero atenuado.
 - La diferenciación entre inimputabilidad, que excluye la categoría de la culpabilidad, e imputabilidad disminuida, donde el sujeto agente sería culpable, es ampliamente admitida por los principales sistemas europeos y latinoamericanos.
 - Correctamente interpretada la imputabilidad disminuida determinará la imposición de una medida de seguridad, cuando las necesidades de prevención especial así lo requieran (en el derecho penal de adultos) y la correspondiente sanción penal, sustentada en el principio de culpabilidad, ante la constatación de un hecho típico, antijurídico y culpable (que en el caso del derecho penal juvenil sería la única consecuencia viable).
 - En los casos de imputabilidad disminuida, entendemos que sería legítimo hacer una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico penal costarricense vigente, para dar cabida a una punición atenuada, incluso por debajo del mínimo de la pena del delito básico, si las circunstancias del caso así lo ameritan.
 - Sin embargo, con el fin de evitar dificultades en la aplicación práctica de las consecuencias de este instituto, hacemos la propuesta, de lege ferenda, en el sentido de que al artículo 79 del Código Penal, se agregue, como uno de los casos de posibles disminuciones del reproche, la imputabilidad disminuida.
 - Consideramos completamente desacertado el artículo 29 del Proyecto de Código Penal existente en la Asamblea Legislativa, que equipara los supuestos de imputabilidad disminuida con los de inimputabilidad, haciéndose así acreedor a todas las críticas que formulamos a la interpretación errónea que, a este respecto, ha hecho la Sala Tercera de Casación Penal y la tesis tradicional del Tribunal de Casación Penal.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN COSTA RICA

Dr. Omar Vargas Rojas**

I. INTRODUCCIÓN

En cualquier sociedad democrática, el sistema judicial constituye un pilar fundamental. Por esa razón, la Constitución Política establece como principio fundamental el que el Sistema Judicial sea un poder independiente. De esta manera, el Estado se asegura la libertad del juzgador para resolver conforme con su entendimiento de la ley y el derecho en general. La independencia judicial en sí es la condición objetiva que permite ejercer la jurisdicción sin presiones, amenazas, sujeciones o interferencias. Cada juez, al conocer y decidir, reúne y tiene la totalidad del Poder Judicial otorgado en la Constitución, pues como bien lo apunta (Ferraoli, 1994, p. 14):

En esta sujeción del juez a la Constitución y en consecuencia en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionales establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción, y de la independencia del Poder Judicial de los demás Poderes Legislativo y Ejecutivo.

De allí que en el ejercicio de la función, los jueces deben ser independientes; frente a las partes, la sociedad, frente a los restantes órganos del Estado, frente a otros jueces, magistrados y funcionarios administrativos. Como en muchos temas jurídicos, la independencia judicial no se garantiza exclusivamente con la promulgación de normas que así lo establezcan, sino que tiene especial importancia el conjunto de reglas informales que tienen vigencia en el contexto político y que son las que, finalmente, le dan vigencia real a un principio tan importante como la independencia judicial. Debe reconocerse que la independencia del juzgador es un postulado esencial de la función jurisdiccional, la cual sólo debe estar sometida a la ley. La independencia de cada juzgador es frágil. Por esta razón puede neutralizarse fácilmente mediante métodos sutiles e imperceptibles. La presente investigación pretende analizar la importancia de un juez independiente dentro de un sistema democrático. De igual forma, describir y analizar los factores (sociales, políticos, económicos y administrativos) que inciden o afectan la independencia judicial en Costa Rica.

II. EL PODER JUDICIAL EN LA HISTORIA DE COSTA RICA

Cuando se da la independencia, Costa Rica hereda el modelo español, el cual era seguidor del esquema francés. Como lo apunta (Guier, 1982, p. 588), nuestro legislador inicial tuvo especial cuidado en resguardar la integridad que debía tener el Poder Judicial, pues siendo el llamado a hacer justicia, no podía estar en manos de la misma junta de gobierno, sino de una autoridad distinta. Cuatro años más tarde, con la promulgación de la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de fecha 25 de enero de 1825, es cuando verdaderamente se estructura el Poder Judicial en Costa Rica. La Constitución le dedica un capítulo completo a lo que desde entonces se denomina Poder Judicial. En el artículo 87 se dispone que *El ejercicio de este Poder corresponde a una Corte Superior de Justicia, y a los Tribunales y Juzgados establecidos por la ley*, mientras que el numeral siguiente señala la forma en que se integra dicha Corte. En 1851 se emite la Ley Orgánica del Poder Judicial que estableció la organización de la justicia a través de la elección popular. En 1871, el general Tomás Guardia Gutiérrez obligó a la redacción de una nueva Carta Fundamental que estableció que el Poder Judicial quedaría conformado por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales y juzgados que la ley estableciera. El 29 de marzo de 1887 se emite la Ley Orgánica de Tribunales que, por primera vez, se refiere a la independencia judicial. Se trata de una normativa de trascendental importancia pues desde entonces se reconoce como presupuesto ineludible de la jurisdicción, la imparcialidad y dentro de ésta, la necesidad de un juez independiente. Más tarde, el 6 de setiembre de 1937, se dicta una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la que en términos generales sigue la misma línea de pensamiento. El 7 de noviembre de 1949 se emite la Constitución Política que aún está vigente. El antecedente de esta constitución es el triunfo de la Revolución de 1948 y el consecuente llamado a una Asamblea Nacional Constituyente. Precisamente, uno de los temas sobre los que se discutió arduamente fue el principio de independencia judicial. Al respecto el constituyente Baudrit Solera (Acta No: 88, Tomo II, p. 320), con gran criterio apuntaba que:

** Doctor en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia. Juez del Tribunal de Casación Penal. Profesor Adjunto de la Universidad de Costa Rica

Los Poderes no son independientes entre sí, (...) por cuanto entre ellos existe una interrelación constante. Lo exacto es decir, no que son independientes— lo que constituye un error— sino que entre ellos no existe subordinación.

La discusión reflejaba el interés de los constituyentes por delinear una clara distinción entre las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Distinción que se inicia separando en primer término los aspectos políticos y funcionales y posteriormente el tema económico. Al margen de las discusiones teóricas de la época y de la decidida influencia del principio clásico de división de Poderes, quedaba patente la necesidad de que la nueva Constitución garantizara, al menos formalmente, el consabido principio de división de Poderes o por lo menos la división de funciones. Producto de ese debate, se genera el consenso suficiente para aprobar finalmente el texto del artículo 9 que hoy nos rige. Norma que se complementa con los numerales 153 y 154. De la relación de estas dos últimas se deriva no sólo el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional, valga decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que también la independencia funcional, entendida esta como la exclusividad en la función de dirimir los conflictos con autoridad de cosa juzgada.

La independencia funcional del Poder Judicial, entendida como la independencia de cada juez y jueza en el caso concreto y no desde la perspectiva tradicional (autonomía de la estructura burocrática), no se ve reflejada en el artículo 154. La intención del constituyente en el sentido de garantizar la independencia del Poder Judicial, se refería fundamentalmente a su relación con los otros poderes del Estado. De allí que se tomara especial cuidado de tutelar los aspectos relacionados con el nombramiento, reelección y remoción de magistrados y se olvidara por completo de los demás jueces de la república. Es claro el mensaje que se envía a los otros Poderes del Estado cuando se establece que la única subordinación del órgano jurisdiccional, al momento de resolver los casos sometidos a su conocimiento, es en relación con el ordenamiento jurídico. Como bien lo apunta (Mora, 2001, p. 13):

Es por ello, que uno de los puntos más controversiales, lo sea el nombramiento o elección de sus miembros, lo que ha ideado la creación de una serie de sistemas que garanticen la imparcialidad de los servidores del Poder Judicial. Entre otros, los constituyentes analizaron la inamovilidad de los Magistrados, la carrera judicial, tiempo de duración y forma de remoción de tales funcionarios.

Desde ese momento, algunos de los Constituyentes advirtieron el germen donde se gestaba uno de los problemas fundamentales de la independencia judicial. Nos referimos a la carrera judicial y más propiamente a la inamovilidad de los miembros. Incluso, la preocupación de algunos se extendía a toda la estructura judicial y al colegio de jueces y no solamente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Es en tal sentido el constituyente Ortiz (acta No: 140, p 185, Tomo III), argumentó:

Que la base de la inamovilidad de los Magistrados es la carrera judicial, que desgraciadamente no existe en Costa Rica. La magistratura es el último peldaño de una larga y penosa carrera de abogado (...) Pero antes de otorgar la inamovilidad es necesario organizar la carrera judicial, de abajo para arriba, y no de arriba hacia abajo como se pretende.

La preocupación externada por el Constituyente Ortiz, no pasó de ser una inquietud personal que no encontró eco en la Asamblea Legislativa. Mucho menos en las instancias administrativas del Poder Judicial. Situación que resulta absolutamente entendible pues implicaba una pérdida de poder y control sobre los que administran justicia. Fue necesario que pasara casi medio siglo para que se dieran los primeros pasos en el tema de la carrera judicial.

Con el señalado artículo se dio un primer paso en cuanto al tema de nombramientos de los miembros de la cúpula del Poder Judicial. Por un lado se evidenciaba la vulnerabilidad de una institución en donde los nombramientos de los jefes quedaban a expensas de los cambios de gobierno. Problema que se mitigaba, aunque del todo no se resolvía, ni se ha resuelto, con la tesis adoptada. Quedaba pendiente todavía el aspecto relacionado con la independencia económica. Según veremos, no puede existir una verdadera independencia, mientras no se cuenten con los recursos económicos necesarios que permitan desarrollar la función. Lo cierto es que el Constituyente no contempló ninguna norma relacionada con el financiamiento de los servicios de justicia. La precaria situación en que se encontraba el Poder Judicial de Costa Rica generó un movimiento de reforma a lo interno de la institución. Incluso, el Magistrado Evelio Ramírez elaboró el proyecto de reforma del artículo 177 de la Constitución Política. Según se establecía en la exposición de motivos, la independencia es uno de los principios fundamentales de la administración de justicia, pero, como señala (Mora, 2001, pp.-19-20)

Para que surta plenamente sus efectos, debe complementarse con una relativa autonomía económica, que le permita al Poder Judicial cumplir, satisfactoriamente los altos fines que la Constitución y las leyes señalan.

La propuesta de reforma presentada por la Corte Suprema de Justicia fue acogida no solo por la sociedad civil, sino que también por las autoridades de gobierno y por el primer Poder de la República, convirtiéndose rápidamente en ley de la República.

III EL JUEZ EN EL ESTADO COSTARRICENSE

De las diversas constituciones que ha tenido Costa Rica, no se advierte la existencia de un tratamiento profundo y serio respecto al papel que desempeña o debe cumplir el juez dentro de la sociedad costarricense. La verdad es que sobre el particular se ha mantenido una posición extremadamente pasiva y hasta indiferente sobre la administración de justicia. Como bien lo señala Cruz, citando a Zaffaroni (Cruz, 2003, p. 87):

Por una serie de factores histórico-sociales, siempre ha existido razones ideológicas y coyunturales que explican la invisibilidad política del tema judicial. Nunca se ha entablado un verdadero debate sobre el modelo judicial. Los partidos conservadores no tienen ningún interés en el tema y las agrupaciones políticas más progresistas, se ocupan de otros problemas. Prevalece una imagen imprecisa sobre un juez "aséptico" al que el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza.

En la historia de las instituciones democráticas del país no se ha dado ningún debate sobre el modelo de justicia que se necesita de cara a la realidad que nos circunda. Prueba de ello es que si bien se han aprobado algunas leyes de gran importancia para la administración de justicia y para la vida del país, tales como la creación de la Sala Constitucional, el modelo constitucional del Poder Judicial se ha mantenido incólume. Por ello es que el esquema piramidal planteado por Napoleón y heredado por nuestros primeros antepasados, se mantiene vigente. De las normas constitucionales referidas al Poder Judicial, no resulta posible colegir una clara definición jurídico material sobre la función judicial en una sociedad democrática. El enfoque del constituyente se orientó a la independencia de los otros Poderes y órganos constitucionales, pero no desde la óptica del juez ante el caso concreto. Concordamos con el profesor Cruz (2003, p. 87) cuando señala que:

...todo el capítulo sobre el Poder Judicial ignora al juez como sujeto protagonista de la función jurisdiccional, refiriéndose, exclusivamente, a la institución o a los miembros de la cúpula judicial. La norma comentada no incide en la independencia interna de los jueces, ni tampoco tiene un efecto determinante respecto a su estructura orgánica.

Eso ha provocado una distorsión respecto del Poder Judicial de Costa Rica. Al punto que cuando se habla de esta institución no se visualiza al juzgador en el caso concreto frente a los hechos que le son sometidos a su conocimiento y la prueba que respalda las tesis de los litigantes, sino, fundamentalmente, a la estructura burocrática que le sirve de soporte. Situación que se ve reforzada con el artículo 156 constitucional que expresamente señala que la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil. De la simple lectura de la norma citada, los funcionarios judiciales encargados de administrar justicia, tienen claro que se encuentran sometidos a un sistema piramidal, vertical, donde los subalternos les deben obediencia y consideración a los superiores. Sistema napoleónico que si bien fue eficaz para el sometimiento del ejército, no resulta apropiado para la administración de justicia, donde entran en juego otros principios y valores. Como bien lo apunta (Zaffaroni, 1994, p. 55-56):

...el modelo napoleónico debilita la independencia del juez: el poder judicial deja de serlo, se desvincula de la ciudadanía, pierde independencia frente al Poder Legislativo, desembocando en una clara dependencia frente al Poder Ejecutivo, instituyendo un modelo de juez burocratizado, inserto en una fuerte estructura jerarquizada de tipo militar, con un severo y arbitrario sistema de sanciones.

Esta verticalidad, unida a la existencia de controles administrativos sobre los jueces distintos a los jefes, hace que la justicia costarricense presente fisuras importantes en cuanto a los valores que las sustentan. En síntesis, la normativa constitucional no establece ni desarrolla el concepto de justicia a partir del ejercicio propio que realizan los jueces en el caso concreto. La única referencia importante es con relación al nombramiento y reelección de los magistrados, invisibilizando por completo los demás miembros de la judicatura. La preocupación del constituyente se orientó fundamentalmente a establecer la independencia en relación con los otros Poderes del

Estado. Esto es, se basó fundamentalmente en el tema de la independencia externa, dejando de lado lo relacionado con la independencia interna.

IV. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU IMPORTANCIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

No cabe duda que el concepto de independencia es polisémico y da lugar a diversas interpretaciones. En primer término se suele identificar con la imparcialidad o neutralidad del juzgador con respecto al conflicto jurídico sometido a su conocimiento. Sin embargo, aunque ambos se encuentren relacionados, constituyen conceptos diferentes. La imparcialidad es un valor o presupuesto inherente a la jurisdicción que supone la existencia de un juez independiente. En otros términos, una justicia sometida a otros poderes o a estructuras administrativas dentro del propio Poder Judicial, difícilmente puede reputarse como imparcial. La independencia es un mecanismo por medio del cual se intenta eliminar cualquier tipo de injerencia o subordinación de Derecho para el juez con respecto a factores exógenos al ordenamiento jurídico, mientras que la imparcialidad son modelos de actitud distintos a las categorías jurídicas. De allí que se considere que una de las principales características de la actividad jurisdiccional es la de su imparcialidad. Es decir, que el juez al resolver el caso concreto se encuentra en una posición super-partes, ajeno al conflicto y por encima de los intereses que se discuten. De esta forma adquiere una total independencia frente a las partes y frente a los sectores exógenos al proceso, incluyendo desde luego las estructuras internas de la organización judicial. La independencia del juez, por tanto no es más que aquella institución jurídica en virtud de la cual el sistema delimita con precisión el sector del ordenamiento que encierra los elementos relevantes para el juez a la hora de ejercer jurisdicción, desconectando a éste de los sectores sistémicos que por su mayor grado de indeterminación o por contener información escasamente elaborada parece conveniente excluir de lo que ha de constituir el núcleo argumentativo y de actuación con arreglo al cual el juez debe aplicar jurisdiccionalmente el Derecho.

Con la independencia del juzgador, se establece su desvinculación con los otros órganos del Estado, se pretende que la única influencia que reciba el aplicador del derecho provenga directamente del ordenamiento jurídico. Valga decir, que la interpretación y aplicación que se haga de las normas, dimana de su sólida formación profesional. Desde luego, que la independencia es un concepto abstracto que debe materializarse en la realidad de los hechos. De allí que como categoría jurídica puede y deba estar revestida de una serie de disposiciones

contenidas en el ordenamiento jurídico encaminadas a salvaguardarla y protegerla de manera abstracta. El ordenamiento establece una serie de mecanismos encaminados a complementar el instituto de la independencia precisamente en aquellos aspectos en los que éste no es garantía suficiente para asegurar la corrección de la aplicación normativa por tener que hacer frente a realidades de hecho ante las cuales la categoría abstracta de la independencia es obviamente inefectiva. El problema entonces, no es tanto una cuestión jurídica, sino más bien un tema propio de la realidad social, donde se busca la materialización de los postulados formales contenidos en las normas. Esta independencia de hecho sólo se alcanza cuando exista materialmente una desconexión del juez con relación al mayor número posible de subordinaciones de naturaleza fáctica, capaces de condicionarlo con la misma eficacia de las subordinaciones jurídicas, las cuales se intenta neutralizar con la independencia de derecho. Con ello se quiere puntualizar que con la independencia del derecho se logra controlar una serie de mecanismos que atentan contra la libertad del juzgador al momento de resolver los asuntos de su competencia, tales como la carrera judicial, el monopolio de la jurisdicción, el régimen de incompatibilidades, el juez natural, entre otros. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no puede eliminar todas las posibles fuentes de subordinación o afectación fáctica que surgen de la propia interacción social. Como bien lo señala (Requejo, 1989, p. 170):

En definitiva, la independencia debe ser entendida como una institución jurídica consistente en la ausencia de todo tipo de subordinación jurídica del juez. Ahora bien, la idea de independencia es siempre relativa, referencial; se es independiente con respecto a algo, y por ello sólo el conocimiento de 'algo' puede hacer entender en toda su extensión la concreta posición en la que se quiere ver frente a ello a la otra parte de la relación a la que se independiza .

De conformidad con lo anterior, la independencia no constituye un fin en sí mismo, sino que cobra sentido en la medida de que la desvinculación con los diversos sectores refuerce la garantía del sometimiento del juzgador al ordenamiento jurídico. Solo puede tutelar el ordenamiento cuando se es independiente. Desde luego que tampoco resulta suficiente la mera enunciación o existencia formal de las medidas. Es necesario atender la forma en que opera en realidad, pues más importante que la existencia formal, es la materialidad en que se desenvuelven y la garantía no está en su vigencia formal, sino más bien en su aplicación práctica. La correcta aplicación de las normas jurídicas no requiere de otros

principios diferentes al imperio de la ley. Al respecto, la jurisdicción, entendida como la facultad que tiene el Estado de dictar sus propias normas no necesita de garantías adicionales distintas a la igualdad ante la ley e independencia judicial. La independencia e igualdad ante la ley constituyen un todo unitario cuyas diferencias afectan más al modo peculiar en que cada uno de estos principios se estructura y al ámbito en que se despliegan su eficacia que al fundamento y finalidad a que responden ambas instituciones. Cuando la Constitución Política de Costa Rica, en el artículo 33 dispone que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, lo que garantiza es la igualdad en una doble dimensión. Por un lado, la igualdad de trato respecto al ordenamiento jurídico y por otra, la igualdad en las normas. Es decir, las normas jurídicas deben ser correctamente aplicadas a todos los ciudadanos de la República y además, en las mismas no puede contemplarse ciertas diferencias realmente existentes entre los ciudadanos, a partir de las cuales se genera las realidades sociales de cada individuo. Como lo señala (Hernández, 1994, Vol. II, p.646):

La igualdad en la aplicación de la ley obliga a que todos los operadores jurídicos la apliquen efectivamente de forma igual para todos aquellos que se encuentran en la misma situación de hecho, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma.

Se trata de aplicar de forma semejante a quienes se encuentran en la misma situación fáctica. Tratar igual a quienes son iguales. Se debe de tomar en cuenta las desigualdades que como realidad existen y a partir de allí estructurar el ordenamiento jurídico. En otros términos, en la creación del Derecho puede y debe tomarse en cuenta, a la hora de seleccionar los criterios con los cuales se van a ponderar las relaciones jurídicas, todas las desigualdades existentes. Distinto ocurre cuando nos referimos a la aplicación de tales normas, en cuya hipótesis es cuando verdaderamente opera el principio de igualdad. Es decir, el aplicador del derecho debe impartir justicia de manera igualitaria a todos los sujetos. Los principios de igualdad e independencia constituyen, por tanto, instrumentos a través de los cuales el ordenamiento pretende reforzar el principio de juridicidad, asegurando que en la aplicación de las normas jurídicas se atenderá exclusivamente al contenido exacto de las mismas (igualdad) y que a los efectos de tutelar el ordenamiento el juez está subordinado exclusivamente a la totalidad del sistema y facultado para fiscalizar las

sucesivas aplicaciones normativas teniendo como único parámetro el conjunto del ordenamiento estructurado sobre la base del principio de jerarquía normativa. Por supuesto que no puede pasar desapercibido que el ordenamiento jurídico lo que pretende es regular las relaciones sociales a través de normas coactivas por lo que resulta esencial establecer la legitimidad suficiente a la específica aplicación de una norma y de forma más genérica, al ordenamiento jurídico en su integridad. Desde luego que la participación democrática en la formación del ordenamiento jurídico adquiere una significativa legitimación para el sistema, pues a través de sus representantes, libremente escogidos por el pueblo, se logra no sólo la participación y beneplácito de quienes habrán de ser los destinatarios de las normas finalmente establecidas, sino que además se acompaña de un serie de fases subsiguientes en torno al principio de juridicidad. De allí que se pueda indicar con (Ferrajoli, 1989, p. 584) que:

Los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos –verdad y libertad– que legitiman la jurisdicción. Y es que exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes externos a ellas, y en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio.

Distinto es la última fase, nos referimos al ámbito de aplicación de las normas jurídicas, donde si bien se nutre de los principios de igualdad ante la ley y de independencia judicial, la legitimación no se adquiere con la simple razonabilidad de la norma, ni resulta posible invocar el principio de participación democrática. Se trata de una legitimación de ejercicio.

La legitimación de la función jurisdiccional es distinta de las otras funciones provenientes de los demás poderes del Estado. Incluso cuando el ordenamiento jurídico se refiere al Poder Ejecutivo, todos tenemos claro que el mismo se constituye con el Presidente de la República y el ministro del ramo. Sin embargo, cuando se trata del Poder Judicial, el mismo no se conceptualiza como la estructura burocrática que le da soporte, o bien, con los miembros de la más alta jerarquía, sino más bien, el Poder Judicial se materializa en cada juez o jueza de la República que conoce y resuelve el caso concreto. De allí que la legitimación de uno y otro poder son totalmente distintos.

V. FACTORES QUE AFECTAN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN COSTA RICA

Los poderes judiciales no constituyen una isla dentro del engranaje social de los Estados, sino que éstos se relacionan estrechamente con los distintos componentes de la comunidad. De forma que reciben y ejercen influencia sobre los demás. Para entender la función judicial se requiere un análisis del contexto sociopolítico en el que opera, pues no se trata de un ejercicio en el vacío. La estructura social determina el contenido de los valores utilizados por la autoridad jurisdiccional al resolver o redefinir los conflictos que se someten a su conocimiento. Las decisiones se ven influidas, de alguna manera, por la opinión pública, la escala de valores imperante y las fuerzas económicas y políticas.

A) Factores sociales

Independientemente del marco constitucional y legal establecido en relación con la administración de justicia, en la práctica, ésta se ve afectada por diversos factores sociales. Dentro de ellos se encuentran los juicios paralelos, presiones y amenazas, así como la existencia de actos de corrupción.

A.1) Juicios paralelos

Uno de los avances más significativos en los últimos años es el incremento y modernización de los medios de información colectiva. Ese avance tecnológico permite que sin importar el lugar y el momento en que se produzca un hecho relevante, el mundo conozca de su existencia prácticamente de forma simultánea. Con los procesos de globalización, la información se genera de forma constante e inmediata. Ello ha traído grandes beneficios a la humanidad, puesto que las decisiones se pueden tomar de manera más informada y consciente de las repercusiones que puede tener. De ello se deriva que la mayor o menor circulación de información en un determinado país, muestra la mayor o menor soberanía del pueblo y su participación política. Sin embargo, ese avance tecnológico, o más concretamente, el uso y especialmente el abuso que se le ha dado a los mismos, también han traído algunos efectos negativos. Dentro de estos se ubica lo que la doctrina denomina, los juicios paralelos. Según lo define (Espín, 2004, p.1)

...puede entenderse por juicio paralelo el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto sub iudice (aunque se trate simplemente de fases indagatorias iniciales a cargo del Ministerio Fiscal), a través de las cua-

les se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso (de juicio paralelo) en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor, así como muy frecuentemente, de juez.

El juicio paralelo tiene sus propias connotaciones que lo hacen particular. Por un lado, se trata de las informaciones surgidas a raíz de un proceso judicial. Proceso que se conoce en las instancias judiciales y que todavía está pendiente del fallo definitivo y firme. De allí que los medios de información colectiva le dediquen un tratamiento y una cobertura especial, dentro de la cual se destaca la constancia. Es decir, la regularidad y seguimiento de los acontecimientos. Sin embargo, los medios de prensa, además de informar sobre los hechos, proceden a realizar juicios de valor de forma velada o explícita a través de comentarios, editoriales o análisis de presuntos expertos, donde directa o indirectamente muestran ante la opinión pública, o a un importante sector de ella, a las personas involucradas como culpables o inocentes de los hechos investigados, o pretenden con ello persuadir a los jueces sobre la forma en que se supone debe resolver. Con ello no sólo se afecta la imparcialidad del juez, sino también la presunción de inocencia. Este principio básico del derecho se viola cada vez que los medios de comunicación colectiva sugieren y presionan a los administradores de justicia respecto a la forma en que consideran que deben resolver un caso concreto. También es contraria a la Constitución la práctica periodística de hablar de presuntos culpables, presuntas anomalías, o expresiones similares. La razón estriba en el hecho de que por esta vía, se invierte la carga de la prueba y se pone a la persona en situación de demostrar su inocencia, cuando, en realidad, la Carta Magna garantiza que toda persona es inocente hasta que en sentencia firme se le declare culpable, según se desprende del artículo 39 constitucional. En estos casos, el ejercicio de la libertad de prensa se torna abusivo, pues deriva en un doble juicio, paralelo al que eventualmente tiene lugar ante los Tribunales de Justicia, con el agravante de que en el juicio ante la prensa la persona no goza de las garantías que, en sede jurídico procesal, disfruta de manera incuestionada. En síntesis, si bien se reconoce la libertad de expresión y opinión como un derecho fundamental en la sociedad costarricense y en cualquier sociedad democrática, también existen otros intereses públicos a los que en ciertas oportunidades y bajo reglas preestablecidas deben dársele preferencia. Así como el reconocimiento judicial de los derechos fundamentales

de los distintos participantes del proceso puede a veces requerir la libertad de prensa, también es necesario imponer limitaciones para proteger los derechos públicos.

A.2) Presiones indebidas

La independencia del juez frente al caso concreto no es exclusivamente un problema jurídico. Si bien el marco normativo constituye una importante herramienta de prevención y protección, lo cierto es que ante todo, se trata de una cuestión social. En la actualidad nadie pone en tela de juicio la dificultad y complejidad de los conflictos, los que se relacionan estrechamente con los intereses públicos y privados que entran en juego. Como bien lo señala (Hernández, 1991, p. 175)

Cada vez menos cosas resultan ajenas a la sociedad en su conjunto, puesto que las conductas no se producen de forma aislada; cada acto humano repercute de alguna forma en los demás ciudadanos, y el ámbito de actuación de cada persona está constreñido, incluso físicamente, por la concurrencia de otros sujetos.

De esta forma, la realidad social en la que se encuentra imbuída la administración de justicia afecta, de forma positiva o negativa, el ejercicio de ésta. Dentro de esos tenemos en primer lugar las presiones indebidas. El juez, como funcionario público que es, se encuentra inmerso dentro de un marco normativo que le marca las pautas que debe seguir en el desempeño de sus funciones. De igual forma, se encuentra obligado a rendir cuentas de sus actos. Por eso es que resulta natural al ejercicio de la función que se vea sometido a diversas presiones. No obstante, tales presiones son consustanciales al desempeño de su función y no implican ninguna anomalía o afectación real a la independencia judicial. Dentro de esas presiones, que podemos denominar como *legítimas*, se encuentra la aplicación estricta del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, la observancia de los deberes éticos del funcionario judicial, etc. De manera que el desempeño de cualquier función pública, pero especialmente la labor de impartir justicia, lleva implícito algún grado de presión que resulta inevitable a la labor desplegada. Sin embargo, nos referimos más bien a aquellas presiones ilegítimas que intentan que el juzgador resuelva de una determinada forma o acale ciertas directrices o lineamientos respecto a la forma en que debe fallarse un determinado caso. Por tratarse de mecanismos contrarios a derecho, generalmente los mismos se producen de manera velada, aprovechando relaciones de jerarquía administrativa y mediante mecanismos sutiles, todo lo

cual dificulta la investigación de los mismos. La historia judicial costarricense no escapa a esta realidad. Según el estudio de Inecip (2002, p. 35), del total de entrevistados (50 jueces, 50 defensores públicos y 50 fiscales) un 34 % de los jueces señaló la existencia de injerencias indebidas consistentes en llamadas telefónicas, medidas administrativas, instrucciones verbales y escritas. Ciertamente, Costa Rica no presenta los niveles de otros países latinoamericanos, donde la presión e intimidación a los jueces es constante y asfixiante. Sin embargo, no podemos pasar desapercibida esta preocupante situación, generada fundamentalmente por la estructura piramidal en que se organiza el Poder Judicial, por la cultura de sumisión a que se encuentran sometidos los jueces de la República y por la ausencia de mecanismos transparentes y efectivos que resguarden la integridad del juez en el caso concreto y de la justicia en general.

A.3) Amenazas

Otro de los problemas sociales que afecta la administración de justicia, especialmente la penal, en toda Centroamérica y en la cual Costa Rica no es la excepción, es la obstrucción de los procesos mediante amenazas a testigos, fiscales, jueces y en general, a los distintos operadores del sistema. La intimidación se configura por aquella amenaza o anuncio, realizado de forma directa o indirecta, de provocar un daño al amenazado o a un tercero, para obligarlos a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad. Lógicamente, la amenaza a la cual nos referimos se encuentra estrechamente vinculada con algún proceso judicial, en donde quien realiza la amenaza pretende torcer la voluntad del funcionario para que éste resuelva de una determinada forma, formule o no la acusación por determinada conducta, deje de promover un proceso ya iniciado, comparezca o se abstenga de hacerlo como testigo o declare de una forma específica. La amenaza también puede ser simbólica o encubierta. En relación con el tema de las amenazas personales contra los distintos operadores del sistema judicial, el informe de la Inecip (2002, p. 42) de manera precisa señaló:

Respecto a las amenazas personales de los funcionarios judiciales, la situación a la fecha es crítica: no existen ninguna normativa, procedimiento, mecanismo de protección adecuado y eficaz. En la actualidad ha sido un tema evadido por las autoridades del Poder Judicial Costarricense.

