

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MAYO, 2009

AÑO 21 N° 26

DOCTRINA EXTRANJERA

Principio acusatorio y derecho de defensa ante el cambio sustancial de la pretensión penal por el Ministerio Fiscal en el curso del juicio oral

Dr. José María Asencio Mellado

Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional

Dr. Kai Ambos

Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina

Dr. Bernardo Kliksber

DOCTRINA NACIONAL

La inadmisibilidad del procedimiento de revisión en materia contravencional: Violación al derecho de acción y a los principios de universalidad de la jurisdicción, acceso a la justicia y debido proceso

Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense

Msc. Alonso Salazar Rodríguez

Las víctimas y las salidas alternativas en el proceso penal costarricense: 1998-2006

Dra. Mayra Campos Zúñiga

Algunas reflexiones en torno a la credibilidad del testimonio

Dr. Erick Gatgens Gómez

La independencia del juez constitucional, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dr. Gilbert Armijo Sancho

La acción civil resarcitoria. Problemas de aplicación

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

La pena de muerte en el derecho Penal

Dr. Minor E. Salas Solís

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 del Tribunal de Casación de San José

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

Jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cartago

Msc. Ronald Cortés Coto



Rafa Fernández. *La Lectora*. Óleo sobre tela. 115 x 150 cm. 2008

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MAYO, 2009

AÑO 21 N° 26



ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

José Manuel Arroyo Gutiérrez, Director
Francisco Dall'Anese Ruiz
Carlos Chinchilla Sandí
Carlos Tiffer Sotomayor
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 Schönke | 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 |
| Secretaria: | Xiomara Gutiérrez Cruz |
| Tesorero: | Ana Isabel Solís Zamora |
| Vocal: | Didjer 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

La Revista número 26 de la Asociación Costarricense de Ciencias Penales mantiene el formato tradicional de dedicar una sección a la doctrina internacional; otra a la doctrina nacional; y un apartado a la jurisprudencia constitucional, procesal penal y penal sustantiva, más reciente y relevante en nuestro medio.

Tres contribuciones, de las que nos sentimos particularmente orgullosos, conforman la parte dedicada a la doctrina internacional. Así, desde su cátedra en la Universidad de Alicante, el Profesor José María Asencio Mellado reflexiona acerca del **Principio acusatorio y Derecho de Defensa ante el cambio sustancial de la pretensión penal del Ministerio Fiscal en el juicio oral**. Mucho podemos aprender de esta contribución que, guardando las distancias, sobre todo legislativas, puede ayudar en nuestro medio para reconocer, de manera mucho más técnica, cuáles son los límites con los que debe jugar el ente público acusador a la hora de formular sus conclusiones provisionales, en relación con las pronunciadas de manera definitiva en el debate. La necesidad de resguardar la coherencia entre acusación y sentencia, para no afectar tanto el derecho de defensa como el principio acusatorio mismo, pasa, según el autor y en una de sus afirmaciones más importantes, por considerar tanto **los elementos típicos que conforman los delitos acusados** (hecho normativo o jurídicamente relevante que constituye la base de la acusación), como **el bien jurídico protegido** en ambos supuestos delictivos, sea el provisionalmente definido como objeto de la acusación, y el que definitivamente es sostenido en conclusiones y que puede ser el objeto de la condena. Se trata, en todo caso, de evitar, dentro de un régimen procesal acusatorio, las alteraciones sustanciales así como aquellas que constituyan nuevas acusaciones. De seguido, el experto en Derecho Penal Internacional, Profesor Kai Ambos, desarrolla el tema **Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional**; confirmándonos en primer lugar la importancia de recurrir a los clásicos y al derecho comparado a la hora de determinar el terreno sobre el cual se puede dar actualidad a cualquier tema. En el caso bajo análisis, el principio de legalidad, atribuido tradicionalmente a Anselm von

Feuerbach en el plano estrictamente jurídico, es auscultado a la luz de los antecedentes del derecho anglosajón, la filosofía política inglesa y la concurrencia de autores de la Ilustración como Beccaria. La tesis fundamental de este autor es la necesidad de dar mayor precisión al principio de legalidad penal en Derecho Internacional, no sólo en su versión **lex praevia** (previsión de conductas prohibidas), sino de manera particular en su modalidad de **Nulla Poena Sine Lege**, donde el concepto de **lex certa** (previsión y precisión de las penas a imponer) se torna indispensable. Para completar esta sección, una de las voces más autorizadas del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Bernardo Kliksberg, nos ha entregado uno de los estudios sociológicos de mayor valía para comprender el problema de la violencia social en el continente americano. Bajo el título **Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina (algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social)**, se desarrolla, de manera impecablemente científica, los antecedentes, la evolución y la actualidad de la violencia criminal en nuestra región. Se demuestra rigurosamente cómo las estrategias de la llamada "mano dura" sólo conducen a un callejón sin salida del que tarde o temprano hay que regresar y, por el contrario, sólo mediante políticas públicas adecuadas e inversión social en servicios estratégicos, se puede revertir la situación actual y construirse una seguridad humana sostenible.

En nuestra segunda sección, correspondiente a las contribuciones de autores nacionales contamos, en primer lugar, con la interesante tesis de la Jueza de Casación Penal Rosaura Chinchilla Calderón que, bajo el título **La inadmisibilidad del procedimiento de revisión en materia contravencional: Violación al derecho de acción y a los principios de universalidad de la jurisdicción, acceso a la justicia y debido proceso**, expone y critica los argumentos que tradicionalmente se han dado por la jurisprudencia costarricense para rechazar la posibilidad del procedimiento de revisión contra las sentencias condenatorias en materia contravencional. Su posición, debidamente fundamentada, aboga por la admisibilidad de

esta vía de impugnación en orden a la tutela de derechos fundamentales de las personas sancionadas, de manera particular, aquellas sobre las que recae pena de prisión. De seguido, el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica Alonso Salazar, presenta su artículo ***El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense***. Se trata, en este caso, de un recorrido por los antecedentes históricos de la figura penal analizada; un examen pormenorizado de su conformación actual a la luz de la teoría general del delito y sus principales categorías para, por último, sostener su necesidad, tanto en el ámbito de la administración como de la jurisdicción, a pesar de las consabidas dificultades para su eficacia y aplicación en la práctica. Desde la Fiscalía Adjunta Penal Juvenil del Ministerio Público, su titular Mayra Campos Zúñiga, advirtiéndonos de entrada que no va a hacer un trabajo de naturaleza dogmática o teórica, nos expone el tema ***Las víctimas y las salidas alternativas en el proceso penal costarricense: 1998-2006***. En efecto, a partir de la experiencia y de un importante respaldo estadístico, la autora busca contestar dos cuestionamientos fundamentales, a saber, si las víctimas —como lo pretendió la reforma procesal penal de 1996— retomaron en sus manos la solución del conflicto y, si las salidas alternas al proceso ordinario han ayudado a cumplir con ese cometido. Una de las principales conclusiones a las que arriba esta articulista es la de confirmar la importancia de las salidas alternas, la necesidad de ampliar su aplicación dado que su uso ha sido reducido aunque con alto nivel de cumplimiento, y por estas mismas razones, la necesidad de fortalecer las instancias y los procesos de capacitación que le den contenido material y práctico a lo que ha sido una transformación legal o formal. Guiados por el también profesor universitario y abogado litigante Erick Gatgens Gómez nos enfrentamos a ***Algunas reflexiones en torno a la credibilidad del testimonio***. Advirtiéndonos el Profesor Gatgens la complejidad y gravedad del análisis de lo expresado por el testigo como medio de prueba, en particular la declaración de la víctima de delito sexual, señala la insuficiencia de los criterios tradicionales con que la jurisprudencia costarricense ha establecido la credibilidad que debe otorgárseles. Por el contrario, el autor hace una referencia a literatura internacional en la materia, que sistematiza criterios objetivos y científicos para lograr una correcta valoración de estos testimonios, con

lo cual, nos suministra una valiosa herramienta de indudable utilidad para los juzgadores del país. El Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Gilbeth Armijo Sancho, nos expone una verdadera lección de derecho constitucional, un encuadre histórico y un análisis político profundo. Su artículo ***La independencia del juez constitucional, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos***, reconoce, a partir de la reinstalación de la democracia como régimen político vigente en América Latina, las tensiones que se producen, principalmente entre el Poder Legislativo y los tribunales constitucionales. Se propone darnos algunas explicaciones sobre los conflictos que se dan entre esas instancias y nos analiza el caso de Costa Rica, Ecuador, Venezuela y Perú, siendo que en algunos de estos países las diferencias y luchas por el poder político han concluido con la destitución de los jueces constitucionales. Nos recuerda el Magistrado Armijo Sancho la importancia del principio de independencia judicial, destacado por las constituciones políticas y el derecho internacional y nos llama la atención acerca de la necesidad de defender este principio y apostar por una mejor educación ciudadana que preserve el régimen democrático y su institucionalidad. Por su parte, el Juez de Casación y Magistrado Suplente de la Sala Tercera, Rafael Sanabria Rojas, nos hace un aporte de indudable valía teórica y práctica en ***La acción civil resarcitoria. Problemas de aplicación***. A partir del análisis de una muestra significativa de sentencias penales correspondientes a distintos tribunales durante el año 2004, donde fue interpuesta y resuelta la acción civil resarcitoria, el autor puntualiza una serie de errores que los jueces del país cometen en distintos momentos de la interposición, trámite y resolución de este tipo de acciones. Para efectos didácticos y de correcta aplicación de la ley, el trabajo del Juez Sanabria Rojas hace una contribución que debería tomarse muy en cuenta en todo programa de capacitación. Finalmente, el Profesor de la Universidad de Costa Rica Minor E. Salas incursiona en un tema clásico y límite de nuestra materia al desarrollar ***La Pena de Muerte en el Derecho Penal***. Sin embargo, el asunto es casi una excusa o ejemplo para ilustrar un problema más bien epistemológico que, como lo resume el autor en su introducción, se trata de demostrar o mostrar las trampas en que se incurre generalmente al argumentar, ya sea a favor en contra, sobre un tema polémico. En definitiva,

el distinguido profesor confiesa ir en busca de un "conocimiento realista" contra toda infiltración de elementos valorativos y prejuicios en el discurso, "desbrozando el camino de malezas y estorbos" para lograr la construcción de una verdad científica.

Queremos, por último, reconocer el valioso trabajo de los compañeros y compañeras que han sistematizado lo más relevante de la jurisprudencia en nuestro país: la Jueza de Juicio Rosaura García Aguilar en materia constitucional; el Letrado de la Sala Tercera Alfonso Navas Aparicio en lo

referente a lo tramitado en ese despacho; y a los compañeros Rafael Ángel Sanabria Rojas y Ronald Cortés Coto en lo que han expresado los Tribunales de Casación Penal.

De nuevo tenemos la conciencia de haber hecho nuestro mejor esfuerzo por dar aliento y vigencia a este esfuerzo intelectual patrocinado por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

José Manuel Arroyo Gutiérrez

Director

Índice

DOCTRINA EXTRANJERA

1. **Principio acusatorio y derecho de defensa ante el cambio sustancial de la pretensión penal por el Ministerio Fiscal en el curso del juicio oral**
Dr. José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante 11
2. **Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional**
Dr. Kai Ambos 31
3. **Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina**
Dr. Bernardo Kliksberg 45

DOCTRINA NACIONAL

1. **La inadmisibilidad del procedimiento de revisión en materia contravencional: Violación al derecho de acción y a los principios de universalidad de la jurisdicción, acceso a la justicia y debido proceso**
Msc. Rosaura Chinchilla Calderón
Jueza de Casación Penal de San José 67
2. **El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense**
Msc. Alonso Salazar Rodríguez
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica 79
3. **Las víctimas y las salidas alternativas en el proceso penal costarricense: 1998-2006**
Dra. Mayra Campos Zúñiga
Fiscal Adjunta Penal Juvenil del Ministerio Público
Profesora Universitaria 91
4. **Algunas reflexiones en torno a la credibilidad del testimonio**
Dr. Erick Gatgens Gómez
Abogado Litigante
Profesor Universitario 105
5. **La independencia del juez constitucional, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
Dr. Gilbert Armijo Sancho
Magistrado de la Sala Constitucional
Profesor Universitario 111
6. **La acción civil resarcitoria. Problemas de aplicación**
Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal
Profesor Universitario 127

7. La pena de muerte en el derecho Penal*Dr. Minor E. Salas Solís**Profesor Universitario* 137**JURISPRUDENCIA****1. Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia***Msc. Rosaura García Agullar**Jueza de Juicio Penal* 153**2. Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia***Dr. Alfonso Navas Aparicio**Letrado Sala Tercera* 165**3. Jurisprudencia del Tribunal de Casación de San José***Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas**Juez de Casación Penal* 185**4. Jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cartago***Msc. Ronald Cortés Coto**Juez de Casación Penal* 199

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA ANTE EL CAMBIO SUSTANCIAL DE LA PRETENSIÓN PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL EN EL CURSO DEL JUICIO ORAL¹

Dr. José María Asencio Mellado

INTRODUCCIÓN

El principio acusatorio, en el marco de toda su extensión, constituye el pilar esencial de un proceso penal con garantías y, por extensión o relación, del derecho de defensa en todas sus vertientes, muy especialmente la necesidad de una información de la acusación, previa y completa, como requisito previo al ejercicio del derecho fundamental y el efectivo de oposición a la pretensión penal, que solo es pleno cuando viene a referido a los hechos con todos sus elementos, incluida, necesariamente, su relevancia jurídica, es decir, su subsunción normativa.

La doctrina y la jurisprudencia, centrando la aplicación de este principio en su lugar principal, es decir, en la actividad de los tribunales sentenciadores, ha perfilado un cuerpo normativo y teórico que, aunque confunde en su desarrollo el referido principio y el derecho de defensa, desarrolla con cierta amplitud su ámbito de aplicación. De esta manera, el concepto de objeto del proceso, los límites de la vinculación judicial a la pretensión, las facultades de alteración de oficio de la pretensión y los mecanismos de que disponen las partes acusadas para enfrentarse a estas modificaciones tienen hoy un soporte legal perfectamente definido en la LECrim y refrendado por la jurisprudencia que puede considerarse suficiente, aunque en ocasiones, por esa confusión aludida, se entremexclen las exigencias que derivan de la preservación de la imparcialidad y del derecho de defensa.

Este trabajo, sin embargo, no tiene como objeto volver a incidir en dichos temas capitales, sino que su finalidad es analizar los límites a los que el Fiscal debe sujetar su actuación cuando de modificar sus calificaciones provisionales se trata. Que la verdadera acusación se produce en el momento de las conclusiones definitivas, una vez ejecutada la prueba en el juicio oral, es algo sabido y que no plantea problemas. Que dicha prueba puede llevar a una alteración de la acusación inicial es algo que parece lógico en un sistema en el que, por principio, los actos de la instrucción deben carecer de valor probatorio. Pero, lo que no es asumible sin reserva alguna es que entre las conclusiones definitivas y las provisionales no se exija una correlación que impida una modificación sustancial, un cambio fundamental que implique la alteración misma de la pretensión ejercitada y frente a la cual la defensa se ha preparado y alzado su material probatorio. Pero, no es sólo que este comportamiento pueda atentar al derecho de defensa en toda su extensión como se verá, incluso si se utiliza de mala fe provocando que los acusados declaren sobre hechos no acusados inicialmente aunque conocidos al finalizar la instrucción y ahora, finalmente, objeto de acusación sorpresiva, sino que, aunque no se trate del tribunal y lo sea de la parte acusadora, si el principio acusatorio puede verse afectado cuando la pretensión es modificada sustancialmente. Y es que el principio acusatorio, aunque su finalidad y fundamento resida en la necesidad de preservar la imparcialidad judicial, también ha de interpretarse como regla de garantía del contradictorio, del

¹ El artículo que se presenta, originalmente, está dirigido a ser publicado en el libro homenaje que se va a dispensar al Dr. Madlener, referente del Instituto Max Planck de Friburgo, en la RFA. Esa es su pretensión y destino. Si, además, se publica en otros lugares indicando su finalidad, servirá como fortalecimiento del reconocimiento a una figura del derecho al que profeso respeto y consideración.

método dialéctico en que se constituye el proceso. No es tanto identificarlo con el derecho de defensa aunque ambos tengan puntos de conexión o sean correlativos, sino de garantizar el contradictorio como sustrato o base de la idea misma de proceso. Si una de las partes, la que representa al Estado, puede moverse con plena libertad, sin estar sujeta a límite alguno aunque cuente con el poder que le proporciona ese apoyo público; si una de las partes, por error o de mala fe, prescinde de la calificación de unos hechos conocidos en la instrucción, no los considera punibles y no los acusa y al final, los introduce en su calificación definitiva cuando ni los imputados les han prestado el menor interés confiados en el carácter no punitivo de los mismos, ni se ha ejecutado prueba alguna, es evidente que no habrá existido contradicción alguna entendida ésta como expresión dialéctica del proceso.

Varias son, pues, las cuestiones que se van a abordar en este trabajo.

La primera, la posible infracción del principio acusatorio derivada de la introducción, en el momento de la articulación definitiva de la acusación, de una tipificación penal de los hechos que modifica sustancialmente los mismos, tanto en su vertiente estrictamente fáctica, como en su repercusión jurídica. A tal efecto, se plantea la posibilidad de modificación sustancial de la pretensión penal en sí misma considerada, al margen, pues, del derecho de defensa y, especialmente, si la prohibición de la "mutatio libellis", derivada entre otros del art. 300 LECrim, implica la prohibición expresa de introducir, mediante el mecanismo de la alteración sustancial del objeto procesal, una nueva pretensión penal ampliando el proceso a una nueva acusación.

La segunda, si, a la luz de los arts. 732 y 788,4 LECrim (antes 793,7 pero con una redacción similar), es posible este tipo de alteración de la pretensión penal, al margen del derecho de defensa y, por tanto, como consecuencia inmediata de la vigencia del principio acusatorio. En definitiva, se trata de concretar si, conforme a la redacción del art. 788,4 LECrim, es posible una modificación que altere sustancialmente la pretensión penal, aún haciéndose uso del mecanismo de protección de la defensa que la misma norma establece.

La última, si tal comportamiento afecta al derecho de defensa y en qué grado. A tal fin, especial énfasis

se pone en la posible vulneración del derecho a una información de la acusación que, para ser efectiva, ha de ser previa, no sorpresiva y no limitada exclusivamente a los elementos fácticos que aparecen en las actuaciones, sino igualmente a su tipicidad y penalidad, ya que el elemento objetivo de la pretensión penal no es un simple hecho natural o histórico, sino aquel que tiene relevancia jurídica, es decir, el hecho típico aunque dinámico; en suma, el hecho sustancial en relación con el bien jurídico protegido por la norma penal acusada y objeto de condena. Se somete, en fin, a consideración de este dictamen si es posible, a la luz del art. 788,4 LECrim, una alteración sustancial de la pretensión penal en sede de conclusiones definitivas y si la misma, caso de producirse, puede ser suplida mediante el expediente previsto en la norma.

1. LA IDENTIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN PENAL.

Cualquier análisis que se haga y que venga referido a la posibilidad de una modificación sustancial de la pretensión penal operada por el Ministerio Fiscal al calificar unos hechos inicialmente como un delito determinado y concluirlos con una figura penal diferente, debe partir, aunque lo sea muy sucintamente, de la determinación del concepto de pretensión penal —equivalente a objeto procesal—, de sus elementos identificativos o "causa petendi" y de los límites que han de establecerse a la posibilidad, naturalmente indiscutible, de alteración de aquélla, límites que establecen el marco de la propia e individualizada pretensión penal y el cambio de la acusación y condena.

A) La esencialidad del hecho procesal en la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

Es ineludible para determinar, a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la jurisprudencia, la posible existencia de infracciones del principio acusatorio y del derecho de defensa, analizar si entre los delitos acusados inicialmente y aquellos objeto de conclusiones definitivas existe o no la identidad suficiente para entender su carácter homogéneo o heterogéneo o, lo que es lo mismo, si se ha alterado la pretensión penal, ya que, en este último caso, podría ponerse en duda la legalidad misma de la conclusión definitiva y de la condena que de ella deriva.

Objeto del proceso penal, como es sabido, es la pretensión con todos sus elementos característicos, lo que no difiere mucho del concepto generalizado en la doctrina. Ahora bien, por la naturaleza pública del delito y del proceso punitivo, únicamente sirven para identificar dicha pretensión aquellos elementos que se consideran sustanciales e inmodificables: el subjetivo pasivo, esto es, la persona del acusado y la "causa petendi", coincidiendo esta última con el denominado **hecho jurídicamente relevante**. De esta forma viene a definirlo el actual art. 789,3 LECrim (anteriormente 794,3), que prohíbe condenar por un delito distinto al acusado cuando éste conlleve "una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado", expresión legal ésta que, por gozar de un mismo fundamento, hay que considerar extensiva a las posibilidades de alteración que autoriza el art. 788,4 LECrim (antes 793,3) en punto a la introducción de modificaciones en el ámbito de las conclusiones definitivas.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en una opción acertada, a la hora de establecer los elementos de hecho que sirven para identificar una concreta pretensión penal, los que constituyen su "causa petendi", ha dejado de lado la teoría de la individualización. Ésta, como es conocido, pone el acento en el título de condena, en la calificación jurídica de los hechos y no sirve, pues, en el ámbito del proceso penal, ya que haría inexistente la virtualidad efectiva del principio "iura novit curia", al impedir cualquier modificación de la calificación jurídica, confundiendo, pues, objeto del proceso penal, hecho jurídicamente relevante desde el punto de vista procesal, con el objeto del delito, con el hecho penal; del mismo modo, ha abandonado la teoría, en otros momentos con cierta aceptación pero minoritaria en la doctrina, de la sustanciación pura, la cual viene a residenciar la identificación de la pretensión penal en el hecho natural o histórico, sin referencia alguna normativa, ya que esta última por su abstracción, por no proporcionar límites objetivos, impide una clara singularización del objeto procesal, al perder de vista y no considerar cualquier elemento o criterio jurídico de determinación de la unidad fáctica.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en fin, ha optado por acoger las posiciones más relevantes adoptadas por la doctrina (Gómez Orbaneja, Gutiérrez de Cabiedes, Cortés Domínguez, Liu, Bertel,

Beling etc...) **que hacen coincidir la "causa petendi" de la pretensión penal con un hecho normativo o jurídicamente relevante**, constituyendo éste el elemento objetivo de la pretensión penal, y que por ello debe permanecer inalterable desde la acusación inicialmente formulada y hasta la sentencia firme; la identidad de la pretensión impide que sea modificada por las partes o por el tribunal de modo absoluto; esta construcción legal y doctrinal autoriza, como es lógico, modificaciones en la acusación y en la sentencia, dado el carácter dinámico del proceso y el juicio oral, siempre y cuando no sean sustanciales, y en aplicación del principio "iura novit curia": si bien, tales alteraciones han de encontrar siempre su límite en la propia esencialidad e individualidad de la pretensión penal ejercitada.

El hecho normativo se construye siempre por referencia al delito objeto de acusación inicial, de tal manera que puede afirmarse que permanece la misma pretensión, el mismo objeto procesal, cuando la modificación fáctica o jurídica, del título de condena, no comporta una mutación sustancial del hecho enjuiciado o del bien jurídico protegido. Es decir, concretando, permanece el mismo hecho, no se altera la pretensión penal, cuando en el tránsito de un delito a otro, del acusado inicialmente al definitivo o por el que se condena, subsiste una identidad parcial del hecho típico, no el natural o histórico, sino el que forma parte del supuesto de hecho normativo y del bien jurídico protegido por ambas conductas delictivas.

Esto es lo que viene a decir el Tribunal Supremo (en adelante TS) en su sentencia de fecha 23 de junio de 1998:

"El sentido general de la jurisprudencia es la interdicción de que se introduzcan «hechos nuevos» no aducidos por la acusación y que varíen esencialmente la subsunción".

En consecuencia, no son los hechos naturales o históricos que constan en el proceso o en la narración fáctica de las acusaciones los que sirven para identificar la pretensión penal autorizando cualquier calificación jurídica y sus respectivas consecuencias, sino los hechos típicos, esto es, los que constituyen los supuestos fácticos de las normas penales de ambas acusaciones, los que, dentro del relato de hechos, ha elegido la acusa-

ción para tipificar una conducta como punitiva; el resto no son otra cosa que alegaciones, objetos de la prueba si están relacionados con la pretensión misma, pero nunca elementos de la pretensión que puedan, sorpresivamente, ser objeto de acusación si inicialmente no se les otorgó relevancia jurídica.

Si en el cambio de calificación jurídica subsiste una identidad parcial entre los hechos típicos inicialmente acusados y los que constituyen la definitiva y la condena, así como la misma identidad en el bien jurídico protegido, será posible la introducción de una nueva calificación jurídica. Si, por el contrario, no sucede así y no existe esa identidad, no será posible la nueva figura articulada, pues la misma excederá el objeto del proceso y con ello la infracción de la prohibición de la "mutatio libellis", del principio acusatorio y del derecho de defensa en todo caso y sin excepción.

Esta posición, desarrollando lo establecido en los arts. 788,4 y 789,3 LECrim, es la que ha adoptado nuestra jurisprudencia, asumiendo plenamente lo dispuesto por la norma procesal sin excepción alguna y sin fisuras en una interpretación casi unánime, aunque su concreción específica requiera siempre de un análisis puntual y casuístico.

La doctrina general, reiterada en múltiples resoluciones queda reflejada, a título de ejemplo, en la sentencia del TS, de fecha 5 de febrero de 1.994 que dispone:

"...no... todos los elementos contenidos en el escrito de conclusiones provisionales, conforme al art. 650 de la Ordenanza procesal penal, o las modificaciones producidas en el juicio oral, con las calificaciones definitivas, tengan que ser igual de vinculantes para el órgano sentenciador, ya que de tales complejos elementos sólo dos son los que ostentan verdadera eficacia delimitadora del proceso y virtualidad vinculatoria de la correlación acusación-condena y, en definitiva, de la congruencia de la sentencia penal: a) Un elemento objetivo, el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección, con sus circunstancias modificativas. b) Un elemento subjetivo, consistente

en la participación del acusado o acusados en tal hecho, lo que les ha conferido la legitimación pasiva".

Ese elemento objetivo, o conjunto de elementos fácticos que sustentan la existencia de un delito determinado, no puede resultar inalterado, ya que los mismos sirven para identificar la pretensión penal, tal y como dispone el TS en su sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000:

"el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, vulnerándose tan sólo el derecho a la defensa cuando en él se altera el hecho en sus elementos identificativos o las personas imputadas. Si se respetan ambas identidades fundamentales, hecho y acusado, como ha ocurrido en el presente caso, no existe violación del principio acusatorio".

O, como más precisamente sostiene la AP de Tarragona en sentencia de fecha 27 de octubre de 1.997, toda modificación de la acusación inicial, ha de respetar la identidad sustancial del hecho, el cual no puede transmutarse o traspasarse:

" Identidad del hecho punible que adquiere su configuración final con las conclusiones definitivas (art. 793.7 LECrim.) que ofrecen la posibilidad de adicionar, suprimir o modificar alguna "unidad mínima de observación" fáctica, en terminología italiana, o, simplemente, el cambio de punto de vista jurídico, siempre que no se transmute o se traspase dicha identidad sustancial (vid. SSTC 205/89 y SSTC 24 de abril de 1993, 17 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994, 17 de mayo de 1995)".

Esta doctrina es reiterada por el TS en su sentencia de fecha 12 de enero de 1998:

"El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso".

Clarificadora es la sentencia del TS de fecha 11 de noviembre de 1998 que viene a compendiar las anteriores y que establece los límites a la modificación de las pretensiones inicialmente deducidas. A tal efecto, se entiende que el objeto del proceso no está constituido por una calificación jurídica determinada, de manera que puede la misma ser alterada, sino por un **hecho individualizado como delito**, de manera que se acoge plenamente lo dispuesto en el art. 789,3 entendiendo como alteración de la pretensión toda modificación sustancial del elemento fáctico del hecho objeto de acusación, con lo que el cambio de calificación jurídica queda constreñido por la identidad esencial de los supuestos de hecho normativos de los delitos inicial y definitivamente acusados:

"El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas pues de otro modo, dice la TS S 8 Mar. 1994, se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993, es asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender si es necesario la vista oral con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29 Oct. 1986, el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. Sólo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987)".

La STC (Sala primera), de fecha 13 de febrero de 2003, es muy precisa en este planteamiento, y admite con carácter general la modificación de la acusación y una condena por el nuevo delito siempre que se verifiquen dos condiciones expresas: la primera, la identidad del hecho punible, de manera que el debatido constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; la segunda, que ambos delitos sean homogéneos. Es decir, se reitera la necesidad de la identidad sustancial de los elementos fácticos de los tipos penales acusados inicial y definitivamente y sentenciados, así como la homogeneidad delictiva entre todos dichos elementos:

"Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y

sentencia, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: «la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación», y «que ambos delitos... sean "homogéneos", es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo»; en definitiva dijimos, «si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia... no existe indefensión», ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación (FJ 5)".

Pero, la entrada de hechos esenciales en el juicio oral y la modificación sustancial en este momento de la pretensión penal, además de variar el objeto procesal, supone una alteración del sujeto pasivo de la misma, ya que el acusado lo es por el delito inicialmente determinado, no por los que puedan derivar de las actuaciones. En este sentido, en aquellos casos en que, como es frecuente, la nueva imputación derive de sus propias manifestaciones como testigo, se producirá la paradoja de una condena derivada de una nueva acusación cuya origen radique en una declaración realizada sin la debida información de derechos.

B) La aplicación de la anterior doctrina legal y jurisprudencial al supuesto de modificación sustancial de la pretensión por el Fiscal en sede de conclusiones definitivas.

Todo el desarrollo anterior es fundamental para dilucidar la eventual infracción del principio acusatorio y el derecho de defensa a través de una actuación del fiscal consistente en la alteración sustancial de la pretensión inicialmente sostenida. Si entre los delitos inicialmente acusados y el definitivamente establecido por el Ministerio Fiscal y aceptado la Sala en sentencia, existe la homogeneidad exigida por los arts. 788,4 y 789,3 LECrim, el tránsito producido será asumible o, al menos, planteará únicamente dudas en orden a la posible

infracción del derecho de defensa a la luz de lo expuesto en el apartado cuarto del citado art. 788,4 LECrim; pero, si ambos delitos son heterogéneos, esto es, incorporan elementos típicos fácticos diametralmente diferentes y protegen bienes jurídicos distintos, tales preceptos habrán sido infringidos de forma patente.

Dos son los elementos que, conforme a la ley y la jurisprudencia, hay que analizar para constatar la identidad o heterogeneidad sustancial entre ambos tipos delictivos: por una parte, los elementos típicos que conforman las normas penales, los delitos acusados; en suma, el hecho normativo o jurídicamente relevante que constituyó la base de la acusación; por otra parte, el bien jurídico protegido en ambos fenómenos delictivos, el provisionalmente objeto de acusación y el definitivamente sostenido y objeto, en su caso, de la condena.

Ambas condiciones deben darse conjuntamente, no bastando con la presencia de una sola de las identidades legalmente exigidas. Nuestra LECrim, ha aunado las teorías, que dentro del general marco del hecho normativo, diferenciaban entre la acción y el resultado, exigiendo ambas identidades, ya que, en caso contrario, no se podrían ofrecer, entre otras, soluciones válidas a los problemas derivados de los distintos grados de participación y el encubrimiento (Así se manifiestan a título de ejemplo CORTES DOMINGUEZ, GOMEZ ORBANEJA, BERTEL O PLATZGUMMER y, como más destacable la STC 134/1986, de 29 de octubre).

2. PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA.

El art. 789,3 y, de este modo, el 788,4, ambos de la LECrim, corolarios de los arts. 733 y 732 de la misma norma procesal, vienen a sancionar de modo práctico el principio acusatorio y el derecho de defensa respondiendo a la realidad de la dinamicidad de la pretensión penal, estableciendo las condiciones y los límites dentro de los cuales pueden las partes acusadoras modificar sus conclusiones inicialmente manifestadas y el tribunal dictar sentencia.

La regla general sostenida por la jurisprudencia, con base en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sostiene que las partes acusadoras no pueden introducir

modificaciones sustanciales en la acusación inicialmente formulada, ya que, preceptivamente, se ha de mantener la identidad esencial (sustancial) del hecho acusado, del hecho jurídicamente relevante; no es admisible, al formular las conclusiones definitivas, infringir la prohibición de la "mutatio libellis" mediante la incorporación directa o indirecta de nuevas pretensiones. Esta prohibición, con entidad propia, se suele entroncar con el derecho de defensa, de manera que se viene afirmando que toda alteración sustancial de la pretensión afecta al derecho a la información de la acusación y al de defensa en un sentido amplio; en este sentido, se presupone y presume la vulneración de estos derechos cuando se produce una mutación de los elementos constitutivos sustanciales de la pretensión penal.

Dentro de la identidad sustancial de las pretensiones, cuando las modificaciones de las acusaciones lo son de un título de condena que no altera esencialmente el hecho típico y el bien jurídico protegido, se aplica el expediente previsto en el art. 788,4 LECrim, cuya finalidad, lejos de dirigirse a autorizar excepciones al principio acusatorio, no es otra que salvaguardar el derecho de defensa ante situaciones que se produzcan en el marco de una pretensión como tal definida e individualizada desde el comienzo del juicio oral.

De la doctrina reflejada, que posteriormente se concretará, resulta una suerte de confusión conceptual entre dos aspectos diferentes, como lo son el principio acusatorio y el derecho de defensa, confusión que, únicamente es aparente, no real, en tanto, como se ha dicho, la exigencia de mantenimiento de la identidad sustancial de las pretensiones es absoluta y no admite excepciones, limitando los requerimientos del derecho de defensa a los cambios de títulos de condena que no supongan alteraciones sustanciales de la pretensión penal.

No obstante, es conveniente precisar el ámbito de operatividad específico del principio acusatorio y del derecho de defensa, toda vez que la confusión entre ambos, aunque es innegable su íntima relación, podría llevar a justificar la infracción del acusatorio si se garantiza la defensa, es decir, a la posibilidad de alteraciones sustanciales si se da la posibilidad de articular una defensa frente al nuevo tipo acusado, siendo así que esta conducta, aunque teóricamente no afectara al derecho de defen-

sa –lo que no es posible nunca en la práctica porque el art. 788,4, por su ubicación temporal no lo permite–, atentaría a otros derechos procesales y, dada la nueva redacción del art. 789,4 LECrim, que permite a los tribunales indicar a las partes nuevas calificaciones, serviría para que el tribunal se convirtiera indirectamente en un acusador.

A) Principio acusatorio y pretensión penal.

a) Contenido del principio acusatorio.

El principio acusatorio formal o mixto, que informa nuestro proceso penal, como solución histórica intermedia entre el acusatorio puro y el inquisitivo (GOLDSCHMIDT, VAZQUEZ SOTELO), caracteriza el sistema procesal penal como un proceso de partes dotándolo de todas las garantías a que hace referencia el art. 24,2 CE y asegurando la imparcialidad de los órganos encargados del enjuiciamiento.

Al margen de otras notas representativas del mismo, se van a destacar dos que tienen una especial incidencia en el tema abordado: por una parte, la exigencia de que toda condena sea consecuencia de una acusación de parte, *formalmente deducida y mantenida* hasta la finalización del proceso; y, por otra parte, la necesaria vinculación (no congruencia), aunque relativa, del tribunal a las pretensiones introducidas por las partes (GIMENO).

La acusación de parte no se articula en el proceso penal, a diferencia del civil, en un solo y único acto, sino que lo hace escalonadamente (GIMENO) desde el primer acto de imputación, formal o no, pasando en el procedimiento abreviado por el interrogatorio imperativo del imputado y el auto de transformación de las diligencias previas (art. 779,1-4^ª) –que, como es conocido, ha de contener una imputación similar a la del auto de procesamiento–, hasta finalizar en los escritos de acusación o calificación provisional y, por fin, en los definitivos.

Estas normas obligan a que, al margen de consideraciones relativas a la defensa y a la existencia o no de un determinado grado de vinculación de las partes a los anteriores actos, haya de examinarse en cada caso si la alteración de las imputaciones, más o menos sustancial, responde a finalidades tendentes a menoscabar la finalidad misma del proceso como método contradictorio y a eludir

prohibiciones legales o constitucionales. En suma, aunque el instrumento en el que se formula la acusación sea el escrito de conclusiones definitivas y el mismo tenga un grado de vinculación determinado con las provisionales, siendo así que la jurisprudencia ha sancionado hasta ahora la falta de vinculación de estos instrumentos con los anteriores actos de imputación, ello no puede ser óbice para dejar de realizar un examen de este tipo cuando las nuevas calificaciones pudieran esconder un ánimo tendente a infringir las garantías del proceso debido en cualquiera de sus manifestaciones, como posteriormente se tendrá ocasión de enunciar. Seguramente –y se afirma con carácter previo–, esta es la razón por la cual la jurisprudencia mayoritaria, al interpretar el art. 788,4 LECrim, veda cualquier mutación sustancial del hecho acusado sin autorizar la introducción de uno nuevo ni aún con respecto al expediente defensivo que la misma norma contempla.

El principio acusatorio, con el fin de eludir manipulaciones con graves repercusiones y concretar adecuadamente el ámbito de enjuiciamiento e investigación de un proceso determinado, parte de la idea, expresa en el art. 300 LECrim, de la singularidad del hecho procesal penal, de modo que, en línea de principios, por cada delito (pretensión) ha de incoarse un sumario. Esta norma tiene como única excepción la acumulación de pretensiones calificadas en la LECrim, como conexión y prevista, entre otros, en los arts. 17 y 18.

La singularidad del hecho procesal penal y la determinación exacta de los supuestos en los que es posible acumular pretensiones penales, repercute en un aspecto tan esencial e indisponible como la garantía de un tribunal imparcial, en la medida en que el objeto procesal determina la competencia objetiva y territorial, especialmente cuando es competente el Jurado o la Audiencia Nacional o un tribunal dado como regla especial de competencia; igualmente, la singularidad del hecho procesal penal sirve para determinar la calidad en la que intervienen las partes pasivas, las cuales pueden ser tanto imputados, como coimputados o, simplemente y fraudulentamente, eludiendo para ello la acumulación o variándola al final del juicio, testigos; por último, en estos ejemplos, la singularidad del hecho procesal y la unidad procedimental sirve para delimitar adecuadamente la investigación, impidiendo instrucciones inquisitivas, así como para

establecer el marco concreto del debate procesal contradictorio. En este último sentido, y al margen del derecho de defensa, es claro que la elusión del contradictorio, la evitación del carácter dialéctico del proceso, convierte a éste en un mero procedimiento unilateral, no de y entre partes, lo que constituye, en términos absolutos, una infracción del principio acusatorio.

Estas son, entre otras muchas, las razones por las que, también en el proceso penal, se prohíbe la "mutatio libellis" y con ello la alteración sustancial en calificaciones definitivas, de las conclusiones provisionales, ya que esta conducta se traduce siempre en la incorporación tardía y novedosa de una pretensión distinta a la inicialmente investigada, imputada y acusada.

Cabe cuanto menos poner en duda o, al menos, ser muy cauteloso, con soluciones que restan importancia a esta prohibición, ya que, sería tanto como abrir la puerta a comportamientos posiblemente fraudulentos y dirigidos a afectar a la esencialidad misma del proceso contradictorio. O, en otro caso, simplemente, debidos a la falta de diligencia de las partes acusadoras, la cual, por razones evidentes, no parece que deban soportar los acusados. Admitir estos peligros, pero abrir la puerta a soluciones que puedan generarlos, constituye una opción peligrosa, que no siempre encontrará respuesta en un análisis individualizado de cada situación: la conducta fraudulenta, especialmente en delitos complejos, no es fácil de apreciar; la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales, tampoco.

Por último, como requisito esencial derivado de la vigencia del principio acusatorio, ha de destacarse la obligación de los tribunales de sujetarse, de vincularse, aunque lo sea relativamente, a las pretensiones deducidas oportunamente por las partes. Este deber, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, no deriva de la titularidad de los derechos en juego, del principio dispositivo en suma, sino de la necesidad de garantizar la imparcialidad judicial. Los órganos penales ni pueden formular una acusación de forma directa, ni pueden hacerlo indirectamente cualquiera que sea la fórmula que autorice, más o menos subrepticamente, este tipo de conducta.

De esta manera, conforme al art. 789,3 LECrim, han de ceñir su decisión al estricto ámbito de la preten-

sión penal formulada, sin que les sea dado alterar el hecho en su esencialidad y modificar la "causa petendi" de la misma, aunque si moverse libremente por ella siempre y cuando, en estos casos, se respete el derecho de defensa de los acusados.

Pero, la prohibición de acusar indirectamente, para que sea efectiva, se extiende también a cualquier indicación a las partes acusadoras de cambios en la calificación que puedan comportar alteración de la acusación para que, previa aceptación de aquellos, sea posible una condena basada en una pretensión diferente. Si ello fuera posible, aunque formalmente la acusación proviniera de parte, podría hablarse de acusación indirecta, ya que la indicación judicial, no cabe duda, estaría en la base de la misma, siendo así que difícilmente puede rebatirse la influencia de este tipo de instrucciones en los órganos de acusación. Indudablemente, esta afirmación no se opone a la ilustración judicial (tesis) acerca de variaciones en el marco de la pretensión penal, como son las permitidas por los arts. 788,4 y 789,3 que, correctamente entendidos, quedan limitados al título de condena homogéneo, la pena y los grados de ejecución, participación y modificativos de la responsabilidad criminal, todos ellos, como se ha dicho, integrantes de la misma pretensión (Que se exija esta petición de parte para la agravación, no tiene relación directa con el acusatorio, en tanto puede no afectar a la integridad y sustancialidad del hecho; no obstante, la opción del legislador español, hipergarantista, no debe ser criticada, en tanto supone un "plus" de protección de la imparcialidad inexistente en otros muchos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el parágrafo 265,II de la StPO alemana).

Precisamente, la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio de la LO 38/2002, de 24 de octubre, tiene necesariamente que reforzar esta opinión, ya que, ignorarla puede acarrear consecuencias graves en orden a la vigencia del principio acusatorio.

En efecto, la nueva redacción dada al art. 789,3 LECrim, en relación con las facultades judiciales en orden a la solicitud de modificaciones en la pretensión de parte, unida a la que mantiene el art. 788,3 y la del apartado 4 de este último precepto, han de llevar a negar, a los efectos de evitar actuaciones inquisitivas, que las partes puedan alterar esencialmente la pretensión inicialmente formulada.

Como es sabido, el art. 789,3 autoriza al tribunal a dictar sentencia conforme a las nuevas pretensiones que las partes deduzcan definitivamente y derivadas de los planteamientos que el mismo tribunal formule en el acto de la vista en el trámite del art. 788,3, el cual autoriza esta modificación en el acto de las calificaciones definitivas. Pues bien, si se interpreta que estas conclusiones en caso alguno autorizan una alteración esencial de la acusación, nada habrá que objetar a este art. 789,3, el cual podría asimilarse al clásico art. 733, dado que ambos tendrían la finalidad de garantizar el derecho de defensa en aquellas situaciones en que el órgano sentenciador estimara necesario modificar la acusación para apreciar, dentro de su estricto contenido, una nueva calificación o circunstancias modificativas de cualquier naturaleza. Por el contrario, si se entiende que las partes pueden modificar sus calificaciones provisionales sustancialmente, es decir, introducir una nueva pretensión, y que ello puede hacerse previo planteamiento de la "tesis" judicial, no puede por menos que afirmarse que el tribunal habría perdido su imparcialidad en la medida en que la nueva pretensión acusatoria habría partido del mismo órgano que, finalmente, la va a recoger y condenar sobre su base.

En definitiva, solo si se entiende la correlación entre acusaciones provisionales y definitivas en el sentido de no autorizarse una modificación sustancial de las pretensiones deducidas, será posible garantizar la imparcialidad de los tribunales penales.

b) La posición de la jurisprudencia.

La jurisprudencia, mayoritariamente, ha asumido estos planteamientos y, en general, rechaza que, con base en lo dispuesto en el art. 788,4 LECrim, y conforme a su redacción literal, puedan las partes acusadoras alterar sustancialmente su pretensión inicial. Solo en alguna resolución aislada, de modo fragmentario y siempre en casos en los que el nuevo delito es homogéneo con el inicialmente acusado (lo que habría hecho innecesarias afirmaciones genéricas excepcionales), parece asumir una postura diferente y autorizar una nueva acusación en trámite de conclusiones definitivas, siempre que se respete el derecho de defensa.

La sentencia de la AP de Tarragona, de fecha 27 de octubre de 1997, debe citarse como ejemplo didáctico. En ella se afirma expresamente:

"En este sentido, valga recordar que el sistema acusatorio diseñado en nuestra Ley Ritual se asienta sobre dos ideas básicas: La primera, que sólo procede el enjuiciamiento si así es pedido por alguna de las partes acusadoras y; la segunda, que dicha pretensión de enjuiciamiento ha de ir referida a determinados hechos justiciables —que se integran tanto por circunstancias fácticas como por su calificación jurídica. Vid. SSTC 12/81, 186/90, 165/93, 161/94— respecto a los cuales el acusado ha de tener detallado y previo conocimiento que le permita instrumentar todos los medios de defensa a su alcance (vid. SSTC 141/86, 17/88, 30/89, 186/90, 54/91, 83/92 y SSTEDM Affaire Delcourt 17 de enero de 1990; Affaire Adolf 19 de diciembre de 1989; Affaire Chichlian y Ekindjian, 29 de noviembre de 1989). Más como corolario de lo anterior, y a diferencia de la regulación en otros ordenamientos, la identificación de dicho objeto se realiza a partir de la calificación de las partes y no por el contenido del auto de apertura —a salvo que contenga, como instrumento de configuración negativa, un juicio de sobreseimiento—. Conclusión que ha sido mantenida reiteradamente por nuestro Tribunal Constitucional (vid. SSTC 41/86, 17/88, 30/89, 133/89, 186/90, 47/91, 54/91, 161/94). Identidad del hecho punible que adquiere su configuración final con las conclusiones definitivas (art. 793.7 LECrim.) que ofrecen la posibilidad de adicionar, suprimir o modificar alguna «unidad mínima de observación» fáctica, en terminología italiana, o, simplemente, el cambio de punto de vista jurídico, siempre que no se transmute o se traspase dicha identidad sustancial (vid. SSTC 205/89 y SSTC 24 de abril de 1993, 17 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994, 17 de mayo de 1995)".

De esta sentencia se puede extraer la conclusión, tajante, de la imposibilidad de modificar en trámite de conclusiones definitivas, la acusación inicialmente deducida, ya que las modificaciones autorizadas no pueden ser otras que las permitidas por el art. 788,4 que no alcanzan a la alteración misma de la pretensión acusatoria. El principio acusatorio, independientemente del marco de operatividad del derecho de defensa, no permite transmutar o traspasar la "identidad sustancial" del hecho acusado, no, en suma, modificar la pretensión penal.

A igual conclusión llega el TS en su sentencia de fecha 12 de enero de 1998 que incluso realiza su afirmación relacionando el principio acusatorio con el derecho de defensa, dejando sentada la imposibilidad, aún garantizándose este último, de alterar la esencialidad de la pretensión penal:

"Es doctrina consolidada –se recuerda en la S 11 Nov. 1992, de esta Sala, con cita de las TC SS 10 Abr. 1987 y 16 May. 1989 y de las de esta misma Sala de 19 Jun. 1990 y 18 Nov. 1991– que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión –de esta Sala S 6 Abr. 1995– suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso"

Lo mismo afirma el TS, en su sentencia de fecha 18 de abril de 1995:

"El principio acusatorio no se vulnera en modo alguno por no adecuarse las resoluciones judiciales a lo expresado en las conclusiones provisionales de las partes, que, como su nombre indica, tienen carácter interino, precisamente por no corresponderse con las definitivas. Ni la alteración de conclusiones al pasar de provisionales a definitivas genera indefensión si tiene lugar manteniendo inalterada la acción ejercitada, pues el verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas, realizadas tras la práctica de la prueba, que sería in-

útil si no permitiera el cambio de conclusiones tras la apreciación del resultado de la actividad probatoria".

En el mismo sentido se pronuncia el TS, en su sentencia de fecha 5 de febrero de 1994, reproducida anteriormente de manera literal.

En todas estas resoluciones se mantiene la necesidad de respeto del principio acusatorio independientemente de la necesidad de preservar el derecho de defensa, de modo que se veda la posibilidad de cualquier alteración sustancial en la pretensión aunque, teóricamente, pudiera otorgarse a la defensa la posibilidad de contradecir la nueva acusación (Como se verá en el siguiente apartado, se llega a negar que este derecho sea posible, en este trámite, si se varía sustancialmente la pretensión).

c) Conclusiones.

El principio acusatorio goza de independencia conceptual y práctica, lo que lo hace diferente en su aplicación y efectos al derecho de defensa, al margen, claro está, de las íntimas conexiones que puedan existir entre ambos conceptos, ya que no en vano aquel principio, en su estructura y consecuencias, no pretende otra cosa que asegurar un proceso con todas las garantías, entre las que ocupa un lugar preferente la defensa.

Pero, al margen de estas relaciones mutuas, es innegable la necesidad de individualizar la configuración y aplicación del acusatorio, su margen de operatividad singular, ya que cualquier confusión conceptual puede acarrear consecuencias prácticas de muy difícil solución. Más aún, no parece posible, y así lo ha sostenido algún sector jurisprudencial, garantizar el debido y pleno ejercicio de la defensa en todas sus manifestaciones y sin menoscabo alguno, cuando se restringe el acusatorio.

Al margen de la infracción misma de la defensa que proviene de la vulneración del acusatorio, que se verá en un apartado anterior, a título de ejemplo y resumen, se reseñan a continuación algunas consecuencias que pueden derivarse de dicha infracción, por sí sola, de modo independiente a otros derechos, que, por la dificultad de su apreciación, conviene no olvidar y tener presente. Estas son, entre otras:

–Toda ampliación indebida de la pretensión procesal, que exceda de los límites de la pretensión y que incorpore una nueva acusación, no es otra cosa que una acumulación de pretensiones. Admitir que las partes acusadoras, en sede de conclusiones definitivas, pueden introducir una nueva acusación con el solo y formal respeto –imposible en todo caso–, del derecho de defensa, supone o puede suponer una infracción de lo dispuesto en los arts. 17 y 18 LECrim, o, más en concreto, las normas de reparto que, tras la nueva LEC 1/2000, tienen una evidente repercusión en el ámbito de determinación de la competencia. No cabe duda de que, conforme a este tipo de normas, ciertas pretensiones acumuladas pueden corresponder a un tribunal determinado de una circunscripción, con exclusión de otro u otros, de manera que la incorporación de la acusación en el juicio oral, podría tener como finalidad eludir un concreto órgano jurisdiccional. Es un riesgo que debe atenderse y, que de admitirse la modificación sustancial de la pretensiones, no tendría posibilidad alguna de contraste y resolución.

–La acumulación indebida de pretensiones o la alteración sustancial de las mismas en el juicio oral, puede infringir las normas determinantes de la competencia objetiva, especialmente cuando el órgano competente, inicialmente, debería haber sido el Jurado, la AN u otro tribunal especialmente competente en virtud de reglas propias.

Así, la modificación de la acusación puede provocar la crisis prevista en el art. 788,5 LECrim, la cual, cuando la pena establecida para el nuevo delito calificado excede de la competencia de los Juzgados de lo Penal obliga a la inhibición de éstos remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial. Sin embargo, no se prevé lo contrario, esto es, que el nuevo delito esté sancionado con pena menos grave, en principio competencia del Juzgado Penal y no de la Audiencia Provincial. Este hecho puede, si se permiten calificaciones definitivas sustancialmente diferentes a las provisionales, y aunque sean menos gravosas, permitir actuaciones fraudulentas buscadas de propósito para establecer la competencia de una Audiencia Provincial, con exclusión de un órgano unipersonal que, de esta manera pudiera querer ser sencillamente apartado del enjuiciamiento o, sencillamente, eludir la eventualidad del recurso de apelación, hoy realmente inexistente frente a sentencias dictadas por

las Audiencias Provinciales (STS de 20 de mayo de 1999).

Más grave es la posibilidad de exclusión del juez ordinario predeterminado por la ley que puede producir la viabilidad de alteración sustancial de la pretensión cuando los hechos inicialmente calificados determinaran la competencia objetiva de un tribunal determinado, y la definitiva debiera competir al Jurado. Naturalmente, otra cosa sucede en aquellos casos en que la modificación lo es exclusivamente del título de condena. Lo grave no sucede en estos últimos supuestos, sino en aquellos en que la calificación inicial lo hubiera sido con la finalidad expresa de excluir el Jurado. El TS, en sentencia entre otras, de fecha 11 de junio de 2002 ha establecido, sobre la base interpretativa “a sensu contrario” del art. 48,3 LOTJ, que los tribunales profesionales seguirán conociendo de los hechos aunque se produzca una alteración de la pretensión que signifique un título de condena competencia del Jurado. No cabe duda de que, a la vista de esta doctrina, permitir el cambio sustancial de pretensiones en sede de conclusiones definitivas, significa abrir la puerta a actuaciones fraudulentas, ilimitadas, que puedan pretender, lisa y llanamente, excluir la competencia objetiva de un tribunal legalmente establecido.

–La acumulación de pretensiones indebida o el cambio de calificación sustancial en sede de juicio oral puede ser, igualmente, atentatoria a los derechos fundamentales que asisten a los imputados, derivados de su condición de parte pasiva, especialmente los relativos a aquellos que les asisten al momento de serles tomada declaración.

Puede suceder que un sujeto sea llamado a declarar como testigo, con todos los deberes que dicha condición implica y que, tras la modificación sustancial de la pretensión debiera haber sido llamado en calidad de coimputado, sin obligación, pues, de declarar o hacerlo conforme a la verdad. Naturalmente, este último sujeto no podría en caso alguno ser condenado por tales hechos en tanto es evidente que nunca puede ser llamado al proceso en calidad de tal como consecuencia de un cambio de pretensión al ser elevada ésta a definitiva. Pero, puede interesar a la acusación, incluso de consuno con el declarante, ofrecerle la absolución por esta vía a cambio de un interrogatorio en calidad de tercero al proceso. Con ello podría sencillamente

buscarse una prueba de cargo que, en otro caso, no habría tenido.

—Por último, como ya se ha dicho, permitir un cambio sustancial de la pretensión, tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por LO 38/2002, puede, a la vista de los arts. 789,3 y 788,3-4, abrir la puerta a acusaciones indirectamente formuladas por el órgano sentenciador, lo que debe ser excluido absolutamente. A tal efecto, y en tanto la interpretación de las normas debe ser uniforme, no parece que quepa otra posibilidad que la de entender que el legislador, al reformar el art. 789,3 partió de la realidad de asumir que los cambios en las calificaciones definitivas, aquellos que puede proponer el tribunal, no pueden ser otros que los que permite el ámbito objetivo de la acusación, de la pretensión. Interpretar lo contrario sería tanto como atribuir legalmente a los tribunales la posibilidad de instar la alteración de la acusación, lo que no ha sucedido jamás en España, ni sucede en el derecho comparado. Interpretar que la modificación sustancial sería posible tan sólo por iniciativa de las partes, limitando tales cambios cuando la propuesta proviniera del tribunal, constituiría una interpretación sin respaldo legal, ya que la norma no prevé regímenes diferentes, sino que establece un modelo común.

En suma, pues, sólo entendiendo, lo que sin duda constituyó el punto de partida del legislador, es decir, que en sede de calificaciones definitivas no es dable una alteración sustancial de la pretensión, es posible aplicar adecuadamente el art. 789,3 evitando consecuencias inquisitivas y de alcance imprevisible.

B) Derecho de defensa y modificación sustancial de la pretensión.

La jurisprudencia, al analizar las consecuencias derivadas de una alteración sustancial de las pretensiones en el juicio oral e, igualmente, del pronunciamiento de una sentencia en este mismo sentido, ha destacado la relación directa entre el principio acusatorio y el derecho de defensa, constitucionalmente consagrado en el art. 24 CE, especialmente en vertientes de este último relacionadas con la información al imputado de la inculpación de modo ordenado. Cualquier atentado al principio acusatorio comporta siempre una agresión al derecho de defensa, toda vez que, una imputación

que se efectúa de modo tardío y sorpresivo afecta sustancialmente a este derecho en tanto, paralelamente, tiende a eliminar el contradictorio, esencia de un proceso con todas las garantías que tiene su base, como sostenía CAPPELLETTI, en el ser "dialéctico", de todo método heterocompositivo de resolución de conflictos.

En este sentido se han pronunciado, a título de mero ejemplo, las ya anteriormente citadas sentencias del TS de fechas 12 de noviembre de 1.998, 14 de mayo de 1999 y 22 de septiembre de 2000, de las que se reproduce la de 14 de mayo de 1999 por su valor pedagógico:

"Aquel derecho a ser informado de la acusación exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal inquisitivo que se complace mal con un sistema de Derechos fundamentales y de libertades públicas (TC S 11 Nov: 1991). De ahí que el inculcado tenga derecho a conocer oportunamente y oportuna y oportunamente el alcance y contenido de la acusación, en tanto que la indefensión se producirá si de modo sorpresivo es blanco el acusado de novedosas imputaciones hechas valer cuando han precluido sus posibilidades de defensa. Nada de eso acontece cuando la identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia es absoluto. Nada de eso acontece cuando los hechos han sido objeto de debate contradictorio, finalmente sometido a la prueba querida por las partes.

El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación, primero provisional y después definitiva, es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso."

El derecho de defensa se traduce en toda una serie de manifestaciones, perfectamente delimitadas, que vienen a amparar un amplio espectro de ex-

pectativas, todas ellas dispuestas para preservar al sujeto pasivo del proceso frente a la acusación. En el marco de esta reflexión, han de destacarse tres de ellas, las que más directamente pueden verse afectadas por una actuación inadecuada de la acusación, sin que ello suponga, naturalmente, que queden salvaguardadas las demás, dada la relación directa e inmediata de todos los componentes o elementos de este derecho fundamental. Se trata de: a) el derecho de todo imputado a ser informado de la acusación que sobre él se dirige, derecho que debe garantizarse preservando los requisitos de una ilustración efectiva que garantice su finalidad; b) derecho a ofrecer una contestación eficaz a la pretensión; y, c) derecho a contradecir la acusación deducida en su contra, que, a su vez, se descompone en la facultad de poder rebatir las pruebas de cargo y, aunque no recaiga la carga en el acusado, la de poder allegar pruebas de descargo.

a) El derecho a la información de la acusación.

El derecho a ser informado de la acusación se encuentra consagrado en el art. 24.2 CE, así como en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Constituye un presupuesto básico e ineludible para un adecuado ejercicio del derecho de defensa la información al imputado de la acusación que frente a él se dirige, información que ha de extenderse a todas las etapas del procedimiento. No hay, ni puede hablarse de defensa, de contradicción efectiva, sin un conocimiento adecuado del objeto frente al cual ha de sostenerse la oposición. No hay proceso como tal, si el imputado desconoce la imputación, sino un simple método autocompositivo (CALAMANDREI). Y ese conocimiento, para no incurrir en meras formalidades que vaciarían de contenido real al derecho, ha de ser completo, fruto de una información clara y realizada temporáneamente, es decir, anterior al ejercicio de cualquier manifestación del derecho de defensa (GIMENO) nunca tardía o sorpresiva (SsTS 11 noviembre 1998 y 14 de mayo de 1999 entre otras muchas).

Como sostiene el TC, Sala 1^a, en su sentencia de fecha 13 de febrero de 2003, nadie puede defenderse de lo que no conoce, de modo que la infor-

mación de la imputación es consustancial al derecho de defensa:

"Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado (por todas, TC S 54/1985, de 18 Abr.), o, como afirma la TC S 104/1986, de 17 Jul. (FJ 3), «el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado». pues, de un lado, la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el juez actúe sucesivamente como acusador y como juzgador (entre otras muchas, TC SS 54/1985, de 18 Abr., FFJJ. 4, 5 y 6, y 225/1988, de 28 Nov., FJ 1), y, de otro, el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (TC S 105/1983, de 23 Nov., FJ 3) y nadie puede defenderse de lo que no conoce (por todas, TC SS 141/1986, de 12 Nov., FJ 1; 36/1996, de 11 Mar., FJ 4, 19/2000, de 31 Ene., FJ 4; y 182/2001, de 17 Sep., FJ 4)».

La información de la acusación, constituida como presupuesto básico del derecho de defensa, requiere para su total efectividad de la concurrencia de determinados presupuestos o condiciones cuya ausencia puede poner en duda la certeza del derecho.

La sentencia del TS de fecha 11 de noviembre de 1998, en tanto contempla de modo sistemático y pormenorizado todos ellos, puede servir de base para la determinación exacta de aquellas condiciones:

"En otras palabras, si se vulnera el principio acusatorio el proceso se desenvuelve sin garantía alguna en contra de lo que sirve de fundamento al art. 24 CE y con causación de indefensión. Aquel derecho a ser informado de la acusación exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal inquisitivo que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas (TC S 11 Nov. 1991). De ahí que el inculcado tenga derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación, en tanto que la indefensión se producirá si de modo sorpresivo es blanco el acusado de novedosas imputaciones hechas

valer cuando han precluido sus posibilidades de defensa. Nada de eso acontece cuando la identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia es absoluto, como aquí ocurre. Nada de eso acontece cuando los hechos han sido objeto de debate contradictorio, finalmente sometido a la prueba querida por las partes.

El «conocimiento suficiente» de los hechos, rechazando la desigualdad ante las demás partes, es la esencia de ese derecho a la información (ver la TC S 17/1989 de 30 Ene.).

El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación, primero provisional y después definitiva, es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso.

El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas pues de otro modo, dice la TS S 8 Mar. 1994, se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993, es asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender si es necesario la vista oral con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29 Oct. 1986, el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. Solo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987).»

De esta resolución judicial pueden extraerse los elementos que conforman el derecho a la información de la acusación, los cuales, en orden a la determinación de las facultades de la acusación para alterar sustancialmente la pretensión en el curso del juicio oral, adquieren una relevancia fundamental.

a.) La información de la imputación ha de ser completa, cierta y clara, es decir, expresa y no implícita, para evitar la posibilidad de un proceso inquisitivo.

No puede ponerse en duda que una ilustración meramente parcial de la imputación no cumple el fin esencial de la misma, cual es garantizar la defensa frente a la pretensión penal. Si es ésta y no otra la función de la información punitiva; si, en suma, se dirige a garantizar el debate contradictorio, es evidente que una transmisión incompleta de la información, no servirá para colmar los intereses del imputado: cuando una parte de la pretensión, por desconocida, no puede ser contradicha, el proceso penal deja de serlo de partes y el imputado, con relación a los elementos ocultos, pasa a ser considerado como un simple objeto del proceso.

Para ser completa, la información ha de serlo, en lo que se refiere a la posibilidad de alteración de la acusación en sede de conclusiones definitivas, de los hechos en tanto objeto de la pretensión penal, esto es, de los hechos jurídicamente relevantes, lo que abarca no sólo la existencia de los mismos, sino, igualmente su ilicitud y punibilidad (STS 11 noviembre 1998).

No bastaría, pues, en este sentido, para considerar asumible por no afectar al derecho de defensa, con que los hechos naturales o históricos hubieran existido y hubieran sido conocidos por el imputado. La información de la acusación –diferente a la que pudiera exigirse a un detenido o a un imputado en la fase de instrucción–, ha de situarse en el marco de la pretensión penal, debiendo informarse de lo que constituye la acusación, y así del supuesto de hecho normativo con indicación de su ilicitud penal y de la punibilidad derivada de los mismos. La defensa, pues, en tanto lo es de la pretensión penal, no queda salvaguardada con una mera narración fáctica, que no individualice aquellos elementos de la pretensión de los que se desprenden las consecuencias jurídicas punitivas.

b.) La información de la acusación ha de hacerse regularmente, no pudiendo hacerse de forma tardía y sorpresiva.

Lógicamente, si la información de la acusación se dirige a garantizar el derecho de defensa y a la contradicción de la pretensión penal, la misma ha

de llevarse a efecto en un momento en el que pueda sostenerse frente a ella una oposición eficaz. Se prohíbe, pues, que se haga tardíamente y de forma sorpresiva, ya que, en tales casos, la defensa no será nunca posible en toda su extensión.

En relación con las facultades de que goza la parte acusadora para alterar su pretensión en el momento de elevar las conclusiones provisionales a definitivas, este requisito adquiere una importancia determinante, ya que un cambio sustancial de la pretensión merma considerablemente o, incluso, puede llegar a anular las posibilidades efectivas de la defensa.

De esta forma, consecuente en todo caso con el tenor literal del art. 788.4 LECrim, la jurisprudencia mayoritaria ha establecido que siempre que la modificación de la acusación respete la pretensión, el hecho jurídicamente relevante, podrá ser asumida como respetuosa con la defensa del acusado, dado que, dentro de esos límites, será posible poner en marcha el mecanismo establecido en el último inciso del precepto citado.

Por el contrario, cuando el cambio de calificación jurídica conlleve una alteración sustancial del hecho jurídicamente relevante, del hecho típico, de la pretensión en suma, al introducirse hechos no debatidos, quedará vulnerado, mecánicamente, sin posibilidad alguna de excepción, el derecho de defensa.

Y ello es así si se entronca esta afirmación con el contenido arriba expuesto del derecho a la información de la acusación. En efecto, si la ilustración lo ha de ser de los hechos más allá de su realidad física y en tanto jurídicamente relevantes, es decir, en tanto típicos, ilícitos y punibles, resultará que la atribución a meros hechos naturales, aún conocidos, de relevancia jurídica en un momento tardío y sorpresivo, significará una violación flagrante del derecho de defensa.

Nadie prepara su defensa en relación con hechos que no son objeto de acusación aunque aparezcan en las actuaciones. El principio acusatorio exige la determinación exacta de la pretensión penal, en tanto el proceso de partes excluye la existencia de métodos inquisitivos, de imputaciones ilimitadas que abarquen la totalidad de la vida de una persona o sus actos. Todo exceso, toda ampliación

excesiva convierte al proceso en un simple método autocompositivo y al imputado en objeto procesal.

b) El derecho a evitar una acusación sorpresiva y eludir la apertura del juicio oral y la acusación.

Nadie puede ser "sentado en el banquillo" sin un previo conocimiento de los hechos por los que se le acusa, lo que significa tanto como que nadie puede ser acusado sin conocer previamente los hechos por los que puede serlo ya que, el derecho de defensa también implica el de poder eludir la acusación misma.

Desde el que el TC, en su sentencia de 15 de noviembre de 1990 sobre el procedimiento abreviado otorgó rango constitucional al derecho de todo imputado a ser interrogado acerca de la imputación antes de ser acusado formalmente con el fin de evitar acusaciones sorpresivas, mucho ha avanzado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime tras la reforma operada por medio de la LO 38/2002, de 24 de octubre.

En efecto, lo que el TC estableció mediante una sentencia meramente interpretativa, ahora forma parte de la norma de modo explícito. No puede abrirse el juicio oral, no puede formularse acusación, sin antes haber interrogado al imputado en fase de Diligencias Previas. La defensa en el proceso penal, al igual que la acusación, no puede considerarse de modo estático, garantizada mediante un único y solo acto cual sucede en el proceso civil, sino de forma escalonada; esto comporta, necesariamente, que los elementos que integran este derecho fundamental no pueden considerarse satisfechos sino cuando son ejercitados ante cualquier cambio de la acusación. O, lo que es lo mismo, cuando el proceso penal se inicia mediante una querrela con un determinado objeto y sobre la misma es interrogado el querrellado, si el objeto, posteriormente se amplía merced a nuevos actos de investigación, es evidente que el derecho a la información de la imputación no quedará satisfecho con el primer interrogatorio, sino que habrá de ser ampliado de forma correlativa a la ampliación del objeto de la investigación, en tanto será este último el que constituirá la base de la pretensión formal.

El acusado, por tanto, debe ser informado a lo largo de todo el proceso y en cualquier fase del mis-

mo, salvo si se decreta el secreto sumarial, de las mutaciones que experimente el objeto procesal, divisible en la instrucción, e indivisible en la fase de juicio oral (RAMOS MENDEZ).

Y en este sentido, toda información posterior a la inicial ha de reunir los mismos requisitos que la primera, esto es, ser previa, completa y dirigida a un eficaz desarrollo del derecho de defensa.

La jurisprudencia, hasta ahora, ha negado cualquier obligación de vinculación entre los actos de acusación formales y los actos imputatorios de la fase de instrucción, basándose para ello en la inexistencia de normas que obliguen a esta correlación. Este posicionamiento de nuestros tribunales, sin embargo, parece que debe ser revisado a la luz de la nueva redacción del art. 779.1-4º LECrim, que, correctamente entendido sobre la base del principio acusatorio y del derecho de defensa, confirma la necesidad de correlación entre las conclusiones de la instrucción que han de plasmarse en el auto de transformación de las Previas en Abreviado, así como de interrogar al imputado con la plenitud que deriva de la prohibición de acusaciones sorpresivas.

La correlación, si se analiza la lógica de la reforma y se atiende a su sentido real, no meramente formal, es obligada. Y si se quiere rechazar que tenga base alguna en el principio acusatorio, no podrá negarse que se asienta en el derecho de defensa y en la necesidad de otorgar plenitud y efectividad a un derecho que, por su relevancia, jamás puede ser interpretado de forma restrictiva.

El interrogatorio del imputado, al que hace referencia el precepto mencionado, puesto en relación con el contenido del auto que instaura la norma, similar al procesamiento, pero confeccionado a modo de conclusión de la investigación, no puede ser otro que la determinación de los hechos punibles que dimanen de la instrucción; no parece, pues, que pueda ser considerada válida una información de la imputación que no contuviera la totalidad de estos hechos, ya que, en tal caso, el precepto carecería de auténtico sentido.

El auto que ha de pronunciar el Juzgado de instrucción ha de recoger los hechos punibles determinados en la instrucción, por tanto, no basta con que lo haga de la totalidad de los elementos fácticos, sino que ha de individualizar aquellos que gozan,

a juicio del órgano instructor, de relevancia jurídica penal.

Por último, la acusación provisional, deberá ajustarse en su calificación a los hechos punibles sobre los que ha sido informado el imputado y que se relatan como tales en el auto del art. 779.1-4º. El art. 650, 1º limita la acusación a los hechos que resulten del sumario; si, el art. 779 obliga a un auto de determinación de hechos punibles con el fin de preservar la defensa, desterrar esta vinculación sería equivalente a privarle de sentido real, a desvirtuar la finalidad de su fundamento. En suma, si la acusación provisional pudiera, sin previo interrogatorio y al margen del auto de imputación judicial, acusar por hechos diferentes, se perdería la función de evitación de acusaciones sorpresivas y se privaría, materialmente, al imputado de su derecho a eludir el juicio oral mediante una adecuada intervención en la fase de instrucción.

Mucho más grave, a la vista de la actual redacción de la norma procesal penal, resulta el hecho de la falta de calificación provisional de unos hechos naturales y conocidos a los que la acusación no asigna tipicidad y punibilidad alguna, no los hace objeto de pretensión acusatoria y no les confiere relevancia jurídica, de manera que de ellos no se informa al imputado, no se le interroga, ni se le ofrece la oportunidad de alegar en la fase de instrucción para evitar el juicio oral, así como tampoco en el juicio oral. Afirmar en estos casos que ha quedado satisfecho el derecho de defensa, cuando no ha existido información de la acusación en ningún momento oportuno, cuando el acusado por otros hechos ni siquiera se planteó, teóricamente incluso, la posibilidad de una acusación posterior, cuando, definitivamente, la acusación fue sorpresiva, carece de justificación y posibilita la puerta a actuaciones fraudulentas o, al menos negligentes.

Sí, además, resulta que la nueva acusación se fundamenta en hechos diferentes a su pretendida alternativa, que la acusación decide, pues, alterar retirando una acusación por la vía de hecho, pero encubierta en un cambio de título de condena y alzando otra de forma novedosa, estaremos en presencia de una actuación inquisitiva que, llevada a sus últimos extremos, pone en evidencia el sistema procesal penal y demuestra sus deficiencias y la necesidad de que los tribunales actúen para salvaguardar el sistema acusatorio.

c) El derecho a contradecir la acusación.

La información de la acusación y la prohibición de que la misma sea formulada de forma tardía o sorpresiva tiene la finalidad de garantizar al imputado su derecho a oponerse eficazmente a la acusación en todas sus etapas, oposición que se desenvuelve en dos facetas: la primera, la de poder rebatir e impugnar, en todas sus vertientes, las pruebas de cargo; la segunda, la de proponer, aunque sobre el mismo no pese carga alguna, pruebas en su descargo.

La prueba es una actividad que se dirige a convencer al juzgador acerca de la realidad o no de las afirmaciones de unos hechos, pasados, efectuadas por las partes. Constituyen medios, asentados sobre fuentes que es necesario localizar y allegar al proceso, que en todo caso han de ponerse en relación con los hechos imputados, dado que, la falta de concreción de éstos derivada del desconocimiento de la imputación, impide una real actividad en este sentido.

Las pruebas, no sólo se pueden traer al acto de la vista, sino que, en ocasiones —lo que siempre sucede con determinadas pruebas materiales—, es necesario asegurar o incluso anticipar, dado su carácter irreproducible. La irreproducibilidad, en lo que respecta a ciertas pruebas personales afecta, además, a la propia credibilidad o fiabilidad de los testigos, los cuales, si se someten a interrogatorios diversos y sobre hechos contradictorios, pueden verse influidos por versiones contrapuestas no adecuadas a la verdad de los hechos, por sus propias manifestaciones anteriores que les predisponen a adoptar una posición respecto de una ampliación posterior de su interrogatorio. Las preguntas formuladas en su primera comparecencia pueden, indirectamente, convertirse en "sugestivas" en la medida en que obligan a una respuesta ya mediatizada.

En definitiva, el expediente previsto en el art. 788,4 LECrim, a la vista de todos estos extremos, no puede considerarse garantizador del derecho de defensa en todo caso, ya que, salvo excepciones, la posibilidad de allegar pruebas para contradecir una pretensión sorpresiva es nula o inexistente.

Por todo ello y salvo excepciones, la jurisprudencia mayoritaria se opone a considerar que sea posible

aplicar el art. 788,4 fuera de lo que constituye el objeto del proceso, más allá del hecho jurídicamente relevante, ya que se considera que en tales casos la defensa es, simplemente, imposible. Por el contrario, cuando la modificación de la acusación es del título de condena, del delito acusado, pero sin alterar la pretensión o de las circunstancias a que alude la norma, se entiende posible, al menos en teoría y analizando cada caso, acudir a la suspensión de la vista para que la parte acusada adapte su defensa a la nueva configuración de los hechos, hechos éstos, en este caso sí, conocidos en su esencialidad, informados en sus aspectos de tipicidad y punibilidad, aunque experimenten modificaciones limitadas (ya que el bien jurídico protegido debe permanecer).

Pero es más, teniendo en cuenta que la jurisprudencia entiende que la suspensión del proceso para que el acusado pueda actuar su defensa proponiendo pruebas si lo estima oportuno constituye una carga del acusado, no se puede llegar a una conclusión distinta. Admitir que se puede acusar sorpresivamente en el juicio oral mediante la introducción de una nueva pretensión, haciendo depender la existencia misma de la defensa de la diligencia del acusado o de su representación técnica, sería tanto como aceptar que en el proceso penal solo habría lugar a garantizar la defensa por el Estado cuando el imputado así lo solicitara expresamente.

Es evidente que esta reflexión no debe aceptarse y que no está en la base del art. 788,4 que ha de ser interpretado de forma estricta y restrictivamente. Cuando se deduce una pretensión penal, debe abrirse, obligatoriamente la correspondiente fase para que la defensa actúe sus derechos. Solo entendiendo, por tanto, que lo que la ley permite son alteraciones no sustanciales, adquiere sentido y justificación que la apertura de la contradicción constituya una carga del sujeto pasivo.

3. EL CONTENIDO Y EXTENSIÓN DEL ART. 788,4 (ANTES 793,7) LECRIM. UNA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA.

La jurisprudencia, de forma mayoritaria, como es suficientemente conocido, ha avalado, a la luz del actual art. 788,4 LECrim, las afirmaciones hasta ahora vertidas en este trabajo, según las cuales, en caso alguno es posible modificar, en sede de

conclusiones definitivas, la pretensión penal deducida en las calificaciones provisionales. Para llegar a esta conclusión, ha basado sus afirmaciones en la necesidad de preservar el principio acusatorio y el derecho de defensa.

Alguna excepción, no obstante, ha existido y ciertas resoluciones han autorizado cambios que exceden de la sustancialidad de la acusación con el requisito del respeto al derecho de defensa.

Aunque esta última tendencia es muy minoritaria, conviene, tras la exposición anteriormente realizada, analizar el art. 788.4 LECrim, para comprender su alcance y, más concretamente, parece prudente hacer mención a su origen y al momento y condiciones en que se desarrolló, así como a su fundamento. Con carácter previo, debe afirmarse que todas estas consideraciones conducen a afirmar que el precepto responde a la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa, siendo independiente del principio acusatorio con el que no guarda relación directa alguna. No se puede inferir otra cosa si se analiza el contenido expreso de la norma y su relación con otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que pueden servir para dotarlo de una concreta singularidad y así evitar consecuencias negativas e indeseables.

A) El art. 788.4 LECrim, en su actual redacción (muy similar a la original del anterior art. 793.7), es correlativo al art. 732 de aplicación al juicio ordinario; pero, a diferencia de este último, que se limita a contemplar genéricamente la existencia de un trámite de conclusiones definitivas, tiene un contenido derivado de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Supremo y Constitucional en la década de los ochenta, desarrollada en relación con los arts. 733 y 851.4 que, analizando el principio acusatorio y el derecho de defensa, dieron como fruto una redacción muy afortunada que se enmarcó en el anterior art. 794.3 LECrim, hoy art. 789.3.

Como es sabido, alrededor de la llamada "tesis", regulada en forma confusa en la LECrim, el anterior art. 794.3 LECrim, estableció, por vez primera en nuestra legislación de modo expreso, un concepto de objeto del proceso penal que determinaba los límites de la vinculación judicial a la acusación. Una vez hecho esto, y sentado el carácter inmodificable de la pretensión penal, se profundizó en el art. 733 LECrim, ofreciendo respuestas adecuadas

a los casos en que el juicio debía suspenderse para garantizar la defensa del acusado, lo que, dado lo establecido en el art. 794.3, solo podía suceder cuando el cambio judicial se ajustara a los límites y contornos de la acusación ejercitada.

Es decir, en este marco referido a la vinculación judicial a las pretensiones de las partes, no a las facultades de la acusación de modificar su acusación, la jurisprudencia y, posteriormente a su amparo la LECrim, clarificó dos aspectos esenciales del proceso penal: por un lado, la estricta vinculación judicial a la acusación de parte, delimitando el concepto de objeto del proceso; por otro lado, el derecho de defensa ante cambios no sustanciales en la calificación (Incluso, puede afirmarse, la jurisprudencia llegó a excederse y el legislador con ella, al exigir no sólo la defensa, sino la petición de parte ante cambios agravatorios de la acusación circunscritos a la pretensión penal, cual sucede con la agravación de la pena o con la apreciación de circunstancias modificativas de la libertad, siendo así que, como es sabido, estos elementos forman parte de la pretensión que lo es en su totalidad).

B) La jurisprudencia nada dijo y nada ha apuntado al respecto de los cambios en la acusación derivados de la petición de parte, de manera que, si se lee con detenimiento el actual art. 788.4 LECrim, nada novedoso se afirma en relación con el principio acusatorio y que, por ello, autorice a afirmar que es posible una alteración de la pretensión en trámite conclusiones definitivas.

Este precepto (anterior 793.7), se limita a garantizar el derecho de defensa cuando se produzcan cambios no sustanciales en la pretensión penal ejercitada, cambios referidos expresamente a la tipificación penal y a las circunstancias de agravación de la responsabilidad.

-La modificación de circunstancias agravantes o de un mayor grado de participación o ejecución, no supone en caso alguno (salvo, tal vez, el caso del encubrimiento que plantea muchas más dudas) una alteración del objeto del proceso penal; estas circunstancias, conforme a una doctrina extendida (BELING), forman parte del hecho en su singularidad e integridad, el cual debe ser siempre acusado, en un proceso regido por el principio de legalidad, plenamente y, a su vez, resuelto del mismo modo,

ya que la cosa juzgada lo abarca, en todo caso, en su total integridad y no solo parcialmente.

Otra cosa es que nuestra jurisprudencia y legislación –en un ejemplo característico sin referentes claros en el derecho comparado en países que comparten nuestro modelo procesal–, haya entendido, contrariamente también a lo dispuesto expresamente en el art. 851,4 LECrim, que toda agravación exige petición de parte. En todo caso, esta solución no limita derecho alguno, sino que lo favorece, por lo que ninguna crítica debe merecer.

–De igual manera, la norma contempla las consecuencias de un cambio en la tipificación penal de los hechos. Es muy importante tener en cuenta que este precepto no autoriza en sí mismo este tipo de modificaciones, es decir, no se trata de una norma habilitante, sino que se limita a contemplar la respuesta que debe darse a un supuesto de esta naturaleza. Tal y como sucede en el juicio ordinario con el art. 732, no sería necesario un art. 788,4 en el procedimiento abreviado, para que las partes pudieran modificar el título de condena, dentro de los límites de la pretensión, al establecer sus conclusiones definitivas.

El precepto, pues, autoriza modificaciones en la calificación jurídica de unos hechos ya introducidos en el proceso como relevantes desde un punto de vista jurídico; en este sentido, cuando se altera sustancialmente la pretensión, lejos de variar dicha calificación, lo que hace es introducir nuevos elementos fácticos, anteriormente no contemplados como fundamento del objeto procesal penal. Por tal razón, todo cambio sustancial de la calificación jurídica excede de las previsiones de la norma que, ni siquiera indirectamente, prevé su aplicación a supuestos que entrañen entrada de nuevos hechos en el proceso.

El art. 788,4, pues, se limita a regular un anteriormente inexistente y necesario procedimiento defensivo ante la modificación de la tipificación penal. Así, pues, si la norma no es habilitante y no sirve para autorizar cambios sustanciales, es evidente que, al respecto de los mismos, hay que aplicar la Ley en su conjunto y, especialmente, lo dispuesto en el art. 789,3 y los concordantes que obligan a un determinado deber de correlación; a la luz de todas ellas, habrá que concluir que las variaciones posibles del delito imputado solo podrán ser

aquellas que respeten la sustancialidad de la pretensión, esto es, las que no alteren esencialmente el hecho acusado y el bien jurídico protegido por ambos delitos.

C) En definitiva, a la luz de la redacción expresa del art. 788,3, y puesto en relación con los arts. 732, 789,3 y concordantes, cabe afirmar que este precepto no guarda relación alguna con el principio acusatorio, no habilita, pues, a las partes acusadoras a alterar sustancialmente sus pretensiones iniciales, ni a introducir otras nuevas, sino que se limita, expresamente, a garantizar el derecho de defensa ante modificaciones no sustanciales de la acusación.

De estas afirmaciones se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) En caso alguno pueden las partes acusadoras alterar sustancialmente la pretensión, ya que no hay norma habilitante al efecto, siendo así que, toda limitación de derechos fundamentales, y ésta lo sería si se permitiera una modificación esencial que afectara al principio acusatorio y siempre al derecho de defensa (información de la acusación tardía y sorpresiva, pérdida de posibilidades procesales etc...), exige una ley orgánica que, de modo expreso, autorice la restricción de los derechos.

En este sentido, debe recordarse que la doctrina del TEDH (asuntos Sunday Times, Silver, Funke y Mialhe y Bartholdt entre otros), ha manifestado que toda restricción de derechos fundamentales ha de establecerse en ley de forma explícita, accesible y previsible, de manera que no cabe interpretación extensiva alguna y que, en caso de duda, siempre ha de declararse la vigencia del derecho sin limitaciones.

No existiendo norma limitativa del derecho a la defensa que, de forma explícita autorice a las acusaciones a una modificación sustancial de las mismas, debe preservarse la integridad de la acusación, la única que garantiza plenamente la defensa.

b) Ante cambios propuestos por la acusación de la tipificación penal, que siempre han de serlo de delitos homogéneos o de circunstancias que conduzca a la agravación de la pena, deberá conferirse a las partes la posibilidad de actuar su defensa mediante las alegaciones o pruebas que estimen

convenientes. Si los cambios se limitan al marco de la pretensión, no hay inconveniente alguno, al menos en sentido general, en atribuir a esta facultad la naturaleza de carga.

D) A modo de conclusión.

Admitir excepciones a esta norma, como se ha podido indicar a lo largo de este trabajo, puede acarrear graves consecuencias para el proceso penal, que solo puede ser entendido como aquel que respeta las garantías esenciales previstas en la Constitución; y es que, cualquier relación o interpretación de la ley procesal penal que abre un camino excepcional, se encuentra con dificultades y rompe la armonía que debe presidirla. A título de ejemplo, se podrían citar como consecuencias de admitir cambios sustanciales con base en el art. 788,4 LECrim, los siguientes:

- a. Una interpretación extensiva de la limitación de derechos fundamentales, cual sucede con una norma que no habilita expresamente para ello. Se infringe, pues, el principio de legalidad (arts. 53 y 81 CE).
- b. Desvalorizar el derecho de defensa y atribuirle la naturaleza de una carga o de una mera posibilidad, ya que, ante una nueva acusación, lejos de abrir los cauces procedimentales que, ordinariamente, se establecen para que el proceso se comporte como un mecanismo eficaz de averiguación de la verdad y por ello contradictorio, se limitaría la ley a conceder esa posibilidad a las defensas para actuar un derecho que es fundamental. La defensa, como todos los derechos en un Estado social (art. 1 CE), no son competencia exclusiva de las partes, sino que debe ser promovida por el Estado.
- c. Se afectaría gravemente el derecho de defensa de los ciudadanos. En todo caso

el de ser informado de la acusación en los términos que ese derecho exige. Adicionalmente, el de oponerse eficazmente a la pretensión. Desde luego, y dado que el mecanismo del art. 788,4 no sería eficaz en todo caso, dada la posibilidad de pérdida de elementos probatorios de descargo ocasionados por el retraso, tal vez buscada de propósito o por simple negligencia, no cabe duda de que el mecanismo de la norma solo podría aplicarse atendiendo a la realidad fáctica y probatoria de cada situación, nunca con carácter general. La complicación que ello supondría constituye un obstáculo para su admisibilidad en los términos en que alguna resolución lo ha admitido.

- d. Por último, como se dijo en páginas anteriores, y dada la redacción del nuevo art. 789,3 que permite al tribunal sentenciador plantear a las partes modificaciones en sus conclusiones provisionales que, si son aceptadas, pueden integrar la sentencia, de admitirse que tales alteraciones pueden ser sustanciales y constituir nuevas acusaciones, resultaría que el tribunal se convertiría indirectamente en parte acusadora. Por ello, para preservar la coherencia normativa, no cabe otra solución que limitar el alcance del art. 788,4, como así lo ha entendido el legislador de 2002 que, en modo alguno consideró que las conclusiones definitivas pudieran alterar esencialmente la pretensión. De haber entendido otra cosa, a buen seguro que la redacción del art. 789,3 hubiera sido diferente.

José María Asencio Mellado

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Alicante

NULLA POENA SINE LEGE EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

DR. KAI AMBOS*

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO

Johann Paul Anselm Feuerbach, el gran penalista alemán, en su Tratado de Derecho penal de 1801 formuló la regla según la cual nadie debe ser castigado por una conducta que no sea delictiva en el momento de su comisión, empleando para ello la expresión latina: "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*". Sin embargo, Feuerbach no pensaba tanto en la pena efectiva como en la punibilidad de cierta conducta que, en esencia, está determinada por el *actus reus* (*Tatbestand*), desarrollado cien años más tarde por el académico alemán Ernst Beling². Para Feuerbach, la *lex poena indeterminata* no entraba en contradicción con el principio *nullum crimen*³. De hecho, distinguía entre un sentido amplio y un sentido estricto de *lex poenalis*:

"*Strafgesetz (lex poenalis) im weiteren Sinn, heisst jedes Gesetz, das sich auf Verbrechen und deren Bestrafung bezieht. Im engeren Sinn ist es ein Gesetz, welches eine Strafdrohung gegen gesetzwidrige Handlung zu seinem Inhalt hat und besteht in der kategorischen Erklärung der Notwendigkeit eines sinnlichen*

Uebels auf den Fall einer bestimmten Rechtsverletzung"⁴.

Parece que Feuerbach sólo aplicaba la regla *nulla poena* a la ley penal en sentido estricto, como si, por su parte, la ley penal en sentido amplio no necesitara penas precisas. Como consecuencia de ello, el juez era libre para fijar la pena en el caso de las llamadas *absolut unbestimmte Strafen* (penas absolutamente indeterminadas)⁵ y sólo estaba vinculado por algunos principios generales⁶. Por regla general, el juez podía imponer cualquier pena en estos casos, incluso la pena de muerte⁷. Estas penas indeterminadas no violaban el principio *nulla poena* siempre y cuando la infracción penal previera la imposición de algún castigo. Por otro lado, en el caso de las penas previstas por la ley (las llamadas *absolut bestimmte Strafen* – penas absolutamente determinadas) el juez tenía que imponer la pena de acuerdo con dicha ley. De forma similar, la posición dominante en la doctrina (alemana) de la primera mitad del siglo XIX no advertía ningún conflicto entre el principio *nulla poena* y las penas absolutamente indeterminadas⁸.

Aunque Feuerbach fue quien dio nombre al principio *nullum crimen, nulla poena*, la regla como tal no

* Título original: "Nulla poena sine lege in International Criminal Law", en HAVEMAN/OLUSANYA, *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Amberes-Oxford, 2006, pp. 17-35. Trad. española a cargo de Albert Estrada i Cuadras (Universitat Pompeu Fabra). Agradezco al Dr. Shahryar Ebrahim-Nesbat, (antiguo) investigador en el Departamento de Derecho penal internacional y extranjero del Instituto de Derecho Penal y Justicia de la Universidad de Göttingen (Alemania), por su ayuda en la investigación realizada para la elaboración de este artículo.

1 FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Penlichen Rechts*, 1.ª ed., Giessen, 1801, § 24 (p. 20).

2 Tipo (n. del t.)

3 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 14, (p. 113).

4 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 84, p. 65, § 113 (p. 94).

5 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 81 (p. 63) [La traducción española del texto alemán reproducido *supra* reza así: "la ley penal (*lex poenalis*) en sentido amplio es aquella ley que se refiere al delito y a su punición. En sentido estricto es una ley cuyo contenido es una conminación penal frente a una acción ilícita y se basa en la justificación categórica de la necesidad de un mal con sentido en caso de una determinada vulneración del Derecho" (n. del t.)]

6 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 113 (p. 94) y § 86 (p. 66)

7 Para una descripción detallada de estos principios FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 114 y ss. (especialmente importante es la peligrosidad del acto).

8 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 86 (p. 66), con nota al pie.

9 BAUER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2.ª ed., Göttingen, 1833, § 23; DARELOW, "Wie dachten die Alten über das Strafrecht des Staates?", *Neues Archiv des Criminalrechts*, 3, (1819), p. 617, p. 626; TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 2.ª ed., vol. 1, Halle, 1822, pp. 17-18; ROSSHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts*, Heidelberg, 1821, § 93, pp. 175-176.

fue de ningún modo obra suya. De acuerdo con la perspectiva tradicional del Derecho inglés, esta regla puede encontrarse ya en la *Magna Carta* (1215), cuyo art. 39 prohíbe cualquier restricción de la libertad de un hombre a menos que esté basada en un juicio justo o en la ley de la tierra: *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*⁹. La *lex terrae*—la ley de la tierra— es lo que hoy conocemos como el *common law*. *Edward Coke* lo tradujo más tarde en su famosa "*Institutes*" (1628) por "*due process of law*"¹⁰. Así, el principio *nullum crimen* se convirtió en un aspecto del concepto más amplio del debido proceso legal, que va mucho más allá de la mera protección contra la retroactividad de las leyes penales¹¹. De hecho, ya en 1798 se reconoció que la prohibición de leyes *ex post facto* del art. I.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (1783), que en su exclusiva literalidad restringe el poder legislativo¹², se refería a las leyes penales¹³, extendiéndose después al sistema judicial a través de la incorporación de la regla *ex post facto* a la cláusula del debido proceso¹⁴. Por último, aunque no menos importante, merece la pena recordar que el famoso filósofo inglés *John Locke* desempeñó un significativo papel en la diseminación del principio *nullum crimen*. Así, en su conocido "*Treatises of Government*" escribió:

«El poder absoluto y arbitrario ni el gobernar sin leyes fijas y permanentes pueden conciliarse con los fines de la sociedad y el gobierno (...). No puede suponerse que se propusieran, si tuvieran el poder de hacerlo, otorgar a uno cualquiera o a más de uno un poder absoluto y arbitrario sobre sus personas (...). Y, por tanto,

cualquiera sea la forma bajo la cual se halle la república, el poder dirigente debiera gobernar mediante leyes declaradas y aceptadas y no por medio de repentinos dictados e indeterminadas resoluciones. (...) Porque siendo todo el poder que el gobierno tiene para el bien de la sociedad, así como no debiera ser arbitrario y empleado a capricho, de igual modo debiera ser ejercido mediante leyes establecidas y promulgadas, a fin de que el pueblo pudiera conocer su deber y a la vez sentirse resguardado y seguro dentro de los límites de la ley, y, asimismo, para que los gobernantes se mantuvieran dentro de sus facultades, y no se sintieran tentados por el poder que tienen en sus manos a emplearlo para propósitos y medidas tales, que no desearían que fueran conocidos ni reconocerían de buen grado»¹⁵.

En el continente (europeo), el *ius commune* mostró originariamente poco interés en una determinación precisa de la pena. La famosa *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V (1532) contenía una regla general para penas imprecisas y, mientras el art. 126 de la *Bambergische Halsgerichtsordnung* (1507) limitaba la discreción del juez o "Schöppen"¹⁶ obligándole a recurrir a consultores legales en caso de penas imprecisas, el art. 105 CCC dejaba la determinación de la pena a la total discreción del juez¹⁷. Por esta razón, *Benedict Carpov* llamó a esta pena "*poena arbitraria*" o "*poena extraordinaria*"¹⁸. Por su parte, el académico italiano *Cesare Beccaria*, en su clásico "*Dei delitti e delle pene*" (1764) defendió que la certeza, la previsibilidad y la seguridad jurídica estuvieran garantizadas por

9. WAGNER, *Magna Carta Libertatum von 1215*, Berna, 1951, p. 22.

10. COKE, *Institutes of the Laws of England*, parte II, 4.ª ed., 1671, cap. 29, "Per legem terrae", pp. 51-55; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Fráncfort d. M., 1976, pp. 52 y ss.

11. SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“*, Informe legal de 1946 editado por H. QUARITSCH, Berlín, 1994, p. 20; HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2.ª ed., Indianápolis, 1960, pp. 30-31.

12. "No bill of attainder or *ex post facto* law shall be passed" ["No se aprobarán decretos de proscripción ni leyes *ex post facto*" (n. del t.)].

13. *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386.

14. Cfr. ATRILL, "Nulla poena sine lege in comparative perspective: Retrospectivity under the ECHR and US Constitution", *Public Law*, 110 (2005), con referencia (nota 11) al caso *Fogers v. Tennessee* 532 U.S. 451 (2001).

15. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, "Tratado Segundo", § 137, pp. 377-378 (énfasis en el original) [Traducción española del texto reproducido *supra* a cargo de Mario H. Gálchico en LOCKE, J., *Segundo Tratado de Gobierno*, Buenos Aires 1959, pp. 109-110 (n. del t.)].

16. Los "Schöppen" eran expertos legales y normalmente ocupaban una "Schöppenstuhl" en la Facultad de Derecho, emitiendo opiniones legales para preparar el veredicto final, ver BUCHDA, en EHLER et al. (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. I, Berlín, 1971, col. 83-86, voz "Aktenversendung" y BATTENBERG, en *ibidem*, vol. 4, 1990, col. 1474-1478, voz "Schöppenstuhl". Sobre esta tradición del "envío del expediente" (*Aktenversendung*) y los diferentes órganos consultados, ver OESZMANN, en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2004, pp. 127 y ss.

17. ROSENERT, *Lehrbuch*, pp. 176-177.

18. FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 159, p. 122.

la estricta letra de la ley frente a la interpretación arbitraria e ilimitada de los jueces¹⁹. La revolución francesa recogió estas ideas en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), cuyo art. 7 prohíbe cualquier restricción de la libertad excepto "*dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites*". Más explícitamente, el art. 8 se refiere a la prohibición de retroactividad: "(...) *et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*"²⁰. Mientras el *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (Derecho general de la tierra para los Estados Prusianos, 1794) aún dejaba a los jueces discreción en la determinación de la pena sometiéndoles solo a un límite máximo²¹, la Constitución prusiana (1850) adoptó, en su art. 8, la misma posición que la Declaración francesa: "*Strafen können nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht und vollstrecht werden*"²². De forma semejante, el art. 4 del Código Penal francés (1810) y el § 2 del Código Penal prusiano (1851) requerían un castigo que debía estar determinado por la ley con anterioridad a la comisión del delito²³. Por último, aunque no menos importante, merece la pena mencionar que el gran jurista alemán *Rudolf von Jhering* enfatizó que el principio de legalidad se fundamenta en el sentido formal de la letra de la ley²⁴.

Este breve recorrido histórico permite alcanzar algunas conclusiones que pueden contribuir a la correcta comprensión del principio *nulla poena* en el Derecho penal internacional de hoy. En primer lugar, es llamativo que las fuentes históricas no distinguieran entre *nullum crimen* y *nulla poena*. De hecho, la fórmula introducida por *Feuerbach*, que, a primera vista, parece poner al mismo nivel *crimen* y *poena*, influyó fuertemente las sucesivas concepciones. La misma expresión puede encontrarse todavía en el discurso actual de la mayoría de los juristas del *civil law* (con la excepción de los franceses)²⁵ así como en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y la doctrina penal internacional (ver *infra* 3). Sin embargo, mientras *Feuerbach* y los actuales penalistas distinguen de manera sustancialmente correcta entre *crimen* y *poena* –el primero referido a la punibilidad de una determinada conducta; el segundo a su (concreto) castigo²⁶– no parece ser éste el caso en la jurisprudencia ni tampoco en la literatura penales internacionales en general²⁷. Como consecuencia, a menudo se ignora la necesaria diferenciación entre las concretas repercusiones de estos principios. Una segunda conclusión a extraer es que la regla original se refería casi exclusivamente a la prohibición de leyes penales retroactivas, retrospectivas o –en terminología estadounidense– leyes penales ex

19 Véase el primer párrafo en el cap. III ("Consequenze"): "*La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretare le pene su i delitti, e quest' autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale, nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino*". Véase también cap. IV ("Interpretazione delle leggi"). Se puede acceder al original italiano en <http://digilander.libero.it/bepi/delitti/>. Hay traducciones en varios idiomas, ver, p.ej., para una versión en castellano, BARRERA, *De los delitos y las penas*, 3.ª ed., Bogotá, 2003, pp. 12-13 y ss.

20 Art. 7 y art. 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 en DEBBASCH/PONTIER, *Les Constitutions de La France*, 3.ª ed., París, 1996, p. 10.

21 Parte II, Título 20, §§ 45 y ss., reimpresso en BUECHMANN, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte*, Múnich, 1998, p. 277 y ss. Cfr. para un relato histórico, KOCH, "Bestimmtheitsfordernisse", HRG 2.ª ed. (próxima publicación), vol. 1, voz "Bestimmtheitsfordernisse".

22 "Las penas sólo pueden imponerse y ejecutarse de acuerdo con la Ley".

23 Para más detalles véase HEFFTER, "Bemerkungen über Anwendung und Auslegung des neuen Strafgesetzbuchs", *Goldammer's Archiv*, 1 (1853), pp. 26-27.

24 VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Segunda Parte, Sección Primera, 3.ª ed., Leipzig, 1874, p. 49; lo. *El espíritu del derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, (trad. española E.P. Satorres), tomo II, 1891, p. 56; lo. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. francesa O. de Meulenaere), tomo II, 1877, p. 48 y ss.

25 Véase ME PLIG, *Derecho Penal: Parte General*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, p. 110 y ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, 7.ª ed., Milán, 2004, p. 15 y ss. Críticamente RÖHM, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 5, n.º marg. 22, nota al pie 27: "Heute formuliert man meist: nullum crimen, nulla poena sine lege, indem man zwischen strafbaren Verbrechen (crimen) und Strafe (poena) unterscheidet. Feuerbach faßte in dem Wort poena beides zusammen, wie dies auch jetzt noch nicht seltener geschieht" ["Hoy en día la formulación más frecuente es *nullum crimen, nulla poena sine lege*, diferenciando entre conducta punible (crimen) y pena (poena). Feuerbach incluyó ambos en el término 'poena', como todavía sucede hoy en ocasiones" (n. del I.)]. Diferenciando entre "crimen" y "poena" STREIN/LEROUSSUR/BAILLAC, *Droit pénal général*, 18.ª ed., París, 2003, n.º marg. 132 y ss.

26 Uno de los pocos autores en Derecho penal internacional que ha escrito en este sentido es DAMA, *Nulla poena sine lege: Is the ICC in compliance?*, tesis de LLM, Leiden, 2002, p. 9. Véase también HAVEMAN, "The principle of legality", en HAVEMAN/KAVIRAV/NICHOLLS (eds.), *Supranational criminal law: a system sui generis*, Amberes, 2003, p. 64.

27 Véase, como ejemplo reciente, MARTINI, "Il principio *nulla poena sine lege* e la determinazione delle pene nel sistema della Corte Penale Internazionale", en CASSESE/CHIARIGIO/DE FRANCESCO (eds.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Turín, 2005, p. 215 y

post facto. Más allá del elemento *lex praevia*, que es una parte explícita de la fórmula de Feuerbach, es difícil encontrar los demás elementos que hoy se atribuyen usualmente al principio, esto es, los requisitos de *lex certa* (certeza de los elementos de la infracción penal), *lex stricta* (prohibición de analogía *in malam partem*) y *lex scripta* (ley escrita)²⁸. De hecho, en la Declaración francesa de 1789 sólo pueden encontrarse referencias a la regla *lex scripta* cuando habla de las formas de la ley "*qu'elle a prescrites*" (art. 7) y de la "*loi établi et promulguée*" (art. 8). No obstante, el problema de este requisito es que no está reconocido en las jurisdicciones del *common law*²⁹, especialmente en aquellas donde éste aún rige en buena medida, es decir, en los ordenamientos jurídicos que forman parte del Reino Unido y, en particular, aquellos (p.ej. en África) basados en el *common law* inglés³⁰. Para el jurista tradicional del *common law*, la exigencia de una ley escrita podría aparecer como excesivamente formalista³¹, especialmente en lo que respecta a los delitos *mala in se*. El fundamento de la distinción *mala in se/mala prohibita* es convincente siempre y cuando uno no se pierda en las sutilezas de la cualificación de delitos concretos: dado que el carácter criminal de un acto *mala in se* es reconocible por todo el mundo, en todo momento y de acuerdo con el puro sentido común, resulta innecesaria su explícita codificación como infracción penal; por el

contrario, un acto *malum prohibitum* debe ser prohibido por la ley para ser considerado aceptado como criminal en la medida en que no reúne (*per se*) tal condición³².

Ante estas distintas comprensiones entre las jurisdicciones del *civil law* y las del *common law*, no es sorprendente que el Derecho comparado ofrezca una imagen heterogénea. Algunos sistemas jurídicos, como, por ejemplo, Francia, Bélgica y Suiza, distinguen entre *nulla poena* y *nullum crimen* y aplican también la *lex certa* al castigo³³. Algunas constituciones contienen el principio de legalidad, por ejemplo, el art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana³⁴, mientras otras solo prevén la prohibición de retroactividad, como, por ejemplo, el art. 1.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (antes mencionado)³⁵. El principio también está constitucionalmente reconocido en el Derecho árabe-islámico, fuertemente influenciado por la tradición del Derecho continental³⁶. En un nivel regional supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, buscando un término medio entre las jurisdicciones continentales y las del *common law* que forman parte del sistema europeo de derechos humanos, limita el principio *nullum crimen, nulla poena* establecido en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la "accesibilidad" y "previsibilidad" de la ley penal³⁷, permitiendo explícitamente el "progresivo de-

ss. Este autor pretende referirse al principio *nulla poena* (ver el título de su contribución) y empieza citando el art. 23 del Estatuto de la CPI, pero en realidad se refiere al principio *nullum crimen, nulla poena* tal y como fue formulado por Feuerbach y desarrollado durante la Ilustración (*ibidem*, pp. 216-220) antes de llegar, al menos parcialmente, a las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena.

28 Para una visión general, cfr. HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, p. 40 y ss.; DANA, "Reflections on the ICC Sentencing Provisions and the Rights of the Accused in light of the Nulla Poena Principle", en KUP et al. (eds.), *Liber Amicorum et Amicorum voor Prof. mr. E. Prakken*, Deventer, 2004, p. 351 y ss., ambos con amplias referencias.

29 Cfr. SCHMITT, *Das internationalrechtliche*, pp. 20-21. HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, pp. 41-42. Para un análisis distinto ver FORNASARI, "Il principio di legalità", en FORNASARI/MENGHINI (eds.), *Percorsi europei di diritto penale*, Padua, 2005, p. 1, p. 10 y ss.

30 Con una visión más crítica, v. recientemente, ASHWORTH, "Human rights, criminal law and the principles of legal certainty", en ARYLOD et al. (eds.), *Festschrift für Albin Eser*, Munich, 2005, p. 55.

31 Cfr. SCHABAS, "Perverse Effects of the Nulla poena principle: National practice and the ad hoc tribunals", *European Journal of International Law* 11 (2000), p. 538, quien habla de "obsession textuelle" (en el contexto de los crímenes internacionales).

32 Muy claro a este respecto ya SCHMITT: *Das internationalrechtliche Verbrechen*, pp. 21-22.

33 STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, n.º marg. 132; BREMER, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen*, Frankfurt a.M. 1999, con referencias a Suiza (p. 257 y ss.) y Bélgica (p. 322 y ss.).

34 Principio de legalidad: art. 14 de la Constitución de Bélgica de 1994; § 6.ª de la Constitución de Finlandia de 1919; art. 7.1 de la Constitución de Grecia de 1975; art. 14 de la Constitución de Luxemburgo de 1868/1996; cfr. DRIEER/SCHULZE/FIELTZ, *Grundgesetz Kommentar*, 2000, art. 103.2, n.º marg. 8.

35 Prohibición de retroactividad; art. 15.5 de la Constitución irlandesa de 1972; art. 25.2 de la Constitución italiana de 1947; art. 16 de la Constitución holandesa de 1983; Capítulo 2 § 10.1 de la Constitución sueca de 1975; art. 25.1 de la Constitución española de 1978. Una combinación de ambos principios en § 96 cláusula 1 y § 97 de la Constitución noruega de 1967; art. 29.1.3 de la Constitución portuguesa de 1976; art. 33.1-3 de la Constitución turca; véase DRIEER et al., *Grundgesetz Kommentar*, art. 103.2, n.º marg. 8.

36 Ver, por ejemplo, el art. 66.2 y 3 de la Constitución egipcia de 1971/1980 en BAUMANN/EBERT, *Die Verfassungen der Mitgliedsländer der Liga der arabischen Staaten*, Berlin, 1995, p. 64. Para otras veinte constituciones más, cfr. *ibidem*.

37 *Achour v. France* (n.º de asunto 67335/01), Sentencia de 10 de noviembre de 2004, § 83. "Cuando habla de 'ley' el art. 7 alude al mismo concepto al que se refiere la Convención en los demás lugares en que utiliza este término, un concepto que incluye tanto a la ley como a la jurisprudencia e implica requisitos cualitativos, entre los que se incluyen los de accesibilidad y previsibilidad (ver, entre otras

sarrollo del Derecho penal a través de la creación judicial de Derecho", que es Derecho no escrito³⁸. Éste es un enfoque subjetivo, es decir, que construye el *nullum crimen* desde la perspectiva de las expectativas del ciudadano sujeto al Derecho penal, y no objetivamente, desde la perspectiva de la competencia exclusiva que ostenta el legislador para codificar normas penales³⁹. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue este enfoque, refiriéndose explícitamente a la jurisprudencia del TEDH y abogando por "la clarificación gradual de las reglas de responsabilidad criminal"⁴⁰. En resumen, puede afirmarse que el principio *nullum crimen, nulla poena* contiene, como componentes básicos, los principios de *lex praevia* y *lex certa*⁴¹. En cuanto al principio *lex stricta*, la situación resulta menos clara. Puede considerarse como el equivalente al principio de construcción o interpretación estricta⁴², tal y como ha sido desarrollado en Derecho inglés⁴³, de acuerdo con el cual los jueces deben interpretar la ley penal de manera restrictiva, favoreciendo al reo en caso de duda. Sin embargo, si el requisito de *lex stricta* se entiende únicamente en el sentido de prohibición de analogía *in malam partem* resulta difícil su aplicación a las jurisdicciones del *common law*, en las que el recurso a la analogía no está prohibido, sino que debe entenderse como parte del proceso de descubrimiento propio de la creación judicial del Derecho⁴⁴, en la

medida en que éste todavía se acepte (como en los sistemas legales del Reino Unido).

2. NULLA POENA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL, AUNQUE IMPRECISO, DEL DERECHO INTERNACIONAL

Empezando por los instrumentos generales de derechos humanos, resulta claro que el principio *nulla poena* está reconocido en todos ellos de manera más o menos explícita. El art. 11.2.^a de la DUDH, el art. 15.1.2.^a PIDCP y el art. 7.1.2.^a CEDH excluyen la posibilidad de una "pena más severa (...) que aquella aplicable en el momento en que se cometió la infracción penal o criminal". Ello significa que el castigo impuesto no debe superar el máximo de pena disponible en el momento en que se cometió el hecho⁴⁵.

El artículo 15.1.3.^a PIDCP complementa la prohibición de una pena (más grave) retroactiva con el derecho del delincuente a beneficiarse de una pena más benigna si así se prevé por ley después de cometerse la infracción. En resumen, estas disposiciones contienen la regla *lex praevia* en relación con el castigo aplicable en el momento de comisión, complementada por la regla de la *lex mitior*⁴⁶. Sin embargo, no se hace mención alguna a la *lex certa*, esto es, a la certeza, la naturaleza o la grave-

autoridades. *Cantoni v. France*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1627, § 29. *Coëme and Others*, citado *supra*, § 145; y *E.K. v. Turkey*, n.º 28496/95, § 51, 7 February 2002). Véase también, SCHABAS, nota 31, p. 538; HAVEMAN, en *Supranational criminal law*, p. 50; FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in national Courts*, tesis doctoral, Universidad de Amsterdam, 2005, pp. 269-270 (se ha publicado una edición comercial de esta tesis por T.M.C. Asser Press, Amsterdam, 2006).

38 *S. W. v. the United Kingdom y C. R. v. the United Kingdom*, Sentencias de 22 de noviembre de 1995, series A, n.º 335-B y 335-C, § 36, respectivamente. Ver también AMBOS, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 86 (2003), p. 31, p. 38 y ss. ASHWORTH, *Human rights*, p. 55 y ss.

39 Sobre esta división objetivo-subjetiva véase, en la doctrina tradicional, MAINWALD, "Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele", en LACKNER, K., et al. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin, 1973, p. 141; EHRH, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Frankfurt d. M., 1996, pp. 16-17, ambos con más referencias.

40 *Dansk Rørdustri v. Commission*, Sentencia de 28 de junio de 2005, C-189/02 P, §§ 215-217.

41 Véase también ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 4.ª ed., Oxford, 2003, p. 70: "regido por leyes fijas, conocibles y ciertas"; también SEMESTER/SULLIVAN, *Criminal law: Theory and Doctrine*, Oxford, 2004, p. 37. En EE.UU. la regla de *lex certa* consiste en la doctrina de la "Void-for-Vagueness Doctrine" del Tribunal Supremo ("doctrina de la nulidad por vaguedad" (n. del t.)), véase LAFAVE, *Criminal Law*, 4.ª ed. (Student edition), St. Paul - Minnesota, 2003, p. 103: "Una indebida vaguedad en la ley supondrá que ésta sea declarada inconstitucional, tanto por la incertidumbre de sus destinatarios sobre cuál es la conducta prohibida como acerca de cuál es el castigo que se impondrá" (*US v. Evans*, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92, L. Ed 823 [1948]). ver también HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, p. 43.

42 En este sentido (amplio) DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 352-353.

43 HALL, *General Principles*, p. 38 y ss.; ASHWORTH, *Principles*, pp. 80-82.

44 Ver HAVEMAN, en *Supranational Criminal law*, pp. 47-48, con más referencias.

45 *Coëme v. Belgium*, n.º de asunto 32492/96, 32547/96, 32548/96, de 22 de junio de 2000, § 145.

46 La regla de *lex mitior* no fue aceptada por los EE.UU., pues "en el Derecho de los EE.UU. (...) se aplica la pena en vigor en el momento de comisión de la infracción penal" (Reserva al art. 15.1 PIDCP, ver www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm).

dad de las penas. En particular, la mera referencia a la "pena más grave" no puede interpretarse como un requisito de penas precisas⁴⁷. La falta de una exigencia de penas precisas se ve confirmada por el § 2 del art. 15 PIDCP y por el art. 7 CEDH, pues ninguna de estas disposiciones se refiere en ningún caso a una pena⁴⁸. Únicamente en relación con la *pena de muerte* puede extraerse una conclusión más precisa en la medida en que, aunque no está absolutamente prohibida, sólo puede ser aplicada "a los más graves crímenes y de conformidad con la ley en vigor en el momento de comisión" (art. 6.2 PIDCP, 2.1 CEDH), es decir, debe estar expresamente prescrita por la ley⁴⁹.

Dada esta escasez de información en relación con el contenido del principio en los instrumentos de derechos humanos, no es sorprendente que el elemento *lex certa* del principio *nulla poena* sea prácticamente ignorado por el Derecho penal internacional. Las convenciones de Derecho penal internacional, ya sea en el terreno del Derecho internacional humanitario, ya en el de otras áreas con crímenes específicos (p.ej. terrorismo, tráfico de drogas, *apartheid*, tortura) no contienen penas específicas ni determinan las penas a imponer por estas infracciones penales⁵⁰. La principal justificación a esta evidente ausencia de estándares en la determinación de la pena consiste en que estos tratados responden al modelo de aplicación indirecta y, por lo tanto, dejan el castigo y su persecución en manos de los estados parte; *estos últimos*

están obligados a proporcionar un castigo por los crímenes de los tratados incorporados en su Derecho interno⁵¹. Obviamente, esta justificación no funciona con el modelo de aplicación directa. En la medida que la comunidad internacional, o sólo un número determinado de Estados, constituyen tribunales penales internacionales, sin duda ayudaría a la legitimidad de estos tribunales el hecho de que las infracciones penales bajo su jurisdicción tuvieran atribuida una pena concreta o, al menos, su jurisprudencia fuera consistente al respecto. Ello tendría como efecto, en todo caso, que la concreta condena fuera más predecible que con la mera previsión de una pena máxima, como sucede tanto en los TPIY y TPIR⁵² como en la CPI⁵³. La razón de la ausencia de penas concretas en *estos* casos son las grandes divergencias prácticas en la forma de imponer las penas entre los diferentes sistemas de justicia penal nacionales⁵⁴, así como las discrepancias entre los Estados sobre las concretas penas que deberían preverse. Incluso la CDI, supuestamente un grupo de expertos en Derecho internacional, no fue capaz de especificar penas precisas en los varios Proyectos de Código de Crímenes contra la Seguridad y la Humanidad y en su Proyecto de Estatuto para la CPI, aunque reconoció la necesidad de la existencia de penas precisas⁵⁵. De forma similar, durante el proceso de negociación del Estatuto de la CPI —en el Comité Ad Hoc y en el Comité de Preparación, así como en la Conferencia del Tratado en Roma— varias delegaciones abogaron por una mayor precisión en

47 Por tanto, la postura adoptada por NIEHOFF, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerstrafrechts*, Frankfurt d.M., 1999, pp. 10-11, de que estas previsiones implican una "konkrete Sraldrohung" ["concreta amenaza de pena" (n. del t.)] no puede considerarse correcta.

48 El art. 15.2 PIDCP establece: "nada en este precepto debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones". El art. 7.2 CEDH dice: "este artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Véase también, NIEHOFF, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen*, p. 11.

49 Con más detalle véase DANA, *Nulla poena sine lege*, pp. 24 y 27.

50 Ver BASSIGNI/MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996, p. 269; "ninguno de los 315 instrumentos de Derecho penal internacional" prevé penas específicas.

51 HAVEMAN, en *Supranational Criminal Law*, p. 54.

52 Cfr. los arts. 24/23 de los respectivos estatutos y la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba: "prisión por un plazo determinado o por el resto de su vida". Véase para un análisis reciente de la jurisprudencia del TPIY, OLUŠANYA, *Sentencing war crimes and crimes against humanity under the ICTY*, Groningen, 2005, pp. 55 y ss., 139 y ss., criticando el "sistema a la carta" (p. 8, citando a ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 2.ª ed., 1995, p. 321), y el "sistema de lotería" (p. 139) en la determinación de la pena. Véase también DANA, "Revisiting the Blaskic sentence: some reflections on the sentencing jurisprudence of the ICTY", *International Criminal Law Review*, (4) 2004, p. 321, que toma como ejemplo la condena de la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaskic*.

53 Ver el art. 77.1 del Estatuto de la CPI: "pena de prisión (...) de hasta 30 años"; "privación perpetua de libertad".

54 Véase, para un estudio comparado de condenas por crímenes graves, el informe preparado por el Instituto Max Planck en Derecho Penal Extranjero e Internacional por encargo del TPIY; SIEBER (ed.), *The punishment of serious crimes*, vol. 2, Friburgo i.Br., 2004.

55 Ver SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, art. 23, n.º marg. 2, p. 463.

la previsión de las penas con base en el principio *nulla poena*⁵⁶. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo⁵⁷. Lo único que se consiguió fue una remisión indirecta a la legislación y práctica nacionales en materia de determinación de la pena a través de la disposición de Derecho aplicable (art. 21) que en el subapartado 1.c se refiere –como una tercera fuente para la CPI– a los “principios generales del Derecho derivados (...) de los ordenamientos nacionales”. Sin embargo, una remisión aún más precisa, como la contenida en los Estatutos del TPIY y TPIR (arts. 24 y 23.1), fue finalmente eliminada por falta de consenso⁵⁸. En efecto, en el Derecho del TPIY y del TPIR, la llamada disposición de Derecho nacional fue inspirada por razones de *nulla poena*⁵⁹, pero, en realidad, la jurisprudencia de los Tribunales la dejó sin uso al considerar que la regla no era ni preceptiva ni vinculante⁶⁰. En cuanto a la formulación del principio *nulla poena* en sí mismo, el Estatuto de la CPI contiene en el art. 23 una breve disposición que, leída conjuntamente con el art. 77, permite la privación de libertad durante un máximo de treinta años o de por vida, además de una multa y el comiso⁶¹. Una propuesta procedente de México para una previsión más detallada de las penas no fue aceptada⁶².