No obstante la gravedad de la situación que se denunciaba en el año 2002, el país en general y el Poder Judicial en particular, no tomó acciones concretas para erradicar o mitigar el problema. El tema no pasó de ser una

simple preocupación, sin que ésta fuera acompañada de acciones concretas y efectivas. Fueron más bien los propios afectados, sobre todo fiscales, quienes propusieron algunos mecanismos de autoprotección. A pesar de la apatía inicial mostrada por las autoridades del Poder Judicial en torno a la seguridad personal de las y los funcionarios judiciales, el tema fue incorporándose poco a poco en la agenda del Poder Judicial, lográndose en primera instancia la creación de una Comisión Especial, integrada por representantes de los diversos sectores judiciales, que generó la creación de un Protocolo para la Seguridad de los Jueces y Juezas. Protocolo que en su momento fue acogido por la Corte Suprema de Justicia, quien no sólo lo avaló, sino que también redactó un proyecto de convenio de seguridad con el Ministerio de Seguridad Pública, mismo que inicialmente fue aprobado por la Corte Plena en el artículo XVI, de la Sesión N° 03-2004, de las 8:30 horas, del 2 de febrero de 2004, y que posteriormente mediante acuerdo 24-CG-04 del año 2004 se concretó. Convenio en el cual el Ministerio de Seguridad Pública se comprometía a brindar las condiciones necesarias para la protección de los fiscales, jueces, funcionarios judiciales en general, y testigos o víctimas en juicios de relevancia, que por la naturaleza de sus testimonios requieran de protección especial (delincuencia organizada, narcotráfico, etc.). Ello podría significar una solución inmediata, de urgencia, ante la crisis de seguridad existente. Sin embargo, nos parece que el tema de la seguridad de los funcionarios judiciales es un asunto de competencia directa del Poder Judicial. Si la propia Constitución Política ha establecido la independencia de esta institución frente a los otros Poderes y si bien puedan existir convenios de cooperación entre ellos, no conviene que la seguridad de los administradores de justicia quede en manos del Poder Ejecutivo. No es un problema de simple ubicación, sino que también entran en juego otros componentes más profundos y de gran significación social, como son la credibilidad en el sistema, la confianza en el Poder Judicial, el peligro de politización y de vinculación del Poder Ejecutivo con los funcionarios protegidos, situación que podría afectar eventuales investigaciones. Un segundo paso dado por el Poder Judicial Costarricense, donde no sólo se reconoce la existencia de una problemática en torno a la seguridad de los administradores de justicia, sino que además se orienta a la búsqueda de soluciones al problema se dio en la sesión de Corte Plena del 23 de mayo de 2005, donde se acordó incluir en el proyecto de presupuesto la creación de la Unidad de Seguridad de Funcionarios con diez servidores, adscrita al Organismo de Investigación Judicial. Con ello no sólo se mitiga momentáneamente el problema de la seguridad personal de los funcionarios, sino que también se enerva el peligro que implicaba delegar esa función al Ministerio de Seguridad Pública.

Por supuesto que se trata de un inicio, puesto que el problema de la seguridad es mucho más complejo. En éste deben atenderse factores de diversa naturaleza, tales como la eficiencia y eficacia de la propia administración de justicia, puesto que la impunidad genera frustración. Además de la creación de cuerpos policiales especiales, debidamente capacitados en la materia, deben emitirse normas de protección de los sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia. Ello debe ir aparejado de una agresiva campaña que alerte a los ciudadanos sobre la práctica y peligros de la intimidación y a su vez le informe sobre los derechos y medidas de protección con que dispone el país para afrontar los mismos. Finalmente, debe existir una clara definición de la política de persecución penal por parte del Ministerio Público en relación con este tipo de hechos, orientada a desterrar la cultura del miedo y del terror por parte de los ciudadanos, para que éstos recobren la confianza en el sistema judicial y además de denunciar los hechos ilícitos, acudan libremente a declarar cuando sean llamados como testigos de un hecho. En ese sentido valga anotar los esfuerzos desplegados para la creación, dentro del Ministerio Público, de una Oficina de Atención a la Víctima, donde no sólo se le ofrece información, sino que también se le brinda algún tipo de orientación y asesoría respecto a los hechos denunciados.

A.4) Corrupción

Otro factor social que afecta a las instituciones democráticas es la corrupción, la cual puede generar graves daños a los países en desarrollo debido a su efecto demoleedor sobre el imperio de la ley, la legitimidad del sistema y la transparencia internacional. La corrupción afecta no sólo a las partes directamente involucradas en la contienda, sino que incide en todo el engranaje social dado que existe una estrecha vinculación entre ésta y la credibilidad en la instituciones. Se trata de un fenómeno tan variado y complejo que incide incluso en aspectos tan lejanos a la administración de justicia como la posibilidad de que exista inversión extranjera en el país. Desde la óptica popular se visualiza la corrupción como cualquier abuso hecho por un funcionario público de las potestades conferidas por el ordenamiento con el propósito de obtener un lucro o beneficio.

En Costa Rica, existen una serie de factores que constituyen el caldo de cultivo sobre el cual se asienta la corrupción en las instituciones. Dentro de esos podemos enumerar, entre otros, la invisibilidad del poder, su ejercicio secreto e informal. La existencia desorbitada de

fueros privilegiados de juzgamiento, donde se incluyen a una gran cantidad de funcionarios que no deberían incluirse, se excluyen otros, pero además, se les otorga un trato preferente, desigual e injustificado. Otro de los aspectos de vital importancia lo constituye los partidos políticos, los cuales, sin lugar a dudas juegan un papel preponderante en la democracia, también tienen una gran responsabilidad en cuanto al tema de la corrupción. Nos referimos de manera concreta a la financiación de los partidos políticos, que por su propia naturaleza y dinámica propicia la reserva y ocultamiento de sus datos.

Paralelo al estudio y modificación de los puntos vulnerables del sistema, debe verificarse también un reforzamiento de los instrumentos jurídicos con los cuales se debe enfrentar la corrupción. Desde esta perspectiva debe dotarse al Ministerio Público de más recursos, humanos y materiales para llevar a cabo las investigaciones. Pero además, debe tener la suficiente autonomía económica y funcional, así como el apoyo político para desarrollar las mismas. Junto a ello deben modificarse las normas procesales y sustantivas que faciliten este tipo de investigaciones e impidan la impunidad en este tipo de delincuencia. Dentro de esta categoría se puede mencionar la modificación de las reglas de prescripción para impedir que el funcionario corrupto se aproveche del ejercicio de su cargo y su poder para bloquear la investigación y buscar la prescripción de la acción penal. La posibilidad de convertir imputados de menor participación en testigos. Autorizar las intervenciones telefónicas en este tipo de delitos, así como la potestad de levantar el secreto bancario. Creación de algunos tipos penales que sancionen el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada, entre otros. No cabe duda de que la mejor política anticorrupción es tener mecanismos de transparencia y rendición de cuentas que permitan a los ciudadanos conocer y fiscalizar la labores de los funcionarios públicos.

B). Factores políticos

Desde la óptica de la independencia funcional y relacionada directamente con la independencia externa del Poder Judicial, el artículo 154 constitucional establece que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, con lo cual se orienta hacia esa independencia funcional. No obstante, esa disposición formal categórica, existen una serie de factores que influyen en la toma de decisiones de los juzgadores. Dentro de estos, uno de los más importantes son los factores políticos. De ellos el tema de la elección de los magistrados ocupa un lugar preponderante. De acuerdo con la teoría de la división de poderes, Costa Rica adopta la propuesta de Montesquie estableciendo el Poder Ejecutivo, El Legislativo y

El Judicial, cada uno con funciones y autonomía propia. Sin embargo, corresponde a la Asamblea Legislativa la elección de los máximos jerarcas del Poder Judicial. Teniendo claro que la Asamblea Legislativa constituye la más clara manifestación de los grupos de poder económico y político del país, es factible colegir la fragilidad de la independencia judicial.

B.1) Nombramiento de Magistrados

Uno de los temas que más se ha discutido en Costa Rica y se sigue discutiendo es la forma en que se eligen los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Desde los inicios del siglo anterior, el maestro Zambrana, citado por Antillón (2004), señalaba el peligro para la democracia en general y para la administración de justicia en particular, la injerencia del Poder Legislativo en el nombramiento de los altos jerarcas del Poder Judicial. Según se quejaba el citado jurista, en nuestro país:

...tenemos en los pueblos nuestros justicia a veces docta, pero nunca independiente de veras. En Costa Rica se nombran los Magistrados por el Congreso Legislativo, lo cual ata indispensablemente los primeros a las pasiones de la política, por más que en la teoría se mantenga el principio de que los jueces no deben dejarse perturbar por ellas, como si se dijera de una persona a quien se priva de alimentos no debe sentir hambre.

Recordemos que en Costa Rica los magistrados son nombrados por la Asamblea Legislativa, quienes discrecionalmente eligen a los jerarcas del Poder Judicial. Ahora bien, tradicionalmente ha existido un bipartidismo político, los que, independientemente del grupo en el poder, alternativamente se luman el escogimiento del magistrado. De manera que al margen del grupo político que lo llevó al puesto, lo cierto y relevante es que fue uno de los partidos mayoritarios y gracias a la existencia de un acuerdo. En ese sentido Dall'Anese (2000, p.22) considera que:

En Costa Rica la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser independiente políticamente hablando, en cuanto los dos principales partidos políticos se distribuyen el nombramiento de los magistrados, uno hoy para un partido y otro mañana para otro partido. Aunque en la práctica –de momento– no se detecta actividad política en las resoluciones judiciales, se está caminando por la cuerda floja en este sentido.

Tal sistema de elección, al menos implica un riesgo de afectación a la independencia judicial, pues hipotética-

mente pueden surgir compromisos previos a la elección. La independencia e imparcialidad de la justicia en general y de cada juez en particular ha sido una preocupación que se ha ensanchado en los últimos años. De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por la Asamblea Legislativa por periodos de ocho años y se consideran reelectos por plazos iguales, salvo que las dos terceras partes de la totalidad de la Asamblea dispongan lo contrario. Con anterioridad al 2003, el nombramiento de magistrados se hacía mediante mayoría simple, excepto los de la Sala Constitucional, que requería la mayoría calificada. Sin embargo, el procedimiento era sumamente cuestionado puesto que era el partido en el gobierno, quien usualmente tenía la mayoría parlamentaria, el que podía nombrar directamente y sin la anuencia de las demás fracciones, el magistrado de su predilección, con lo cual se ensanchaba aún más la politización en el nombramiento. Ello generó que mediante Ley 8365 del 24 de junio de 2003, publicada en La Gaceta No. 146 del 31 de julio de 2003, se estableciera la necesidad de que el nombramiento de todo magistrado o magistrada, independientemente de la Sala que fuere, se nombrara mediante la mayoría calificada. No obstante la citada reforma, todavía continúa vigente la polémica en torno al mecanismo a través del cual se nombran los jerarcas del Poder Judicial. Cada vez que corresponde la elección de algún magistrado o magistrada, surge la discusión respecto a la politización del mismo. Como señala en el informe de Inecip (2002, 9. 13)

El procedimiento de nombramiento de magistrados en nuestro país, ha sido fuertemente criticado, en especial, cuando ante la opinión pública aparece como una 'negociación política'. Durante el año, se hicieron seis nombramientos de magistrados en diversas salas de la Corte Suprema de Justicia a través de la elección indirecta por medio de la Asamblea Legislativa. Como lo apunta Wilberth Arroyo Álvarez, Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 'mucho se ha discutido en torno al tema y mucho falta por decirse. Ha habido muchos proyectos de reforma legal y constitucional –hoy archivados– que nacen al calor de la discusión de cada nombramiento o selección de algún magistrado. Las lógicas diferencias políticas de cada partido en la Asamblea, todos con importantes cuotas de poder, hacen pensar que la forma por la que se nombra a esta clase de funcionarios debe ser sumamente cuidadosa para no afectar un Poder de la República que como tal poder político, es pilar fundamental del Estado de Derecho que vivimos y disfrutamos los costarricenses.

En razón de lo anterior y siguiendo el modelo italiano, se propone la creación de un órgano de rango constitucional, independiente del Poder Ejecutivo y del Legislativo, especializado en la función de gobierno judicial. Se conformará por sectores distintos, es decir, de forma heterogénea y con una clara base democrática. En primer lugar, el Consejo se integra por una mayoría de jueces de carrera, elegida a través del sufragio directo y secreto de todos los jueces del Poder Judicial. La elección directa permite asegurar la legitimidad y representatividad de los mismos. Serán los propios juzgadores y juzgadoras quienes democráticamente escogen a sus representantes en el Consejo. Con ello se evita la distorsión usual en Latinoamérica y particularmente en Costa Rica, donde la cúpula judicial se arroga la potestad de nombrar a los '*representantes de los jueces*'. Las personas nombradas duran ocho años en su cargo, tienen dedicación exclusiva al Consejo y a su vez se les garantiza el regreso a su puesto judicial una vez que termine el periodo para el cual fue nombrado. Además de los jueces de carrera, el Consejo se integra con el nombramiento de personas ajenas al Poder Judicial, cuyo número se estima en la mitad de los jueces de carrera, provenientes del sector de los abogados litigantes, los otros sectores del Poder Judicial y de profesores de Derecho, los cuales son nombrados por la Asamblea Legislativa, y consecuentemente, son representantes indirectos de los ciudadanos. El Consejo de la Judicatura o Consejo Judicial se integraría con 9 miembros. De éstos, 6 (la mayoría) correspondería a jueces de carrera provenientes de todas las categorías y regiones, que serían electos democráticamente a través de una votación directa y secreta. Los restantes 3 miembros serían escogidos por la Asamblea Legislativa. De ellos 1 sería abogado con más de veinte años de ejercicio profesional intachable, escogido de una terna remitida por el Colegio de Abogados. Otro correspondería a profesores universitarios, con grado de catedrático, elegidos de una terna remitida por las Universidades. El restante miembro se escogería de entre los demás sectores del Poder Judicial (defensores, fiscales, etc.). Los miembros escogerán entre ellos a un presidente (a) y a un secretario (a). Todos los funcionarios nombrados estarían en su cargo por un periodo de cinco años, pudiendo, en el caso de los funcionarios judiciales, regresar a sus puestos una vez que vencido el periodo. El periodo de cinco años se fija con el propósito de que el mismo no coincida con las elecciones nacionales y se vea tentado a los vientos políticos del momento. Para la Asamblea, el poder se ve disminuido por cuanto solamente nombraría a seis de los diecisiete miembros del Consejo, pero además, tendría que elegir esos miembros de entre las ternas propuestas por el Colegio de los Abogados y las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas. Por otro lado, la Asamblea ya no designaría a magis-

trados con funciones judiciales supremas, como en la actualidad, sino simples miembros minoritarios de un ente colectivo con funciones gubernativas y administrativas. No obstante, realiza un importante y discreto aporte al nombrar a seis de los miembros del Consejo, sin el peligro actual de contaminación político-partidista. En cuanto a los Magistrados de la Corte, los mismos se verían seriamente limitados en sus funciones porque se quedarían solamente con funciones jurisdiccionales, perdiendo su superioridad jerárquica-administrativa sobre los demás jueces, quedando también obligados a someterse al Consejo. Además, su nombramiento se sustrae del ámbito político y su designación se hará conforme a la carrera judicial.

C.) Factores administrativos

Dentro de los diversos factores que afectan la independencia del juez en Costa Rica se encuentran los factores administrativos. Dentro de ellos se ubican temas tan variados como la estructura propiamente administrativa, la verticalidad en el Poder Judicial, la existencia de diversos órganos administrativos pero como significativo poder dentro del aparato burocrático, la carrera judicial, el aplicación del régimen disciplinario, la jurisprudencia vinculante, la existencia y funcionamiento de las Comisiones dentro del Poder Judicial.

C.1) La verticalidad en el Poder Judicial

Sobre esta temática lo primero que debemos recordar es que Costa Rica sigue vigente el modelo napoleónico caracterizado por un esquema vertical, donde se mantiene el poder concentrado en la cúpula judicial. Poder que se ejerce en forma de cascada, generando graves distorsiones en la función judicial. Como bien lo señala (Carballo, 1999, p. 4):

El sistema judicial francés se desarrolló en el siglo XIX como una carrera administrativa con un cuerpo de funcionarios distribuidos en grados y categorías jerarquizadas, emulando o copiando la estructura militar francesa. (...) Napoleón sentó las bases y desarrolló en Francia esa estructura judicial vertical, jerarquizada y rígida, la cual se difunde muy rápidamente en los sistemas jurídicos de tradición continental europea.

El sistema jerárquico, es decir, el binomio entre mando y subordinación entre autoridades jurisdiccionales, es contrario a la esencia misma de la jurisdicción, cuya función debe estar solamente sometida a la Constitución Política y a la ley. De manera que la sola posibilidad de jerarquías entre jueces constituye de por sí un atenta-

do contra su independencia. Sin embargo, al declararse la independencia de la Provincia de Costa Rica, no se conocía otro sistema que el establecido en España proveniente de Francia. Es así como heredamos la verticalidad del esquema napoleónico, la cual subsiste hasta nuestros días y se refleja en la organización del Poder Judicial. Como lo señala (Cruz, 2003, p. 97)

La verticalidad de la estructura orgánica del Poder Judicial, es la fuente más importante de interferencia en el desarrollo e una judicatura realmente independiente. El fortalecimiento de la independencia interna de los jueces es una de las asignaturas pendientes en el fortalecimiento de la independencia judicial costarricense.

Situación que se evidencia desde la ubicación del funcionario hasta la determinación de competencias por jerarquías. Del estudio de la normas y del funcionamiento real del sistema judicial costarricense se logra establecer una organización estructurada de tal forma que deja patente las relaciones de jerarquía y subordinación entre los jueces. La actividad jurisdiccional es una función personal, por tanto indelegable, donde cada juez, al resolver el caso concreto representa y encarna la totalidad de la institución. Es más, cuando un juez se encuentra frente al conflicto que le ha sido planteado, en ese momento representa la autoridad del Estado proveniente de la soberanía consistente en poder decir el derecho (juris dictio) y por ende, constituye el verdadero Poder Judicial. Desde esta perspectiva, todos los jueces y juezas de la república deberían ser iguales, pues la dignidad no dimana de la jerarquía, sino más bien de la función que desempeña. Esa mentalidad de control, de sujeción del superior, se traduce en normas de derecho positivo en donde se refleja esa triste realidad. La diferencia entre un juez y otro no se encuentra en la categoría, sino simplemente en la función. La dignidad y legitimación no derivan del puesto, sino del ejercicio. Tan importante es un juez contravencional como lo juez un magistrado de una sala. La estructura piramidal hace que los tribunales de apelaciones o tribunales que conocen en alzada los recursos interpuestos contra las diversas resoluciones judiciales, se arroguen la potestad de "regañar" y emitir directrices sobre la forma en que ellos consideran que debe resolverse un determinado aspecto jurídico. Situación que resulta abiertamente inadmisibles. Si bien el tribunal de apelaciones puede anular o revocar la resolución impugnada, bajo ningún concepto pueden sugerir y menos obligar a un tribunal o juez a que resuelve en un determinado sentido. Lamentablemente, la verticalidad imperante ha provocado, en todos los niveles, que se presenten casos en los cuales se pretenda instruir a los jueces sobre la decisión que debe tomar.

C.2.) Difusa separación entre jerarquía administrativa y jurisdiccional

El tema de la independencia del juez en Costa Rica, se agudiza no solo por la marcada jerarquía y categorización en materia jurisdiccional que tienen los tribunales, sino que también por la inevitable confusión de roles administrativos y jurisdiccionales que ostentan los miembros de la cúpula judicial. La Corte Plena, entendida como la reunión de todos los magistrados del Poder Judicial, configuran el máximo órgano jurisdiccional del sistema judicial costarricense, pero a su vez es la máxima autoridad administrativa de la institución. Dentro de las funciones jurisdiccionales, unas de las más importantes es la de constituirse en Tribunal de Casación para conocer las sentencias dictadas por la Sala Tercera en los procesos penales donde se involucra a los miembros de los supremos poderes. También conoce de las demandas de responsabilidad que se interpongan contra los Magistrados de las Salas de la Corte. En cuanto a lo administrativo, es el jerarca de la institución, dentro de sus múltiples funciones se encuentran la aprobación del presupuesto judicial y una vez aprobado, ejecutarlo a través del Consejo Superior. También es el ente encargado de nombrar y desnombrar a los niveles más altos (después de ellos) del Poder Judicial, tales como los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial, los inspectores generales del tribunal de la inspección judicial, los jueces de casación y los de los tribunales colegiados, el Fiscal General de la República, el Director y el Subdirector del Organismo de Investigación Judicial; asimismo, al jefe y al subjefe de la Defensa Pública. Como se puede observar, los magistrados reúnen la doble condición de jefes jurisdiccionales y administrativos, concentrando así un inmenso poder sobre los demás miembros de la institución. Ello provoca que no se distinga cuando se actúa en un sentido o en otro, lo que a su vez genera sumisión y temor por parte de los administradores de justicia. Ello no se enerva con la posibilidad de acudir ante la Justicia Constitucional en defensa de sus derechos. Al respecto debe puntualizarse que por una decisión política, la cual consideramos que en su momento era acertada, se ubicó al Tribunal Constitucional dentro del alero del Poder Judicial. Era un tribunal nuevo, con una misión diferente, orientada a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que se aprovechó de la experiencia y prestigio del Poder Judicial para ubicarlo dentro de la misma estructura. Sin embargo, luego de casi veinte años de ejercicio conviene replantearse su ubicación y funcionamiento. En lo que toca particularmente al Poder Judicial, se estima que no constituye una instancia segura para garantizar los derechos que se estiman vulnerados por la misma institución. Ello por cuanto los Magistrados que integran la Sala Constitucional cumplen una doble función. Por un

lado son los encargados de administrar la justicia constitucional y por otro, tienen las funciones de administradores, de jefes administrativos del Poder Judicial, por lo que en el fondo se constituyen en juez y parte. Ciertamente, existen gran cantidad de resoluciones donde la Sala Constitucional ha resuelto en contra del Poder Judicial y de la misma Corte Plena. Sin embargo, tampoco puede obviarse esa doble condición de jerarca administrativo y juez. Por formar parte de la Corte Plena, muchas decisiones que posteriormente son discutidas en sede jurisdiccional fueron por lo menos planteadas en esa instancia. Además, como lo señala (Cruz, 1989, p.9):

Todos estos problemas se agravan y fortalecen por la circunstancia de que en la burocracia judicial, tal como ocurre en cualquier estructura burocrática, se desarrollan poderes reales de carácter informal, que son de difícil control y que pueden limitar notablemente la independencia del juez. Por eso es necesario racionalizar el poder que se ejerce desde la cúspide del sistema judicial, neutralizando, hasta donde sea posible, su burocratización y verticalización.

C.3) Distribución de recursos y salarios en el Poder Judicial

Debido a la concentración de poder en la Corte Plena y el Consejo Superior del Poder Judicial, así como la dependencia de los demás organismos administrativos a éstos, resulta fácil comprender la distribución asimétrica de los recursos materiales y humanos. En efecto, si los Magistrados son los máximos jefes de la institución. Si son ellos los que nombran a los miembros del Consejo Superior y si las oficinas administrativas encargadas de distribuir los recursos dependen del Consejo, es entendible la forma en que se disponen los recursos con que se cuenta y las prioridades que se atienden. Desde luego que no puede dejarse de lado de que Costa Rica es un país pobre y los recursos son escasos, por lo que no siempre se pueden satisfacer las necesidades de todos los sectores. Sin embargo, el problema no sólo radica en la falta de recursos, sino que también en la forma en que se distribuyen. Paralelo a ello se encuentra lo relativo a los salarios. La doctrina nacional es concordante al sostener que el salario de los administradores de justicia debe ser suficiente para asegurar la independencia personal del funcionario frente a los grupos de poder político y económico. Resulta paradójico que un juez deba resolver un litigio judicial, donde se discuten sumas astronómicas, donde además las consecuencias patrimoniales de un eventual juicio de responsabilidad civil son cuantiosas, con un salario exiguo. Como señala (Dal'Anese 2000, p. 24):

No es aceptable que un juez tenga a su cargo causas que interesan a los mafiosos y blanqueadores de dinero, con grave riesgo personal y familiar, sin recursos para una vivienda segura, colegios adecuados y condiciones mínimas de tranquilidad. Y, finalmente, no es admisible que un juez dirija cualquier proceso mientras lo ahogan las deudas por compra de casa, automóvil y colegiaturas. Todos estos factores de necesidad ponen en grave riesgo su independencia de criterio.

En un sistema de carrera judicial, donde los jueces no se clasifican por su jerarquía, sino por la función que desempeñan. Donde además, deben someterse al mismo sistema de nombramiento, los mismos exámenes, los mismos sistemas de evaluación, etc., debe existir la misma base salarial. De manera que no importa si se desempeña como Magistrado de una Sala de Casación o como juez contravencional, la base salarial debería ser la misma. Para quienes intentan justificar la existencia de bases salariales distintas, conviene recordar que la dignidad y responsabilidad no derivan del puesto, sino de la función que desempeñan.

C.4) La Comisiones dentro del Poder Judicial

Siempre dentro de los factores administrativos y relacionado con los criterios de jerarquía, existe dentro de la Corte Suprema de Justicia, la conformación de comisiones e instancias administrativas, dirigidas por uno o varios magistrados, que, a pesar de no ser órganos jurisdiccionales, han sugerido o, por lo menos, intentado, determinar la forma en que deben ser resueltos ciertos asuntos y como deben interpretarse determinadas normas. En tesis de principio, las comisiones surgen como entes auxiliares de la Corte para monitorear y responder ante determinados problemas que surgen en el quehacer judicial. Es una instancia administrativa que contribuye a perfilar la política institucional en relación con una problemática específica, recomienda las medidas necesarias para el adecuado funcionamiento de la administración de justicia y promueve la reflexión crítica sobre la temática y la búsqueda de soluciones creativas e innovadoras para garantizar cada día un servicio de mayor calidad y eficiencia. No obstante ello, dada la jerarquía de sus miembros, pues la misma usualmente es presidida por un Magistrado e integrada por otros funcionarios judiciales, se convierte prácticamente en una instancia judicial más. Tan es así que resulta frecuente que los funcionarios judiciales y particularmente los jueces de la república consulten a esta comisión de carácter netamente administrativo, la forma en que deben resolver los casos sometidos a su conocimiento. Por la forma en que

se conformaba la Comisión, tratándose de funcionarios de alto rango, esas recomendaciones y directrices son interpretadas como órdenes y verdades inobjetables. Eso demuestra que no existe una idea clara de parte de los administradores de justicia de lo que significa la independencia judicial. El juez no puede evadir su responsabilidad y delegar su función en otro juez, en una comisión o en cualquier otra instancia jurisdiccional o administrativa. Se encuentra obligado a resolver de acuerdo con las particularidades propias del caso y según su propia interpretación del ordenamiento jurídico. Debido a la verticalidad propia del sistema, se ha ido creando una cultura de sumisión y de obediencia a las estructuras jerárquicas. Todo lo cual se ve reforzado por la existencia de normas que establecen, de manera insostenible, la existencia de jurisprudencia vinculante. Nos referimos particularmente a las sentencias en materia de habeas corpus y de amparo emitidas por la Sala Constitucional. Ello genera que el juez prefiera renunciar a su propia creatividad y a la esencia misma de su función para acomodarse a los criterios vertidos por quienes considera superiores, con lo cual no tiene que realizar ningún esfuerzo intelectual, resuelve siguiendo las directrices establecidas y evita confrontaciones.

C.5) Carrera judicial

A pesar de la importancia de la carrera judicial y de la larga tradición judicial que tiene Costa Rica, lo cierto es que hasta el año 1993 no existía un sistema de nombramiento objetivo e imparcial que garantizara a los aspirantes a la judicatura un concurso transparente y accesible. Antes de esa época, la persona que quería administrar justicia esperaba que quedara alguna vacante, presentaba sus atestados y de seguido debía plantear toda una estrategia de convencimiento hacia los jefes, quienes discrecionalmente decidían el nombramiento. Como es lógico suponer, usualmente el puesto no se concedía a la persona mejor calificada, la que tuviera mejores atestados o mayor experiencia, sino simplemente aquella con mayores contactos dentro de la burocracia judicial. En este sistema de nombramientos, como lo señala Dall'Anese (2001), se desarrollaba conforme a

...criterios muy subjetivos, dando paso a la arbitrariedad y la discriminación y hasta el nepotismo. Muchos de ellos se hicieron por cumplir compromisos de amistad, compadrazgo e influencias. Dadas estas situaciones, se procedían hacer de manera secreta y como ya lo expusimos de manera subjetiva. No se daban mecanismos que indicaran la idoneidad de los aspirantes, por lo que aquellos afortunados que se encontraban cerca de la cúpula del Poder Judicial, gozaban de

algún grado de influencia, que al final de cuentas los vendría a beneficiar.

La situación era crítica, pues los jefes encargados de los nombramientos no tenían que fundamentar sus decisiones. Todo se resumía a cumplir con los requisitos mínimos que el puesto exigía. No se hacía ningún concurso de oposición, no era necesario demostrar la idoneidad para el desempeño de las labores encomendadas. Este sistema resultaba muy atractivo para los jefes, ya que ellos gozaban de un enorme poder de decisión sobre el nombramiento y remoción de los administradores de justicia. De allí que el nombramiento y permanencia en la judicatura era sumamente vulnerable. Era la época en la cual el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica establecía que el nombramiento de los jueces y en general de todos los funcionarios judiciales, era por cuatro años, a cuyo término simplemente los Magistrados decidían si continuaban en no en sus cargos. La votación era secreta, por lo que tampoco se consignaba nada respecto a los verdaderos motivos por los cuales se cuestionaba o se cesaba el nombramiento de algún funcionario. Esa falta de transparencia impedía a los interesados conocer las razones del "despido encubierto" y por consiguiente, no podían ejercer el derecho de defensa.

Dichosamente, esa situación cambió con la promulgación de la Ley de Carrera Judicial, cuyo órgano rector en Costa Rica lo es el Consejo de la Judicatura. Consejo que se integra con un magistrado, un integrante del Consejo Superior, un integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial y dos "jueces superiores". Los miembros son nombrados por la Corte Suprema de Justicia por periodos de dos años; pudiendo ser reelectos. Al igual que en el resto de la organización judicial, se desprende con claridad la verticalidad y poca democracia en la toma de decisiones. Nuevamente, es la Corte Plena quien de manera soberana decide a quien nombra y quienes deben representar a los demás sectores, llegándose a la paradoja de que los representantes de los jueces sean escogidos por la cúpula y no por sus homólogos. La ley lo facultó para que determine los componentes que deben ser considerados en cada uno de los concursos. Obviamente, eso va a incidir directamente en la forma en que se distribuyen los puntos dentro de cada concurso y determinar finalmente la ubicación dentro de la lista de elegibles. Además, le corresponde integrar los tribunales examinadores y remitir a la Corte las listas de elegibles que se le pidan. La forma en que se ha establecido la carrera judicial costarricense, sin bien constituye un valioso aporte en la lucha por la independencia judicial en el mejoramiento de los servicios de justicia, todavía falta mucho por hacer. Se hace

necesario establecer el perfil del juzgador de acuerdo con la idiosincrasia costarricense. Profesionalizar la integración de tribunales examinadores y la elaboración de pruebas, minimizando al máximo el subjetivismo y los prejuicios. Establecer un régimen diferenciado para cada una de las categorías, de manera que los grados académicos, la docencia y las publicaciones tenga una mayor relevancia para el ingreso a la carrera, mientras que se potencialice la experiencia para los demás puestos. Además de ello, la carrera debería implicar la obligación de iniciar por el escalafón más bajo y solamente se podría aspirar al puesto siguiente cuando se tuviera un mínimo de experiencia en el puesto anterior. De lo contrario se produce el fenómeno que se presenta en la actualidad, en donde muchos profesionales ingresan en los escalafones más altos sin haber ejercido la judicatura y consecuentemente sin tener la madurez y experiencia requerida. El tema cobra mayor relevancia si se conjugan dos aspectos estrechamente relacionados. Por un lado, para acceder a un puesto de juez no es necesario haber pasado por ninguno de los escalafones anteriores. Unido a ello, una vez conformada la terna, la Corte Plena o el Consejo Superior, según se trate la categoría de juez, nombra libremente sin tener que justificar el porqué no se nombra al primero de la lista. Ello trae como consecuencia inevitable la existencia de un significativo margen de discrecionalidad en los nombramientos. En esa coyuntura tienen ventaja aquellos que se encuentran más cerca de los centros de decisión, quienes naturalmente son más conocidos y tiene mayor contacto con los jefes de la institución.

C.6) Aplicación del régimen disciplinario

En una sociedad democrática, todos, incluidos los administradores de justicia, se encuentran obligados a rendir cuentas de sus actos. Tal disposición no constituye alguna amenaza a la función ni a la independencia de los jueces, es simplemente el corolario obligado de los principios de transparencia y responsabilidad de los funcionarios públicos. En tal inteligencia es normal y conveniente la existencia de un régimen disciplinario que vele por el correcto funcionamiento de los servicios de justicia. Sin embargo, en Costa Rica el sistema estatuido para la aplicación del régimen disciplinario no cumple con las garantías suficientes para ofrecer confianza y seguridad a los funcionarios. En primer lugar, se aplica de manera diferenciada, según la categoría, así será el órgano encargado de conocerla, pudiendo hacerlo desde el jefe de oficina, hasta los Magistrados de la Corte Plena, quienes conocen y resuelven las faltas cometidos por sus pares. Eso no sólo genera distorsiones e interpretaciones diferentes respecto de las faltas, sino que también conlleva inseguridad y desigualdad. Algunas

de las faltas no están claramente determinadas, por lo que no se cumple con el principio de tipicidad en materia sancionatoria. De igual forma, se ha cuestionado duramente el cumplimiento del debido proceso. El órgano por excelencia establecido por ley para investigar y aplicar el régimen disciplinario es el Tribunal de la Inspección Judicial. Sin embargo, no es un tribunal independiente pues depende del Consejo Superior y correlativamente de los Magistrados. Su permanencia en el cargo está sujeta a la forma en que lo evalúen sus superiores. No obstante lo anterior, el mayor de los problemas se presenta con la aplicación del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La primera parte de la norma dispone que toda queja relacionada con la interpretación de normas será rechazada de plano. Lógicamente, la función del juez, la esencia de la judicatura es la aplicación e interpretación del derecho. El juzgador ejerce una función política toda vez que al resolver los conflictos que le son sometidos a su conocimiento debe realizar un ejercicio de interpretación, de allí que el derecho se actualice con cada decisión jurisdiccional. Por eso es que la primera parte de esta disposición no sólo resulta necesaria, sino que es coherente con los principios que informan una sana administración de justicia. La segunda parte de la norma prácticamente anula la independencia del juez, restringe la facultad de interpretar y faculta el ejercicio de un control ideológico sobre el juzgador. A través de este subterfugio se somete al juzgador a los criterios y líneas de pensamiento de la cúpula. Ello se evidencia al estudiar la génesis del mismo. Al respecto, en la sesión 01-2004, de las 8:30 horas, del 19 de enero de 2002 se hizo una sinopsis de la misma aduciendo que:

...resulta conveniente mantener el error grave e inexcusable como causal para aplicar el régimen disciplinario, debe ser la Corte la que conozca del caso, ello como una garantía para los jueces, pues se presume que quienes conformamos este Tribunal hemos sido debidamente escogidos por la máxima representación popular, la Asamblea Legislativa y que en consecuencia debemos tener la capacidad necesaria para poder identificar cuando hay un error inexcusable e imponer una sanción acorde a la gravedad del hecho atribuido. Alguna garantía conlleva que sea la propia Corte la que lo haga (...) En aquella época se dieron fuertes quejas de los ciudadanos y hubo una campaña fuerte en los medios de información colectiva, casualmente producida por las intervenciones de los compañeros Magistrados que habían señalado aquí errores inexcusables en actuaciones de los jueces, y por eso fue que en aquella oportunidad la Corte discutió y estimó de que era necesario tener una norma en el sentido que contiene el señalado artículo 199.

De la lectura del acta se logra visualizar con claridad la forma en que surge el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No fue una norma original de ley, sino que 3 años después de promulgada la ley y a propuesta de la misma Corte, se nombra una comisión de Magistrados cuyo propósito es vigilar y controlar la forma en que resuelven los jueces de la República. Antes de 1993 la situación era muy sencilla. Simplemente los jefes llevaban una lista negra donde anotaban a los juzgadores que no eran de su agrado y se esperaba el momento de la reelección de jueces (cada cuatro años). En esa oportunidad, sin ofrecer razones, sin que se supieran los motivos, sin que los interesados pudieran defenderse, simplemente por la mayoría de Magistrados presentes se decidía si continuaban o no con el cargo. Ello implicaba un amplio poder para los Magistrados y una clara dependencia de los jueces. Con la Ley Orgánica de 1993 se limita esa prerrogativa y los juzgadores se rigen por un sistema de carrera judicial, donde no pueden ser removidos arbitrariamente, sino que únicamente por la existencia de una causa justificada y previo cumplimiento del debido proceso. En razón de lo anterior y con el propósito de retomar parte de ese poder y control es que se crea el citado artículo. Ciertamente, todos, incluso los Magistrados deben estar sujetos al control de sus actuaciones y responder penal, civil y disciplinariamente de sus actos. Ello debe hacerse a través de un tribunal disciplinario común para todos los administradores de justicia y mediante el cumplimiento del debido proceso. Los problemas en torno a la formación profesional, a la calidad de la justicia, no se resuelven mediante la vulneración del principio de independencia, estableciendo un control no jurisdiccional sobre la forma en que dicta los fallos. Tampoco el hecho de que los presuntos errores graves e inexcusables sean conocidos por la Corte Plena, conlleva una garantía para el juzgador. Conforme lo establece la Carrera Judicial y la misma Ley de Creación de la Escuela Judicial, corresponde a ésta última crear programas de capacitación y formación integral de jueces para dotarlos de las herramientas básicas que demanda el ejercicio de su función. El problema no se resuelve con represión y castigo, sino con programas de formación y capacitación.

D) Factores económicos.

La Independencia financiera del Poder Judicial en Costa Rica se origina en el año de 1957. Ante la omisión del constituyente y la evidente limitación de recursos se generó la conciencia necesaria hasta producir un movimiento que logró reformar el artículo 177 de la Constitución Política mediante el cual se garantizó el seis por ciento del presupuesto nacional. El prestigio del Poder Judicial y la disponibilidad de recursos originados en su

autonomía financiera provocaron que el legislador ordinario insertara en su organización y estructura, otros órganos del Estado que si bien no le son ajenos, se desempeñan como auxiliares. Esto ha provocado que de la totalidad de los gastos, aproximadamente el 80% corresponde al recurso humano y a las cargas sociales y de ese porcentaje, un 42.% lo consumen esos órganos auxiliares, tales como el Ministerio Público, la Defensa Pública y el Organismo de Investigación Judicial. En consecuencia, el seis por ciento constitucional asignado al Poder Judicial resulta insuficiente para atender las obligaciones que se le han encomendado. Por tal razón, el artículo 177 constitucional debe ser revisado, para que se aumente el presupuesto o se separen las funciones jurisdiccionales de los servicios auxiliares, no solo administrativamente, sino también desde el punto de vista funcional y económico.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Antillón, Walter (2004). Reforma de la Justicia. Conferencia julio 2005.
- Antillón, Walter (2004). Organización de la Justicia. Conferencia julio 2005.
- Barahona Krüeger, Pablo.(2004). Corrupción e Impunidad. 1 edición, San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- Barrientos Pellecer, Cesar.(1996). Los poderes judiciales. El talón de Aquiles de la democracia. Guatemala: Magna terra Editores.
- Carballo Quesada Johnny (1999). La independencia Judicial. Trabajo sin publicar, Posgrado Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional.
- Corte Suprema de Justicia. (1994). El poder judicial costarricense: comentarios. San José, Costa Rica. Departamento de Publicaciones e Impresos.
- Cruz Castro, Fernando.(1989). La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho. Unidad modular VI. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. San José, Costa Rica.
- Cruz Castro, Fernando.(1991). La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho. Unidad modular IV. San José: Talleres de Mundo Gráfico, S.A.
- Cruz Castro, Fernando.(2003). La reforma del Poder Judicial. La supervivencia de un ideario autoritario. Revista de Ciencias Jurídicas, No: 100, enero-abril 2003, San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de abogados.
- Dall' Anese Ruiz Francisco (1996). El Juicio. En Reflexiones sobre el nuevo procesal penal. Primera edición. Imprenta y Litografía Mundro Gráfico. S. A. 1996.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (19877). La Argumentación en la Justicia Constitucional Española. Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Ferrajoli, Luigi. (1995) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli Luigi.(1099). Derechos Y Garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (1994) El Derecho como Sistema de Garantías. Justicia Penal y Sociedad. Guatemala.
- Ferrajoli, Luigi (1997). Jurisdicción y democracia. Revista de Jueces para la democracia. No. 29, julio 1997. Madrid: Unigraf.
- Guier Esquivel, Jorge.(1982). Historia Del derecho. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Hernández Valle, Rubén. (1999). El significado actual del principio de división de poderes en Costa Rica. En Temas claves de la Constitución Política. San José: IJSA.
- Hernández Valle, Rubén. (1994). El Derecho de la Constitución. Volumen II. Editorial Juricentro , 1 edición, San José.
- Ibáñez, Perfecto Andrés; Movilla Alvarez, Claudio.(1986). El Poder Judicial. Madrid. Tecno.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. (1989). La independencia judicial como dispositivo de garantía. Publicaciones Periódicas, Revista Judicial; vol. Año 13, no. 46.
- Ibáñez, Perfecto Andrés y otros (1996). Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta.
- Inecip.(2001). Asociacionismo e Independencia judicial en Centro América. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- Inecip. (2001). Informe 2001 sobre administración de justicia en Costa Rica. San José.
- Inecip. (2002). Informe sobre la administración de justicia en Costa Rica: Inecip, San José, Costa Rica.
- Inecip. (2004). Informe sobre independencia judicial y asociacionismo en Costa Rica: San José.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1994). Estructuras Judiciales. Ediar, Argentina.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1993) Justicia Penal y libertad de prensa en cetroamérica y Panamá. San José, Costa Rica: ILANUD, Comisión de las comunidades europeas.Tomos I y II.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (sd). Dimensión política de un poder judicial democrático. Quito: CLD Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

PROBLEMAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE¹

*MSc. José Manuel Arroyo Gutiérrez
Presidente Sala Tercera (Penal)
Corte Suprema de Justicia*

1. LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD, UN ENCUADRE SOCIO-POLÍTICO.

Se ha dicho, por parte de los principales inspiradores y promotores del relanzamiento de las ventajas en el proceso de la gestión oral sobre la escrita, que se trata de una iniciativa para mejorar la calidad de la justicia en el marco ideológico de un humanismo que pone en el centro de la preocupación judicial a las personas y sus conflictos.

No obstante esta indispensable perspectiva de la cuestión, estoy convencido que esas propuestas, así esbozadas, tienen un trasfondo mucho más amplio y profundo. En mi criterio, se trata nada más y nada menos que del intento por mejorar la calidad de la justicia con enfoque humanista sí, pero para tratar de legitimar, en sentido político, el accionar de un Poder Judicial y sus funcionarios, a los que le son requeridos y exigidos, por parte del público, respuestas no sólo rápidas, sino también respetuosas del derecho y realizadoras del valor justicia. Es así que estamos frente a un problema político en el más estricto significado de esta palabra, es decir, aquello que tiene que ver con la vida de *la polis* en tanto comunidad de personas que aspiran a desarrollarse con un mínimo de armonía que la haga viable. Error craso sería entender tan noble y trascendental propósito, como un mero ejercicio de eficiencia al servicio de intereses sectoriales o parciales.

Estoy igualmente convencido de que la sociedad costarricense ha hecho históricamente importantes esfuerzos por crear y fortalecer instituciones democráticas que permitan ese modelo de convivencia. También considero que si bien no vivimos en el mejor mundo de los posibles –o en la mejor democracia de las posibles–, como diría Leibnitz, tampoco es éste el peor de

los mundos o la más degradada de las democracias. La cuestión aquí ha de ser, como lo ha sido en todas las épocas, si vamos a tener la capacidad de diagnosticar a tiempo y con suficiente lucidez, la calidad y consistencia de nuestra institucionalidad, reconocer franca y abiertamente cuáles son sus principales debilidades para corregirlas, y cuáles sus principales vicios para superarlos.

En este panorama, la cuestión judicial juega un papel esencial. Va a depender, en buena medida, de lo que diagnostiquemos sobre el Poder Judicial, la administración de justicia que presta y la capacidad que tengamos para responder a las exigencias ciudadanas, que sobreviviremos como institución, como comunidad y como nación democrática.

Pese a las voces irresponsables que se alzan, en nuestros días, para decir que todo está mal y que las instituciones no sirven, habrá que hacer un esfuerzo objetivo por distinguir cuáles de ellas y por qué motivos efectivamente han fallado, y cuáles, por el contrario, han procurado cumplir con su misión en el marco del Estado Social de Derecho. Debe decirse con todas sus letras que quienes buscan, con propósitos inconfesables, desprestigiar y denostar el sistema penal en nuestro país, no tienen idea de cómo funcionan estos sistemas en otras latitudes y de cómo, su discurso, sólo prepara el camino para vías autócráticas de gobierno y la sepultura definitiva de las convivencia en paz y con legalidad.

Por todo ello, quienes tenemos responsabilidades dentro del Poder Judicial costarricense, con toda sinceridad debemos hacer un examen de conciencia que nos permita reconocer en qué andamos mal, en qué hemos fallado y aplicar los cambios y correctivos urgentes para no deslegitimarnos frente a las exigencias ciudadanas.

¹ Este artículo contiene la ponencia que el Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez presentó a la Tercera Ronda de Talleres para la XIV Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Corte, realizada en San José, Costa Rica el 7 de noviembre del 2007.

En este punto, no porque lo digamos nosotros mismos, sino porque agencias nacionales e internacionales de muy diversas maneras lo han reconocido, el Poder Judicial de Costa Rica ha procurado actualizarse tecnológicamente, mejorar sus procedimientos de gestión, tanto administrativos como jurisdiccionales, e impulsar las transformaciones necesarias en orden a las reformas orgánicas y procesales que nos pongan al día en el concierto regional y mundial. En particular, a través de las iniciativas como el curso de oralidad que se ha llevado a todo el país con el patrocinio del Empréstito Corte-Bid y el apoyo de la Escuela Judicial, se ha dado respuesta seria y efectiva a las principales debilidades que sigue exhibiendo nuestro sistema procesal penal a diez años de la última importante reforma.

2. FORMAS DE RESISTENCIA.

2.1. La cuestión cultural: primera y más importante resistencia al cambio.

Resulta pertinente recordar aquí, una vez más, que una reforma procesal profunda es mucho más que un cambio de leyes, constituyéndose en una verdadera renovación cultural. Esto es cierto, en lo particular, si estamos hablando del paso de un sistema procesal penal de impronta inquisitiva o mixta, hacia uno de rasgos definitivamente acusatorios. Así, no se trata sólo de renovar la normativa que nos dice cómo está estructurado el proceso, cuáles son los principios que lo guían y cuáles los institutos y procedimientos nuevos que deben adoptarse y aplicarse. Se trata más bien y en primer lugar, de implantar una forma distinta de entender el poder político consustancial a la determinación de la verdad legal en una democracia; se trata del diseño institucional a través del cual pueden hacerse reales equilibrios tan delicados como los derechos de la persona perseguida penalmente en relación a los derechos de las víctimas, testigos y terceros; se trata, además, de cómo superar prácticas milenarias y aplicar métodos y tecnologías avanzadas que ayuden a tener una justicia de mayor eficiencia y calidad, sin olvidar nunca la dignidad de las personas involucradas mediante el respeto a sus derechos fundamentales; y estamos hablando, en fin, de una profunda labor de desarraigo para abandonar lo que –viciado y erróneo– se ha venido cómodamente haciendo; favorecer un cambio de mentalidad en los profesionales que han de aplicar el nuevo paradigma; desplegar toda una labor de capacitación y convencimiento, no sólo a esos profesionales sino a la población misma, mal acostumbrada a los trámites que se requiere superar.

2.2. La dimensión psicológica de la cuestión.

Es importante destacar que hay una especie de fuerza de resistencia de naturaleza psicológica cuando de enfrentar transformaciones se trata. Se ve con apatía y negativismo la posibilidad de cambiar pautas de conducta, personales y laborales; se ve con celo la posibilidad de que compañeros o compañeras nos indiquen cómo pueden hacerse las cosas de manera diferente o mejor; y hay resistencias incluso a reconocer la posibilidad de reinterpretar las normas y descubrir en ellas nuevas opciones creativas. Tal parece que todo reto se percibe como una amenaza y la tendencia, a ratos dominante, es la de conservar todo cual está, con la agravante de no tenerse respuestas diversas a las que se están proponiendo, quedándose los graves problemas de la gestión judicial sin soluciones alternativas.

Frente a estas resistencias generales, de carácter cultural o psicológico, las vías ensayadas en nuestro medio se han orientado, en primer lugar a nuevas y específicas estrategias de capacitación con resultados que ya se están empezando a ver. El Curso de Oralidad, que un equipo de funcionarios ha difundido por todo el territorio nacional con el patrocinio del Empréstito CORTE-BID y el apoyo de la Escuela Judicial, ha tenido el mérito de la siembra, pero también de la construcción de consensos entre los diversos actores para funcionar y hacer real la aplicación de pautas comunes de trabajo. Esa labor pionera debe completarse con programas permanentes en materia de oralidad en la Escuela Judicial, principalmente en los de inducción a la carrera judicial, así como propuestas de seguimiento a lo que se ha hecho hasta ahora. Es necesario que se coordine con centros de educación superior que impartan la carrera de derecho o afines, para que ésta sea una materia esencial, no accesorio, en el elenco de requisitos para que los estudiantes se gradúen.

2.3. Las resistencias pseudos-jurídicas.

Llegados a este punto podemos intentar un recuento de las objeciones más frecuentes e importantes que se han hecho para oponerse a las directrices que la capacitación en oralidad ha impulsado. La principal de ellas consiste en sostener que el Código Procesal Penal, o bien no obliga a que ciertas gestiones deban hacerse oralmente, o bien incluso obliga a lo contrario, que se hagan por escrito. Por lo general, estas interpretaciones se atienen a la literalidad de determinados artículos del Código olvidándose de su ideología acusatoria, de cómo

hay expresas disposiciones que señalan la posibilidad de realizar en forma oral, frente a la escritura, de todo aquello que se pueda, sin menoscabar los derechos de las personas. Así, el artículo 145 párrafo 2 del Código Procesal Penal textualmente dice: **"...los autos y las sentencias que sucedan a una audiencia oral serán deliberados, votados y redactados inmediatamente después de cerrada esa audiencia"**. Este llamado a la oralidad se vuelve a hacer en otras disposiciones, tales como las referidas a la suspensión del proceso a prueba (artículo 25, párrafo tercero); la conciliación (artículo 36, que supone la realización de una audiencia), en los delitos de acción privada (artículos 383 incisos b y d; 385); respecto a excepciones (artículo 43); al recurso de apelación (artículos 440, 441 y 442) y a medidas cautelares, su aplicación, su revisión o la posibilidad de una medida sustitutiva a la prisión (artículo 242, principalmente último párrafo). En cuanto a este último punto si bien el legislador dejó a voluntad del tribunal el convocar a una audiencia oral para escuchar los alegatos de las partes y recibir directamente la prueba, por la índole de los temas que se discuten, el tipo de medida a imponer o a sustituir por otra, las alegaciones que pueden realizar las partes, la celeridad con que debe resolverse la posible restricción de la libertad de una personas, ya que se cuenta sólo con veinticuatro horas, justifican que esos temas deban ser resueltos en audiencias orales, como regla general y no como excepción. Por otra parte, en el Libro del Código referido a los Actos Procesales (Libro II) y en el Capítulo relacionado con el control de la duración del proceso (Libro II, Capítulo VI), se dispone que **"Los tribunales celebrarán las audiencias orales sin dilación y fijarán el tiempo absolutamente indispensable para realizarlas"**, (artículo 173) lo cual entendemos debe ser de aplicación general, tanto para las decisiones que deben tomarse en la etapa preparatoria, como en la intermedia y en el debate. Este mandato hay que relacionarlo, como imperativo sistémico, con los artículos 4 y 43 del mismo Código que ordenan la celeridad procesal como norma a tener presente durante todo el proceso.²

Ahora bien, la perspectiva de la aplicación integral y sistemática del ordenamiento jurídico se tiende a olvidar también – y por eso lo de resistencia pseudo jurídica– ya que la normativa internacional de Derechos Humanos expresamente tiene, como garantía fundamental, el acceso expedito a la justicia y el derecho a ser oído desde las más tempranas fases del proceso, a saber, inmedia-

tamente, que en nuestro caso no puede ir más allá de veinticuatro horas, después de ser detenida la persona. No puede dejarse de anotar tampoco que, tratándose de la norma fundamental y conforme el artículo 7 de la Constitución Política los convenios y tratados internacionales **"tienen autoridad superior a las leyes"**, punto de partida para entender que aunque la ley ordinaria no lo diga, o incluso aunque esta ley de rango inferior señale la escritura como forma de realizar un acto, la incorporación de los mandatos del derecho internacional y de la Constitución, posibilitan la realización oral si con ello se cumple de manera más expedita e idónea con la tutela efectiva de los derechos de las personas en el proceso penal.

En fin, una lectura del Código Procesal Penal, desde sus principios rectores, de manera integral y sistemática y complementada esa lectura con los mandatos del Derecho Internacional Humanitario, no deja dudas acerca de la viabilidad de que, en un sistema como el nuestro, puedan realizarse en forma oral todas las actuaciones que mejoren los tiempos de respuesta y la calidad de las decisiones que se toman en el curso del proceso.

Es en el marco de estas objeciones y aclaraciones que resulta perfectamente posible y necesario resolver todos los aspectos de las solicitudes de medidas cautelares y de las audiencias tempranas –ahí donde puedan hallarse soluciones alternativas al proceso o al debate–, y deben resolverse oralmente sin menoscabar en lo más mínimo la normativa que nos rige y los derechos de los involucrados.

A veces estas objeciones de orden legal se acompañan de señalamientos de naturaleza puramente operativa. Me refiero a las dudas que se plantean de si el juzgador (a) puede retirarse para deliberar, labrar las actas tradicionales y notificar posteriormente, a pesar de que se han realizado las audiencias. Por supuesto que aquí hay que ser contundente en obligar la resolución y notificación inmediatas, **in situ** y de manera oral, de lo que se resuelva, recordando que la grabación fónica y/o filmica, o la breve nota tomada durante la audiencia, son suficientes para dejar constando lo acontecido y lo decidido. Por vía de excepción, la complejidad de un asunto puede justificar la toma de más tiempo por parte del juzgador (a), pero la orientación general ha de ser la resolución de los casos, que son la inmensa mayoría, de la manera expedita que se está proponiendo.

2 Sobre este tema ver: Chaves Ramírez, Alfonso; Ponencia "Los retos de la reforma procesal Penal" dictada en el Seminario "Los sistemas comparados de justicia Penal de Argentina, Costa Rica y Japón. Desafíos para la Reforma Procesal Penal"; Buenos Aires, Argentina, 12 y 13 de julio 2007.

Quizá sólo como una concesión táctica, para calmar algunos ánimos, pueden ensayarse algunas modificaciones a la legislación vigente para descartar por completo esa hermenéutica estrecha de interpretación literal de la ley ordinaria, y aclarar que incluso ahí donde se señala la necesidad de la escritura en algunas gestiones o actuaciones, pueden o deben hacerse de manera oral. Ya conocemos el costo, tanto en tiempo, gestiones burocráticas, labor de convencimiento y discusiones parlamentarias, que tiene una reforma a las normas. Por eso ha de insistirse que tales iniciativas sólo se harán en la medida de que puedan despejarse ciertas dudas, y no porque la oralidad no pueda hacerse real y efectiva con la normativa vigente.

Estas resistencias que hemos llamada pseudos-jurídicas, cuando llegan más lejos y en el peor de los casos, pretenden incluso desconocer la autoridad jurisdiccional o disciplinaria, levantando banderas como la independencia judicial y el garantismo procesal, en cuestiones que nada tienen que ver ni con una, ni con otro, desnaturalizándoselos y convirtiéndolos en simples pretextos para oponerse al cambio.

2.4. Las respuestas buscadas.

Las respuestas en estos casos han sido igualmente determinantes.

- a. La primera de ellas consistió en el mensaje claro, a la hora de inaugurar los cursos de oralidad que se impartieron en todo el territorio nacional, de que ésta era una iniciativa que obedecía a una legítima preocupación institucional acerca de un serio problema que debía atenderse con prontitud y seriedad. Los recursos públicos obtenidos del Convenio Corte-BID para financiar la iniciativa con previa autorización de las instancias jerárquicas, aseguraba el compromiso institucional en esta materia. Por esta misma razón, entre otras cuestiones, se planteó la necesidad de armonizar el discurso de la capacitación con la jurisprudencia que a futuro emanara de la Sala Constitucional, de la Sala Tercera y de los Tribunales de Casación Penal.
- b. La segunda han sido algunas resoluciones de la Sala Constitucional donde, a raíz de la interposición de hábeas corpus, se han establecido claros lineamientos en orden a respaldar el fortalecimiento de la oralidad en el proceso penal costarricense. Así, la resolución Número 2007-03019, de las 14:30 horas del 7 de marzo del 2007 dice textualmente.

La práctica tradicional ha sido que el "poner a la orden" de un juez a la persona detenida se realice de

manera escrita y rigurosa, perdiéndose la oportunidad que el Juez de Garantías conozca la situación real de la detención de la persona y sin concederle, el derecho de audiencia antes de la imposición de las medidas cautelares, tan gravosas como lo sería una medida de prisión preventiva.

La utilización de la oralidad durante la Fase Preparatoria, como una forma de protección ciudadana, constituye un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado, congruente con los principios esenciales que rigen el procedimiento penal, tales como el acusatorio, la contradicción, la inmediación de la prueba y en definitiva, la potenciación del derecho de defensa, la eficiencia y la celeridad del proceso.

No cabe duda que las audiencias orales son plena garantía para que todas las partes expongan —con garantía del contradictorio— de viva voz sus razones para defender las diferentes pretensiones interlocutorias que podrían afectar los derechos de los intervinientes, la imposición de una medida cautelar como lo es la prisión preventiva, como una intensa manifestación del poder punitivo sobre el individuo. La observancia del debido proceso, el derecho de defensa y la oralidad en las audiencias, procura que se discuta de manera concreta las razones específicas que fundamentan la petición del Ministerio Público y se oiga la posición de la defensa, de previo a la imposición de una medida cautelar.

Se potencia la figura del juez de garantías para que éste custodie el cumplimiento efectivo de las causales que justifican la imposición de una medida cautelar y que ésta, a su vez, cumpla sus fines, de manera que sea instrumental, temporal, sometida a controles jurisdiccionales dependiendo de la necesidad de su mantenimiento o prórroga y tenga fines de cautela para que no se convierta en un adelanto de la pena.

La oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela —por imperativo de la concentración— que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares.

La fundamentación de su resolución debe hacerse oralmente con la participación de todas las partes intervinientes y con sustento en las alegaciones planteadas en ese escenario. Su decisión se plasma, necesariamente, en un acta de la audiencia oral con el propósito que la decisión pueda ser revisada, posteriormente, por un Superior, pero la amplitud de la fundamentación es necesaria en la audiencia llevada a cabo oralmente con la participación de todos los involucrados.

Si se lleva a cabo una audiencia oral, en ésta se le debe explicar al imputado las razones que fundamentan la decisión del juzgador y adicionalmente, el decreto debe quedar constando en una resolución debidamente fundamentada en la que se expresen los presupuestos que la motivan (artículo 243 del Código Procesal Penal) de manera que hagan efectivas las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. En el caso concreto, en el acta de la audiencia se indican los motivos que fundamentan la privación de libertad de los tutelados de ahí que la orden no resulte ilegítima.³

c. La tercera respuesta puede ilustrarse con un fallo de la Sala Tercera, en No. 2007-01165 en el cual se reflexiona y decide sobre la dinámica que ha de seguirse en la etapa de juicio, veamos:

En vista de la separación de funciones entre el juez y el fiscal (los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación, artículo 277, último párrafo del Código Procesal Penal), y los principios que rigen el juicio oral, entre ellos, el contradictorio, serán las partes las que deberán interrogar a sus testigos, y contra interrogar a los contrarios, en busca de sustentar su teoría del caso, y debilitar la de su oponente.

Por el contrario, el Tribunal, órgano imparcial, ajeno a los intereses en conflicto (artículo 10 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", 26 párrafo segundo de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", 14 inciso 1) del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y 8 inciso 1) de la "Convención Americana so-

bre Derechos Humanos" (que garantizan el derecho de toda persona acusada de delito a ser oído con las debidas garantías por un tribunal imparcial, debe limitarse a preguntar después de las partes, únicamente con sentido aclaratorio.

Es por ello que el numeral 352 del Código Procesal, en cuanto al interrogatorio directo, dispone que lo iniciará quien propuso al testigo, luego continuará la parte contraria, y por último, el Tribunal. Su labor es eminentemente de moderador. Las preguntas que formule, para no comprometer su imparcialidad, deberán limitarse a aquellos aspectos confusos o contradictorios. En no pocas oportunidades, las partes pueden pronosticar la decisión que tomará el Juzgador, por las preguntas que realiza. Tal papel no se corresponde con el que le asigna el actual proceso penal, de garante de los derechos de los sujetos procesales, tutelando la equidad entre ellos, mostrando objetividad (artículo 6 del Código Procesal Penal).⁴

d. Finalmente, mediante Circular No. 72-07, del 25 de julio del 2007, el Consejo Superior, a petición de la Comisión de Asuntos Penales, ha hecho ver a todas las autoridades judiciales de la materia, que:

1. Deberán celebrarse audiencias orales con la activa participación de las partes para resolver sobre las solicitudes de medidas cautelares y sus eventuales prórrogas, soluciones alternativas al juicio, sobreseimientos y cualquiera otra solicitud en la que resulte procedente.
2. En aquellos casos en los que existe posibilidad de resolver el conflicto mediante soluciones alternativas al juicio, deberá procurarse la celebración de una audiencia temprana, es decir, lo antes posible una vez iniciado el proceso, a efecto de no provocar dilaciones innecesarias, siempre respetando los derechos de las partes.
3. Se hace del conocimiento de todos estos funcionarios la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional que fue anteriormente citada, y
4. Se advierte que la Comisión de Asuntos Penales y la Comisión de Oralidad verificarán el efectivo cumplimiento de la oralidad como forma de garantizar el derecho a ser oído y el mejor acceso a la Justicia. (Artículos 8, párrafo 2, inciso f y 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de los

3. Ver, en similares terminos, Resolución No. 2007-009233 de las 18:02 horas del 26 de junio del 2007. No se ponen comillas porque el texto original aunque casi literalmente transcrita, fue resumido y modificado. La Sala Constitucional ha dado legitimación a las razones expuestas en la grabación.

4. Ver resolución de Sala Tercera, No. 2005-01165 de 9:55 horas del 12 de octubre de 2007. Vélgase la aclaración hecha en nota anterior respecto a que no se ponen comillas al texto reproducido por algunos cambios formales que se le hicieron.

Derechos Civiles y Políticos, párrafo segundo del Artículo XXVI de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Humanos).

Por último, debo hacer mención de que, ante problemas que está planteando la escritura y la burocratización del proceso penal, al margen de la sana aplicación de la oralidad, están en preparación dos seminarios con los jueces penales de la etapa preparatoria, de todo el país junto con la Sala Tercera para tratar de hacer conciencia sobre los problemas que está presentando la audiencia preliminar. De igual manera, está siendo impulsada una transformación organizativa y funcional del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, con el propósito de resolver algunos problemas de su desempeño y, de paso, recomendar medidas que puedan ayudar a hacer más ágiles los debates complejos, en puntos como la incorporación de la prueba documental, para que ésta obedezca a criterios de razonabilidad y necesidad y no al capricho de la parte que quiera incorporar por lectura todo lo que se demanda, sin demostrar el legítimo interés para el debate.

Dejo así esbozados los que considero problemas y obstáculos más relevantes al proceso de aplicación de la oralidad en nuestro país. Los esfuerzos por enfrentarlos ya han dejado valiosas experiencias a partir de las cuales seguiremos buscando alcanzar nuestras metas.

Por último, no puedo dejar de reiterar aquí que la eficiencia en los procesos judiciales no puede convertirse en una finalidad en sí misma, divorciada de la realidad que pretende impactar. Tampoco el Derecho Penal puede ser "el brazo armado" de un modelo social que ignore

las desigualdades estructurales que padecen naciones como la nuestra, esencialmente marginales –en un mundo globalizado– y con graves problemas de pobreza e inequidad, donde apostar a la mera represión de los conflictos es sólo ahondar las posibilidades de caminar por un callejón sin salida.

BIBLIOGRAFÍA

- Antillón Montealegre, W.; *Ensayos de Derecho Procesal*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2004.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica; *Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A.; San José, junio de 2006.
- Binder, A.M. y Obando, J.; *De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho; – Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*; AD-HOC, Buenos Aires, 2004.
- Chaves Ramírez, A.; Ponencia "Los retos de la reforma procesal Penal" dictada en el Seminario: "Los sistemas comparados de justicia Penal de Argentina, Costa Rica y Japón. Desafíos para la Reforma Procesal Penal"; Buenos Aires, Argentina, 12 y 13 de julio 2007.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea; *Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos*; Mundo Gráfico S.A., San José, 1999.
- Quiros Camacho, J.; *Manual de oralidad para jueces y juezas durante las fases previas al debate*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, 2006.