De lo dicho hasta ahora puede concluirse con seguridad que mientras parece existir una *opinio iuris* emergente favorable a una observación más es-

tricta del principio *nulla poena*, esta opinión no se ve acompañada por la práctica estatal⁶³. Ésta última más bien indica que los estados no se sienten obligados –por razón del principio *nulla poena*– a imponer penas precisas para las infracciones penales que entran dentro del ámbito de jurisdicción de los tribunales penales internacionales. Esta interpretación se ve confirmada por los instrumentos internacionales de derechos humanos que, como se ha dicho antes, sólo contienen el atributo *lex praevia* del principio *nulla poena*, complementado por la regla *lex mitior*. El art. 23 del Estatuto de la CPI no cambia la *lex lata* internacional. Solamente reafirma –juntamente con el principio *nulla poena* en los arts. 22 y 24 del Estatuto– que la CPI no debe aplicar penas que no estén previstas en el Estatuto, esto es, contiene los componentes *lex praevia* y –adicionalmente– *lex scripta* del *nulla poena*. Sin embargo, ello no resulta –junto con el art. 77 del Estatuto– en penas sustancialmente más precisas que las previstas por los Estatutos y Reglas del TPIY y el TPIR. Si bien podría considerarse el Estatuto de la CPI como una mejora en términos de *lex certa*, teniendo en cuenta el mecanismo de revisión preceptiva de las sentencias (art. 110) y las reglas en caso de condenas múltiples (art. 78.3)⁶⁴, dicho Estatuto no llega a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas⁶⁵. Por el contrario, el Esta-

56 Informe del Comité Ad Hoc para el establecimiento de la CPI. UN Doc. A/50/22, § 187; véase también el informe del Comité de Preparación para el establecimiento de la CPI, vol. I, UN Doc. A/51/22 § 308.

57 Ver FIFE, en TRIFFTERER, *Comentary*, art. 77, p. 989 y ss.; así como FIFE, en LEE, *International Criminal Court*, Ardsley (NY), 2001, p. 558 y ss.; también SCHABAS, nota 31, p. 537.

58 Ver SCHABAS, nota 311, p. 537, citando al presidente del grupo de trabajo sobre penas.

59 SCHABAS, nota 31, p. 525.

60 *Prosecutor v. Delalic et al.*, asunto n.º IT-96-21-T., Sentencia de 16 de noviembre de 1998, §§ 1194, 1210 y ss.; *Prosecutor v. Krstic*, asunto n.º IT-98-33, Sentencia de 2 de agosto de 2001, § 679; *Prosecutor v. Kunarac*, asunto n.º IT-96-23, Sentencia de apelación de 12 de junio de 2002, § 349; *Prosecutor v. Jokic*, asunto n.º IT-01-42/1-A, Sentencia de apelación de 30 de agosto de 2005, §§ 37-38 con más referencias en la nota al pie 98. Para una discusión crítica y detallada especialmente sobre el límite de veinte años en la condena del Código Penal de la SFRY y sobre cómo fue superado por el TPIY, véase SCHABAS, nota 31, p. 528 y ss.; HANEMAN, en *Supranational Criminal law*, p. 68 y ss., sobre una violación del principio *nulla poena* a través de la Regla 101; BASSIOUNI/MANIAS, *The Law*, pp. 701-702.

61 Cfr. por un análisis más detallado, DANA, en *Liber Amicorum*, p. 353 y ss.; MARTINI, en *Problemi*, pp. 233 y ss., y 241 y ss. Para un análisis de la disposición de *nullum crimen* en el proyecto de Estatuto de la CPI cfr. CATENACCI, en LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court*, Nápoles, 1998, p. 159 y ss.

62 “No puede imponerse una pena a un condenado, dentro de la jurisdicción del Tribunal, a menos que esta pena esté expresamente prevista por la Ley y sea aplicable al crimen en cuestión” (UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.4).

63 Así ya TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo d.B., 1966, p. 131, concluyendo que el principio *nulla poena* en Derecho penal internacional no requiere una “nach Art und Höhe bestimmte Strafandrohung” [“amenaza penal determinada en cuanto a su clase y gravedad” (n. del L.)]. Ver más recientemente METTRALIK, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, p. 357; “una existencia quasi etérea”, y FERDINANDJISE, *Direct Application*, p. 258: “el principio de legalidad (...) no precluye la persecución de los crímenes nucleares en el caso de ausencia de penas específicas (...) ningún tribunal ha considerado inaceptable el castigo por un crimen nuclear en base al principio *nulla poena* (...)”.

64 DANA, en *Liber Amicorum*, pp. 358-359. En relación con el art. 78.3 ver también MARTINI, en *Problemi attuali*, pp. 247-248.

65 Para una valoración mucho más positiva, TRIFFTERER, *Gedächtnisschrift für Theo Vögler*, Heidelberg, 2004, p. 221, quien considera que “queda sólo un pequeño paso” para ordenamientos nacionales como el austriaco, por ejemplo. También JESCHÉK, “The General

tulo de la CPI sigue configurándose con los mismos caracteres de compromiso que ya informaron los Estatutos del TPIY y TPIR: *generalidad y ambigüedad*⁶⁶. En cuanto a lo primero, las penas máximas previstas en el Estatuto de la CPI son aplicables a todos los crímenes, sin distinguir entre ellos *in abstracto* en base a su injusticia y gravedad. El estándar de gravedad sólo aparece como un criterio para guiar la discreción judicial respecto a la distinción entre privación de libertad temporal o perpetua en la forma de una "extrema gravedad" (cfr. art. 77.1.a y b) y respecto a la determinación concreta de la pena (art. 78.1). Este estándar, no obstante, es altamente ambiguo, especialmente en su forma más "extrema", y otorga a los jueces una amplia discreción que sólo está limitada, en realidad, por la exclusión de la pena de muerte y la existencia de una pena máxima. De ahí que no haya surgido (todavía) una norma consuetudinaria en relación con el componente *lex certa* –en el sentido de penas precisas– del principio *nulla poena*. Tampoco puede inferirse una regla en este sentido del contenido del art. 38.1.c del Estatuto de la CIJ, como si de un principio general del Derecho se tratara. Aunque el Derecho comparado reconoce –aparte de la característica de *lex praevia*– el elemento *lex certa* del *nulla poena* (ver *supra* § 1 *in fine*) esto no significa automáticamente que para los crímenes *internacionales* sean precisas penas concretas. En primer lugar, el requisito de la *lex certa* puede ser entendido de una forma más o menos precisa. Si se reduce a los caracteres de accesibilidad y previsibilidad, como hacen el TEDH y la mayoría de las jurisdicciones del *common law*, se obtiene cierta flexibili-

dad y no son necesarios marcos penales precisos para crímenes individuales. De hecho, los sistemas jurídicos nacionales difieren remarcablemente en cuanto a la precisión de sus penas⁶⁷: la mayor parte de las jurisdicciones del *civil law* prevén marcos penales –normalmente algo amplios– (basta con observar las "partes especiales" de sus Códigos penales), mientras los sistemas del *common law*, tradicional y especialmente Inglaterra, optan por penas máximas (infracciones estatutarias) o incluso por no prever ninguna pena (infracciones penales del *common law*) otorgando al juez una amplia discrecionalidad⁶⁸; una notable excepción en este sentido son los EE.UU., que progresivamente han introducido "sentencing guidelines" a nivel estatal y federal⁶⁹. En cuanto al núcleo de los crímenes internacionales, sólo algunas jurisdicciones los han incorporado enteramente a sus Derechos internos, mayoritariamente a raíz de su adhesión al Estatuto de la CPI⁷⁰. Entre los ordenamientos nacionales que han incorporado estos crímenes existen considerables diferencias en cuanto a los marcos penales, si es que se han llegado a prever en lugar de establecer únicamente penas máximas, o mínimas⁷¹. En segundo lugar, aun cuando se hubieran establecido penas precisas en la mayoría de sistemas de justicia criminal, una cuestión distinta sería el que esta norma nacional se aplicara también a los crímenes internacionales. El único pronunciamiento judicial supranacional en este sentido viene del TEDH y sólo requiere, como ya se ha mencionado anteriormente, "accesibilidad" y "previsibilidad" tanto para el principio *nullum crimen* como para el *nulla poena*⁷².

Principles of International Criminal Law Set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC-Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), p. 54. "excelente ejemplo de una solución razonable, medida y suficientemente diferenciada en materia de penas"

66. Cfr. DANA, en *Liber Amicorum*, 360 y ss. Con una visión más crítica, véase también VIDALES RODRIGUEZ, "El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en GÓMEZ COLOMÍN/GONZÁLEZ CUBIAC/GARCONA LORENS (eds.), *La Corte Penal Internacional* (Valencia, 2003), p. 213 y ss., quien, asimismo, no analiza el contenido del principio *nulla poena* en Derecho Internacional. Críticamente véase también MARTÍN, en *Problemi attuali*, pp. 243 y ss. y 249 ("discrezionalità eccessiva").

67. Véase para un análisis comparado, FRASE, "Comparative perspectives on sentencing policy and research", en TORREY/FRASE (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford, 2001, pp. 259, 272 y ss.

68. ASHWORTH, "Sentencing", en MAQUIRE/MORDAN/REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3.ª ed., Oxford, 2002, pp. 1076, 1086-1088; MURPHY, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, 2005, p. 1913 y ss.

69. Cfr. REITZ, "The disassembly and reassembly of U.S. Sentencing Practices", en TORREY/FRASE, *Sentencing*, p. 222, 225 y ss.

70. Véase el proyecto de investigación llevado a cabo por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional titulado "National prosecution of international crimes" editado por ESER/SIEBER/KRECKER (eds.) en varios volúmenes desde 2003: http://www.iub.uni-mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_e.html; para Latinoamérica AMÍOS/MALARINO (eds.), *Prescripción Nacional de Crímenes Internacionales*, Montevideo, 2003, cfr. http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2003/dokument_id-2700/index.ht y http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html

71. Ver SIEBER, *The punishment*, véase también FERDINANDUSSE, *Direct Application*, p. 257.

72. Cfr. *supra* nota 37. El Tribunal aplica esta regla tanto al *nullum crimen* como al *nulla poena*, en la medida en que se refiere a ellos en el sentido de la fórmula de Feuerbach. Por este motivo SCHABAS, art. 23, n.º marg. 1, en TRIFFETTER (ed.), *Commentary*, acierta al basarse en este precedente, mientras que DANA, *Nulla poena*, nota al pie 101, se equivoca cuando afirma que el Tribunal no ha aplicado este test a la legalidad de las sanciones.

3. ENFOQUE MINIMALISTA V. ENFOQUE MAXIMALISTA

A la luz de lo visto hasta ahora, no es sorprendente que la jurisprudencia siga un *enfoque minimalista* según el cual o bien prescinde completamente –en su forma más extrema– de la exigencia de pena y considera la mera indicación de criminalidad como suficiente, o bien acepta –en su acepción más moderada– el requerimiento de pena, pero reduciéndolo a un recurso general a las penas más graves o severas⁷³. La *perspectiva extrema* es característica de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. En el famoso caso holandés *Rauter* (1949), el Tribunal Especial de Apelación descartó el argumento de la *nulla poena* en relación con la pena de muerte por la concurrencia de importantes intereses de justicia:

*"no permite que violaciones extremadamente serias de principios generalmente aceptados de Derecho internacional (el carácter criminal de las cuales fue establecido ya más allá de toda duda en el momento de su comisión) no deberían ser consideradas punibles solamente [sic!] por no haberse previsto con anterioridad la amenaza de castigo"*⁷⁴.

El razonamiento subyacente consiste en una ponderación de intereses que, de forma similar, es adoptado por el TEDH en su interpretación del art. 7 CEDH, esto es, del principio *nullum crimen* en general. En el caso *Coëme v. Bélgica* se estableció que, a la luz de los fines perseguidos por la Convención, el Tribunal "puede tener también en cuenta la necesidad de garantizar un equilibrio entre los intereses generales y los derechos fundamentales

de los individuos y las nociones actualmente predominantes en los estados democráticos"⁷⁵. Más concretamente, en los casos *S. W. v. Reino Unido y Strelitz v. Alemania*, el Tribunal identificó como un derecho contrapuesto en detrimento del *nullum crimen* el derecho de las víctimas a que las conductas cometidas contra ellas no queden impunes⁷⁶. El mismo enfoque fue adoptado por algunos autores, entre los que destaca especialmente *Cherif Bassiouni*, quien sostiene que "los principios de legalidad en Derecho penal internacional (...) son *sui generis*: tienen que ponderar las necesidades de justicia de la comunidad internacional con la imparcialidad debida al acusado en un contexto de Estado de Derecho (*rule of law*)"⁷⁷. Llegados a este punto, queda sólo un pequeño paso hasta convertir el principio *nullum crimen, nulla poena* en un mero principio de Derecho justo o correcto, desde el "*sine lege*" al "*sine iure*"⁷⁸. En el proceso británico *Peleus*, el juez consultor (*Judge Advocate*) desestimó de manera aún más terminante la alegación por la defensa de la *nulla poena* argumentando que ésta sólo es aplicable a crímenes de Derecho interno, pero no a los crímenes que en aquel proceso se conocían⁷⁹. De forma similar, *Antonio Cassese* sostuvo en su voto particular en el caso *Tadić* que el principio es "todavía inaplicable" en Derecho penal internacional⁸⁰. A pesar de estas afirmaciones explícitas de rechazo al principio *nulla poena*, no debe pasarse por alto que, en realidad, en los principales procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial nunca se trató esta cuestión. Todos ellos siguieron el precedente sentado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, refiriéndose al principio *nullum crimen, nulla poena* como un todo y caracterizándolo como un principio de justicia que básicamente requiere conocimiento de la punibilidad de los actos en

73 Para una correcta perspectiva de los distintos enfoques cfr. FERDINANDUSSE, *Direct Application*, p. 252 y ss., quien en total distingue entre cuatro posiciones, dos de las cuales pertenecen al aquí denominado enfoque minimalista y otras dos al enfoque maximalista.

74 Bijzondere Raad van Cassatie, *In re Rauter*, 12 de enero de 1949, *Annual Digest 1949*, p. 543; reimpression en *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 169, también citado en SCHABAS, nota 31, p. 530, FERDINANDUSSE, *Direct Application*, pp. 255-256.

75 *Coëme v. Belgium*, Sentencia de 22 de junio de 2000, § 145.

76 *S. W. vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, § 44; "desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad (...) resulta inaceptable que un marido que viola a su mujer sea inmune frente a la persecución penal". Más indirectamente en el caso *Strelitz v. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (asuntos n.º 34044/96, 35532/97 y 44801/98), § 86: "(...) una obligación básica de garantizar el derecho a la vida implementando disposiciones de Derecho penal para disuadir de la comisión de delitos que ponen en peligro la vida, respaldadas por una estructura de fuerzas del orden dedicada a la prevención, supresión y sanción de las infracciones de tales disposiciones".

77 BASSIOUNI/MANIKAB, *The Law*, p. 268.

78 *Ibidem*. Para una buena panorámica de la discusión internacional GATENACCI, '*Legalità*' e '*tipicità del reato*' nello *statuto delle Corti Penale Internazionale*, Milán, 2003, p. 55 y ss.

79 *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 167.

80 Voto particular del Juez CASSESE en *Prosecutor v. Tadić*, asuntos n.º IT-94-I-A y N. IT-94-I-Abis, Sentencia de apelación de 26 de enero de 2000, § 4.

cuestión: "en tales circunstancias el agresor debe conocer que está actuando incorrectamente, y no sólo no es injusto castigarle, sino que sería injusto dejar que su mal quedara impune (...)". De esta forma, el precedente de Nuremberg ignoró completamente el aspecto *nulla poena* del principio y puso el énfasis en la justicia del castigo de una determinada conducta. De hecho, este precedente preparó el terreno para una reducción del principio *nullum crimen sine lege* al principio *nullum crimen sine iure*, ya comentado más arriba.

El enfoque moderado puede encontrarse en la jurisprudencia nacional, aunque, de modo más significativo, ha sido adoptado por los Tribunales *ad hoc* existentes. Así, el TPIY se apoyó, por primera vez en el caso *Erdemovic*, en "los principios generales del Derecho internacionalmente reconocidos por la comunidad de naciones según los cuales pueden imponerse las más graves sanciones por crímenes contra la humanidad". La Sala de Apelaciones confirmaría esta perspectiva en varias decisiones y ampliaría el argumento. En tal sentido, en el caso *Delalic et al.* sostuvo de manera algo terminante que las Reglas (de procedimiento y prueba) prevían cadena perpetua y, por lo tanto:

"cualquier condena de tal magnitud no viola el principio nulla poena sine lege. No puede haber ninguna duda de que el acusado debía haber sido consciente del hecho de que los crímenes que se le imputan son las violaciones más graves del Derecho internacional humanitario y que son punibles con las penas más severas".

La Sala de Apelaciones que conoció el caso *Blaskic* adoptó explícitamente esta posición⁸¹. De he-

cho, dicha Sala en el asunto *Delalic* se basó en la doctrina de la accesibilidad y previsibilidad del TEDH⁸² y de la jurisprudencia nacional e internacional que, frecuentemente, habían impuesto penas privativas de libertad, incluso perpetuas, por crímenes internacionales⁸³. Mientras esta última Sala guardó silencio respecto del contenido del principio *nulla poena* –incluso pareció diluirlo en el *nullum crimen*⁸⁴– la Sala de Apelaciones de *Kunarac* tomó postura de manera explícita al respecto:

"(...) el (...) principio (...) exige que una persona no sea sancionada si la ley no prescribe el castigo. No requiere, sin embargo, que la ley prescriba una pena precisa para cada infracción dependiendo de su nivel de gravedad. Con independencia de que sea un sistema del common law o del civil law, no se trata de que la legislación nacional establezca por anticipado toda posible infracción con una pena obligatoria. Bien al contrario, es un hecho que los códigos penales a menudo prescriben marcos penales en relación con un delito, es decir, fijan la pena mínima y máxima. Dentro de este marco los jueces tienen discrecionalidad para determinar los términos exactos de la condena, sujetos, obviamente, a los factores establecidos que deben observar en el ejercicio de tal discrecionalidad".

Desde el punto de vista de la Sala de Apelaciones, el Derecho aplicable por el TPIY cumple con dicho estándar desde el momento en que, a pesar de no establecer marcos penales precisos, prevé la pena máxima de cadena perpetua en la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁸⁵. Este punto de vista lo ha defendido también el TPIR, aunque de forma menos explícita⁸⁶. Posiciones (minimalis-

81 *France et al. v. Goering et al.*, 22 IMT (1946), § 203. Véase para un análisis de toda la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, Aweol, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.ª ed., Berlin, 2004, p. 111 y ss.

82 *Prosecutor v. Erdemovic*, asunto n.º IT-96-22-T, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, § 40, énfasis añadido.

83 *Prosecutor v. Delalic et al.*, asunto n.º IT-96-21-A, Sentencia de apelación de 20 de febrero de 2001, § 817, énfasis añadido.

84 *Prosecutor v. Blaskic*, asunto n.º IT-95-14-A, Sentencia de apelación de 29 de julio de 2004, § 681. Véase también el caso *Prosecutor v. Brdjanin*, asunto n.º IT-99-36-T, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, § 1144.

85 Véase nota al pie 37 y el texto que la acompaña.

86 *Prosecutor v. Delalic et al.*, § 817 con notas al pie 1400 y 1401.

87 "Nullum" y no "nullum crimen", como erróneamente se cita en *Delalic* § 817; el mismo error se observa en el caso *Prosecutor v. Kunarac et al.*, asunto n.º IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sentencia de Apelación de 12 de junio de 2002, § 373.

88 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, § 372 (énfasis añadido).

89 *Ibidem*, § 373; véase también *Prosecutor v. Dragán Nikolic*, asunto n.º IT-94-2-A, Sentencia de apelación de 4 de febrero de 2005, § 83.

90 *Prosecutor v. Akayesu*, asunto n.º ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de octubre de 1998, § 11. "Ruanda, como todos los estados que han incorporado los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio en su Derecho interno, los ha previsto con las penas más graves disponibles en su legislación penal nacional". Véase también *Prosecutor v. Semanza*, asunto n.º ICTR-97-20-A, Sentencia de apelación de 20 de mayo de 2005, § 377.

tas) similares las adoptan también aquellos autores que sostienen que, dada la aplicación de penas de muerte en procesos internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, ningún acusado puede reclamar que le ha sido impuesta una "pena más grave" (art. 15.1 PIDCP)⁹¹. De esta forma, el hecho de que siempre se hayan impuesto penas más severas impide que un acusado pueda alegar que una pena de tales características no era accesible o previsible para él⁹². Claramente, este argumento parte de la base de que el *nulla poena* no requiere que se establezcan penas precisas, sino tan sólo la expectativa de las penas más graves. Por tanto, en palabras de la CDI, no es necesario que el acusado "conozca por adelantado el castigo concreto en la medida en que sus acciones constituyen un crimen de extrema gravedad por el que recibirá un severo castigo"⁹³. Esta posición va de la mano de la relativización, mencionada más arriba, que transforma el principio *nulla poena* en un mero principio de justicia en el sentido de *nulla poena sine iure*⁹⁴.

Una posición maximalista define el *nulla poena* en relación con el *nullum crimen*, argumentando que el elemento *nulla poena* protege intereses similares a los del *nullum crimen* y comparte los mismos cuatro atributos: *lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*⁹⁵. El que los estados no llegaran a alcanzar un acuerdo para establecer penas más concretas no se debe a una falta de interés u *opinio iuris*, sino a los factores políticos subyacentes a las negociaciones⁹⁶. Un enfoque más estricto del *nulla poena* pone un especial énfasis en el requisito de la *lex certa*. De acuerdo con este enfoque, las penas impuestas por crímenes internacionales deben diferenciarse atendiendo al crimen concreto cometido y a la forma de participación en el mismo⁹⁷. Por último, las penas asignadas a los crímenes internacionales deben tener el mismo grado de

precisión que las penas previstas por los crímenes de Derecho penal nacional. En cierta medida, el enfoque de Derecho interno, discutido arriba, puede aducirse también a favor de una configuración más estricta del *nulla poena*⁹⁸. En efecto, la idea de este enfoque es permitir el recurso a los delitos comunes de Derecho interno que estén en vigor en el momento de la comisión de los hechos, con la intención de "tomar prestada" una indicación más precisa de las penas. El hecho de que este razonamiento se haya visto distorsionado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no significa que el enfoque de Derecho nacional no pueda servir a los intereses de un régimen de determinación de la pena de crímenes internacionales más preciso. Esto es especialmente cierto a la vista de la incorporación de los crímenes de la CPI en la legislación nacional. Cuando menos en los países de tradición continental, este proceso de "traslación" de los crímenes internacionales a la esfera nacional implica la asignación de marcos penales precisos a cada uno de los crímenes individuales⁹⁹. Como muestra un estudio sobre determinación de la pena realizado por el Instituto Max Plank¹⁰⁰, un análisis comparado de esta legislación nacional podría aportar información muy valiosa para alcanzar unos marcos penales más precisos para los crímenes internacionales.

4. OBSERVACIONES FINALES

1. Para valorar correctamente los contenidos del principio *nulla poena* es importante recordar la diferencia entre el elemento *nullum crimen* y el elemento *nulla poena*: el primero se refiere a la *punibilidad* de cierta conducta, el segundo a la (concreta) *pena* de dicha conducta¹⁰¹. El segundo presupone el primero: sin que previamente exista un crimen aplicable en el momen-

91 SCHABAS, nota 31, p. 523.

92 SCHABAS, nota 31 p. 538.

93 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el trabajo de su 48.ª sesión, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 30. En el mismo sentido ZAPPALÀ, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, p. 196; FERDINANDUSSE, *Direct Application*, pp. 260 y 269.

94 GATEMADO, 'Legalità' p. 55 y ss.; SCHABAS, nota 31, p. 539; ZAPPALÀ, *Human Rights*, p. 195.

95 DANA, en *Liber Amicorum*, p. 350 y ss.

96 DANA, *Nulla poena*, p. 72.

97 HAVEIMAN, en *Supranational criminal law*, pp. 67-68 y 72; DANA, *Nulla poena*, pp. 74-75.

98 Pero véanse también las consideraciones críticas formuladas por la Comisión Preparatoria del Informe, vol. I, 1996, § 308.

99 Cfr., p.ej. el Código de Derecho penal internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), disponible en varios idiomas en: http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#Voelkerstraf.

100 Cfr. SIEBEN, *The punishment*.

101 Ver *supra* nota 26 y el texto que la acompaña.

to de la comisión de los hechos, no tiene sentido pensar en la posibilidad de una pena (¿a qué crimen habría de imponerse?)¹⁰². Desde la perspectiva del acusado es más importante conocer si su conducta es punible en todo caso que ser informado sobre la pena concreta. En el caso de que la conducta sea punible, ello necesariamente implica un determinado castigo: lo incierto es el "cómo" y no el "si". Además, por lo que respecta al "cómo" partiendo de la práctica internacional es aceptable concluir que un acusado debe esperar las penas "más graves". En términos del posible efecto intimidatorio de la sanción penal, puede incluso argumentarse que ni la punibilidad ni la pena concreta son la información más importante para el autor, sino la eficiente aplicación de las penas criminales a imponer. En resumen, es difícil argumentar que los elementos *nullum crimen* y *nulla poena* sean idénticos y resulta más convincente exigir requisitos más estrictos para el *nullum crimen* que para el *nulla poena*.

2. Aunque parece claro que la *lex lata* internacional no prevé una regla estricta de *nulla poena*, en términos *lege ferenda* es demasiado simplista invocar la deficiente práctica internacional como un argumento en contra de una definición más precisa del principio *nulla poena*. Desde una perspectiva política, tal precisión incrementaría la credibilidad y legitimidad de la justicia penal internacional, especialmente de la CPI. Desde una perspectiva práctica, el enfoque de Derecho nacional, recurriendo a los crímenes internacionales en la legislación interna, es la aproximación más prometedora para alcanzar unos estándares más diferenciados de determinación de la pena. El recurso al Derecho penal internacional "nacional" dejaría también atrás la discutida cuestión de la jerarquía de los crímenes internacionales: mientras puede argumentarse que las normas internacionales no prevén tal jerarquía y, por lo tanto, ésta no puede determinarse con facilidad,¹⁰³

la implementación nacional de la legislación ha establecido criterios diferenciadores entre distintos crímenes internacionales y distintas formas de participación. De hecho, esta diferenciación es imperativa, pues de otro modo no sería posible establecer penas precisas y diferenciadas.

3. En cuanto a las *formas de participación*, serían de aplicación las reglas habituales de la parte general o de la responsabilidad individual en el respectivo ordenamiento. De acuerdo con ello, debería existir una diferencia en la determinación de la pena entre los autores (autoría directa, coautoría o autoría por medio de instrumento), los inductores y los meros cooperadores y cómplices. Una distinción en este sentido puede alcanzarse con mayor facilidad si se sigue el llamado modelo de la diferenciación en la participación, que ya en el nivel de imputación distingue entre diferentes formas de intervención y asigna sobre esta base las diferentes penas a los diferentes partícipes. En otras palabras, a diferencia del modelo unitario, el modelo de la diferenciación no "aplaza" la decisión sobre la naturaleza y el grado de participación a la fase de determinación de la pena (requiriendo en el momento de imputación sólo una contribución causal al hecho o resultado criminal)¹⁰⁴.
4. En cuanto a los *crímenes*, la primera cuestión a plantear es si puede establecerse una jerarquía entre ellos atendiendo a su naturaleza general. Así, por ejemplo, los elementos contextuales en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI indican que los crímenes contra la humanidad son, *in abstracto*, más graves que los crímenes de guerra, pues los primeros requieren una ejecución amplia o *sistemática*, mientras que los últimos sólo exigen un conflicto armado, es decir, en principio sería suficiente con hechos aislados dentro del marco de un conflicto de tales característi-

102 En sentido similar, SCHABAS, nota 311, p. 528.

103 Una discusión interesante en *Prosecutor v. Tadić*, voto particular de CASSESE, § 6 y ss. Cfr. para un debate al respecto y amplias referencias AMBOS/NEMITZ, "Commentary", en KUP/SLUJTER (eds.), *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals*, vol. 4, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000", Amberes et al., 2002, p. 473 y ss.

104 Sobre estos modelos en el Derecho penal europeo, cfr. AMBOS, "Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible?" *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12 (2005), p. 173, p. 182 y ss.

cas¹⁰⁵. Claramente, este enfoque de "ataques amplios y sistemáticos v. ataques aislados" no es suficiente por sí solo¹⁰⁶. El siguiente paso consiste en comparar los actos criminales individuales o subyacentes y esta comparación puede confirmar o desacreditar la comparación general. En consecuencia, por ejemplo, un asesinato como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.a del Estatuto de la CPI) podría, *in abstracto*, ser considerado más grave que un asesinato (homicidio intencionado) como crimen de guerra (artículo 8.2.a) debido a la distinta importancia de los elementos contextuales. Por otro lado, a pesar de los distintos elementos contextuales, el crimen de guerra de tortura (artículo 8.2.b) aparece como más grave, de nuevo *in abstracto*, que el crimen de lesa humanidad de encarcelamiento (artículo 7.2.e). Claramente, estas comparaciones *in abstracto* podrían llevar a diferentes soluciones *in concreto*, pues la concreta comisión de los crímenes podría cambiar la valoración abstracta de su grado de ilicitud. Por esta razón, como ya se ha hecho notar, mientras la tortura parece ser, de acuerdo con el artículo 8.2.b, más grave *in abstracto* que el encarcelamiento, de acuerdo con el artículo 7.2.e la detención de un elevado número de personas bajo condiciones inhumanas durante un prolongado período de tiempo podría dar lugar a tortura, o podría considerarse que tiene la misma gravedad o grado de reproche que

ésta. Por este motivo, deben desarrollarse otros criterios teniendo en cuenta, además del elemento contextual, las diferencias entre los actos individuales y las circunstancias concretas de la comisión. Como acredita un estudio reciente realizado por *Olusanya*, estos criterios abstractos se ponen de manifiesto a través de los diferentes enfoques existentes en materia de determinación de la pena, entre ellos, el centrado en los intereses protegidos ("enfoque del mismo o distinto interés")¹⁰⁷ o el del específico propósito o motivo perseguido por el autor ("enfoque del modelo de la persecución v. modelo del asesinato" [*persecution-type v. murder-type approach*]), "enfoque del motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio" [*discriminatory motive v. non-discriminatory motive approach*]¹⁰⁸). Sin embargo, mientras ninguno de estos enfoques aporta por sí solo resultados satisfactorios¹⁰⁹, tomados conjuntamente y complementados por criterios adicionales, como los antes mencionados, constituyen un punto de partida mucho más útil para desarrollar un sistema más consistente de determinación de la pena de los crímenes internacionales. Claramente, todos y cada uno de los sistemas de determinación de la pena deben dejar un cierto margen de discrecionalidad para que los jueces establezcan la pena *concreta*. Los marcos penales se basan siempre en criterios abstractos que en la vida real se cumplen en hechos concretos.

105 A la misma conclusión llega CASSESE, § 11 y ss. (16). Véase para la discusión doctrinal y con más referencias, OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, p. 11 y ss. Sobre los requisitos generales de los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI, AMOS, "Selected issues regarding the «Core Crimes» in International Criminal Law", en AIDP (ed.), *International Criminal Law: Quo vadis?*, Toulouse: 2004, Nouvelles Etudes Pénales 19 (2004), pp. 219, 241 y ss.

106 Cfr. el análisis crítico de la jurisprudencia del TPIY en OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, p. 88 y ss., *ib.*, "Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?", *International Criminal Law Review*, 4 (2004): p. 431 p. 433 y ss.

107 Cfr. OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, p. 60 y ss., p. 97, rechazando el enfoque del mismo interés por el de interés distinto en referencia a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (pp. 11, 17, 52).

108 Cfr. OLUSANYA, *Sentencing war crimes*, pp. 104 y ss., 135, 148-149, desarrollando sobre la base de este (propio) enfoque un sistema de penas revisado para los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que demuestra claramente que los primeros merecen mayor pena que los últimos.

109 Lo mismo también es cierto para la propia perspectiva de OLUSANYA, el "enfoque motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio". Mientras esta perspectiva invoca un criterio muy útil enfatizando el motivo racista o discriminatorio del autor, no sirve cuando tanto el crimen contra la humanidad como el de guerra se han cometido sin dicho motivo. En este contexto, cabe recordar que la Sala de Apelaciones del TPIY y el TPIR finalmente decidió que sólo el crimen contra la humanidad de persecución requiere una especial intención o motivo (persecutorio) discriminatorio, pero no los crímenes contra la humanidad en general. Cfr. *Prosecutor v. Tadić*, asunto n.º IT-94-1-A, Sentencia de apelación de 15 de julio de 1999, § 305; *Prosecutor v. Akayesu*, Sentencia de 2 de octubre de 1998, § 467 y ss., p. 469; *Prosecutor v. Bagilishema*, asunto n.º ICTR-95-1-T, Sentencia de 7 de junio de 2001, § 81, discrepando (de nuevo) recientemente una sala del TPIR en *Prosecutor v. Muhimana*, asunto n.º ICTR-95-1B-T, Sentencia y condena de 28 de abril de 2005, § 529, con más referencias en la nota al pie 485. Ver también AMOS/WIRTH, "The current law of crimes against humanity", *Criminal Law Forum*, 13 (2002), p. 43 y ss.; METTHAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, pp. 153-154; CASSESE, A., en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, vol. I., Oxford, 2002, p. 369; MESEKE, S., *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH*, Berlin, 2004, pp. 170-171; en desacuerdo MAV, *Crimes against humanity*, Cambridge, 2005, pp. 116, 124 y ss. respecto a los "actores menos importantes" (*minor players*).

Estos casos concretos deben ser decididos dentro del marco penal previsto por las normas abstractas, ya sea por las normas, criterios o enfoques abstractos mencionados, y estos deben dejar espacio suficiente para encontrar una pena justa para todos y cada uno de los casos. En resumen, sería necesi-

rio llevar a cabo un estudio comparativo sobre los "Derechos penales internacionales" nacionales, para deducir de ellos criterios más precisos de determinación de la pena, como si se tratara de una especie de principio general del Derecho.

MITOS Y REALIDADES SOBRE LA CRIMINALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Algunas anotaciones estratégicas sobre como enfrentarla y mejorar la cohesión social.

Documento preparado para UNIÓN EUROPEA-EUROSOCIAL

Dr. Bernardo Kliksberg

I. LA EXPLOSIÓN DE CRIMINALIDAD

La ciudadanía latinoamericana tiene motivos para sentirse preocupada por el clima de inseguridad ciudadana que se vive en gran parte de la región. Para la Organización Panamericana de la Salud un índice normal de criminalidad es el que se halla entre 0 y 5 homicidios cada 100.000 habitantes por año. Ese puede ser tratado con los mecanismos

convencionales. Cuando el índice de homicidios está entre 5 y 8 la situación es delicada, pero cuando excede de 8 nos hallamos frente a un cuadro de criminalidad "epidémica". No puede ser tratada por las vías usuales. Han demostrado ser insuficientes. Este es el caso de América Latina.

En el siguiente cuadro puede observarse la tendencia en los últimos 26 años:

Cuadro 1
Evolución de la tasa de homicidios para América Latina y sus regiones
1980-2006

Homicidios por año cada 100.000 habitantes

| | 1980 | 1991 | 2006 |
|----------------------------|------|------|------|
| América Latina y el Caribe | 12.5 | 21.3 | 25.1 |
| América Latina | 12.8 | 21.4 | 25.3 |
| México | 18.1 | 19.6 | 10.9 |
| Centro América | 35.6 | 27.6 | 23 |
| Caribe Latino | 5.1 | 8.8 | 11 |
| Brasil | 11.5 | 19 | 31 |
| Países Andinos | 12.1 | 39.5 | 45.4 |
| Cono Sur | 3.5 | 4.2 | 7.4 |
| Caribe No latino | 3.1 | 3.5 | 7.7 |

Fuente: Informes anuales sobre El Estado de la Salud en las Américas, de la Organización Panamericana de la Salud.

La tasa de homicidios 2006 triplica por tres el nivel de la epidémica, y por cinco la tasa propia de la mayor parte de los países desarrollados que se halla entre 0 y 5. El promedio de homicidios más que duplica el promedio mundial, convirtiendo a la región en una de las más problemáticas del planeta en este campo. En el mismo continente Americano la tasa de la región 25,1 es cuatro veces mayor que la de USA (6,4) y casi 17 veces la de Canadá (1,5).

En el último cuarto de siglo la tasa de la región se ha duplicado. Es epidémica en todas las zonas, y casi epidémica en el Cono sur, y en el Caribe no latino. La tasa aumento en más del 44% entre 1984 y 1994. En 1998 se estimaba que había 140.000 homicidios anuales, y la tasa ha seguido subiendo (Londono 1998).

Las tasas por países según los datos oficiales, han sido las siguientes:

Cuadro 2

Tasas de homicidios por países de la región en el 2006

Número de homicidios cada 100.000 habitantes

| | |
|-----------------------------------|------|
| América Latina y el Caribe | 25,1 |
| América Latina | 25,3 |
| México | 10,9 |
| Istmo Centroamericano | 23,0 |
| Belice | 22,6 |
| Costa Rica | 6,5 |
| El Salvador | 43,4 |
| Guatemala | 24,2 |
| Honduras | ... |
| Nicaragua | 13,3 |
| Panamá | 13,7 |
| Caribe Latino | 11,0 |
| Cuba | 5,8 |
| Guadalupe | 1,4 |
| Guayana Francesa | ... |
| Haití | 18,6 |
| Martinico | 2,7 |
| Puerto Rico | 18,7 |
| República Dominicana | 8,1 |
| Área Andina | 45,4 |
| Bolivia | ... |
| Colombia | 38,0 |
| Ecuador | 16,1 |
| Perú | 4,5 |
| Venezuela | 34,1 |
| Brasil | 31,0 |
| Cono Sur | 7,4 |
| Argentina | 6,8 |
| Chile | 5,3 |
| Paraguay | 18,4 |
| Uruguay | 5,2 |
| Caribe No-Latino | 7,7 |
| Anguila | ... |
| Antigua y Barbuda | 8,0 |
| Antillas Neerlandesas | ... |
| Araba | ... |
| Bahamas | 16,4 |
| Barbados | 10,5 |
| Dominica | 3,8 |
| Granada | 2,1 |
| Guyana | 17,9 |
| Islas Caimán | 4,3 |
| Islas Turcas y Caicos | ... |
| Islas Vírgenes (EUA) | 28,8 |
| Islas Vírgenes (RU) | 10,5 |
| Jamaica | 0,2 |
| Montserrat | 6,3 |
| Saint Kitts y Nevis | 13,0 |
| San Vicente y las Granadinas | 11,3 |
| Santa Lucía | 20,1 |
| Suriname | 5,7 |
| Trinidad y Tobago | 10,5 |

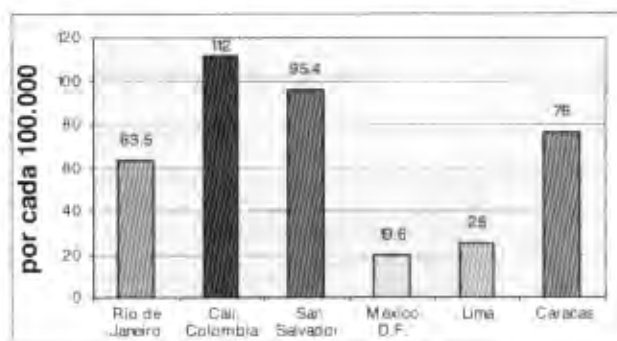
Fuente: Situación de salud en las Américas. Indicadores básicos 2006. Organización Panamericana de la Salud.

Los países con criminalidad más aguda son El Salvador (cinco veces la epidémica), Colombia (4,7 veces), Venezuela (4,25 veces), y Brasil (3,8 veces). Sólo se hallan debajo de la cuota de 8 homicidios, Costa Rica, Cuba, Perú, Argentina, Chile, Uruguay, y algunas de las islas.

Ante estos datos dice la Organización Panamericana de la Salud (1998) que "La violencia es una de las amenazas más urgentes contra la salud y la seguridad pública de las Américas".

Los datos pueden contener asimismo significativos márgenes de subregistro. Así lo indican investigaciones puntuales en ciudades de la región. Estudios del BID (Buvinic y Morrison, 1999) han verificado las siguientes tasas que superan ampliamente a las oficiales:

Figura 1
Tasas brutas de mortalidad por homicidio, 1995



Fuente: Buvinic y Morrison, 1999.

En estas importantes ciudades las tasas superan totalmente a los promedios nacionales de los países respectivos.

Un aspecto particular de la criminalidad es el crecimiento en Centroamérica de las bandas de jóvenes delincuentes, denominadas maras. Una evaluación de USAID sobre Honduras, El Salvador, México, Guatemala y Nicaragua (USAID 2006) estima que su número se halla desde una estimación conservadora de 50.000 hasta 305.000 y que está ascendiendo.

La criminalidad significa todo tipo de daños para la sociedad. En primer término se hallan las vidas perdidas. En algunos países como en Brasil y Colombia se ha transformado en la principal causa de muerte en edades jóvenes.

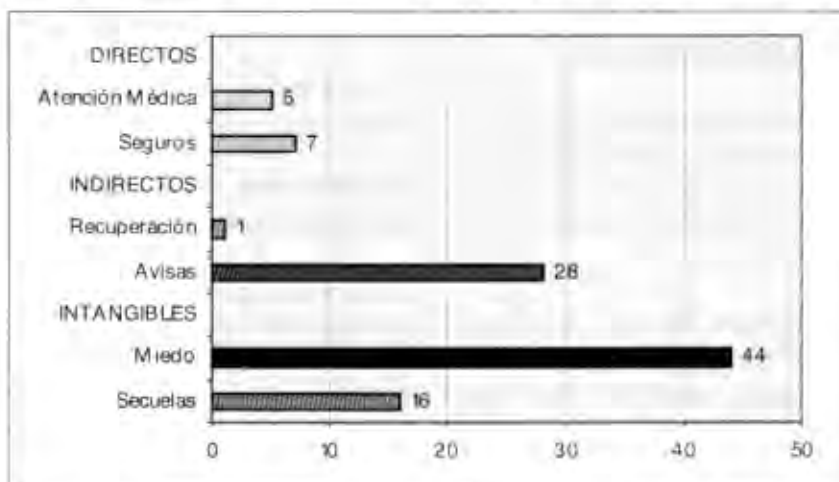
Por otra parte la violencia tiene costos para el conjunto de la sociedad, en términos de los sistemas de salud, seguridad y justicia. Se estima que el 14% del Producto Bruto de la región se pierde 5 por la violencia. USAID estima que en los cinco países que evaluó la pérdida es del 12 al 14% del Producto Bruto Nacional. Casi tres veces más que en los países desarrollados donde las pérdidas por violencia son menores al 5% de su producto. Las pérdidas por violencia superan ampliamente en muchos países de la región al total de su inversión en las áreas sociales.

Pero junto a ello se halla muchos otros costos difíciles de medir, pero muy concretos, los costos intangibles. Como bien plantea Rubio (2000) son costos invisibles como: "la sensación de inseguridad, el miedo, el terror y el deterioro de la calidad de la vida".

Un intento de evaluar estos costos en México demostró que superan con creces los costos económicos directos:

Figura 2

Composición de costos derivados de los ataques a las personas, México



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad de Aicuná (2000). Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad.

Como se advierte un costo intangible lidera ampliamente los costos de la violencia: el miedo, seguido por los años de vida saludables perdidos (AVISA). Es ilustrativo de lo que significan los costos de la violencia el caso de El Salvador. Un reciente estudio del PNUD (2005) muestra que pierde anualmente 1.700 millones de dólares, que representan el 11.5% de producto Bruto nacional. Esos costos derivan de temas de salud como vidas perdidas, y atención médica, costos institucionales como seguridad pública y justicia, costos de seguridad privada, impactos negativos sobre las inversiones externas, pérdida de oportunidades de trabajo, y pérdidas materiales. A ello habría que sumar los

costos intangibles antes mencionados. En el año 2003, los recursos perdidos por la violencia duplicaron los presupuestos de educación y salud sumados del país.

En el caso de Colombia Rubio (1996) muestra que los crecimientos del producto bruto por encima del 5% sólo se han dado en los periodos en que las tasas de criminalidad eran inferiores a 30 homicidios cada 100.000 habitantes.

Un estimado sobre las pérdidas del Producto Bruto en diversos países de la región que incluye intangibles da los siguientes resultados (Londoño 1998):

Cuadro 3
Los costos económicos de la violencia en algunos países de la región como porcentaje del PIB

| | Brasil | Colombia | El Salvador | México | Perú | Venezuela |
|---------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|------------|-------------|
| Pérdidas en salud | 1,9 | 5,0 | 4,3 | 1,3 | 1,5 | 0,3 |
| Pérdidas materiales | 3,6 | 8,4 | 5,1 | 4,9 | 2,0 | 9,0 |
| Intangibles | 3,4 | 6,9 | 11,5 | 3,3 | 1,0 | 2,2 |
| Transferencias | 1,6 | 4,4 | 4,0 | 2,8 | 0,6 | 0,3 |
| TOTAL | 10,5 | 24,7 | 24,9 | 12,3 | 5,1 | 11,8 |

Fuente: Londoño, 1998.

Se trata en todos los países de pérdidas de gran significación en economías donde el producto bruto ha crecido en las dos últimas décadas por debajo del 5% anual.

II. MITOS SOBRE LA CRIMINALIDAD

¿Cómo enfrentar la criminalidad latinoamericana, esta epidemia de delincuencia, que hace difícil la vida diaria, que compromete la economía, y que crea multitud de daños intangibles, y genera la atmósfera de miedo mencionada?

Es muy fácil caer al respecto en soluciones simplificadoras. Pueden llevar a que el problema se agrave en lugar de mejorar, deteriorando aun más los factores de riesgo que lo determinan. Es imprescindible profundizar frente a una epidemia de esta magnitud, internarse en su complejidad, tener muy en cuentas las experiencias fracasadas, las enseñanzas que se derivan de las experiencias exitosas a nivel regional e internacional, y actuar en consecuencia.

En América Latina el camino hacia una gestión inteligente del tema ha estado fuertemente bloqueado en los últimos años por una serie de mitos, que se toman como verdades, a pesar de su choque permanente con la realidad. Esos mitos llevan a caminos altamente ineficientes. Desde ya tienen un sustento. Satisfechen los intereses de sectores que se apoyan en ellos para ganar poder mediante demagogias fáciles, y las de quienes no están dispuestos a enfrentar las razones estructurales de la violencia en la región.

En una región cada vez más democrática el tema de los mitos es central. Si se logra mostrar su fragilidad, y superarlos mejorará la calidad del debate y se podrá llegar a soluciones. Si por lo contrario

los mitos siguen predominando el debate permanecerá estancado en planos de discusión que no sólo no llevarán a soluciones, sino pueden conducir a nuevas acumulaciones de errores, y agravar la epidemia.

Reseñaremos, y analizaremos sintéticamente algunos de los mitos principales.

PRIMER MITO. El problema es policial y se resuelve con mano dura.

Las políticas predominantes en muchos países de la región han estado guiadas por esta visión básica. Estaríamos frente a un tema de naturaleza básicamente policial. La búsqueda de respuestas debe darse en el marco del afianzamiento de los aparatos de seguridad. La falta de resultados se debería en parte importante a que no se han afinado las estrategias, y multiplicado los programas de control policial.

Por otro lado, sería necesario dejar de lado las "sensiblerías", y actuar sin miramientos para frenar a los potenciales y reales delincuentes.

Ello puede abarcar desde amplias reorganizaciones de los aparatos policiales, que maximicen su presencia en los lugares públicos, su especial vigilancia de los sectores más pobres de la población, hasta incentivos por los resultados cuantitativos de la represión.

Asimismo incluye reformular la legislación para facilitar la acción policial, suprimiendo garantías, y tener la posibilidad de detener, enjuiciar, y encarcelar a los niños desde edades muy tempranas. En algunas de sus expresiones más radicales, se ha propuesto incluso hacer responsables penalmente a los padres por los delitos de los hijos.

Tratando de fundamentar su abordaje la política de mano dura recurre con frecuencia a la teoría de la "ventana rota". Acuñada en 1982 por Wilson y Kelling, ha sido la base del enfoque de "tolerancia cero", y sostiene que hay que aplicar con toda dureza la punición contra las infracciones más pequeñas por que una "rotura de vidrios" podría ser el antecedente de acciones criminales más graves. Castigar severamente las infracciones pequeñas podría impedir que se desarrollaran delitos agudos.

La teoría no tuvo nunca validación empírica significativa. Se transformó en los hechos en algunas ciudades de países desarrollados donde se practicó por momentos en una guerra contra los sin techo, la mendicidad, infracciones menores, la ebriedad, el ruido, y los desvíos de las buenas costumbres.

Como muchas de estas infracciones tienden a concentrarse en poblaciones pobres, ellas fueron las "prevenidas".

Este enfoque se halla muy cuestionado en los países desarrollados porque genera enfoques policiales claramente sesgados hacia poblaciones de color, étnicas, o inmigrantes. Destaca Crawford (1998):

El concepto de "tolerancia cero" es una designación errónea. No implica la rigurosa aplicación de todas las leyes, que sería imposible –por no decir intolerable–, sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas. ¿Dónde está la "tolerancia cero" de los delitos administrativos, el fraude comercial, la contaminación ilegal y las infracciones contra la salud y la seguridad? En realidad sería más exacto describir las formas de actividad policial realizadas en nombre de la "tolerancia cero" como estrategias de "intolerancia selectiva".

Los resultados de la Tolerancia Cero pueden ser aun mucho más dudosos en países como los latinoamericanos.

Como señala Fruhling (2000): "A diferencia de Estados Unidos, muchos de quienes se encuentran en la calle en las ciudades latinoamericanas no tienen adonde ir y el número de mendigos, ven-

dedores informales y de personas que cometen contravenciones o faltas de un tipo u otro pueden sumar millares. Es así como una actividad policial más agresiva puede encontrar seria resistencia, y producir además el colapso total del sistema de justicia penal".

Por otra parte en las realidades latinoamericanas la institución policial tiene imperfecciones muy agudas. Su debilidad en términos de profesionalidad, carrera, sueldos adecuados, entrenamiento, la ha convertido con frecuencia en "policías malditas" con serios problemas de corrupción, cooptación por los grupos de la droga, y hasta en diversas dictaduras como las del Cono Sur en los 70 y parte de los 80 se convirtió en un apéndice más del sistema brutal de represión instituido.

Confiarle en esas condiciones un mandato totalmente permisivo, y crear condiciones para la impunidad puede llevar a serios deterioros en el respeto a los derechos humanos especialmente de los grupos más débiles de la sociedad. Entre otras cosas puede conducir como ha sucedido y está sucediendo al peligro de que se generen operaciones sistemáticas de "limpieza social". Un ejemplo estremecedor de ellas es el sistemático exterminio de niños de la calle en Rio de Janeiro, Tegucigalpa, Bogotá, y otras ciudades denunciado continuamente por muchos sectores de esos países. Realizado según las denuncias por grupos parapoliciales, con frecuencia con la pasividad policial, la ideología subyacente es que se está "previniendo" puedan transformarse en criminales. El mismo tipo de razonamiento, suprimir a las razas inferiores que no merecen vivir, y mejorar la calidad demográfica de la población, era el que inspiró a las bandas Nazis. La limpieza social es en realidad un eufemismo para ocultar este genocidio hitleriano cotidiano.

La mano dura no es una teoría a probar. Un riguroso informe de USAID (2006) muestra como se aplicó en los últimos años entre otros países en El Salvador, Honduras y Guatemala, diferenciando a Nicaragua que aplicó un enfoque muy diferente.

De acuerdo al informe en El Salvador se trató de encarar el crecimiento de las maras, sin duda un peligro público, con leyes Mano Dura en el 2003, y Leyes Super Mano Dura en Agosto del 2004. La legislación daba amplias posibilidades de encarcelar incluso por la simple presencia de tatuajes. Las

leyes fueron acompañadas por algunos programas preventivos pero el 80% de los recursos se invirtieron en la represión.

Con la Super Mano dura se arrestaron 11.000 miembros de maras en un solo año. Sin embargo el número de homicidios siguió creciendo todo el tiempo. Fueron 2172 en el 2003, 2762 en el 2004, y 3825 en el 2005. En los 8 primeros meses del 2006 el promedio seguía ascendiendo y sumaban ya 3032.

Los homicidios no descendieron. Por otra parte se produjeron según el informe múltiples efectos no deseables. Entre ellos la presión sobre el sistema carcelario fue muy fuerte. En el 2002 ya era considerado el más superpoblado de la región.

Bajo las leyes duras la población carcelaria creció fuertemente y en el 2004 era de 12.117 personas en 24 prisiones que tenían una capacidad real de 7312. En varios penales se produjeron masacres.

Incluso según algunos análisis el encarcelamiento masivo genera el efecto contrario al buscado. Según Janeth Aguilar Directora del Instituto de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana (Aguilar 2006): "el salto cualitativo y los niveles de profesionalización de las pandillas tienen que ver con la respuesta institucional que dieron las autoridades de Honduras, El Salvador y Guatemala donde se aplicaron políticas de represión conocidas como Manos Duras o Puños de Hierro o Planes Escoba. . En el Salvador sólo el 5% de los detenidos fue objeto de sentencias condenatorias o absolutonas. Las cárceles sirvieron para que las maras adoptaran estructuras nacionales y organizadas con liderazgos firmes".

Por otra parte la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos ha venido insistiendo en la urgencia de que la Fiscalía General de la República investigue la existencia de grupos de exterminio al interior de la Policía.

Felpad (2006) discute la decisión ante la falta de resultados, de integrar a las áreas de seguridad pública propias de la policía a miembros del Ejército, y posiblemente de integrar a ellas a miembros de los Cuerpos de agentes Metropolitanos y Municipales. Señala "se sabe que la ley no los autoriza, ni tampoco cuentan con la idoneidad para ello".

Se resalta que en el El Salvador como en otros países este tipo de desarrollos conducen a que se deteriore seriamente la relación entre el Estado y los ciudadanos en las áreas pobres urbanas.

El fracaso de las políticas aplicadas se refleja en el sentimiento. Según un sondeo de la Universidad Centroamericana la opinión pública muestra pesimismo ante la situación. Indica su Vicerrector Rodolfo Cardenal (2006): "La ciudadanía resiente el clima de inseguridad que vive el país, la gran mayoría se siente insegura, siente que las autoridades de la seguridad pública no están haciendo bien su trabajo". De acuerdo a la Universidad es una de las razones por las que un 49.2% de los encuestados considera que la situación del país es peor en comparación con el 2005.

En Honduras la tasa de homicidios multiplica 6 veces el límite donde la criminalidad se convierte en epidémica. Se estima en 46 homicidios cada 100.000 habitantes. Se ha estimado que el número de miembros de las maras puede llegar a 70.000.

La administración anterior adoptó un enfoque de Tolerancia Cero, y Mano Dura. Según la legislación aprobada la policía puede detener un joven por tener tatuajes. También puede detener a jóvenes que tengan apariencia de miembros de maras, y estén reunidos en su vecindario. Se ha procurado también endurecer fuertemente las penas, extendiendo los límites de los plazos de encarcelamientos para niños y adolescentes de 12 a 18 años.

A pesar de las políticas radicales adoptadas los niveles de criminalidad no han descendido. En cambio diversas fuentes cuestionan que han propiciado diversos desarrollos negativos. Son continuas las denuncias sobre las operaciones de "limpieza social" practicadas con niños.

Según indica Casa Alianza desde 1998 se produjeron 3242 ejecuciones extrajudiciales de jóvenes, 35 jóvenes son asesinados mensualmente. Denunciando estos hechos, Casa Alianza refiere la muerte de un niño de 10 años que dormía en una avenida central de San Pedro Sula. Dice su Director (2006): "En Honduras la inseguridad y la incertidumbre han crecido", y advierte sobre una peligrosísima tendencia. "Los asesinatos y las masacres recientes muestran el desprecio por la vida. Pareciera que la

sociedad está satisfecha o se ha acostumbrado a vivir con esta situación que es muy seria".

Junto a ello se han producido matanzas en las cárceles como la de 235 miembros de maras en las cárceles de El Porvenir y San Pedro Sula.

El clima de desconfianza en la policía se ha acentuado, y según una encuesta de USAID (2006) sólo una tercera parte de la población denuncia los delitos de que ha sido objeto.

Guatemala presenta también tendencias en la misma dirección que El Salvador y Honduras. El número de homicidios creció en un 40% entre el 2001 y el 2004 alcanza los 35 homicidios cada 100.000 habitantes.

El sistema de seguridad privada ha crecido velozmente, y su presupuesto superaba en el 2002 en un 20% el presupuesto público en seguridad. Se estimaba (Moser, y Winton 2002) que había 80.000 guardias de seguridad privados, en comparación con 18.500 efectivos policiales. Esta enorme actividad de seguridad privada tenía limitado control. Se calcula que hay 180 empresas privadas de seguridad, de las que sólo 28 son legales. La supervisión estatal era muy débil en un Estado por otra parte con recursos muy reducidos (la recaudación fiscal representa sólo 9% del Producto Bruto Nacional). Este gran complejo de actividad casi sin control de la ley significa riesgos significativos.

Son continuas en Guatemala las denuncias sobre una "feminización" de la violencia. Entre 2002 y 2004 fueron asesinadas 1.188 niñas y mujeres, y en los primeros 10 meses del 2006, 450 mujeres. Todo ello ha sido acompañado por una casi total impunidad en los hechos. Según la Red de la No Violencia contra la mujer (2006) sólo el 9% de los casos han sido investigados y no hay una condena en firme. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha admitido recientemente la denuncia de dicha Red por esta situación.

Experiencias similares a las de El Salvador, Honduras y Guatemala, se han dado en otros países latinoamericanos en que se ha procurado a niveles nacional, estadual o municipal, tratar de solucionar el agudo problema de la criminalidad mediante una lectura de la realidad básicamente policial.

Elo plantea la necesidad de pensar si en lugar de imaginar que medidas más punitivas y represivas pueden aplicarse, no hace falta buscar un cambio en todo el encuadre del razonamiento que responde a la complejidad del problema.

Un país vecino a los tres anteriores, y con serios problemas estructurales, Nicaragua intentó un enfoque mucho más basado en la prevención y rehabilitación que en la mano dura, y tuvo resultados mucho mejores. El país tiene 8 homicidios cada 100.000 habitantes. El número y tamaño de las maras se ha reducido sensiblemente. En el 2005 se estimaban en 108 grupos con 2201 miembros.

Entre las estrategias utilizadas estuvieron que en lugar de optar por endurecimientos legales, se intensificó una relación activa entre la policía y la comunidad, y la apertura de oportunidades de trabajo y de desarrollo artístico y vocacional en las cárceles. Entre otros programas se crearon Comités de Prevención del delito, entre el gobierno, los medios, el sector privado y miembros de las maras dirigidos a ofrecer oportunidades a quienes dejan las maras. El programa provee consejería, oportunidades educativas, entrenamiento, y búsqueda de trabajo. Ejemplificativo de su perfil es que para el Día de la Independencia del 2004, la policía utilizó 800 jóvenes que habían pertenecido a maras para que la ayudaran a mantener el orden.

Las relaciones entre comunidad y policía han sido favorecidas fuertemente por todo este enfoque y se hallan en la base de los buenos resultados de esta estrategia que USAID (2006) recomienda especialmente señalando que "el enfoque de prevención y rehabilitación muestra que trabajan bien y puede ser un modelo para otros países en Centroamérica y México".

¿Por qué fracasa la mano dura? Probablemente entre otras por las siguientes razones que surgen de la realidad:

1. Partiendo de la discutida Tolerancia Cero el enfoque tiende a tratar indistintamente todas las formas de criminalidad, y a no hacer mayores distinciones en el diseño de políticas. Parece errado porque en la región se ha desenvuelto una multiplicidad de formas de delincuencia. Entre ellas esquematizando se hallan dos principales. Por un lado está el crimen or-

ganizado, bajo diversas formas, las bandas de la drogadicción, las mafias, los grupos de secuestros, las organizaciones de tráfico de personas, las que se dedican al robo de automóviles, las organizaciones de lavado de dinero, y otras. Claramente la sociedad tiene que defenderse frente a ellas aplicándoles todo el peso de la ley. Tiene que tratar de desarticularlas, impedir su desarrollo, bloquearlo, aislarlas.

Por otro lado se halla el crecimiento muy intenso de una criminalidad joven, que se inicia con actos delictivos en escala menor de niños y jóvenes en situación de alta vulnerabilidad.

Si se les aplica el mismo enfoque que al crimen organizado, todo indica que además de hacer caso omiso de su posibilidad de recuperación, se están empeorando todas las condiciones que los llevaron a delinquir.