RESPONSABILIDAD PENAL POR PRODUCTOS ADULTERADOS O DEFECTUOSOS:

Fraude en la Entrega de las Cosas¹

Dr. Alfonso Navas Aparicio²

El proceso productivo del sistema económico característico de nuestra sociedad industrial exige al Derecho penal involucrarse en esta dinámica, a partir de los daños que, por lo general, para un considerable grupo de personas ocasionan los artículos o bienes destinados a su consumo o uso masivo. Estos perjuicios no sólo pueden presentarse en el ámbito económico de las personas, lo que sucede cuando el objeto entregado no reúne las propiedades acordadas que justifican el negocio y, en consecuencia, el precio pactado. También podrían menoscabar el bien jurídico salud e, incluso, vida de los adquirentes si el destino del producto adulterado o defectuoso supone su contacto físico o ingesta, en el marco de su utilización normal.

Estas dimensiones del modo de afectación a la persona consumidora o usuaria constituyen el eje principal de la Resolución número 39/248, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre *"Protección al Consumidor"*, que establece directrices no sólo para proteger su seguridad física, sino también sus intereses económicos: *"9. Los gobiernos deben adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos, reglamentaciones de seguridad, normas nacionales o internacionales, normas voluntarias y el mantenimiento de registros de seguridad, para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan o normalmente previsible... 13. Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. También deben tratar de alcanzar las metas, en materia de producción satisfactoria y normas de funcionamiento, procedimientos adecuados de distribución, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado"*.

Entonces, en aquellos casos estamos en presencia de un fraude en la entrega de las cosas objeto de uso o consumo, toda vez que media un engaño acerca de las cualidades del bien otorgado. El primero constituye un delito de estafa si al momento del contrato se le oculta al comprador la adulteración o defecto del objeto. El segundo supuesto se corresponde con los delitos de corrupción y adulteración de sustancias o cosas y su circulación con peligro para la salud, y con los delitos de homicidio y lesiones. Este es el que ha generado más polémicas en la dogmática jurídico-penal, pues para algunos las fórmulas tradicionales parecen no resultar satisfactorias o justas.

Estas dos clases de fraudes en la entrega de cosas se subsumen dentro de los llamados delitos socioeconómicos si los hechos acontecen en el marco de la producción, oferta y distribución de bienes de consumo.

De ahí que el Derecho penal económico no se defina por su objeto de protección, cual si existiera un bien jurídico que a modo de denominador común pueda agrupar diversos delitos bajo una misma estructura sistemática (como, por ejemplo, referir el "orden socioeconómico" como el objeto de tutela penal); sino, en mi criterio, se define por las especiales circunstancias en que se ejecutan las conductas que, si bien ponen en peligro o lesionan diferentes bienes jurídicos tradicionales e individuales, se caracterizan por la mediación de actividades industriales o mercantiles con fines lucrativos. De esta manera se elude la duplicidad que supondría dar un tratamiento diferenciado en la parte especial del Derecho penal a delitos clásicos de naturaleza individual cuando afecta la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, más allá del meramente penológico en atención a las consecuencias.

1 El presente artículo se corresponde fundamentalmente con la conferencia que, bajo el mismo título, se impartió en el Primer Encuentro Iberoamericano de Derecho Penal "Moderna Criminalidad Económica: Su Impacto, Efecto y Desarrollo en la Sociedad", en honor al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo Zapater, el 28 de febrero de 2007, en la Universidad "Escuela Libre de Derecho", a la que ahora se han sumado algunas consideraciones posteriores.

2 Doctor en Derecho Penal y Master en Criminología, Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Derechos Humanos, Universidad de Chile. Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) y del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad "Escuela Libre de Derecho" (UELDE), Costa Rica. Correo electrónico: anavasaparcio@yahoo.es.

En virtud de lo anterior, el Derecho penal económico debe estar presidido por las exigencias derivadas de la justicia social en el ámbito del orden económico en el cual participa el Estado. Así, en el contexto de la responsabilidad penal por el producto en su entrega fraudulenta, se trata de un equilibrio entre la libertad de comercio, la organización y estimulación de la economía, la justicia social en condiciones de igualdad para todos los factores concurrentes en el proceso de producción y la protección de la vida, salud e intereses económicos de los consumidores; derechos, libertades y facultades todas ellas contempladas en los artículos 45, 46, 50 y 74 de la Constitución Política, partiendo de la ineludible realidad de la posición desventajosa que el consumidor o usuario posee en el sistema económico, como apunta el artículo 1 de la citada Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: *"Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los países, y particularmente de los países en desarrollo, reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido, las presentes directrices para la protección del consumidor persiguen los siguientes objetivos..."*, lo que justifica, entonces, lo dispuesto en su artículo 2: *"Corresponde a los gobiernos formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección al consumidor..."*.

Desde esta perspectiva, sí cobra sentido la intervención de la potestad punitiva del Estado para limitar la libertad en la producción y comercio de bienes de adquisición y uso generalizado, en defensa de los consumidores: sí cobra sentido hablar de un Derecho penal económico, a través del cual el Estado planifique, aunque no de modo absoluto, el sistema económico con el objetivo de proteger los bienes jurídicos de naturaleza individual que participan en el sistema de producción, oferta, demanda y distribución de productos y riquezas.

Ahora bien, aquí trataré únicamente el segundo grupo de supuestos: aquellos en los cuales el producto que llega al consumidor, mediando un engaño en sus propiedades, afecta su salud o vida como consecuencia de su adulteración o defecto³. Debe partirse de que el derecho a la salud y a los intereses económicos de, en particular, el consumidor está expresamente reconocido

a nivel constitucional y legal, conforme al artículo 46 de la Constitución Política, a los artículos 1 y 2 de la Ley General de Salud (que define la salud de la población como un bien de interés público) y, en especial, a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, cuyo artículo 1 señala: *"El objetivo de la presente ley es proteger, efectivamente, los derechos e intereses legítimos del consumidor..."*, ofreciendo una interpretación auténtica de consumidor: *"toda persona física... que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes..."*. Incluso su artículo 33 obliga al Estado a velar porque los bienes y servicios que se vendan y se presten en el mercado, cumplan con las normas de salud, seguridad y estándares de calidad.

Hasta aquí se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el derecho a la salud del consumidor es un bien digno de protección jurídica, conforme a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos que el Estado asume no sólo ante la comunidad internacional sino ante la misma persona humana, según los artículos 1 y 2, tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entonces, si el derecho a la salud y a la vida, en general, se tutelan a través de la amenaza penal prevista en los tipos de homicidio y lesiones, en particular, el derecho a la salud y la vida del consumidor —en tanto persona—, por coherencia lógico-sistemática y conforme a la política social estatal, también debe ser objeto de protección penal de los ataques de mayor gravedad. Resuelto el "si" del Derecho penal, esto es, si la reacción penal es la adecuada, siendo la respuesta afirmativa, debe resolverse el "cómo", es decir, de qué manera o cuál técnica de tipificación es la apropiada, según los principios de una política en materia criminal de orden constitucional, coherente con un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

La conveniencia de una determinada regulación vendrá, en primer lugar, dada por la naturaleza y contenido del bien jurídico. Suele haber consenso en identificar la *salud pública* como el objeto de protección. De hecho, el Código Penal de Costa Rica, a partir de su artículo 261, utiliza la denominación *"delitos contra la salud pública"* dentro de los cuales prevé algunos supuestos que generan responsabilidad por los peligros o daños que el producto adulterado o defectuoso ocasione al consumidor, visualizado éste como grupo o colectivo social, nota característica de nuestra sociedad de consumo. Sin embargo, el consenso se torna más difícil cuando

3 Los supuestos que afectan los intereses económicos del consumidor son abarcados por los delitos previstos en los artículos 216 del Código Penal y 63 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (estafa, usura, agiotaje y propaganda desleal).

se trata de su calificación como bien jurídico colectivo o individual.

Cabe recordar que junto a los bienes jurídicos colectivos de corte tradicional como la Fe Pública o la Seguridad del Estado, por citar sólo unos ejemplos, surgen luego, como consecuencia del carácter social e intervencionista del Estado, nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo como el Medio Ambiente, el Orden Socioeconómico o la Hacienda Pública, por citar, también, sólo unos ejemplos. Las críticas que ha suscitado la indole difusa de algunos de estos bienes jurídicos no se hicieron esperar, al tiempo que se intentaron minimizar sosteniendo que la supraindividualidad de estos bienes jurídicos relacionados con el funcionamiento del sistema social, no ha de entenderse como una categoría que está por encima o más allá de la persona, sino que están en función de ésta, en tanto por medio de aquéllos se atienden materialmente las necesidades de todos y cada uno de los seres humanos. Por ello no hay inconveniente en mantener la expresión de bien jurídico colectivo en función de los intereses singulares, lo que supone una perspectiva más personalista del bien jurídico.

Básicamente, en lo que interesa a los efectos de esta exposición, el Código Penal de Costa Rica prevé cuatro tipos penales dirigidos de modo expreso a regular la denominada responsabilidad por productos defectuosos o adulterados⁴.

En primer lugar, el artículo 261 del Código Penal que describe como supuesto de hecho el envenenamiento, la contaminación o adulteración, *de modo peligroso para la salud*, de aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o de una colectividad y como consecuencia jurídica la prisión de 3 a 10 años. A su vez, dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé un delito cualificado por el resultado si ese peligro se traduce en la muerte de una persona, con una pena imponible de 8 a 18 años de prisión. En segundo lugar, el artículo 262 que prevé la prisión de 1 a 5 años para las mismas conductas típicas que *igualmente de modo peligroso para la salud* alteren otras sustancias o cosas destinadas al uso público o de una colectividad diversas a las indicadas en la disposición anterior. Hasta aquí, esta regulación únicamente parece reprimir comportamientos propios de la fase de producción del bien (lo que no debe ser así, como luego se verá). En tercer lugar, las fases sucesivas

a la producción del bien adulterado o defectuoso se sancionan con penas de prisión similares en el artículo 263 del Código Penal mediante los verbos típicos vender, poner en venta, entregar o distribuir los objetos *peligrosos para la salud*. Y, por último, el artículo 265 prevé la responsabilidad a título de imprudencia con una sanción de 30 a 100 días multa, únicamente si resulta la enfermedad o muerte del consumidor. De ello deriva que la modalidad dolosa se satisface con la puesta en peligro de la salud, mientras que la modalidad imprudente exige la producción de un resultado lesivo específico sobre la salud o vida de una persona, coherente con la técnica de tipificación de conductas negligentes a partir de los resultados lesivos.

Si la salud pública es vista como un bien jurídico colectivo autónomo, su puesta en peligro supondría que los tipos penales se entenderían como tipos de lesión: *detenore de las condiciones objetivas de seguridad en matena de salud de la población*. Mientras que si la salud pública es entendida como el conjunto de salud individual de todas las personas, los tipos penales se construirían a partir del concepto de peligro: *riesgo para la integridad psico-física de la persona, potencial consumidora o usuaria*. Dado que los tipos básicos dolosos se estructuran como delitos de peligro, resulta imprescindible darle contenido a esa idea de nocividad, que marcará el límite de intervención del Derecho penal. Hay dos notas características en la tipificación de estos delitos. Primero, la idoneidad del producto para producir daños en la vida o salud, sin que sea necesario que acontezca este último resultado para su consumación; y, segundo, la idoneidad, en sí misma, de conductas de mercadeo del producto para poner en peligro a sus potenciales consumidores. Por ello, las normas penales, y me parece lo correcto, no conciben la salud pública como bien jurídico colectivo autónomo, sino como el conjunto de salud individuales.

La puesta en peligro para la salud de los consumidores representa una exigencia común a las diversas modalidades de los tipos dolosos básicos. De aquí que no resulte infundada la pretensión de interpretar la naturaleza de ese peligro, esto es, si el peligro debe entenderse como el resultado de las conductas descritas (peligro concreto y actual, inminente a la lesión) o, por el contrario, si el peligro debe entenderse como una particularidad que se predica de la sola realización de las conductas descri-

4 Si bien la Ley General de Salud contempla en su artículo 375 una contravención contra la salud (*Señá reprimida con diez à sesenta días multa el que importare, a sabiendas, elaborar, comerciar, distribuir o suministrar a cualquier título, manipular o tuviere para esos mismos fines, medicamentos o alimentos deteriorados, contaminados, adulterados o falsificados, cuando el hecho no constituya delito*...), esta se entiende excluida por las reglas del concurso aparente de normas, en razón de la subsidiariedad, pues, expresamente, condiciona su aplicación a que las conductas previstas en ella no constituyan delito.

tas en el tipo (peligro abstracto, potencial o inminente). La expresión "de modo peligroso para la salud" contenida en las disposiciones legales *exige que el producto adulterado o defectuoso esté a disposición directa del consumidor*. Esto significa que no basta con pervertir el bien objeto de consumo masivo, sino que hace falta que éste se ofrezca en el mercado, aunque materialmente no esté aún en posesión del consumidor final. De esta forma, los delitos de corrupción y adulteración de sustancias o cosas destinadas al uso público, no se entenderán realizados sin la paralela disposición pública de esos objetos, desde el momento en que entre la oferta y la demanda material del producto no resulta necesaria ninguna conducta intermedia relevante para el Derecho penal que impida considerar que *ex ante* existe un grave y objetivo peligro para la salud de las personas a las que se dirige la cosa producida, lo que supone por sí mismo la infracción de la norma penal, conforme a principios de seguridad jurídica e intervención mínima del Derecho penal.

La oferta material del producto en el mercado representa un momento de antelación al daño del conjunto de saludes individuales de las personas, suficiente para que la función preventiva del Derecho penal se presente como eficaz. Estimo que la simple adulteración o fabricación de productos que no están aún colocados en el mercado a disposición del consumidor o usuario, por más que tengan ese destino final, representa sólo un peligro cuya respuesta debe residir en el Derecho administrativo, al no poseer la entidad o gravedad suficiente que justifique una reacción del Derecho penal. De este modo, con el propósito de eludir objeciones desde la perspectiva de *lege lata* acerca del nulo sentido que, a partir de la interpretación que aquí se propone, podría suponer que el Código Penal tipifique de forma autónoma tanto la corrupción de sustancias como su circulación, habría que entender que el artículo 261 cubre los casos en los que la misma persona que "envenena, contamina o adultera" el objeto es quien, además, lo pone a disposición inmediata del usuario o consumidor; mientras que el artículo 263 abarca los supuestos en los que quien coloca en el mercado el producto adulterado o defectuoso no coincide con el causante de la adulteración o defecto⁵. Elló se confirma, aún más, con la equiparación de la pena prevista en ambos delitos, lo que obliga a suponer, por razones de proporcionalidad, la misma gravedad de aquellas conductas. Si se subsumiera en aquellos tipos penales, por un lado, la sola adulteración o producción

defectuosa de un bien (con destino final al consumidor o usuario) y, por otro lado, la circulación de éste, no habría explicación satisfactoria que motivara un similar trato penológico de dos comportamientos que se distancian de manera desigual del eventual resultado lesivo a bienes personalísimos del usuario o consumidor: es más grave —por ser más cercano a la posible consecuencia dañosa— la circulación (oferta, venta, entrega o distribución) de la cosa adulterada o defectuosa, que la sola corrupción o producción deficiente, aún cuando exista el propósito de destinarla, en algún momento posterior, al uso o consumo público —por ser más lejano el posible efecto perjudicial—.

En definitiva, estos delitos se tendrán por consumados con la presencia de ese peligro concreto, pues es a partir de entonces que se puede asegurar que la lesión a la salud del consumidor difícilmente podrá ser evitada. Es insuficiente traspasar el riesgo jurídicamente permitido en la fabricación de la mercancía, lo que se presenta con la adulteración o defecto mismo del producto mediante la infracción de las disposiciones administrativas que regulen la materia. Por ello, la relación de los artículos 34 y 43 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor apuntan como deber del productor y del comerciante, frente al consumidor, cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y reglamentaciones técnicas dictadas por la Administración Pública. Se precisa, además, de ese inminente contacto entre la salud del consumidor y el objeto material contenedor del peligro, al margen del distanciamiento espacio-temporal entre la oferta y el posterior resultado lesivo producto del consumo o uso del bien. Este será el contenido de la nocividad del producto e idoneidad de la conducta prevista en los tipos penales dolosos básicos.

El resultado peligro concreto para la salud pública justifica la intervención del Derecho penal, al tratarse de conductas que si bien no han producido un resultado lesivo, pueden ocasionarlo (peligro inminente de lesión). La producción posterior de un daño en la integridad psico-física del consumidor, sólo demostraría *ex post* la nocividad del objeto negociado.

Pero un posterior resultado físico-natural lesivo como consecuencia del consumo o uso del producto anormal o imperfecto, nos plantea otra serie de problemas adicionales que nos aparta, relativamente, de los delitos contra la salud pública y nos conduce a los tipos penales de ho-

5 Por este motivo, de *lege ferenda*, sería aconsejable una técnica legislativa que, expresamente, tipifique en una norma las conductas objeto de este trabajo bajo la perspectiva de la nocividad derivada de la puesta a disposición del usuario o consumidor del bien adulterado o defectuoso, y no de la mera corrupción o elaboración anormal de un producto, por más que tenga como fin, luego ofrecerlo en el mercado. Se reitera, estas últimas conductas deben ser objeto del Derecho administrativo.

homicidio y lesiones. Me refiero a la relación de causalidad y a las cuestiones acerca de la imputación objetiva del resultado lesivo a la conducta previa. El párrafo segundo del artículo 261 del Código Penal prevé de forma innecesaria un tipo cualificado por el resultado, no sólo porque hoy ya no se justifica la existencia de esta clase de previsiones legales ancladas en principios versaristas, sino porque los delitos de homicidio y lesiones permiten abordar estos supuestos.

Por otro lado, la causación imprudente de daños a la salud o vida del consumidor se sanciona en el artículo 265 del Código Penal con 30 a 100 días multa, disposición que igualmente resulta inútil y, además, contradice desde el punto de vista valorativo al artículo 117 del Código Penal que prevé la pena de 6 meses a 8 años de prisión "...al que por culpa matare a otro" y al artículo 128 del mismo texto que prevé hasta un año de prisión o hasta 100 días multa "...al que por culpa causare a otro lesiones...". En aplicación de las reglas del concurso aparente de normas habría que aplicar los preceptos contenidos en la sección sobre los "Delitos contra la Salud Pública" para los supuestos de lesiones o muertes derivadas del uso o consumo de productos defectuosos o adulterados ofrecidos en el mercado, lo que supondría un incomprensible menor rigor punitivo, al ser conductas de igual gravedad que las de homicidio y lesiones, por atacar contra los mismos bienes jurídicos: la integridad o la vida de la persona consumidora.

No se explica, desde el principio de igualdad y proporcionalidad, que el daño a la salud y, en menor medida, a la vida del consumidor tenga un tratamiento penológico diferente respecto del no consumidor, cual si la libertad de mercado, la feroz industrialización y el capitalismo económico, justificara una menor valía de aquellos derechos. La abyecta y discriminatoria regulación penológica de las conductas imprudentes en la protección de la vida y la salud del consumidor en el Código Penal costarricense no deja de plantear que al igual que el sistema penal es, en muchas ocasiones, selectivo al criminalizar conductas propias de ciertos sectores de la población ajenos a la clase política y económica dominante, también lo es en la elección de sanciones (por lo general, bastante reducidas o privilegiadas) previstas para las conductas peligrosas o lesivas propias de actividades que, por su naturaleza, suelen estar reservadas a quienes pertenecen a esta clase dominante. Esta última manifestación se enmarca dentro de que se podría denominar un "*Derecho penal del amigo*", caracterizado por su renuncia a intervenir en espacios prioritariamente reservados a grupos cuyos intereses económicos, sociales o políticos coinciden o influyen en quienes tienen el poder de decisión al momento de estructurar la política penal o,

ya sea que no se pueda renunciar a la protección penal de ciertos bienes jurídicos, por otorgar, por las mismas razones, un trato penológico privilegiado a ilícitos que pueden acontecer en las actividades propias de aquellos sectores.

Pues bien, dejando de lado aquella desacertada regulación, deben determinarse los criterios exigibles para atribuir el resultado lesivo a la conducta previa realizada a título de dolo o de imprudencia. Sabemos que no podemos darnos por satisfechos con criterios puramente extrajurídicos o naturalísticos, al modo que lo hacía la teoría de la causalidad, incluso con su pretendido correctivo de la *conditio sine qua non*; así como tampoco resulta oportuna la teoría de la adecuación que si bien pretendió introducir criterios normativos, resultaron sumamente ambiguos. Hay algo ineludible y básico: debe existir un vínculo entre el resultado y la conducta. Sin embargo, para el Derecho penal hace falta algo más que, en sentido físico-natural, una condición sea causa de un resultado. Se requiere una ulterior valoración jurídico penal para determinar si ese resultado lesivo puede ser atribuido objetivamente a la conducta. De aquí que si bien esa relación de causalidad físico-natural no prejuzga la imputación objetiva del resultado a la conducta, si se erige en uno de sus presupuestos al que, luego, se le sumarán valoraciones normativas. Debe haber, en primer lugar, una relación causa-efecto entre el producto adulterado o defectuoso y la lesión a la salud o vida del consumidor; y ello se determina al modo de la ley causal natural: una pericia técnica que verifique, según las leyes naturales ajustadas al conocimiento experimental acorde al desarrollo científico y tecnológico disponible, que el resultado en el organismo humano es consecuencia de las propiedades de la cosa de uso o consumo masivo.

Dado que la misión del Derecho penal reside en la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia ante los ataques de mayor gravedad que contra ellos se dirijan, la responsabilidad penal por el producto defectuoso o adulterado, debe ir precedida de la creación de un riesgo típico o no permitido, o de un incremento del riesgo más allá de lo permitido. En casos como los que son objeto de este estudio, el riesgo permitido vendrá determinado por las leyes y reglamentos que regulen los estándares de calidad en la producción y comercialización del bien de uso o consumo que se pretenda ofrecer en el mercado, como exige, en términos amplios, la Ley General de Salud. Esto nos lleva a admitir que los tipos penales que regulan la responsabilidad por productos adulterados o defectuosos, constituyen normas en blanco, cuyo supuesto de hecho debe integrarse con normas extrapenales reguladoras de la actividad concreta

de que se trate, para precisar los límites dentro de los cuales se permite el riesgo que para la salud supone la actividad económica dirigida a proporcionar bienes de uso o consumo colectivo. Esta técnica legislativa resulta necesaria ante el carácter complejo y cambiante de las actividades industriales y ante la aparición de nuevos productos que la tecnología ofrece al mercado. Sin embargo, ha de considerarse que, aún cuando un objeto de consumo o uso colectivo defectuoso o adulterado cuente con registro de sanidad, los especiales conocimientos del autor que permitan conocer ese peligro, le convierten en garante de los bienes jurídicos de titularidad de los posibles consumidores por la existencia de una fuente de peligro controlable en su propio ámbito de dominio.

Una vez que en los procesos de producción y comercialización se han inobservado los patrones de salubridad, el Derecho penal exigirá, para atribuir responsabilidad, que ese riesgo típico o no permitido se haya realizado o materializado en el resultado lesivo. Esto es, que el incumplimiento de las normas administrativo-técnicas sobre la calidad del producto, suponga su adulteración o defecto, y se traduzca en un daño para la integridad psico-física o la vida de la persona. En la determinación de estos dos componentes (creación de un riesgo típico y realización de éste en el resultado lesivo), cobra especial relevancia el fin —o ámbito de protección— de la norma. Este principio de carácter teleológico permite comprobar ese necesario vínculo jurídico entre un comportamiento que, al infringir determinadas normas, genera un riesgo relevante para el Derecho penal y, por consiguiente, un resultado lesivo, de manera que quepa imputar éste a aquél. La utilidad del mismo, en definitiva, consiste en demostrar que el resultado lesivo para el bien jurídico es, precisamente, uno de los resultados que la norma jurídica en concreto infringida pretendía evitar, en aras de la protección de la salud y vida de los consumidores o usuarios. Ello exigirá interpretar diversas normas, penales y extrapenales, con el propósito de verificar si el peligro típico que se ha materializado en el resultado lesivo está incluido dentro del fin de prevención de las normas específicamente transgredidas.

Sin embargo, mayores problemas presentan los cursos causales no verificables científicamente. En ocasiones se ha mantenido que resulta suficiente una relación estadística entre el producto y la lesión material y la exclusión, en el caso concreto, de cualquier otro factor como posible causante del daño. Es cierto, como afirman algunos y a quienes me adhiero, que las ciencias naturales

no siempre nos ofrecen una certeza absoluta en el proceso penal, y es aquí donde no debe sacrificarse el principio del beneficio de la duda para la persona imputada.

Por otro lado, surgen cuestiones, que deben responderse, acerca de la intervención en el delito. Dado que la gran mayoría de sucesos por defectos adulterados o defectuosos son patrocinados por personas jurídicas, se torna necesario replantear el viejo axioma "*societas delinquere non potest*", pues el Derecho penal no debe renunciar a la tutela de los bienes jurídicos de mayor importancia, bajo la arcaica visión de que el concepto de acción sólo se vincula con las conductas humanas voluntarias. La gravedad de los hechos realizados por empresas es similar y, en ocasiones, de mayor seriedad que la de aquellos producidos por seres humanos. En consecuencia, el mismo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se presenta como una exigencia, junto con otros criterios adicionales, para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

Aun cuando el ordenamiento jurídico penal costarricense, actualmente, se estructura con miras a la responsabilidad de la persona física, la posibilidad de atribuir consecuencias penales a las personas jurídicas, bajo la premisa de que pueden realizar un delito, no es ajena a nuestra realidad normativa. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ("Convención de Palermo", 2000), incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley número 8302 (publicada en La Gaceta número 123, de 27 de junio de 2003), dispone en su artículo 10, inciso 2º: "*Cor sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa*". No cabe duda de que en la comisión de muchos delitos contra la salud pública, debido a productos adulterados o defectuosos que se ofrecen en el mercado nacional e internacional, participan grupos organizados de personas y empresas que extienden su actividad por diversos países, como consecuencia de las facilidades que otorga la globalización y el desarrollo tecnológico e informático en las comunicaciones y negociaciones⁶.

Asimismo, los directivos de las empresas también deben responder a título personal, como autores mediatos si los ejecutores de las decisiones de aquéllos, tratándose de complejas estructuras empresariales, desconocen la nocividad del producto. Pero, si estos últimos conocen la nocividad responderían como autores directos, mientras

6 Al respecto, véase NAVAS APARICIO, Alfonso, "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas" en: Fundación para la Paz y la Democracia / Konrad-Adenauer Stiftung (2007). Impacto del Crimen Transnacional en Centroamérica: los Casos de Nicaragua y Costa Rica. San José, Costa Rica.

que sus superiores en jerarquía que han tomado la previa decisión de fabricar el producto, como inductores.

Quien únicamente se limita a distribuirlos o venderlos, conociendo la nocividad del producto, asume una posición de garante ante la integridad del destinatario final del bien, con base en el deber de control de fuentes de peligro en el propio ámbito de dominio, cuya omisión de retirar el producto del mercado, teniendo la capacidad y posibilidad de hacerlo, es suficiente para entender infringida la prohibición de matar o lesionar y, estaríamos en presencia de un delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión.

Por último, aspectos victimodogmáticos, ¿Qué sucede cuando es el consumidor o usuario el que se coloca a sí mismo en una situación de peligro al adquirir, voluntariamente, un producto cuyo potencial nocivo conoce o prevé como probable, y tras su uso o consumo sobreviene un daño a su integridad psico-física? Como recuerda Albert Ituren Oliver: *"...lo cierto es que entre el ánimo de lucro que mueve a la economía y el incremento consumista se crea el caldo de cultivo perfecto para que se relajen las medidas de seguridad y aparezcan los riesgos..."*. En estos supuestos, creo debe operar el consentimiento del titular del bien jurídico sobre su salud, como manifestación del ejercicio de su libertad, con la consecuente ausencia de lesividad, para el Derecho penal, de la conducta de quien suministró el producto, al margen del daño material o corporal. Por ello, no considero que el fundamento de esa irrelevancia resida en la

delegación que el Estado hace de su deber de proteger bienes jurídicos, en la potencial víctima; sino, más bien, en la disponibilidad del bien jurídico salud por su titular, de manera que, ideológicamente, se realce la idea de la libertad de la persona en la toma de decisiones que no afecten a terceros, aún cuando en esa decisión se haya ponderado el riesgo que el producto entrañaba para su salud, al no contar con el debido registro sanitario o encontrarse en condiciones que permiten verificar su peligrosidad como, por ejemplo, el paso del tiempo más allá de la fecha de caducidad sin que el producto se haya ingerido⁷. Y se acentúa sólo la salud, pues el consumidor o usuario, se puede afirmar, nunca prevé como probable su muerte y, como consecuencia de ello, nunca admite disponer de su propia vida, de por sí, indisponible en el derecho costarricense, incluso para su propio titular⁸. Por consiguiente, el consentimiento sólo surte aquellos efectos eximentes de la pena tratándose del bien jurídico salud o integridad psico-física, el cual es disponible en nuestro ordenamiento jurídico –salvo que suponga un peligro para la vida misma–; no así respecto de la vida. A lo anterior debe agregarse que el consentimiento sobre la salud y los supuestos en los que se afecta la vida, en ningún caso, excluyen la responsabilidad por los delitos de corrupción de sustancias alimenticias, de adulteración de otras sustancias y de circulación de sustancias envenenadas o adulteradas, previstos en los artículos 261 a 263 del Código Penal, al ser éstos delitos de mera actividad y de peligro concreto, que se consuman, como se señaló, con la simple disposición en el mercado del producto defectuoso o adulterado.

7 Ello plantea la posibilidad de que el consentimiento de la víctima pueda ser analizado dentro de los criterios de imputación objetiva del resultado lesivo a la conducta previa del sujeto activo. Aun cuando esta última suponga un riesgo típico (el infringir la normativa administrativo-técnica en la producción y oferta del producto), y ese peligro se haya materializado en un resultado lesivo para la integridad psico-física del consumidor o usuario, este resultado dañoso no se encontraría dentro del fin de protección de la norma, dentro de los resultados que el Derecho penal pretende evitar, dada la disponibilidad del bien jurídico salud por su titular: al conocer o prever como posible, en las circunstancias específicas, el riesgo del producto adquirido. En conclusión, no se podría imputar el resultado a la conducta de quien ofreció el objeto de consumo o uso.

8 Claro ejemplo de ello son los artículos 114, 115 y 116 del Código Penal, que prevén los delitos de tentativa de suicidio, de instigación o ayuda al suicidio y de eutanasia.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*MSc. Rosaura García Aguilar
Jueza, Tribunal Penal del II C. J.S.J.*

DERECHO PENAL

1) DELITO DE ABANDONO DAÑINO DE ANIMALES. Declaratoria de inconstitucionalidad.

“III.– Sobre los principios de razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad en materia penal. Esta Sala ha reconocido en anteriores oportunidades que el principio de razonabilidad surge del llamado “debido proceso sustantivo”, que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal. Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad –o de un determinado grupo– mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en benefi-

cio de la colectividad. De los últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. Aunado a lo indicado, y haciendo referencia específica a la materia penal, el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que son presupuestos esenciales para tener como *legítima la actividad represiva del Estado*, requiriendo que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. De lo anterior, se deduce que en cuanto a delitos y penas se refiere, en nuestro marco constitucional existe reserva de ley, por lo que en esta materia sólo está permitida la actuación de los poderes del Estado a través de leyes formales. Ahora bien, también en la definición de las conductas punibles, en abstracto, el legislador debe realizar una valoración de proporcionalidad entre el hecho y los montos mínimos y máximos de las penas, de manera que la gravedad de los hechos debe reflejarse en la magnitud de la sanción que se prevé. Por supuesto, la individualización de la pena que se produce ya en sede jurisdiccional y no legislativa, atiende a una serie de factores tanto subjetivos como objetivos que deben estimarse, que son de resorte exclusivo del juez quien entre un mínimo y un máximo de sanción otorgado por la ley, debe imponer la sanción que mejor se ajuste a las circunstancias particulares del hecho. Es por lo anterior que cualquier tipificación de una conducta, así como la pena que se pretenda imponer debe responder no sólo a la existencia de una norma legal, sino también a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad según el bien jurídico que se pretende tutelar.

IV.– Sobre el análisis de la norma consultada. No hay duda que el artículo 229 bis consultado a esta Sala que hace referencia al abandono dañino de animales, pretende tutelar el bien jurídico de la propiedad, al tipificar la conducta de aquella persona que faltando al deber de cuidado, produce un daño a la propiedad ajena a través

del abandono o negligencia en el manejo de ganado, animales domésticos u otra bestias y ello puede resultar acorde con el marco constitucional relacionado con la protección penal a determinadas actividades que afectan la normal convivencia social. Sin embargo, estima la Sala que la forma en que fue establecido el tipo penal, sí atenta contra los principios ya comentados de razonabilidad y proporcionalidad por las razones que se dirán. En primer lugar, considera este Tribunal que el hecho de que el artículo consultado establezca como sanción única, la pena privativa de libertad, resulta excesivo, pues basta con utilizar como parámetro de valoración otros tipos penales que se relacionan con la materia analizada para concluir que el legislador se excedió en su función creadora de normas. En efecto, el artículo 228 del Código Penal que tipifica el delito de daños **dolosos**, establece como sanción no sólo una pena privativa de libertad, sino que también otorga al juez la discrecionalidad de sustituirla por días multa, según la gravedad del daño. Por ello, no se justifica que en tratándose de un delito culposo o que a lo sumo tipifica la existencia de un dolo eventual, como el establecido en la norma consultada, la única opción probable para el juez sea imponer la sanción de prisión, lo cual evidentemente carece de razonabilidad si se toma en consideración que en este caso no existe una intención de producir el daño, sino la falta a un deber de cuidado o la aceptación de que se pueda producir con el abandono de los animales, bestias o ganado. Incluso si se toma en cuenta la contravención de "Daños Menores" establecida en el numeral 387 del Código Penal, se desprende que la pena a imponer es de días multa, lo cual lleva a concluir que en el caso de la norma analizada lo que se castiga es el **medio** a través del cual se produce el daño, sea ganado, animales domésticos u otras bestias y no el resultado de la conducta típica. De igual forma, resulta incomprensible que la norma impugnada establezca como única pena la privativa de libertad, cuando se observa que en el caso de **lesiones culposas**, existe también como alternativa una sanción de días multa, aun cuando en este caso el bien jurídico tutelado es la integridad de una persona, sin duda de rango mucho mayor a la propiedad que se pretende proteger con la norma analizada. Los anteriores ejemplos llevan a esta Sala a concluir, que la sanción impuesta por la norma analizada resulta desproporcionada al fin que se pretende proteger, sobre todo tomando en consideración que dicha sanción se impone independientemente de la cuantía de los daños producidos. Ello obviamente resulta violatorio al principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues deja un margen de acción muy limitado al juez penal, además que como se indicó, lo que se castiga es el instrumento a través del cual se realizó el daño, y no la intención o el resultado producido por la falta al deber de cuidado. Por lo anterior, esta Sala

estima procedente evacuar la consulta en el sentido que la norma analizada resulta inconstitucional."

Sala Constitucional voto N° 18486, de las 18:03 horas, del 19 de diciembre de 2007.

DERECHO PROCESAL PENAL

2) ABREVIADO. Limitación para acogerse a ese procedimiento.

"El recurrente señala que dentro de la causa penal número 06-006929-647-PE se le ha limitado a la amparada su derecho de acogerse a la medida alternativa del procedimiento abreviado por cuanto en la indagatoria realizada por la Unidad de Trámite Rápido del Ministerio Público del Primer Circuito Judicial de San José (ver folio número 7 del expediente) se le otorgó un plazo de 10 días para que ésta manifestara su deseo de someterse a dicho procedimiento y de no hacerlo, no se le aceptaría posteriormente dicha solicitud, lo que –según agrega el petente– contraria lo dispuesto en el artículo 373 del Código Procesal Penal, en el cual se establece que es hasta antes de acordarse la apertura a juicio que se podrá proponer la aplicación de tal procedimiento. No obstante las consideraciones del recurrente en su escrito de interposición del recurso, lo cierto del caso es que como las actuaciones y resoluciones que en el fondo el recurrente estima ilegales lo son de un órgano del Poder Judicial en ejercicio de su función jurisdiccional, resulta improcedente que esta Sala se pronuncie sobre los extremos alegados en el recurso, toda vez que –de conformidad con el artículo 30 inciso b) de la Ley que rige esta jurisdicción– las actuaciones y resoluciones jurisdiccionales no están sometidas al control de constitucionalidad por vía del amparo. Así, además de lo señalado, vale agregar que esta Sala también ha precisado en reiteradas oportunidades, que el propio ordenamiento procesal penal establece las vías suficientes para asegurar que el proceso se tramite con estricta observancia de las garantías, facultades y derechos de las partes, señalando los medios necesarios para canalizar las objeciones que existan relacionadas con la regularidad del proceso, el ejercicio de la acción penal, la legitimidad de la prueba, la participación de las partes que finalmente pueden ser discutidas al inicio, durante y al final del juicio, quedando abierta la posibilidad del recurso de casación y el procedimiento de revisión de sentencia. En razón de lo preceptuado por la ley de la Jurisdicción Constitucional y por existir otros mecanismos intra-procesales para la impugnación de las inconformidades del recurrente, deberá éste acudir a la vía ordinaria correspondiente y no ante esta Sala, a plantear lo que en derecho estime pertinente. En consecuencia de lo expuesto, el reparo

que se formula es improcedente y por ende, procede rechazar de plano el recurso."

Sala Constitucional, voto N° 506, de las 9:17 horas, del 19 de enero de 2007.

3) DEMANDA CIVIL RESARCITORIA. Reenvío. Denegación de permiso de salida del país.

"...De las pruebas aportadas a los autos se desprende que el Juzgado Penal de Pavas en resolución de las siete horas treinta minutos del catorce de abril del dos mil cinco, dispuso como medida cautelar el impedimento de salida del país del amparado (...) sin embargo, como también se observa del expediente, tal medida cautelar nunca fue dejada sin efecto a pesar de que en contra del tutelado ya recayó sentencia condenatoria que, en cuanto a la parte penal, ya se encuentra firme, por lo que tal medida cautelar dejó de tener fines procesales. A pesar de ello, y de que la acción civil resarcitoria es accesoria a la causa penal principal, la autoridad recurrida pretende mantener vigente aquel impedimento de salida del país y ahora lo justifica en la supuesta necesidad procesal de mantener sujeto al imputado al proceso para que atienda la nueva sustanciación que se hará de aquella acción civil en la audiencia oral y pública que se ha señalado para tal efecto y que se llevará a cabo el primero de agosto entrante. Sin embargo, en criterio de esta Sala, mantener vigente tal restricción a la libertad personal del amparado, a pesar de que ello no fue reiterado en la sentencia penal, implica definitivamente una restricción a su libertad de tránsito que va más allá de lo razonable y de lo necesario porque, como se indicó, el tutelado ya fue declarado como autor responsable del delito de daños y por éste se le impuso la pena de dos meses de prisión con la aplicación del beneficio de ejecución condicional de la pena por un plazo de tres años, con lo cual ya desaparecieron los fines por los cuales se decretó aquella medida. De este modo, si en la propia sentencia condenatoria no se dispuso ninguna restricción a la libertad del amparado, no puede ser posible que la autoridad recurrida, so pretexto de garantizar los fines de la acción civil resarcitoria, pretenda imponerle una restricción a la libertad personal del amparado con fundamento en una resolución que fue dictada desde abril del dos mil cinco y que, como medida cautelar que fue decretada en aquel momento, dejó de surtir sus efectos para este momento, porque en aquella época pretendía garantizar la presencia del imputado al proceso penal, pero ya para esta fecha, ese proceso penal ha concluido con la sentencia firme que se ha indicado. En ese sentido, si la autoridad recurrida pretende sujetar al amparado al proceso en cuanto a la acción civil resarcitoria, deberá utilizar los mecanismos procesales que la propia legislación le otor-

ga para hacer eficaz esa garantía, pero nunca a través de la restricción a la libertad de tránsito del amparado que, como en reiteradas ocasiones ha señalado este Tribunal, es una medida de naturaleza excepcional. ..."

Sala Constitucional, voto N° 8173 de las 17:39 horas del 12 de junio de 2007.

4) DERECHO DE DEFENSA. Estabilidad en la representación letrada de la persona acusada.

"Sobre el reclamo que hace la recurrente del cambio constante del defensor público que atiende su caso, en específico de la representación que tuvo para la audiencia preliminar del 9 de febrero de 2007, de acuerdo con el informe de la Jefa de la Defensa Pública, la profesional que inicialmente se asignó al caso de la actora fue sustituida, a petición de la propia defendida, y desde septiembre de 2006 tiene la representación del caso el Lic. Oscar Mario Murillo Zamora. Sin embargo, de la propia documentación que adjunta la recurrida nota la Sala que la solicitud de libertad presentada el 11 de setiembre a favor de la encartada la suscribió el (...) y las visitas carcelarias las han efectuado el profesional recién mencionado (13 de setiembre de 2006, folio 24), el Lic. (...) (27 de octubre, 21 de noviembre y diciembre de 2006, folios 21, 22 y 23) y el Lic. (...) (el 31 de enero de 2007, folio 20), en sustitución del defensor titular. Además, quien acudió a la audiencia preliminar del 9 de febrero no fue ninguno de ellos, ni el titular, sino el Lic. (...) (informe de folio 14). V.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8° párrafo segundo que: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (...)* e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley."* Adicionalmente, en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990, el principio sexto indica que: *"6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios."* E internamente el artículo 152, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial reza: *"La Defensa Pública proveerá defensor público a*

todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa le advertirá que, si se demuestra que tiene solvencia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador." Disposiciones a partir de las cuales cabe preguntarse si el derecho que tiene todo inculcado en una causa penal, que carezca de recursos económicos suficientes para pagar un defensor particular, es meramente formal, es decir, consiste en que para toda diligencia relevante sea acompañado de algún defensor público o si el derecho de defensa exige que se dote tal papel de un contenido adicional. Esto, porque la queja de la actora no versa sobre la falta de defensor, ni sobre la capacidad o preparación de aquellos con los que ha establecido contacto, sino sobre la multiplicidad de profesionales que han atendido su causa y, principalmente, de la falta de conocimiento del proceso que se le sigue del profesional que la representó en la audiencia preliminar, afirmaciones que no se han refutado en el informe. Si bien es cierto, a lo largo de un proceso penal pueden surgir circunstancias extraordinarias que obliguen, ocasionalmente, a sustituir al defensor titular de un proceso, en este caso la sustitución se ha constituido más bien en la regla, al punto de que no consta en la documentación que adjunta la Jefa de la Defensa Pública, que la actora haya siquiera conocido al defensor público oficialmente encargado de su caso. Tampoco hay evidencia que sea la imputada quien haya propiciado que varios profesionales se asignaran a su proceso. Por ello, a juicio de la Sala, la recurrente lleva razón en su queja y considera que forma parte de su derecho de defensa que se le proporcione estabilidad en la representación letrada de su caso, de modo que en las etapas subsiguientes del proceso se deberá procurar que sea un mismo profesional en Derecho quien se entreviste con la actora, prepare las actuaciones pertinentes y, sobre todo, la represente en el juicio oral y público, en caso de que se celebre, salvo que, ocasionalmente y por razones excepcionales, tal identidad sea imposible de cumplir."

Sala Constitucional, voto N° 2311, de las 9:20 horas, del 2 de marzo de 2007.

5 MEDIDAS CAUTELARES. Recurso de apelación. Violación del derecho de defensa ante la declaración de su inadmisibilidad.

"...el recurrente reclama que el voto número 16-07 del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur, sede Osa, resulta ilegítimo pues rechaza de plano el recurso de apelación que el amparado interpuso contra la resolución que le impuso la medida cautelar antes citado, bajo el argumento de que la resolución recurrida carece de recurso (...) esta Sala consi-

dera que el recurrente lleva razón en su argumento, pues en el voto de cita el Tribunal recurrido declaró inadmisble el recurso planteado por el amparado argumentando que la medida cautelar recurrida carecía de recurso, esto a pesar de que el párrafo segundo del artículo 256 del Código Procesal Penal es claro al señalar que serán apelables sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier medida cautelar distinta a la prisión preventiva, o rechacen una medida sustitutiva cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio e intermedio. Es decir, a pesar de que existe norma expresa que establece la recurribilidad de una medida cautelar que limita la libertad de tránsito del amparado, la autoridad accionada rechazó el recurso planteado por el defensor del imputado bajo la premisa de que la resolución recurrida carecía de recurso. Lo anterior, constituye una clara violación al derecho de defensa del amparado..."

Sala Constitucional, voto N° 5471, de las 11:48 horas, del 20 de abril de dos 2007.

Nota del Magistrado Solano Carrera:

"Solamente por el valor que en nuestro ordenamiento ha tenido desde siempre la libertad, es que he coincidido con el voto de la Sala, declarando con lugar el presente recurso. No obstante, queda la sensación de que la Sala se convierte en un tribunal ordinario, al modo de una alzada más en la jurisdicción común, declarando cuándo procede y cuándo no recurso contra una resolución dictada en los procesos que penden ante los tribunales del orden común. De todos modos, estoy consciente de que el artículo 16 de la Ley que rige esta jurisdicción, ofrece oportunidad para que la Sala proceda como lo ha hecho en este caso, ya que los hechos alegados en el hábeas corpus tienen incidencia y/o relación con la libertad."

6) MEDIDAS CAUTELARES. Sustitutivas. Duración sujeta a criterio de proporcionalidad.

"...Debe recordarse que la Sala ha manifestado que las medidas cautelares no están limitadas por plazos concretos legalmente definidos sino que, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Penal, su duración queda sujeta a un criterio de proporcionalidad, todo ello sin perjuicio de que el Tribunal proceda a revisar, sustituir, modificar o cancelar la procedencia de las medidas impuestas y las circunstancias de su imposición, cuando así se requiere por haber variado las condiciones que justificaron su imposición, ello porque, como se indicó, en el Código Procesal Penal no se establecen plazos límite para la imposición de medidas cautelares alternas a la prisión preventiva, con lo cual, la eficacia de las mis-

mas puede mantenerse durante todo el tiempo que sea necesario para proteger los fines del proceso, en tanto no cambien las circunstancias que dieron origen a su imposición. En todo caso, dicho cambio de circunstancias o cualquier asunto relativo a las medidas cautelares impuestas puede ser alegado en cualquier momento por el imputado o su defensor, ante el juez de garantías, quien tienen un deber ineludible de atender, oportunamente, dichas gestiones (ver en sentido similar sentencias No.2001-01627 de las quince horas ocho minutos del veintisiete de febrero del dos mil uno y No.2004-13993 de las catorce horas treinta y tres minutos del siete de diciembre del dos mil cuatro).”

Sala Constitucional, voto N° 10797, de las 12:01 horas, del 27 de julio de 2007.

7) PRISIÓN PREVENTIVA. Recurso de apelación. Audiencia oral. Principios de Oralidad, contradictorio e inmediatez de la prueba.

“...el recurrente reclama que la autoridad recurrida rechazó el recurso de apelación y no se avocó a resolver sobre la solicitud de audiencia oral en la que pretendía ampliar los argumentos de disconformidad. En virtud de lo expuesto, estima la Sala que se han lesionado una serie de principios procesales que integran el debido proceso y que han sido reconocidos en el nuevo Código Procesal como son la oralidad, el contradictorio y la inmediatez de la prueba, pues el Tribunal recurrido omitió toda alusión a la solicitud de vista presentada por el recurrente en el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que ordenó la medida cautelar de prisión preventiva en contra del tutelado. Así las cosas, la señora Jueza del Tribunal Penal actuó contra de lo establecido en el artículo 441 con lo cual lesionó el derecho a la defensa y al acceso a la justicia. En este extremo la Sala debe llamar la atención sobre la obligación del órgano jurisdiccional de resolver las gestiones presentadas por las partes. La señora Jueza del Tribunal de Juicio de Santa Cruz indica en el informe rendido a esta Sala, que debido a que el defensor pretendía reiterar en la audiencia oral solicitada, los argumentos que planteó por escrito, consideró innecesario pronunciarse sobre ese punto. No obstante, debió resolver la solicitud presentada, en atención al derecho de defensa del imputado, por lo que en este extremo cabe declarar con lugar el recurso. La Sala llama la atención de que la anulación de la resolución del Tribunal de Juicio de Santa Cruz obedece a la esencialidad de que el Juez tenga presente su obligación de resolver las cuestiones que le plantean las partes.”

Sala Constitucional, voto N° 11418, de las 10:51 horas, del 10 de agosto de 2007.

8) RASTREO DE LLAMADAS E INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. Figuras diferentes. Procedencia y fundamento es un conflicto de legalidad ordinaria.

“Lo planteado por el recurrente no es más que un conflicto de legalidad ordinaria que no involucra, al menos en forma directa, derecho fundamental alguno, razón por la cual su conocimiento excede el ámbito de competencia de esta jurisdicción. Debe tener presente el recurrente que esta Sala no es ni un contralor de legalidad ni una instancia más de impugnación dentro del proceso penal, de modo que no le corresponde revisar la procedencia o no de los fundamentos de las resoluciones impugnadas. Así, si considera que ha habido una actividad procesal defectuosa por cuanto las órdenes de secuestro y decomiso de la información referente a las llamadas telefónicas entrantes y salientes que constan en el legajo de “Rastreo de Llamadas” de la causa penal número 06-018264-042-PE que se sigue contra su defendido y otros por el delito de Homicidio Calificado fueron dictadas por resoluciones de la Unidad Especial de Apoyo de la Fiscalía General de la República y no por medio de orden de un órgano jurisdiccional, como a su juicio correspondía, ello es un asunto que debe ser alegado ante la autoridad jurisdiccional penal correspondiente, como en efecto se hizo (...) Por lo demás, cabe aclarar al recurrente que esta Sala ha sostenido reiteradamente que el rastreo de llamadas y la intervención telefónica son figuras diferentes, y en tanto la última está protegida por el artículo 24 de la Constitución Política y sólo puede ser autorizada por juez competente en los casos que taxativamente prevé la ley respectiva, la primera no está sometida a dichas restricciones y no viola el contenido del citado artículo constitucional, por lo que bien puede ser ordenada por el Ministerio Público. En este sentido, en sentencia número 9421-02 de las dieciséis horas con ocho minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos, la Sala expresó: “...mediante resolución número 3195-95 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, esta Sala estableció que “la intervención telefónica implica dos aspectos esenciales. En primer lugar, se refiere al procedimiento técnico que permite y facilita la realización de la intervención en sí misma y comprende la colocación de una serie de cables que se adhieren a la central telefónica y al número telefónico cuya interceptación se pretende, así como la instalación del equipo de registro o grabación del contenido de las

llamadas, el cual queda registrado en un cassette, que es periódicamente retirado y reemplazado para hacer de la grabación un procedimiento continuo, según el periodo en que ésta haya sido acordada por la autoridad judicial. En segundo lugar, el término hace alusión a las implicaciones mismas del procedimiento de intervención telefónica, es decir, lo que se busca con dicho procedimiento y lo que con él se comprende. Es en este segundo aspecto, en el que se alude al contenido mismo de la medida, que debe ser relacionada la intervención telefónica con el numeral 24 de la Constitución Política. Y aquí la doctrina es conteste en señalar que el procedimiento de intervención telefónica implica el registro y la escucha, es decir, la imposición del contenido o la posibilidad de imponerse de contenido de las llamadas registradas mediante la intervención misma. El tema ha sido discutido sobre todo por la doctrina española, a partir de la necesaria distinción que ha de hacerse entre los términos "intervención" y "observación" telefónica contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente y con el fin de delimitar el alcance de la autorización que conceden esos incisos para incidirse en la inviolabilidad de las comunicaciones orales. Así, claramente se ha diferenciado entre ambos conceptos, estableciéndose que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término "observación" ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, del número telefónico del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, el cual debe permanecer secreto. Estas conclusiones son perfectamente trasladables a nuestro medio, distinguiéndose tanto desde el punto de vista conceptual, como del punto de vista técnico, entre la intervención telefónica, que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas y el procedimiento de "rastreo" telefónico, procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse del contenido de las llamadas." Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que la parte recurrida ordenó el rastreo de las llamadas enviadas y recibidas desde el teléfono celular del recurrente, con el objeto de determinar no solo quien es el propietario de dicha línea telefónica sino también con que personas o con cuales números telefónicos se ha establecido comunicación desde ese teléfono en los meses anteriores, ello con la finalidad de establecer un cuadro de relaciones que permita esta-

blecer los posibles vínculos formados con ocasión del delito que se investiga, por lo que no se aprecia la violación de derechos fundamentales alegada en este recurso toda vez que en ningún momento se tuvo acceso al contenido de las llamadas hechas o recibidas." Asimismo, en sentencia número 2003-02268 de las dieciséis horas cuarenta y siete minutos del dieciocho de marzo del dos mil tres, este Tribunal afirmó: "...El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia esta Sala (...). Por otra parte, esta Sala, mediante sentencia número 4454-95 de las once horas con doce minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y cinco, y específicamente en lo que respecta a las comunicaciones manifestó y en lo que aquí interesa, "El artículo 24 de nuestra Constitución Política garantiza el secreto de las comunicaciones. Dentro de éstas se ha de comprender las orales, escritas y obviamente las telefónicas. En el campo de las intervenciones telefónicas, es necesario precisar qué comprende el secreto consagrado constitucionalmente. En este sentido, las formas de intervención de las comunicaciones telefónicas que implican o comprometen el secreto constitucional protegido, comprenden tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar el contenido mismo de las comunicaciones, mediante grabaciones de los mismos y su escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el inicio de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones, y aunque implican un grado menor de incidencia, y en consecuencia un régimen distinto, tienen relación directa con el secreto de las comunicaciones (...). No encuentra esta Sala que las autoridades recurridas, hayan violentado en perjuicio del recurrente los derechos constitucionales a que alude violentados en su perjuicio, toda vez que, la información obtenida por la Auditoría General del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y proporcionada por el Instituto Costarricense de Electricidad, se encuentra a Derecho (...) la ley número 8292 Ley General de Control Interno, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, número 169 de 4 de setiembre del dos mil dos, en sus artículos 35, 36 y 37, concede la facultad a las auditorías internas de las instituciones del Estado, para que en casos como el que nos ocupa, proceda a la realización de la investigación correspondiente y,

posteriormente remitir al jérfarca de la institución lo procedente en cada caso. Además, la información remitida por el Instituto Costarricense de Electricidad, a petición del Ministerio recurrido, en nada violenta los derechos constitucionales del amparado, pues el contenido de tal información y la manera en que fue obtenida, se encuentra también acorde con el ordenamiento jurídico vigente. En primer lugar, tal información fue remitida a la parte solicitante, al tratarse de un servicio que la institución recurrida brinda a sus clientes, con fundamento en el artículo 12 inciso d) del Reglamento para los Servicios Celulares y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 182, del 24 de setiembre de mil novecientos noventa y seis. Consta en el expediente administrativo número 20030590, que se ha tenido a la vista para resolver el presente amparo, y en el expediente principal, que la información remitida por el Instituto Costarricense de Electricidad a la Auditoría interna del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, consiste únicamente en proporcionar datos referentes a: fecha y hora de las llamadas, duración en segundos y en minutos, teléfono de destino y tarifa, que en nada afectan el derecho a la intimidad del amparado, de conformidad con los lineamientos y presupuestos contenidos en la sentencia de esta Sala transcrita en el considerando anterior pues no hay alusión a nombres de personas, o algún otro dato específico sensible que pueda violentar tales derechos..." Precedentes que son aplicables a este caso, sin que existan razones que justifiquen variar el criterio expresado en las sentencias parcialmente transcritas, ni hechos diversos que motiven a esta Sala a replantearse el asunto, razón por la cual el rastreo de llamadas que acusa el recurrente no resulta contrario al Derecho de la Constitución."

Sala Constitucional, voto N° 17097, de las 9:29 horas, del 23 de noviembre de 2007.

PENAL JUVENIL:

9) ALLANAMIENTO. Ocultamiento de la identidad del juez. Violación al debido proceso, al derecho de defensa, juez natural, imparcialidad y a la exigencia de imparcialidad.

"III .— En cuanto al hecho de que el Juez recurrido participara en el operativo de requisa y detención del ampa-

rado cubierto con un pasamontañas, como él mismo lo ha confirmado (f. 27), resulta una ocurrencia completamente contraria a las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y completamente contraria al papel que la ley encarga al Juez de Garantías. Según informa bajo la fe del juramento (f. 27), al momento de ingresar en la casa del amparado, se despojó del pasamontañas, lo cual no resta importancia al hecho de que lo hubiera llevado en las diligencias anteriores al allanamiento, lo mismo que el hecho de que, a viva voz, indicara a los detenidos que él era el Juez. Resulta evidente que el juez sin identidad o el juez sin rostro, en cualquier etapa o actos del proceso, atenta contra el derecho fundamental al debido proceso, a la defensa, a la imparcialidad del juez, al principio de juez natural y a la exigencia de publicidad —que incluye la publicidad de la persona del juzgador— entre otros. Ninguna norma autoriza al Juez Penal para llevar pasamontañas ni otras formas de ocultamiento de su identidad en el ejercicio de su función jurisdiccional; las justificaciones formuladas por el recurrido resultan absolutamente inadmisibles y acaso imperdonables en el funcionario que debe actuar como vigilante de que el ejercicio de la autoridad estatal se ejecute dentro de los parámetros constitucionales y legales (v. entre otras, la sentencia número 4672-03), más aún, cuando se trata de la garantías judiciales del menor de edad. Aparte de la estimatoria del recurso, con las consecuencias legales correspondientes, dada la naturaleza del reclamo, procede remitir copia de la sentencia al Tribunal de Inspección Judicial, para lo de su cargo, porque para el ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con las exigencias de la Constitución no es suficiente la solvencia académica y profesional, sino que es necesaria, también, la concurrencia de una serie de hábitos de conducta por parte de los jueces y juezas, tales como la madurez, sensatez, valentía, prudencia, sentido de la realidad y de la propia misión, sin las cuales el ejercicio de la judicatura puede conducir a errores lamentables, como en el presente caso, tanto en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas y de la misma legitimidad del Poder Judicial, ejercido por todos los jueces y juezas de la República. Por lo anterior, procede declarar con lugar el recurso, únicamente en cuanto a este extremo."

Sala Constitucional, voto N° 4495, de las 17:57 horas del 28 de marzo de 2007.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Compilador:

Dr. Alfonso Navas Aparicio

Letrado de la Sala Tercera (Casación Penal)

A. DERECHO PENAL

ABUSO SEXUAL. Supuestos de rapidez en su ejecución. Dolo: connotación erótica del tocamiento. La existencia de ropa no impide el abuso sexual.

«Constituye una generalización precipitada formular la siguiente regla general...: todo agresor sexual *siempre* comete el delito en ausencia total de terceras personas... La experiencia –regla de la sana crítica– demuestra que el abuso sexual puede tener cabida en lugares donde hay presencia física de otras personas, sin que de modo obligado éstas se percaten del suceso, máxime tratándose, como en el caso concreto, de tocamientos de índole sexual que no requieren para su ejecución una duración más allá de lo que supone el ejercicio del tacto. Además, ...el tiempo transcurrido durante el cual el encartado toca la pierna de la menor, así como, ... la misma zona corporal, consistente en el seno, que el imputado procedió a apretar, excluyen cualquier posibilidad de una mera palpación involuntaria o accidental... En casos como el presente, el dolo viene definido por el conocimiento y voluntad de realizar el tocamiento manual sobre una zona corporal de innegable significado sexual (un seno) prevaleciendo de la confianza que deposita la cualidad docente sobre la víctima... Incluso, un abuso sexual igualmente se puede cometer mediante el tocamiento por encima de la ropa de la víctima...»

Sala Tercera, Res. 334, 08:55 hrs., 13 de abril de 2007.

ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR DE EDAD. Bien jurídico y cualidad abusiva del ataque en personas con menos de doce años de edad.

«...se trata de personas víctimas con edad inferior a los 12 años, respecto de las cuales, por su situación de especial vulnerabilidad, la ley penal protege su dignidad en la esfera sexual, su indemnidad o intangibilidad sexual, con el objeto de salvaguardar las condiciones libres de alteraciones externas en su ámbito sexual, pues el ordenamiento jurídico no les reconoce por motivo de la edad e inmadurez psicológica una libertad de determinación

en dicho ámbito, carecen de la posibilidad de verter un consentimiento válido en torno a su sexualidad. ...por lo anterior, esa ausencia de libertad en la esfera sexual derivada del dato fáctico de la edad de las víctimas supone por sí mismo un abuso por parte del sujeto activo, un uso indebido de ellas, un aprovechamiento de su vulnerabilidad, situación ésta que las sitúa en una posición de mayor indefensión ante una agresión sexual. Por este motivo, las conductas de naturaleza erótica sobre personas que poseen menos de 12 años de edad, por imperativo legal, son siempre abusivas».

Sala Tercera, Res. 854, 10:55 hrs., 1 de septiembre de 2006.

ALEVOSÍA. Concepto.

«La circunstancia agravante de la pena consistente en la alevosía... supone un elemento subjetivo del tipo penal integrada por la especial tendencia de asegurar o garantizar con mayor firmeza la realización del delito sin riesgo para su autor, mediante el aprovechamiento de alguna particular situación en que se encuentre el sujeto pasivo, que impida o aminore cualquier posibilidad defensiva. Por ello, resulta irrelevante si las específicas circunstancias que impliquen un refuerzo en la realización del ilícito han sido generadas o no por el autor».

Sala Tercera, Res. 405, 11:25 hrs., 25 de abril de 2007.

CULPA. Inexistencia de una infracción al deber de cuidado en intervención médica, ante un hecho imprevisible.

«El Ministerio Público confunde el conocimiento que se tiene a nivel científico de un fenómeno con su previsibilidad en un caso específico... [...] de la prueba documental, testimonial y pericial deriva que, en el específico caso objeto de este proceso, el resultado muerte del segundo gemelo no se puede atribuir a alguna conducta del imputado M.G. contraria a sus deberes como médico especialista en ginecología del Hospital "San Juan de Dios", sino más bien, a un accidente obstétrico imprevi-

sible y, por consiguiente, inevitable, aún cuando el fenómeno conste descrito en la literatura científica y, por lo tanto, sea cognoscible».

Sala Tercera, Res. 968, 10:00 hrs., 14 de septiembre de 2007.

FALSEDAD IDEOLÓGICA. Contenido de posible perjuicio en el ámbito societario. Instrumentación de notario público.

«... confundí quien impugna que el posible perjuicio del delito por el que recayó la condena... no sólo se le privó de sus derechos como accionista, sino que se vio reducida su participación en el capital social, máxime cuando la sociedad, luego de su fundación, adquirió un bien inmueble... Por todo ello, el comportamiento realizado por la imputada... es subsumible en el delito de falsedad ideológica... pues aún cuando no fuera ella quien materialmente confeccionó la escritura pública en la cual se protocolizaba el acta de la asamblea general extraordinaria, sí hizo al notario F.A.C. insertar en ella la falsedad».

Sala Tercera, Res. 922, 11:05 hrs., 31 de agosto de 2007.

FRAUDE DE SIMULACIÓN. Respecto del bien ganancial. Bien jurídico tutelado.

«El bien ganancial es aquél que está sujeto a una liquidación entre los cónyuges en los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio, de separación judicial y exclusión de bienes en capitulaciones matrimoniales celebradas después de las nupcias. Supone, por consiguiente, el derecho de cada consorte de participar en la mitad del valor neto de los bienes –gananciales– constatados en el patrimonio del otro. Esta naturaleza ganancial del bien viene definida por dos características básicas: que haya sido adquirido por uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio y que en dicha adquisición haya mediado el esfuerzo conjunto de ambos consortes, como corolario de la unidad de la familia, de la igualdad de los derechos y deberes de los cónyuges y de la vida en común, cooperación y mutuo auxilio que por objeto tiene el matrimonio... Por estas razones, la existencia de problemas personales... en ningún caso puede desvirtuar la naturaleza ganancial del bien inmueble, ni suponer, por tanto, la inexistencia de una expectativa lícita digna de tutela por el Derecho penal: el derecho a la participación en los gananciales de titularidad de S.M.M., que si bien a la fecha no había sido judicialmente reconocido como un derecho, constituía la posibilidad de que mediante una sentencia declarativa se obtuviera un pronunciamiento certero sobre la naturaleza ganancial del inmueble que fuera vendido de forma ficticia por D.Q.S. Así, el concep-

to de perjuicio como elemento típico del delito de fraude de simulación, permite la subsunción en él no sólo de los derechos que las personas tienen sobre bienes de interés económico, sino también las expectativas que sobre éstos tengan aquéllas».

Sala Tercera, Res. 601, 09:50 hrs., 23 de junio de 2006.

HOMICIDIO ATENUADO POR EMOCIÓN VIOLENTA. No ampara temperamento irascible ni relaciones violentas de control y dominación.