El efecto será generar "carne de cañón" para el crimen organizado, ampliar su posibilidad de jóvenes en riesgo a los que reclutar, cerrarles las oportunidades de salir del delito para dejarlo sólo con las alternativas e incentivos que ofrecen las bandas criminales.

La homogenización de la respuesta a los diversos tipos de criminalidad resulta además de ajena a la ética, marcadamente ineficiente.

2. El enfoque de mano dura consigue indudablemente hacer subir el número de presos jóvenes en las cárceles. Ello crea un grave problema de hacinamiento carcelario que va a tener todo tipo de repercusiones posteriores, pero no resuelve el problema.
Se ha comprobado que no hay correlaciones estadísticas robustas entre aumento de los índices de encarcelamiento y reducción en el mediano y largo plazo de los índices de criminalidad.
3. La idea misma de Tolerancia Cero surgió en sociedades que tienen un limitado número de infractores potenciales posibles. Es aplicar a las "conductas desviadas" la máxima vigilancia en poblaciones donde el número de personas que por sus privaciones básicas podrían ser candidatos a algunas de esas infracciones es reducido. La población por debajo de la línea de la pobreza no llega por ejemplo en USA al 13% de la población.

Muy diferente es la situación latinoamericana donde la pobreza comprende al 40% de la población en promedio, y a niveles mayores al 60% en muchos países entre ellos los antes mencionados El Salvador, Honduras, y Guatemala. En esas condiciones la propuesta que surge de Tolerancia Cero no es poner en línea mediante su aplicación a una minoría, sino aplicar "guantes de hierro" a la gran mayoría de la población.

Es una propuesta que va a generar por naturaleza tensiones sociales críticas, y a resentir fuertemente todas las dimensiones de cohesión social.

4. La mano dura tiene un riesgo gravísimo, terminar en la "criminalización de la pobreza". Empezar a considerar "sospechoso" a todos aquellos que presenten rasgos de pobreza o que pertenecen a minorías étnicas, o raciales, que se hallan postergadas o excluidas en la sociedad. Penar en realidad a las víctimas de sistemas económico-sociales que no crean oportunidades reales para todos.
5. En lugar de poner todo el énfasis en como incluirlos se convierten como destaca Castel (1997) en "estrategias de gobernabilidad para contener y segregar a aquellos que sobran". En una típica situación representativa de muchas otras similares un líder indígena argentino denunciaba que en su provincia, hay un delito que no está legislado, lo llamaba "la portación de cara", ser detenido por la policía por tener cara de indígena.
Criminalizar la pobreza no resuelve problema alguno, y por el contrario agrava los existentes.
Genera sociedades de agudísima tensión interna, y actúa como un multiplicador de pobreza. Como describe Vacquant (2000): "el encarcelamiento además de afectar prioritariamente a las capas más desprovistas: desocupados, precarios, extranjeros, es en sí mismo una tremenda máquina de pauperización. Al respecto es útil recordar sin descanso las condiciones y los efectos de la detención no solo sobre los reclusos sino también sobre sus familias y sus barrios".
La mano dura no genera soluciones, porque entre otras tiene todas estas fallas estructurales. ¿Quién se beneficia entonces con ella, y

por qué su vigencia? En las realidades de la región se ha demostrado con frecuencia como un gran instrumento electoral. Da a las legítimas ansiedades de amplios sectores de la población una respuesta imaginaria, que no las contestara en los hechos pero simplifica la realidad, y ofrece algún confort. Es una forma eficaz de demagogia.

Por otro lado posterga el enfrentamiento los problemas de fondo que requieren un abordaje estructural y profundo. El informe USAID sobre Centroamérica (2006) capta con claridad esa situación. Concluye "Muchos analistas sugieren que el enfoque duro adoptado por el Gobierno está motivado políticamente. Es más fácil golpear a los integrantes de las maras que encarar los problemas sociales más complicados que se hallan detrás de su existencia, como la desigualdad en los ingresos y la pobreza".

SEGUNDO MITO. Los países exitosos han conseguido resultados porque han aplicado mano dura.

La "mano dura" se ha "vendido" con frecuencia en América Latina utilizando como argumento central la imagen de que eso es lo que hacen los países exitosos desarrollados que han logrado reducir la delincuencia. Ello actúa como una legitimación, lo hacen los desarrollados, por ende es propio de la modernidad y el desarrollo. Al mismo tiempo crea una expectativa de "éxito", esto lo que da resultados. Por otra parte, resulta eficiente para superar las resistencias de corte humanista. Si lo hacen los desarrollados porque no, los países latinoamericanos que tienen un problema de magnitud aun mucho mayor.

¿Pero realmente eso es lo que han hecho, y están haciendo los países exitosos? ¿El argumento tiene bases reales?

No parece cuando se coteja con la realidad. Finlandia reconocido como uno de los países líderes en este campo tiene 2.2 homicidios anuales cada 100.000 habitantes. ¿Lo ha logrado en base a mano dura? Exactamente lo contrario. Tiene el menor número de policías por habitante del planeta. Sin embargo, ha logrado reducir el número de presos en las cárceles de 4.709 en 1983, a 3.106 en 1990, y 2.798 en 1997 (un 40% menos en esos 14 años), y ha continuado en esa tendencia. Evidentemente

hay causas estructurales que están actuando que no tienen que ver con el tamaño de la policía, ni con el crecimiento de la población carcelaria.

Tendencias similares se pueden ver en todo los países nórdicos, Dinamarca tiene 1.1 homicidios por año cada 100.000 habitantes, Noruega 0.9, y Suecia 1.2. No es el modelo policial nórdico el que genera esas comparativamente bajísimas tasas de homicidio, es el reputado modelo nórdico de economía, sociedad, y cohesión social, el que está actuando.

La argumentación usual omite los verdaderos casos exitosos como los mencionados, y suele basarse en el ejemplo de Estados Unidos. En primer lugar se trata de uno de los países desarrollados que más dificultades ha tenido para enfrentar el problema de la criminalidad. La Organización Mundial de la Salud (2000) ubica su tasa para 1998, en 6.9 homicidios cada 100.000 habitantes frente a 0.7 de Francia, 0.6 de Inglaterra, 1.1 de Italia, y 0.6 de Japón. Es decir multiplicaba casi diez veces la criminalidad de Francia, Inglaterra y Japón, y por por 6 veces la de Italia. Sin llegar a epidémica la tasa es problemática.

Incluso después de haber obtenido algunos avances la tasa de criminalidad ha vuelto a subir en el 2005 y el 2006 generando mucha preocupación. Los delitos violentos subieron en el 2005 en un 2.5% y en los primeros seis meses del 2006 en un 4% comparado con el año anterior. Ascendieron todas las categorías de ese rubro:

Cuadro 4
Delitos violentos en USA

| Ascensos en el primer semestre del 2006 respecto al primer semestre del 200 | |
|---|---------------------------|
| • | Robos subió 9.7% |
| • | Homicidios subió 1.4% |
| • | Asaltos graves subió 1.2% |

Fuente: Informe semianual sobre el delito del FBI.

El Washington Post (Eggen, 19/12/06) plantea que "los resultados no son una anomalía sino, según los expertos en justicia criminal, forman parte del aumento de los delitos violentos desde comienzo de los 90". Entre otras posibles causas menciona a: "menos trabajos para gente con habilidades reducidas".

Los estudios muestran que las tasas de arresto son mucho más altas entre jóvenes pobres, especialmente de color. Se estima que en el 2005 un 17.1% de los menores de 18 años eran pobres, porcentaje mayor a los promedios generales. Ello significaba 12.3 millones de pobres jóvenes. En New York, se estima que el 16% de los jóvenes de 16 a 24 años están fuera de la escuela, y del Mercado de trabajo, y que el 40% de los hombres de color de la ciudad estaban desempleados.

En un análisis especialmente presentado al Congreso (Eckholm, 2007) se concluyó que la pobreza de los niños y jóvenes cuesta al país "500.000 millones por año, porque son menos productivos, ahorran menos dinero, cometen más delitos, y tienen más gastos de salud".

El intento de resolver estos problemas con políticas que aumentan la población carcelaria parece estar llegando a su agotamiento. Hay presiones crecientes por reducir los costos carcelarios porque han llegado a cifras cuantiosas, y numerosos gobiernos estatales están tratando de hacerlo. Se estima que actualmente 2.200.000 americanos están en la cárcel, ocho veces más que en 1975, y el mayor per capita de presos del mundo occidental. El país gasta anualmente 60.000 millones de dólares en prisiones.

Vacquant aporta un ilustrativo cuadro sobre la diferencia en el recurso hacia la cárcel en Estados Unidos y Europa:

Cuadro 5
Cantidad de presos en los Estados Unidos y la Unión Europea 1997

| País | Cantidad de presos | Índice cada 100.000 habitantes |
|------------------|--------------------|--------------------------------|
| Estados Unidos | 1.785.079 | 648 |
| Portugal | 14.634 | 145 |
| España | 42.827 | 113 |
| Inglaterra/Gales | 68.124 | 120 |
| Alemania | 74.317 | 90 |
| Francia | 54.442 | 90 |
| Holanda | 13.618 | 87 |
| Italia | 49.477 | 86 |
| Austria | 6.946 | 86 |
| Bélgica | 8.342 | 82 |
| Dinamarca | 3.299 | 62 |
| Suecia | 5.221 | 59 |
| Grecia | 5.577 | 54 |

Fuente: Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmate at Mid-Year 1998*, Washington, Government Printing Office, marzo de 1999, para los Estados Unidos; Pierre Tournier, *Statistique pénale annuelle du Conseil de L'Europe, Enquête 1997*, Estrasburgo, Conseil de l'Europe, para la Unión Europea.

El índice Americano supera muchas veces los europeos. Por otra parte Vacquant muestra que gran parte de los presos lo eran por causas muy menores, como delitos pequeños de droga, hurtos, o perturbaciones del orden público. En 1998 los condenados por contenciosos no violentos superaban el millón.

La mayoría de los presos pertenecían a un sector bien definido, las minorías de color o latinas. Dos tercios venían de hogares que estaban por debajo de la línea de pobreza.

El New York Times (25/1/07) dice editorialmente que la insistencia en las cárceles ha creado "una

creciente casta de presos, ahora son 16 millones de presos y ex presos, que vuelven con frecuencia a la cárcel empujados por políticas que han hecho imposibles para ellos encontrar trabajos, casa o educación".

Denuncia que se ha creado una "puerta giratoria" que es imprescindible cerrar. Señala: "el único modo real de reducir la población carcelaria, y esta casta de presos, es asegurar que el encarcelamiento sea un método de última instancia. Hay que abandonar las leyes y sentencias que han llenado las cárceles con delincuentes no violentos, que están destinados a quedar atrapados en las reales márgenes de la sociedad".

Hay fuertes presiones por sustituir la prisión por el tratamiento en el caso de la drogadicción. Se calcula que cada dólar gastado en rehabilitación de la droga rinde de 7 a 8 dólares por reducción del delito y aumento de la productividad.

Efectivamente las cárceles son un método con graves consecuencias. Un estudio en el prestigioso *New England Journal of Medicine*, (*The Washington Post*, 11/1/07) sobre 30.327 presos liberados entre 1999 y el 2003 muestra que su probabilidad de morir de una sobredosis de droga después era 12 veces mayor a la población promedio, y su posibilidad de ser asesinados 10 veces mayor.

La ausencia de correlación entre la magnitud de la población carcelaria, y la reducción de la criminalidad se observa claramente en el caso americano. El número de presos creció fuertemente en USA entre 1985 y 1993, y el delito aumentó considerablemente en ese mismo período. Lo mismo ha sucedido como tendencia en el conjunto de las últimas décadas. En el Estado en que más creció la población carcelaria en la década 1992-2002 Idaho, su aumento fue de un 174%. En tanto el delito subió en esa década en un 14%. En el que le sigue, West Virginia donde el número de presos creció en ese período en un 171%, la delincuencia subió un 10%.

Ante estas realidades algunos de los Estados tradicionalmente más conservadores como Louisiana y Mississippi han aprobado reformas para reducir la punitividad. Otros como Kansas y Nebraska están tratando de reemplazar la expansión de las cárceles, por más inversión en rehabilitación de la droga.

En América Latina los partidarios de la mano dura argumentan con frecuencia el ejemplo de las discutidas épocas de Tolerancia Cero en New York. Los críticos de dicha época mencionan factores como el aumento en gran escala del gasto en policía, y del número de efectivos, las denuncias por discriminación y abusos, el deterioro de las relaciones entre las comunidades afroamericanas y latinas y la policía.

Es mucho menos conocida el caso de ciudades que encabezan los logros en reducción del delito en Estados Unidos, como San Diego y Boston. Entre 1993 y el 2001, la tasa de homicidios de San

Diego se redujo en un 62%. Al mismo las sentencias de prisión cayeron en un 25%. Un enfoque que integra el trabajo de la policía, la Alcaldía, y las principales instituciones de la sociedad civil, y los mismos grupos pobres, para prevenir y crear oportunidades para la población joven vulnerable está detrás del éxito.

La ciudad desarrolló una policía denominada "de cercanías" que enfatiza el trabajo con la comunidad. Disminuyó fuertemente los delitos, las denuncias, y hubo un importante aumento en la popularidad de la policía. La cantidad de policías por habitantes es tres veces menor a la de New York.

En Boston la Operación Cese del Fuego, logró hacer descender el número de homicidios a fines del 90, en sólo doce meses, en dos terceras partes. Se formó un grupo de trabajo con representantes de todas las agencias que tenían que ver con el delito, y de las principales entidades comunitarias. Los actores fueron ganando confianza unos en otros, y reconociendo la necesidad de trabajar en conjunto. Se puso énfasis en suprimir la circulación de armas. Por otra parte se trató de hablar con las mismas bandas de jóvenes, a través de actores como las iglesias, para abrirles oportunidades de opciones positivas para su futuro, al mismo tiempo que transmitirles la firmeza de la decisión comunitaria de reducir fuertemente el delito, y los riesgos que corrian quienes no aprovecharan esta oportunidad de "cese del fuego". La Operación incluyó también programas de entrenamiento para cambiar los métodos de trabajo usuales de la policía con las bandas.

Según diversos analistas las diferencias con tolerancia cero de New York en ciertas épocas son significativas. Entre 1993 y 1996 la cantidad de detenciones disminuyó en un 15% en San Diego, mientras que aumentaba en un 24% en New York. En 1996 en el apogeo de Tolerancia Cero se arrestaron en esa ciudad 314.292 personas. Sólo el número de arresto por infracciones menores en 19 material de drogas se duplicó, pasando los mil arrestos por semana. En tanto que las quejas contra la policía bajaron un 10% en San Diego, subieron en un 60% en New York.

En América Latina la tendencia hacia la encarcelación ha llevado a situaciones casi límites. Además de no resolver el aumento de las tasas de crimina-

lidad ha creado en diversos países un problema de gestión penal muy difícil.

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (Carranza, ILANUD 2006) estima que la densidad de la población carcelaria era en Honduras en el 2002, 209%, en el Salvador 162%, y en Panamá 137%.

Pero no se trata sólo de que el número de presos excede totalmente la capacidad, además el espacio de que disponen viola todas las reglas. El ILANU señala que en algunos penales el espacio de los presos en una celda es de 15 cm, frente a los 10 m² que se consideran adecuados en Europa, o los 14 m² en Holanda. El Director del Instituto Elias Carranza ilustra "si se bajan todos de sus literas no caben". Ese hacinamiento tiene consecuencias gravísimas, y excita los enfrentamientos.

La mano dura desemboca en escenarios de este orden. Lo contrario sucede en el caso de enfoques integrales que generan una población carcelaria reducida, pero además la tratan con orientación firme a la rehabilitación.

Es el caso de Costa Rica donde la visión aplicada desde hace décadas es de ese tipo. La tasa de homicidios es de 5.4 cada 100.000 habitantes. El número de presos 8.000, y las políticas orientadas a la rehabilitación.

El Director del Sistema Penitenciario Nacional Reynaldo Villalobos (2006) las resume señalando: "Nuestra filosofía en el sistema penitenciario parte de la premisa de que los privados de libertad son seres humanos que tienen derechos fundamentales tutelados por la Constitución, como el derecho a estudiar o a trabajar". El 70% de la población carcelaria trabaja, en tareas agrícolas, abasteciendo el mismo sistema penitenciario con alimentos o en otros oficios como la ebanistería. Los presos son por ejemplo los principales proveedores de pupitres para el Ministerio de Educación, han producido 400.000 en los últimos 5 años. Un 33% de los reclusos estudian. El sistema penitenciario está obligado a dar cursos de alfabetización, escuela primaria, secundaria y Universidad para los presos que lo deseen. También garantizan a los presos respetando estrictamente sus derechos constitucionales, un sistema de telefonía pública, el derecho a la salud,

y el derecho a la plena información sobre lo que sucede en el país y en el mundo. Un resultado de estas prisiones, donde el 99% de los presos están ocupados, es que no ha habido ningún intento de motín en los últimos 18 años.

El mito de que la mano dura solucionará el problema se desvanece cuando se contrasta con la evidencia empírica. La mano dura con sus fracasos crea el terreno para demandas sociales más agudas, y para su misma perpetuación. Como lo resume De Giorgi (1997): "el problema queda intacto, los caracteres estructurales permanecen inobservables; los proyectos sirven para legitimar la demanda de nuevos proyectos en virtud de que las patologías siguen subsistiendo".

TERCER MITO. Las causas últimas de la criminalidad son poco conocidas.

La mano dura actúa sobre las conductas finales, como se ha observado con resultados dudosos. Se está concentrando sobre los síntomas de la epidemia de criminalidad, sin profundizar sobre las causas que la determinan.

Cuando la criminalidad es como en el caso de América Latina, un comportamiento que afecta a sectores tan amplios de la población joven, es imprescindible indagar sobre que lleva a tanto jóvenes a producir conductas en esa dirección. Cuando se logra introducir el tema, en la discusión sólo policial, con frecuencia se argumenta que "se sabe poco", que "es una especie de terreno misterioso", "que es un enigma", y a veces se hacen esfuerzos sistemáticos para tratar de demostrar que la criminalidad no tiene causas de orden social. El resultado es percibirla como una conducta individual, que debe ser tratada como tal con punición personal.

Es imprescindible devolver al tema, la mirada penetrante que permitió a Durkheim captar que en el trasfondo de los suicidios y las conductas desviadas de su tiempo había un gran problema de anomia o la "imaginación sociológica" de que hablaba Wrigth Mills, que debe procurar captar las conexiones entre las biografías individuales y el contexto global. Si la tasa de homicidios crece con la proporción que ha crecido en América Latina, se convierte en epidémica, y tiene un fuerte componente joven, debe haber causas estructurales que están jugando.

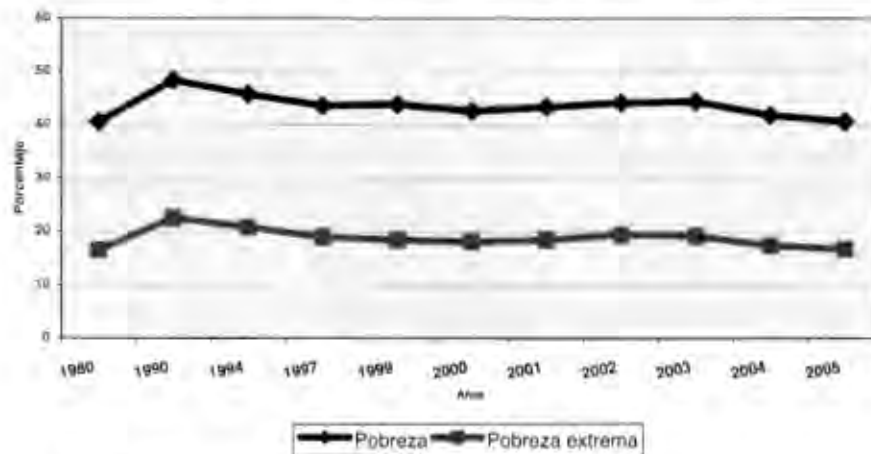
Cuando se procura encontrar, explorando correlaciones estadísticas sistemáticas, con que factores está vinculado el crecimiento de la criminalidad en la región, es posible identificar que en el mediano y el largo plazo hay correlaciones robustas entre otros con tres grandes conjuntos de variables: las condiciones sociales básicas especialmente la evolución de la tasa de desocupación juvenil, y las oportunidades laborales, los niveles de educación, y el grado de articulación de las familias.

Una Situación Social Crítica

Los indicadores sociales de América Latina muestran la presencia de una pobreza extendida, de carácter persistente, y con un importante componente de pobreza extrema¹.

La evolución de las cifras de pobreza y pobreza extrema en los últimos 25 años ha sido la siguiente:

Figura 3.
Pobreza y Pobreza extrema en América Latina 1980-2005



Fuente: CEPAL. Panorama Social de América Latina 1996-2005

Puede verse que la pobreza abarca al 40% de la población, y se ha mantenido con pocas variaciones en el último cuarto de siglo. La pobreza extrema que comprende a las personas que no tienen los ingresos mínimos para satisfacer la necesidad más básica la alimentación, abarca a casi la mitad de la pobreza total.

El porcentaje de la población en pobreza está casi estancado respecto a 1980. El aumento en términos absolutos de las personas pobres en términos ha sido muy significativo. Pasaron de 146 millones en 1980 a 227 millones en el 2005. Los pobres extremos a su vez de 60 millones en 1980 a 94 millones en el 2005. Ha habido mejoras en el 2005 y el 2006 pero no cambian el cuadro global de pobreza extendida, y persistente.

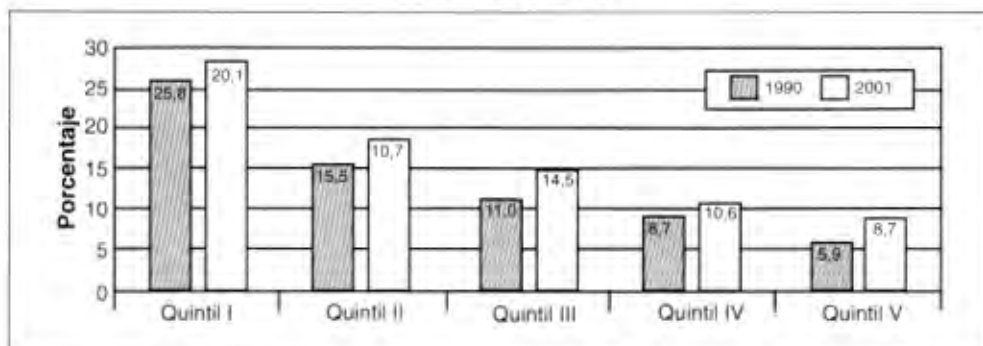
Dentro de estas cifras los jóvenes presentan niveles de pobreza y pobreza extrema mayores que los

promedios. Entre otros países, en Argentina en el 2003, el 54% de los jóvenes de 14 a 22 años eran pobres, en Panamá, el 57% de la toda la población pobre tenía menos de 20 años de edad.

Las tasas de desempleo subieron sensiblemente en este último cuarto de siglo, sólo comenzaron a bajar en los dos últimos años. En 1980, la tasa era del 6.1%, en 1990 del 8.3%, en el 2000 del 10.9%. En ese último año la tasa de desocupación entre los jóvenes de 15 a 24 años, duplicaba por 2.5 la elevada tasa general. En la mayor parte de los países la tasa de desocupación joven ha tendido a más que duplicar la general.

Puede observarse a continuación la tasa de desempleo joven por quintiles de la población en los años 1999 y 2002.

Gráfico 4
 América Latina (17 países): tasa de desempleo entre los jóvenes de 15 a 29 años de edad, según quintil de ingreso per cápita del hogar, total nacional, alrededor de 1999 - alrededor de 2002 (en promedios simples)



Fuente: CEPAL (2004) La Juventud en Iberoamérica. Sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los países.

En el 20% de los jóvenes más pobres el desempleo era en el 2002 del 26.1%.

En toda la década del 90 el desempleo creció muy fuertemente en la población joven como puede observarse:

Cuadro 6
 Tasa Anual Promedio de desempleo juvenil, por países de América Latina, 1990-1999

| País | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 |
|--------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Argentina 15-24 | 15,2 | 12,3 | 13,0 | - | 21,2 | 30,1 | 31,1 | 27,2 | 24,4 | 26,4 |
| Bolivia 20-29 | 9,5 | 7,3 | 7,0 | 8,2 | 4,5 | 5,4 | - | - | - | - |
| Brasil 18-24 | - | 9,1 | 11,2 | 10,3 | 9,6 | 9,3 | 10,5 | 11,4 | 14,3 | 15,0 |
| Chile 20-24 | 12,0 | 12,4 | 10,3 | 10,2 | 11,9 | 10,1 | 12,2 | 13,6 | 15,1 | 20,5 |
| Colombia 20-29 | 15,1 | 15,1 | 15,2 | 12,4 | 13,2 | 13,0 | 15,6 | 18,1 | 21,7 | 26,0 |
| Ecuador 15-24 | 13,5 | 18,5 | 17,3 | 15,7 | 14,9 | 15,3 | 20,0 | 19,4 | 22,6 | - |
| México 20-24 | - | - | 4,4 | 5,7 | 6,0 | 9,9 | 8,8 | 6,5 | 5,9 | 4,8 |
| Paraguay 20-24 | 14,1 | 9,5 | 7,3 | 8,8 | 5,5 | 7,8 | 12,6 | 31,5 | - | - |
| Perú 14-24 | 15,4 | 11,2 | 15,8 | 16,1 | 13,7 | 11,2 | 14,9 | 12,7 | 14,1 | 17,1 |
| Uruguay 14-24 | 26,1 | 27,9 | 24,4 | 23,3 | 25,5 | 25,5 | 28,0 | | | |
| Venezuela 15-24 | 18,0 | 15,8 | 13,4 | 13,0 | 15,9 | 19,9 | 25,4 | 23,1 | 21,9 | 27,9 |

Fuente: Elaboración de la Organización Internacional del trabajo (OIT), sobre las bases de información de las investigaciones por domicilios de los respectivos países en CEPAL, Juventud, Población y Desarrollo en América Latina y el Caribe, 2000.

El cuadro de pobreza persistente, y alta desocupación ha impactado particularmente a los jóvenes. Por otra parte la realidad los ha mostrado como la "variable de ajuste". En las crisis son los más afectados, y en las recuperaciones los últimos en ser beneficiados.

Estas condiciones sociales hostiles para el ingreso y permanencia en el mercado de trabajo de millones de jóvenes latinoamericanos, los dejaron "afuera" en un momento decisivo de su vida.

El trabajo es en la juventud el modo de subsistir, de insertarse en la sociedad, y de tejer relaciones sociales esenciales. Todo ello les fue vedado por la pobreza, y la desocupación persistentes.

Se estima que hacia fines del 2005, uno de cada cuatro jóvenes latinoamericanos estaba en situación de exclusión, fuera del mercado de trabajo y fuera del sistema educativo. Ello, la antitesis de la cohesión social, convertía a este amplísimo sector de jóvenes en un "volcán social", y los colocaba en condiciones graves de vulnerabilidad al delito.

La correlación entre estas condiciones y el aumento de delitos en la región es muy consistente.

En el caso argentino por ejemplo como se ha visto la tasa de desocupación juvenil creció de 15.2 en 1990 a 26.4 en 1999. El número de delitos aumentó muy fuertemente en esa década, y entre ellos particularmente los cometidos por jóvenes. Un informe sobre delitos realizados por menores en la Ciudad de Buenos Aires (Guemureman, 2001) muestra que pasaron de 17.678 en 1990, a 26.827 en 1998. En esos ocho años de aumento de la pobreza, y la desocupación, crecieron en un 51%. La misma tendencia se observa en otras jurisdicciones, como la de la Provincia de Buenos Aires.

Las cifras no sorprenden cuando se advierte que en 1999, del total de la población joven de 15 a 24 años, que sumaba 6.337.000 el 44% no asistía a ningún establecimiento escolar, y la mitad de ellos no tenía tampoco trabajo o empleo remunerado. Había por lo tanto 1.300.000 jóvenes que estaban "afuera de todo". Por ella dice Guemureman (2001) "que el debate sobre la inseguridad referido a los adolescentes y jóvenes no puede reducirse meramente a la cuestión delictiva, debe abreviar en la

verdadera violencia que es la de la exclusión social".

El panorama de falta de salidas, es el que presentan países de alta criminalidad como entre otros Guatemala, El Salvador y Honduras. USAID (2006) describe así el contexto de la vulnerabilidad al delito en Guatemala: "los miembros de las maras vienen de áreas urbanas pobres y marginalizadas, y son producto de un medio ambiente caracterizado por servicios inefectivos, exclusión social, capital social débil, familias desintegradas, y hacinamiento".

La relación con el Estado para muchos de esos jóvenes, es totalmente negativa, es la represión policial. Subraya el informe USAID que "muchos de los jóvenes jamás han experimentado una sola interacción positiva con el Estado. Con frecuencia su única vivencia del Estado es la policía haciendo arrestos y encarcelando personas".

La Exclusión Educativa

Cuanto más altos son los niveles educativos de una población, menor será el número de delitos. Está probado en numerosos estudios comparados que una de las inversiones preventivas de más impacto respecto a la delincuencia es la educación.

La Organización Panamericana de la Salud (1998) concluye de sus estudios sobre la violencia epidémica que "es claro que las intervenciones que aumentan el éxito académico y los años de escolaridad pueden reducir el número de incidentes de violencia durante la niñez y más adelante. Cualquier cosa que mejore la educación probablemente también reduce el riesgo de violencia entre niños y jóvenes".

Si bien ha habido en la región avances considerables en educación, que han llevado a que más del 90% de los niños inicien la escuela primaria, y se reduzca significativamente el analfabetismo, las tasas de repetición y deserción son muy elevadas. Están directamente ligadas a los altos niveles de pobreza y de desigualdad de América Latina. Las tasas de escolaridad del 10% más rico superan los 12 años, las del 30% más pobre son 6 años menores.

Los niños de hogares más pobres tienen una alta probabilidad de no finalizar la primaria o la secun-

daria porque deben trabajar en muchos casos (la OIT estima que hay más de 18 millones de niños menores de 14 años que trabajan en la región), porque hay un problema de desnutrición, o porque sus familias están desarticuladas y no pueden apoyarlos como sería necesario en sus estudios. Sólo el 40% de los jóvenes latinoamericanos termina la secundaria frente al 85% en los países de la OECD.

Es típico que en las familias de clase media o alta, se esté extendiendo la escolaridad. Frente a mercados de trabajo cada vez más exigentes, los hogares apoyan a los hijos para que cursen más años de estudios, y aspiren a grados y postgrados. En cambio en las familias pobres, la tendencia es a tratar de aprovechar cualquier oportunidad para obtener algún ingreso que aunque pequeño puede significar mucho para el núcleo familiar aunque ello limite los años de escolaridad. Ello hace que la brecha en años de escolaridad entre unos y otros tienda a aumentar. Lógicamente la competitividad de los pobres en el mercado de trabajo es afectada fuertemente por estos procesos.

La amplia población joven con bajos niveles de escolaridad de la región, tiene mayor vulnerabilidad al delito. Un relevamiento en la Argentina encontró que solo el 5% de los presos tenían secundaria completa. Otro en Perú halló que mientras que el 67% de la población terminó la secundaria, en las cárceles el 61% no la finalizó, y el 22% no ha terminado siquiera la primaria.

La familia, institución clave para la prevención del delito

Los estudios son muy significativos. En Uruguay los trabajos de Kaztman (1997) sobre los jóvenes internados muestran que dos terceras partes vienen de hogares con un sólo conyugue al frente. Datos similares se han encontrado en Estados Unidos sobre muestras amplias (Whitehead y otros, 1993).

Si la familia es articulada, y opera, genera una educación de vida antidelito continuamente. Lo hace a través de mensajes explícitos, e implícitos como la conducta diaria de los padres. Transmite valores éticos a diario que van a ser muy relevantes en las situaciones límites. Es un instrumento fundamental de socialización positiva.

Por otra parte ejerce continuamente la tutoría de los jóvenes cuando los ve en dificultades.

Todos esos roles no son reemplazables por ninguna otra institución, y convierten a la familia en clave fundamental para prevenir el delito.

La Organización Mundial de la Salud (2003) señala que: "Los resultados de estudios realizados en los Estados Unidos, Nueva Zelanda, y el Reino Unido indican que los niños que se crían en familias monoparentales están expuestos a mayor riesgo de violencia. Por ejemplo, en un estudio de 5.300 niños de Inglaterra, Escocia y Gales, el hecho de haber experimentado la separación de sus progenitores entre el nacimiento y los 10 años aumentó las probabilidades de recibir condenas por hechos de violencia antes de los 21 años.

En el estudio llevado a cabo en Dunedin, Nueva Zelanda, "el hecho de vivir a los 13 años con un padre o madre solteros permitió vaticinar condenas por violencia antes de los 18 años". Los datos asimismo son categóricos en cuanto a que si las familias están internamente desintegradas, y hay violencia doméstica, ello aumenta notablemente las posibilidades de que cuando sean adultos repitan las conductas de violencia doméstica, y sean más propensos a la violencia en general.

La región presenta un panorama complejo en este aspecto crucial. Hay diversos tipos de familias, pero según los estudios (CEPAL 2004) predomina la familia nuclear. Si bien existe un fuerte apego cultural a la familia, y es altamente valorada por los jóvenes (Kliksberg, 2006) la pobreza persistente ha puesto en tensión extrema muchas familias y las lleva con frecuencia a la implosión. En muchos casos el conyugue masculino deserta, y muchos hogares están conducidos sólo por la madre.

Las madres pobres jefas de hogar son un numeroso grupo en la región, que supera en muchos países el 30% de los hogares. Su rol es de un valor incalculable. Llevan adelante las familias en condiciones muy difíciles con esfuerzos muchas veces heroicos. Según los estimados de CEPAL la pobreza latinoamericana sería un 10% mayor sin su ejemplar contribución. Sin embargo, no pueden suplir ambos roles, y el del conyugue masculino aparece como muy significativo en los estudios, como modelo de referencia para los jóvenes.

La familia debilitada crea una vulnerabilidad importante, aumentando el riesgo de delito.

En una visión de conjunto las causas de la epidemia de criminalidad no son misteriosas. La región ha visto en las últimas décadas la agudización de los problemas sociales, y de las desigualdades. Ello ha multiplicado los factores de riesgo respecto a la delincuencia. La combinación de jóvenes excluidos, que no tienen por donde entrarle a la vida laboral, de baja educación, y familias desarticuladas, crea un inmenso grupo de jóvenes expuestos.

Ellos son una especie de mercado cautivo para el reclutamiento del crimen organizado. Frente a la falta total de alternativas, y el sufrimiento cotidiano que implica su exclusión, aparecen las propuestas de paraísos económicos, en condiciones donde están casi "acorralados" por la exclusión, y son muy bajas sus defensas educativas, y familiares.

La mano dura no roza siquiera estas causas estructurales del delito. Tiende incluso a empeorar el ambiente diario de estos jóvenes al generalizar su carácter de sospechosos en potencia, y acentuar con ello su exclusión. Por eso sus resultados son tan pobres. Un abordaje que vaya a las razones estructurales del delito pueden conseguir resultados diferentes.

La Organización Mundial de la Salud (2003) refiere investigaciones al respecto como las de Pampel y Gartner (1995). Crearon un indicador para medir el desarrollo de las instituciones nacionales responsables de la protección social colectiva. En países con similar crecimiento en su demografía joven, había aumentos dispares en las tasas de homicidios según la solidez de dichas instituciones. Messner y Rosenfeld (1997) analizaron la relación entre gastos más elevados en asistencia social y homicidios. El aumentar los primeros disminuía las tasas de homicidios. También, comprobaron que los países que 27 protegían más a las poblaciones vulnerables a las fuerzas del mercado a través de redes de seguridad económica tenían menos homicidios. Briggs y Cutright (1994) encontraron en 21 países una correlación entre gastos en seguridad social y número de homicidios.

CUARTO MITO. El enfoque integral sólo produce resultados a largo plazo

Cuando se logra cambiar la lógica puramente policial en el análisis de la criminalidad por una lógica integral que atienda a sus causas últimas, surge una última barrera de rechazo a esta lógica. Es la de argumentar que sólo producirá resultados en plazos muy extensos, y que se requiere contestar ya a la criminalidad. Este tipo de razonamiento tiene fuerte apelación, porque ofrece a la población legítimamente alarmada, una solución supuestamente "inmediata" frente a una postergada a fecha indefinida.

Sin embargo, la propuesta es falaz, y llevará a "espejismos" de soluciones y a que el problema se mantenga sin alteraciones mayores. Ante una reciente ola de delitos criminales en New Orleans y la oferta de multiplicar la represión policial un ex fiscal, Malveau, declara (2007): "pueden poner un policía en cada esquina y no detendrán los asesinatos. En cuanto tengan una gran población que no está educada, y que no tiene trabajo ni esperanza, que otra cosa pueden esperar que hagan sino vender drogas? Hasta que no se arregle ello será difícil ver que los problemas mejoren".

Las soluciones estructurales pueden significar cambios que requieren plazos históricos significativos, pero el solo hecho de asumir una lógica integral, permitirá avanzar programas en la dirección que puede arrojar resultados. Esos programas de por sí solo no resuelven el problema total, pero claramente pueden arrojar resultados significativos, y mostrar que hay un "final del túnel".

Los ejemplos han sido continuos en la región. La experiencia de Escuelas Abiertas en el Brasil en el último decenio llevada adelante por el Ministerio de Educación con el apoyo de la UNESCO abrió las escuelas los fines de semana en las favelas para brindar a los jóvenes postergados una oferta de capacitación musical, artística, literaria, deportes, y oficios.

El éxito fue muy amplio. Los jóvenes asistieron masivamente, hicieron suyas las escuelas en ese marco libre y atractivo, y sus familias comenzaron a venir con ellos los fines de semana. La violencia se redujo al interior de las escuelas y en general.

Un estudio sistemático de la UNESCO, la Fundación Kellogg, y el BID "Cultivando vidas, desarmando violencias" (Castro y otros, 2001) sobre numerosas experiencias llevadas a cabo con la misma filosofía básica, encontró un alto grado de éxito. Verifico (Abramavoy y otros, 2002) entre sus 28 causas que: "el arte, la educación, el deporte y la cultura siempre aparecen como contrapuntos a situaciones existenciales de violencia entre los jóvenes. Pueden ser utilizados para la construcción de espacios alternativos de socialización que les permiten alejarse de las calles, sin negarles los medios de expresión y de verbalización de los sentimientos de indignación, protesta, y afirmación positiva de sus identidades".

Estas experiencias tienden "un puente" hacia los excluidos, y con ello desarmen la situación sin salida en que están encerrados.

Cuando en estudios de la UNICEF se interroga a miembros de las maras sobre porque permanecían en ellas, cuando la posibilidad de que fueran asesinados en corto tiempo era muy alta, la respuesta fue del orden de: "donde quieren que estemos, si es el único lugar en donde nos admiten". El Informe USAID (2006) describe así a un típico miembro de una mara: "Roberto 16 años de edad dice que se sumó a la mara porque quiere amor y respeto". Las aperturas a la inclusión rompen la trampa en que están atrapados los jóvenes excluidos.

Los resultados pueden ser inmediatos como lo fueron en las experiencias antes mencionadas en el Brasil, o la desarrollada en Venezuela por Vollmer comentada en los principales diarios americanos, que logró desarticular una banda delincuencia rural, al ofrecerles un programa de trabajo sistemático.

Se han obtenido asimismo resultados en vecindarios completos en plazos reducidos. Como lo que sucedió en Cali con los programas de desarrollo de barriadas de los años 90. Dichos programas comprendieron: la legalización de la titularidad de las viviendas para los invasores de terrenos, la provisión de obras públicas, servicios de salud y espacios de recreación, y la capacitación y apoyo para microempresas.

Entre los resultados obtenidos se hallan (Organización Panamericana de la Salud, 1998): "En estos

años han mejorado notablemente las condiciones de los vecindarios donde esas actividades se efectuaron exitosamente. El desarrollo exitoso de los vecindarios también parece reducir el reclutamiento de las pandillas criminales tanto aumentando las actividades recreativas como mejorando las posibilidades de empleo".

Un eje clave para la obtención de mejoras en la criminalidad, y con resultados en plazos directos, es el empoderamiento de las organizaciones vecinales. Diversos estudios sugieren que invertir en fortalecerlas, capacitar sus liderazgos, afianzarlas, es poner en marcha un capital social que puede ser fundamental para prevenir la criminalidad. Así Saenger, Winkel y Swartz (University of New York, 2002) verificaron en zonas pobres de Brooklyn, New York que formalizar las organizaciones de vecinos de 29 zonas pobres, aumentar la participación en ellos, y fortalecerlas llevó a la reducción de varios tipos de delitos, de 6 a 12 meses después.

En la misma dirección la organización Viva Rio que trabaja en favelas en Rio de Janeiro encontró (Sussekind 1996) que: "la democracia comunitaria puede ser un eficaz antídoto contra el crimen... la mayoría prefiere vivir legalmente, aceptar los esfuerzos de quienes los ayudan y ayudarse a ellos mismos".

III. EN LA ENCRUCIJADA

La ciudadanía latinoamericana está alarmada con razón ante el ascenso de las cifras de criminalidad.

El tema es noticia central diaria de los medios masivos de comunicación, forma parte de la experiencia cotidiana, y aparece en los primeros lugares de las consultas de opinión.

Hay que actuar pero la gran pregunta es ¿cuál es la dirección apropiada? Ha tendido a predominar una lógica que actúa en base a los tres mitos analizados, y otros similares. Esa lógica entraña una concepción básicamente punitiva del problema. Tiene "sex appeal", y es de fácil venta porque promete soluciones prontas, y da la impresión de que se está operando activamente.

Sin embargo, la experiencia de la región, e internacional ha indicado la estrechez de esa lógica. El

mejoramiento de las fuerzas policiales es parte imprescindible de cualquier enfoque pero hay una diferencia sustancial entre verlo como parte, o como la vía central, y volcar todos los esfuerzos en ello.

Como esa lógica no responde a la complejidad del problema, los resultados pueden ser incluso reforzantes de las causas estructurales que están actuando, y deteriorar aun más la precaria cohesión social de la región. Así, Según los estudios del BID a fines de los 90 un país como Brasil gastaba en seguridad pública y privada el 10.5% de su Producto Bruto Interno. Ello equivalía al Producto Bruto anual de Chile. La producción anual de un Chile completo invertido en policía. Sin embargo las cifras de criminalidad no mejoraron. Lo mismo sucedía según dichos estudios con Colombia que gastaba el 24.7% del Producto Bruto, y Perú donde el gasto era el 5.3% del Producto Bruto.

Por otra parte esta lógica lleva como se ha visto a un tensionamiento agudo de las relaciones entre la policía, y los grupos pobres de la población, las deteriora inevitablemente, y es portadora de una amenaza un mayor, que es el sesgo a criminalizar la pobreza.

Esa lógica coloca en una situación muy difícil a las mismas fuerzas policiales. La opinión pública espera de ellas los resultados "mágicos" no los pueden lograr, y se las acusa de ineficiencia. En realidad se las está haciendo responsables totales de algo cuyas causas últimas no manejan, porque no tienen incidencia en las razones estructurales que llevan al aumento de la criminalidad.

Existe la posibilidad de plantear en la región otra lógica, una lógica integral, que deviene de la idea de cohesión social, de los estudios sobre las causas últimas de la violencia, y de los modelos y experiencias exitosas a nivel internacional y regional. Esa lógica esbozada en este trabajo, destaca que hay que diferenciar los diversos tipos de violencia, y se hace necesario entender la epidemia de criminalidad juvenil en el contexto global de la región.

Dicha epidemia está profundamente ligada a través de múltiples mediaciones a las condiciones de pobreza, falta de oportunidades y exclusión que afectan a vastos sectores de la población. También al hecho de que esa pobreza tiene una de sus causas centrales según lo indican múltiples análisis

(CEPAL, IPEA, PNUD, 2003; CEPAL 2005) en el hecho de que América Latina es la región más desigual de todas. El 10% más rico de la población tiene el 48% de los ingresos, y el 10% más pobre el 1.6%. La distancia es mayor a 50 veces en muchos países. En Brasil es de 54 veces, en Colombia de 57, en Guatemala de 63, en cambio en Canadá es de 9.4 veces y, en España de 10.3.

Ello crea "trampas de pobreza" amplios sectores que tienen destinos casi marcados. Familias cuyos niños no pueden terminar la escuela primaria o la secundaria, no tienen saneamiento, ni cobertura de salud, y otras carencias básicas. En esas condiciones no podrán ingresar cuando jóvenes en la economía formal, y formaran familias casi condenadas a repetir el mismo destino salvo que haya políticas públicas afirmativas agresivas que abran oportunidades.

La pobreza, la desigualdad, y la exclusión crean enormes tensiones. Múltiples estudios han encontrado alta correlación entre desigualdad y violencia. Entre otros Fajnsilber, Lederman, y Loayza (1996) encontraron en una investigación sobre 45 países que las altas desigualdades favorecían la tasa de homicidios.

La lógica integral parte de la idea de cohesión social. Según el Consejo de Europa (2004) la cohesión social es la capacidad de una sociedad para asegurar el bienestar de todos sus miembros, al minimizar las disparidades y evitar la polarización. La criminalidad epidémica de jóvenes es un indicador muy contundente de que las sociedades de la región tienen serios problemas de cohesión social. Surge como se ha visto de su incapacidad para asegurar bienestar colectivo, reducir desigualdades y generar equidad. Por otra parte, a su vez tratar este gran problema con la lógica de la mano dura acentúa todos 31 estos elementos. Pone más aun en los márgenes de la sociedad a los sectores más afectados por la exclusión y las disparidades, y con frecuencia los coloca en "puntos sin retorno".

La lógica convencional puramente punitiva, ahonda los déficits de cohesión social de la región. Al mismo tiempo no proporciona un alivio real al problema. Como advierte un destacado penalista español Javier de Vicente Remesal (2006) refiriéndose a las propuestas de mayor punición para los

jóvenes: "Aplicar penas mas duras no es determinante a la hora de ponerle fin al delito".

Hace falta un gran pacto social para enfrentar la criminalidad, a través de estrategias que construyan cohesión social. La lógica integral propone abordar a través de las políticas públicas en alianza con la sociedad civil, y la responsabilidad social empresarial, la causas estructurales del delito generando inclusión, protección social, y oportunidades.

La delincuencia juvenil se reduce invirtiendo más en educación, creando oportunidades de trabajo para los jóvenes, y fortaleciendo la familia. Por otra parte debe sumarse a ello un abordaje renovado de la acción de la policía, la policía comunitaria o de cercanías, en donde la misma actúa generando concertaciones estratégicas con diversos sectores de la comunidad para prevenir el delito, y sancionarlo. Todo ello debe estar complementado con un sistema penal orientado a la reeducación, y la reinserción a través de estrategias acordes.

En un continente como América Latina en donde a través de la democracia amplios sectores de la ciudadanía están exigiendo e impulsando cambios profundos hacia sociedades inclusivas, la lógica integral comienza a tener bases de apoyo social cada vez más significativa. Son diversos los ejemplos de documentos como el que suscribieron recientemente el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, una de las áreas con más delincuencia de la Argentina, y algunas de las principales fuerzas sociales (Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2006) denominado "Seguridad: hacia un Nuevo consenso democrático", el documento plantea:

"Debe ser erradicada la falsa premisa instalada en nuestra sociedad, por interés, omisión o ignorancia, en el sentido de que se es exitoso en la lucha contra el delito si tan sólo se incrementan las penas, aumentan las cárceles y su población, se encarcela a los niños de la calle por supuestos motivos tutelares, y se deponen tantos miramientos en material de garantías". Propone "En su lugar debemos construir un nuevo concepto de seguridad ciudadana que inaugure un nuevo discurso, incorpore como tema central la exclusión social en todas sus manifestaciones y elabore una estrategia de inclusión". El Presidente del país Kirchner ha enfatizado que "la seguridad no se construye con un palo en la mano".

En uno de los países mas afectados por la criminalidad joven Brasil, su Presidente Lula, ha subrayado repetidamente, que el problema esta vinculado a la desocupación juvenil, ha creado entre otros un programa "empleo primero" destinado a sumar gobierno y empresa privada para dar la posibilidad de un primer empleo a los jóvenes, y ha expresado que "es más barato y eficiente construir un aula que una celda".

América Latina está en una encrucijada con todo orden de implicancias sobre su futuro en este tema crucial. Debe optar por la mano dura en sus diversas variantes, o dar el salto hacia una lógica diferente como la que expresan nuevos consensos como el mencionado.

Es hora de ayudar a través de mejorar sustancialmente la calidad del debate público sobre el problema, de estudios comparados, y propuestas concretas, a cambiar colectivamente, la orientación casi mecánica hacia la lógica convencional punitiva, a hacer "más de lo mismo", que está generando tan pocos resultados, y tanto daño a la cohesión social, y reemplazarla por una salida real, ética y humana.

NOTAS (1) El autor analiza detalladamente la problemática social de la región, en su obra "Más ética, más desarrollo" (editada en España por el Instituto Nacional de Administración Pública, 2006).

REFERENCIAS

- Aguilar, Janeth (2006). Declaraciones en La Opinión, Los Angeles, 26 de Octubre.
- Briggs CM, Cutright P. (1994). Structural and cultural determinants of child homicide. *Violence and Victims*, 9, 3-16.
- Buvinic, M. y A. Morrison (1999). Notas técnicas: prevención de la violencia. Nota Técnica No.2. Washington DC. BID.
- Cardenal, Rodolfo (2006). Declaraciones a AFP, Noviembre 28.
- Carranza, Elias (2006) Director del ILANUD. Declaraciones a AFP 18 de Diciembre.
- Casa Alianza (2006). Comunicado de Prensa. 8 de Marzo.

- Castel, R (1997). La metamorfosis de la cuestión social. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- Castro M.G. Abramovay M. rúa M.G e Andrade E.r. (2001). Cultivando vida. desarmando violencias. UNESCO Brasil, Fundación Kellogg, BID, Brasil.
- CEPAL (2005). Objetivos de desarrollo del milenio, Una mirada desde América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.
- CEPAL, IPEA, PNUD (2003). Hacia el objetivo del milenio de reducir la pobreza en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile
- Consejo de Europa/Comité Europeo para la cohesión social (2004). Revised strategy for social cohesion.
- Crawford, A (1997). The local governace of crime, appeals to community and partnership. Oxford. Clarendon Press.
- Eckholm, Erik (2007). The New York Times. Childhood poverty is found to portend high adult costs. 25 de Enero.
- Eggen, Dan (2006). The Washington Post. Violent crime in US continues to surge.
- Fajnzylber P. Lederman D. Loayza N. (1999). Inequality and violent crime. Banco Mundial, Washington DC.
- Fespad (2006). Políticas Públicas hoy. No.13. Año 1. Octubre.
- Fruhling (2000). La modernización de la policía en América Latina. Incluido en Sapoznikow J. y otros, Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad. BID.
- Gobierno de la provincia de Buenos Aires (2006). Seguridad: hacia un nuevo consenso democrático. Clarín, 4 de diciembre.
- Guemureman, Silvia (2001). Señalización y minoridad. En Revista Encrucijadas. Universidad de Buenos Aires. Septiembre, 2002.
- Kliksberg, Bernardo (2006). La juventud en América Latina. Los desafíos principales. Incluido en Thompson, Andrés (2006). Asociándose con la juventud para construir el futuro. Fundación Kellogg.
- Londono, J.L. (1998). Epidemiología económica de la violencia urbana. BID.
- Malveau, Eric E (2007). Declaraciones a The New York Times, Febrero 5.
- Messner SF, Rosenfeld R. (1997). Political restraint of the market and levels of criminal homicide. Social Forces, 1997, 75:1393-1416.
- Moser, Caroline, and Winton Ailsa (2002), mencionado por USAID (2006).
- Organizacion Mundial de la Salud (2003). Informe mundial sobre la violencia y salud. Washington DC.
- Organización Panamericana de la Salud (1998). La violencia juvenil en las Américas. Washington DC.
- Pampel Fc, Gartner R. (1995). Age structure, socio-political institutions, and national homicide rates. European Sociological Review, 11: 243-260.
- PNUD (2005). ¿Cuánto cuesta la violencia a El Salvador? El Salvador.
- Red de la no violencia contra la mujer (2006). Mencionado por Margarita Carrera. Evey y Maria Isabel. Prensa Libre, 19 de Enero. Guatemala.
- Remesal, Javier de Vicente (2006). Reportaje en Pagina 12. Buenos Aires. 24 de Diciembre.
- Rubio, Mauricio (2000). Los costos de la violencia en América Latina. Incluido en Sapoznikow Jorge, Juana Salazar, y Fernando Carrillo (editores) (2000). Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad. BID, Universidad de Alcalá.
- Rubio, Mauricio (1996). Crimen y crecimiento en Colombia. Incluido en "Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia, y seguridad ciudadana. BID, Washington DC.
- Saegert, Susan, Gray winel and Charles Swartz (2002). Social Capital and crime in New York City's low-income housing. Housing Policy Debate, 13:189-226.
- Sussekind, Elizabeth (1996) En "Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia, y seguridad ciudadana. BID.
- The New York times (2007). Editorial. Closing the revolving door. 25 de Enero.
- The Washington Post (2007). Ex-prisoners health at risk. 11 de Enero.

USAID (2006). Central America and Mexico gang assessment.

Vacquant, Loïc (2000). *Las cárceles de la miseria*. Editorial Manantial, Buenos Aires.

Villalobos, Reynaldo (2006) Director del Sistema Penitenciario Nacional de Costa Rica. Declaraciones a AFP. 18 de Diciembre.

Whitehead, Dafoe (1993). Dan Quayle was right. *The Atlantic Monthly*, New York. April.

LA INADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRAVENCIONAL: Violación al derecho de acción y a los principios de universalidad de la jurisdicción, acceso a la justicia y debido proceso

Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

En el sistema jurídico costarricense actual, y desde hace ya bastante rato, es tesis incuestionable emitida tanto por la Sala Constitucional¹ como por los

órganos de casación—Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia² y Tribunal de Casación Penal de San José³— que no cabe el recurso o procedimien-

1 Así el voto N° 1054-94 de las 15:24 horas del 22 de febrero 1994: *“La Constitución Política no toma partido en relación con los diversos sistemas de procedimiento existentes para posibilitar la investigación de un hecho de naturaleza penal. La relación de los artículos 39 y 41 constitucionales permite concluir que el constituyente dejó a criterio del Legislador secundario el establecer el sistema procesal, exigiendo eso sí que se garantice en él la defensa —con todas sus consecuencias—, y que el procedimiento sea expedito para que la administración de justicia sea pronta, cumplida y sin denegación... De lo anterior puede concluirse que en nuestro sistema de garantías fundamentales existe diverso grado de ellas, según se trata de delitos o contravenciones, pues —como ya se dijo— para aquéllos la Convención establece un marco de exigencia superior.”*; reiterado en el voto N° 377-99 de dicha sala.

2 *“La resolución de las otrora Alcaldías de Faltas y Contravenciones, hoy Juzgados Contravencionales, carecen de posibilidad de revisión, conforme se infiere del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, que establece como único recurso la apelación ante el tribunal intermedio; a diferencia de las sentencias condenatorias emitidas en asuntos delictivos, que no cuentan con apelación, sino sólo con casación. A lo anterior puede agregarse que ni esta Sala, ni el Tribunal de Casación, tienen competencia para pronunciarse, ordinaria o extraordinariamente, en este género de asuntos, dado que aquella está restringida a las causas resueltas por un tribunal de juicio (artículos 56 y 93, ambos inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y no incluye los fallos dictados por un Juzgado Contravencional (artículo 117 de la misma ley).”* Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 94-99 de las 10:25 hrs. del 21 de enero de 1999. En igual sentido el voto N° 460-A-91 de las 09:22 hrs. del 18 de octubre de 1991; N° 53-A-95 de las 10:45 hrs. del 26 de mayo de 1995 y N° 478-98 de dicha Sala. Durante la vigencia del derogado Código de Procedimientos Penales, inclusive, la sentencia dictada por el entonces alcalde de faltas no era susceptible de ser recurrida por ningún medio como se reconoció en el voto N° 478-98 en donde, además, se indicó: *“En la actualidad, a la luz de la nueva ordenanza procesal, las sentencias dictadas por los juzgados contravencionales sí pueden ser apeladas (...) ante el Tribunal del procedimiento intermedio (art. 407 del Código Procesal Penal). Debe aclararse que, por razones de política criminal, y atendiendo a la diversa gravedad de los asuntos que se conocen en el sistema punitivo, el legislador ha optado por darle un tratamiento diferenciado —pero no discriminatorio— a las diversas acciones de revisión; y para ello, le ha asignado la competencia a dos órganos: el Tribunal de Casación Penal y esta Sala. Para resolver la petición que se formula es indispensable analizar la normativa que distribuye la competencia para conocer de los procedimientos de revisión entre ambos órganos; en los asuntos ya fenecidos; y en los que se dictaren a partir de la vigencia del nuevo código. De los primeros, conocerá el Tribunal de Casación, cuando el delito esté sancionado con prisión de hasta tres años o con pena no privativa de libertad, y esta Sala, los conocerá en los demás casos, es decir, en los que el extremo mayor de la pena es superior a esos tres años (Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial). Por su parte, la revisión contra las sentencias recaídas durante la vigencia de este código será tramitada por el Tribunal de Casación Penal, cuando el fallo fuera dictado por el Tribunal de Juicio unipersonal, sea en los juicios por delitos sancionados con penas no privativas de libertad o hasta con un máximo de cinco años de prisión; en los demás asuntos, será competente la Sala de Casación (arts. 56 inciso 1, 89 y 96 bis inciso 4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; así reformados y adicionados por el art. 4 de la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 de diciembre de 1997). El punto a dilucidar es si en esa “competencia residual” atribuida a esta Sala es dable o no incluir los fallos dictados por los juzgados contravencionales. Para ello debe interpretarse que a la luz de la normativa vigente las acciones de revisión procederán solamente respecto de las sentencias condenatorias por delitos, no por contravenciones. Ello es así porque no puede entenderse cómo, si a este Tribunal se le asigna el conocimiento de los recursos de casación y de los procedimientos de revisión respecto de los delitos de mayor gravedad, pueda, simultáneamente, encargársele la revisión de las infracciones de menor entidad. A efectos de salvaguardar el cabal cumplimiento del Debido Proceso, el recurso de apelación referido es el mecanismo procesal idóneo para reclamar los yerros de los fallos del juez contravencional. Este precepto es de aplicación en las causas tramitadas con el actual estatuto, y no en las dictadas conforme al Código anterior, porque, respecto a ellas rige aún el art. 426 citado.”* (el destacado es suplido).

3 En este sentido pueden consultarse, entre otros muchos, los votos N° 68-A-97 de las 14:30 horas del 05 de mayo de 1997; N° 367-1999 del 10 de setiembre de 1999; N° 361-2000 del 28 de abril de 2000; N° 712-2002; N° 273-2003; N° 496-2004; N° 2004-0962, de las 09:55 horas del 16 de setiembre de 2004; N° 1166-2004; N° 1171-2004 de las 15:45 hrs. del 15 de noviembre de 2004, todos del Tribunal de Casación de San José. En el último se indica: *“Según ha establecido reiteradamente esta cámara, las sentencias dictadas por los juzgados contravencionales carecen del procedimiento de revisión. Lo anterior se desprende de la relación del primer inciso de los artículos 56 y 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia para conocer de dicho procedimiento en asuntos propios de los tribunales de juicio y no contra lo resuelto por los juzgados de contravenciones (...) si las contravenciones reciben un trato procesal diferente a los delitos, ello obedece a una cuestión de política criminal, que no produce roces constitucionales (...) es inconsecuente el argumento según el cual las sentencias contravencionales tendrían revisión porque, de acuerdo con las reformas introducidas por la Ley número 8272 de 2 de mayo de 2002 [aunque la referencia pareciera ser más bien a la Ley número 8250 de esa misma fecha], ciertas condenas dictadas en esa materia se anotan en el Registro Judicial y podrían dar lugar a la pena*

to de revisión, ni siquiera a favor del condenado, contra las sentencias firmes surgidas de procesos contravencionales y de tránsito.