«El instituto jurídico en mención no tiene como propósito favorecer, con una pena atenuada, a las personas de temperamento irascible, violento y agresivo, con un bajo control de impulsos o a los que pudiesen ser calificados como sociópatas, cuando cometan un homicidio. Tampoco persigue asegurar un trato benigno a los individuos (hombres o mujeres, pero en especial los primeros), que entablen sus relaciones afectivas como relaciones de control y dominación, "cosifiquen" a sus parejas, pretendan someterlas a sus designios y acudan al uso de la violencia (física, verbal o psicológica) para asegurar dicho sometimiento. Se dirige, antes bien, a dar una respuesta a aquellos casos en los que un sujeto que, por lo general, no es violento, muestra un adecuado control de impulsos y carece de desusadas tendencias agresivas, se enfrenta a circunstancias inesperadas, sorpresas, fuera de lo común y causantes de grave sufrimiento emocional, que lo llevan a reaccionar con actos de violencia que, en condiciones "normales", por así llamarlas, no ejecutaría».

Sala Tercera, Res. 684, 09:45 hrs., 29 de junio de 2007.

HOMICIDIO CALIFICADO. Requisitos legales del vínculo entre agresor y víctima. Graduación de la pena.

«De esta manera, no basta la simple convivencia en el marco de la unión de hecho para aplicar este tipo penal, sino, como ha señalado esta Sala, ..., que se cumpla un determinado periodo de convivencia previo al delito y que, producto de ese vínculo, se hubiera procreado uno o más hijos... Deriva del fallo que... la víctima era la pareja sentimental del acusado, desde hacía ocho años, aproximadamente, ..., esta relación de hecho por sí misma no justifica la subsunción del delito en el homicidio calificado, al no haberse procreado en su seno uno o más hijos, según lo exige la ley. Sin embargo, sí constituye un criterio que impone un mayor rigor punitivo, más allá del límite mínimo de penalidad del artículo 112 del Código Penal, vinculado con aspectos objetivos del delito, como es la particular cualidad de la víctima derivada

del nexo afectivo con J.A.U.U., lo que torna mucho más grave su comportamiento al violentarse la confianza que aquella tenía depositada en éste».

Sala Tercera, Res. 647, 09:45 hrs., 15 de junio de 2007.

HOMICIDIO CALIFICADO. Las medidas de protección no suponen el cese del vínculo entre agresor y víctima.

«En este caso concreto, fue un Juez quien autorizó a la víctima a suspender su convivencia para darle protección porque peligraba su vida y la de sus hijos... esto es, el juez de violencia doméstica y obtuvo medidas de protección que incluyeron, entre otras, **especialmente la autorización para su salida del hogar** —es decir, una dispensa, un auxilio, una medida preventiva y protectora— de su integridad y la de sus hijos, que la relevaba, por su seguridad, de la convivencia ante el riesgo inminente para ella y los menores... es decir, no es un cese voluntario, acordado o aceptado por ambos convivientes a efectos de romper o finalizar su convivencia, ni unilateral, sino una intervención estatal en tutela de la integridad física y de la vida por lo que jamás podría interpretarse que se dio una ruptura de la relación con efectos perjudiciales para la ofendida».

Sala Tercera, Res. 737, 9:45 hrs., 11 de agosto de 2006.

INIMPUTABILIDAD. La homosexualidad no es causal de inimputabilidad. Discriminación de las medidas de seguridad en estos casos.

«...la homosexualidad (y lo mismo sucede con la prostitución) no está concebida en sí misma como un trastorno psicosexual, sino como una forma de ejercer el derecho a la libertad de determinación en la esfera sexual de la que todas las personas son titulares... Estas observaciones se hacen sin perjuicio de los actuales problemas de legalidad y constitucionalidad que puede suponer el artículo 98 inciso 6) del Código Penal al ordenar, por determinadas razones imperantes en la época histórica de su redacción, la imposición de una medida de seguridad... sin que ello presuponga una inimputabilidad, pues el artículo 102 inciso e) del Código Penal prevé que en tales casos la medida de seguridad no será curativa, sino de vigilancia... Es decir, se trata de medidas de seguridad imponibles a imputables según una concepción moral determinada. Y ello plantea problemas... al no existir ahora regulación legal sobre la duración de aquella medida de seguridad que quedó vigente y que consiste en la prohibición para ciertas personas de frecuentar determinados lugares. Pero, además, ... resultan

discriminatorias no sólo para personas heterosexuales al imponerse una sanción más benévola a otras personas por razón de su específica orientación homosexual, sino también para las mismas personas homosexuales al ser vistas por el Derecho penal desde una óptica segregativa, lo que se evidencia con la desproporcionalidad de la sanción que atiende sólo a las cualidades personales del sujeto activo».

Sala Tercera, Res. 1339, 14:00 hrs., 23 de noviembre de 2005.

LEGÍTIMA DEFENSA. Procede aún en momentos inmediatamente previos al posible contacto físico entre agresor y agredido. Contenido de la necesidad razonable de la defensa empleada.

«...no hacía falta un efectivo contacto corporal —a través de un golpe certero— entre ambos para que empezara a surtir eficacia justificante la legítima defensa, toda vez que el inciso b) del artículo 28 del Código Penal faculta actuar para *“...impedir la agresión...”*. Aún cuando no se pudo conocer si el hoy occiso tenía la intención de matar o sólo lesionar al imputado, lo cierto es que, como se demostró, sí quería atacarlo físicamente, agresión que estaba en curso..., de forma que no restaba otra conducta esencial entre ello y el efectivo acometimiento corporal. Por otro lado, la inexistencia de un arma punzo cortante tampoco impedía ejercer la protección de manera lícita con un arma de fuego, ... la causa de justificación de legítima defensa no exige una identidad o semejanza —aunque sea en su potencial lesivo— entre el medio utilizado por el agresor y el usado por el agredido en su protección. La *“...necesidad razonable de la defensa empleada...”*, del artículo en mención, prevé las siguientes posibilidades: a) si sólo existe un único medio idóneo para repeler o impedir la agresión, éste podrá utilizarse al margen de la capacidad lesiva sobre los bienes de titularidad del agresor; b) si existen varios medios defensivos, todos idóneos para repeler o impedir la agresión, deberá utilizarse el medio menos lesivo para el atacante; y c) si se tienen a disposición varios medios defensivos, todos idóneos para repeler o impedir la agresión y con la misma potencialidad lesiva, el uso de cualquiera de ellos estará justificado, independientemente del daño ocasionado al agresor. De esta manera, en las específicas circunstancias en que se encontraba el encartado, resulta comprensible que un disparo fuera el medio que se presentaba como idóneo para impedir que Á.D. lo agrediera físicamente. No había otros mecanismos adecuados para tal fin a su alcance».

Sala Tercera, Res. 1062, 16:40 hrs., 17 de septiembre de 2007.

PECULADO. Bien jurídico. No hace falta la efectiva lesión del patrimonio.

«Como elemento objetivo del tipo penal previsto en el artículo 354 del Código Penal, referido al delito de peculado, no se halla de forma necesaria la efectiva lesión del patrimonio estatal ni privado, que el Estado perciba, custodie o administre. El elemento básico en torno al cual gira el concepto de bien jurídico protegido... lo constituye la integridad en los deberes que impone la función pública en situaciones específicas, cuya ausencia puede afectar, ciertamente y en última instancia, otros bienes jurídicos según los concretos deberes que se incumplan en cada caso en particular... el bien jurídico tutelado a través del tipo penal del peculado consiste en la integridad o probidad en el ejercicio de los específicos deberes de la función pública respecto de los bienes que como consecuencia de esa función estatal se hayan percibido, se custodien o administren... El delito de peculado no es un mero "delito formal"».

Sala Tercera, Res. 1431, 08:45 hrs., 12 de diciembre de 2005.

PENA. La falta de arrepentimiento del imputado no puede agravarla.

«El reconocimiento que de los hechos admita el imputado acompañado de un arrepentimiento constituye no una obligación, sino una facultad que puede aquél ejercer si decide declarar, según sus particulares y legítimos intereses; aflicción que le podría favorecer en la medición de la pena imponible dentro de los límites mínimo y máximo, ya sea que esa actitud se traduzca en actos materiales concretos o en manifestaciones verbales, encaminados a disminuir o reparar el perjuicio ocasionado con el delito cometido, a externar una voluntad de obediencia y respeto de lo preceptuado por la norma en la protección de bienes jurídicos que demuestre una cualidad personal de menor peligrosidad en el sujeto activo, o a cooperar con la Administración de Justicia —para lo que incluso bastaría la aceptación del hecho aunque no estuviera acompañada de un arrepentimiento, como sucede en el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba y en el procedimiento especial abreviado—. Pero, en ningún caso, la ausencia de confesión o aceptación del hecho acusado (asociado o no a un arrepentimiento), esto es, el silencio del imputado, puede operar en perjuicio suyo».

Sala Tercera, Res. 730, 08:50 hrs., 11 de agosto de 2006.

ROBO. Consumación. Detención en flagrancia no implica siempre una tentativa.

«Evidentemente la flagrancia puede estar referida a va-

rias hipótesis que abarcan desde el momento de cometer la acción, lo que imposibilitaría disponer de los bienes, como inmediatamente después, supuestos estos últimos en los que sí existe la posibilidad de disposición. En este caso, los hechos se ajustan a esa segunda hipótesis, ya que el imputado y el otro individuo que lo acompañaba no obstante haber sido sorprendidos por la llegada de terceras personas cuando aún estaban en el interior de la vivienda de los perjudicados, logran huir con el dinero y un teléfono celular, logrando así consumir el ilícito».

Sala Tercera, Res. 789, 10:50 hrs., 3 de agosto de 2007.

ROBO AGRAVADO. Fundamento del art. 213.1 del Código Penal. Concepto de "lugar habitado".

«El fundamento del tipo penal calificado reside tanto en la mayor energía criminal característica de la conducta del sujeto activo de destrucción de elementos cumplidores de una función protectora de la vivienda, en tanto se les haya dirigido a evitar ingerencias de terceras personas, como en la afectación que al derecho a la intimidad domiciliaria supone el ataque en un lugar doméstico en el que se reside habitualmente y se ha reservado para privacidad personal... De ninguna manera podría entenderse —como históricamente se pretendió— que el fundamento de la circunstancia agravante se asiente en la seguridad personal dentro de la morada o en el peligro potencial presumiblemente generado para quienes residen en la vivienda... Ahora bien, el concepto de "lugar habitado"... debe entenderse como aquel sitio destinado a la residencia de una persona en la que se desarrolla su intimidad vital, aún cuando ésta se ausente de allí momentánea o accidentalmente. De este modo, la actualidad del uso del lugar habitado no puede entenderse presumiendo la presencia física de algún morador al momento de ejecutarse el ilícito, puesto que ello supondría retornar a la cuestionable idea del riesgo presunto para el habitante».

Sala Tercera, Res. 48, 11:10 hrs., 27 de enero de 2006.

VIOLACIÓN. Eliminación de prejuicios culturales. No todo ataque deja secuelas físicas.

«Esta Sala, en ningún caso, puede aceptar la idea anclada en cierta concepción cultural, de por sí prejuiciada y discriminatoria por asentarse en una relación de poder históricamente desigual entre hombres y mujeres, consistente en derivar una aceptación automática, por parte de la mujer, para una relación sexual genital de previas conductas cautivadoras del ánimo dirigidas hacia un hombre... También, constituye una asociación errónea afirmar que todo delito de violación lleva aparejado secuelas físicas.

cual si en esta clase de agresiones mediara siempre una fuerza implacable ejercida sobre el cuerpo de la víctima».

Sala Tercera, Res. 634, 10:15 hrs., 8 de junio de 2007.

VIOLACIÓN. Ruptura del himen no es decisiva. No se tutela la virginidad sexual.

«...la introducción puede acontecer entre los labios vaginales (repliegues cutáneos de la vulva) hasta el himen, sin afectación de éste último. Ciertamente, el desgarramiento del himen, en algunos supuestos de castidad sexual genital, constituye un signo anatómico demostrativo de la efectiva penetración en la cavidad vaginal... Sin embargo, la introducción incompleta de algún objeto en la zona vaginal, sin afectación del himen, no impide calificarla como violación. Por ello, las razones histórico culturales basadas en una específica moral sexual asentada en la tutela de la "virginidad" que singularizaron la tipificación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en ningún caso pueden convertir al himen en el límite físico que permitiría distinguir entre la violación y un abuso sexual, en los supuestos en que la víctima sea una mujer que no había mantenido relaciones sexuales genitales con ruptura de himen previas a la agresión. Lo contrario supondría imponer un criterio discriminatorio basado en patrones socioculturales, con una gran carga de prejuicios, sobre la vieja idea de la "virginidad sexual" como objeto de tutela penal, de manera que se establecerían tratos diferenciados e injustos, en los niveles de protección y sanción estatal, entre mujeres con o sin desgarramiento del himen, según sus experiencias sexuales previas, en detrimento de su libertad de determinación en la esfera erótica».

Sala Tercera, Res. 321, 11:18 hrs., 28 de marzo de 2007.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

ACUSACIÓN. Requisitos.

«...si bien es cierto, constituye un derecho de todo acusado el conocer las razones por las cuales el ente fiscal solicita que su causa sea llevada a juicio, es igualmente cierto que ese es un objetivo que puede alcanzarse de distintas formas dentro de la estructura de una pieza acusatoria, siempre desde el momento mismo en que ésta es formulada. Esto es, no se trata del uso indispensable de fórmulas ritualistas o sacramentales, sino que, finalmente, lo importante es que aquél a quien se le endilga la comisión de un delito conozca con claridad, desde el principio, los fundamentos de la decisión fiscal, a fin de evitar la verificación de abusos o arbitrariedades...; sin embargo, de un análisis de autos, se entiende que su

exposición, aunque mínima en el apartado titulado como fundamentación... resulta del todo complementada con el ofrecimiento de prueba que en ese mismo acto se hace, en el que se indica lo que se pretende probar o acreditar con cada uno de los medios de prueba que se ofrece, exponiéndose, entonces, en unidad de pensamiento, la existencia de elementos que fundamentaban la posición del Ministerio Público».

Sala Tercera, Res. 613, 17:26 hrs., 31 de mayo de 2007.

ACUSACIÓN PRINCIPAL Y SUBSIDIARIA. Casos en que procede y requisitos

«La acusación alternativa o subsidiaria puede contener una relación de hechos sustancialmente diversa a la principal, siempre y cuando, con el propósito de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, se cumplan las exigencias contenidas en el artículo 303 del Código Procesal Penal para cada una de las acusaciones; de manera que la persona imputada conozca su fundamento, con la expresión de los elementos de convicción y de prueba que las motivan. Esta exigencia de los escritos de las piezas acusatorias no constituye una mera reiteración o descripción del contenido de la prueba, sino que debe suponer su análisis reflexivo, congruente con las reglas del correcto entendimiento humano, con el propósito, en definitiva, no sólo de posibilitar el control jurisdiccional sobre la objetividad y legalidad de las actuaciones del Ministerio Público, sino también de materializar el derecho humano... relacionado con la oportunidad de ejercer la defensa en el proceso penal de manera oportuna... Lo anterior no significa que el Ministerio Público esté exonerado de interponer al máximo sus oficios en la función que le corresponde durante la etapa preparatoria...: investigar si hay bases suficientes para formular una acusación por un hecho. De manera que, luego de una exhaustiva investigación, si permanecen algunas dudas sobre las particularidades en que acontece el concreto comportamiento investigado, que impiden subsumirlo en un específico tipo penal y que sólo podrían ser despejadas en un debate, procedería formular una acusación principal y otra alternativa o subsidiaria».

Sala Tercera, Res. 321, 11:18 hrs., 28 de marzo de 2007.

ADHESIÓN. El escrito de adhesión no constituye un recurso de casación.

«En rigor técnico, la adhesión no es un recurso, sino un escrito en virtud del cual una de las partes se solidariza, respalda y ratifica las pretensiones del recurrente externando su propio interés procesal en cuestionar la resolución ante el agravio que ésta también le ocasiona, sin

haber interpuesto un recurso en momentos previos habiendo tenido la oportunidad de hacerlo. De esta forma, incluso, el adherente puede exponer nuevos argumentos o motivos de impugnación que ofrezcan novedosas o mejores razones para discutir la sentencia, por lo que se comprende que la ley procesal exija el cumplimiento de los requisitos formales de interposición de un recurso, sin que ello convierta la adhesión en ese mecanismo impugnativo, pues lo que se pretende es que quien se adhiere a un recurso también demuestre un interés legítimo, lo que se comprueba mediante el cumplimiento de la referencia y explicación de los específicos puntos del fallo que se cuestionan, de la normativa que se estime inobservada o aplicada erróneamente, del agravio que en especial le causa al adherente y de su pretensión... Mas a ello debe sumarse que, en atención a criterios lógico-sistemáticos y teleológicos, no se puede permitir que a través de la gestión del adherente se encubra una oposición al recurso al que se dice adherido, pues ello supondría un fraude de ley».

Sala Tercera, Res. 1368, 08:45 hrs., 23 de noviembre de 2007.

ALLANAMIENTO. Requisitos de la orden judicial. No basta la simple existencia de una investigación.

«...la motivación se constituye en un elemento de la resolución jurisdiccional que permite su control de objetividad, en atención a los artículos 11 y 154 de la Constitución Política, que somete los órganos jurisdiccionales al ordenamiento jurídico. En casos como el presente, el fundamento de la decisión del Juzgado Penal de allanar una vivienda no se presenta en función del derecho a la propiedad privada, sino como una garantía de las razones que justifican la intromisión en el ámbito de la intimidad personal... La Convención, entonces, sólo prohíbe las injerencias **arbitrarias**, de lo que se desprende la posibilidad legítima de restringir aquel derecho, siempre y cuando la intromisión **no sea arbitraria**... En primer lugar, que **la restricción esté prevista en la ley**... Como segundo requisito se contempla que la restricción **debe fundamentarse en razones de interés general**, lo que constituye su propósito... Existe un tercer elemento...: que las restricciones se presenten como **necesarias en una sociedad democrática**. [...] ...la sola existencia de una investigación penal en materia de tráfico de drogas no basta para limitar aquel derecho...».

Sala Tercera, Res. 674, 10:10 hrs., 19 de julio de 2006.

CASACIÓN. Imposibilidad de impugnar segunda absolutoria, aún dictada y recurrida antes de la entrada en vigencia de la Ley de Apertura de la Casación.

«En sentencia No. 1303-06, de 10:30 horas de 21 de diciembre de 2006, esta Sala expuso su criterio de que: *“Si bien es cierto dicha norma es producto de la Ley No. 8503 de 28 de abril de 2006, que entró a regir el 6 de junio de 2006, en tanto que la impugnación ejercida aquí por el Ministerio Público se formuló el 16 de mayo del mismo año (es decir, 20 días antes de que se publicara y entrara en vigencia la reforma legal), considera la Sala que el análisis integral de la normativa impone decretar la inadmisibilidad del recurso, pese a la circunstancia cronológica recién citada”*».

Sala Tercera, Res. 227, 10:15 hrs., 14 de marzo de 2007.

CONSULTORÍA TÉCNICA. No es prueba pericial. Encargado de gestionar su designación.

«El consultor técnico es un auxiliar de las partes, no una prueba pericial, como claramente lo distingue el Código Procesal Penal... Ciertamente, en la resolución número 1053, de 25 de octubre de 2006, esta Sala ha estimado—como deriva del informe de la Comisión de Asuntos Penales— que es responsabilidad de la parte interesada realizar las gestiones necesarias para que el consultor técnico de su confianza comparezca al juicio, si se trata de una asesoría que se brindará a la defensa particular. Sin embargo, en el presente caso, la representación del encartado fue asumida por la Defensa Pública, la que solicitó al Tribunal el nombramiento de un consultor técnico, de manera que era este órgano el encargado de tramitar su designación ante el departamento correspondiente del Organismo de Investigación Judicial, según lo expuesto en el referido informe de la Comisión de Asuntos Penales».

Sala Tercera, Res. 617, 17:45 hrs., 31 de mayo de 2007.

COSTAS. Condena en costas como regla general, salvo buena fe y razón suficiente para litigar.

«La legitimación para accionar judicialmente en reclamo de pretensiones a las que se cree tener derecho, no significa la ausencia total de responsabilidad por emprender acciones judiciales infundadas o en las cuales no asistía razón y, la condenatoria en costas a la parte perdidosa—como regla general— es parte de esa responsabilidad que se asume al ejercer el derecho de accionar judicialmente... La regla, por ende, en todo el esquema procesal es la condenatoria a la parte vencida, a menos que se demuestre buena fe y razón suficiente para llevar a estrados judiciales los temas. No puede estimarse la condena en costas una sanción o censura contraria a los principios democráticos. Por el contrario, se inspira en el cumplimiento de elementos esenciales en una demo-

cracia, como es la responsabilidad por los actos que se llevan a cabo en sociedad y la obligación de responder por ellos frente a terceros. En el proceso penal rige esta regla de condenatoria en costas a la parte vencida, aún cuando se deja a salvo en los casos en que se determine que existió razón plausible para litigar, cuestión que debe analizarse como se indicó, cuidadosamente en cada caso concreto».

Sala Tercera, Res. 662, 09:22 hrs., 22 de junio de 2007.

COSTAS. Deber de fundamentar. El condenado no debe pagar las costas al Estado.

«El artículo 361, inciso d), del Código Procesal Penal exige a los tribunales deliberar y votar sobre las costas. Además, el artículo 266 del mismo texto legal dispone: *“Resolución necesaria.— El tribunal penal deberá pronunciarse en forma motivada sobre el pago de costas procesales y personales al dictar la resolución que ponga término a la causa”*... Sin embargo, ... en la presente causa sólo se conoció una acusación penal formulada por el Ministerio Público, de modo que únicamente este órgano y la defensa se tuvieron como partes procesales... Por consiguiente, en tanto el Ministerio Público es parte pública y oficial, los gastos en los que, con ocasión del proceso, éste haya incurrido, no son susceptibles de hacerlos recaer sobre la persona condenada, toda vez que la Administración de Justicia constituye un servicio público, financiado con fondos, igualmente, públicos. Es el Estado el que, en este caso, debe sufragar los gastos del sistema judicial, sin que quepa exigir al encartado... pago alguno por la inversión dineraria que supuso el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía».

Sala Tercera, Res. 1154, 15:30 hrs., 8 de octubre de 2007.

DEBATE. Se convalida irregularidad en su suspensión, por consentimiento de las partes. Obligación del Tribunal de no consentir suspensiones al margen de la ley.

«...no obstante la suspensión del debate para continuar al siguiente décimosexto día hábil constituyó un acto irregular (aunque no un defecto procesal de carácter absoluto), el consentimiento de las partes otorgó validez a la decisión del a quo de suspender el debate por un plazo más allá del término legal, sin que se haya ocasionado agravio alguno a los intereses de la impugnante. Esta actuación anormal no conlleva por sí misma, en este caso concreto, un vicio de nulidad de la sentencia condenatoria. Lo contrario supondría escudar un abuso

del derecho y una deslealtad procesal... En supuestos como el presente —que no supongan un defecto absoluto—, en ningún caso la conformidad de los intervinientes en el proceso penal constituye un mecanismo de legitimar el irrespeto a la legalidad procesal, por cuanto la aquiescencia en la desviación de los lineamientos normativos no suprime el carácter anómalo o el vicio del acto, sino sólo otorga validez a sus efectos, vedándose la posibilidad de recurrir en casación».

Sala Tercera, Res. 770, 10:05 hrs., 18 de agosto de 2006.

DERECHO DE DEFENSA. Abandono de la defensa técnica y obligaciones de la persona imputada.

«Se establecen dos criterios básicos en la determinación del abandono de defensa y la consiguiente indefensión: a) la ausencia de asistencia técnica durante los actos propios del proceso; y b) un evidente incumplimiento de los deberes esenciales de la defensa técnica o un manifiesto ejercicio profesional contrario a los legítimos intereses del imputado, causantes de una grave indefensión. En estas resoluciones también se advierte que a la persona imputada le asiste un deber de controlar la calidad de su patrocinio letrado, ya sea ejerciendo el derecho a la libre elección del mismo, ya sea mediante la facultad que también le confiere el artículo 100 del Código Procesal Penal —se trate de defensa particular o pública— ... toda vez que el derecho de defensa —se entiende, tanto la material como la técnica— es inviolable (artículo 12 del Código Procesal Penal). En ningún caso se puede entender que la defensa material debe sucumbir ante una evidente situación de indefensión técnica».

Sala Tercera, Res. 334, 08:55 hrs., 13 de abril de 2007.

DESISTIMIENTO TÁCITO DE LA QUERRELLA Y ACCIÓN CIVIL. Si no se declara de oficio, ni lo solicitan las partes interesadas, el vicio se convalida.

«El desistimiento es declarable de oficio, una vez comprobada la concurrencia de sus presupuestos, pero en caso de que el juez no lo decrete, debe solicitarlo oportunamente la parte interesada (en este caso, los imputados y demandados civiles). El artículo 177 del Código Procesal Penal dispone que, salvedad hecha de los defectos absolutos, los vicios se convalidarán cuando el Ministerio Público o las partes no hayan solicitado su saneamiento oportuno...».

Sala Tercera, Res. 227, 10:15 hrs., 14 de marzo de 2007.

DIRECCIÓN FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. Oralidad e informes policiales.

«...sin que se pueda afirmar, como pretende quien impugna, que en este caso los informes policiales contienen referencias ficticias en su redacción o confección que simulen un efectivo mando del Ministerio Público o que, de forma absoluta, toda comunicación, directriz, orden, advertencia, instrucción, asesoría, consejo, sugerencia u opinión que la Fiscalía dirija a la policía judicial o administrativa durante las diligencias de investigación deba necesariamente plasmarse en un documento o acta, pues ello no lo exige la ley procesal, sin perjuicio del informe que las autoridades policiales deben rendir al Ministerio Público sobre sus actuaciones, en atención al artículo 288 del Código Procesal Penal que, en definitiva, evidencia aquella dirección y control. Lo contrario supondría dificultar la celeridad procesal, basada en gran medida en la oralidad, que caracteriza al sistema procesal penal de Costa Rica».

Sala Tercera, Res. 1170, 10:20 hrs., 12 de octubre de 2007.

DIVERSIDAD CULTURAL. Aspectos que debe contener el peritaje cultural.

«En consecuencia, el Estado costarricense, a modo de acción positiva en beneficio de los derechos humanos de los pueblos indígenas caracterizados por estar en una situación de especial vulnerabilidad, permite a los tribunales de justicia imponer a un imputado por la comisión de su delito sanciones acordes a las normas de la comunidad indígena a la que pertenece, siempre y cuando, por un lado, se cuente con prueba idónea, como puede ser un peritaje cultural, acerca de la cualidad indígena del procesado y de la víctima, de la pertenencia de ambos a una comunidad indígena en particular, de la estimación de la conducta acusada como una infracción también a normas indígenas según sus prácticas, valores y costumbres, de la existencia de sanciones que la específica comunidad impondría al concreto infractor y del procedimiento de ejecución de las mismas; y, por otro lado, dicha sanción no resulte más perjudicial ni en gravedad ni ejecución que la sanción penal ordinaria imponible en el caso concreto».

Sala Tercera, Res. 1339, 14:00 hrs., 23 de noviembre de 2005.

IMPARCIALIDAD JURISDICCIONAL. No se afecta, de modo necesario, por dictar un auto de prisión preventiva.

«No siempre que se dicta un auto de prisión preventiva, se compromete la imparcialidad del Juez, mas es claro que en este caso, se expuso un criterio sobre el fondo

del asunto, emitiendo juicio de valor, aunque se diga que es en grado de probabilidad, circunstancia que mina la objetividad e imparcialidad, al momento de dictar sentencia sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado».

Sala Tercera, Res. 887, 11:30 hrs., 27 de agosto de 2007.

IMPARCIALIDAD JURISDICCIONAL. El interrogatorio del Tribunal está limitado a preguntas aclaratorias.

«Debe aclarar esta Cámara que dirigir preguntas a los testigos no provoca de manera inmediata la pérdida de imparcialidad del Tribunal, ya que pese a estar frente a una actividad no propia de un sistema acusatorio puro, está permitido por el numeral 352 del Código Procesal Penal, lo cual debe interpretarse desde la perspectiva del debido proceso, lo que implica que los jueces, una vez finalizado el interrogatorio de las partes, tienen la posibilidad de hacer preguntas aclaratorias de situaciones que el testigo –o el perito, si es el caso– mencionó y que no le quedaron claras».

Sala Tercera, Res. 623, 09:20 hrs., 8 de junio de 2007.

IMPUTADO. El interrogatorio de identificación también forma parte de su declaración, en sentido amplio. Posibilidad de incorporarlo al debate.

«Mas debe advertirse, también, que el interrogatorio de identificación que realiza el Ministerio Público si bien no forma parte de la denominada "declaración sobre los hechos" por la que el imputado, con asesoría letrada, puede optar o acogerse a su derecho de abstención, legal y constitucionalmente reconocido, si constituye parte de su declaración en sentido amplio... En definitiva, la declaración del encartado, en sentido amplio, está integrada no sólo por lo manifestado como consecuencia del interrogatorio de identificación, sino como corolario de la intimación de cargos. De esta manera, la posibilidad de que un Tribunal de Juicio valore la declaración, en sentido amplio, del imputado brindada en etapas previas del proceso, como resultado de eventuales contradicciones, sólo es viable si se cumple con lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 343 del Código Procesal Penal».

Sala Tercera, Res. 79, 11:00 hrs., 9 de febrero de 2007.

IMPUTADO. Supuestos en que su declaración en la fase preparatoria puede incorporarse al debate. Posibilidad de escoger las preguntas que desea contestar.

«...las declaraciones vertidas por el procesado durante

etapas previas al debate pueden ser incorporadas a éste en dos supuestos: si el mismo imputado lo solicita en el ejercicio del derecho de defensa, o si al narrar su versión incurre en contradicciones respecto de aquéllas... En consecuencia, ya sea que el encartado ofrezca un relato ante Tribunal o solicite la incorporación de lo manifestado en fases previas del proceso, en ningún caso se le puede obligar a someterse a un cuestionamiento de las partes mediante la formulación de preguntas. Incluso, en el ejercicio de los derechos procesales señalados, la persona acusada tiene la opción, aun aceptando someterse al interrogatorio, de seleccionar a quién responde preguntas y, dentro de éstas, cuáles desea contestar».

Sala Tercera, Res. 173, 09:00 hrs., 5 de marzo de 2007.

IMPUTADO. Derecho de elección del defensor de confianza. Fundamento y restricciones.

«Como parte del contenido del derecho de defensa se garantiza el derecho a la libertad de elección de la persona imputada en torno al profesional en Derecho que represente sus intereses... Básicamente dos argumentos fundamentan esta libertad de elección, sea que recaiga en una representación letrada particular o pública. Por un lado, constituye una forma por parte de la persona de ejercer el derecho humano a la dignidad y a la libertad de determinación y por parte del Estado de respetar y garantizar la autonomía personal... Por otro lado, dada la naturaleza propia y características de un proceso penal, el derecho de la persona imputada a la libre elección de su abogado/a se apoya en la búsqueda de una relación de confianza entre la persona y el abogado/a en la cual depositar el secreto profesional, confianza que genera al asistido las condiciones profesionales y humanas de quien le representa en su defensa técnica. Sin embargo, el derecho humano a la libre elección del abogado/a de confianza puede ser restringido por parte del Estado... el Código Procesal Penal prevé como supuestos de restricción de ese derecho los contemplados en sus artículos 93, 104 y 294... El fundamento de la limitación en casos como éstos se comprende a partir de que en tales situaciones extremas debe el Estado asegurar y garantizar el derecho de defensa a través de la intervención de la Defensa Pública, ante los obstáculos que para el ejercicio de tal derecho derivan de una particular actitud obstaculizadora de la defensa técnica particular, de una actitud pasiva de la persona imputada en la elección de su defensor/a o de la suma urgencia de la anticipación jurisdiccional de un acto en un proceso se haya o no individualizado la persona imputada».

Sala Tercera, Res. 1268, 09:00 hrs., 14 de noviembre de 2005.

LEALTAD PROCESAL. Contenido.

«Un sistema democrático está caracterizado precisamente por la licitud de los medios para conseguir los fines... Debe quedar claro que existe deslealtad procesal cada vez que un sujeto pretenda imponer su punto de vista, causando indefensión al contrario, alterando el destino de los actos procesales y desnaturalizando el curso del proceso... El Código Procesal Penal asigna a los tribunales un deber de vigilancia del cumplimiento del deber de lealtad y buena fe en el numeral 128 del CPP. Del efectivo cumplimiento de este deber podría depender eventualmente el derecho de acceso a justicia contemplado en el numeral 41 Constitucional. Es claro que para lograr las bondades de un sistema procesal oral se requiere una manera de entender los poderes, los deberes, las libertades y las responsabilidades correspondientes al juez, los abogados y las partes».

Sala Tercera, Res. 775, 09:15, 3 de agosto de 2007.

PRESCRIPCIÓN. La presentación de la querrela, al convertirse la acción pública en privada, interrumpe el cómputo de la prescripción.

«...con relación al tema de prescripción, subsisten los lineamientos señalados en los numerales 31 a 35 de la normativa procesal, en armonía con el procedimiento especial para los delitos de acción privada, y en lo que se refiere a las causales de interrupción... ha de considerarse la presentación de la querrela, por haberse convertido la conducta ilícita acusada en un delito de acción privada».

Sala Tercera, Res. 538, 09:12 hrs., 25 de mayo de 2007.

PRUEBA. Referencias contenidas en peritajes no son declaraciones testimoniales.

«...las manifestaciones de la niña ante los peritos no pueden sustituir lo dicho en juicio. Así, si en debate quedó en evidencia la contradicción entre la niña y su madre sobre cómo habría abusado sexualmente el encartado de la ofendida, ello no podría subsanarse por las declaraciones previas que hubiese rendido la agraviada y mucho menos si fueron rendidas en instancias no jurisdiccionales».

Sala Tercera, 782, 10:00 hrs., 3 de agosto de 2007.

PRUEBA. Testigos. Derecho de abstención no rige si cesa relación de parentesco.

«Esta Sala observa que de las manifestaciones vertidas por ambas víctimas, al momento del juicio..., ya no existía la relación de parentesco por afinidad que con el sentenciado (como su padrastro) se mantuvo a la fecha de

los hechos... Del mismo modo, de una sencilla lectura de la denuncia formulada... por la madre de las víctimas..., que se incorporó al debate, deriva que desde ese momento no había vínculo alguno de convivencia... De este modo, no había situación de conflicto alguno entre la protección a la intimidad y dignidad familiar a la que se compromete el Estado..., y la Administración de Justicia, función estatal que deriva de la protección de los derechos e intereses legítimos de todas las personas y que justifica una política en materia criminal traducida en la prevención y sanción de conductas que ponen en grave peligro o lesionan bienes jurídicos dignos de tutela penal...».

Sala Tercera, Res. 884, 11:15 hrs., 24 de agosto de 2007.

PRUEBA. Documentos que no requieren ser incorporados al debate.

«...las resoluciones jurisdiccionales, los requerimientos fiscales y las actas –o constancias– en las que figure un acto procesal de mero trámite no constituyen medios de prueba en sentido estricto que para ser valorados requieran ser incorporados al debate..., toda vez que no tienen como finalidad introducir sucesos relativos al tema probatorio propuesto por las partes procesales. Esto es, la prueba penal en sentido estricto debe ser útil y pertinente, estar dirigida a demostrar el objeto del proceso: la existencia o inexistencia del hecho investigado, intimado o acusado y de sus circunstancias fácticas, así como la específica intervención o ausencia en aquél de la persona imputada... Los documentos de interés probatorio... tienen la naturaleza de aportar referencias fácticas sobre el objeto del proceso, que han de ser incorporados mediante su lectura al juicio oral y público como mecanismo para asegurar la imposición del contenido de ellos, la contradicción y su posterior valoración en sentencia... En consecuencia, lo anterior no priva en absoluto al Tribunal de la posibilidad de valorar, de oficio o a petición de parte, las resoluciones jurisdiccionales, los requerimientos fiscales y las actas de mero trámite para el dictado de la sentencia, como forma de controlar la legitimidad del proceso y de la obtención de la prueba limitada al objeto del mismo...».

Sala Tercera, Res. 674, 10:10 hrs., 19 de julio de 2006.

PRUEBA. Los rastreos telefónicos no requieren orden jurisdiccional.

«En primer lugar se trata del procedimiento de rastreo u observación, pues se logra aprehender únicamente la identidad de los números telefónicos que llamaron a ese teléfono o a quienes se llamó desde el mismo, nunca se

impone de manera alguna del contenido de conversaciones actuales o pasadas. Claro que esa información de quién llama a un teléfono o a quién se llama desde él es de carácter privado, pero como lo ha señalado la jurisprudencia tanto constitucional como de esta Sala estos datos pueden ser obtenidos por el fiscal y la policía...».

Sala Tercera, Res. 728, 11:15 hrs., 20 de julio de 2007.

PRUEBA. Ofrecimiento en sede de revisión de sentencia. No procede cuando la solicita quien se opone a la gestión revisora.

«...la disposición contenida en el artículo 413 del Código Procesal Penal, está dirigida sólo a admitir el ofrecimiento de prueba, por cualquiera de las partes, en beneficio del sentenciado..., exigiendo que la prueba aportada sea pertinente y útil para acreditar las causas de la revisión, incluyendo la que de oficio se pudiera recibir como prueba para mejor resolver. Lo anterior, en absoluto impediría, con el propósito de asegurar la igualdad procesal entre las partes, que, en caso de declararse con lugar un procedimiento de revisión del fallo a partir de nuevos elementos de prueba que ameriten su valoración en un juicio de reenvío, se ordene la recepción ante el Tribunal de la prueba novedosa que las demás partes procesales estimen pertinentes someter a un posible contradictorio, y en las que hayan fundamentado, en su caso, la oposición al procedimiento revisor, aunque –por las razones indicadas– no se recibían en esta sede».

Sala Tercera, Res. 990, 09:10 hrs., 17 de septiembre de 2007.

PRUEBA. Peritajes del Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología. Formas de impugnación.

«Comete el a-quo un grave error al estimar que no constituyen peritajes, sino meros informes, los dictámenes elaborados por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología... (...), al no estar adscrito... al Organismo de Investigación Judicial, no era aplicable el artículo 34 de la Ley Orgánica del citado Organismo que prevé el recurso de apelación... Debe esclarecerse que los mecanismos que las partes procesales tienen a su disposición para hacer valer sus derechos frente a los dictámenes periciales del Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología se rigen por las normas generales contenidas en los artículos 216, 217, 218, 219 y 222 del Código Procesal Penal... La inexistencia de un recurso de apelación como medio de impugnación de los peritajes del Departamento de Trabajo Social y Psicología... no

coloca a las partes del proceso en desventaja de cara a objetar la prueba...».

Sala Tercera, Res. 1440, 10:00 hrs., 12 de diciembre de 2005.

SENTENCIA. Deliberación y redacción en integración colegiada.

«...las reglas relacionadas con el tema, pretenden asegurar que el fallo sea emitido por el Tribunal, y no sólo por uno o algunos de sus miembros, los cuales deben participar –todos ellos– en la deliberación y la redacción de la sentencia... De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar que el fallo sea un resultado conjunto. Si bien no puede desconocerse la posibilidad de que los jueces dispongan asumir diversas tareas para cumplir su cometido, siempre debe garantizarse que el producto final, sea reflejo de una decisión concertada y para ello, es menester el control de cada uno de los jueces sobre la redacción del fallo... La falta de certeza de la participación del cuerpo colegiado en pleno, durante la fase de redacción del fallo, implica una situación diversa a la de la firma tardía, y con ello subsiste un defecto absoluto relacionado con la constitución del Tribunal en todas las etapas en que su participación es esencial...».

Sala Tercera, Res. 774, 15:05 hrs., 23 de julio de 2007.

SENTENCIA. Diferencia entre firma tardía y ausencia de firma.

«...tampoco hay certeza de que este juez participara o tuviera la posibilidad de participar en la redacción de la condena... Por un lado, véase que la constancia de folio 260 únicamente indica que intervino "...en la deliberación y votación..."; guardando silencio sobre la redacción. Por otro lado, la rúbrica se estampó después de formulado el recurso de casación, ...duración que... sobrepasa cualquier razonabilidad. Todo ello supone, en definitiva, que no se está frente al supuesto, contemplado en el artículo 144 del Código Procesal Penal, de la firma tardía por impedimento invencible, debidamente justificado, con certeza de que el juez participó tanto en la fase deliberativa como en la de redacción de la sentencia, lo que habría permitido mantener la eficacia del fallo».

Sala Tercera, Res. 729, 11:30 hrs., 20 de julio de 2007.

SENTENCIA. Principio de correlación entre la acusación y el fallo. Prohibición de condenar por hechos no contenidos en la acusación, aún cuando la pena pudiera ser más favorable para el imputado.

«El instituto persigue, por una parte, evitar la introducción en la condena de datos que perjudiquen al justiciable, mas no la de aquellos que puedan favorecerlo en virtud de que, por ejemplo, demuestran que la figura a aplicar es menos gravosa o que existió alguna atenuante especial... Ahora bien, no todo cambio que "beneficie" al justiciable puede admitirse y, ...aunque se demuestre en el debate que el acusado no ejecutó el robo, pero sí que recibió el bien sustraído a sabiendas de su procedencia ilícita, los juzgadores no podrían condenarlo por la receptación... conviene destacar que lo que ha de respetarse es el núcleo esencial de las conductas atribuidas, lo cual no significa que los Tribunales deban transcribir la acusación o se vean inhibidos de usar otras palabras al describir el marco histórico que se estimó demostrado y, además, las variaciones que se refieran a detalles que, en el caso específico, no revisten interés para el pleno ejercicio de la defensa... no contravienen necesariamente la debida correlación de lo acusado y lo resuelto».

Sala Tercera, Res. 821, 11:50 hrs., 10 de agosto de 2007.

SENTENCIA. Niveles de exigencia de la precisión de los hechos acusados.

«La precisión y la cualidad circunstancial de los hechos supone tanto la exactitud en la descripción de la conducta que se haya estimado acreditada, según los elementos que jurídicamente la hacen delictiva, **como la mayor especificación posible del tiempo, lugar y modo en que tal conducta se realizó...**, logrando un justo equilibrio e igualdad, sin discriminación, entre los derechos y garantías de todas las personas involucradas en un proceso penal».

Sala Tercera, Res. 1350, 13:50 hrs., 29 de noviembre de 2005.

SENTENCIA. Deber de fundamentar la imposición de una medida de seguridad.

«...no queda exímido el Juzgador de fundamentar la imposición de una medida que, no siendo de prisión, no deja por ello de ser sumamente gravosa, lo cual hace aun más relevante la necesidad de que el dispositivo relacionado esté libre de todo tipo de arbitrariedad o uso

injustificado de discrecionalidad, objetivo que se logra precisamente con una adecuada fundamentación...».

Sala Tercera, res.781, 09:55 hrs., 3 de agosto de 2007.

VÍCTIMA. Modo de informarle de sus derechos ante la Fiscalía.

«Tal información debe ser transmitida a la víctima de manera que comprenda los alcances de sus derechos

y evitando, si fuera necesario, un excesivo tecnicismo en dicha explicación que se convierta, más bien, en un obstáculo en el ejercicio de sus derechos. La constancia de la comunicación y explicación de los derechos a la víctima debe figurar en un acta independiente o en la misma denuncia si ésta se fórmula de manera verbal».

Sala Tercera, Res. 1328, 10:15 hrs., 18 de noviembre de 2005.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal de San José

Lic. Eduardo Elizondo Vindas
Asistente Tribunal de Casación Penal de Cartago

A. DERECHO PENAL

1. Aplicación retroactiva de la ley penal. Ley de penalización de la violencia contra las mujeres.

“...dejando al margen las consideraciones que se esbozarán atrás sobre que las relaciones esporádicas no pueden ser consideradas relaciones de hecho y aceptando que, al no haber salido la sentencia de divorcio éste no se habla producido y la relación (jurídica) de matrimonio existía, aún así ello sólo posibilitaría enmarcar el hecho acusado y acreditado en el ámbito de aplicación de la normativa comentada ya que el encartado le introduce a la ofendida su pene en la vagina, en la boca y en el ano, contra la voluntad de la víctima. Esas conductas están tipificadas por el artículo 29 de la citada ley que dispone: “*Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionado con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena se aplicará a quien le introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma*”. No obstante ello no implica que ésta normativa resulte más favorable para el imputado (ii). Nótese que la pena por esa conducta (de doce a dieciocho años) es superior a la establecida en el artículo 156 del Código Penal (que, en abstracto, es de diez a dieciséis años) que fue por el que se condenó al encartado aunque a éste, por las razones apuntadas arriba, no se le sancionara con el extremo mínimo de la pena. En principio, entonces, no habría razón alguna para aplicar la Ley de penalización contra la violencia doméstica al presente caso no sólo porque, por haber ocurrido los hechos en el año 2005, es decir, cuando la citada ley no estaba vigente, no se rigen por ella (artículos 11 del Código Penal) sino, además, porque el marco punitivo del Código Penal (tanto en sus extremos mínimos como máximo) es menor que

el establecido en la referida ley que, por consiguiente, no resulta más beneficiosa para el encartado (artículo 12 del Código Penal) no sólo por esa circunstancia sino porque, de haberse aplicado, habría tenido que serlo en forma integral y no en partes (creándose, a gusto del impugnante, una tercera legislación como resultado de usar las normas del Código Penal y sólo parcialmente las de la Ley de Penalización de la violencia contra la mujer, lo que ya se ha indicado que no es posible: ver al respecto el voto N° 1042-1999 de la Sala Tercera) y ello habría implicado que, acreditada la conducta de la violación vaginal, anal y bucal en las mismas coordenadas espacio-temporales, se habría tenido que analizar la posibilidad de aplicar la agravante genérica de “ensañamiento” (artículo 8 inciso f de la referida Ley N° 8589) lo que posibilitaría que los jueces pudieran aumentar hasta en un tercio la pena **abstracta** señalada por el tipo respectivo (lo que implicaría que una violación con ensañamiento tenga un marco punitivo de dieciséis a veinticuatro años de prisión). Sólo ante esos presupuestos –que, como se ha venido diciendo, no se dan en este caso– es que el legislador estableció, en el artículo 11, la posibilidad de imponer penas alternas a la prisión siempre que el imputado sea primario en materia de violencia contra las mujeres (sin que, hasta donde se tiene conocimiento y a la fecha, el Registro Judicial realice una caracterización de las condenas efectuadas a los fines de establecer si proceden de este marco o no). Esas penas alternas pueden imponerse en la misma sentencia siempre y cuando la sanción impuesta sea inferior a tres años de prisión, o bien en la fase de ejecución de la sentencia una vez cumplida la mitad de la condena (artículo 11 de la Ley N° 8589; artículos 454 y 458 inciso a del Código Procesal Penal) y, obviamente, siempre y cuando no se esté en presencia de los supuestos para otorgar la libertad condicional que se mantienen vigentes también para primarios “genéricos” ante la mitad de cumplimiento de la sanción y con informe positivo de las autoridades penitenciarias (artículos 64 del Código Penal y 44 de la Ley de penalización de la violencia contra

las mujeres). Empero, nada de ello se aplica a este caso porque la legislación posterior es más perjudicial para el encartado.

Tribunal de Casación Penal de San José, 2007-1559, de las 14:00 horas, del 10 de diciembre de 2007.

2. Desobediencia a la autoridad. Notificación personal. Sentencia o aplicación retroactiva art. 305 C.P., reformado por Código Procesal Contencioso Administrativo.

En el presente caso, la sentencia tiene por demostrado que las medidas de protección provisionales le fueron notificadas al imputado. La resolución establecía que se mantendrían las medidas de protección, consistentes en no agredir, amenazar, insultar a la ofendida, ni acercarse a su domicilio o lugar de trabajo, hasta tanto se dictara la resolución de fondo. Como consta a folio 76 del expediente, y que fue prueba incorporada al debate, tales medidas fueron mantenidas por el Juzgado Contravenacional de Aserri en resolución de las siete horas treinta minutos del trece de octubre de 2004, sin que se modificara la naturaleza de las medidas ordenadas provisionalmente. Consta que el acusado no fue notificado de esta resolución por no haber señalado lugar para ello, (folio 79). De manera tal que cuando el acusado se presentó a la vivienda de la ofendida en fecha 24 de enero de 2005, las únicas medidas de protección que se encontraban vigentes, eran las dictadas en fecha 13 de octubre de 2004, las cuales no le fueron notificadas al imputado. Esta Cámara difiere del criterio que se ha venido sosteniendo y cuyos antecedentes fue citado en esta resolución, y considera que lleva razón el juzgador de instancia al absolver al imputado por el delito de Desobediencia a la autoridad. Tómese en cuenta que al no haber sido notificado personalmente de la resolución que mantenía las órdenes de protección vigentes, no es posible derivar de la prueba con la certeza necesaria que el encartado conociera la vigencia de esa orden, es decir existe duda sobre el elemento cognitivo del dolo. Nótese que la misma resolución provisional del Juzgado contra la Violencia Doméstica es susceptible de generar en el encartado un error –sobre los elementos objetivos del tipo penal– pues indica que una vez que se dé la resolución de fondo las medidas provisionales perderían vigencia y aunque luego agrega que pueden ser ratificadas o cesadas, es claro que de esa primera parte de la frase se desprende que una vez emitida dicha sentencia, el encartado no estaba sujeto a aquellas medidas provisionales (que habían perdido su vigencia) y de dictarse otras en su contra serían nuevas que, como tales, le debían ser notificadas en forma personal, cosa que no ocurrió con la sentencia de fondo. Por ende, si los hechos acu-

sados como inobservantes de esas resoluciones datan, según la pieza acusatoria, del veinticuatro de enero de dos mil cinco, sea cuando las medidas provisionales habían cesado su validez por haberse emitido las medidas definitivas, hay duda de si se da el elemento cognitivo del dolo (el encartado no sabe que está desobedeciendo una orden judicial) y la conducta deviene atípica. Tal y como lo señala el *a quo*, el hecho de que el imputado no haya señalado para notificaciones, le debe acarrear consecuencias en otros tópicos procesales, pero no en materia penal, donde el elemento subjetivo del tipo debe demostrarse, el imputado debe conocer cuál es la conducta que estaba desplegando y que la misma era ilícita, para lo cual se requiere que la orden le haya sido notificada en forma personal al sujeto activo y se le hayan hecho las advertencias relativas a este ilícito, razón por la cual la propia Ley de Notificaciones dispone que, “a juicio del juez” otras resoluciones diferentes a las elencadas expresamente, pueden ser notificadas en forma personal siendo éste uno de los casos en donde tal cosa se requiere. No es posible acoger la interpretación que ha venido haciendo ésta Cámara –con distinta integración–, ya que la misma orden inicial le dice al presunto sujeto activo que, una vez dada la sentencia, la medida provisional pierde valor y, por ende, cualquier otra decisión habrá de serle comunicada en forma personal a fin de evitar los errores (de tipo o prohibición) que ello pueda generar. Por otra parte, si bien este como cualquier otro delito doloso, puede ser cometido con dolo eventual, es decir, cuando el sujeto activo prevé como posible el hecho tipificado y lo acepta como tal, ese extremo tampoco fue acreditado en el debate. Por último, un argumento no menos importante para la decisión adoptada es que el legislador (mediante ley N° 8508 del 28 de abril de 2006 que emite el Código Procesal Contencioso-Administrativo que entrará en vigencia, por disposición de su artículo 222, el primero de enero de 2008) ha dispuesto, a través del numeral 203, una reforma al artículo 305 del Código Penal para que se lea así: “*Artículo 305.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención.*” (el destacado no es del original). Aunque la comunicación personal de la orden siempre ha integrado el elemento subjetivo del tipo pues es el presupuesto para acreditar el aspecto cognitivo del dolo, es lo cierto que ahora el legislador lo eleva a un elemento objetivo del tipo penal. Aunque esa reforma aún no se encuentra vigente, a nada conduciría mantener la *lesis* que ha establecido este Tribunal pues, con la entrada en vigencia de la norma, ésta tendrá efectos retroactivos en beneficio de los condenados, haciendo posible la re-

visión (artículo 12 del Código Penal) en todos aquellos supuestos en que dicha comunicación no operó y, pese a ello, se condenó al imputado.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0875, de las 15:30 horas, del 10 de agosto de 2007.

3. Evasión. Configuración típica.

Ahora corresponde analizar, si no obstante estimar que la detención recaída sobre el encartado fue legítima, resulta además idónea para configurar el tipo penal de evasión. El artículo 326 del Código Penal sanciona este delito y establece: "... Por supuesto que se trata de un delito doloso, donde el **sujeto activo**, el autor de la conducta típica descrita en el precepto es unisubjetivo, pues solo requiere la participación de un agente, aunque nada impide que en el caso concreto intervengan varios; es especial porque exige una especial condición en el sujeto activo, en este caso que se encuentre "legalmente detenido". En cuanto a la **acción típica**, la conducta o acción exigible es la de evadirse, fugarse, huir; implica para el sujeto activo recuperar su libertad, abandonar el encierro o la sujeción a una custodia a la que ha estado sometido de forma real, directa e inmediata por parte de funcionarios públicos. Así lo ha reconocido la Sala Tercera: *"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 frustre 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..."* (Sala Tercera Voto N° 877-2004, de las 9:25 horas del 23 de julio del 2004). Como presupuesto fundamental, ese sujeto debe estar sometido a una detención legal, si por alguna circunstancia resulta ilegítima, el comportamiento del sujeto resulta atípico. Pero ¿toda detención aunque legítima tipifica el delito de evasión?, para encontrar una respuesta debemos acudir a los métodos de interpretación. Un método de interpretación literal o gramatical limitado al sentido lingüístico y gramatical no aporta mayores elementos en nuestra búsqueda, pues como se advierte el artículo 326 del Código Penal no agrega más datos o circunstancias a la exigencia de una detención legal. De ahí que en este caso particular, el método de interpretación sistemática parece ofrecer una útil herramienta, al considerar que los códigos constituyen un "todo orgánico y sistemático", de forma que las "palabras y disposiciones

legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en su sentido general..." (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal*, P.G., I, Madrid, Editorial Universitas, S.A., 1996, p. 168). En ese sentido, resulta imprescindible advertir la ubicación de este tipo penal dentro de la Sección IV "Evasión y quebrantamiento de pena", inserto a su vez en el Título XIV de los "Delitos contra la Administración de Justicia", es decir, el sentido y vinculación de los tipos penales ahí comprendidos emerge de su relación con el Poder Judicial, que por mandato constitucional asume –dentro de la división de poderes– esa importante labor de un Estado de Derecho: administrar justicia. De aquí que el bien jurídico tutelado en este Capítulo implique una relación de disponibilidad que engloba la capacidad que tiene el Estado de perseguir los delitos y sus autores mediante la intervención de los tribunales y otras autoridades judiciales. En consecuencia, cuando el artículo 326 del Código Penal alude al que legalmente se encuentre detenido (como sujeto activo de la delincuencia) deberá entenderse siempre que el sujeto se encuentra en esa condición porque ha mediado una decisión judicial, ya sea ordenando una medida cautelar de prisión preventiva, detención, captura o bien, un fallo condenatorio, incluso, podría comprender detenciones ejecutadas por agentes policiales, siempre que dichas actuaciones se encuentren bajo el supuesto del artículo 37 constitucional, es decir, que obedezcan en estricto sentido, a indicios comprobados sobre la comisión de un delito, nunca si se trata de una contravención o proceso de otro tipo, como sucede en el caso bajo estudio: violencia doméstica. Lo anterior no contraviene la resuelto por la Sala Constitucional (voto N° 7423-1999), cuando reconoce como legítima la detención en casos de contravenciones, pues se trata de detenciones administrativas. Recordemos que los agentes de policía administrativa según el artículo 284 del Código Procesal Penal son considerados también auxiliares de la Administración de Justicia; y en esa condición frente a la noticia de la comisión de un delito de acción pública se les exige actuar, teniendo que comunicar del hecho al Ministerio Público dentro de las seis horas siguientes a su primera intervención, y si bien guiados por la dirección funcional, tienen el deber de practicar las diligencias preliminares necesarias no solo para reunir o asegurar los elementos de convicción, sino también para evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos (artículo 283 del Código Procesal Penal). En el caso concreto, aun cuando la detención del encartado D.S.S. fue legal, al ejecutarse por parte de los oficiales de la Fuerza Pública en un caso de violencia doméstica, la acción de huida por parte del justiciable, deviene atípica porque se trata tan solo de una detención de tipo administrativa, no justificada en la persecución de un delito.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0505, de las 10:04 horas, del 15 de mayo de 2007.

4. Infracción a la ley de derechos de autor. Análisis del art. 45 de la Ley de Procedimiento de observancia de los derechos de la propiedad intelectual. Alcances del concepto perjuicio patrimonial.

El juzgador concluye que la imputada ha incurrido en la conducta descrita en el artículo 45 de la Ley de Procedimientos de Observancia de la Derechos de la propiedad intelectual, por cuanto comercializaba en sus dos negocios productos registrados y protegidos a nombre de Q. I. PTY LTD, que no son genuinos y que se trata de reproducciones de origen desconocido. Que estaba presente el ánimo de lucro de la imputada debido al renombre y calidad de las prendas confeccionadas con estos signos distintivos. El tipo penal que aplicó el juzgador dispone: "*Será reprimido con prisión de uno a tres años quien venda, ofrezca para la venta, almacene, distribuya, guarde en depósito, importe o exporte productos fraudulentos, incluso su empaque embalaje, contenedor o envase, que contengan o incorporen una marca ya registrada, de manera que cause perjuicio a los derechos exclusivos conferidos por el registro de la marca o el signo distintivo*". El recurrente argumenta una falta de fundamentación del proceso de subsunción de los hechos demostrados como cometidos por la imputada en el tipo penal aplicado, sin embargo, el análisis que ejecuta el defensor es aislado de la sentencia, y no integral. Si se observa lo descrito en todo el fallo, se nota que el a quo sí fundamenta la existencia del tipo penal en la conducta que tiene por demostrada. La sentencia le atribuye la acción típica de comercializar y almacenar productos fraudulentos, que se vendían como si fueran de la marca Q. y R. Por otra parte dentro de su fundamentación deja claramente establecido que esas marcas estaban registradas a nombre de la denunciante. Si bien no se dice en forma expresa que eso causó un perjuicio a la empresa querellante, es claro que de las conclusiones a las que llega el fallo, si se les da lectura en forma integral, se desprende que la comercialización de esos productos vendidos como genuinos sin serlo, causan naturalmente a la empresa ofendida un perjuicio, en tanto constituyen una competencia desleal al engañar al consumidor quien creyendo estar comprando productos genuinos de la marca Q. y R., a mucho menor costo, preferirán adquirir éstos, en lugar de los distribuidos por la empresa ofendida, reportándole obviamente menores ventas. Aparte de ello, la comercialización de esas prendas como genuinas, de inferior condición y algunas sin terminar, afecta el prestigio de la empresa ofendida, su buena fama del mercado nacional e internacional, dado

que se trata de prendas de inferior condición que se comercializan con su marca comercial, sin ser producidas por las fábricas autorizadas por la ofendida. El tipo penal de comentario no requiere de la demostración de un perjuicio patrimonial, sino de cualquier tipo de perjuicio, como lo es el prestigio de la marca registrada en el mercado nacional, y el derecho de producción exclusivo de prendas de vestir bajo esa marca comercial. De manera que el perjuicio se desprende de las inferencias que de la prueba hace el fallo impugnado al indicar que la encartada comercializaba productos no genuinos de las marcas registradas por la empresa ofendida.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0001, de las 10:00 horas, del 10 de enero del 2007

5. Legítima defensa en los delitos contra el honor. Admisibilidad de repeler ofensas con ofensas.

Ha de recordarse que la legítima defensa, y en general cualquier causa de justificación siempre que concurren los requisitos que prevea la ley positiva respectiva, son invocables frente a la puesta en peligro o a la lesión de cualquier derecho o bien jurídico tutelado, no sólo ante el peligro o daño para la integridad física o la vida, como tradicionalmente se piensa. Así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Cámara lo cual ha aceptado, teóricamente, la posibilidad de que se aplique la legítima defensa frente al ataque de cualquier bien jurídico, incluido el honor... El artículo 28 del Código Penal es claro al decir "*No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos...*". Por ello, la doctrina moderna en forma contundentemente mayoritaria –citando pronunciamientos de sus respectivos países tanto a favor como en contra– acepta el uso de la legítima defensa ante el ataque de cualquier bien jurídico, incluido, por supuesto, el honor pues se indica que, así como no se le puede exigir a quien es atacado físicamente una conducta cobarde de huir, del mismo modo quien es ofendido, pública o privadamente, puede mancillar el honor tratando de neutralizar aquellas otras expresiones, siendo ello la respuesta "proporcional" al ataque sufrido (en este sentido aunque no específicamente para los delitos contra el honor: Jescheck, Hans. Tratado de derecho penal. Parte general. Editorial Comares, Granada, 1993, p. 304; Luzón Peña, Diego-Manuel. Curso de derecho penal. Parte general. Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 589 y 594-595; Mir Puig, Santiago. De derecho penal. Parte general, Barcelona, 5ª edición, 1998, pp. 432-434; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho penal. Parte general. Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia, 1998, p. 360; Gómez Benítez, José Manuel. Teoría jurídica del delito. Editorial Civitas S.A., Madrid, 2ª reimpresión, 1992, pp. 329-330; Bustos

Ramírez, Juan. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 126; Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general, II, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 203-204; Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal español*, parte general, Dykinson, Madrid, 9ª edición, 1985, p. 557; Núñez, Ricardo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, pp. 351-352 también bajo el nombre "La conducta defensiva" en AAVV. *La coautoría/La legítima defensa*. *Estudios de derecho penal general*. Editorial Jurídica Bolivariana, reimpresión 2000, pp. 420-421; Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal fundamental*. Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1989, pp. 331 y ss. también bajo el nombre "Legítima defensa" en AAVV. *La coautoría...op.cit.*, p. 455; Grisanti Avelledo, Hernando. *Lecciones de derecho penal*. Editorial Mobil libros, Caracas, 1991, pp. 129-146 también bajo el nombre "Causas de justificación" en AAVV. *La coautoría...op.cit.*, pp. 272-273; Puig Peña, Federico. *Derecho penal*. Tomo I. Ediciones Nauta, Barcelona, 1959, pp. 337 también bajo el nombre "La legítima defensa" en AAVV. *La coautoría...op.cit.*, p. 343. **En Costa Rica:** Castillo González, Francisco. *La legítima defensa*. Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, 2004, pp. 105-112 y Chirino, Alfredo/Salas, Ricardo. *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª edición, San José, 2004, pp. 40 a 43 y 132 en donde se cita un brevisimo extracto en tal sentido de casación del 16 de mayo de 1938 -I Sem, tomo único, p. 574-. **En contra** para el caso de los delitos contra el honor: Quintero Olivares, Gonzalo. *Manuel de derecho penal*. Parte general. Aranzadi, editorial. 2ª edición, Navarra, 2000, pp. 508-509; Mesa Velásquez, Luis Eduardo. *Lecciones de derecho penal*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1962, pp. 256 y ss. también bajo el nombre "Legítima defensa" en AAVV. *La coautoría...op.cit.*, p. 308 quien comenta la ley colombiana que alude a 'violencia' indicando dicho autor que las expresiones verbales injuriosas no constituyen violencia desconociendo que ésta es no sólo física, sino verbal, psicológica, económica, etc. Alguna parte de la jurisprudencia española, hasta hace un tiempo, definían la "agresión ilegítima" desde una concepción materialista, es decir, agresión material como sinónimo de acometimiento físico y no en el sentido inmaterial como acto contrario al ordenamiento, lo que excluía la defensa de otros derechos, pero tal tendencia se ha ido modificado paulatinamente). Dicha causa de justificación exige, por mandato del inciso a) del artículo referido, que se haga un análisis de si hubo una agresión ilegítima y por imperativo del inciso b) el análisis de proporcionalidad entre el ataque y el medio con que se repele ("La injuria es una agresión ilegítima y también en los casos en que las ofensas amenacen repetirse, otra injuria puede resultar

el medio necesario y racional para evitarla...mientras el primer ofensor actúa ilegítimamente, el autor de la segunda ofensa actúa legítimamente": Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de derecho penal*, parte especial, tomo IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 449). Además, siendo admisible la legítima defensa del honor, es posible un exceso en ella (artículo 29 del Código Penal) que conduce a su análisis aunque, obviamente, ya no en la antijuridicidad sino en la culpabilidad y hasta en la punibilidad si el exceso proviene de una "excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable". De allí que si el juez de instancia, en este caso, tuvo por acreditado que las ofensas el mismo día de los hechos fueron recíprocas, era su obligación determinar quién agredió a quién y quién eventualmente se defendió (en caso de que acepte la legítima defensa en estos casos o, de lo contrario, dejar establecido el cuadro fáctico y explicar por qué no la acepta) pero en el *sublite* se limitó a indicar que el "...que hayan existido ofensas recíprocas, en nada disminuye la tipicidad de los hechos tenidos por demostrados, pues no se justifica repeler ofensas con ofensas" (folio 56) sin justificar su posición ni explorar la situación fáctica para determinar, con las ventajas que ofrece el debate oral, inmediato y contradictorio, cómo se inició -y por quién- la agresión verbal. Es claro que la tipicidad de un hecho permanece incólume -no se disminuye- aunque el evento esté justificado y en eso tiene razón el juez de instancia en la expresión anterior, lo que no puede aceptarse es que no sea posible repeler ofensas con ofensas y que, en tales casos, no quepa una causa de justificación o bien alguna otra situación analizable en otros estratos de la teoría del delito.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0975, de las 16:05 horas, del 3 de setiembre de 2007.