Los argumentos que han esgrimido dichos órganos para sostener esa tesis son, en síntesis:

a)- que hay (sin llamarla así) una 'doble velocidad'⁴ del derecho penal: de mayores garantías para el proceso por delitos y de menores garantías para el proceso contravencional –aún cuando bajo el nombre de contravenciones se sancione con pena de prisión– lo que es cuestión de política criminal que no viola el debido proceso⁵.

b)- que la mal llamada doble instancia –que es en realidad el derecho al recurso– está prevista por el legislador convencional⁶ para delitos y que tal término ha de ser interpretado restrictivamente excluyendo las faltas o contravenciones;

c)- que legalmente el procedimiento de revisión, como el de casación, está previsto contra sentencias emanadas de tribunales de juicio y no respecto de resoluciones de otra naturaleza o sentencias que se pronuncien sobre recursos previos.⁷

Considero que dichos argumentos, aplicados a las faltas –aún de tránsito– y contravenciones, son erróneos y me propongo demostrar que esas tesis no sólo violan normas legales sino, incluso, los derechos de acción, acceso a la justicia y univer-

sidad de la jurisdicción (ergo, el debido proceso), consagrados constitucionalmente en el artículo 41, de cara a los cuales ningún argumento han emitido dichos órganos jurisdiccionales. Esa violación, de por sí grave, se agudiza cuando –por la vía contravencional y gracias a la reforma legislativa operada a partir de la ley N° 8250 del 02 de mayo de 2002– puede llegar a imponerse prisión a un ser humano y ser éste inscrito en un registro de contraventores reincidentes, pronunciamiento ese no exento de los errores a los que toda actividad humana está sujeta y que, una vez firme, sería inexpugnable, lo que riñe con lo establecido en el artículo 42 párrafo segundo de la Constitución Política que indica "*Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión*". Nótese que esa norma constitucional sólo alude a causas penales y esa naturaleza la tienen tanto los procesos por delitos como los de contravenciones y faltas de tránsito.

1. EL DERECHO DE ACCIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La moderna teoría general del proceso (que para muchos no existe)⁸ se ha asentado sobre la división tripartita entre acción, jurisdicción y proceso. Interesa a los fines de este ensayo la noción de 'acción'. Si bien existen diversas corrientes que la definen⁹ es prácticamente pacífico en la actualidad que:

de prisión. Nótese que, como ya se expuso, la competencia para conocer del procedimiento de revisión está estrictamente relacionada con la naturaleza y jerarquía del órgano que dicta la sentencia (debe ser una condenatoria dictada por un tribunal de juicio), pero no con los efectos puros y simples de lo resuelto, de modo que las circunstancias aludidas no producen las consecuencias que alega la parte gestionante...

4 La expresión es de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas. 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, 2001, p. 163: "...han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las 'dos velocidades' del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal 'de la cárcel', en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción."

5 Sala Constitucional, voto N° 2791-93; N° 4027-92 y N° 1054-94.

6 Es decir, para quien emitiera la Convención Americana sobre Derechos Humanos que la regula en el artículo 8.2.h.

7 Esto ha conducido a que se declare, a mi juicio correctamente, inadmisibles el recurso de casación contra una sentencia de sobresentimiento dictada por el juzgado penal y confirmada por el tribunal de juicio. No obstante no puede interpretarse que los requisitos para la procedencia de la casación son los mismos para la procedencia de la revisión pues las normas que los regulan son diferentes y, de hacerse de ese modo, se haría una interpretación restrictiva en perjuicio del acusado, en detrimento de lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

8 Así, en la sentencia N° 151 de las 09:32 hrs. del 3 de marzo de 2005 del Tribunal de Casación Penal, los jueces Liobet y Arce citan –sin salvar su criterio sobre ningún extremo– el voto de ese mismo tribunal 112-A-97 del 7 de julio de 1997 que refiere: "*Precisamente las dificultades para tratar conjuntamente el Derecho Procesal Penal y el Derecho Procesal Civil, debido a su relación con el Derecho sustantivo respectivo cuya aplicación hacen posible, es que se ha rechazado por un sector importante de la doctrina la existencia de una 'Teoría General del Proceso', que en definitiva en su contenido y terminología no es sino una 'Teoría General del Proceso Civil'*".

9 Recuérdese que la "acción" en el moderno derecho procesal surge con la obra de Oscar Von Bülow denominada *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* de 1868 que marca el inicio de la estructura acción-proceso-jurisdicción sobre la que se basa toda la dogmática procesal posterior hasta nuestros días.

"La teoría de la acción constituye uno de los más torturados capítulos de la doctrina jurídica; pero es singular que, frente a este tormento, no exista en la ley una disciplina de la acción, antes bien, la ley ni siquiera conoce "la acción" sino infinitas "acciones": tantas como son los efectos y modificaciones previstas por ella. De cuyos efectos precisamente las acciones en particular han tomado durante siglos y aún lo conservan, el nombre: acción redhibitoria, revocatoria, subrogatoria (...) La idea de la acción como contrapropuesta a las acciones, o al menos en la que todas las acciones se resuelven, surge justamente del proceso, o sea de la consideración de su ejercicio, porque aquí la acción, vaciada de su contenido y de su objeto inmediato, se pone en relación con el juez, a quien se pide y de quien se espera la producción del efecto garantizado por la norma. Esta idea unitaria de la acción postula no sólo la concepción de ella como derecho, sino sobre todo de un derecho completamente autónoma respecto del derecho sustancial cuya tutela se persigue jurisdiccionalmente. Sobre esta "autonomía de la acción" reina universal acuerdo, considerándose actualmente por todos, definitivamente superadas las doctrinas que veían en la acción una manifestación del derecho mismo, o el derecho mismo en su faz dinámica".¹⁰

Así, la acción se ha estimado –en términos generales, pues existe polémica sobre su naturaleza jurídica– como el derecho¹¹ público subjetivo otorgado a las personas para que le exijan al Estado la existencia de órganos jurisdiccionales –estatales, objetivos e imparciales– y procedimientos a través de los cuales se puedan conocer y decidir, en forma definitiva, los diferentes conflictos que se sometan a su conocimiento. Es, entonces, el derecho abstracto de contar tanto con una jurisdicción como con un proceso, es decir, se trata del derecho a tener canales e instituciones dotadas del poder suficiente de resolver, con autoridad y eficacia de

cosa juzgada material, los conflictos sometidos a su conocimiento. La acción penal, por consiguiente, tendrá esa misma base pero la "penalidad" alude a una característica específica del conflicto y del tipo de órgano jurisdiccional que debe ser creado para conocerlo, es decir, alude a conflictos y órganos que conozcan pretensiones de naturaleza punitiva los que comprenden tanto lo correspondiente a faltas y contravenciones como a delitos pues, en todos ellos, el Estado asume un 'derecho de sancionar' en nombre de la colectividad y en aras de tutelar un fin o interés público.

El derecho a la acción ha sido entendido, contemporáneamente, como el acceso a la justicia que, en criterio del Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional españolas, se traducen en una tutela judicial efectiva:

"El acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo, al incluir, entre otros, la libertad de acceso a los tribunales (...) de obtener –de modo oportuno– el pronunciamiento de éstos (...) que el fallo firme sea cumplido y el recurrente sea repuesto en su derecho o compensado por el daño sufrido, si ello fuere procedente (...) y que pueda recurrir de la decisión adversa (comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación –sobre todo en materia penal–, con la finalidad de lograr la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en los casos y con los requisitos que legalmente se hayan establecido, sin que esos requisitos formales se constituyan en un obstáculo para lograr la decisión de fondo) (...) También supone inserto el derecho de justicia pronta y cumplida (...) La relación acceso a la justicia-justicia pronta y cumplida queda clara si se piensa que para que la Administración de Justicia sea de calidad resulta necesaria la pronta resolución del caso, siendo la indebida dilación procesal tan lesiva como una decisión arbitraria e infundada."¹²

10 SATTÀ, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, pp. 119-120 (el destacado no es del original).

11 Sobre la contradicción lingüística de denominar a un derecho bajo el vocablo acción y las consecuencias de ello para una teoría normativa o realista del derecho procesal, cfr.: ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *La acción penal*. En: *Derecho Procesal Penal costarricense*. Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1ª edición, San José, 2007, pp. 269-339.

12 CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *En los límites del ius puniendi*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1ª edición, 2005, p. 90.

En Costa Rica ha sido deducido del artículo 41 de la Carta Magna que señala *"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."*¹³

Como parte del derecho a la acción surgen, entonces, los principios que integran el derecho general a la jurisdicción y el derecho general a la legalidad que, junto a otros, conforman el debido proceso¹⁴ y, entre los que se encuentran, la universalidad de la acción que *"...alude a la imposibilidad de que una sola persona pueda quedar exenta de control por parte del sistema penal o esté imposibilitada de plantear un reclamo en sede jurisdiccional. Sin embargo el principio no es aceptado de modo absoluto por el constituyente en la medida en que el mismo establece una excepción en el artículo 110 párrafo primero,"*¹⁵ en donde se consagra la irresponsabilidad de los/as diputados/as. En virtud de esta norma quien ostente dicho puesto no puede ser llevado a estrados judiciales por tales hechos y, por ende, lo que diga no puede hacer prosperar un proceso jurisdiccional planteado por otra persona. Se trataría de un tema no susceptible de revisión jurisdiccional.¹⁶

Es decir, salvo la excepción que el mismo constituyente establece, no hay ningún conflicto, de ninguna naturaleza que no pueda ser resuelto jurisdiccionalmente y ello incluye, entonces, la pretensión de cualquier parte –en particular aquella contra quien recayó una sentencia jurisdiccional– de que se revise un pronunciamiento que ha recaído en su contra si éste, se alega, es producto de un error estatal o al que ha sido inducido el Estado.

En otro giro, en virtud del derecho a la acción y del principio de tutela judicial efectiva las personas llevan sus controversias a la vía jurisdiccional para que les sean resueltas en definitiva pero si acreditan que la decisión desfavorable a sus intereses se basó en un error grave, procede a su favor un

recurso de revisión para enmendar el yerro. Esto también es una pretensión que amerita pronunciamiento jurisdiccional. No establecer un procedimiento para conocerla ni un órgano encargado de resolverla es vulnerar el derecho a la acción y a esa tutela judicial efectiva a que se refieren las modernas constituciones.

2. DERECHO DE ACCIÓN; ERROR JUDICIAL Y COSA JUZGADA

Se ha indicado, entonces, que aunque un Estado cuente con una infraestructura necesaria para permitirle a las personas que discutan sus pretensiones (en este caso punitivas) y que ellas encuentren una solución definitiva resguardada por la 'cosa juzgada material', es obvio que la administración de justicia, al ser una actividad humana, no está exenta de errores que surgen tanto de los mismos jueces y juezas (grave error judicial, prevaricato, cohecho, etc.) como de las partes involucradas que, en aras de ganar un conflicto, pueden presentar pruebas (documentales, periciales o testimoniales) falsas, de todo lo cual puede resultar una decisión con carácter de cosa juzgada material, es decir, ejecutable e inmodificable, claramente injusta, a más de emitida por el Estado habiendo sido inducido a error por un tercero (estafa procesal).

Frente a ese panorama el mismo artículo 42 constitucional resguarda la posibilidad de que, en cualquier tipo de conflicto, exista un mecanismo en que la parte perjudicada por una resolución firme fundamentada en graves errores judiciales, pueda volver a discutir la cuestión subsanado dicho error, con independencia de la cuantía de lo resuelto pues lo que interesa es garantizar la prestación correcta de la jurisdicción como monopolio estatal. Ello es así en todas las materias¹⁷,...salvo –por interpretación jurisprudencial y no por disposición legal– en materia contravencional y de tránsito en donde, entonces, el imputado condenado no forma parte del "todos" que establece el artículo 41 de la Constitución Política desde que un error en su perjuicio no puede ser dilucidado jurisdiccionalmente a fin de revertir lo resuelto sino, únicamente, para de-

13 El destacado no es del original.

14 Así el voto N° 1739-92 de la Sala Constitucional.

15 En lo que interesa, dispone: *"El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea."*

16 CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *Op. Cit.*, pp. 87-88.

17 Cfr.: artículos 619 a 628 del Código Procesal Civil; artículo 452 del Código de Trabajo; artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción Agraria y artículo 154 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

mandar al Estado la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados y la responsabilidad civil, penal o disciplinaria del funcionario actuante, lo que puede no ser relevante para el afectado quien busca, de manera directa, cambiar lo decidido.

Al respecto ha indicado el máximo tribunal de casación del país:

“Los órganos de administración de justicia están constitucionalmente instaurados para hacer efectivo el derecho de tutela judicial efectiva y además tienen la responsabilidad de dar pronta y justa solución a todos los casos sometidos a su conocimiento -numeral 41 de la Constitución Política-. Como actividad desarrollada por seres humanos, la justicia no está exenta de cometer errores y por eso los recursos son una forma de tratar de enmendar resoluciones erradas o improcedentes, aunque su abstracta posibilidad no implica, en todo caso, que se acceda y se acojan como válidos los reclamos que se formulan. Entonces y sobre todo en materia penal, los recursos dentro de nuestro proceso no son ya formas del gobernante para mantener el control de las decisiones de los jueces, sino instrumentos que el legislador ideó para favorecer el derecho de las partes -con especial énfasis en el imputado- para someter al conocimiento de un órgano distinto, los errores que estima ocurren en la decisión que les afecta. Ahora bien, el procedimiento de revisión fue ideado por el Constituyente como una vía extraordinaria únicamente a favor del sentenciado para que pueda, con posterioridad a la firmeza del fallo, reclamar la ocurrencia de graves errores o defectos en su dictado que ameriten una revisión de lo resuelto. El legislador ordinario es quien desarrolló las causales que autorizan esa vía extraordinaria y de todas ellas podemos extraer como núcleo común la imposibilidad de sostener una condena que en general en un Estado de Derecho no resulte acorde con sus principios de pureza probatoria o de respeto al debido proceso. Por esa razón,

la lectura de las causales debe serlo con esta perspectiva, por supuesto que ateniéndonos a la letra expresa de la ley, pero sin perder de vista su fundamento sustancial”¹⁸

Y justamente ese fundamento, interpretado en sentido amplio en tutela de principios constitucionales y no de simples formalismos, ha posibilitado que se acepte la revisión inclusive, contra sentencias distintas a las indicadas en el artículo 444 del Código Procesal Penal (pues el 408 del Código Procesal Penal sólo requiere que la sentencia sea condenatoria o imponga una medida de seguridad), es decir, contra resoluciones diferentes a las sentencias emanadas del tribunal de juicio y referentes únicamente a la condena o a la imposición de medidas de seguridad. Así, por ejemplo, la misma Sala Tercera ha aceptado que procede la revisión contra sentencias tuyas que, conociendo de recursos de casación, aumentaron la pena impuesta al condenado sin darle la oportunidad de que dicha sanción fuera revisada ante recurso suyo¹⁹ o frente a la imposición de un comiso que no es, en sentido estricto, una condena penal.²⁰

Paradójicamente, eso no ha sido argumento suficiente para que en materia penal-contravencional, donde las personas pueden sufrir sanciones (multa, prisión, pérdida de derechos) se acepte la revisión, pese a que las mismas situaciones de otras materias pueden darse en tales casos... ¿cuál es la diferencia si se trata de una sentencia de un proceso contravencional que condena, inclusive, a penas de cárcel? No parece haberla y resulta desproporcionado e incongruente sostener que en un conflicto civil de poca trascendencia económica el Estado garantice a todas las personas la revisión de los pronunciamientos emitidos a su nombre si en ellos medió un grave error pero que lo impida, mediando el mismo error grave, si se trata de un procedimiento mediante el que se impongan medidas sancionatorias, inclusive privativas de libertad en prisión. Aunque la renuencia de los órganos de casación en aceptar esta competencia puede estar en que el recurso correspondería conocerlo a

18 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2004-1200 de las 09:05 hrs. del 22 de octubre de 2004 (el destacado es suplido).

19 Así en los votos N° 470-2003 y N° 374-2003 de la Sala Tercera. De igual forma, en el voto N° 150-2003 señaló: *“No es lo normal que se admita un procedimiento de revisión contra lo resuelto en sede de casación, pues incluso el Código Procesal Penal lo desautoriza -como regla de principio- en el párrafo segundo del artículo 411.”* Pese a lo cual, en aras de tutelar el acceso a la justicia y el debido proceso, lo aceptó.

20 Así los votos N° 599-2007 y N° 888-2005, entre otros, de la Sala Tercera.

la Sala Tercera y no a los Tribunales de Casación—desde que es la norma que regula la competencia de la primera, y no la de los segundos, la que contiene una disposición residual que hace a la Sala Tercera competente para conocer aquellos otros casos no previstos expresamente, como lo sería el de comentario—lo que parece “extraño” siendo el órgano encargado de conocer las revisiones por causas graves, o la carga de trabajo que ello puede implicar, ambas son ‘razones’ que inexorablemente ceden ante principios constitucionales que pretenden perfeccionar el Estado de Derecho de que gozamos.²¹

3. EL SISTEMA CONTRAVENCIONAL Y EL CONTROL SOCIAL

Ahora bien, el fundamento que hasta ahora se ha esgrimido para rechazar la revisión en materia de faltas y contravenciones deja de lado, entre otros aspectos, el fortísimo control social que se genera a través de estos procedimientos y que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina y jurisprudencia más autorizada al decirse:

“El ejemplo del sistema contravencional, en Costa Rica, es un claro reflejo del poco cuidado Legislativo, Judicial y Policial con que se maneja en general el derecho punitivo. Pareciera que las prescripciones republicanas son piezas de museo que se enseñan a comisiones y visitantes y no un norte y guía del legislador, del

juez y de la policía que garantice al ciudadano una clara división de poderes, límites ciertos de lo prohibido y juicios al acto típico y antijurídico de un ser humano. En la enseñanza del sistema contravencional (...) es que el Derecho Penal Republicano está desapareciendo y la sanción parece estar fundada, a espaldas de la Constitución, en principios de un derecho represivo de corte autoritario, útil por lo demás para alcanzar fines que no son precisamente la justicia y el respeto al ser humano.”²²

“...la mayoría de la población contraventora pertenece a una clase social baja o de escasos recursos, o a aquella que tiene valores y costumbres distintos a los de la clase predominante. Desde este punto de vista un importante sector de la doctrina considera que el sistema contravencional sirve como instrumento de control social, criminalizante y opresor de la población más marginada. Si a esto aunamos el hecho de que la mayoría de los contraventores de esta clase, de no pagar la multa, deban cumplir el castigo con pena de prisión, el problema se torna aún más grave y peligroso dentro del contexto de un sistema democrático de derecho (...) Estudios en la materia revelan que casi la totalidad de los contraventores en prisión, se encuentran allí porque no pueden pagar la multa impuesta sin que el sistema les ofrezca una pena alternativa; se encuentran presos como sanción a su insolvencia personal. También se ha demostrado—como ya se

21 Los artículos 56 inciso 1 y 93 incisos 1, 2 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponen, en su orden: “La Sala Tercera conocerá a - De los recursos de casación y revisión en materia penal, que no sean de competencia del Tribunal de Casación Penal”; “El Tribunal de Casación Penal conocerá: 1 - Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en asuntos de conocimiento del tribunal de juicio integrado por un juez; 2 - Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Si en el mismo proceso se atribuyen otros delitos, además de los antes mencionados, su conocimiento corresponderá al órgano de casación competente para conocer del delito de mayor gravedad. (...) 8 - De los demás asuntos que se determinen por ley”. La competencia residual debería ser, más bien, del Tribunal de Casación Penal.

22 Al respecto pueden verse los siguientes trabajos: ISSA EL KHOURY, Henry. *Límites del control social a través del sistema penal*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 3. En similar sentido, ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Examen del sistema contravencional costarricense*, San José, 1996; ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Procedimiento para Juzgar las Contravenciones*. En: AAVV. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 1996; ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales: Una propuesta de marco teórico*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 9, 1994, noviembre, p. 65; CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo y RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *Análisis jurídico criminológico de las contravenciones en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de licenciatura en derecho. Facultad de Derecho, UCR, 1988; CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *El juzgamiento de las contravenciones y las reformas de la legislación procesal penal*. En: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 73, setiembre-diciembre 1992, pp. 129-166; CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *Las Contravenciones y el ámbito Sancionatorio del Derecho Penal*. En: *Jurisprudencia crítica* III, 1989, p. 39; CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *Política criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión: análisis concreto de la problemática contravencional*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 1, diciembre, p. 7; SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. *Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 5, GUZMÁN MENA, Fressia Patricia y MONGE VARGAS, Ana Lorena. *El análisis jurídico y la repercusión social de las contravenciones en Costa Rica en el derecho de hoy*. Tesis para optar al grado de licenciatura, 1996 y MINISTERIO DE JUSTICIA. *Problemática del contraventor detenido en la Unidad de Admisión y Contraventores de San José*. Costa Rica, 1980.

indicó—, a través de múltiples estudios realizados por organismos internacionales y en investigaciones de campo, que la gran mayoría de los contraventores pertenecen a las clases sociales más marginadas de nuestra sociedad, en consecuencia, lo más probable es que terminen en prisión, castigados por conductas que muchas veces censuran “lo que son” y no necesariamente lo que han hecho. No importa el fin que la doctrina haya pretendido darle a la conversión de la multa en prisión en esta materia, la realidad indica que esta sanción se convierte en una clarísima prisión por deudas, que afecta principalmente a los más desprotegidos de nuestra sociedad...”²³

Ese control social se posibilita con una mayor efectividad²⁴ si, como ocurre en nuestro caso, el sistema contravencional ha sido revestido de menores garantías que el previsto para materia delictual, a pesar de que —hoy por hoy— a través de la vía contravencional una persona puede ser sancionada con prisión y ser inscrita en un registro de reincidentes,²⁵ para los efectos de aplicación del derecho penal de autor que tanto repugna.

No obstante, los órganos que conocen la revisión en nuestro país han pasado desapercibidas algunas referencias vinculantes (por así decirlo el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) que hiciera la misma Sala Constitucional cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de imponer prisión en contravenciones. Mediante voto N° 1054-94 la Sala Constitucional había indicado: *“Podría argumentarse que el artículo 39 permite la prisión en materia de contravenciones (...) pero en virtud del principio pro libertate, la interpretación que se utiliza es restrictiva considerándose que sólo es posible, desde el punto de vista constitucional, sufrir prisión en materia penal, por delito; además, el legislador al aprobar el Código Penal no fijó en ningún caso la prisión como sanción para las*

contravenciones...”. Ante ello un órgano jurisdiccional plantea la consulta sobre la constitucionalidad del artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos N° 7530, primera norma que sancionó con prisión una contravención y la Sala Constitucional mediante voto de mayoría N° 6034-96 estimó inicialmente que ello no era inconstitucional, bajo los siguientes argumentos que, por su aplicabilidad a la situación actual, se transcriben integralmente, pese a su extensión:

“El tema a decidir es muy preciso. ¿Puede legítimamente el legislador, reprimir la comisión de una contravención, que es un ilícito penal de menor rango que el delito, con pena de prisión? (...) las “contravenciones” (...) por estar dirigidas a proteger bienes jurídicos menores, son ilícitos penales disminuidos y por eso es que el legislador (...) prevé una sanción pecuniaria. Y es por eso que sobre ese extremo en concreto, el legislador ha previsto en el Código Penal que la sanción correspondiente a una contravención declarada, no deba ser la de prisión. Esta tesis general, razonable a todas luces, puede sufrir variaciones en casos que el legislador estime calificados, como sería éste, en que, mediante una Ley especial, incluye como reacción a unos pocos tipos de “contravención”, la posibilidad de imponer pena de prisión y no ya de multa. Estima la Sala que, como una calificada excepción, puede admitirse que en esos “casos calificados”, ya por la gravedad de los hechos o el peligro mismo, una contravención pueda ser castigada con pena de prisión, siempre, por lo demás, que se trate de una sanción proporcionada y razonable (...) En criterio de la Sala, pues, la excepcionalidad de la materia regulada en la Ley de Armas, y la forma proporcionada y razonable como se castigarían las hipótesis de contravención, no ofrecen roces con la Constitución Política. Es por la naturaleza de los conflictos que se pre-

23 Sala Constitucional, voto N° 1054-94.

24 Pues ya se da, al no garantizarse siempre la presencia de un defensor público sino sólo a solicitud del imputado (voto N° 1779-80 de la Sala Constitucional); al posibilitarse la prisión preventiva en contravenciones (artículos 405 y 406 del Código Procesal Penal y los votos N° 3450-98 y N° 394-2001 de la Sala Constitucional donde parece cambiar el criterio que había emitido en el voto N° 7550-94) y la conversión de la multa en prisión en este tipo de hechos prevista por el artículo 56 del Código Penal reformado por la ley N° 8250 y en que se abandonó la posición de la Sala constitucional establecida en el voto N° 1054-94. Si se declaró inconstitucional el juzgamiento en rebeldía en esta materia: votos N° 408-92, N° 1779-90 y N° 785-92 de la Sala Constitucional.

25 Así, por ejemplo, los artículos 56 bis párrafo segundo, 78, 380 párrafo final y 387 incisos 1 y 4 del Código Penal y 5 de la Ley de Registro y Archivo Judicial, ambas leyes reformadas por la ley N° 8250 del 02 de mayo de 2002.

sentan en la sociedad de nuestro tiempo, que cabe entender como razonable lo establecido por el artículo 88 de la Ley N° 7530/95 (...) Aquí está de por medio una política criminal sobre la que el legislador tiene cierta libertad, de modo que tomando en cuenta las circunstancias, esa libertad se torna intangible establecer por qué en materia de armas, se sanciona con prisión lo que la propia ley se encarga de denominar "contravenciones", pero que a la luz de sus autores, son conductas que van más allá de una mera contravención, pues ponen en grave peligro otros bienes jurídicos especialmente protegidos del ordenamiento, como la vida e integridad física de las personas, la seguridad común o la propiedad, para citar algunos ejemplos. Son conductas que han experimentado un incremento, a raíz del llamado negocio negro de las armas, y que ponen en riesgo aspectos importantes para la vida en común. No son insignificantes alteraciones a la tranquilidad pública, o conductas que atentan contra el decoro de las personas, sino que, al menos en potencia, van más allá y pueden ser fuente de hechos muy graves para la existencia misma de la sociedad, ahora que la asociación ilícita está convirtiéndose en moda, ahora que el crimen organizado se presenta con un perfil más elevado que hace apenas una década. Por ese motivo, no luce irrazonable, a los ojos de la Sala, el hecho de que este tipo de infracciones con armas, puedan conllevar pena de prisión y no solamente días multa, como ha sido la tradición costarricense en materia contravencional. (...) con los tipos previstos por el artículo 88 y la sanción acordada por el legislador, se sale del estereotipo del contraventor como equivalente de sujeto marginado a quien se le pone en prisión por su postración económica, sino que más bien se llega a eso por una conducta que se estima dañina para la vida en común (...). La Sala entiende que la Constitución Política deja al criterio del legislador, establecer el tipo de pena, siempre y cuando esta no sea desproporcionada o irrazonable, no sea perpetua o infamante, porque de ello se ocupa en otras normas y no el artículo 39. De allí que no

pueda entenderse literalmente de lo expresado por este mismo Tribunal en la sentencia N° 1054-94, que el legislador tiene una prohibición para establecer en leyes que razonablemente lo ameriten, pena de prisión para conductas que constituyan, a su vez, contravenciones. V. Lo anterior nos lleva, sin embargo, a realizar una precisión necesaria para lo aquí decidido. Se trata del tipo de proceso contemplado por el Código de Procedimientos Penales para el juzgamiento de las contravenciones, porque esta Sala ha establecido en su copiosa jurisprudencia sobre el particular, que ese Código no infringe ni la Constitución Política, ni la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art.8), al contemplar menos garantías que para el juzgamiento de los delitos. Al resolver la Sala como lo hace en esta consulta, a la par de una declaratoria sobre la compatibilidad constitucional del artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos, debe declarar necesariamente que en el caso de juzgamiento de esos ilícitos, debe el tribunal competente respetar los mismos principios y con similar rigidez, que para el juzgamiento de delitos en sentido estricto. Esto se estima necesario, dado que entonces, en esos casos, estamos ante una eventual condenatoria a pena de prisión. Garantías como el de una necesaria defensa, la imposibilidad de juzgar en ausencia, o el derecho de recurrir ante Juez superior, deben respetarse en un proceso ocasionado en los ilícitos de comentario. No sería posible en esta consulta hacer una reseña de la abundantísima jurisprudencia que esta Sala ha establecido en materia de debido proceso, pero debe quedar claro que todo aquello que ha sido estimado en el pasado como atenuaciones debidas al tipo de pena imponible por la comisión de una contravención, debe entonces revisarse para adecuarla a el caso bajo examen, o en cualquier hipótesis idéntica a ésta que se presentara en el futuro. Por todo lo expuesto, debe evacuarse la consulta en el sentido de que el artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos no es inconstitucional al establecer la pena de prisión para conductas que ella misma califica como contravenciones.¹⁵⁶⁾

El voto salvado de los magistrados Mora, Arguedas y Calzada, redactado por el primero, dispuso:

"...lo primero que debe quedar asentado es lo referido al grado de discrecionalidad de que goza el legislador, para definir cuáles son las conductas que estimadas nocivas para la sociedad, y cual será el nivel de respuesta penal para cada una de ellas, así como el tipo o forma concreta que esta respuesta asuma. Lo anterior da pie para sostener (...) que (...) puede hacer razonable y aceptable constitucionalmente el establecimiento de la pena de prisión para algunas conductas relacionadas con el tema de las armas, todo lo cual constituye una cuestión de política criminal. Igualmente, coincidimos con la mayoría en tanto tiende a destacar la irrelevancia de los calificativos y etiquetas, concretamente en lo referido al concepto de "contravenciones", término que incluso está ausente del texto de nuestra Carta Política. En tal sentido, puede sostenerse la existencia de una libertad del legislador frente a la doctrina jurídica, de forma que no resulta inconstitucional, que una ley otorgue sentido y características y defina un concepto jurídico de manera distinta a la que tradicionalmente le asigna la ciencia jurídica. (...) No obstante (...) existe un límite material o de contenido, debido al cual no pueden disminuirse ciertos derechos de los administrados, tales como los referentes en general al debido proceso que debe respetarse para la imposición de sanciones a los ciudadanos y cuyo contenido está plasmado tanto en normas de derecho positivo, como en la copiosa jurisprudencia que esta Sala ha emitido sobre el particular. Justamente como parte de tal jurisprudencia, se ha afirmado que si bien es cierto el procedimiento especial regulado en el Código Procesal Penal, para el juzgamiento de las llamadas contravenciones, contiene de hecho una disminución de las garantías establecidas, principalmente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (como la falta de recurso contra lo resuelto, la posibilidad de reconocimiento tácito de culpabilidad y la posibilidad de renunciar a una defensa técnica, entre otros), no resulta por eso mismo inconstitucional, pero siempre y cuando se emplee en la persecución de hechos a los que se ha asignado una reacción penal notablemente inferior en relación con otras in-

fracciones (véase entre otras, las sentencias... 4027-92... 2791-93... y 1054-94...). Es decir, esta Sala ha admitido la constitucionalidad del procedimiento contravencional no en razón de la menor o escasa gravedad de los hechos tipificados, como parece entenderlo el voto de mayoría, sino en virtud del bajo nivel de lesividad de la sanción que se puede llegar a imponer; y esto tiene sentido, en tanto permite a la Sala fundarse en un dato objetivamente comprobable como lo es el tipo y monto de la reacción penal, y no en una noción como la "poca gravedad de la conducta" que aparece forzosamente impregnada de una cuota de subjetividad. En conclusión, el procedimiento contravencional, no tiene capacidad para pervivir por sí mismo frente al bloque de garantías constitutivas del derecho al debido proceso, debido a la escasa o inexistente forma de regular a estas últimas, y solo ha subsistido a condición de que su aplicación se restrinja para casos de imposición de sanciones de escasa importancia, lo que estimamos no ocurre en ningún caso en que la sanción a imponer sea de restricción a la libertad, aunque sea de pocos días (...) si como en este caso, la sociedad mediante sus órganos competentes cambia la percepción de la lesividad de ciertas conductas –detectable por el nivel de reacción penal asignado a ellas– y les asigna la forma más dañosa y lesiva de pena que existe en nuestro ordenamiento jurídico, cual es la prisión, esto conlleva que ya no deba aplicarse un procedimiento como el contravencional, cuya validez constitucional radica en que sea únicamente aplicado para la imposición de respuestas penales de baja intensidad, dentro de las cuales evidentemente no podría nunca incluirse la pena de prisión por su carácter altamente afflictivo, independientemente de su monto. En concreto, en el artículo 88 de la Ley de Armas, se establece pena de prisión por las conductas que allí mismo se describen, lo cual implica necesariamente que su imposición debe estar precedida de todas las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, para el juzgamiento de delitos y particularmente las reconocidas por la esta Sala entre otras en la resolución número 1739-92; sin embargo, ello no se ha cumplido ni podría cumplirse con la redacción actual de la norma, ya que su calificación legislativa como

contravenciones obliga a los jueces a aplicar ineludiblemente el procedimiento fijado en los artículos 423 y siguientes del Código Procesal Penal, el cual, como ya se dijo, aminora el pleno ejercicio de las garantías del debido proceso de que goza el administrado, lo cual resulta absolutamente injustificable cuando se enfrenta la posibilidad de privar a un ciudadano de su libertad. V.- En conclusión, la norma jurídica cuestionada en tanto establece pena de prisión para ciertos hechos no resulta por eso inconstitucional, como tampoco lo es el procedimiento contravencional cuando es aplicado con las restricciones de que se dio cuenta más arriba. Lo que sí resulta inconstitucional es que el legislador reconozca la necesidad de sancionar más fuertemente una conducta (asignándole pena de prisión) y al mismo tiempo prive al ciudadano de los derechos y garantías a los que tendría derecho en virtud de ese cambio de relevancia en la sanción, o en otras palabras, no resulta correcto que si se reconoce la necesidad de endurecer la reacción penal no se admita a la vez el derecho que tiene el ciudadano de mayores garantías procesales por la mayor lesividad de la sanción que se le pretende imponer.²⁷

Posteriormente, mediante voto N° 1020-97, la Sala Constitucional, integrada ya por todos sus magistrados titulares, cambió de criterio y declaró la inconstitucionalidad de esa disposición bajo los mismos argumentos que en otro momento fueron el voto salvado o de minoría ya citado. Destaca, entonces, que para aceptar constitucionalmente que el legislador opte por prisión para contravenciones es necesario que éstas estén dotadas de las mismas garantías existentes para el juzgamiento de delitos lo que incluye la posibilidad de revisar lo resuelto con carácter de cosa juzgada si el pronunciamiento dimana de errores judiciales.

Peró si las anteriores consideraciones no fueran suficientes, con la reciente reforma a las contravenciones que autoriza la imposición de penas de prisión en caso de reincidencia en algunas de esas conductas, el mismo legislador tuvo la precaución de indicar que *“Las faltas y contravenciones cuya sanción consista en pena de prisión se juzgarán,*

*al igual que el resto de los delitos, respetando las garantías y principios rectores del debido proceso”*²⁸ entre los que, sin duda alguna se encuentra la posibilidad de contar con un recurso extraordinario que permita combatir el grave error judicial lo que, sin embargo, no ha sido capaz –hasta ahora– de modificar las tendencias jurisprudenciales antes mencionadas de nuestros órganos de casación.

4. LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRAVENCIONAL

Tanto desde el ángulo constitucional –de por sí suficiente– como desde el legal es admisible el recurso de revisión contra sentencias condenatorias en las materias contravencionales y de tránsito y cabe agregar que no sólo cuando se imponga pena de prisión aunque necesariamente, al menos, en este caso.

El numeral 408 del Código Procesal Penal no excluye expresamente este recurso al regular su procedencia contra sentencias firmes y a favor del condenado o de quien se imponga medida de seguridad, pues no señala la naturaleza –delictual– ni la jerarquía del órgano jurisdiccional que dicta la sentencia –tribunal de juicio– como si lo hace el numeral 444 del Código Procesal Penal (que regula el recurso de casación) que es el que, por analogía *in malam partem* ha sido aplicado jurisprudencialmente para fundamentar el citado rechazo.

Al contrario, la relación de los artículos 56 inciso 1 y 93 incisos 1, 2 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sí definen esa competencia en forma amplia estableciendo la potestad residual de la Sala Tercera para conocer de todos aquellos casos expresamente no previstos en las normas procesales sobre competencia, como es el presente. Interpretar en forma sistemática los artículos 444 y 408 del Código Procesal Penal para establecer que cabe la revisión allí donde quepa la casación, es decir, contra el mismo tipo de resoluciones y emanadas de los mismos órganos, es hacerlo en forma analógica en detrimento de lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

En nuestro país, la crítica a ese criterio jurisprudencial restrictivo de la admisibilidad de la revisión respecto a las contravenciones no es nueva:

27 El destacado es suplido.

28 Artículo 78 del Código Penal reformado por la ley N° 8250

"La revisión es posible contra toda sentencia condenatoria firme, por delitos o contravenciones (...) Algunas legislaciones, como la francesa, excluyen la revisión en condenatorias ocurridas en materia de policía; es decir, en materia de contravenciones (...) A la hora de la discusión de la ley se justificó la exclusión de las contravenciones de la revisión por el principio "De minimis non curat praetor", justificación que también da para tal medida la doctrina francesa actual. De acuerdo con esa tesis, no se justifica poner en movimiento todo el aparato que significa la revisión —que debe funcionar en interés general y no únicamente particular— para revisar una condenatoria por un hecho de importancia mínima y de ninguna coloración moral, como es una contravención. La legislación alemana no excluye la revisión de las contravenciones, pero la limita: la misma no es posible cuando la condenatoria por la contravención comportó solamente una multa que no excedió de 200 DM y cuando después de la firmeza de la sentencia han transcurrido más de cinco años (...) La doctrina alemana dominante, partiendo del principio "de minimis non curat praetor", aprueba esa limitación. En nuestra ley no se establece ninguna limitación en cuanto al tipo de condena. El artículo (...) habla (...) de "hecho" (punible), que es la denominación genérica empleada por nuestro legislador para indicar el ilícito penal, comprensivo de delitos y contravenciones. Luego, la revisión procede también por condenatorias por contravenciones. La posición del legislador costarricense debe ser aprobada, según nuestra opinión, por las siguientes razones: (...) porque una condenatoria injusta, pronunciada a raíz de cualquier hecho punible, causa siempre un perjuicio inmerecido a la víctima, que debe ser reparado. El inocente es siempre inocente, aunque haya sido condenado por una contravención. De donde, la exclusión de la revisión para la condenatoria por contravenciones sólo puede justificarse por razones de oportunidad procesal, pero no por razones de principio; segunda, aplicada a nuestro derecho, sería falsa de afirmación (sic) de que todas las contravenciones son moralmente neutras. Hay

algunas contravenciones que tienen un fuerte contenido moral (...) la condenatoria por una contravención puede acarrear responsabilidades civiles muy fuertes (...) es decir, un grave perjuicio material al condenado, que debe ser reparado, si la condenatoria fue injusta"²⁹

Esa posición la estimamos correcta aún a esta fecha, siendo otra la normativa procesal vigente, dada la magnitud de las reformas sustantivas que llevaron a borrar la frontera cualitativa que existía entre delitos y contravenciones.

Si los órganos de casación penal (con el aval, para otras condiciones diferentes a las actuales, de la Sala Constitucional) no han querido aceptar esa competencia no es porque la misma no pueda ser deducida de la ley y la Constitución sino por razones de conveniencia fundadas en las cargas de trabajo que la aceptación de este criterio provocaría, toda vez que, por una parte, las contravenciones representan una importante franja cuantitativa en los circulantes de los juzgados que las conocen y, por la otra, el recurso de revisión puede ser deducido indefinidamente, si el alegato se funda en que se violó el debido proceso, causal con múltiples vertientes que, a mi juicio, debe ser excluida de la revisión para mantener el recurso en forma cerrada y circunscrito a los graves errores judiciales con que tradicionalmente se ha identificado en otras disciplinas jurídicas, máxime ahora que ha operado una apertura de la casación penal.

En el estado actual de las cosas, la competencia residual para conocer de procesos de revisión respecto a casos expresamente no establecidos, como sería el contravencional, está dada a la Sala Tercera y ello ha sido otro factor para el rechazo de esta posición pues se estima que distorsiona las competencias el que ese órgano conozca de los casos más graves y, a la vez, de los "menos importantes". Ello implica que, de *lege ferenda* se impone, eso sí, trasladar la competencia del conocimiento de ese recurso —así como el conocimiento de las casaciones y revisiones de todos los delitos salvo que se trate de tramitación compleja— a los tribunales de casación penal, pues a la fecha no tiene ninguna razón lógica la distinción competencial

29. CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *El recurso de revisión en materia penal*. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1980, pp. 53-54.

entre los órganos de casación (Sala Tercera y tribunales de casación) que ya no obedece a integración unipersonal o colegiada del tribunal sentenciador, al monto o magnitud de pena o a algún criterio objetivo similar que respete la igualdad de trato de quienes estén en los mismos supuestos, sino, exclusivamente, a cargas de trabajo. Eso genera, a mi juicio, violaciones al principio de igualdad ante la ley pues personas que cometen hechos delictivos graves y son juzgadas por tres jueces son tratadas de modo diverso respecto al órgano competente para conocer el recurso –de casación o revisión– incoado contra lo resuelto, según el tipo de ilícito de que se trate.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *La acción penal*. En: *Derecho Procesal Penal costarricense*. Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1ª edición, San José, 2007.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El recurso de revisión en materia penal*. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1980.
- CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *En los linderos del ius puniendi*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1ª edición, 2005.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo y RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *Análisis jurídico criminológico de las contravenciones en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, UCR, 1988.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *El juzgamiento de las contravenciones y las reformas de la legislación procesal penal*. En: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 73, setiembre-diciembre 1992.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *Las Contravenciones y el ámbito Sancionatorio del Derecho Penal*. En: *Jurisprudencia crítica* III, 1989.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. *Política criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión: análisis concreto de la problemática contravencional*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 1, diciembre.
- GUZMÁN MENA, Fressia Patricia y MONGE VARGAS, Ana Lorena. *El análisis jurídico y la repercusión social de las contravenciones en Costa Rica en el derecho de hoy*. Tesis para optar al grado de licenciatura, 1996.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Procedimiento para Juzgar las Contravenciones*. En: AAVV. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, 1996.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales: Una propuesta de marco teórico*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 9, 1994, noviembre.
- ISSA EL KHOURY, Henry. *Examen del sistema contravencional costarricense*, San José, 1996.
- ISSA EL KHOURY, Henry. *Límites del control social a través del sistema penal*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 3.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Problemática del contraventor detenido en la Unidad de Admisión y Contraventores de San José*, Costa Rica, 1980.
- SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. *Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica*. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 5.

EL DELITO DE PREVARICATO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Msc. Alonso Salazar Rodríguez
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Objeto de estudio
2. Planteamiento del problema
3. Definición
4. Tipo objetivo
5. Tipo subjetivo
6. Bien jurídico protegido
7. Consumación y concursos
8. Autoría y participación
9. Conclusión

1. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio del presente trabajo lo es el artículo 350 del Código penal costarricense que contiene el así denominado delito de prevaricato, con la siguiente redacción:

ARTÍCULO 350.- Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No. 7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 348 al 350)

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El delito de prevaricación posiblemente sea uno de los que posee orígenes más remotos, casi tanto

como los de la propia actividad judicial. El Derecho romano conoció la acción de *perduellito* frente a la violación del deber del magistrado y en la *Lex Cornelia* se incluyó el castigo del pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes. La prevaricación está igualmente presente en el Digesto¹, el Fuero Real y las Partidas². Según LALINDE, la codificación recoge la presencia del cohecho y a la prevaricación en la legislación visigoda, manteniéndose constantemente a través de la Edad Moderna³.

No obstante lo anterior, desde antiguo y aun hoy en día en el derecho comparado, no existe uniformidad en cuanto al contenido de la voz "*prevaricato*" y en muchos tratados y en distintas legislaciones, se identifica el prevaricato como un delito de patrocinio infiel o incluso la doble representación (arts. 351 y 352 del Código Penal)⁴.

Ha de indicarse, que incluso al hablar de prevaricato, la doctrina jurídica históricamente no hace referencia a un delito sino a varios delitos "...la prevaricación en todos sus géneros posibles es un delito tan perjudicial como repugnante, en el que no

1 El prevaricato es entre nosotros el típico delito de los jueces. Sin embargo, históricamente se dio antes esa denominación al contubernio entre las partes y a la infidelidad de los apoderados o consultores. En el Derecho romano se calificaba de prevaricador al acusador, que habiendo asumido ese carácter en juicio público, llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la justa decisión de la justicia. Con ese mismo sentido pasó la institución al Derecho canónico. En las Partidas aparece ya en prevaricato del juez, que ha de mantenerse como una tradición jurídica hispana, y al de los abogados y procuradores. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 889.

2 Cfr. Garcías Planas, Gabriel, *La prevaricación de abogados y procuradores en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCIV, p. 34 y sgtes. quien presenta un interesante análisis histórico del delito con referencias al Derecho Romano, al Fuero Real, a las Partidas y la Novísima Recopilación, para seguir después con la aparición y evolución en los Códigos Españoles.

3 Cfr. García Arán, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Tecnos, 1990, p. 39.

4 Cfr. por ejemplo Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, T. X, Segunda Parte, De los delitos en especial*, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 319 y 320.

puede menos de ocuparse con suma atención la ley penal de todo pueblo civilizado. Por lo mismo que ella da el poder a los funcionarios públicos, es indispensable que nos garantice contra el abuso que puedan cometer en sus funciones⁵.

No cabe duda eso sí, que en relación con la aplicación del derecho, uno de sus pilares fundamentales ha sido desde siempre la correcta y estricta aplicación de la ley, en procura desde luego de la Justicia como valor fundamental, aquí las dos columnas que sustentan por antonomasia el edificio jurídico, no obstante que bajo este entendimiento ya desde el derecho romano se conoce el principio de que la excesiva rigurosidad en la aplicación de la ley, atenta contra la Justicia y que es labor del juez ponderar ambos valores en procura de un correcto y adecuado equilibrio, es relativamente frecuente encontrar referencias al aforismo *sumum ius, summa iniuria*, como expresivo de una situación que los jueces deben evitar: la de que la aplicación rigurosa y estricta de la ley produzca soluciones materialmente injustas⁶.

De lo expuesto se extraen dos conclusiones fundamentales, el delito de prevaricato prevé y sanciona al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos⁷, pero a la vez, la hermenéutica jurídica y los indeterminismos del lenguaje plasmados en la ley, no solo autorizan sino que obligan al juez y/o funcionario, a interpretar la ley en procura de una correcta aplicación del derecho, por lo que al entrar al análisis y estudio del delito de prevaricato, ha de

tenerse presente siempre que no es el yerro sino el abuso del derecho lo que se tipifica como delito, pues desde luego *errare humanum est* y por ello, no podría el ordenamiento jurídico por una parte exigir del intérprete precisamente que dé sentido a la ley y por otra castigarle por haberlo hecho.

3. DEFINICIÓN

Enseña la Academia de la Lengua que la voz *prevaricato* se origina en el latín *prevaricatus*⁸. Y haciendo castellana esta última, dice que *prevaricar* es acción de cualquier funcionario que de una manera análoga a la *prevaricación*, falta a los deberes de su cargo. Por *prevaricación*, a su vez, entiende delinquir los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia⁹.

Prevaricato proviene de dos voces latinas, *prae*-delante y *vicare*-abrir las piernas, o sea que etimológicamente *prevaricaría* el que da traspies, el que va por mal camino¹⁰. También tiene el sentido de trastocar, invertir el orden de lógico de las cosas¹¹, ya que el juez *prevaricador* en vez de la ley coloca su propio capricho¹².

Según CARMIGNANI, que en esto es más exacto que MOMMSEN, la palabra *prevaricatus* puede proceder: de *praetergredi*, de *varia certatio*, de *varicare* o de *varus*. Según ULPIANO, viene de *varus* y esta de *vari*, remoquete o sobrenombre que se daba a las personas que caminaban con las piernas torcidas o separadas una de otra¹³, por tener

5 Pacheco, Joaquín Francisco, El Código Penal, concordado y comentado, 5ª ed., Tomo II, Impresor de Cámara de S.M. Isabel La Católica, 1881, p. 394.

6 García Arán, Mercedes, La prevaricación judicial en el derecho español, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual. Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, p. 224.

7 Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 1096-2006 de las 10:20 horas del 30 de octubre de 2006.

8 La palabra *prevaricato*, etimológicamente se compone de dos palabras latinas: *prae* y *varus*, lo que quiere decir huesos de las piernas torcidos. En consecuencia, lo que ha quendo significarse al darle el nombre a determinados actos, es que las personas que los ejecutaban se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua. Así Moreno, Rodolfo (hijo), El Código Penal y sus Antecedentes, Tomo VI, H.A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, p. 267.

9 Ferreira Delgado, Francisco, Delitos contra la Administración Pública, 2ª ed. Editorial TEMIS Librería, Bogotá, 1985, p. 123.

10 Cfr. Montes Olavarría, Leonidas. De la prevaricación de abogados y procuradores, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1963, p. 15.

11 Ver Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual, 6ª ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1988, T. II, p. 377.

12 Así Romero Rojas, Iver, El prevaricato, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar por el título de licenciado en derecho, 1971, p. 6.

13 Citando a Ulpiano, señala Fontán Balestra: "Prevaricar llaman los latinos a una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya al lado derecho mientras avanzan. Prevaricar significa caminar torcido, inclinándose a uno u otro lado." Cfr. Fontán Balestra, op. cit. n. p. (1).

"pies planos", que en castellano se llama patiabiertos¹⁴.

La palabra prevaricato, deriva del verbo *praevaricare* (desviarse del camino recto)¹⁵, se emplea en tres significados distintos. En palabras de CARRARA de acuerdo con la concepción antigua de la voz *prevaricato*, a veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de éste para un fin ilícito. Pero el sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra *prevaricación* o *prevaricato*, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra éstos y contra la confianza que se les otorga¹⁶.

Jurídicamente y en la actualidad la palabra *prevaricato* se usa para designar la violación de distintos deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. A ese respecto cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada¹⁷.

Prevaricar es (dice el Diccionario de la lengua castellana) faltar uno a la obligación de su oficio, quebrantando la fé, palabra, religión o juramento. Sin embargo, no sólo técnicamente y en el orden del derecho y de la justicia, sino aun en el idioma vulgar, no toda falta a su obligación merece tan severo nombre. Es necesario que la falta sea a sabiendas, que sea maliciosa, que se cometa por algun efecto

de la voluntad, y no por yerro de la inteligencia o de juicio. El juez fanático que ve realmente crímenes donde la razón fría y desapasionada no puede hallarlos, será un juez injusto, pero no un juez prevaricador. Por el contrario, merecerá este nombre el que, conociendo la injusticia que comete, la verifica y lleva a efecto, sin embargo, porque se propone vengar un resentimiento, o favorecer a quien pueda darle y una ventaja¹⁸.

A partir de lo expuesto, PABÓN PARRA –con base en la legislación colombiana –muy similar a la costarricense–, propone la siguiente definición genérica del delito de prevaricato¹⁹:

Es la conducta del funcionario que emite o expide un acto contrario a la ley. Implica violación a la organización normativa que impone a todos los agentes del Estado el respeto por el principio de legalidad, en cuanto todos sus actos en ejercicio de las funciones asignadas deben sujetarse a imperativos legales que los regulan o subordinan. Es violación formal y expresa de alguna preceptividad, para lo cual se exige la valoración de todo el marco normativo que rodea el acto objeto de la infracción²⁰.

RENDÓN GAVIRIA por su parte, indica que no es fácil dar una definición jurídica completa del delito de prevaricato, pero en sentido general puede decirse que es toda actuación del funcionario público contraria al derecho positivo (material o formal), en cuya ejecución el agente obra con conciencia plena de la ilicitud de su conducta²¹.

No obstante lo expuesto, ya MIR PUIG apuntó desde hace mucho tiempo, que a pesar de la aparente aceptación –casi uniforme– del origen etimológico y significado del término "...el mismo sentido etimológico de la palabra nos lleva a imprecisión: pues

14 G.G. Carmignani, Elementos de derecho criminal, trad. De A. Forero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 346; Ulpiano, Digesto, libro I, tit. 15, libro 47, l. 212, lit. 16, libro 50. Citado por Ferreira, op. cit. n. p. (9).

15 Deriva del verbo latino *praevaricare* que quiere decir desviarse del camino recto o caminar torcido. Así Pabón Parra, Pedro Alfonso. Delitos contra la Administración Pública, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Colombia, 1997, p. 251.

16 Así Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. 5, Editorial TEMIS, Bogotá, 1991, p. 140.

17 Así Moreno, op. cit. n. p. (8).

18 Cfr. Pacheco, op. cit. n. p. (5).

19 No obstante el Código Penal colombiano no define la prevaricación, o por mejor decir, el prevaricato, y en el medio constituye un delito que puede perpetrarse por todos los empleados oficiales, incluidos los jueces, que en ejercicio de autoridad e imperium y dentro del marco asignado por la ley, pronuncian resoluciones contrarias a derecho, con clara conciencia de la incorrección moral del acto. Cfr. Saavedra Rojas, Edgar en Valencia, Jorge Enrique. Estudios Penales. Libro Homenaje al prof. Luis Carlos Pérez, Librería TEMIS Editorial, Bogotá, Colombia, 1984, p. 210.

20 Así Pabón Parra, op. cit. n. p. (15).

21 Así Rendón Gaviria, Gustavo. Derecho penal colombiano, Parte Especial, Volumen I, 3ª ed. Corregida y actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1973, p. 74.

siendo aquella una derivación de *varicare* (patituerto, caminar torcido), equivalente a hacer una cosa fuera de la regla, de lo derecho, etc.; encierra un contenido amplio e impreciso incompatible con la minuciosidad que exige todo precepto punitivo²².

4. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del delito de prevaricato, se compone de varios elementos de carácter normativo a saber:

El sujeto activo de la infracción sólo puede ser un funcionario judicial o administrativo. El código penal no define ni el concepto de funcionario judicial ni el de funcionario administrativo, lo cual convierte el tipo penal en un tipo penal en blanco cuyo contenido debe de ser suplido por otras disposiciones legales extrapenales.

En el caso de los funcionarios judiciales, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: "Quienes laboran en el Poder Judicial se denominan, en general, "servidores". Sin embargo, cuando esta Ley se refiere a "funcionarios que administran justicia" ha de entenderse por tales a los magistrados y jueces; el término "funcionarios" alude a los que, fuera de los antes mencionados, tengan atribuciones, potestades y responsabilidades propias, determinadas en esta Ley y por "empleados", a todas las demás personas que desempeñen puestos, remunerados por el sistema de sueldos".

En el caso del funcionario público, por vía jurisprudencial se han sentado las bases del concepto

como tal, al respecto se ha establecido que es la naturaleza de la actividad y no el ligamen con la administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público²³.

En este sentido, se ha establecido que tienen carácter de funcionarios públicos, los empleados subordinados que ejerzan una labor de administración y fiscalización dentro de la empresa pública²⁴, que conformada como sociedad anónima le pertenezca al ente público –gerentes, subgerentes y fiscales– se consideran funcionarios públicos, en el tanto participan de la gestión pública de la administración durante el desempeño de sus funciones, o bien administran los fondos públicos que les inyecta la entidad estatal, siendo el brazo ejecutor directo y principal de la junta directiva del ente societario con capacidad directiva y jerárquica sobre los restantes mandos de la empresa²⁵.

Dicho carácter ha sido reconocido para los directores de una empresa pública constituida como sociedad anónima de un ente público, que es su socio único, son funcionarios públicos por ser precisamente los jefes de dicho ente societario²⁶.

Adicionalmente, y como elemento constitutivo de la infracción, el tipo penal exige que la actuación del funcionario judicial y/o administrativo se plasme en una resolución y que tal resolución sea dictada contrariando la ley²⁷ o tenga como fundamento hechos falsos.

El término "resolución" se ha de entender en sentido amplio²⁸, como decisión, manifestación de vo-

22 Así Mir Puig, Federico, Derecho Penal, Parte Especial, T. II, 4ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 305.

23 Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 208-F-94 de las 09:30 horas del 10 de junio de 1994.

24 La condición de funcionario público es independiente del carácter representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 375-F-94, de las 10:20 horas del 23 de septiembre de 1994. Considerando II.

25 Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 822-2003 de las 10:50 horas del 22 de septiembre de 2003.

26 Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 822-2003 de las 10:50 del 22 de septiembre de 2003.

27 En el derecho español, la doctrina equipara el concepto de resolución injusta con "ilegal" o "contraña a derecho", precisión terminológica indispensable, pues consideramos que no es lo mismo "injusto" pero "legal" que "ilegal" pero "justo", al respecto se señala: Objetivamente, sentencia o resolución injusta es la que infringe el derecho; no cualquier infracción, sin embargo, sino la que supone una manifestación evidente, incontestable contradicción con el ordenamiento jurídico (STS de 14 de marzo de 1996). En definitiva, la que se produce cuanto el criterio adoptado es abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable, tanto si va refrendo a la solución material aplicable al caso como si afecta a la concreción de los hechos relevantes para la calificación jurídica y para la determinación de la responsabilidad derivada de ella. Además, se precisa que la violación se haya producido "a sabiendas"; o lo que es lo mismo, con conciencia de que ello vulnera abiertamente el derecho. Por eso que la revocación de una sentencia por un órgano superior, por considerarla contraria a derecho, no sólo no tiene por qué suponer delito alguno, sino que constituye la garantía plena del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Cfr. González Rius, Juan José. Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 457.

28 Sobre el concepto "resolución administrativa" ha señalado nuestra jurisprudencia: "Para los efectos del delito de prevaricato, el término resolución administrativa abarca más que la decisión sobre recursos o reclamos administrativos. Ello sería obviar la posibilidad que

luntad, determinación con relevancia jurídica, hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o funciones²⁹, y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces todos los actos administrativos –verbales o escritos–, los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público. Los únicos actos no incluidos en la norma son los actos legislativos y las leyes, de los cuales es imposible predicar su manifiesta ilegalidad. En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse³⁰.

Al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia: "El dictado de una resolución administrativa que puede tipificar como prevaricato, se refiere a cualquier resolución adoptada por la administración, instada por la parte o de oficio, según las distintas formas de desarrollar el procedimiento administrativo, siempre y cuando el contenido de la misma esté en condiciones de afectar derechos o intereses de los administrados, aún cuando sea en forma general. Se protege la probidad en el ejercicio de la función pública y por ello la resolución debe estar en condiciones de afectar ese ejercicio, de cara a los derechos e intereses de los administrados"³¹.

Sin embargo, no todo incumplimiento o desviación de poder, o bien irregularidad en el ejercicio de competencias o funciones, interesa al derecho penal, menos aún, desde la perspectiva particular del delito de prevaricato, aunque eso no significa que sea irrelevante desde las otras esferas del ordenamiento jurídico. Hay otros tipos penales –el peculado, el cohecho, la exacción ilegal, la concusión, entre otros– que regulan específicos campos de desviación del accionar de los funcionarios públicos y la función pública que se han tipificado como delitos por su relevancia en el universo de bienes jurídicos esenciales que deben ser protegidos³².

En cuanto al prevaricato de hecho, debe entenderse que el juez invoca "hechos falsos" cuando ellos no existen o, más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve³³. No tienen tal carácter aquellas circunstancias que el juez puede considerar probadas o no, de acuerdo con la facultad que le dan las leyes³⁴.

Lo últimos dos párrafos del tipo penal, contienen el primero una agravante para el supuesto de que la resolución dictada se tratase de una sentencia condenatoria en causa criminal, concepto que a nuestro modesto entender no requiere a la luz de lo ya expuesto, mayor consideración alguna y en tal supuesto lo que hace el tipo penal es agravar precisamente la pena, la que será de tres a quince años de prisión.

5. TIPO SUBJETIVO

El prevaricato, desde el punto de vista subjetivo es un delito esencialmente doloso que requiere el conocimiento de que la manifestación de voluntad estatal emitida por el agente, es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos; también exige la conducción voluntaria de su actuar en dirección a la plena realización de dicha acción³⁵. En ese sentido ha señalado la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

"Cuando se analiza la tipicidad de una conducta como prevaricadora en el caso del juez, debe considerarse, como bien lo señalan los juzgadores en el fallo, que no se trate del ejercicio interpretativo, razonable y válido por parte de éste en relación con la norma a aplicar, que es precisamente la esencia del poder jurisdiccional, sino que se trate de una franca inobservancia de lo legalmente previsto, a sabiendas de ello y sin que en todo caso sea ne-

tiene la administración de iniciar oficiosamente procedimientos administrativos. Los acuerdos municipales pueden ser considerados resoluciones administrativas". Cfr. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1021-2000 de las 10:45 horas del 01 de septiembre de 2000.

29 Como es común a casi todos los delitos contra la administración pública, el agente típico del prevaricato es el funcionario o empleado público, o el que transitoriamente desempeña funciones públicas, porque es preciso tener capacidad para ejecutar el acto oficial que objetivamente constituye la infracción. Así Rendón Garvía, op. cit. n. p. (21), p. 74.

30 Así Pabón Parra, op. cit. n. p. (15), p. 254.

31 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 686-2003 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003. Se retomaron y amplían los conceptos de la resolución 1021 de las 10:45 horas del 1 de septiembre de 2000 de la Sala.

32 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 686-2003 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

33 "... consiste en el hecho de que la resolución esté apoyada (fundada) en hechos o en resoluciones falsas. No basta citar falsamente; es preciso que la cita sea para fundar la resolución que se dicta." Cfr. Laje, op. cit. n. p. (41), p. 166. Con referencias adicionales.

34 Así Fontán Balestra, op. cit. 1985 n. p. (1), p. 893.

35 Así Pabón, op. cit. n. p. (1511) p. 256.

cesario acreditar la existencia de alguna finalidad específica o especial, aunque ella puede existir. Ahora bien, para la tipicidad de una conducta como prevaricadora, como sucede con cualquier otra norma penal, no caben las interpretaciones extensivas o analógicas, sean implícitas o explícitas del tipo penal, sino la interpretación estricta³⁶.

Lo que significa el prevaricato, es que el juez dicta la resolución "sabiendo" que el derecho acreditado no es el aplicable. Se trata de un acto voluntariamente dirigido a perjudicar a una de las partes fundando la resolución en equivocadas disposiciones de orden legal, hecho que es conocido por el juez³⁷.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en exigir una oposición evidente, inequívoca y maliciosa entre la resolución y algún precepto claro y definido de la Constitución o de la ley, no pudiendo en ningún caso surgir el delito de la aplicación o interpretación de textos no explícitos hecha con recto propósito y con ánimo de hacer justa aplicación de ellos en caso particular en vista de la equidad y la justicia; no basta el elemento objetivo pues se requiere la malicia. No basta el error en la calificación de los hechos y en la aplicación de las normas legales; se requiere prueba plena de infracciones dolosas o quebrantamientos intencionales de la ley³⁸.

Al respecto esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "...la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la "interpretación de la ley", está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: «cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia–, el juez no prevaricaría al aplicarla» (Sala Segunda Penal de la

Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí..." (Sala Tercera, V-183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995)³⁹.

LAJE ANAYA, señala que en relación con el aspecto subjetivo, la doctrina ha caracterizado en forma terminante al prevaricato como un delito de base esencialmente subjetiva.

Basta pensar que la infracción no puede consistir en aplicar erróneamente⁴⁰ la ley porque el juez prevaricaría siempre que su resolución fuera revocada... el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del juez⁴¹.

Por antonomasia el prevaricato ha sido y es entre nosotros un delito doloso que requiere, en el aspecto cognoscitivo, el conocimiento por parte del autor de que el acto funcional que produce es claramente incompatible con la normatividad, y en la esfera espiritual, la dirección subjetiva de la voluntad de violar y atropellar, con querer propio, la ley que se le reclama y que arbitrariamente niega en función dolosa de contradicción⁴².

El juez debe tener la conciencia de que está aplicando un precepto legal en forma contraria a lo que el texto y el sentido de la ley señalan⁴³.

La culpabilidad de la figura exige, pues, un dolo directo. No basta el eventual. El juez consciente del

36 Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 389-2006 de las 09:30 horas del 05 de mayo de 2006.

37 Ver Maillo, Mario M. Código penal argentino, comentado y sus leyes complementarias. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, p. 346.

38 Así Manigol, Marcelo A., Código Penal de la Nación Argentina, 4^{ta}. Anotado y Comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 1979, p. 905.

39 Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 115-2005 de las 14:30 horas del 23 de febrero de 2005.

40 No prevarica, claro está, el funcionario que ante la oscuridad, silencio, ineficiencia o ambigüedad de la ley, procede a interpretar. Cfr. Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 214.

41 Cfr. Laje Anaya, Justo, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen III, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1981, p. 167.

42 Así Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 217.

43 Cfr. Etcheverry, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, t. IV, Santiago de Chile, Carlos Gibbs, Editor, 1965, p. 187.

papel que desempeña en el dictado del fallo inicuo y del carácter agravante de la conducta, conoce la antítesis existente entre lo que se reclama y lo que se decide, entre el derecho invocado y el derecho resuelto, y así, sin atenerse a legalidad alguna y con evidente mala fe, produce el fallo arbitrario, violando la ley con su resolución⁴⁴.

El delito del juez puede consistir, no sólo en la cita falsa del derecho, sino en la invocación falsa de los hechos. La apreciación de este segundo factor es más fácil, aunque debe tenerse aquí también en cuenta el margen de interpretación que tiene el juez⁴⁵.

No existía ni existe pues, un prevaricato objetivo e inadvertido por el juez. Esta característica determina que para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia, será preciso mostrar la incorrección moral del juez⁴⁶.

Como consecuencia, ninguna decisión judicial que sea conforme con alguna de las interpretaciones posibles del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial. Y ello aun en el caso en el que si hubiera razones para entender que la que se ha preferido responde al propósito de perjudicar o beneficiar a un sujeto. Por el contrario, una solución justa, pero ilegal, será constitutiva de delito (p. ej. Proceder contra quien ha realizado un hecho que aun socialmente dañoso se sabe penalmente atípico)⁴⁷.

Cuando a la injusticia (ilegalidad) objetiva se una la conciencia de que la sentencia o resolución infringe abiertamente el derecho, dictándose, por tanto, "a sabiendas", el delito de prevaricato surgirá. El simple error en la interpretación y aplicación no

es punible, pues faltaría el dolo característico del delito; si hubiera imprudencia grave o negligencia inexcusable, podrá integrarse, sin embargo, el delito del art. 447⁴⁸. No es bastante el dolo eventual (aceptándolo en cambio ORTS)⁴⁹.

Si de una parte siempre se pensó en la naturaleza esencialmente dolosa del prevaricato, y de otra, y por esa misma razón se menciona en el tipo de oposición manifiesta entre el acto y la ley⁵⁰, lo que se desprende del contexto de la legislación en la materia, es que no existió el tipo de prevaricato culposo. En 1918 fue suprimido en Costa Rica el prevaricato culposo⁵¹.

En resumen la decisión judicial debe ser:

1. Contraria a la ley; o
2. Sobre la base de hechos falsos.

Pero tanto en el primer caso, fundamento jurídico falso, como en el segundo, basamento fáctico falso, tiene relevancia el aspecto subjetivo: el conocimiento por el juez de esa falsedad; el intento de "hacer pasar" como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es; o de partir del hecho que se conoce que no son verdaderos. Es este, en consecuencia, un delito doloso⁵².

6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A pesar de que tal y como se indicó ut supra, la concepción moderna e hispanoamericana del delito de prevaricato se diferencia sustancialmente con la versión tradicional e hispana de la figura, en el sustrato común a los delitos de funcionarios, son individualizables tres líneas doctrinales que justifican su agrupación. Tres líneas que, a grandes rasgos, pueden situarse en: a) la protección de la

44 Asi Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 217.

45 Cfr. Moreno, op. cit. n. p. (8), p. 279.

46 Soler Sebastián, Derecho penal argentino. 2ª ed., Parte Especial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. Tomo V, p. 2007. cfr. Rojas Romero, op. cit. n. p. (1), p. 1.

47 González Rus, Juan José. Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997. p. 458.

48 El artículo 447 del Código Penal español señala:

Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

49 Asi González Rus, op. cit. n. p. (47), p. 459.

50 Cfr. Aidana Rozo, Luis Enrique, Reyes Echandía Alfonso en Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen VIII, Número 26, Mayo-Agosto, 1985, p. 231 (240): p. 240.

51 Cfr. Romero Rojas, op. cit. n. p. (12), p. 2.

52 Mosset Iturraspe, Jorge, Kernelmajer de Carlucci, Aida, Perellada, Carlos A., Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1986, p. 157.

Administración Pública y, por tanto, en último término, del Estado; b) la interpretación de estos delitos como de infracción de un deber y c) la consideración de la Función Pública, en tanto que actividad de prestación a los administrados, como bien jurídico protegido en esta materia⁵³.

Señalaba MANZINI que el objeto de la tutela penal, en relación a la incriminación de las prevaricaciones de los patrocinadores judiciales, es el interés concerniente al normal funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a la actividad judicial, por cuanto conviene garantizar con la sanción penal un mínimo de fidelidad y de corrección en el ejercicio del patrocinio judicial, como actividad íntimamente conexas a la administración de justicia⁵⁴.

En el prevaricato de los jueces, abstractamente hablando, es la administración de justicia⁵⁵, que es una de las ramas de la administración pública, el bien jurídicamente valioso lesionado por la acción desviada del sujeto, solo que ante el derecho positivo el interés resguardado es el último y no el primero⁵⁶.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia "el delito de prevaricato se consolidó, especialmente en la doctrina y legislación española, como la infidelidad dolosa de los jueces a la ley, plasmada en una resolución. Pese a que algunos lo conciben como un delito contra la Administración de Justicia, es común su ubicación dentro de los delitos contra la Administración Pública o como, en nuestro caso, contra los Deberes de la Función Pública. Ello se explica porque la tutela penal que se busca es, en

general, al ejercicio de la función pública, en su más amplio sentido, superando en mucho las definiciones propias de Administración que da el Derecho Administrativo y, en esta tesitura, sin duda alguna de la función pública forma parte ineludiblemente la función jurisdiccional"⁵⁷.

Es absolutamente cierto, como ya se insinuó, que en el prevaricato existe pluralidad de valores fundamentales resguardados por el legislador, a cual más respetable: la probidad en el desempeño de la función judicial y la integridad misma del patrimonio lesionado. De un lado, es la sociedad organizada, representada por el ente "Estado", la que está interesada no solo en el normal ejercicio de la Administración sino que el deber de integridad y el prestigio de la justicia no resulten afectados; y del otro, es el derecho del particular (persona natural o jurídica) a quien se irroga igualmente la ofensa, el que reclama con justicia la intervención de la tutela penal que no puede descartarse pues que sobre su patrimonio específico ha incidido el daño⁵⁸.

Los intereses particulares y profesionales reciben protección refleja, por efecto de la tutela del interés público esencial⁵⁹. Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro, bienes jurídicos particulares hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo⁶⁰.

7. CONSUMACIÓN Y CONCURSOS

Se trata de un delito formal, siendo el acto consumativo la acción de dictar la resolución⁶¹. El efecto

53 Así García Arán, op. cit. n. p. (6), p. 216.

54 Cfr. Manzini, op. cit. n. p. (4), p. 319.

55 " las figuras del prevaricato tutelan bienes jurídicos superiores de la colectividad; el normal funcionamiento y prestigio de la administración pública y de los regímenes de justicia y electoral. Este en primer término. Pero en forma secundaria y refleja tutelan también intereses privados." Así Romero Rojas, op. cit. n. p. (12), p. 17.

56 Así Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 211.

57 Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 1264-1998 de las 08:45 horas del 24 de diciembre de 1998.

58 Lo que si no puede aceptarse es que el Estado, como tal, concentre simultáneamente ambos criterios como interesado en el correcto funcionamiento de la actividad legítima judicial, y además, titular del específico derecho lesionado. Cfr. Saavedra, op. cit. n. p. (19) p. 217.

59 Así Manzini, op. cit. n. p. (4), p. 320.

60 El delito de prevaricato por el cual se procede afecta, en principio, un interés jurídico cuyo titular es el Estado, a saber: la administración pública. Mas, nada impide que la conducta del sujeto activo de ese hecho punible haya también lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características de delito pluriofensivo (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 15 de Mayo de 1985, Magistrado Ponente; Doctor Alfonso Reyes Echarandía), citado por Pabón Parra, p. 268-269. Vid. Pabón, op. cit. n. p. (15), p. 256.

61 Con base en la legislación colombiana Saavedra señala: Uniformemente se sostiene que el prevaricato se consuma en el momento y al lugar en que el culpable profiere la resolución o dictamen, refrendando tales actos con su firma, o con la simple negativa de omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, habiendo sido requerido para ello por las partes o finalmente con la eje-

logrado es indiferente⁶². El delito queda consumado cuando en las condiciones del tipo se dicta la resolución. Por lo general no se admite la posibilidad de imputar a título de tentativa⁶³.

La revocatoria del acto manifiestamente ilegal por alguno de los medios prescritos para tal efecto en el procedimiento administrativo –recursos ordinarios de reposición y apelación o revocatoria directa– no hace desaparecer la infracción y ni siquiera tiene idoneidad como atenuante especial de punibilidad, tal circunstancia podría únicamente ser apreciada en referencia a los principios de dosificación punitiva y atenuación genérica⁶⁴.

En su estructuración puramente objetiva, el delito no exige que el acto produzca o pueda producir perjuicios a terceros, ni que de manera inmediata quebrante un particular interés jurídico, distinto de los relacionados con la administración pública⁶⁵. En cuanto al resultado – resulta irrelevante cualquier propósito o resultado, en este aspecto, la infracción es puramente formal⁶⁶.

El tipo se perfecciona con la firma, suscripción o consolidación formal del acto. La acción es de conducta instantánea en cuanto el comienzo de los actos ejecutivos marca la consumación del delito, por ello no admite la modalidad tentada. Los proyectos de actos o resoluciones manifiestamente contrarios a la ley no pueden incriminarse a título de tentativa ni mucho menos de delito consumado; mucho menos si ellos son proyectados por sustanciadores o ponentes. Creemos que estas acciones están dentro del marco de los actos preparatorios penalmente irrelevantes; quien proyecta no profiere el acto en sentido jurídico-formal estricto, por tanto se estaría incriminando en la modalidad tentada a un sujeto sin idoneidad para ser sujeto activo de este delito⁶⁷.

A los fines del delito nada importa que el acto producido por el sujeto en función de su ministerio,

sea posible o no de impugnación o que no esté en firme o que no se haya ejecutado o que el superior lo haya revocado íntegramente e, incluso, que el propio prevaricador lo anule *ex officio*, arrepentido por el horror de su propia conducta. El prevaricato es delito instantáneo que se perfecciona con el proferimiento del acto injusto⁶⁸. La ilicitud de la acción prevaricadora no desaparece ante la realidad de efectos ulteriores por bien intencionados que estos aparezcan, aun cuando borren la arbitrariedad objetiva de la resolución contraria a la ley o anulen legalmente los efectos de la torcida intención⁶⁹.

En cuanto a la concurrencia de otras figuras delictivas que puedan encontrarse en relación concursal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por vía jurisprudencial, prácticamente ha descartado cualquier posibilidad, precisamente al verse desplazadas otras figuras delictivas que podrían concurrir con el delito de prevaricato, al respecto ha indicado:

“El delito de prevaricato tipifica el dictado de resoluciones contrarias a la ley por el funcionario administrativo o judicial llamado a resolver o decidir algún trámite específico y que lo dirige o resuelve en contra de la ley. Para que este delito se perfeccione basta el conocimiento y voluntad de que se resuelve contra la ley, sin que sea necesario que medie algún elemento intencional o alguna remuneración. Sin embargo, cuando esa resolución contra la ley, la adopta un juez, mediando promesa de ventajas o dádivas y éstas van dirigidas a que, bien en el trámite, o bien en la resolución, se favorezca o se perjudique a una parte, no se estará en presencia del prevaricato, sino del delito de corrupción de jueces, que desplaza a aquél por especialidad en estos supuestos concretos. Por su parte, si la resolución favorable o perjudicial que se pretende obtener con la dádiva o remuneración, era la que en derecho correspondía dictar, o el trámite hecho u omitido es conforme a la ley, o bien era parte de sus funciones como juez, no se está en presencia del delito

cación del comprometedor consejo, patrocinio o asesoramiento al individuo que gestiona un asunto en su despacho. Se ha dicho con exactitud que cualquier acto decisivo o de consejo agota el delito. Cfr. Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 221

62 Cfr. Maíto, op. cit. n. p. (37), p. 345.

63 Cfr. Laje, op. cit. n. p. (41), p. 167.

64 Así Pabón, op. cit. n. p. (15), p. 256.

65 Ver Rendón, op. cit. n. p. (21), p. 75.

66 Así Laje, op. cit. n. p. (41), p. 168.

67 Así Pabón, op. cit. n. p. (15), p. 256.

68 En nuestro caso ilegal –contrario a la ley– o fundado en hechos falsos más que injusto según se dijo.

69 Así Saavedra, op. cit. n. p. (19), p. 214.

de corrupción de jueces aunque éste sea el sujeto activo u/o pasivo, en los términos del numeral 344, sino que el juez cometería el delito de cohecho impropio, pues recibe una dádiva o ventaja para realizar un acto propio de sus funciones o deberes, es decir, resolver la litis, incidencia, proceso o trámite administrativo de que se trate conforme a la ley⁷⁰.

8. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Debe tenerse presente que el prevaricato es el típico delito de los jueces. En el correcto y estricto cumplimiento de los actos judiciales debe buscarse el telos de su represión. En él se involucra una ofensa gravísima a la dignidad, rectitud, estima y reputación de la potestad judicial pública que trasciende esta esfera para comprometer la imagen y la seriedad misma de la justicia. Al decir de RIVAROLA constituye el más odiado delito que puede cometer un juez en su calidad de tal, al negar su derecho a quien lo posee, mediante pronunciamientos torcidos⁷¹.

Es importante apostillar en este punto, el prevaricato se trata de un delito propio por su misma esencia⁷², de los funcionarios públicos o de personas que actúan en el organismo judicial y que afecta la rectitud de su desenvolvimiento⁷³.

Finalmente, el tipo penal, equipara a la condición de funcionarios judiciales y/o administrados a aquellos sujetos que administran justicia en condición de árbitros y arbitradores, conceptos que de igual forma, encuentran contenido en la legislación común, pues la condición de árbitro se adquiere por acuerdo de partes o designación, de conformidad con la legislación vigente entre la partes conforme con la cláusula compromisoria respectiva y las reglas de constitución del tribunal arbitral, análisis que rebasa por mucho los alcances del presente estudio, pero que para los efectos del delito de prevaricato, lo relevante es que el sujeto activo ostente la categoría de árbitro y en tal supuesto, tenga facultades de orden resolutorio.

Con base en lo expuesto, el delito admite en los órganos colegiados, la co-autoría mas no la participación –complicidad y/o instigación– en sentido es-

tricto, toda vez que al ser un delito de consumación instantánea y además de los denominados delitos especiales propios, únicamente el funcionarios –juez o funcionario público– que concorra funcionalmente al dictado de la resolución contraria a derecho o fundada en hechos falsos y en el momento mismo de rubricar dicha resolución, puede cometer el delito como tal.

9. CONCLUSIÓN

Como corolario de lo expuesto y a manera de conclusión, es importante hacer notar que a pesar de la existencia de la figura del prevaricato y la relativa frecuencia con la que se denuncia sobre todo a jueces por la supuesta comisión de este delito, la características del tipo penal y sobre todo el hecho de que para su comisión se requiera de que el juez –lo mismo vale para el funcionario–, dicte la correspondiente resolución contraria a la ley o basada en hechos falsos, hace que en muy pocos casos, se pueda tener por configurado el delito.

No obstante y a pesar de su poca aplicación, se me antoja absolutamente necesaria la existencia del tipo penal, como garantía del administrado de que quien ostenta la Autoridad de resolver una determinada situación jurídica, se encuentra bajo el imperio de la ley y responde directa y personalmente de sus actos ante conductas contrarias al ordenamiento jurídico o que se funden en hechos falsos, con pleno conocimiento de quien resuelve a pesar de ello y bajo el entendimiento de que con su accionar perjudica de forma deliberada a una de las partes; precisamente por resultar contrario a la función objetiva que la sociedad deposita en determinados sujetos que ostentan la calidad de jueces y/o funcionarios en ejercicio de una función jurisdiccional.

De la misma manera, el delito constituye un contrapeso frente a los exabruptos y abusos del ciudadano a quien se le ha conferido la autoridad respectiva para decidir sobre determinadas situaciones jurídicas y cuyas resoluciones necesariamente afectan a los demás, pues ciertamente no debe de perderse de vista, que en última instancia, bien es sabido que el poder corrompe y por tanto, se requiere de cier-

70. Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 389-2006 de las 09:30 horas del 05 de mayo de 2006

71. Cfr. Saavedra, *op. cit.* n. p. (19), p. 211

72. Así Ferreira, *op. cit.* n. p. (9), p. 126.

73. Ver Moreno, *op. cit.* n. p. (8), p. 265.

tos paliativos que permitan, de alguna manera, evitar que quienes ostentan la función de administrar justicia, puedan sentirse atraídos –aun por causas nobles–, a separarse de la función de administrar justicia que les ha sido encomendada, para anteponer su especial y particular punto de vista y/o interés, frente al interés colectivo y el imperio de la ley.

BIBLIOGRAFÍA:

- Aldana Roza, Luis Enrique, Reyes Echandia Alfonso en Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Volumen VIII, Número 26, Mayo-Agosto, 1985, p. 231.
- Bacigalupo, E. Bajo, M., Manjón –Cabeza, A., Rodríguez, L. Casos prácticos de la jurisprudencia penal, Editorial Ceura. Madrid, 1984.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. 6^o ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968, T. II.
- Carcino Moreno, Antonio José. Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
- Carrara, Francesco, Programa de Derecho Críminal, Parte Especial, Vol. 5, Editorial TEMIS, Bogotá, 1991.
- Díaz Valcárcel, Luis María, El delito de prevaricación judicial, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual, Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, p. 198-212.
- Etcheverry, Alfredo. Derecho penal, Parte especial, I. IV, Santiago de Chile, Carlos Gibbs, Editor, 1965.
- Ferreira Delgado, Francisco, Delitos contra la Administración Pública, 2^o ed. Editorial TEMIS Librería, Bogotá, 1985.
- Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, 10^a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.
- Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. VII, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- G.G. Carmignani, Elementos de derecho criminal. trad. De A. Foreiro y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. TEMIS, 1979.
- García Arán, Mercedes, La prevaricación judicial en el derecho español, Temas Básicos del Derecho, Una visión actual, Studia Juridica, Vol. I, Consejo Superior del Poder Judicial, Barcelona, 1992, p. 213-233.
- García Arán, Mercedes, La prevaricación judicial, TECNOS, 1990.
- Garcías Planas, Gabriel, La prevaricación de abogados y procuradores en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCIV.
- González Rus, Juan José, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.
- Laje Anaya, Justo, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen III, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.
- Mallo, Mario M., Código penal argentino, comentado y sus leyes complementarias, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.
- Manigot, Marcelo A., Código Penal de la Nación Argentina, 4^o, Anotado y Comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 1979.
- Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, T. X, Segunda Parte, De los delitos en especial, EDIAR Soc. Anóm. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1957.
- Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo 10, Ediar S.A., Editores, Buenos Aires, 1961.
- Martínez Pérez, Carlos, Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCI, p. 363-411.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVIII, Fascículo I, Enero-Abril, MCMXCV.
- Mir Puig, Federico, Derecho Penal, Parte Especial, T. II, 4^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Montes Olavarría, Leonidas, De la prevaricación de abogados y procuradores, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- Moreno, Rodolfo (hijo), El Código Penal y sus Antecedentes, Tomo VI, H.A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Kemelmajer de Carlucci, Aida, Perellada, Carlos A., Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1986.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso, Delitos contra la función pública, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997.
- Pacheco, Joaquín Francisco, El Código Penal, concordado y comentado, 5^o ed., Tomo II, Impresor de Cámara de S.M. Isabel La Católica, 1881.
- Ranieri, Silvio, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Editorial TEMIS, Bogotá, 1975.
- Rendon Gaviria, Gustavo, Derecho penal colombiano, Parte Especial, Volumen I, 3^o ed., Corregida y actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1973.
- Romero Rojas, Iver, El prevaricato, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar por el título de licenciado en derecho, 1971.
- Saavedra Rojas, Edgar en Valencia, Jorge Enrique, Estudios Penales, Libro Homenaje al prof. Luis Carlos Pérez, Librería TEMIS Editorial, Bogotá, Colombia, 1984.
- Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, 2^o ed., Parte Especial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo V

LAS VÍCTIMAS Y LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE: 1998-2006

*Dra. Mayra Campos Zúñiga
Fiscal Adjunta Penal Juvenil*

INTRODUCCIÓN

En los años noventa era común escuchar, —sobre todo para justificar e impulsar las reformas de los sistemas penales— la necesidad de “rescatar” el papel de la víctima en el proceso penal, y devolver el conflicto a los protagonistas del mismo. Se plantearon críticas al sistema procesal mixto (aspecto que se extiende a los sistemas inquisitoriales) donde la “víctima” se consideraba como el “convidado de piedra” del proceso penal, pese a ser uno de los protagonistas del “conflicto” surgido por una conducta de carácter delictivo y que el Estado había asumido una función inquisitorial, no acorde con los principios democráticos. Este tipo de ideas llevaron a que dentro del proceso, además de potencializar los principios propios del sistema acusatorio, con una clara división de funciones entre el juez, el fiscal, defensor y el resto de las partes y sujetos procesales, se incluyeran mecanismos de solución alternativo, entre ellos, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y la reparación integral.

En este breve ensayo se analizan varios aspectos: a) si realmente las disposiciones legales incorporadas a través de la reforma procesal ha logrado que “las víctimas” retomen el “conflicto primario”, y b) si realmente a través de las salidas alternativas se logró ese propósito. No pretendemos realizar un estudio dogmático de cada una de las salidas alternativas, sino que una exposición de los derechos de las víctimas, su participación directa o indirecta a través de aplicación de las salidas alternativas. Participación que derivamos a partir de los datos estadísticos recopilados a nivel institucional.¹¹

1. EL RESCATE DE LAS VÍCTIMAS Y LA INTRODUCCIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

Este *redescubrimiento* de la víctima nos lleva a indagar cual ha sido la aplicación de las salidas alternativas y partir de esa revisión visualizar la participación de la víctima. Y con esa aplicación ha sido posible “... *diseñar un nuevo modelo de justicia penal de “faz humana y mayor calidad, punto de partida de cual sea la concepción del suceso criminal como problema y como conflicto interpersonal e histórico que enfrenta, en la mayoría de los casos, a dos seres humanos concretos: delincuente y víctima”*¹²

Este concepto adquiere relevancia desde la óptica del ordenamiento jurídico costarricense, al entrar en vigencia del Código Procesal Penal, el primero de enero de 1998. En dicha normativa se le otorgan a la víctima “algunos” derechos de participación, intervención e impugnación de las salidas alternativas.

Para nuestros efectos, entenderemos como “víctima”, la persona que sufre un perjuicio a consecuencia de un hecho punible, sin dejar de lado aquellas concepciones que tienden a contemplar a las “víctimas sociales”. Nuestro análisis se limita a las víctimas de la delincuencia convencional sin contemplar las “víctimas sociales” producto de la delincuencia de cuello blanco, ello no porque no merezcan interés, sino que sale de las posibilidades reales de este ensayo.

1 Sobre el desarrollo dogmático del tema véase: Vargas Rojas, Omar. La extinción de la acción penal. Houed Vega, Mario. La suspensión del Proceso a prueba. Chaves, Alfonso. La Conciliación. Issa El Khoury (q.p.d) En: Derecho Penal Costarricense, Asociación de Ciencias Penales. 1ª ed. San José, Costa Rica: 2007.

2 García-Pablos citado por Carbonell Mateu (Juan Carlos). Derecho Penal, concepto y principios constitucionales, Valencia, Edita Tirant Lo Blanch, 2da edición, 1996, p. 233

El concepto de "víctima" ha sido analizado en diversos sentidos: literal, jurídico y criminológico. Por la naturaleza misma del trabajo, nos limitaremos a la concepción jurídica, es decir, entendiendo como víctima a la parte lesionada que sufre un daño a consecuencia de una infracción penal.

La concepción de víctima contempla un concepto más amplio al reseñado, ya que incumbe a todas aquéllas que han sufrido un perjuicio producto de una conducta socialmente desviada. Sin embargo, nos concretaremos a aquéllas conductas consideradas delitos con relevancia jurídico-penal, ante las cuales se ha establecido un mecanismo de reacción formal. Este perjuicio, está vinculado a la afectación de bienes jurídicos. Comprende "...el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc., por el hecho de otro..."³.

El proceso de cambio de la sociedad y el surgimiento de nuevas formas de victimización, ha llevado al replanteamiento original del concepto de víctima: en primer lugar como entidad personal que ha sufrido una infracción criminal (victimización primaria), y en segundo lugar, pasando a las víctimas afectadas por el poder político, económico y religioso (victimización secundaria).

De este modo, "el concepto de *víctima* de la victimología actual es acorde con la acepción macro-victimológica (...) así por ejemplo, la Declaración de la Sociedad Internacional de Victimología presentada en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas de 1985 define la víctima como la

persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que; a) Esté en violación con las leyes nacionales;

b) Es un crimen catalogado bajo la ley internacional; c) Constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal. Esta definición incluye en el término "víctima" al individuo que ha sufrido una pérdida, daño, o lesión, y pero sobre todo se le reconoce como "persona humana" integrante de un grupo o colectividad, al cual exige protección de las entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado o la sociedad en un todo."⁴

2. LA VÍCTIMA EN LA NORMATIVA PROCESAL

En este apartado analizaremos la concepción adoptada por nuestra legislación procesal y si la misma responde o no a la nueva terminología. Debemos retomar en este punto la definición de víctima supra expuesta, en ella se destacan no sólo a las víctimas individuales sino las llamadas víctimas colectivas o sociales—como le llaman algunos autores—. Asimismo, si dicho concepto comprende la clasificación planteada por el VII Congreso de la ONU (Milán 1985): víctimas de delitos y las de abuso de poder. Entendiendo como las primeras "... las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u

3 Neuman (Elias). Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. México. Editorial Cárdenas Uribe. 1 era. Edición. 1992, p.25.

4 Como lo ha expuesto la Sala Constitucional en voto 8591-2002 del 04 -09-2002: "Por otra parte, hay que tomar en consideración, que las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aun sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que esté -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendientes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio." (resolución número 5751-93 de las catorce horas y treinta y nueve minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres). En la misma dirección, valga traer a colación un extracto de la sentencia número 5752-93 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del nueve de noviembre, también de mil novecientos noventa y tres y la resolución número 1193-95 de las nueve horas dieciocho minutos del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, que trató con profundidad el asidero constitucional de los derechos de la víctima en el proceso penal.

omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder...".

y las segundas aquellas "... personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos"⁵.

La legislación procesal costarricense define la víctima de delito en su artículo 70 del Código Procesal Penal, el cual como veremos más adelante, comprende el concepto amplio de víctima. Dicha norma expresamente señala: *Artículo 70. - Víctima. Se considera víctima: Al directamente ofendido por el delito. Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan. A las Asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación vincule directamente con esos intereses".* Como se desprende de dicho artículo, nuestro legislador dejó de lado la definición tradicional de víctima, siguiendo las más modernas doctrinas que permiten una clasificación más amplia: Así tenemos diversos tipos de víctimas que se derivan del artículo reseñado: a) individuales (inciso a), b) familiares (inciso b), c) colectivas (inciso c) y sociales (inciso d).

En el primer grupo se incluyen las víctimas de delitos generalmente convencionales, tales como los delitos contra la propiedad. En el segundo rubro, los delitos de índole familiar que contemplan los delitos sexuales y la violencia intrafamiliar; en las colectivas, se abarca no sólo aquellos que se puedan cometer por grupos comunitarios sino de

índole comercial, en el último grupo, se comprenden aquellos que afectan intereses de algún sector vulnerable, tales como niños, ancianos, e intereses difusos o colectivos (p.ej. ambientales). Por su parte, el artículo 71 del Código Procesal Penal indica cuáles son los derechos de las víctimas, aún cuando no se hayan constituido en querrelante.

3. INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

Este reconocimiento en la normativa procesal constituye una nueva concepción criminológica en la cual se retoma el fenómeno de la criminalidad como un conflicto entre víctima y victimario. Desde esta concepción la solución a dicho conflicto penal debe estar aparejado a la realidad social y sobre todo a resolver el conflicto interpersonal que lo provoca.

Este aspecto encuentra sustento en el artículo 7 del Código Procesal Penal, que a la letra 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 **RESTAURAR LA ARMONIA SOCIAL ENTRE SUS PROTAGONISTAS** (lo destacado no es del original).

Este principio responde a las tendencias actuales de la victimología. Se parte de la premisa que la víctima de delito sufre no sólo el hecho punible en sí mismo, sino otros tipos de daños, tales como: síquicos, sociales, económicos y físicos. Asimismo, que la víctima no es sólo la parte lesionada que sufre un perjuicio o daño directo por un hecho delictuoso, sino que existen víctimas colectivas quienes también sufren daños igualmente considerables, tales como lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones, que violen la legislación penal vigente. Esta concepción, como lo indicamos anteriormente, contempla a las personas involucradas en terminados grupos o entes colectivos.

5 Monteverde Ferrer (Francisco). Victimología. Proyecciones asistenciales prácticas. Cuadernos de Derecho Judicial, pp.cit. p.249

La víctima, de acuerdo a nuestra legislación, tiene tres derechos fundamentales: derecho de información, derecho de intervención y derecho de impugnación. Es en el primer contacto de la víctima con el sistema penal que se le debe informar sobre los mismos. Esto significa que el profesional que reciba la denuncia debe transmitirle el significado y contenido de cada uno de estos derechos, asimismo que –si lo desea– puede señalar un domicilio conocido para ser informado de lo que ocurra dentro del proceso. Como derecho de información, debe entenderse que esta debe enterarse de todo lo que ocurre en el proceso, principalmente de toda aquella resolución que ponga fin al proceso. Por ejemplo: una desestimación, un sobreseimiento definitivo, etc.

El derecho de intervención, consiste en el derecho a participar en las diversas etapas del proceso penal, exteriorizando su opinión sobre lo que acontece en el mismo: por ejemplo, en la audiencia en que se discute la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, en el proceso abreviado, aceptando una reparación integral del daño y fundamentalmente en la audiencia de conciliación. En cuanto a la fuerza vinculante, debemos mencionar que a través de la reformas procesales del año 2001, tanto en la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y en la reparación integral del daño su decisión es *determinante*.⁶

El derecho de impugnación: sobre este aspecto el Código prevé que la víctima pueda apelar tanto del sobreseimiento como la desestimación, resoluciones que ponen fin al proceso. Entre los avances de este derecho y las salidas alternativas, mediante voto 8591-2002 citado de la Sala Constitucional se garantizó el derecho de las víctimas y del Ministerio Público a recurrir en Casación aquella resolución que acuerde una suspensión de proceso a prueba, o no satisfaga el interés de la víctima de delito o se dicte contrariando las disposiciones legales para acordar dicha suspensión. En lo que nos interesa indicó: "*a la luz del artículo 41 de la Constitución Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que también procede el recurso de casación a favor de la víctima contra el auto que ordene la suspensión del procedimiento*

a prueba. Lo anterior por cuanto, de admitirse una interpretación contraria a la que se expone en este pronunciamiento, en forma injustificada se obliga al recurrente –en este caso la víctima– a esperar el vencimiento del plazo por el cual se adoptó la medida alternativa a efecto de plantear los reclamos que estime pertinentes en defensa de sus derechos, vulnerándose en consecuencia su derecho a la justicia pronta y el principio de celeridad, cuando pudo requerir su revisión anticipadamente, en el momento oportuno".

Somos del criterio que la reforma procesal, específicamente la introducción de las salidas alternativas con una participación activa de las víctimas, constituye un primer paso para lograr el rescate. Sin embargo, el mero reconocimiento normativo no es suficiente para su incorporación con "*faz humana y en pro de un sistema de mejor calidad*". Este reconocimiento normativo es el punto de partida, el cual se puede comparar, al igual que toda garantía y/o derecho constitucional, como un postulado al que debe dársele contenido buscando la eficacia de la norma. Para ello se debe prever con los recursos profesionales, definir políticas y prioridades de atención. Se pasa del ámbito jurídico, a otro sociológico, psicológico y sobre todo de información para hacer realidad los derechos de las víctimas. Este reconocimiento lleva el mismo proceso de eficacia como cualquier otro derecho fundamental. Siendo este punto el eje central del trabajo, lo retomaremos al analizar la efectividad del sistema y los mecanismos asistenciales con que cuenta el país.

4. INTERESES DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

Para abordar este tema debemos partir que: "*el rendimiento y efectividad de un sistema legal se halla, en buena medida condicionado por las actitudes sociales hacia el mismo. De poco sirve que cuente con un excelente aparato normativo, con expertos funcionarios y operadores jurídicos que apliquen aquel, si carece del respaldo y colaboración de los ciudadanos. De otra parte, la calidad de un sistema legal no se mide sólo por su capacidad disuasoria,*

⁶ Las salidas alternativas previstas en la legislación procesal son: Suspensión de proceso a prueba (Artículos 25-29 Cpp), la Conciliación (Artículo 36 Cpp), la Reparación Integral (Artículo 30 Cpp), el Pago de la Multa (Artículo 30 Cpp), el Proceso Abreviado (Artículos 373-375 Cpp).

*potencial o comprobada, sino por el grado real de satisfacción de las diversas expectativas que el crimen, como problema social, genera. Las actitudes de la víctima hacia el sistema legal, y la respuesta de éste a las expectativas de la víctima son, por tanto, indicadores muy significativos de la eficacia y calidad de un sistema legal*⁷.

Por ello es importante conocer cuáles son las pretensiones de la víctima en el proceso penal y si dicho interés coincide con la política criminal pregonada, e incluso legislada: de mayor encierro, endurecimiento de las penas y en último caso, la búsqueda "exclusiva" de una compensación económica. Aspecto esencial para analizar la importancia de las salidas alternativas como mecanismo de satisfacción de esos intereses y pretensiones.

En cuanto a las expectativas, necesidades y pretensiones de la víctima, los diversos estudios de carácter victimológico, han determinado que la víctima no busca primordialmente la solución formal del conflicto a través de la intervención del sistema penal que se limita en la mayoría de los casos la imposición de una pena y en pocos casos, una compensación económica a favor de la víctima, "... sino actitudes y comportamientos "personales", no procesales? (arrepentimiento, disponibilidad, etc.) que supondrían un "reencuentro" y "relación interpersonal" impensables en el marco rígido y poco comunicativo del proceso. Y del sistema penal, la víctima espera el tratamiento que merece un leal colaborador del mismo, que acude en solicitud de tutela judicial por haber padecido los efectos del delito. Espera información comprensible, respuesta pronta y justa a su demanda y reparación eficaz del mal que se le causó, fundamentalmente: expectativas no muy ambiciosas que, sin embargo, también se verán frustradas. Parece, pues, necesario diseñar un nuevo modelo de Justicia Penal, de faz humana y mayor calidad. (...)".⁸ Se desprende que la víctima en el proceso penal tiene: expectativas, intereses y necesidades. Las primeras entendidas como las aspiraciones que la víctima tiene con el proceso, los intereses como aquellas aspiraciones pero desde su condición de ser humano, y por último, las necesidades que nacen del contacto con el sistema de justicia.

La efectividad del sistema judicial guarda una estrecha relación entre: la normativa, la actitud (su deseo de participar y coadyuvar) de la víctima hacia el sistema y su atención no como mero centro de información, sino como uno de los protagonistas del conflicto o fenómeno criminal. En nuestro país, no existen los medios ni la infraestructura (física y organizacional) que responda a esas necesidades, expectativas e intereses. Debemos observar que a nivel del Poder Judicial se han realizado esfuerzos aislados para cumplir con la asistencia psicológica y social, sobre todo en delitos sexuales cuando la víctima es una persona menor de edad. Proyecto denominado "Programa de atención de menores víctimas de abuso sexual", aprobado por Corte Plena en sesión extraordinaria número 18-96 del 15 de junio de 1996. Para las personas adultas un programa de Atención a víctimas, oficina que sólo existe en San José, y sin la capacidad de cubrir las verdaderas necesidades de las víctimas por limitaciones económicas y falta de recursos humanos. Oficina que no cuenta con un programa efectivo de protección de víctimas y testigos, pese a los esfuerzos realizados al efecto, fundamentalmente por la carencia de regulación específica y los recursos humanos y materiales que dicha protección demanda. En cuanto a los planes de indemnización, el país no cuenta con la legislación que establezca de modo subsidiario la compensación económica, ante la incapacidad del imputado de compensar el daño causado por el delito

5. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS: MECANISMO PARA REDUCIR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

En términos generales podemos concluir que la revictimización es de dos tipos: la primaria, producida por los efectos dañosos para la víctima ocasionados por la conducta delictiva; la secundaria, producida por la lentitud de los procesos, el trato que recibe la víctima al contacto con el sistema de justicia penal. No analizaremos la terciaria, que tiene que ver con la posición del imputado dentro del sistema penal.

Nos centraremos en esta sección en el proceso de victimización secundaria, destacando que este

7 García Pablos (Antonio). El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y Programas de reparación del daño. La denominada Victimización terciaria (El Penado como víctima del sistema legal). Cuadernos de Derecho Judicial, op.cit, 307.

8 García Pablos, op.cit, p.310-311

proceso no sólo se inicia desde el primer contacto con el sistema penal, sea este ante la policía administrativa o judicial o el Ministerio Público, sino hasta la fase final de la ejecución de sentencia. Este proceso de victimización secundaria indefectiblemente acarrea un efecto directo en la credibilidad del sistema penal como un todo, provocando pérdida de confianza en todos los mecanismos contemplados dentro de este (entiéndase soluciones alternativas en general). De ahí que insistimos en que la respuesta del sistema penal, específicamente, ante la víctima provoca un efecto "bumerán", ya que su resistencia o oposición o desconfianza se traduce en el debilitamiento del mismo sistema. No basta con la incorporación formal o legalista de la víctima a una normativa penal o procesal. *"La llamada "alienación" de la víctima respecto al sistema legal, su falta de colaboración con éste, responde sin duda a una pluralidad de causas, desconfianza hacia la Justicia, sentimiento de indefensión e impotencia, miedo a la represalia del propio delincuente, perjuicios derivados de la colaboración con el sistema legal, etc". Ciertos índices de insatisfacción o frustración en el ciudadano son inevitables, estructuralmente inherentes a la intervención del sistema legal, que es una intervención legalizada, técnica y formalista. No sería difícil, sin embargo, mejorar sustancialmente las actitudes del ciudadano hacia el sistema legal, a través de una aproximación legal y simbólica, del lenguaje de la Justicia, de sus modos y formas de actuación, y de las actitudes de los operadores del sistema hacia el ciudadano. (...) Nada más peligroso, por el contrario, que la pasividad de la víctima, que su desconfianza y falta de colaboración con los aplicadores del Derecho. Ello se traduce, estadísticamente, en un incremento de la cifra negra de la criminalidad."*⁹

6. LA VINCULACIÓN VÍCTIMA-VICTIMARIO Y LAS SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Un aspecto esencial en la labor del Ministerio Público lo constituye el asesorar a *víctima* en el proceso penal, de aquellos presupuestos en que su decisión es vinculante, por ejemplo, en la suspen-

sión del proceso, conciliación y en la reparación integral.

En todo caso, somos del criterio que en todas las hipótesis, sea vinculante o no la opinión de la víctima, el Ministerio Público debe buscar en la propuesta, no sólo la solución formal del asunto, sino que la resolución real de un "conflicto humano" entre los protagonistas: víctima y victimario.

Esto es de tal importancia que incluso algunos especialistas en el campo han considerado que el olvido del papel de la víctima en la solución del conflicto, sería un motivo de "inconstitucionalidad" del procedimiento, ya que vulnera el principio de "tutela judicial efectiva".

En esta nueva función se pretende *hallar mecanismos, prácticos, realizables, para que la víctima sea protegida por alguien, pueda reclamar justicia y sus intereses sean atendidos*. En este último punto analizaremos la aplicación de las salidas alternativas (conciliación, suspensión del proceso, reparación integral) durante los diez años de vigencia del Código Procesal. Determinando, conforme a las estadísticas oficiales, cuántas solicitudes para la aplicación de alguna de salidas alternativas fueron planteadas por el Ministerio Público durante la fase de investigación, y las soluciones alternas aplicadas por los Tribunales de juicio y los juzgados penales. Determinando en qué porcentaje las víctimas solicitan aquellas soluciones en los cuales su participación es preponderante. Este breve análisis nos permitirá proyectar si efectivamente las víctimas están interesadas en ejercer los derechos otorgados por la reforma procesal, asimismo, evaluar si los objetivos de la reforma se han cumplido durante estos diez años.

Para realizar el estudio tomaremos en cuenta los informes emitidos por la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, durante los 10 años de vigencia del Código.

Veamos algunas estadísticas: El Ministerio Público, se ha caracterizado por tener una entrada ascen-

9. Las principales causas de las absolutorias, para el año 2007, en justicia penal juvenil están vinculadas a la **no intervención de los usuarios del sistema**, en un 29.4%, no se localizaron ni los testigos, ni las víctimas en los domicilios rendidos; un 21.0% mostró desinterés (no se presentan a las audiencias), y en un 15.6% se acogieron al derecho de abstención. Cfr. Acta Consejo Superior del Poder Judicial, Oficio N° 8127-08, sesión N° 70-08 celebrada el 18 de setiembre de 2007. ARTÍCULO LXXIII

10. García Pablos (Antonio). Op.cit., p.308

dente, a excepción del año 2006. Lo cual se puede traducir en que las víctimas aún tienen confianza y recurren al sistema penal cuando han sido afectadas por alguna conducta delictiva. Asimismo, de los datos estadísticos existe una tendencia ascendente en la salida de casos. En la relación entrada-salidos, vemos que las Fiscalías tienen una salida superior a la entrada en casi veinte mil asuntos (lo

anterior considerando el circulante acumulado de cada año). Se puede traducir como un interés del órgano acusador en convertir en una realidad los principios de justicia pronta y cumplida, y desde el punto de vista administrativo del de celeridad y simplificación de los procesos (Tablas y gráficos N°1 y N°2).

Tabla N° 1
Casos entrados y salidos- Fiscalías
1998-2006

| Año | Casos entrados | Casos salidos |
|------|----------------|---------------|
| 1998 | 104638 | 83238 |
| 1999 | 105265 | 102441 |
| 2000 | 110363 | 120126 |
| 2001 | 115757 | 123335 |
| 2002 | 118034 | 122700 |
| 2003 | 132900 | 132040 |
| 2004 | 141294 | 170106 |
| 2005 | 143413 | 173016 |
| 2006 | 142791 | 171996 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial

Respecto al motivo las salidas alternativas, tales como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado durante la fase preparatoria, representan un porcentaje muy bajo en proporción al resto de los motivos de salida. Situación que varía en la fase intermedia (Tabla N° 1, N° 2 y N° 3). Ello implica que para ese momento la fiscalía ha concluido la investigación y existe una acusación con su solicitud de apertura a juicio. Esta situación puede tener dos posibles explicaciones: 1. Los y las funcionarios del Ministerio Público no están cumpliendo con su deber de informar de las opciones que da el sistema penal; 2. Las víctimas no están dispuestas a admitir este tipo de salida alternativa. 3. Tanto víctimas como victimarios ejercen sus opciones alternativas una vez concluida la investigación y ante la presentación de la acusación y solicitud de apertura a juicio en la fase intermedia. El probar cualquiera de las dos hipótesis

escapa a los fines de este ensayo, sin embargo, es preocupante que dentro del motivo de salida estas alternativas tengan tan poca aplicación. Sin embargo, es importante reflexionar sobre la finalidad de las salidas alternativas y el momento procesal en que se están concretando. Nos preguntamos, – si las salidas alternativas se están aplicando en un mayor número de casos cuando el proceso ha avanzado (en fase intermedia) –¿cumplen con su función de medio de solución alternativa del conflicto?, ¿Han fortalecido el principio de tutela judicial efectiva y del justicia pronta y cumplida? Para nadie es un secreto que para que un asunto llegue a la fase intermedia, el plazo transcurrido desde la denuncia hasta ese momento, a veces no es tan razonable. Ello nos lleva a reiterar la importancia de incentivar el uso de tales salidas alternativas desde el inicio mismo del proceso.

Tabla N° 2
Casos terminados por motivo-Fiscalías
1998-2006

| Motivo de término | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|------------------------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Archivo fiscal | 23827 | 29873 | 30312 | 33897 | 34056 | 35084 | 39672 | 39690 | 36567 |
| Solic. de Desestimación | 21675 | 26787 | 33335 | 31940 | 34485 | 39598 | 55673 | 59348 | 64661 |
| Incompetencia | 15316 | 13454 | 16539 | 14758 | 12283 | 11920 | 13291 | 13744 | 13520 |
| Solic. Sob. Definitivo | 6855 | 9956 | 12671 | 14324 | 15293 | 17713 | 22416 | 21274 | 23257 |
| Acusación | 4919 | 8179 | 11091 | 13334 | 13002 | 12479 | 16315 | 14987 | 13321 |
| Acumulación | 4586 | 5687 | 6329 | 5583 | 5805 | 6488 | 7046 | 7050 | 6598 |
| Solic. Conciliación | 2750 | 3650 | 3284 | 2634 | 2389 | 2419 | 3184 | 3174 | 3510 |
| Solic. Crit. Oportunidad | 854 | 1631 | 2781 | 2847 | 2587 | 3929 | 8569 | 11141 | 8995 |
| Remisión | 658 | 664 | 428 | 547 | 394 | 268 | 1023 | 323 | 227 |
| Solic. Sus. Proceso a prueba | 392 | 459 | 409 | 445 | 309 | 209 | 126 | 119 | 93 |
| Conversión de la acción | 155 | 640 | 889 | 652 | 449 | 366 | 327 | 193 | 122 |
| Proceso Abreviado | 186 | 107 | 86 | 32 | 70 | 9 | 24 | 9 | 18 |
| Otros motivos | 1265 | 1354 | 1972 | 2342 | 1578 | 1558 | 2440 | 1964 | 1107 |
| TOTAL | 85236 | 102441 | 120126 | 123335 | 122700 | 132040 | 170106 | 173016 | 171996 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Tabla N° 3
Casos terminados por motivo-Fiscalías
Relación porcentual: Salidas alternativas y otros motivos
1998-2006

| Motivo de término | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|------------------------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Solic. Conciliación | 3.22 % | 3.56 % | 2.73 % | 2.13 % | 1.94 % | 1.83 % | 1.87 % | 1.83 % | 2.04 % |
| Solic. Sus. Proceso a prueba | 0.45 % | 0.44 % | 0.34 % | 0.36 % | 0.25 % | 0.15 % | 0.07 % | 0.06 % | 0.05 % |
| Proceso Abreviado | 0.21 % | 0.10 % | 0.07 % | 0.02 % | 0.05 % | 0.006 % | 0.014 % | 0.005 % | 0.010 % |
| TOTAL | 85236 | 102441 | 120126 | 123335 | 122700 | 132040 | 170106 | 173016 | 171996 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Tabla N° 4
Solicitudes de suspensión del proceso a prueba y conciliaciones
1998-2006

| Año | Suspensión del proceso | Conciliación |
|------|------------------------|--------------|
| 1998 | 392 | 2750 |
| 1999 | 459 | 3650 |
| 2000 | 409 | 3284 |
| 2001 | 445 | 2634 |
| 2002 | 309 | 2389 |
| 2003 | 209 | 2419 |
| 2004 | 126 | 3184 |
| 2005 | 119 | 3174 |
| 2006 | 93 | 3510 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Tabla N° 5
Audiencias de conciliación-Juzgados

| Audiencia de conciliación | | | |
|---------------------------|-----------|-------------|------------|
| Año | Señaladas | Suspendidas | Celebradas |
| 1998 | 3042 | 1040 | 2002 |
| 1999 | 4869 | 1980 | 2888 |
| 2000 | 3916 | 1339 | 2577 |
| 2001 | 3140 | 818 | 2322 |
| 2002 | 2613 | 535 | 2078 |
| 2003 | 2783 | 709 | 2074 |
| 2004 | 3305 | 870 | 2435 |
| 2005 | 3570 | 974 | 2596 |
| 2006 | 3535 | 1008 | 2527 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Tabla N° 6
Audiencias de conciliación celebradas- Juzgados

| Audiencia de conciliación celebradas | | | |
|--------------------------------------|---------|-------------|-------|
| Año | Arreglo | Sin arreglo | TOTAL |
| 1998 | 1708 | 263 | 1971 |
| 1999 | 2433 | 415 | 2848 |
| 2000 | 2184 | 326 | 2510 |
| 2001 | 1946 | 280 | 2226 |
| 2002 | 1712 | 264 | 1976 |
| 2003 | 1738 | 254 | 1992 |
| 2004 | 1995 | 319 | 2314 |
| 2005 | 2352 | 191 | 2543 |
| 2006 | 2251 | 226 | 2477 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Como se deriva a los datos expuestos en tabla anterior sobre las conciliaciones celebradas con arreglo, podemos colegir que las víctimas si tienen interés de participar y buscar una solución alternativa. Véase que para el año 2006, solo en 226 casos, de un total de 2477 audiencias señaladas,

no fue posible llegar a un arreglo satisfactorio. En cuanto a las suspensiones de proceso a prueba, que si bien es cierto se utiliza como mecanismo de solución del conflicto, podemos advertir, tomando como referencia los casos entrados y salidos, es utilizado en pocos casos.

Tabla N° 7
Audiencias de Suspensión del proceso a prueba- Juzgados

| Año | TOTAL |
|------|-------|
| 1998 | 679 |
| 1999 | 1687 |
| 2000 | 2345 |
| 2001 | 2921 |
| 2002 | 2855 |
| 2003 | 2747 |
| 2004 | 2663 |
| 2005 | 2309 |
| 2006 | 1963 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Respecto a las acusaciones, vemos que aproximadamente un 10% del ingreso sale por dicho motivo. (1998: 4919, 1999: 8179, 2000:11091, 2001: 13334, 2002: 13002, 2003: 12479, 2004: 16315, 2005: 14987, 2006: 13321), lo que determina que un 90% es resuelto por otros motivos, incluidas las salidas alternativas y la desestimación de las causas.

En cuanto a las desestimaciones (1998: 21675, 1999: 36787, 2000: 33335, 2001: 31940, 2002: 34485, 2003: 39598, 2004: 55673, 2005: 59348, 2006: 64661), debemos destacar que el estudio pone en evidencia dos aspectos: 1. Desinterés de la víctima, 2. Debilidades en los recursos disponibles para realizar investigaciones con resultados positivos. En cuanto al primer punto, por la experiencia como fiscal, en muchas ocasiones las víctimas interponen la denuncia por "protección" o para cumplir algún "requisito administrativo" en otra institución (INS, Tribunal Supremo de Elecciones, etc.), en otras, interponen la denuncia y no colaboran en la localización de los testigos o en la producción de la prueba necesaria para sustentar una hipótesis de investigación. Por ejemplo, no se presentan al médico forense, no se someten a las valoraciones psiquiátricas o psicológicas, entre otras.

En cuanto a los criterios de oportunidad, vemos que la tendencia es comparativamente similar. Sin embargo, destaca un aumento importante en los últimos tres años, pues se pasó de 3929 casos en el 2003 a 8995 casos en el 2006, siendo el año 2005 el que reporta mayor número de casos en los cuales se solicitó criterio de oportunidad. De la estadística no se puede derivar cuál es el motivo específico, sin embargo, por la experiencia acumulada podemos afirmar que el motivo fundamental lo constituye el criterio de insignificancia y las políticas de persecución adoptada, considerando el monto de lo sustraído. Cabe preguntarse si en todos estos casos la víctima pudo ejercer su derecho de impugnación, o presentar querrela. Lamentablemente, las estadísticas no nos proporcionan datos de interés que nos permitan evaluar la reacción de las víctimas ante los criterios de oportunidad.

Otro instituto que se ha utilizado con poca frecuencia por las víctimas, es la conversión de la acción

penal, la cual faculta a las víctimas, por una ficción legal, a tramitar aquellos delitos de instancia privada o un delito contra la propiedad sin grave violencia sobre las personas mediante el procedimiento dispuesto para los delitos de acción privada, siempre y cuando lo autorice el Ministerio Público y no exista un interés público gravemente comprometido (Art.20 CPP). Veamos algunos datos estadísticos: 1998: 155, 1999: 640, 2000: 889, 2001: 652, 2002: 449, 2003: 366, 2004:327, 2005: 193, 2006: 122. Las razones pueden ser: 1. Por una parte, las víctimas desconocen esta opción, o si la conocen, no saben como funciona. 2. Los fiscales no informan claramente sobre las ventajas de esta conversión, sobre todo cuando la víctima cuenta con medios económicos para cubrir los gastos de honorarios de un querellante. 3. Las víctimas no les interesa asumir la persecución penal y prefieren que el Ministerio Público continúe con esta labor. 4. Las víctimas no cuentan con los recursos económicos para cubrir los gastos de un abogado para que actúe como querellante.

En cuanto al proceso abreviado, vemos que tampoco se ha utilizado con la magnitud que se tenía previsto al iniciar la aplicación del Código Procesal Penal. Este instituto procuraba no solo la celeridad del proceso, sino que el imputado de algún modo se viera favorecido con una pena más leve a la que eventualmente se iba a imponer en juicio. Las razones pueden ser diversas: en la necesidad del acuerdo entre el querellante, el actor civil y el Ministerio Público, la pérdida de confianza de los Fiscales en el instituto y más recientemente la decisión de la política de persecución fijada por el Fiscal General en cuanto a delimitar el plazo a los 10 días siguientes a la toma de declaración del imputado en la fase preparatoria y por último, la resistencia del imputado a someterse a una pena sin la realización de un juicio oral y público, en que pueda ejercer tanto su defensa material como técnica. Cualquiera que sea la respuesta, es lamentable que un instituto que tiene efectos positivos para las víctimas (ya que evita la victimización secundaria), para los imputados (la posibilidad de una pena más baja) y para el sistema penal en general (por la celeridad de los procesos) no ha logrado su objetivo.

Tabla N° 8
Proceso abreviado 1998-2006

| Año | Solicitudes de la Fiscalía | Abreviados-Fase intermedia |
|------|----------------------------|----------------------------|
| 1998 | 186 | 362 |
| 1999 | 107 | 597 |
| 2000 | 86 | 635 |
| 2001 | 32 | 827 |
| 2002 | 70 | 1008 |
| 2003 | 9 | 884 |
| 2004 | 24 | 1030 |
| 2005 | 9 | 863 |
| 2006 | 18 | 944 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

La salida alterna, tal como el pago de la multa, solo se ha utilizado en 7 casos en la fase preparatoria (salida de la fiscalía). Nuevamente, la situación varía levemente en la fase intermedia. Para el año 2004, el juzgado aprobó 18 casos, en el 2005 1 caso y en el año 2006 se aprobaron 57 casos. Las

razones son diversas, en primer lugar, son pocos los tipos penales que tienen señalada dicha pena en forma exclusiva y por otra, la resistencia de admitir la pena sin un juicio oral y público, como en el procedimiento abreviado

Tabla N° 9
Sobreseimientos Definitivos por motivo durante el periodo 2004-2006- Juzgados

| Motivo de extinción de la Acción Penal | 2004 | 2005 | 2006 |
|--|------|------|------|
| Por cumplimiento del plazo de S.P.P. | 1049 | 1056 | 792 |
| Por cumplimiento de la reparación del daño | 204 | 148 | 134 |
| Por cumplimiento de conciliación | 2724 | 3327 | 3928 |

Fuente: Sección Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Pese a que las salidas alternativas son usadas en pocos casos, el nivel de cumplimiento es alto. Estos datos nos permiten reiterar la importancia de dichos institutos no sólo como un mecanismo legal para resolver un caso penal, sino como un medio para lograr una mayor participación de la víctima y por ende, solucionar el conflicto social a través de la satisfacción de las expectativas, necesidades y pretensiones. Como lo resume la Sala Constitucional en el voto 8591-2002 citado: "Sin duda alguna, una de las ideas u objetivos que inspiró la reforma procesal penal costarricense, que dio origen al actual Código Procesal, fue la de lograr una mayor eficiencia del sistema penal y mayor celeridad del proceso. El artículo 4 de ese Código establece como un principio básico que toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable. Se introducen institutos tales como el criterio de oportunidad, la suspensión del proceso

a prueba, la conciliación y el procedimiento abreviado, que pretenden no sólo otorgarle una mayor participación a la víctima del delito, sino también, agilizar y descongestionar a la Administración de Justicia, a fin de destinar los recursos limitados que existen, en la persecución eficiente de los delitos que causan un mayor daño social. (...) El derecho a ser juzgado en un plazo razonable se entiende también incluido en el artículo 41 de la Constitución Política que establece que, "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes." Dicho principio se recoge además en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 7.5 y 8.1. El primero indica que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable y el segundo,

que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente". En resumen, materializar el principio de Tutela Judicial Efectiva consagrado a todos los participantes del proceso penal.