B. DERECHO PENAL JUVENIL

6. Medidas de seguridad. Aplicación en el proceso penal juvenil.

El tema resulta controvertido, dado que este mismo Tribunal con otras integraciones ha considerado que no procede la aplicación supletoria del Código Penal en atención al principio de legalidad. Sobre el particular, en el voto 2002-0579, de las 10:10 horas, del 1 de agosto de 2002... se dijo que: "El principio de legalidad, consagrado en el § 39 de la Const. Pol., así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, impide privar de libertad a las personas, mayores o menores, ya mediante prisión o una pena alternativa, ya mediante una medida de seguridad, si esos efectos no se encuentran previstos en la ley bajo reserva de ley. En materia de afectación a la libertad de menores, la L.j.p.j, no pre-

vió la peligrosidad criminal generadora de medidas de seguridad, de manera que en tanto el imputado realice un hecho típico y antijurídico, esto es injusto o ilícito, pero no culpable en razón de un estado de inimputabilidad, total o parcial, permanente o transitorio, el hecho no tiene consecuencias penales. Obsérvese que los §§ 121 y siguientes de la citada L.j.p.j. solamente refiere la comisión o participación en hechos delictivos, cuyo consecuente es la aplicación de alguna de las sanciones allí establecidas; pero este cuerpo legal guarda silencio en lo que hace a la perpetración de injustos o ilícitos por menores inimputables, lo que lleva inevitablemente al dictado de una sentencia absolutona. No resulta legítimo aplicar subsidiariamente los §§ 97 y 102 del C.p., por cuanto atentaría contra el principio de legalidad en materia penal sustantiva. Distinto, aunque dudoso todavía por la especialidad que debe llevar el tratamiento de menores, sería el caso en que la legislación penal juvenil hablara de la aplicación de medidas de seguridad a menores inimputables, sin detallar cuáles y cómo aplicarlas, pues el silencio podría abrir la puerta de la aplicación subsidiaria o supletoria del C.p. No siendo así, es imposible la aplicación, a menores inimputables, de medidas de seguridad establecidas en el derecho penal de adultos. Sólo es posible la aplicación de medidas de seguridad a menores, en tanto sean establecidas por la ley" (Posición que fue asumida y sostenida en distintos votos del Tribunal de Casación Penal, entre ellos Voto N° 2002-04441 de las 9:45 horas del 20 de junio de 2002, Voto N° 2002-0469 de las 9:30 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0470 de las 9:35 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0471 de las 9:40 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0472 de las 9:45 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0474 de las 10:05 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0475 de las 10:10 horas del 1 de julio de 2002, Voto No: 2002-0476 de las 10:15 horas del 1 de julio de 2002, Voto N° 2002-0538 de las 8:50 horas del 18 de julio de 2002, Voto N° 2002-0579 de las 10:10 horas del 1 de agosto de dos mil dos, Voto N° 2002-0854 de las 9:45 horas del 17 de octubre de 2002). No obstante lo anterior, por mayoría, se considera que la tesis asumida en los votos citados no resulta correcta, por las siguientes razones: i) Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño se operó un cambio de paradigma en lo que se refiere a la justicia de las personas menores de edad. Dicha normativa parte de la doctrina de la protección integral dentro del marco de los derechos humanos la cual establece que las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones, ii) Como corolario de lo anterior, el legislador costarricense creó una serie de normas en las cuales sentó las bases de los derechos básicos de este grupo social, dentro de los cuales tenemos el Código de la Niñez y Adolescencia, pero a la vez dictó la Ley Justicia

penal juvenil, donde se establecen la respuesta del Estado ante la comisión de delitos por parte de las personas menores de edad. iii) La Ley de Justicia Penal Juvenil es un cuerpo mixto con normas de carácter procesal y normas sustantivas. De acuerdo con el artículo 9 "En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente las legislación penal y el Código Procesal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el juez penal juvenil **siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del Código Penal, en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley**" (la negrita es suplida). iv) De la norma transcrita se colige, que el propio legislador estableció una aplicación supletoria tanto del Código Procesal Penal como de las normas sustantivas, pero además, de manera precisa y obligatoria determinó la aplicación de las disposiciones y los principios del Código Penal cuando ello no contradiga alguna norma contenida en la ley. Evidentemente no existe ninguna norma dentro de la Ley de Justicia Penal Juvenil que impida la aplicación de las medidas de seguridad curativas a las personas menores de edad, por lo que de acuerdo a la ley, su aplicación es perfectamente posible. v) Si bien la ley contiene algunos elementos del derecho penal de fondo, tales como las sanciones, los principios, etc, debe acudir a la legislación de adultos para determinar los tipos penales, la autoría y participación, los concursos e incluso la culpabilidad. Ahora bien, el tema de la imputabilidad es un aspecto propio del juicio de reproche, que como se dijo, al no existir un tratamiento específico en la ley, debe resolverse conforme al Código Penal. vi) Las medidas de seguridad no son contrarias a los propósitos de la sanción en materia penal juvenil. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la pena tiene "una finalidad primordialmente educativa". Ahora bien, ni el interés superior, ni los principios educativos pueden justificar la violación de derechos procesales y sustanciales de las personas menores de edad. Sin embargo, ello no ocurre con la aplicación supletoria del Código Penal, ya que si unimos ambas normativas y los principios citados cumpliríamos con las garantías que demanda la imposición de las medidas de seguridad. En primer lugar, se respeta el principio de legalidad, dado que es un aspecto de derecho sustancial que se omitió regular en forma expresa —situación que también ocurre con la mayoría de los institutos propios de la dogmática penal— dado que el mismo legislador a través de una norma autoriza la aplicación supletoria del Código Penal en el tanto no afecten los principios. En segundo lugar se cumple con las garantías del debido proceso, pues necesariamente supone el tener por demostrada la comisión de un hecho delictivo, así como la demostración de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuida. vii) La aplicación de una medida de seguri-

dad a las personas menores de edad ni lesiona el principio de legalidad, ni vulnera el principio de interés superior. Aunque dicho concepto no se encuentra definido en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia establece algunos parámetros para su aplicación. En efecto, dicha norma dispone que "*La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. B) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. C) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve y d) La correspondencia entre el interés individual y el social*". Es decir, que el interés superior para el caso concreto debe contemplar todas las circunstancias psicológicas, sociales y económicas particulares de la persona menor de edad. "*Como bien lo indica Carlos Tiffer, en el nuevo modelo se parte de que la impunidad no es conveniente ni sana para la sociedad, como tampoco lo es para el adolescente o la adolescente*" (Tiffer, Carlos, citado por Llobet Rodríguez, Javier. El principio del Interés Superior del Niño en la Justicia Penal Juvenil EN Tiffer, Llobet, Dünkel Derecho Penal Juvenil. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 2002, pág. 121). Desde luego que para la imposición de una medida de seguridad curativa, no basta la acreditación de la afectación de su capacidad de culpabilidad, sino que también se requiere la demostración respecto a la existencia del hecho y la participación del acusado, todo dentro de las garantías propias del proceso penal. Además, la medida de seguridad no necesariamente es de internamiento, pues puede ser de tratamiento ambulatorio y en todo caso debe ser revisada cada dos años, con lo cual no queda librada a la arbitrariedad o abuso por parte de los órganos encargados de ejecutarla. Finalmente, no resulta aplicable la evolución seguida por la Ley Orgánica Tutelar de Menores, pues la misma obedece a criterios propios de la doctrina de la situación irregular, cuyos postulados son absolutamente distintos a la Ley de Justicia Penal Juvenil y la doctrina de la protección integral. En consecuencia, no existe ningún obstáculo legal para que se aplique el procedimiento especial y las medidas de seguridad curativas a las personas menores de edad.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0116, de las 16:20 horas, del 2 de febrero del 2007.

7. Prescripción de la acción penal. Suspensión. Ley de ejecución de sanciones penales.

Al realizar un recuento cronológico se tiene que el hecho acusado al joven J.T.A. ocurrió en fecha 3 de abril de 2003, en tratándose de un delito de robo agravado, cual fue el acusado, por lo que la prescripción regulada en el numeral 109 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es

de tres años. Bajo esa inteligencia tenemos, entonces, que la causa para tales efectos resultaría prescrita el 3 de abril de 2006 data en la cual se cumple ese término. De allí que al haberse dictado la rebeldía de este joven en fecha 15 de febrero de 2006 (cfr. folio 254 de este testimonio) esa decisión, al tenor de lo estipulado por el artículo 30, párrafo primero, de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles suspende el plazo de prescripción, en tanto la citada normativa para ese entonces ya estaba vigente toda vez que su publicación se dio en el diario oficial La Gaceta N° 229, de 28 de noviembre de 2005. Bajo esta tesitura la prescripción se suspendió desde ese 15 de febrero de 2006 y hasta el 12 de enero de 2007 en que se revocó la misma (cfr. folio 289 de este testimonio) por cuanto el joven T. A. fue habido. Tal circunstancia implica ahora que el cómputo de la prescripción siga corriendo, por lo que entonces, la misma prescribe no ya el 3 de abril de 2006, sino hasta el 1 de abril de 2007, en tanto que previo a la declaratoria de rebeldía restaban cuarenta y siete días para que el asunto prescribiera, y no cuentan, entonces, los diez meses y veintisiete días que en que rigió la rebeldía. Esto quiere decir, que si la sentencia de sobreseimiento se dictó en fecha 15 de enero de 2007 (cfr. folio 290 de este testimonio), para ese momento la causa penal contra T. A. no había prescrito, pues sin más había sido suspendida por efecto de la declaratoria de rebeldía, por lo que efectivamente se ignoró la aplicación del numeral 30 de la ley de cita, misma que en efecto es de orden procesal y por consiguiente no implica violación de una ley más favorable para el joven acusado.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0306, de las 15:15 horas, del 16 de marzo de 2007.

8. Juez natural. Jueces suplentes, no elegibles.

En primer lugar, corresponde aclarar que la circunstancia de que las Juezas A.P.M.A. y N.V.S., no aparezcan en la lista de jueces elegibles para los cargos que cita el recurrente, no significa que ellas no pudieran válidamente fungir como suplentes del Tribunal Penal Juvenil de San José, ya que contrario al interés de la gestionante, no constituye un requisito para ser suplente ostentar la condición de elegible. Ahora bien, en cuanto se refiere a la participación de la licenciada M. A., ella fue nombrada por Corte Plena para ejercer el cargo de suplente de Juez 4 en el Tribunal Penal y Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, en la sesión número 30-2005 de las 8:30 horas del 3 de octubre de 2005, artículo VI, cuya lista de suplentes, según se indicó en esa misma oportunidad, se fusionó en razón de que el despacho trabaja de esa forma. Por su parte, la licenciada V.S., si bien es cierto no se encuentra elegible para el

cargo de Juez 4 en la materia Penal ni Penal Juvenil, así como tampoco es suplente del Tribunal, su nombramiento según constancia suscrita por... Juez Tramitador del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de Goicoechea, de folio 2675, se efectuó una vez consultada la lista de suplentes con la finalidad de sustituir por dos días a la licenciada T.R.A, por motivo de vacaciones. Decisión que se ajusta a lo contemplado en el Reglamento Interno del Sistema de Carrera Judicial vigente, que autoriza en el numeral 49 a la Presidencia de la Corte, para que delegue el llamamiento de los suplentes en otros órgano o funcionarios, los que de acuerdo con el artículo 50 *ibidem*, harán la designación siguiendo en la medida de lo posible los criterios indicados en el numeral 48, que se refiere a la confección de listas de los funcionarios de mayor a menor categoría, y en orden de notas de acuerdo con la posición de la nómina de elegibles y después el resto de los funcionarios. Además, dicho proceder se ajustó a la imposibilidad de contar con alguna de las personas que integraban la lista de suplentes, designación que le permitió a la Jueza... cumplir con el cargo, y por ello su actuación como integrante del Tribunal Penal Juvenil al conocer la apelación interpuesta en la presente causa, no afecta de ninguna manera el principio de Juez Natural... A lo expuesto se debe adicionar, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 2007-005932, de las 14:36 horas, del 2 de mayo de 2007, al declarar sin lugar el recurso de habeas corpus interpuesto a favor de C.M.M, y en cuanto a la participación de las juezas A.P.M.A. y N.V.S., señaló: "...los recurrentes acusan que se violó el principio de juez natural y el de especialidad en la materia, por cuanto dos de las juezas que integraron el Tribunal Penal Juvenil que emitió el voto No. 049-07, no están elegibles para los puestos de Juez 4 Penal, Juez 3 Penal Juvenil, Juez de Ejecución de la Pena, ni para el puesto de Juez 4 Penal Juvenil. Sobre el particular, debe resaltarse que el principio del juez natural o legal de la causa, debe ser entendido como el derecho que se tiene de ser oído plenamente y dentro de un plazo razonable, por un funcionario competente, independiente y objetivo. En la especie, el Tribunal que emitió el voto No. 049-07 no se trata de un Tribunal *ad hoc*, llamado a resolver un caso concreto que es lo que prohíbe la Constitución, al señalar que nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con la Constitución. Este último es el caso del Tribunal Penal Juvenil, quien es el competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la resolución que otorgó la libertad asistida a la amparada, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. **Lo que se tutela a través del principio del juez na-**

tural es la prohibición de crear organismos ex post facto o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales de justicia. (RSC N°2000-06588, 15:27 horas, 26 de julio, 2000). Por ende, los cuestionamientos que hacen los recurrentes respecto a los atestados de las Juezas que integraron el Tribunal Penal Juvenil, son aspectos que no competen ser analizados por esta Sala" (la negrita es suplida).

Tribunal de Casación Penal, 2007-0594, de las 9:55 horas, del 31 de mayo del 2007

C. DERECHO PROCESAL PENAL

9. Acción civil. Casación. Revocatoria, sin reenvío.

Ahora bien, ha existido controversia a lo interno del Tribunal de Casación sobre qué hacer en casos en los que proceda acoger el recurso civil. Para unos es necesario ordenar el reenvío para garantizar el derecho al recurso de las partes y para otro sector basta la aplicación inmediata y directa de la ley sustantiva en esta sede... No hay ninguna disposición normativa, de ningún rango, que establezca el derecho del recurso para la parte perdedora en materia civil. El derecho al recurso está establecido en instrumentos internacionales pero únicamente a favor del encartado respecto de una causa penal. En este caso, no es ni siquiera el encartado quien figura como demandado civil sino que es un tercero. En consonancia con esa idea es que la legislación procesal civil establece el recurso de casación civil que, como se indicara en aquel voto, posibilita que una parte que haya ganado en primera y segunda instancia civil un proceso, la pierda, en definitiva, en la sede de casación (artículos 592, 593 inciso 2, 595 y 610 inciso 2, todos del Código Procesal Civil... Si bien el artículo 124 del Código Procesal Penal señala que "*Desde su intervención en el procedimiento, el tercero civilmente demandado gozará de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles*" es lo cierto que dicha disposición debe ser interpretada en forma sistemática con las ya referidas, sin que pueda deducirse de allí que el tercero demandado civil tenga un derecho al recurso respecto a lo resuelto en cualquier instancia sino que lo tendrá pero de la forma establecido en la legislación, es decir, tendrá derecho de recurrir en casación lo resuelto por el tribunal de mérito pero no hay un ulterior recurso contra lo resuelto en casación. Tan es así que se ha interpretado que, aunque esa disposición existe, el tercero demandado civil no puede alegar un derecho a un defensor público, no puede alegar un derecho de abstención a declarar, no puede alegar que pueda actuar sin patrocinio letrado, etc. (cfr.: LLOBET

RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. Editorial Jurídica Continental, 3ª edición, San José, 2006, p. 246). Además, una razón adicional, de orden constitucional, atañe a los principios de justicia pronta e independencia judicial que podrían resultar conculcados pues si se estimara en casación que la demanda civil resulta procedente y se ordena el reenvío para que el tribunal de mérito fije los rubros y montos a pagar, el *a quo* podría no estar de acuerdo con dicha posición en cuyo caso tendría dos posibilidades: (i) disponerlo así en detrimento de la parte a quien se le dio la razón en casación lo que para ella representaría un atraso considerable en el reconocimiento de sus pretensiones y que podría implicar un círculo vicioso *ad infinitum* o (ii) someterse al planteamiento de casación, en cuyo caso su independencia judicial quedaría mancillada.

Tribunal de Casación Penal, 2007-1581, de las 9:20 horas, del 14 de diciembre de 2007. En igual sentido 2007-750.

10. Fiscal y Juez Penal. Atribuciones. Identificación de billetes.

Por la naturaleza de los puntos cuestionados, es importante examinar el contenido del Código Procesal Penal (cpp) a fin de deslindar cuáles son las funciones que le ha otorgado la normativa al Fiscal y al Juez. **a.**— Sobre la intervención del juez en las compras controladas: Entre los aspectos de mayor relevancia de la reforma procesal ocurrida hace casi diez años, se consideró un logro importante la separación de funciones entre el fiscal, defensor y juez y por ello en el diseño se encargó al fiscal de la fase preparatoria, autorizándole a recoger todo tipo de pruebas, salvo aquellas que como excepción debe intervenir el juez, especialmente cuando se requiere la afectación de un derecho fundamental, como sucede con la entrada al domicilio o recintos privados, las comunicaciones privadas, levantamiento de cadáveres, medidas cautelares como la prisión preventiva y en los anticipos de prueba (artículos 191, 193-197, 201, 239 y 293 cpp). Precisamente, con el afán de evitar confusiones respecto de la actividad jurisdiccional, se le encomendó al Juez vigilar el respeto de los derechos y garantías de las partes durante la investigación, pero sin tomar partido, por ello el numeral 277 del cpp establece que: "*Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidas en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia*

preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación." Delimitadas las funciones, tenemos entonces que el fiscal es el encargado de la investigación preparatoria (artículo 62 cpp), y puede realizar todos los actos de investigación que no requieran autorización jurisdiccional, como realizar inspecciones (artículo 185-186 cpp), levantar actas (artículos 136-138), dirigir la policía judicial (artículos 67-69 y 283 cpp), ordenar la aprehensión de personas, ordenar reconocimientos (artículo 227 cpp), inspecciones corporales, requisas, registros y decomiso de objetos instrumentos del delito entre otras funciones (artículos 188, 189, 193), por estar expresamente autorizado y por no requerirse la autorización jurisdiccional. En consecuencia, las investigaciones por venta o tráfico de drogas en que se realizan operativos de compras controladas, pueden ser realizadas por el Fiscal de la causa pues no existe alguna norma que obligue a que tales actos deban necesariamente ser autorizadas por el Juez Penal (En igual sentido sentencia 2007-0792, de 26 de julio de 2007, del Tribunal de Casación Penal de San José y 2007-00324, del Tribunal de Casación de San Ramón). Se requiere la intervención jurisdiccional cuando deba realizarse allanamientos u ordenarse intervenciones corporales que puedan lesionar en forma muy considerable el derecho a la intimidad, como por ejemplo cuando se oculta droga en ciertas partes del cuerpo (Ver sentencia 1428-96 de la Sala Constitucional). En consecuencia, aún cuando se solicita la intervención de juez para tales actos, es lo cierto que el operativo en lugar público no requiere autorización jurisdiccional. **b.**— En el fallo impugnado el Tribunal indica "*La jueza M. R., por su parte, depuso que se trasladó al hospital y se ubicó para poder observar la transacción, por un murito que hay en Emergencias, casi en la puerta, mientras el colaborador llama al imputado. Al salir el imputado, informa al subjefe del OIJ por teléfono celular; observa cuando se da el intercambio de manos con el colaborador, llama al OIJ y avisa que se da la transacción, y se procede a la detención del acusado. Sobre la supuesta droga decomisada, la testigo informó al tribunal que "no preciso con detalle a quien se le entregó, debe constar en actas, si yo la recibo o no" agrega que si en el acta de recibido o entrega no aparece su firma, es porque no la recibió, sino el fiscal y ahí se da la violación a la cadena de custodia que se advierte. Señala también la testigo, que ella se bajó antes, el fiscal y el defensor estaban separados en otro vehículo, para no dar malicia, y que no recuerda (sic) si se levantó un acta de cadena de custodia desde el decomiso de la droga hasta su entrega. De lo anterior tenemos que en efecto, no se dio un efectivo control jurisdiccional en la diligencia. La misma testigo M. R., refiere que "yo estaba ahí*

ubicada, sin protección... " La actuación de esta funcionaria, si bien es arriesgada, como ella misma lo indica, no tenía ningún tipo de protección, es lo cierto que no cumple el rol (sic) de control jurisdiccional. Su labor más que garantista del proceso, es investigativa o policiaca." (f. 327). De lo transcrito parece entender el tribunal, que el juez debe asumir el rol esencial de investigador del caso, pues le obliga a ver directamente la compra y a conocer qué fue lo que se transó como una forma de control jurisdiccional del acto, luego, a decomisar la evidencia y encargarse de la cadena de custodia, remitirla al laboratorio de ciencias forenses entre otras funciones. Las consideraciones del fallo son desafortunadas y alejadas de lo que dispone el Código Procesal Penal, pues es claro que la investigación es del fiscal y el juez sólo interviene para autorizar los actos que no podría hacer el fiscal y controlar su ejecución, pero no en el sentido de examinar la prueba que se recoge ni hacer las actas respectivas o velar por la cadena de custodia, sino que se preocupa del respeto a los derechos y garantías del imputado y de terceros que eventualmente se vean afectados. En la sentencia el Tribunal cuestionó el papel de la Jueza M., y según refiere el recurrente, prácticamente la interrogó como sospechosa por cuanto observó la transacción desde aproximadamente veinte metros y no supo dar razón si lo incautado era droga y además, porque la aparente droga le fue entregada al fiscal. Es necesario hacer ver, que la función del Juez no es ser testigo, de manera que el yerro inicia porque el fiscal la ofrece como testigo y el tribunal lo acepta, cuando ello sólo es admisible cuando se cuestiona la legalidad del acto o la existencia de un vicio en las actuaciones. Igual situación es aplicable respecto del Fiscal, que no debe ser testigo de cargo, toda vez que ello interfiere con la transparencia y objetividad que la ley le impone. A partir de lo anterior debe señalarse que la intervención de la Jueza era innecesaria en el operativo y en todo caso, su labor no es la de recoger la prueba, hacer los decomisos ni disponer de la cadena de custodia de la evidencia, lo cual corresponde y está autorizado para realizar el Fiscal del caso. El juez levantará un acta en donde hace constar lo ocurrido, pero no se preocupa de investigar, recoger prueba ni ejercer la custodia. c.- Finalmente, se reclama que el tribunal le denegó todo valor probatorio al hecho de encontrar en el cuerpo del imputado los billetes previamente identificados con que se realizó la supuesta compra de droga, sin relacionar eso con el resto de la prueba. El tribunal al analizar el tema señala: "Aun y pese a que la policía judicial incautó al encartado los billetes previamente identificados para realizar la compra de droga final, ese hecho por sí solo no constituye un indicio unívoco, ya que el dinero pudo llegar a manos de éste por muchas razones distintas al tráfico de droga, pensemos por ejemplo en una deuda preexistente del colaborador

con éste." (fs. 328-329). Tal como se reclama, el tribunal especula sobre las razones por las cuales el encartado mantenía los billetes previamente identificados en su poder, sin relacionar ese hecho con la prueba testimonial de los oficiales de investigación que explicaron la forma y razones en que llegó el dinero a manos del encartado, con lo cual el fallo incurre en un vicio de falta de fundamentación.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0961, de las 9:45 horas, del 30 de agosto de 2007.

11. Prescripción de la acción penal. Declaración de imputado en Juzgado de Tránsito, no interrumpe.

Efectivamente, estima este Tribunal que en la presente causa no ha operado la prescripción de la acción penal pues el primer acto interruptor es, conforme al artículo 33 inciso a del Código Procesal Penal (con la redacción vigente al momento en que tal acto se dio es decir, aplicando la reforma mediante ley N° 8146) "*La primera imputación formal de los hechos al encausado, en los delitos de acción pública*" (el destacado no es del original) lo que significa que la autoridad debe ser la competente para conocer de dicho delito de acción pública y esa es la Fiscalía, de manera que no puede operar la interrupción por un acto realizado en sede de tránsito. Cabe indicar que en materia contravencional o de faltas de tránsito no se prevé que la indagatoria (sic) tenga carácter interruptor y, aunque así fuera, es lo cierto que la frase "*...en los delitos de acción pública*" que califica a "*primera imputación formal de los hechos*" remite no sólo al tipo de acción en que ha de enmarcarse el delito sino a la autoridad competente para conocerlo.

Tribunal de Casación Penal, 2007-1543, de las 9:40 horas, del 7 de diciembre de 2007.

12. Sentencia. Deliberación unipersonal puede ser inmediata.

Resulta una verdad de perogrullo que los jueces unipersonales o monocráticos deliberan consigo mismos, proceso mental interno ese que se da durante todo el desarrollo del debate oral y público de modo que, una vez finalizadas las conclusiones de las partes y gracias a los principios de oralidad e inmediatez, la mayoría de las veces (y salvo que se requiera estudiar más detenidamente un punto jurídico o analizar algunos documentos) han de estar en condiciones de emitir, inmediatamente, una sentencia, también oral, explicando detalladamente los motivos por los cuales arribaron a la decisión respectiva. De modo que no observa ésta Cámara menoscabo

a ningún principio jurídico si el juez unipersonal decide dictar su sentencia inmediatamente después de concluidas las referencias que pueda haber hecho el encartado, pues de la misma forma como las partes están en condiciones de pronunciarse, fáctica y jurídicamente, sobre la prueba recabada durante el debate y rebatir los argumentos esgrimidos por la contraparte en sus conclusiones, de ese mismo modo el juez también tiene dicha capacidad sin que las reglas de la deliberación le exijan retirarse consigo mismo durante minutos a reflexionar sobre lo hablado en el juicio pues dicha reflexión se da en forma concomitante a como las partes exponen sus argumentaciones. Si, en este caso, mientras esas conclusiones se desarrollaban el juez fue elaborando, por escrito en la computadora, la parte dispositiva de la sentencia (pues en el acta de folio 130 consta que luego de esas conclusiones la leyó y señaló otra fecha para la lectura integral dejando inserta aquella en el acta), ello no implica ningún menoscabo a los principios o normas referidas pues no hay prueba alguna que acredite que la decisión ya la tenía preelaborada, el juez antes de ingresar al juicio (lo que si habría sido grave) ya que el mismo gestionante reconoce que el juzgador se refirió, al completar la sentencia con sus considerandos, a los argumentos que él esgrimió que, en modo alguno pueden considerarse como "simples rellenos" desde que deben guardar coherencia con la prueba evacuada en debate, nada de lo cual ataca el impugnante. Así lo ha considerado este Tribunal en otras oportunidades (ver voto N° 1238-05) haciendo la diferencia de si el asunto es unipersonal o colegiado pues, en este último caso, también resulta evidente que la decisión a que se arribe ha de ser por mayoría, al menos, y para ello se requiere que cada juez argumente sus consideraciones surgidas del debate (Sala Tercera voto N° 443-2003) caso que no es el que nos ocupa.

Tribunal de Casación Penal, 2007-1499, de las 10:25 horas, del 23 de noviembre de 2007. En el mismo sentido 2000-0591.

13. Detención por simples sospechas policiales es ilegal.

El artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica señala que ninguna persona será privada de su libertad "sin un indicio comprobado de haber cometido delito", lo cual hace referencia a que deben existir elementos de prueba que permitan a la policía u otra autoridad para poder afectar la libertad de un ciudadano, lo cual pone en vigencia los principios *pro homine* y *pro libertati* que inspiran el sistema democrático constitucional. Siendo excepcional la privación de libertad, para poder someter a un ciudadano a una restricción de esa naturaleza de-

ben mediar elementos de prueba que razonablemente analizados permitan sostener que pudo haber participado en la comisión de un hecho delictivo o una infracción penal. Dicho esto es claro que viola el texto constitucional la autoridad que detiene a una persona por sospechas. En el presente caso, la misma acusación penal de folio 23, que viene a determinar el objeto probatorio del proceso, establece que la actuación funcional de los oficiales de policía se origina en la "actitud sospechosa" del imputado. Esa génesis de la actuación policial, reconocida expresamente en la redacción de la acusación, no podría sustentar un actuar subsecuente y legítimo. Desde esta perspectiva la detención, partiendo de dicha fundamentación fáctica de la acusación, resulta ilegítima, lo que también se extendería a la obtención de la prueba que se obtuvo de la requisa, la que habría llegado ilícitamente al proceso, por ser producto directo de la violación a la norma fundamental, y como lo prevé el artículo 175 del Código Procesal Penal, no pueden ser valorados para fundar una decisión judicial. Igual suerte debe correr lo relativo a la resistencia a la autoridad, pues sólo se configura el tipo penal cuando la actuación del funcionario es legítima, pero al tratarse de una detención por sospechas, los actos dirigidos a esa restricción de libertad son ilegítimos y por ello el ejercicio de fuerza para impedir la detención no constituye delito alguno.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0572, de las 10:45 horas, del 25 de mayo de 2007.

14. Prescripción de la acción penal. Efectos. Posibilidad de ampliar acusación antes del juicio.

Tal y como lo menciona la representante del Ministerio Público, con posterioridad al auto de apertura a juicio se presentó el dictamen médico legal definitivo, sobre las lesiones sufridas por el ofendido en esta causa, así como la incapacidad generada, a saber, se ratificó los quince días de incapacidad temporal y se agregó un debilitamiento del órgano de la masticación y una incapacidad permanente del 2% de la capacidad general orgánica (folios 160 y 161). Dicha prueba, necesariamente, debió ser ordenada por el Ministerio Público, durante la investigación, porque sin una autorización de esa entidad la Clínica Forense no podía emitir el dictamen. El veintiocho de setiembre del dos mil seis, el Tribunal de Juicio de Cartago concedió audiencia sobre ese dictamen (folio 161 bis) y el Ministerio Público pidió una ampliación de la acusación (folios 233 y 324), y a la vez la recalificación de los hechos al delito de lesiones graves, con fundamento en la magnitud de las lesiones que contiene la citada ampliación del dictamen médico. Conforme con lo establecido por el artículo 347 del Código Procesal Pe-

nal, es válida la solicitud del Ministerio Público, porque se trata de una circunstancia nueva, que surge después de presentada la pericia al proceso y que deriva del mismo hecho, es decir, el acontecimiento ha generado unas consecuencias más lesivas, sin que se modifique sustancialmente el cuadro fáctico de la acusación. La norma mencionada autoriza, en el juicio, a los actores penales para ampliar la acusación cuando surja una circunstancia nueva que modifique la calificación legal. De tal forma que la gestión del Ministerio Público resulta atendible por permitirlo el Código Procesal Penal. Determinado lo anterior resulta claro que no ha prescrito la acción penal, porque los artículos 31 del Código Procesal Penal y 124 del Código Penal, establecen un plazo de prescripción de seis años para el delito de lesiones graves. El cuatro de noviembre del dos mil cuatro se produjo la primera imputación, cuando el Ministerio Público puso en conocimiento del acusado los hechos y la prueba existente en

su contra, al declarar por primera vez (folios 12 a 14). De acuerdo con lo establecido por el artículo 33 del Código Procesal Penal, en ese momento se redujo el plazo de prescripción de seis años a tres. El dieciocho de julio del dos mil cinco se convocó por primera vez a la audiencia preliminar (folios 28 y 29) lo cual también interrumpió la prescripción de la acción penal, corriendo un nuevo plazo que vencía el dieciocho de julio del dos mil ocho, el que la vez también se interrumpió con el dictado de la sentencia aquí impugnada, el veinte de febrero del dos mil siete (folios 243 a 248). Consecuentemente, no ha operado la causal de extinción de la acción penal, lo que nos lleva a declarar con lugar el recurso de acusación, a anular la sentencia impugnada y decretar el reenvío para nueva sustanciación.

Tribunal de Casación Penal, 2007-0622, de las 10:10 horas, del 7 de junio de 2007.