CONCLUSIONES

No cabe la menor duda que en nuestro sistema penal, la víctima sigue siendo la cenicienta del sistema. Limitando su participación a formular la denuncia y eventualmente a ejercer la acción civil, así como participar en algunas soluciones alternativas. Con el cambio normativo se le reconocen nuevos derechos y una mayor participación en el proceso. Sin embargo, ese cambio formal no ha logrado traducirse en un contenido material que se plasme en la realidad esos derechos. Paralelo a la reforma procesal, y si realmente se desea dar contenido material a esos derechos, deben implantarse las estructuras necesarias que permitan, en primer lugar, definir cuáles son las víctimas (usuarios) de nuestro sistema penal, esto mediante información estadística. En segundo lugar, establecer las oficinas o capacitaciones necesarias que tiendan a minimizar los efectos de la victimización secundaria.

Del análisis de los datos estadísticas nos damos cuenta que las soluciones alternativas se han aplicado, sin embargo, su comportamiento es errático. En este sentido, se hace necesario analizar los bajos porcentajes conciliaciones –en las cuales la víctima tiene el poder determinante– y el porqué en los juzgados penales se ha detectado una disminución del uso estos institutos, en especial la suspensión del proceso a prueba.

Considero que para solventar este problema se hace necesario desarrollar programas de capacitación a los funcionarios judiciales que permitan una mejor utilización de los institutos alternativos. Ello con un propósito específico de convertir la causa penal en un proceso "con faz humana y de mejor calidad".

Otro aspecto importante en este proceso de transformación, consiste que en la aplicación de todas

las soluciones alternativas: suspensión del proceso a prueba, conciliación, reparación integral, y en los procedimientos especiales, se analice si con el mismo se está satisfaciendo o no los intereses, necesidades y expectativas de las víctimas. No debemos olvidar que ésta es la protagonista del conflicto primario (delito) y que es la que sufre las consecuencias directas del delito. Además, cada uno (a) de nosotros (as), en calidad de funcionarios (as) o empleados (as) judiciales contribuimos a agravar su situación cuando generamos un "maltrato" institucional.

Aparejado al establecimiento de la infraestructura de atención a las víctimas, deben realizarse las reformas legales que permitan la indemnización de las víctimas de delito, en aquellos casos en los cuales el imputado no cuente con medios económicos para ello. Unido a ello, es obligación del Estado emitir las leyes y dotar los recursos necesarios para una efectiva protección de víctimas y testigos. En última instancia la criminalidad aumenta por la "ineficiencia" del Estado de garantizar la protección a las víctimas (seguridad ciudadana).

Después de realizar este breve ensayo, me permito señalar que la academia y las universidades estatales y privadas tienen una gran deuda con las víctimas, pues no existe en el país un Instituto que realice estudios "Victimológicos". Sobre este particular debemos concluir, como lo hace la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, emitido el 14 de abril de 1999, en cuanto a la ausencia de apoyo a la víctima: "**Otro problema muy serio que afecta la población nacional es que no existen verdaderas políticas integrales para la atención de las víctimas de la violencia y la delincuencia. No hay un serio verdadero desarrollo del campo de la victimología que permita la elaboración e implementación de políticas eficaces para contrarrestar los efectos de la delincuencia en las víctimas. En nuestro país se hace bastante difícil estudiar científicamente el fenómeno de la delincuencia por no existir un Instituto de Criminología y Victimología que siga y mida constantemente los aspectos cualitativos y cuantitativos del fenómeno delincencial**".

BIBLIOGRAFÍA**LIBROS**

- ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA. Derecho Procesal Penal Costarricense. 1ª.ed. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007.
- CAFFERATA NORES (José I). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L., 2da. Edición, 1998.
- CARRANZA LUCERO (Eliás). Criminalidad ¿Prevención o promoción?. San José, Editorial UNED, 1era. Edición, 1997.
- GARCÍA CASTELLÓN (Manuel). La responsabilidad del Delincuente frente a la Víctima. Cuadernos de Derecho Judicial La victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Editorial Matéu Cromo S.A, 1 era. Edición, 1993.
- GARCÍA PABLOS (Antonio). El Redescubrimiento de la Víctima: Victimización Secundaria y Programas de Reparación del Daño. La denominada " Victimización Terciaria" (El Penado como Víctima del Sistema Legal) Cuadernos de Derecho Judicial La victimología. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Editorial Matéu Cromo S.A. 1 era. Edición, 1993.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel) y otros. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A, 1era Edición, 1996.
- HERNÁNDEZ (Rubén). Las libertades públicas en Costa Rica. San José, Editorial Juricentro, 1 era Edición, 1980
- IRUELA JIMÉNEZ (Desamparados). La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial. La victimología. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Editorial Matéu Cromo S.A, 1 era. Edición, 1993.
- JORGE MESAS (Luis Francisco), CAMPOS ZUÑIGA (Mayra), CONEJO AGUILAR (Milena), RODRIGUEZ ARROYO (Teresita), JIMENEZ VASQUEZ (Carlos María), CUBERO PEREZ (Fernando) y ALPIZAR CHAVES (Alberto). Víctima y proceso penal. San José, Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 1998.
- LÓPEZ REY ARROYO (Manuel). La criminalidad. Un Estudio Análítico, Madrid, Editorial Tecnos, 1 edición, 1976.
- MÉNDEZ RAMÍREZ (Odilón) La Investigación Científica, San José, Editorial Juricentro, 1 edición, 1984.
- MONTEVERDE FERRER (Francisco), Victimología, Proyecciones Asistenciales Prácticas, Cuadernos de Derecho Judicial, La victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Editorial Matéu Cromo S.A. 1 era. Edición, 1993.
- NUEMAN (Elias). Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. México, Editorial Cárdenas Urbe, 1ª Edición, 1992.
- PÉREZ PINZÓN (Alvaro).Curso de Criminología, Bogotá. Editorial Forum Pacis, 4ta. Edición, 1994.
- RAMÍREZ GONZÁLEZ (Rodrigo) La Victimología, Bogotá, Editorial Temis, S.C.A., 1era,Edición, 1983.
- RAMIREZ MUNERA (Rocio), CORTES VELASCO (Margarita), Objeto y Finalidad de la Criminología, Lecciones de Criminología, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1era. Edición, 1988.
- RESTREPO (Jorge) Criminología Un Enfoque Humanista, Bogotá, Editorial Temis, 2 edición, 1995.
- ROXIN (Claus). Política criminal y estructura del delito. Barcelona, Editorial PPU, S.A. 1era. Edición, 1992.
- TIEGHI (Osvaldo). Tratado de Criminología, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1era. Edición, 1989

TESIS

- ARROYO RAMÍREZ (Tobías), GUTIÉRREZ MADRIGAL (Adelita) y LÓPEZ CASTRO (Guisele), El trabajo Social y la Victimología en la Clínica Criminológica, San José, Tesis para optar por el Grado de Licenciados en Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 1986.

SANCHO GONZÁLEZ (Maureen) y SOLANO SOTO (Ana Gabriela). La intervención de la víctima en el nuevo proceso penal costarricense. Tesis para optar el título de licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998.

REVISTAS

REYES (Alma), LEMPIRA (José), y VALERIO (Mayela). Suicidio en niños. Revista de Medicina Legal, San José, Número 1 y 2, Volumen 15, Diciembre de 1998.

Revista Guatemalteca de Ciencias Penales: Justicia Penal y Sociedad, Guatemala-la, Editorial, Año 1, No. 1, octubre de 1991.

ROXIN (Claus). La Reparación en el sistema de los fines de la pena. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Guatemala, año I, No. I, octubre de 1991.

UGALDE LOBOS (Juan G) y otros. Denuncias por Violación. Revista de Medicina legal. San José, Noviembre 1992 a mayor de 1993.

OTROS DOCUMENTOS

Asamblea Legislativa, Informe de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales. Comisión Especial Mixta que estudie y analice el aumento de

la criminalidad en el país y del deterioro de la seguridad ciudadana. Expediente No. 13.407. San José, 14 de abril de 1999.

ESTADÍSTICAS

Estadísticas Judiciales. Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial, 1998-2006

Unimer Research International, Encuesta "Percepción social de la inseguridad Ciudadana y la justicia penal. PNUD. Análisis de resultados, febrero 1999.

Acta Consejo Superior del Poder Judicial, Oficio N° 8127-08, sesión N° 70-08 celebrada el 18 de setiembre de 2007, ARTÍCULO LXXIII.

LEYES

Código Procesal Penal Costarricense y sus reformas San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001..

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución 2002-8591, del 04-09-2002 (Derechos de las víctimas en el proceso)

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

Dr. Erick Gatgens Gómez¹

El tema de la credibilidad y análisis del testimonio reviste una gran importancia en todos los procesos penales, sin embargo, en los procesos penales seguidos contra personas acusadas por delitos sexuales, se acentúa aún más la necesidad de un acucioso análisis de la declaración rendida por la víctima del delito, al ser muchas veces ésta, la única prueba existente en contra del imputado.

De esta forma, el análisis del testimonio de la o los ofendidos en delitos sexuales, debe ser más riguroso, con el fin de evitar una sentencia condenatoria contra una persona inocente.

En materia de delitos sexuales, existe una tendencia por parte de los Tribunales penales de fundamentar la credibilidad del testimonio de la víctima con base, fundamentalmente, en la identidad del relato rendido en las diversas oportunidades, en las cuales la víctima se ha referido al hecho objeto del proceso, a saber: en la denuncia, eventualmente en la entrevista realizada en la etapa preparatoria, en la entrevista con el Médico Forense, en la entrevista realizada ante la Trabajadora Social, en la eventual entrevista ante el Psicólogo Forense, y posteriormente, en la declaración rendida de viva voz en el debate oral y público.

Asimismo, es frecuente encontrar en las sentencias penales dictadas en asuntos por delitos sexuales, el siguiente estribillo, que no alcanza a significar mayor cosa al momento de fundamentar la credibilidad del testimonio de las víctimas:

"...sus deposiciones han sido claras, precisas, congruentes, fluidas y le merecen plena credibilidad al tribunal..."

Un factor adicional señalado por los tribunales para afirmar la credibilidad del testimonio de la víctima en esos delitos, consiste en la ausencia comprobada de una enemistad existente entre las víctimas y

el imputado, de forma tal que se excluya un ánimo o afán exclusivo de perjudicar al imputado.

Otro criterio utilizado por los Tribunales penales, para afirmar la credibilidad del testimonio de las víctimas, especialmente en asuntos de naturaleza sexual, consiste en la conformidad entre lo declarado por la víctima y las demás personas que declaran en el proceso, por ejemplo, la madre de la víctima, su profesora, sus familiares cercanos, etc.

Sobre el particular, la Sala Tercera señaló en el Voto 2007-00238, de las once horas diez minutos del catorce de marzo de dos mil siete, que por la naturaleza de los delitos sexuales en que aparecen menores como ofendidos, la declaración de los ofendidos por una parte y las demás personas que refieren lo que el menor les narró, por la otra, puede cambiar en algunos aspectos, "... sin que ello pueda ser considerado como un signo de mendacidad".

Es decir, la sola correspondencia de las declaraciones de las víctimas con las declaraciones de las personas a las que ellas les relataron el hecho, no es un indicio suficiente de la veracidad de sus aserciones, todo lo contrario, en algunos casos, puede ser que esa falta de correspondencia pueda ser, en sí misma, un indicio de veracidad.

El tema se relaciona, por otra parte, con el de la necesaria fundamentación intelectual que debe poseer toda sentencia condenatoria, en la cual se deben indicar las razones que justifican otorgarle credibilidad a la declaración de la víctima rendida en el debate.

De esta forma, el propósito de estas líneas es someter a consideración y análisis el tema de si la identidad y consistencia mostrada por la víctima en sus diferentes manifestaciones a lo largo del proceso, constituye un indicador *per se* suficiente de la

1 Abogado penalista y profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la UCR.

veracidad y confiabilidad de la declaración efectuada por una persona.

De previo a llevar a cabo ese análisis, es necesario tomar en cuenta que, la existencia de un único testigo presencial no constituye impedimento alguno para dictar una sentencia condenatoria contra una persona acusada de un delito. Así, lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Tercera desde larga data. A manera de ejemplo, en el Voto N° 787-F-96, de las 9 horas 55 minutos del 13 de diciembre de 1996, se señaló, entre otros aspectos, lo siguiente: "... una sentencia condenatoria puede sustentarse eficazmente en la consideración de un solo testimonio o elemento de prueba —en tanto sea idóneo para ello y **se valore adecuadamente**— pues lo determinante no es el aspecto cuantitativo de los elementos de prueba sometidos al conocimiento del a quo, sino su aspecto cualitativo (en este sentido véanse, por ejemplo, las resoluciones de esta Sala V-273-F de las 9:00 horas del 22 de julio de 1994, V-130-F de las 9:50 horas del 30 de octubre de 1987 y V-173 de las 9:00 horas del 1 de agosto de 1986)." (Nota: la negrilla fue suplida).

La Sala Tercera, mediante resolución No. 2006-00743, de las diez horas quince minutos del once de Agosto de dos mil seis, reconoció que en un sistema como el costarricense en el que rige el principio de libertad probatoria: "... puede bastar la sola declaración de la víctima para tener por acreditado un ilícito penal, si ello es el **resultado de su correcta valoración según las reglas de la sana crítica**, máxime en ciertos delitos de naturaleza sexual cuya modalidad comisiva impide, en muchas ocasiones, contar con más testigos presenciales..." (Nota: la negrilla fue suplida).

De lo anterior se destaca un elemento fundamental, consistente en que el principio de libertad probatoria, posibilita condenar a un imputado con base únicamente en un testimonio, sin embargo, ello supone una correcta valoración de ese testimonio según las reglas de la sana crítica.

En cuanto a las reglas de la sana crítica, tradicionalmente se han señalado como elementos integrantes de la misma, la psicología, la lógica y la experiencia. Tales elementos se vuelven, a veces, sumamente abstractos, etéreos, imprecisos y de difícil control intersubjetivo.

Ante tal circunstancia la doctrina se ha abocado en proponer algunos criterios que formarían parte integral de esas reglas de la sana crítica y permitirían un control más adecuado de las valoraciones de los testigos, especialmente al tomar en cuenta un análisis detallado de su contenido, lo cual podría permitir un mayor control intersubjetivo por parte de los órganos de casación respectivos.

Tal y como antes se indicó, en delitos de naturaleza sexual, uno de los elementos decisivos tomados en cuenta por los juzgadores para analizar la credibilidad de la declaración rendida por la víctima en el debate oral y público, radica en que la víctima haya mantenido un mismo relato de los hechos en las diferentes — distintas etapas del proceso.

Estimo que la constancia o uniformidad de las declaraciones que han rendido las víctimas a lo largo del proceso, no es suficiente para establecer la credibilidad del testimonio de la víctima.

Obsérvese que el parámetro de la constancia, tal y como se analizará a continuación, no es el único ni siquiera el más decisivo a tomar en cuenta para determinar la veracidad de una declaración.

Hoy en día, la doctrina distingue claramente entre la **credibilidad general de la persona** que brinda información al proceso, en el sentido de una cualidad personal, aspecto en el cual durante mucho tiempo se centro la literatura especializada en la materia; y la **veracidad o autenticidad de su declaración**. Actualmente existe una tendencia importante en la literatura, en el sentido de afirmar que la comprobación de la veracidad de la declaración constituye el eje central en torno al cual debe versar la valoración del testimonio. Los criterios relacionados con la credibilidad de la persona, por ejemplo, su personalidad: ¿se puede esperar una mentira de esa persona?, su motivación: ¿se encuentra el testigo interesado en el resultado del proceso? y la situación de la declaración, deben ser incluidos, sin embargo, en forma complementaria a la hora de realizar la valoración global.

En relación con **el análisis de la veracidad de la declaración**, ésta se debe llevar a cabo con ayuda de ciertos criterios — **criterios de realidad**, también denominados signos reales —, por un lado, y **señales de advertencia o de fantasía**, por el otro. En el análisis de una declaración se deben buscar,

por un lado, criterios de realidad y se debe estar atento, por otro lado, a la presencia de señales de advertencia. Los criterios de realidad y las señales de advertencia, constituyen fundamentalmente **indicios** o criterios de prueba. Los criterios de realidad advierten o indican la referencia a un acontecimiento real, en contraposición con una creación de fantasía. Las señales de advertencia son, por su parte, aquellas que indican que el testigo quiere mostrar una historia de fantasía como si fuera un acontecimiento real.

Dentro de los criterios de realidad ubica la doctrina, en general, los siguientes: **1. El criterio de los detalles.** Este criterio se encuentra relacionado con el contenido mismo de la declaración. Se estima que una persona que en su declaración miente, normalmente reproduce una historia pobre en detalles, fácil de recordar y libre de contradicciones. Este criterio no es, sin embargo, absoluto, ya que es posible que en el caso concreto, el desarrollo de un acontecimiento sea tan breve que falten detalles del todo. Por otro lado, el criterio de los detalles es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la veracidad de una declaración. Dentro de este criterio de los detalles es posible ubicar los siguientes tres sub criterios: **1.a. Complicación,** por cuanto, las historias falsas son comúnmente sencillas y cortas; **1.b. Señales del habla.** Aquí es importante, por ejemplo, analizar la mímica y los gestos de la persona que declara, ya que si la persona describe lo que dice, mediante mímica o gestos en forma armónica, por ejemplo, como fue que se comportaron las personas, eso indica que es cercano a la realidad, por cuanto esto puede ser raramente inventado o en muy pocas oportunidades; **1.c. Tipo de delito.** Entre más detalles contenga una declaración que sean típicos del acontecimiento relatado, pero que a la vez no sean de conocimiento general, probablemente más se tratará de la declaración de un acontecimiento fundado en la realidad. **2. El criterio de la individualidad.** Al igual que el anterior, este criterio está relacionado con el contenido de la declaración. De conformidad con el mismo, debe analizarse si la declaración contiene detalles que, debido a su contenido, a la utilización del lenguaje por parte de la persona que brinda la información o debido a la situación descrita en la declaración, son propios de la persona que declara. Cuanto más reciba la declaración su carácter inconfundible producto de la individualidad de la persona que brinda información, más demos-

trará que se trata de un acontecimiento fundado en la realidad. Dentro de este criterio, es posible ubicar los siguientes cuatro sub criterios: **2.a. La originalidad...**; **2.b. La descripción o el relato de sentimientos;** **2.c. La característica de incomprensión,** pues la descripción de particularidades de un acontecimiento, que no fueron correctamente entendidas, es una prueba de la verdad subjetiva de una declaración. **2.d. Ambigüedad –Malentendido.** Descripciones acerca de malentendidos o ambigüedades de lo sucedido, constituyen asimismo un criterio de realidad. **3. El criterio de la interdependencia.** Este criterio se encuentra igualmente relacionado con el contenido de la declaración. Cuanto más entrelazada se encuentre la descripción de una acción con circunstancias externas comprobables, más constituirá ello una prueba a favor de la verdad subjetiva de la declaración. **4. El criterio de la igualdad de la estructura.** Este criterio, a diferencia de los tres criterios anteriores que se relacionan con el contenido de la declaración, se refiere más bien a la estructura de la misma. Cuanto menos se modifique la estructura de la declaración, tanto más prueba ello a favor de la verdad subjetiva, por cuanto los acontecimientos reales son normalmente contados con una estructura igual. Lo opuesto a la igualdad de la estructura constituye la ruptura de la estructura. Cuanto más semejante se mantenga la estructura de la declaración, según puntos de vista del contenido de la misma, puntos de vista meramente lingüísticos, puntos de vista situacionales y en la transición entre hechos irrelevantes y relevantes relacionados con el tipo penal atribuido, más constituirá ello una prueba a favor de la verdad subjetiva. En la igualdad de la estructura se analizan, por lo tanto, aspectos como los siguientes: - Puntos de vista del contenido de la declaración, por ejemplo, la riqueza de detalles, la individualidad, la interdependencia; - Puntos de vista meramente lingüísticos, por ejemplo, la fluidez en el habla, la construcción de las frases, las formas de expresión; - Puntos de vista situacionales, por ejemplo, el lenguaje corporal, el denominado: "acompañamiento sentimental"; - La transición entre hechos irrelevantes o indiscutidos y los relacionados en forma relevante con el tipo penal atribuido. **5. El criterio estructural de la falta de control.** Cuanto más impulsiva y asociativa, cuanto menos cronológica u ordenada; cuanto menos una declaración sea dirigida en forma consciente a convencer a la persona que interroga, más grande será la probabilidad de que la misma se funde en la

realidad. Aquí se debe señalar, sin embargo, que lo opuesto, es decir, una descripción ordenada objetiva y cronológicamente, no constituye una señal de advertencia. Sin embargo, una descripción con esas características, no es tampoco un criterio de realidad, sino que la misma debe ser valorada en forma neutral. **6. El criterio de constancia**, también denominado **criterio de repetición**. Constituye un indicio de que se trata de un acontecimiento fundado en la realidad, cuando se genera constancia en el núcleo de la acción vivida como central por la persona que brinda la información. En caso de existir contradicciones entre las distintas declaraciones que ha dado una persona, debe analizarse cual parte de la declaración puede ser contradictoria y cual debe necesariamente permanecer constante. Las particularidades del desarrollo del hecho que deben permanecer iguales o constantes, son precisamente aquellas que subjetivamente para el declarante fueron de importancia fundamental. Resulta pues, muy simplista señalar que la constancia de una declaración prueba su credibilidad, mientras que la ausencia de constancia demuestra su falta de credibilidad. La credibilidad depende más bien de la clase de constancia y de la forma de la inconstancia. Por eso se habla de una constancia relativa. Incluso una cierta forma de inconstancia puede ser una característica o atributo de credibilidad, en especial, cuando haya divergencias en las declaraciones que sean compatibles con una pérdida natural de la memoria. **7. El criterio de ampliación**. Cuando una persona brinda varias declaraciones en un proceso y en algunas de ellas amplía la descripción respecto a detalles o pormenores, es decir, en relación con aspectos que no pertenecen al núcleo del acontecimiento y que no se encontraban en la declaración inicial, ello no debe generar desconfianza en forma precipitada. Mientras que las personas que mienten en sus declaraciones, más bien intentan declarar respecto de todos los detalles en forma constante, es de suponer que en la primera declaración que brinda la persona no es posible que sea recuperada de la memoria toda la información que ahí se encuentra almacenada. Para poder argumentar válidamente con criterios tales como constancia, ampliación, contradicción, etc., entre varias declaraciones de la misma persona, debe siempre determinarse en primer lugar cuál aspecto de la declaración será visto como el núcleo y cuál como la periferia del hecho. Estos serían a grandes rasgos los criterios de realidad.

En otro orden de ideas, es posible identificar en las declaraciones que brindan las personas en el proceso penal, la existencia de **señales de advertencia**. Una señal de advertencia importante sería la ausencia de criterios de realidad. Las señales de advertencia son, sin embargo, como antes se señaló, sólo indicios. No se debe concluir acerca de la falta total de credibilidad de una declaración cuando se descubre una mentira, en especial, en un punto secundario. Las señales de advertencia se pueden dividir en tres grandes grupos. **En primer lugar**, se encuentran **las señales de apuro o turbación**; **en segundo lugar**, **las señales de exageración**, y **en tercer y último lugar**, **las señales de competencia deficiente**. Dentro de las **señales de turbación**, se ubican: **1. La señal de actitud reservada**. Aquí se puede mencionar el síntoma de rechazo o de negativa del declarante. Cuanto más rechace el declarante llevar a cabo una ampliación en cuanto al contenido de lo declarado o, en el mejor de los casos, sea forzado a decir aspectos adicionales que no digan nada, es más probable que el declarante se abstenga de decir la verdad o que haya contado una historia falsa. Igualmente se puede ubicar aquí el síntoma de "empobrecimiento", según el cual, cuanto más se limite o empobrezca la declaración, de forma tal que lo narrado resulte poco creíble debido a su imposibilidad, contradicción o incompatibilidad con los hechos hasta ese momento probados, más existirá la sospecha de que se trata de una historia falsa. En tercer lugar, es posible ubicar en esta categoría el síntoma de "huida". Cuanto más intente el declarante desviarse del tema probatorio central hacia cualquier otro tema o aspecto accesorio, más probable será que el declarante se está absteniendo de decir la verdad en el núcleo del hecho o que está contando una historia falsa. **2. La señal de Freud**. Cuanto más se encuentre la selección de palabras en contradicción con el contenido de la declaración, más se debe dudar de su credibilidad. Aquí se debe tener, sin embargo, el cuidado de no incurrir en una conclusión errónea respecto de aquellas personas que posean poca habilidad para expresarse. Como ejemplos de criterios constitutivos de esta señal podemos ubicar los siguientes: **2.a. Síntomas del lenguaje o de la lingüística**. Cuanto más contenga la declaración ciertos modos de hablar o ciertas formas lingüísticas, que sean típicas de la mentira, más crítico debe ser el intérprete de la declaración. Como ejemplos de estos modos de hablar, podríamos señalar aquellas for-

mas "delatorias", es decir, aquellas expresiones y lócuiones que la persona preferentemente utiliza cuando miente. Asimismo, los supuestos cuando la persona evita o elude hablar del tema. Aquí la persona no quiere mentir directamente, pero tampoco quiere admitir la verdad. Otro ejemplo que se puede mencionar es el de la falta de congruencia entre la pregunta y la respuesta. Por último, aquí se puede ubicar la indicación del futuro como una señal de mentira, es decir, cuando el declarante describe eventos futuros, los cuales son tan poco comprobables, como aquellos eventos que se ubican muy atrás en el tiempo. **2.b. El síntoma del no-no.** Con frecuencia se diferencia la mentira de la verdad en que el declarante afirma la verdad solo mediante la inclusión o la omisión de la palabra "no" o de una palabra equivalente. Así sería necesario únicamente cambiar en la parte respectiva el texto de la declaración, con lo cual se correspondería esa parte de la declaración con la verdad. Deben advertirse, sin embargo, los peligros de la aplicación esquemática de este síntoma, pues en muchas declaraciones no es posible invertir el sentido de la declaración en su opuesto mediante la omisión o inclusión de la palabra "no". Para que se trate en este supuesto de un síntoma de fantasía, deben concurrir otros elementos como, por ejemplo, la ausencia de criterios de realidad, el querer convencer desmedidamente a la persona que interroga, formas de expresión delatorias, etc. **2.c. El síntoma de la falta de claridad.** Cuanto más imprecisa, más ambigua, sea la forma de expresión, cuanto más incierto o dudoso se mantenga el hecho como un todo, tanto más prueba ello que el declarante no ha dicho la verdad. Una declaración debe ser aún más clara cuando el detalle a describir es más sencillo. Debe señalarse, sin embargo, que formas de expresión poco claras y la descripción confusa de acontecimientos pueden obedecer a un dominio defectuoso o insuficiente del lenguaje. Dentro de este síntoma es posible también ubicar la señal de sumisión. Cuanto más muestre el declarante una exagerada sumisión, cuanto más halague o adule al Juez o asegure su necesidad de ayuda, tanto más se debe desconfiar de su declaración.

En relación con las **señales de exageración**, se puede indicar lo siguiente. Dentro de estas señales es posible ubicar, en primer término: **1. La exageración como compensación del apuro en que se encuentra el declarante.** Una persona que miente va a tratar de impedir que se reconozca la

situación de apuro en que se encuentra. Por ello se esforzará ante sí mismo, pero sobre todo frente a la persona que lo interroga por compensar su situación interna, se esforzará por ser valiente y por convencer a la persona que interroga, de que él dice la verdad. Esta compensación no siempre tiene lugar en forma suficiente, por lo que las señales de apuro serán visibles o esta compensación será, por el contrario, muy fuerte. El que miente sobre compensará su apuro, de forma tal que se harán visibles las señales del deseo de convencer a toda costa. Lograr equilibrar la compensación correctamente de tal forma que ni un fenómeno ni el otro se haga visible, es un asunto sumamente complicado, que solo puede lograr el más profesional de los mentirosos. **2. La señal de certeza.** La certeza exagerada con la cual se describe un acontecimiento, con la cual se afirma la seguridad del recuerdo en forma llamativa y en especial cuando se garantiza la veracidad de la declaración, no es un criterio de realidad sino más bien un aspecto sintomático de la mentira. Debe aclararse que la certeza simple, es decir, la certeza no "exagerada" es un elemento neutral. Igualmente debe señalarse que obviamente también aseguran esporádicamente los declarantes que dicen la verdad que se acuerdan exactamente de lo sucedido o que ellos dicen ciertamente la verdad. Ellos hacen eso, sin embargo, y como regla, en forma tan natural y discreta, que llama poco la atención. **3. La señal de impertinencia.** Cuanto más cometa el declarante contraataques contra la persona que sea, también contra el que lo interroga, contraataques para los cuales en la situación dada no existe visiblemente ningún motivo razonable, tanto más debe desconfiarse de su declaración. **4. La señal del motivo.** Cuanto más ofrezca el declarante, en lugar de los hechos esperables, motivos difusos, innecesarios o poco plausibles, tanto más se recomienda desconfiar de su declaración.

El tercer gran grupo de señales de advertencia son **las señales de competencia deficiente.** Los criterios de realidad se basan en la experiencia de que casi a todos los testigos les falta la capacidad de inventar una historia falsa tan bien hecha, de forma tal que la misma muestre aquellas características que son propias de la descripción de un hecho realmente ocurrido. Es por esa razón que la primera y más importante señal de fantasía es la ausencia de los criterios de realidad. Por otra parte, típico de la mentira no es solo la simple ausencia

de criterios de realidad, sino que más bien se presenta frecuentemente la antítesis directa de ciertos criterios de realidad. Por ejemplo, como primer criterio de realidad se señaló el detalle, su antítesis constitutiva de una señal de fantasía sería la escasez –de detalles – ; como segundo criterio de realidad se mencionó la individualidad, su antítesis constitutiva de una señal de fantasía sería la abstracción; otro criterio de realidad que se analizó fue la complicación, su opuesto sería lo sencillo; también se indicó como criterio de realidad la falta de control, aquí tendríamos como señal de fantasía el propósito, en el sentido de que cuanto más se encuentre una declaración por un lado dirigida y por otro lado limitada a querer convencer a la persona que interroga en un modo determinado, tanto más se estará ante una declaración falsa o por lo menos muy tendenciosa. Por último, tenemos como criterio de realidad la igualdad estructural y como señal de fantasía la ruptura de la estructura. Debe señalarse asimismo que ante la existencia de alguna o algunas señales de advertencia no se debe concluir necesariamente que la persona está mintiendo, ya que, algunas de estas señales – pero no todas – pueden ser mostradas por personas que dicen la verdad, por ejemplo, por alguien que está siendo injustamente incriminado o atacado. Cual de estas señales en el caso concreto puede indicar la existencia de una mentira, es algo que debe ser analizado con base en los así llamados **criterios alternativos**, es decir, el Juzgador debe preguntarse si la respectiva señal de advertencia no permite aclararse de otra forma. Tanto en relación con los criterios de realidad como en relación con las señales de advertencia debe advertirse el riesgo que existe de caer fácilmente en interpretaciones erróneas sobre la existencia de tales criterios, que pueden llevar a errores con graves consecuencias. Es por eso que se aconseja la práctica de tales criterios y la obtención de experiencia en el análisis de los mismos. En esta materia se ha señalado que existe la siguiente regla empírica: tres criterios de realidad bastan para convencerse de la veracidad de la declaración (salvo que exista un error al respecto), siempre y cuando se trate de criterios de alta calidad, claros, definidos y verdaderos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- A.A.V.V., Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage. Die Praxis der forensisch-psychologischen Begutachtung, Editorial Beltz, Psychologie Verlags Union, Weinheim, 1998.
- Arntzen, Friedrich. Psychologie der Zeugenaussage. System der Glaubhaftigkeitsmerkmale, 4a. Edición, Editorial C.H. Beck, Munich, 2007.
- Bender, Rolf / Nack, Armin. Tatsachenfeststellung vor Gericht. Band 1, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2a. Edición, Editorial C.H. Beck, Munich, 1995; p.p. 68 y ss., 98 y ss.; 103 y ss., 152 y ss.;
- Döhring, Erich. La prueba. Su práctica y apreciación. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1972, p.p. 149 ss.
- Graßberger, Roland. Psychologie des Strafverfahrens, 2. Edición, Editorial Springer, Austria, 1968, p.p. 259-273.
- Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 7a. Edición, Heidelberg, 2006.
- Peters, Karl, Strafprozess, 4ta. Edición, Heidelberg, 1985.
- Ranft, Otfried, Strafprozessrecht, 3ta. Edición, Stuttgart et.al., 2005.
- Römermann, Volker / Paulus Christoph. Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, 1a. Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2003.
- Schlüchter, Ellen. Das Strafverfahren, 2a. Edición, Köln et.al., 1983.
- Schneider, Egon, Beweis und Beweiswürdigung, unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, 5ta. Edición, Editorial Franz Vahlen, München, 1994, p. 248 ss.
- Steller Max / Volbert Renate. Glaubwürdigkeitsbegutachtung, en: A.A.V.V., Psychologie im Strafverfahren. Ein Handbuch, 1a. Edición, Editorial Hans Huber, Hemsbach, 1997, p.p. 12-39.

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL, SU DESTITUCIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dr. Gilbert Armijo Sancho¹

"La Constitución es la ley más alta de un Estado y de su pueblo. El que cree tener que proteger el Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege el Estado, sino que contribuye que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño a su Estado y hace daño a su pueblo"

Walter Rudolph.

SUMARIO:

1. Introducción.
 2. Independencia judicial y control político.
 3. El sofisma del comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución Política.
 4. La Sala Constitucional y las relaciones con el Poder Legislativo.
 5. ¿Cómo liberarse de ese incómodo control constitucional?
 6. Corte Interamericana de Derechos Humanos y las reglas tendientes a garantizar la independencia de la judicatura.
 - 6.1. la destitución del Tribunal Constitucional de Ecuador.
 - 6.2. El caso Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela.
 - 6.3. La condena del Estado Peruano por la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional.
 7. Conclusión.
-

1. INTRODUCCIÓN

Para la dogmática europea, quizá algunos de los problemas que pretendemos hacer visibles y que afectan al juez constitucional latinoamericano, pueden parecerles realismo mágico, pero creemos que los fantasmas que recorren América Latina sólo pueden ser exorcizados cuando se los muestra en toda su crudeza.

Damos por entendido, que algunos de los más serios conflictos que afectan a los jueces constitucionales en su interrelación con los parlamentarios, tiene que ver con sus respectivas competencias como órganos de control político y constitucional. Cuando un espectador externo lee o escucha so-

bre el tema, se limita a presenciar el resultado final de una lucha silenciosa, que normalmente se convierte en noticia, al prevalecer el uno sobre el otro. El péndulo se mueve de uno a otro extremo, en cuanto más o menos democracia exista en el Estado de que se trate. Es una realidad que el ejercicio del control constitucional por el Tribunal o Sala, limita, en algunos casos, al Parlamento o Asamblea Legislativa (en lo sucesivo PAL) cuando se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias constitucionales, o se ha apartado del procedimiento establecido por la norma suprema. En otros, los PAL utilizan la ley o la reforma constitucional, para redefinir, cercenar o limitar las competencias de los Tribunales Constitucionales, y en algunos de los casos más extremos, la noticia es

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (grado reconocido y homologado al Doctorado Académico por la Universidad de Costa Rica). Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica, Magistrado de la Sala Constitucional, Profesor Universitario. Premio "Alberto Brenes Córdoba 1998" por el Colegio de Abogados. Premio "Ulises Odio Santos 1998" por el Poder Judicial. Se le otorgó el "Certificado al Mérito Judicial" 2007, Autor de varios libros y es miembro de diversas asociaciones académicas y profesionales.

la destitución, previo juicio político de los magistrados, entiéndase bajo los supuestos del respeto del "debido proceso".

Debemos preguntarnos ¿por qué ocurre esto? ¿Cuáles son las razones que justifican este comportamiento o si se quiere esta lucha de poderes? Existen abusos reales o desinformación del papel que le corresponde a cada actor dentro del nuevo y "reestrenado" sistema democrático latinoamericano. Nosotros intentaremos dar algunas de las posibles explicaciones, sin pretender agotar el tema, como parte de un esfuerzo por tender puentes que fortalezcan nuestras democracias.

2. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y CONTROL POLÍTICO.

Ciertamente, el sometimiento de la ley a límites constitucionales o a los derechos humanos, es una innovación relativamente reciente, tanto para el Derecho Europeo como Americano. La doctrina tradicional, con un fuerte componente francés, ha potenciado que la ley es por excelencia el fundamento jurídico de adecuación social. Bajo este supuesto se ha construido un mito ideológico y jurídico, que ha permeado al mundo occidental, y que ha dibujado Estados bajo el concepto constitucional de la división de poderes. En la mayoría de los ordenamientos supremos tenemos fórmulas similares al artículo 9 de la Constitución de Costa Rica, que interioriza esta concepción al afirmar que el Gobierno "...Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial". Para algunos, esta división tiene una influencia cristiana innegable, y es el reflejo de la concepción de la Santísima Trinidad, tres personas distintas y un solo Dios. Si bien es cierto, la revolución francesa constituye el fundamento teórico de la piedra angular de los Estados occidentales, a los británicos se les debe algo de igual o superior importancia en el problema que pretendemos analizar, la creación del concepto: Soberanía Parlamentaria. La idea conlleva, como lo afirma Rainer Grote el reconocimiento de que los PAL, deben ser dentro del Estado, supremos, ilimitados, continuos². Carecen, por ende, de límites en la creación de las leyes y, desde luego, tienen

una competencia perpetua sobre el tema. El único límite lícito es no vedarles a futuros parlamentos la posibilidad de la creación legislativa. De estas ideas es sencillo deducir que los PAL deben ser el primer poder de la República, y la ley el supremo instrumento al servicio del pueblo, por consiguiente, el PAL es ilimitado, los partidos políticos, como sus representantes, tampoco pueden ser cuestionados en sus decisiones³.

Una concepción diferente encontramos en Alemania, reflejada en algunas de sus Constituciones; así por ejemplo ya la de 1849 (denominada de la Iglesia de San Pablo) admitía el establecimiento de una jurisdicción constitucional; la de 1871 (denominada de Bismarck), potenciaba los derechos individuales además del control constitucional, aunque debemos decir, en honor a la verdad, que su aplicación real fue bastante hipotética. Lo importante y rescatable es que para este país el legislador estará sujeto al control de constitucionalidad desde épocas muy tempranas.

Este era un tema relativamente desconocido en el Derecho Continental. En Europa, la regla imperante era que la ley era un paradigma incuestionable y el juez que la contrariara podía ser acusado de prevaricato. Dentro de la división de poderes, y bajo el arquetipo de frenos y contrapesos al Poder Judicial, se le dan dos importantes funciones: a través de la casación debía fiscalizar que los jueces no se apartaran de la voluntad de la ley; así mismo deben los jueces penales perseguir a sus compañeros que interpretaran la ley apartándose de los parámetros definidos por el legislador. Tenemos hasta este momento, dos supuestos con un alto contenido socio jurídico: El legislador es supremo y el juez, por disposición de ley, no puede ser más que la boca que pronuncia sus palabras.

Estos aspectos, tienen un alto contenido cultural que es inherente al ejercicio del poder bajo la concepción clásica de la división de poderes. Desde la política la regla se potencia al máximo y se aseguran que sea una pauta social aceptada. Se transmite como una regla de comportamiento escrito y no escrito que señala el límite de las competencias de cada poder.

2 Rainer Grote, "El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad-Adenauer, 1994 (85)

3 Para un análisis crítico de la sumisión de la ley a la constitución puede consultarse, Alejandro Nieto: *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1era. Reimpresión, 1990 (140).

Por ello, nos resulta aún más interesante la Constitución Alemana de 1919 (Weimar), que cuestiona este principio, al desarrollar y potenciar los derechos individuales y sociales del ciudadano, y al establecer un Tribunal Constitucional que debía velar por el respeto de esos derechos fundamentales. Hasta este momento el concepto de la ley como instrumento al servicio de la libertad y la democracia, había sido la base de la confianza absoluta en el legislador. Tratándose del ejercicio de la política a través del PAL se aceptaba que el legislador no podía equivocarse y por ende sus decisiones no podían ser cuestionadas. Sin embargo, el siglo XX nos señala el fin del sueño en la incapacidad del legislador de errar y en la confianza absoluta del derecho positivo como su resultado. En consecuencia: la ley y el derecho, para gran parte de la doctrina, dejaban de ser ciencia respetable. En efecto, la llegada del nacional socialismo al poder en Alemania, marca el inicio del fin de la Constitución de Weimar, que poco a poco, a través de las leyes emitidas por el Parlamento, es vaciada de su contenido esencial, y se convierte en un simple cascarón vacío sobre el que legisla Adolfo Hitler⁴. El principio de legalidad penal deja de ser un paradigma de defensa del imputado, por ello, no es sorprendente que se introduzca el concepto abstracto e indeterminado “del sano sentimiento del pueblo alemán” como criterio de interpretación de la ley (fórmula radbruchiana). El primer enfrentamiento real, entre el derecho constitucional y el legislador es una batalla perdida para el máximo Juez, al fin, se impone, el control político sobre el constitucional.

La trágica experiencia alemana bajo el Tercer Reich, nos enseñó que la fórmula de la imposibilidad del errar del legislador debía ser revisada y en especial ¿cuál era el papel que debía jugar la Constitución en un Estado de Derecho? Surgía la interrogante de si la Constitución debía ser un enunciado programático, una guía o recomendación abstracta, o si esta era una norma jurídica que debía producir efectos jurídicos.

En este sentido en los Estados Unidos, desde el

famoso caso Marbury vs Madison (Corte Suprema 1803), habían aceptado que la Constitución vincula más fuertemente al Juez que la ley, y que cuando la ley se encontrara en contradicción con la Constitución debía de ser desaplicada. Desde luego, esta corriente contravenía las corrientes dominantes en el Derecho Continental. Esta creación norteamericana, encuentra su razón de ser en los acontecimientos históricos previos a la revolución americana: Los estadounidenses, habían tenido una pésima experiencia con el Rey Inglés, pero en igual forma con el Parlamento Británico quién —desde el punto de vista de los norteamericanos— los había explotado, pues cada vez eran mayores los impuestos y la gota que derramó la copa la constituyó el nuevo impuesto al té. Una vez declarada la independencia fue fácil concluir que el control de constitucionalidad y su supremacía debía descansar en una Corte Suprema y no en el Parlamento. El amplio desarrollo del control de constitucionalidad difuso en los EE.UU. no significa que haya sido una fórmula libre de toda presión política para el Tribunal Supremo, pues el foco del conflicto se traslada del Legislador al Presidente frente al Juez. No se discute la supremacía del Parlamento y menos el predominio de la Ley de cara a la Constitución, sino el exceso de activismo judicial de los Jueces de la Corte Suprema, pues a través de sus sentencias redefinían los planes económicos o políticos del Ejecutivo. Los Presidentes, conservadores o demócratas, se cuestionan alguna línea jurisprudenciales del máximo Tribunal, que entorpecen o imponen la ingobernabilidad del Estado. Roosevelt tiene un sitio especial en la historia norteamericana (1937), por su perenne conflicto con la Corte Suprema, al considerar que sus sentencias afectaban la implementación de su plan de recuperación económica para los Estados Unidos (*New Deal*)⁵. Lo importante, de la lección norteamericana es que no importa el sistema, las relaciones entre los poderes del Estado, siempre son susceptibles de despertar roces de constitucionalidad, sin embargo, el catálogo de derechos fundamentales que tutela la Constitución Americana, pronto fue un norte para otras reformas.

4 Sobre el tema puede consultarse Jürgen Brand: “La evolución del concepto europeo de Estado de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México: Konrad Adenauer, 2006, tomo I (39).

5 Los argumentos con los cuales se ataca a la Corte Suprema y se intenta que el Senado le cercene sus competencias, parecen no haber dejado de tener actualidad: “En tanto que nación, estamos en la situación de que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal. Y ello porque los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución”. Citado por, Rubén Hernández Vallé: *Derecho procesal constitucional*, 1ª Ed. San José: Editorial Juricentro, 1995 (74).

En lo que respecta a Alemania, la Ley Fundamental de 1949, reaccionó ante los excesos que se habían cometido en el período nazi, estableciendo límites que vinculan a los legisladores, y se potencia el respeto de los derechos fundamentales. Luego de la reunificación alemana, el proceso continúa en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, donde se retoma para todos los ciudadanos del Estado Federal, los principios de que los "... derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derechos directamente aplicables"⁶. Y como pilar digno de ser imitado se establece un límite de límites al legislador, al exigirle que "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial"⁷. En este mismo sentido se pronuncia el Consejo francés, cuna del imperio de la ley y de la supremacía del Parlamento, al incorporar la declaración sobre Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1958, estableciendo lo que después se conocería como el "Bloque de Constitucionalidad". Este catálogo de derechos humanos, se vuelve así un instrumento de interpretación constitucional al servicio del ciudadano francés.

3. EL SOFISMA DEL COMISIONADO DEL PODER CONSTITUYENTE PARA LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Actualmente, la doctrina acepta de manera pacífica que la Constitución es una norma jurídica y por ende produce efectos jurídicos, así como que nadie en el Estado puede colocarse sobre la Constitución, lo que también aplica para el legislador⁸. Lo anterior ha hecho que se escuchen algunas voces de protesta y acaso resentimiento, en relación a la labor que realizan los tribunales constitucionales. Así por ejemplo, un ex diputado de la Asamblea Legislativa, y un político de renombre en Costa Rica, sostiene que el Tribunal quiebra el principio clásico de la división de poderes⁹. El mismo sostiene que tratándose de la Asamblea Legislativa, esta tiene una clara vocación democrática pues es electa por el pueblo para dictar las leyes, y sólo ese órgano puede dejarlas sin efecto. Aunque admite que el tri-

bunal constitucional indudablemente tiene también un origen constitucional, tanto por su creación, integración y competencias. Tiene el defecto de que no está subordinado a las competencias de otros órganos y además está dotado de autonomía funcional y de la más amplia autoridad que le permite ejercer su función jurisdiccional con absoluta independencia tanto del Poder Judicial como de los demás órganos del Estado, incluyendo la Asamblea Legislativa. Lo que lo lleva a manifestar, que se trata de un "súper poder" pues se impone la "Sala IV" con carácter vinculante a todos los poderes del Estado. Convirtiéndose de hecho en un "...verdadero 'comisionado del poder constituyente' para la defensa y protección de su obra: la Constitución Política y para el sometimiento de todos los poderes constituidos a sus mandatos constitucionales..."¹⁰. Un buen ejemplo de ese mal manejo del control constitucional —según afirma— puede encontrarse en los fallos anulatorios de las recomendaciones de las Comisiones de Investigación de la Asamblea Legislativa en materia de control político. Pues reiteradamente, la "Sala IV", ha concedido el amparo a aquellos políticos que se les han impuesto penas perpetuas, que obligan a la administración y a los partidos a nunca más aceptarlos como funcionarios públicos o a ser nombrados en puestos de elección popular. También se exigió que en dichos procedimientos debía observarse el debido proceso, ergo las personas obligadas a comparecer ante dichas Comisiones de Investigación, tenían el derecho de hacerlo acompañadas de su abogado de confianza, a abstenerse de declarar cuando pudieran estar involucradas en un hecho que podría ser considerado ilícito penal, a conocer de los hechos que se les imputaban, entre otros aspectos. Desde luego, los fallos donde se amparaba a los recurrentes no gustaron a un sector del mundo legislativo, y se llegó a sugerir que la Sala no debía de tener, en esos temas, la última palabra como intérprete de la Constitución Política. Aceptarlo —en criterio de Solís— era admitir no solo que el Parlamento, ya no era el primer poder de la República, sino algo todavía más grave, que resume la frase del Ex -Magistrado Rodolfo Piza, al parafrasear al Juez norteamericano Hughes afirmando que: "La

6 Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 1998, artículo 1.3.

7 Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 1998, artículo 19.2.

8 Sobre el tema véase las opiniones de Ingrid Hess Herrera. *Relaciones políticas y jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa*. Tesis de licenciatura no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1993 (28).

9 Véase en ese sentido las opiniones de Alex Solís Fallas: *Control político y jurisprudencia constitucional*, San José: CONAMAJ, 2000.

10 Alex Solís Fallas. *Control político y jurisprudencia constitucional*, San José: CONAMAJ, 2000 (176).

*Constitución dice lo que la Sala Constitucional dice que dice*¹¹. Partiendo de esta afirmación, era fácil concluir que la Sala IV se había convertido, en el Estado Costarricense, en un verdadero IV Poder, que conducía no solo la vida jurídica, sino la vida política del Estado, sometiendo a la fuerza de sus decisiones al poder político y a los actos sujetos al derecho público¹².

4. LA SALA CONSTITUCIONAL Y LAS RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO.

El profesor Hugo Alfonso Muñoz (respetado académico y exdiputado), en la conmemoración del III Aniversario de la Sala Constitucional (1993), se preguntaba, como un órgano creado por la Asamblea Legislativa, y cuyos integrantes eran electos por votación calificada por los diputados, podía interactuar ante el dilema que representa el control de la actividad política, y parodiando una frase citada por el Prof. Dr. Pedro Haba señalaba:

“...que no es cuestión de liberar de la política a la Ciencia Jurídica, no sea que un día la política termine liberándose de la Ciencia Jurídica”¹³.

La advertencia parecería inocua, en ese momento, en un país que tiene más de 100 años de democracia real y continúa; cuyos tribunales presumen de gozar de absoluta independencia por más de 180 años de ejercicio de sus funciones (2008). Sin embargo, la observación refleja un conflicto larvado que se inicia desde el nacimiento de la Sala Constitucional en 1989.

Uno de los detonantes ha sido que el sistema costarricense, le permite a la “Sala IV” no solo ejercer

el control de constitucionalidad de las leyes (vía acción de inconstitucionalidad), sino que tiene un control previo sobre los proyectos legislativos, que puede ser preceptivo, cuando se trata de proyectos de reformas constitucionales, así como de las tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Esta consulta de constitucionalidad es facultativa para los señores diputados cuando se trate de la aprobación de leyes, de actos o contratos administrativos. Para ejercerla se debe presentar por un número no menor de diez diputados. En cuanto al procedimiento, procede cuando se trate de reformas constitucionales después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Cuando se trate de otros proyectos de ley o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de leyes, deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlos en el segundo (artículos 96 a 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Este mecanismo de control constitucional, reservado para los legisladores ha sido el detonante de los más serios conflictos con algunos sectores de la Asamblea Legislativa¹⁴. Varios de sus miembros constantemente acusan a la Sala de inmiscuirse en asuntos de control político, reservado en exclusiva para ese poder de la República¹⁵. Es de rescatar que el mecanismo es utilizado por todas las fracciones representadas en la Asamblea Legislativa, pero con mayor insistencia por la oposición al gobierno de turno. De ahí que es constante la queja del Ejecutivo, de que los diputados que pierden sus tesis en el parlamento (normalmente las minorías), luego acuden ante el Tribunal Constitucional donde evidencian los vicios o trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Lo serio del caso, es

11 Rodolfo Piza Escalante: *Conferencia sobre justicia constitucional en Costa Rica*, San José: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 1995 (53). Esta frase, no retrata de cuerpo entero al jurista; para una mejor comprensión de sus ideas véase, Rodolfo Piza Escalante: *Una década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica* en *La Sala Constitucional homenaje en su X aniversario*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1999 (11).

12 Alex Solís Fallas: *Control político y jurisprudencia constitucional*, San José: CONAMAJ, 2000 (176 a 207).

13 Hugo Alfonso Muñoz Quesada: *“La Sala Constitucional como poder político”*, en: *La Jurisdicción Constitucional, III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, San José: Editorial Juricentro, 1993 (422).

14 Sobre el tema véase las advertencias realizadas por Aguiar de Luque, en relación a la Consulta de constitucionalidad y la facultad de controlar los vicios de procedimiento como presupuestos del control de constitucionalidad Luis Aguiar de Luque: *“La Sala Constitucional como poder político”*, en: *La Jurisdicción Constitucional, III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, San José: Editorial Juricentro, 1993 (405).

15 Reiteradas son en los Parlamentos las críticas al contralor de constitucionalidad como un IV poder, y a los peligros de politización del juez constitucional, pero lo que subyace, como bien afirma Rubio Llorente, es que *“... el legislador (orgánicamente al Parlamento) es, en cierto sentido, destronado, al ver sometida su actuación a unas limitaciones cuya trasgresión puede ser sancionada, no ya políticamente por el electorado, como técnicamente sucedía hasta ese momento, sino jurídicamente, con la invalidación de las normas...”* Francisco Rubio Llorente: *Presentación a Enrique Alonso Gálcia: La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (XVIII).

que cuando estamos en presencia de un vicio de procedimiento su declaratoria es vinculante para el Poder Legislativo (artículo 101 de de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Pese a lo que podría pensarse, las decisiones de la Sala se acatan por la Asamblea Legislativa, salvo casos excepcionalísimos. Por ejemplo, el proyecto de Ley de penalización de la violencia contra la mujer, ha llegado en múltiples oportunidades a la Sala Constitucional, en todos los casos, se han señalado errores de forma que no han sido subsanados y aunque el proyecto se presente de nuevo a la corriente legislativa y este sea avalado, incluso por unanimidad, siempre es consultado y se declara que siguen existiendo vicios de inconstitucionalidad que han impedido que se convierta en ley de la República¹⁶. Lo que subyace en el proyecto, es que tiene un alto contenido de género, que penaliza múltiples conductas, y los tipos penales están contruidos de manera tan abierta que es difícil saber cuál es la conducta lícita. Los verbos definitorios de algunos de los tipos han sido sustituidos por lo que se denomina, "relaciones de poder", "psicológicas", conceptos abstractos e indeterminados, que son contrarios el principio de legalidad penal. Este proyecto ha despertado grandes pasiones a lo interno de la Asamblea Legislativa. Finalmente, el proyecto se convirtió en ley, al no ser consultado la última vez, a la Sala Constitucional, pese a las serias advertencias que se le habían hecho con anterioridad.

En cuanto al papel que desempeña la Sala, las opiniones están divididas, para algunos diputados (entre los que se encuentran la oposición al gobierno y los partidos minoritarios) la labor de la Sala es esencial para evitar el abuso de las mayorías y el control constitucional opera como un colabora-

dor jurídico-político de la Asamblea. Para otros, la consulta de constitucionalidad ampara el abuso de las minorías en detrimento de las mayorías parlamentarias, pues todo lo complejo y esencial para el gobierno suele consultarse, al grado de que se le acusa de cogobernar con el Estado.

En el periodo 2002-2008, algunos diputados han hecho serias advertencias al Tribunal Constitucional, pues sostienen que por esta vía se entorpece la gobernabilidad al admitirse a estudio asuntos que cuestionan importantes proyectos del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, en la actual administración del Dr. Oscar Arias Sánchez (2008), los referentes al proyecto de Ley de pacto fiscal y reforma fiscal estructural¹⁷, y de Ley de concesión de obra pública¹⁸. Ambos, son los pilares de la propuesta política del nuevo Presidente. Pese a ello, al evacuar la consulta de constitucionalidad, la Sala encuentra vicios de procedimiento constitucional y declara con lugar ambas consultas dándoles la razón a los diputados que cuestionaron los proyectos de ley¹⁹.

Aducen también, que por la vía de la acción de constitucionalidad, se controla incluso la inconstitucionalidad por omisión en que pueda incurrir la Asamblea Legislativa²⁰. Sobre este aspecto, debemos rescatar que mediante ley N. 8281 del 22 de mayo del 2002, los diputados de todas las fracciones, le dan su voto a la reforma de los artículos 105, 123, primer párrafo del artículo 124, último párrafo del artículo 129, primer inciso del artículo 195, y adición de los artículos 102 y 195 de la Constitución Política, para otorgarle a los ciudadanos la posibilidad de acudir al Referéndum e iniciativa popular de formación de la ley, y se estableció un plazo de un año para implementarla el cual venció sin que se aprobara la ley respectiva²¹. Ante esta situación José Manuel Echandi Meza, en su con-

16 *Sala Constitucional*, N. 2006-05298, de 8:30 hrs. del 21 de abril de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de Penalización de la violencia contra las mujeres.

17 *Sala Constitucional*, N. 2006-361 de 14:30 hrs. Del 22 de marzo de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de ley de pacto fiscal y reforma fiscal estructural.

18 *Sala Constitucional*, N. 2006-12405, de 10:07 hrs. Del 25 de agosto de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de ley de Concesión de obra pública.

19 Sobre los conflictos entre el orden constitucional democrático y el orden económico, así como los presupuestos del consenso, véase, Juan Gerardo Quesada Mora. *Temas sobre derechos fundamentales y constitucionales*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 2004 (104-107).

20 Sobre el fundamento jurídico del control de constitucionalidad, en sentido amplio, ante las omisiones parciales o totales de las autoridades públicas con poder normativo que violan la Constitución Política véase, Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano: *La inconstitucionalidad por omisión*, San José: Investigaciones jurídicas S.A. 2004 (147).

21 Sobre los plazos e incumplimientos véase, Néstor Pedro Sagüés: "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro" en Víctor Bazan, coordinador. *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, (109).

dición de Defensor de los Habitantes, solicita que se declare inconstitucional la omisión del Poder Legislativo por retardar el dictado de la ley reguladora que permitiría promover y eventualmente solicitar un referéndum o presentar por medio de una iniciativa popular un proyecto de ley²². En su criterio, la omisión que se impugna impide el derecho fundamental del pueblo de legislar y reformar parcialmente la Constitución Política en forma directa, mediante el Referéndum y de presentar proyectos de ley ante la Asamblea Legislativa por medio de la Iniciativa Popular (artículos 105 y 123 de la Constitución). La acción es admitida y se le da audiencia al Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos, durante la legislatura 2002-2003, responsable de implementarla. En la audiencia oral, celebrada en presencia de los Magistrados y las partes, fue evidente el atraso, de lo cual uno de los más claros ejemplos fue el procedimiento administrativo de consultas al Tribunal Supremo de Elecciones, pese a distar 100 metros de la Asamblea Legislativa dicha consulta duro 8 meses en llegarle. Para la Sala, de los hechos acreditados se desprende una total inercia y falta de voluntad política de los diputados para implementar la ley que le devolvería al pueblo la facultad de opinar en temas que le afectan seriamente. En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad se declara con lugar y se le da un plazo de 6 meses a la Asamblea Legislativa para que subsane la omisión²³. Debemos señalar a favor del Parlamento, que acata la sentencia, y procede con todo empeño a reunir los consensos necesarios para que la ley se apruebe²⁴. En el año 2008, la Sala conoce por vía de consulta de la Defensoría de los habitantes, el TLC con Estados Unidos y República Dominicana, además de las leyes

de implementación del Tratado. En todas la votaciones, la Sala por mayoría no encuentra vicios de inconstitucionalidad, con el voto salvado de los Magistrado Armijo Sancho y Cruz Castro²⁵.

5. ¿CÓMO LIBERARSE DE ESE INCÓMODO CONTROL CONSTITUCIONAL?

En diferentes momentos de nuestra historia, algunos legisladores han externado en el plenario legislativo, la necesidad de reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se señala que es necesario recortar las competencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en 18 años de vigencia de la ley de creación, nunca ha sido posible contar con el consenso necesario para que ello ocurra. Las quejas que lo justificarían tienen diferentes matices y revisten diversos tonos, pero en general suelen debatirse aspectos como los que se exponen: ¿La Sala IV carece de límites? ¿No es acaso un poder político que pueda abusar? Las respuestas suelen reincidir sobre la necesidad de establecer un control inter orgánico que evite los posibles abusos. Sin embargo, desde 1990 las quejas se han escuchado con mayor o menor vehemencia será en el año 2002 que las tensas relaciones entre algunos diputados y la Sala lleguen a su climax, al presentarse una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al artículo 132 inciso 1 de la Constitución Política, que prohibía la reelección presidencial. Este es un asunto que nunca dejó de ser fiscalizado por los políticos del país. Por una parte una coalición de la socialdemocracia (que representa al partido Liberación Nacional), se oponía a que la acción fuera declarada con lugar a favor de su correligionario de partido Oscar Arias Sánchez.

22 En doctrina de la inconstitucionalidad por omisión es un tema pacífico, en especial cuando se trata de la inactividad del legislador en un Estado Social y Democrático de Derecho. Véase en igual sentido, Marcos Gómez Puente: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1997 (39).

23 Sala Constitucional, N. 2005-05649, de las 14:39 hrs. del 11 de mayo del 2005. Acción de Inconstitucionalidad en contra de la omisión del Poder Legislativo de dictar la ley reguladora del referéndum y de presentar proyectos de ley ante la Asamblea Legislativa por medio de la iniciativa popular.

24 Publicada en la Gaceta N. 67 de 4/4/2006, Ley N. 8492

25 Sobre el tema véase, las siguientes sentencias: N° 2007-09489 de las 10:00 hrs. de 3 de julio de 2007. Consultas legislativas acumuladas número 07-005632-0007-CO y 07-007153-0007-CO interpuestas respecto del proyecto de aprobación del "Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos". En total se presentaron doce consultas adicionales, para implementar el TLC, en todos los casos salvamos nuestro voto a modo de ejemplo pueden verse las siguientes. Sentencia N°2008-04896 de las 15:30 hrs. de 27 de marzo de 2008, Consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de aprobación de la "Adhesión" de Costa Rica al "Tratado sobre el Derecho de Marcas y su Reglamento", expediente legislativo número 16.144. Sentencia N°2008-12590, consulta legislativa de constitucionalidad sobre la "Aprobación de varias enmiendas al Tratado de Libre Comercio con República Dominicana-Estados Unidos. Ley de Aprobación número 8622 de 21 de noviembre de 2007 y aprobación del protocolo por el que se adicionan disposiciones en materia de acumulación textil al Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de aprobación número 7474 de 20 de diciembre de 1994". Sentencia N°2008-10450, consulta legislativa de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros, expediente legislativo No.16305

Sostenían que esto le abriría las puertas para aspirar de nuevo a la presidencia. Lo mismo opinaban otros partidos emergentes. La Sala, después de escuchar a las partes, concluye que el legislador está facultado para modificar la Constitución originaria en el tanto se le otorgue mayores derechos al ciudadano, pero no cuando se pretenda eliminar una norma establecida por el Constituyente. Admitir lo contrario, sería permitirle al legislador vaciar el contenido esencial de los derechos fundamentales²⁶. Sostiene el fallo, que este tipo de reformas constitucionales solo las puede llevar a cabo una constituyente convocada al efecto y previa consulta al pueblo. En consecuencia se declara con lugar la acción y se anula la reforma. La Sala dimensiona el fallo, se mantiene el texto original que había sido modificado, permitiéndoles a los expresidentes ser reelectos aunque no de manera consecutiva, tal como lo previó el constituyente de 1949²⁷.

Una vez resuelto el caso, un diputado electo por la socialdemocracia (fue uno de los litigantes más aguerridos y se opuso con todos los argumentos posibles), inicia una serie de declaraciones tendientes a restarle legitimidad constitucional al tribunal, llama a la desobediencia de la sentencia, y una vez que toma posesión del cargo, solicita que se nombre una Comisión de Investigación del Poder Judicial, para tratar, entre otros temas "la mora judicial"²⁸. Una vez constituida la Comisión, abre las puertas para que toda persona o abogado inconforme con la Sala pueda declarar en su contra. Escaso tiempo antes de que la Comisión de Investigación fracase, pues no obtiene los votos necesarios para un dictamen de mayoría²⁹, procede a interponer una denuncia por prevaricato en contra de los Magistrados por declara con lugar la acción.

El asunto pasa a conocimiento del Ministerio Público, y el Fiscal General Francisco Dall'Anesse Ruiz, solicita la desestimación del asunto, porque la conducta acusada no constituía delito alguno. La Sala de Casación integrada por Magistrados suplentes acoge la solicitud y ordena desestimar la denuncia penal y la querrela interpuesta por el delito acusado³⁰. Al no prosperar, ninguna de las acciones, el foro legislativo se convirtió en el principal centro de presión de la Sala Constitucional. Así por ejemplo, al vencerse el plazo para el que habían sido nombrados los Magistrados Presidentes de la Sala Constitucional y de la Corte Suprema (que también integra la Sala), fueron sometidos a una serie de cuestionamientos, en cuanto a la eficiencia de la prestación del servicio y tuvieron cierta dificultad para alcanzar los votos necesarios para la reelección. Al mismo tiempo, se aprueba una modificación presupuestaria para eliminar los gastos de representación de los Magistrados de la Corte Suprema, y se lleva a cabo una reforma legal para que todos aquellos empleados estatales que tuvieran un sueldo equivalente a un miembro de la Corte, por ese año, no tendrían derecho a los aumentos anuales, lo que de hecho significó a perpetuidad una disminución del salario para estos funcionarios.

El tema de los conflictos entre el Poder Legislativo y la Sala Constitucional, no está exento de tesis extremas y en el foro nacional se escuchan tres posiciones: a) La primera, afirma parodiando al Prof. Dr. Eduardo Ortíz, que ante la disyuntiva, prefiere "el gobierno de los jueces, a la justicia de los políticos", b) La segunda, propugna por la autocontención, y la prudencia política en las sentencias, c) La tercera, advierte que si la "Sala IV" no tiene

26 Iguales pasiones desató el voto sobre la reelección en Colombia véase, Mattias Herdegen, "Reforma constitucional: criterios de justificabilidad", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México: Konrad-Adenauer, 2006 (134).

27 Sala Constitucional, N. 2003-02771, de las 11:40 hrs. del 04 de abril del 2003. Acción de Inconstitucionalidad que impugna la reforma constitucional del artículo 132 inciso 1), de la Constitución Política de 1949, realizada mediante ley N. 4349 del 11 de julio de 1969, por estimar que tiene vicios formales y materiales, al prohibir la reelección presidencial.

28 Las críticas a las sentencias judiciales se ha vuelto un factor importante en las relaciones entre la política y los órganos superiores de decisión jurisdiccional, tanto en Alemania, como en Latinoamérica de acuerdo a Bernsdorff e Isasi-Cortázar. En Alemania es famosa la sentencia del crucifijo. El primer Senado de la Corte Constitucional Federal alemana, resolvió que la ley del estado de Baviera, que obligaba a tener un crucifijo en las clases, lesionaba el derecho fundamental a la libertad negativa de creencias. Las críticas fueron diversas, desde el llamado a boicotear la sentencia, fundados en el derecho a la resistencia, hasta el cuestionamiento legal del fallo. Norbert Bernsdorff y Ramón Isasi-Cortázar: "Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México: Konrad Adenauer, 1999 (451-452).

29 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Comisión Especial*, Acta N. 111. Martes 25 de abril de 2006 (25).

30 Sala Tercera de la Corte Suprema, N. 2005-00115, de las 14:30 hrs. Del 23 de febrero de 2005. A solicitud del Ministerio Público se desestima la denuncia por prevaricato en contra de los Magistrados que votaron la acción de inconstitucionalidad donde se conoció el asunto de la reelección presidencial.

esa prudencia política, ello llevará a los políticos a liberarse del control constitucional³¹.

6. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LAS REGLAS TENDENTES A GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA

En principio, por la necesaria concreción del trabajo, trataremos la tercera alternativa, que debería estar desterrada de cualquier sistema democrático contemporáneo. En este sentido, la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, y la independencia del juez como garantía procesal, reconocida en gran cantidad de textos nacionales así lo expresan. El nuestro no es la excepción, "... el artículo 154 insiste sobre el tema subrayando que la única sumisión del Poder Judicial, sus jueces y funcionarios, solamente lo es con la Constitución y a la ley. Esta norma fundamental constituye una doble garantía para la justicia: por una parte, consagra su independencia de cualquier poder de hecho o jurídico, sujetándola únicamente a la Constitución y a la ley, en ese orden; y, por otra, le otorga una legitimación que la doctrina ha llamado "funcional", para distinguirla de la legitimación "política" que se otorga a otros Poderes y órganos importantes de la organización social"³². A nivel de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos avalan que los jueces deben gozar de total independencia para hacer realidad los derechos y garantías consagrados en esos instrumentos internacionales.

¿Por qué es necesario garantizar a este alto nivel la independencia de la judicatura? Entre las posibles respuestas nos interesa resaltar la siguiente: Los pueblos del mundo, conscientes de que la división de poderes no es un valladar absoluto, y que la existencia de los partidos políticos y los grupos pluralista de presión, puede constituir una bendición o una disfunción no prevista por los revolucionarios franceses, se han preocupado de establecer límites a los posibles abusos en que puedan incurrir³³. Ciertamente, nuestro siglo XX estuvo lleno de excepcionales casos, donde algunos políticos en su lucha por el poder y en su necesidad de ordenar la sociedad toman una acción social orientada a absorber todo el poder posible dentro del Estado. Este camino estará marcado por lograr primero el acceso democrático al Poder Ejecutivo y al dominio por mayorías del PAL y en algunos supuestos traten de tomar, luego, directa o indirectamente el Poder Judicial³⁴. Ante esta realidad en el marco de las Naciones Unidas, se ha potenciada la elaboración de directrices en materia de independencia de la judicatura³⁵, condiciones de servicio e inamovilidad³⁶, secreto profesional e inmunidad³⁷, selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales. No obstante, el camino avanzado parece no ser suficiente.

-
- 31 Sobre las disfunciones del control político por los políticos, es ejemplarizante el fenómeno peruano en la época de Fujimori, véase, Domingo García Belaunde: *De los políticos: libranos señor...* 'En: *La Constitución en el péndulo*, Arequipa: Editorial Unas, 1996 (200).
- 32 Comisión de Magistrados, integrada por Zarella Villanueva, Mario Houed y Luis Fernando Solano para la elaboración del Código de Ética Judicial costarricense. *A propósito del presente Código de Ética Judicial*, presentación de los Magistrados Luis Paulino Mora Mora y Luis Fernando Solano Carrera. Sesión Ordinaria, Corte Plena, N. 16-99, del día 12 de abril de 1999.
- 33 Dentro de ese orden de ideas, "la jurisdicción constitucional pretende garantizar el equilibrio político de las diversas fuerzas que luchan al interno del Estado por imponer sus ideas e intereses, lo mismo que tutelar las situaciones subjetivas de los ciudadanos frente al abuso del Estado y de los demás particulares. Con ello se busca que la sociedad estatal sea un efectivo foro pluralista donde coexistan, en perfecta armonía, las distintas posiciones e intereses de los diferentes grupos políticos, sociales y económicos que conforman la sociedad civil subyacente". Rubén Hernández Valle: *Escritos sobre justicia constitucional*, Medellín-Colombia: Dike, 1997 (35).
- 34 Recordemos la Italia de Mussolini, o la Rusia de Stalin, la Cuba de Batista, la Nicaragua de Somoza, entre otros.
- 35 "La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otro índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura". Artículo 1. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.
- 36 "Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad de jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando exista norma al respecto". Artículo 12. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.
- 37 "... los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones". Artículo 16. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

6.1. La destitución del Tribunal Constitucional de Ecuador.

La doctrina suele darse por satisfecha, al establecer que los conflictos que surjan en un Estado de Derecho deben resolverse por los jueces aplicando la ley, pero qué ocurre cuando nos enfrentamos a casos límites, aquellos que hipotéticamente no deberían darse. ¿Qué hacer cuando el Juez Constitucional es destituido por vías de hecho o pseudo-jurídicas? Ante esta situación brinda el ordenamiento nacional e internacional a esos jueces mecanismos efectivos de protección. Nos negamos como juristas a interiorizar que este rompimiento del orden constitucional pueda darse, y si ocurre la respuesta fácil es que el Estado de Derecho se ha roto y ante ello el juez queda en total desprotección ¿Es esta afirmación cierta? ¿Realmente carecen los jueces constitucionales de un apoyo real? Veamos algunos ejemplos:

Los medios de información mundial, nos dieron a conocer que el 25 de noviembre de 2004, el Congreso Nacional Ecuatoriano, en una sesión especial convocada por el Presidente Lucio Gutiérrez, destituyó al Tribunal Constitucional (en adelante TC). Se adujo que la conformación del TC era ilegal, lo que volvía innecesario un juicio político, y se procedió a nombrar a sus reemplazos. Los altos jueces señalaron que se afectaba su derecho de defensa y que el acto del Congreso violaba el debido proceso, pues solamente podrían ser destituidos los vocales del TC previo juicio político. En Ecuador el TC es competente para resolver en última instancia los asuntos relacionados con derechos humanos y las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución. El Ecuador es signatario de los tratados de derechos humanos que le exigen salvaguardar la independencia de su sistema judicial, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Externamente, el caso se analiza como una violación, por parte del Congreso ecuatoriano, del principio de la independencia judicial. Debido a ello, el Relator Especial de la Comisión de Derechos

Humanos de la Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, embajador Leandro Despouy, realizó una visita a Quito del 13 al 18 de marzo del 2005. Entre las principales recomendaciones que se dieron a conocer resaltan que: "1) Es imperativo y urgente alcanzar un reestablecimiento integral del Estado de Derecho. 2.- Habiendo sido el Congreso Nacional el que ha tomado las principales acciones que han desencadenado la situación (destitución y nombramiento en la CSJ, el TSE y el TC), le corresponde a éste la adopción de medidas para subsanar la situación y, de esta manera, crear las condiciones que permitan iniciar el camino hacia una solución definitiva"³⁸. En cuanto a las opciones para solucionar la crisis, el relator deja entrever que deben seguirse los estándares de la Naciones Unidas, que garanticen: "a) La independencia de los magistrados; b) La cooptación, como garantía de no intervención externa en la composición futura de la Corte; c) Un sistema de elección de magistrados que garantice aptitud y probidad; d) Mecanismos que aseguren la transparencia en la selección de magistrados y que permitan a la ciudadanía conocer y opinar sobre los candidatos y candidatas"³⁹. El informe preliminar de la Comisión de Derechos Humanos fue entregado en abril del 2005. La versión final del informe se remitirá a la Comisión en el siguiente periodo de sesiones.

El asunto fue catalogado de tal importancia para la vida democrática que, llamó la atención de ONG's que tienen como principal objetivo, fiscalizar el respeto de los derechos humanos en América Latina. Entre estas Human Rights Watch emitió un inusual y fuerte comunicado de prensa, donde expresa que: "La independencia judicial es un ingrediente fundamental para el funcionamiento de la democracia", señaló José Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch. "El hecho de que el Presidente Gutiérrez y sus aliados en el Congreso puedan purgar la Corte Suprema demuestra claramente que falta dicho ingrediente en el Ecuador actual".⁴⁰ En tanto los altos jueces han llevado su caso a la justicia internacional, asunto que todavía no ha sido resuelto.

38 Naciones Unidas. Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2005, http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc (29.9.2006)

39 Naciones Unidas. Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2005, en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.do (29.9.2006)

40 Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia. *El Presidente y el Congreso coartan la independencia judicial* (Washington, 17 de diciembre de 2004) hrw.org/defending-human-rights/World-Wide (29.9.2006)

6.2. El caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*.

En Venezuela, luego de la toma de posesión del Presidente Hugo Chávez, se ha externado una constante preocupación por el respeto de la independencia Judicial, y ha estado siendo observada por organizaciones como Lawyer's Committee for Human Rights⁴¹ e incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó la deficiente relación entre la independencia judicial y el Estado de Derecho democrático, en su informe de 2003 sobre Venezuela, en los siguientes términos: "...La vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, y en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho. Para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además el Poder Judicial debe ser independiente e imparcial"⁴²

¿Qué ocurre en Venezuela para que exista tal preocupación internacional? Ciertamente, desde antes de asumir el poder el Presidente Chávez, se atestiguaba una gran incertidumbre por el estado de la justicia. Un estudio de 1998 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo concluyó que sólo el 0,8 por ciento de la población tenía confianza en el sistema judicial⁴³. Ante este estado de cosas, el Presidente convocó a un referendo y este a una Asamblea Nacional Constituyente. El resultado del proceso es una nueva Constitución que rige desde diciembre de 1999. Uno de los primeros actos de la Asamblea Nacional Constituyente fue declarar en estado de emergencia al sistema judicial, se suspendió la estabilidad de los jueces y

se destituyó a aquellos acusados de faltar a su deber ético o moral, y en su lugar fueron nombrados provisionalmente nuevos jueces. Esta situación le permite a la Comisión Judicial designarlos y removerlos a discreción.

Para Human Rights Watch, el estado de la cuestión venezolana, y la injerencia del poder político en el nombramiento, estabilidad y destitución de los jueces es una cuestión que trasciende la discusión sobre el control constitucional. Se trata del cuestionamiento a uno de los pilares que permiten definir al Moderno Estado de Derecho o su ausencia. Por ello, desde su perspectiva, respetamos pero no avalamos, afirman que: "Actualmente Venezuela pretende contar con un sistema que le permita conformar los tribunales con aliados, similar al empleado por Menem, como un atentado contra la independencia judicial, y similar en espíritu (si no en alcance) al de Fujimori. Como lo han demostrado las experiencias de Argentina y Perú, estos esfuerzos no son un buen presagio para la democracia venezolana"⁴⁴.

Algunos de los jueces destituidos, llevaron su asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en el caso, que ahora se conoce, como *Aspiz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Comisión somete a conocimiento de la Corte la demanda por la destitución de los ex-jueces Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, quienes habían sido acusados de haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. La Comisión alegó que la destitución, por dicho error, "resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho"⁴⁵. Señala que la falta nunca existió, por el contrario lo que existía era una diferencia razonable de interpretaciones jurídicas

41 <http://www.hrw.org/spanish/2004/venezuela06404/3.htm> (29.9.2006)

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 29 de diciembre de 2003 (150-153).

43 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: "Justicia y gobernabilidad. Venezuela: una reforma judicial en marcha" Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998 (143). Citado en Tribunal Supremo de Justicia. Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Unidad Coordinadora del Proyecto de Modernización del Poder Judicial, "Proyecto para la Mejora de la Administración de Justicia en el Contexto de la Resolución de Conflictos en Venezuela"(8).

44 Human Rights Watch: "Informe: Manipulando el Estado Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela", en II. Normas internacionales sobre la independencia judicial. La OEA y la Carta Democrática. <http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela0604/5.htm> (29.9.2006)

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de Agosto de 2008, parágrafo 2.

sobre una figura procesal determinada. Aducen además que la destitución se lleva a cabo con violaciones evidentes al debido proceso. Recibidas las pruebas documentales, testimoniales y periciales, la Corte le da la razón, a los demandantes y declara que el Estado no les garantizó un juicio imparcial, tampoco fueron juzgados por un tribunal independiente, no fueron oídos en un plazo razonable, la decisión carece de fundamentación, y por último consideran que se violó el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, todo lo anterior en detrimento de lo que establecen los artículos 8.1, 1.1 y 2, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia se obliga al Estado Venezolano a reintegrar a las víctimas a sus cargos, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia, caso contrario deberá el Estado pagarles una indemnización, que la Corte fija en \$100.000,00 dólares. Por daño material se les concede a los demandantes la suma de \$48.000 dólares y por daño inmaterial la suma de \$40.000 dólares a cada uno de los demandantes.

6.3. La condena del Estado Peruano por la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Decisiva ha sido la incursión que en estos temas tuvo en 1998 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al condenar al Estado Peruano por la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Durante la administración del ex presidente Alberto Fujimori, el Estado Peruano fue llevado en diferentes oportunidades ante la Comisión de Derechos Humanos⁴⁶. En una de las últimas gestiones algunos diputados peruanos, denuncian que se persigue y hostiga a los miembros del Tribunal Constitucional del Perú e incluso tres de sus miembros han sido destituidos por resolver de una manera imparcial un asunto que perjudica los intereses del Sr. Fujimori. En concreto por declarar inconstitucional la ley interpretativa que le permitía continuar en la Presidencia por un tercer período. Los jueces Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia

Revoredo Marsano fueron sometidos a presiones, ofertas, hostigamiento y amenazas. En el caso del esposo de la Sra. Delia Revoredo Marsano, se le reabrió una causa penal fenecida por evasión fiscal, se dictó impedimento de salida del país, se le obligó a rendir una fianza por 20.000 soles, y debió presentar una lista de todos sus bienes inscritos en el Registro para decretar embargo sobre estos. El objeto de la demanda era que se decidiera si el Estado había violado, los artículos 8.1 y 8.2.b), c), d) y f) (Garantías Judiciales), 23.1.c (Derechos Políticos) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno). Igualmente, se solicitó que se ordenara al Perú "reparar integral y adecuadamente" a dichos magistrados y reintegrarlos en el ejercicio de sus funciones, y dispusiera que se dejara sin efecto las resoluciones de destitución Nos. 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR de 28 de mayo de 1997.

El 9 de diciembre de 1998, durante su 101^a Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe No. 58/98, que fue transmitido al Estado el día 14 del mismo mes y año. En dicho Informe, la Comisión concluyó que: "*El Estado Peruano, al destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional –Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano Mur– por presuntas irregularidades en la tramitación de la aclaratoria a la sentencia que declaró la inaplicabilidad de la Ley Nro. 26.657, (...) vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la Convención Americana); el derecho al debido proceso (artículo 8.1 de la misma Convención) y la garantía de permanencia en la funciones públicas (artículo 23.c de la Convención)*". Asimismo, la Comisión formuló las siguientes recomendaciones al Estado: reintegrar a los Magistrados del Tribunal Constitucional e indemnizarlos con los sueldos dejados de pagar desde la destitución.

El Estado Peruano desobedece lo ordenado⁴⁷. Por ello, la Comisión presenta la demanda a la Corte

46 Sobre el tema véase, Domingo García Belaunde: *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, MARSOL, 1998 (68-69).

47 Sobre las opiniones consultivas como fuentes en el sistema normativo interno, puede consultarse, *Diálogo Jurisprudencial Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, número 1, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006 (25).

Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 1999. El Estado, pese a ser convocado no compareció. No obstante de conformidad con el artículo 27 del Reglamento de la Corte se investiga de oficio. Merece resaltarse los argumentos de la Comisión ante el Tribunal, pues establece nuevos supuestos tendientes a garantizar la más alta independencia a los magistrados de la Cortes Constitucionales de los países latinoamericanos, y señala directamente los vicios en que puede incurrir un Estado para acallar a jueces independientes, imparciales y autónomos. Indica que es inherente a la vocación del contralor de constitucionalidad el dictar "*decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo... cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención...*"⁴⁸. Nos recuerda que la inamovilidad de los jueces es un requisito que facilita su independencia y ambos conceptos están garantizados en el artículo 8.1 de la Convención. Un juez sólo puede ser removido observando el debido proceso⁴⁹, y nunca porque ha dictado una sentencia políticamente sensible, admitirlo sería abrirle las puertas a la arbitrariedad, dejar desprotegidos a los jueces ante los cambios políticos y los demás poderes del Estado. "*En el caso en estudio se dio una confabulación de los tres poderes públicos, pues la iniciativa de adopción de la Ley No. 26.657, que plasmaba la posibilidad del Poder Ejecutivo de permanecer en el poder a través de la figura de la reelección, fue luego avalada por el Poder Legislativo al adoptar, mediante una mayoría oficialista, tanto dicha ley como la decisión de destitución de los magistrados. Finalmente, el Poder Judicial convalidó las decisiones anteriores al rechazar los amparos que fueron presentados...*"⁵⁰.

Un aspecto que fue considerado esencial por la Comisión, fue la actuación de la Comisión Investigadora del Congreso, la cual no sólo se extralimitó en cuanto a sus competencias, pues estaba impedida legalmente para controlar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, y menos aun para ejercer presión contra sus magistrados, "*...pues ello constituiría, como efectivamente sucedió, una interferencia ilegítima en la función de los jueces, lo que debilitaría el sistema democrático de gobierno*"⁵¹. Para la Comisión es claro que la destitución de los magistrados obedece a presiones políticas, que se traducen en actos irregulares tanto de la Comisión Investigadora como por la Subcomisión Acusadora, pues en el ordenamiento peruano el Congreso tiene vedado revisar las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional. "*...Con esta actuación incurrieron en abuso y desviación de poder, y violentaron el principio de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional consagrado en la Convención y la Constitución peruana...*"⁵². Los argumentos son acogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 31 de enero de 2001⁵³. Se declara que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y conforme lo solicitó la Comisión, se condena al Estado Peruano al pago de los montos correspondientes a salarios caídos y demás prestaciones de los magistrados del Tribunal Constitucional⁵⁴. Adicionalmente, lo condena al pago de costas y gastos⁵⁵. La Corte sentenció que es "*...necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho*

48. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 64, b).

49. Sobre el tema véase, Juan Colombo Campbell: "El debido proceso constitucional", en *Cuadernos Tribunal Constitucional* n. 34, Santiago, 2006.

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 64, c).

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 64, d).

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 64, e).

53. Sobre los alcances para la protección de la independencia del juez constitucional véase, Néstor Pedro Saqués: "División de poderes y revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el Juicio Político" (Impeachment), en *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, 1ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, (159).

54. Para un estudio de derecho comparado sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea, véase Héctor Fix-Zamudio: "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", en Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Editorial Porrúa, 2006 (1140).

55. Los extremos adicionales que el Estado Peruano debe cancelar por "costas y gastos en la forma y condiciones que se expresan en los párrafos 126 y 128 de esta Sentencia, las siguientes cantidades: al señor Manuel Aguirre Roca US\$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago; al señor Guillermo Rey

y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalará la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento⁵⁶, con una duración establecida en el cargo⁵⁷ y con una garantía contra presiones externas^{58,59}.

Las decisiones de la Corte son digna de alabarse, su respaldo a los jueces constitucionales era necesario. No obstante, la noticia que en estos días nos trae la prensa, nos llama de nuevo a la reflexión sobre la vigencia del problema. En este caso, es Bolivia, donde presenciamos un serio enfrentamiento entre el Presidente y la Corte Suprema de Justicia. Los ataques se dan luego de que los jueces rechazaran la pretensión del gobierno de que la Asamblea Constituyente adquiriera poderes absolutos. El Presidente, Evo Morales, "...acusó a la Corte Suprema de Justicia de ser uno de los resabios del estado colonial que quiere desterrar"⁶⁰. Un año y medio después, únicamente la Presidenta la Dra. Salame, tiene a cargo el Tribunal Constitucional, pues los demás integrantes han renunciado por diferentes razones, y no se ha logrado que la nueva integración sea nombrada. El día 27/7/2008, AFP, trasmite al mundo el nuevo conflicto entre el Tribunal Constitucional, que admite una acción de inconstitucionalidad contra el referéndum que impulsa el Presidente para que el pueblo boliviano decida si debe o no continuar en el poder. Esta situación, hizo exclamar al Ministro de Defensa que el acto electoral "...no puede ser frenado por un acto de prevaricato, el Gobierno Nacional tiene la decisión de presentar la querrela criminal por prevaricato (...) porque si es evidente que ha emitido esa opinión oficiosa simplemente está usurpando funciones que no le competen"⁶¹. Nuevamente, una decisión de un Juez Constitucional, puede llevarlo a los Tribunales, a un juicio político y a su destitución.

7. CONCLUSIÓN

Conforme se desprende el tema es complejo. Tiene un alto contenido ideológico y un déficit educativo en cuanto al rol que deben jugar los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial. El dogma de la división de poderes así como la supremacía del Parlamento se han transformado. El ciudadano tiene un papel más activo como denunciante o colaborador de los Tribunales o Salas Constitucionales para limitar los abusos del poder. No obstante, tal parece que en América Latina, esta idea no ha calado lo suficiente. La ley, el partido y el caudillismo sigue siendo en la psique de algunos el paradigma por excelencia. Ante este reto debemos potenciar la Constitución como norma suprema, como piedra angular del Estado de Derecho. Creemos que los roces solo pueden ser atemperados a través de los procesos educativos. Desde la escuela ha de enseñarse a los futuros ciudadanos que existen nuevas y diferentes competencias legales, éticas y constitucionales. Los conflictos no deben resolverse por las vías de hecho y el respeto debe ser la regla que prive en la nueva sociedad.

Hasta que esto ocurra se debe garantizar la inmovilidad e independencia funcional del juez constitucional. Para lograrlo es imperativo un cambio en el procedimiento de su elección. Hasta ahora la tarea ha estado a cargo de los órganos legislativos. En otros el Presidente recomienda el candidato y el Parlamento o Asamblea lo apoya o no. Esta situación genera disfunciones y desconfianza en los ciudadanos que observan, desde la prensa escrita o hablada como el Juez es electo "políticamente". Por ello, no es de extrañar que algunos diputados crean tener el derecho de "resentirse" cuando las sentencias les son desfavorables y han sido dictadas por aquellos que han contribuido a nombrar. Rompiéndose ese cordón umbilical, creo que la mi-

Terry US\$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago; y a la señora Delia Revoredo Marsano US\$35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago" Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 130.

56 Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, decisión of 27 January 1989, Series A no. 155, para. 32; y Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47, para. 78.

57 Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, supra nota 51, para. 32; Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47, para. 78; y Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, para. 55.

58 Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, supra nota 51, para. 32; Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47, para. 78; y Eur. Court H.R., Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, para. 27.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de Enero de 2001, parágrafo 75.

60 Periódico La Nación: "Presidente de Bolivia enfrenta a y ataca a la Corte Suprema", San José, 6 de octubre de 2006, (28A).

61 <http://afp.google.com/article/ALeqM5iUlxYkvWkXt8rdWHBvAlkpfyEg> (27/07/08)

tad del camino se habría recorrido. De no darse la reforma constitucional o legal que lo garantice, los jueces constitucionales, deben hacerlo por sí mismos. Debemos tener claro que nuestra primera obligación es ser independientes. Debemos tener claro que nos debemos solo al pueblo y a sus ansias de justicia, a la Constitución que juramos defender y a los derechos humanos que son la esperanza de los hombres del futuro. En última instancia, según le escuché alguna vez, a la Magistrada del Tribunal Constitucional Federal Alemán Evelyn Haas: "quién se casa con el espíritu de los tiempos muy pronto queda viudo...".

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

- Bazán, Víctor (coordinador): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997.
- Colombo Campbell, Juan: *El debido proceso constitucional*, Santiago: Tribunal Constitucional, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos et al.: *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos, tribunales nacionales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores): *El derecho de amparo en el Mundo*, México, D. F.: Porrúa, 2006.
- García Beluande, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, Trujillo: MARSOL, 1998.
- García Beluande, Domingo: *La constitución en el péndulo*, Arequipa: UNSA, 1996.
- Gómez Puente, Marcos: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- Haba, Enrique Pedro; Barth, José Francisco: *Los principios generales del derecho*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.
- Hess Herrera Ingrid: *Relaciones políticas y jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa*. Tesis de licenciatura no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1993.
- Hernández Valle, Rubén: *Derecho procesal constitucional*, San José: Juricentro, 1995.
- Hernández Valle, Rubén: *Escritos sobre justicia constitucional*, Medellín: Dike, 1997.
- Montecino Giralt, Manuel Arturo: *El amparo en El Salvador*, San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2005.
- Nieto, Alejandro: *La organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1990 (1984).
- Patiño Cruz, Silvia; Orozco Solano, Víctor: *La inconstitucionalidad por omisión*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.
- Piza Escalante, Rodolfo E. et al.: *La jurisdicción constitucional*, San José: Juricentro, 1993.
- Piza Escalante, Rodolfo E. et al.: *La Sala Constitucional homenaje en su X aniversario*, San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1999.
- Quesada Mora, Juan Gerardo: *Temas sobre derechos fundamentales y constitucionales*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.
- Sagües, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS:

Información referente a Venezuela:

<http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela0604/5.htm>

Información referente a Ecuador:

http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc

Naciones Unidas. Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2005, http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc (29.9.2006)

Naciones Unidas. Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2005, en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc (29.9.2006)

Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia *El Presidente y el Congreso coartan la independencia judicial* (Washington, 17 de diciembre de 2004) [hrw.org/defending human rights World Wide](http://hrw.org/defending-human-rights-world-wide) (29.9.2006)

Human Right Watch: "Informe. Manipulando el Estado Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela", en II. Normas internacionales sobre la independencia judicial. La OEA y la Carta Democrática. <http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela0604/5.htm> (29.9.2006)

LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas¹

I. INTRODUCCION

Este artículo tiene como objetivo evidenciar algunos problemas que se presentan en el trámite de la acción civil resarcitoria y el consecuente incumplimiento de las disposiciones legales sobre esta materia. Los resultados obtenidos reflejan la necesidad de realizar algunos cambios importantes, a efecto de utilizar los procedimientos adecuados para resolver los conflictos civiles que se plantean en sede penal.

El trabajo se relaciona con un análisis de sentencias emitidas durante el año 2004, por los Tribunales de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, del Segundo Circuito Judicial de San José, del I Circuito Judicial de Alajuela, del Tribunal de Juicio de Heredia y el Tribunal de Juicio de Cartago.

Siguiendo un criterio de experto (Ary, Jacobs y Razavieh, 1997, pp. 140-141), se tomó en cuenta un 20% de la población de sentencias dictadas por Tribunales penales en todo el país, durante el citado año, relacionadas con reparación civil en el proceso penal.

De la totalidad de Tribunales de Juicio ubicados por provincia, a saber, San José, Alajuela, Cartago, Heredia, Guanacaste, Puntarenas y Limón, se seleccionó a los principales de la gran área metropolitana. Se valoró para esta decisión que son los despachos que más fallos emiten sobre acción civil. De tal forma que el resultado del estudio reflejó lo que está sucediendo en el resto del país.

Para determinar el porcentaje de expedientes se tomó en cuenta las sentencias que contenían un pronunciamiento sobre acción civil, dictadas por los citados tribunales. Así se estudiaron, para el I Circuito Judicial de San José, 44 expedientes (27% de la muestra); en el II Circuito Judicial de San José, 21 (13%); en el I Circuito Judicial de Alajuela, 33 (21%); en el Tribunal de Juicio de Cartago, 28 (18%), y en el Tribunal de Juicio de Heredia, 33 (21%). En total 159 causas, que representan el 20% de la totalidad de sentencias con acción civil, dictadas durante el año 2004 en todo el país (781), a saber el 100%, según el informe del Departamento de Estadística del Poder Judicial.

II. RESULTADOS OBTENIDOS

1. Requisitos del escrito de acción civil resarcitoria.

Se parte de la base de los requisitos establecidos por el artículo 112 del Código Procesal Penal (en adelante cpp).

a. Nombre y domicilio de la persona física o jurídica actora civil

El artículo 112 del Código Procesal Penal establece que debe indicarse el nombre de la persona que solicita ingresar al proceso en calidad de actor civil. En la muestra se respetó esta exigencia, pues en todas las sumarias examinadas se indicó el nombre y el domicilio de la persona física o jurídica que pretendía constituirse como actora civil.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica; Especialista en Reparación civil extracontractual, de la Universidad Castilla-La Mancha; Magíster en Ciencias Penales y Especialista en Ciencias Penales, de la Universidad de Costa Rica. Juez de Casación Penal y Magistrado Suplente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados de Costa Rica. Presidente de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Premio Ulises Odio 2008

b. Nombre y domicilio de la persona física o jurídica demandada, así como el vínculo

El artículo 112 regula que debe mencionarse el nombre y domicilio de la persona física o jurídica demandada, así como el vínculo. La norma hace referencia al tercero civil responsable, dado que nuestra legislación realiza una distinción injustificada entre esas personas y el imputado que se tiene como parte civil. Esta regulación dispone que cuando no se mencione el nombre del encartado que se demanda, se entiende que la acción civil resarcitoria se emprende contra todos los que aparezcan en la causa.

Este requisito se observó en los 159 casos. En todos, la acción civil se emprendió contra personas físicas y en veintitrés de estos también se incluyó a personas jurídicas. Se cumplió con el requisito de indicar el nombre de ambos demandados, así como su domicilio. En 2 causas no se justificó el vínculo, es decir, no hubo mención de las razones por las cuales esa persona jurídica respondería conjuntamente con el imputado. Esto debió originar una prevención para subsanar el defecto, conforme con lo regulado en el artículo 15 del Código Procesal Penal, pero no se hizo por el Ministerio Público ni por el Juzgado Penal.

En los citados 23 procesos en que se demandó a personas jurídicas, únicamente se citó el nombre del representante en 12 causas y sólo se aportaron 9 personerías. El Ministerio Público y el Juzgado Penal no ordenaron la subsanación de este defecto, lo cual implica que no se está cumpliendo con las exigencias legales (art. 15 cpp). Es decir, los actores y demandados civiles deben acreditar sus respectivas personerías, presentando la prueba documental respectiva. Bajo ninguna circunstancia deben los Juzgados Penales o bien los representantes del Ministerio Público suplir esa obligación de las partes civiles (art. 317 del Código Procesal Civil).

c. Indicación del proceso

El artículo 112 también establece que debe identificarse el proceso en el cual se pretende la constitución como parte civil. El estudio reveló que en todos los casos se identificó el proceso, señalando el delito, el nombre de las partes, el número de

causa, así como el despacho del Ministerio Público o el Tribunal de Juicio, ante los cuales se presentó el escrito de acción civil resarcitoria. De tal forma que este requisito se cumplió a cabalidad en la muestra examinada.

d. Motivos en que la acción se basa

Esta disposición obliga a los actores civiles a consignar en el escrito una relación de hechos, relacionados con las pretensiones civiles que formulan. Si bien es cierto en todas las acciones civiles presentadas se hacía alusión al reclamo de un daño moral o material, el problema generalizado que se observó fue la falta de una descripción detallada de hechos relacionados con el daño sufrido, haciéndose referencia a la cuestión penal. Lo anterior tiene trascendencia desde el punto de vista civil, en el tanto los hechos fijan la competencia del juzgador y constituyen la *causa petendi*. Las partes civiles deben tener especial cuidado en concentrarse en una delimitación clara, precisa y circunstanciada de los hechos en los cuales sustentan sus pretensiones.

2. Patrocinio letrado

Las normas vigentes (arts. 111 y 124 del CPP) exigen al actor y al demandado civil actuar con patrocinio letrado. En todas las acciones civiles se cumplió con este requisito, interviniendo abogados particulares, o bien fiscales de la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas del Ministerio Público.

3. Traslados de la acción civil resarcitoria a los demandados civiles

3.1 Traslado

Este trámite se cumplió casi en su totalidad. Sólo en tres casos no se dio traslado del escrito de acción civil resarcitoria a los demandados civiles.

3.2 Plazo del traslado

La legislación vigente no contiene, en los delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada, un plazo determinado para el traslado de la acción civil a los demandados. De ahí que existen tres opciones: una, utilizar los tres días que contemplan el trámite de excepciones (arts. 42 a 44 del cpp); otra, el plazo que fija el Código Procesal Civil; finalmente, el artículo 316 del Código Proce-

sal Penal, señala que al recibir la causa el Juzgado Penal debe conceder una audiencia a las partes, por cinco días, para los efectos del artículo 317, que contempla la oposición de excepciones. Esta última posibilidad otorga mayor tiempo a las partes demandadas para formular la oposición a la acción civil.

De la muestra examinada se obtuvo el siguiente resultado sobre los traslados: en 107 casos (67% de la muestra) no se indicó el plazo del traslado, entendiéndose que el demandado civil cuenta con todo el que abarque la fase de investigación y que puede oponerse a la acción civil en la etapa intermedia, cuando el juez penal le otorga audiencia sobre la acusación y las actuaciones del Ministerio Público (art. 316 del cpp). El artículo 317 del Código Procesal Penal permite, entre otras opciones, oponer excepciones, de lo cual derivan, válidamente, los operadores del sistema penal, que el demandado civil puede oponerse a la acción civil en ese instante.

En 43 causas (27% de la muestra) se otorgó un plazo de cinco días para contestar la acción civil. Si se toma en cuenta que de las 159 revisadas, solo 16 eran de acción privada, donde el plazo es de 5 días, quedan 27 casos (17% de la muestra) en los cuales se escogió ese plazo, que no está regulado en la ley.

En 6 casos (4%) se estableció un plazo de traslado de tres días, probablemente derivado del trámite de excepciones penales que regula el Código Procesal Penal.

Finalmente, en 3 causas (2%) no se dio traslado y, consecuentemente, tampoco se usó plazo sobre el particular. Esto resulta reprochable, pues denota desidia hacia una cuestión que, al igual que la penal, es esencial para los intereses de las víctimas que han sufrido un daño con ocasión de un hecho presuntamente delictivo.

De esta información se extrae que es importante regular, para los delitos de acción pública y de acción pública a instancia privada, el plazo de traslado, que bien podría ser de cinco días, como se establecía en el derogado Código de Procedimientos Penales —esto para lograr uniformidad al efecto—. En todo caso, lo importante es que si el demandado civil, debidamente notificado, no contesta la

acción civil, conforme con el Código Procesal Civil (art. 310), debe presumirse que admite los hechos que contiene la acción civil. Sin embargo, esta presunción puede luego ser descartada a través de la aportación de prueba.

4. Respuesta a la acción civil resarcitoria por los demandados civiles

4.1 Contestación a la acción civil

De acuerdo con lo mencionado en puntos anteriores, de las 159 causas examinadas, únicamente en 156 (98% de la muestra) se otorgó traslado a los demandados civiles. De estos solo hubo respuesta del los demandados civiles en 65 asuntos (41%), quedando sin contestar 91 (59%).

Esto implica que no se está ejerciendo adecuadamente el derecho de defensa de los demandados civiles, pues desaprovechan la audiencia para oponerse a la acción civil resarcitoria y formular excepciones. A este aspecto deben poner mayor atención los abogados particulares y los defensores públicos encargados de defender a los demandados civiles, oponiéndose a los hechos y pretensiones del actor civil, cuando lo estimen conveniente, y haciendo uso las excepciones civiles que contempla el artículo 298 del Código Procesal Civil (la falta de competencia; la falta de capacidad o la defectuosa representación; la indebida acumulación de pretensiones; el *litis consorcio* necesario incompleto; el acuerdo arbitral; la litis pendencia; la cosa juzgada, la transacción, la prescripción y la caducidad), entre otras.

4.2 Formulaciones de excepciones

La falta del ejercicio de defensa también se aprecia en la oposición de excepciones que contempla el artículo 298 del Código Procesal Civil, a la acción civil resarcitoria. De los 65 casos en que se contestó la acción civil, únicamente en 49 (75%) de presentaron excepciones. En éstas prevalecieron las de fondo, como la falta de derecho (45), falta de legitimación (43), la falta de interés (12). De los citados 65 casos, en 16 (25%) no se opuso excepciones, desaprovechando este instituto contemplado en la legislación procesal civil.

Como excepciones previas y de forma se opuso prescripción (3), caducidad (3), falta de competen-

cia (1), defectuosa representación (1), litis consorcio pasivo necesaria (1), litis pendencia (1).

Este panorama refleja que no se está utilizando las excepciones, como una forma de defensa contra la acción civil resarcitoria. La causa de lo anterior no es posible determinarla en este trabajo, pero si es viable sospechar que se genera por desconocimiento de las posibilidades de defensa que brinda el ordenamiento jurídico.

5. Audiencia sobre la oposición a la acción civil resarcitoria

El Código Procesal Penal (art. 115) establece la obligación de hacer del conocimiento del actor civil la oposición que formule el demandado civil a sus pretensiones. Ya se mencionó que en 65 casos los demandados civiles se opusieron a la acción civil resarcitoria. De estos solamente en 11 casos (17%) el Ministerio Público (en delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada), o el tribunal de juicio (en delitos de acción privada), dieron traslado al actor civil.

Esto implica que se incumplió con dicha exigencia en 54 causas (83%), lo cual es preocupante. Si son sumamente pocos los asuntos en que media oposición y en estos no se da traslado al actor civil sobre esa gestión del demandado civil, queda claro que no se está dando importancia al trámite de la acción civil resarcitoria por los jueces de juicio y el Ministerio Público.

De igual forma, en los 11 casos en que se concedió audiencia sobre la oposición, se utilizaron plazos variados: sin plazo (7), tres días (3), cinco días (1). En forma similar para el traslado, el Código Procesal Penal no regula un plazo para la audiencia sobre la oposición a la acción civil, cuestión que debe legislarse, a efecto de brindar seguridad a las personas involucradas en el trámite de este instituto.

6. Formulación de pretensiones

Conforme con lo expuesto en este trabajo, formular las pretensiones implica describir, con claridad y precisión, el tipo de daño moral, daño material y perjuicios, cuya reparación se pretende, o bien mencionar el bien sobre el cual se pide la restitución. Además, cuando se busca una reparación, es necesario cuantificar el daño sufrido.

El Código Procesal Penal contiene una confusión en el artículo 308, pues señala que deben fijarse las pretensiones cuando el Ministerio Público otorga audiencia al actor civil sobre la acusación, fijándole 5 días al efecto. En realidad las pretensiones ya se han establecido en el escrito de acción civil, pues ahí debe describirse el daño sufrido, cuya reparación se pretende, es decir, la *causa petendi*. En la audiencia del artículo 308 del Código Procesal Penal lo que debe realizarse es la cuantificación de ese daño. Sin embargo, ante la confusa legislación vigente y en aras de la tutela judicial efectiva, es factible, para los actores civiles, formular y concretar pretensiones en el plazo que establece el artículo 308 ya citado.

En los casos investigados se formuló pretensiones en 157 de ellos (98% de la muestra). En 2 no se indicó nada al respecto, sin que se declarara el desistimiento por el Juzgado Penal, conforme correspondía, por así disponerlo, expresamente, el artículo 117 del Código Procesal Penal.

Prevalció la solicitud de reparación de daño material (139), daño moral (142) y el de perjuicios representados por la pretensión de pago de intereses legales (39). Únicamente en un caso se solicitó la indexación, probablemente por el desconocimiento de la posibilidad de hacerlo, establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Casación (*voto 190-F-99, del 4 de junio de 1999*) y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (*Voto 1016-F-04, de las 9:30 horas, del 26 de noviembre del 2004*). Actualmente, en la Ley No. 8508, del 28 de abril de 2006, (Código Procesal Contencioso Administrativo), publicado en el alcance No. 38, a la Gaceta No. 120, del 22 de julio del 2006, que rige desde el 1 de enero del 2008, se establece la posibilidad de actualizar los montos en la sentencia, en las deudas dinerarias, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida entre el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago, lo anterior sin perjuicio de la indexación convencional (art. 123).

7. Ofrecimiento de prueba

En esta materia está vigente el principio de carga de la prueba para la acción civil resarcitoria. Es decir, rige a plenitud lo estipulado por el artículo 317 del Código Procesal Civil, en el sentido de que el actor civil debe demostrar los hechos en que apoya

sus pretensiones y le corresponde al demandado civil acreditar aquellos en los cuales justifica su oposición y las excepciones formuladas contra la acción civil.

Esta posición fue respetada por el Ministerio Público, los Juzgados Penales y el Tribunal de Juicio, pues en ningún caso se ordenó prueba de oficio, a favor de alguna de las partes civiles.

La citada obligación también ha sido comprendida por los actores civiles, pues en 157 casos (98% de la muestra) de los estudiados se ofreció prueba para justificar las pretensiones. Solamente en dos casos no se hizo, pero no hubo intervención de oficio por el Ministerio Público, ni los juzgadores.

8. Constitución de partes y resolución sobre excepciones en la etapa intermedia.

El trámite de constitución de partes (actor y demandado civil), únicamente está previsto para los delitos de acción pública y de acción pública a instancia privada. En los delitos de acción privada no se regula al respecto.

Corresponde al juzgado penal, al resolver sobre la audiencia preliminar, determinar si admite o no como partes al actor y al demandado civil. En los casos estudiados (159), una vez eliminadas las causas por delitos de acción privada (16), tenemos que el juzgado penal emitió un pronunciamiento al respecto en 140 casos (98%), aceptando a las partes civiles. Esto implica que en 3 procesos (2%) el juzgado penal no cumplió con la obligación de decidir sobre la constitución de partes, cuestión sobre la cual debe ponerse mayor atención.

Otro aspecto de interés que debe resaltarse es que el Juzgado Penal está obligado a pronunciarse sólo sobre las excepciones previas formuladas por las partes. Las excepciones de fondo como la falta de derecho, falta de legitimación y falta de interés, deben reservarse para la eventual sentencia posterior al juicio oral y público.

En la muestra investigada, en forma absolutamente irregular, los juzgados penales se pronunciaron en 7 casos sobre las excepciones de fondo de falta de derecho y falta de legitimación, rechazando las mismas. Esto evidencia un desconocimiento sobre la materia que también debe corregirse.

9. La sentencia

Con la sentencia culmina buena parte del trámite de la acción civil resarcitoria, restando los recursos y el proceso de ejecución, dos temas que no son objeto de tratamiento en este artículo.

En el trabajo de campo se ha valorado, especialmente, la cuestión formal de los fallos y no los aspectos de fondo que involucran a la acción civil resarcitoria, de ahí que el principal esfuerzo se ha enfocado en ese sentido.

9.1 Resolución de los presupuestos materiales

Al resolver el tema civil, el Tribunal debe ocuparse (de oficio) de determinar la presencia de los presupuestos materiales, a saber, la existencia del derecho (daño, relación de causalidad, criterios de imputación), la legitimación activa y pasiva y el interés actual. Es decir, aunque no se hayan opuesto las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación, activa o pasiva, o bien la falta de interés por el demandado civil, deben los juzgadores emitir un pronunciamiento al respecto, lo cual, a la vez, facilita enormemente la toma de una decisión.

De la muestra examinada, se cumplió con este requisito en 11 casos. Es decir, se realizó una valoración sobre la existencia del daño y la obligación legal de reparar; la relación entre la persona que solicitaba la indemnización y el derecho que le asistía; que se demandara a la persona que debía responder y sobre la exigibilidad de la obligación. Aunque no en todos esos 11 casos (7%) se hizo referencia expresa a estos requisitos, del contenido de la resolución se pudo extraer su valoración por los juzgadores.

Restados los casos en que se presentaron formas extraordinarias de conclusión del proceso (desistimiento (6) y conciliación (1), y (1) en el cual la acción se declaró inadmisibile en juicio), tenemos que no hubo pronunciamiento sobre los presupuestos materiales en 140 casos (93%), lo que resulta realmente preocupante.

La anterior información refleja un sorprendente desconocimiento sobre la materia, lo cual debe ser tomado en cuenta en futuros cursos de la Escuela Judicial, el Ministerio Público, la defensa pública

y el Colegio de Abogados, debiendo de resaltarse que la última institución ya ha tomado medidas al respecto impartiendo cursos sobre la acción civil en diferentes partes del país como Pérez Zeledón, Liberia, Turrialba, Corredores, Puntarenas, y Cañas, entre otros. Lo propio ha ocurrido en la sede central del Colegio de Abogados, entidad que en conjunto con la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, ha impartido cursos que contemplan los aspectos generales más importantes del tema. Lo propio ocurre con el Ministerio Público que a partir de este año (2009) ha iniciado cursos de capacitación para los fiscales, relacionados con la reparación civil en el proceso penal.

9.2 Resolución sobre las excepciones

Como ya se indicó, de los 159 casos estudiados, 7 se resolvieron por medio de formas extraordinarias de conclusión del proceso y 1 acción civil se declaró inadmisibles en juicio por haber sido presentada en forma extemporánea. De tal forma que quedaron 151 causas sobre las cuales se emitió un fallo condenatorio o absolutorio en lo civil.

También, se había mencionado que los demandados civiles prácticamente no utilizaron las excepciones para combatir la acción civil resarcitoria, pues solo en 49 casos fueron presentadas.

Este problema se ha incrementado con la conducta de los juzgadores de juicio, quienes solo se pronunciaron en 19 casos (39%), de los 49 citados, sobre las excepciones formuladas por los demandados civiles. Es decir, en 30 causas (61%) se dejó de resolver sobre el particular, con lo cual únicamente a través de la condena o absolutoria civil era posible derivar su rechazo o admisión.

Esos 19 casos en que se resolvió expresamente las excepciones se distribuyen de la siguiente forma: con lugar falta de derecho (5), falta de legitimación (1), falta de interés (1), litis pendencia (1). También se declaró inadmisibles una acción civil en juicio, por haber sido presentada en forma extemporánea. Sin lugar fueron declaradas: falta de derecho y falta de legitimación (7), falta de interés (1) y defectuosa representación (1).

Sobre este particular también debe instruirse a los jueces, pues tienen la obligación de pronunciarse en el fallo sobre todos los aspectos esenciales

planteados en el juicio, así como de cuestiones formuladas con anterioridad como lo relativo a las pretensiones y excepciones. De lo contrario la sentencia podría resultar nula, por falta de motivación.

9.3 Breve resumen de las pretensiones

En lo concerniente a la acción civil resarcitoria, el fallo del Tribunal de Juicio debe contener, en los resultandos, como lo exige el Código Procesal Civil (art. 155), un breve resumen sobre las pretensiones de la parte actora civil.

Este requisito tampoco ha sido cumplido en la mayoría de la muestra examinada. De los 151 casos en que se emitió fallo condenatorio o absolutorio, solamente en 31 (20%) se hizo mención a las pretensiones de las partes. Esto implica que se incumplió con este requisito en 120 casos (80%). De nuevo se insiste en la necesidad de instruir a los jueces sobre la obligación de observar las exigencias legales para el fallo sobre las cuestiones de la acción civil resarcitoria.

9.4 Hechos demostrados

Tanto la legislación procesal penal (art. 363) como la procesal civil (art. 155), exigen consignar en la sentencia una relación de los hechos tenidos por demostrados, de lo cual no escapa, por supuesto, los de la acción civil resarcitoria.

En cuanto a este requisito, solo en 22 casos (15%), de los 151 sobre los cuales se emitió fallo condenatorio o absolutorio, se incluyó una relación de hechos demostrados, o no demostrados, sobre el tema civil. En 129 causas (85%) no se cumplió con la exigencia, lo cual implica una ausencia de motivación fáctica importante en las sentencias relacionadas con la acción civil resarcitoria.

9.5 Fundamentación descriptiva, intelectual y jurídica en la sentencia

La investigación de campo también logró determinar algunas deficiencias en la motivación de las sentencias civiles en sede penal, desde el punto de vista jurídico.

En cuanto a la fundamentación descriptiva, consistente en la necesidad de transcribir en el fallo un resumen de la prueba oral recibida en la au-

diencia (art. 143 del Código Procesal Penal), no se apreciaron problemas, pues en la totalidad de la muestra (151 fallos absolutorios o condenatorios), se cumplió con este requisito.

Lo propio ocurre con la fundamentación intelectual, es decir, la valoración de la prueba. Hubo una satisfactoria valoración de la prueba, pues en la totalidad de la muestra se analizó los elementos de convicción recibidos en la audiencia, sin embargo, se dio énfasis a los aspectos penales. Es importante utilizar mayor motivación intelectual en los aspectos concernientes al pronunciamiento civil.

El problema esencial se presentó en relación con la fundamentación jurídica. En 88 casos (55%) si se emitió un pronunciamiento sobre las normas jurídicas, tanto de orden procesal como sustantivo, aplicables a la cuestión civil. En 71 casos (45%) los jueces no se preocuparon por cumplir con este requisito. Debe aclararse que sobre este particular se toma en cuenta la totalidad de la muestra (159 causas), porque aún en los casos en que concluyó el proceso, por razones extraordinarias, siempre fue necesario la justificación jurídica de la decisión. De tal forma que también debe insistirse sobre la necesidad de observar este requisito fundamental del fallo, para lo cual resulta esencial instruir a los juzgadores en temas de fondo involucrados en la acción civil, como los alcances del concepto de daño moral, daño material, intereses. Asimismo, es esencial que el pronunciamiento sobre la reparación civil tome en cuenta lo regulado, entre otros, en los artículos 103 del Código Penal; las normas vigentes sobre responsabilidad civil del Código Penal de 1941; los artículos 1045 y 1048 del Código Civil; el artículo 35 de la Ley 7472, Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.

9.6 Sentencias condenatorias y absolutorias

Excluidas las causas en las cuales se aplicó una forma extraordinaria de conclusión del proceso (8), en los 151 casos restantes se dictó el siguiente tipo de sentencia: 69 absolutorias en lo civil (45%) y 82 sentencias condenatorias (55%).

9.7 Pronunciamiento sobre costas

Conforme con lo indicado, se dictaron sentencias condenatorias y absolutorias en lo concerniente a

la acción. Se realiza una separación del pronunciamiento sobre costas, según cada tipo de las sentencias mencionadas.

En las 69 sentencias que declararon sin lugar la acción civil, hubo pronunciamiento sobre costas en 61 casos (88%). En 8 (12%) el Tribunal incumplió con la obligación de resolver lo pertinente sobre ese rubro. De las 61 sentencias en que se emitió pronunciamiento, en 54 (89%) se absolvió de su pago al actor civil y en 7 casos (11%) se condenó. De los citados 54 casos, en 30 (55%) la absolutoria obedeció a razón plausible para litigar, es decir, se motivó el pronunciamiento. En 24 (45%) no hubo fundamentación, es decir, no se indicaron en la sentencia las razones por las cuales se eximía del pago de costas. Esto revela incumplimiento de lo estipulado por la legislación procesal penal sobre el particular.

Se decretó condenatoria civil en 82 sentencias. En estas no hubo pronunciamiento sobre costas en 5 casos (6%). En las restantes 77 (94%) el tribunal resolvió sobre este extremo. Las dos absolutorias no fueron fundamentadas y las condenatorias sí. Aunque el defecto es menor, no debería de presentarse en casos en que no se justifique lo correspondiente a la condenatoria o absolutoria sobre este extremo.

10 Formas extraordinarias de conclusión del proceso

De las formas extraordinarias de conclusión del proceso, en la investigación se incluyó el desistimiento, la conciliación y la transacción. En los 159 casos sometidos a estudio, se logró comprobar el uso de estos institutos en 7 causas (4%). De estas, en 6 concluyó la acción civil por desistimiento, 2 expresos y 4 por desistimiento tácito. De las cuatro citadas las razones fueron: no concretar pretensiones; no presentarse el actor civil a rendir declaración en el juicio; no acudir el actor civil a la primera audiencia del debate y no formular conclusiones. Solamente en 1 causa se usó la conciliación para resolver el conflicto civil.

Resulta oportuno incrementar el uso de institutos de resolución alternativa al conflicto, lo cual incluye el aspecto civil, con la finalidad de que sean las partes las que lleguen a un acuerdo sobre el problema planteado y que no sea el juzgador quien imponga su criterio al respecto.

11. Medidas cautelares

Para efectos de este trabajo solamente se incluyeron como medidas cautelares el embargo y la anotación de la demanda. La investigación de campo determinó que no se hizo uso del embargo. En 49 casos (31%) se utilizó la anotación sobre bienes muebles, concretamente, sobre los asientos de vehículos automotores en el Registro Público, con fundamento en lo estipulado por los artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por vías terrestres.

En 10 casos (6%) se ordenó la anotación de la acción civil sobre los asientos de inscripción de bienes inmuebles. De estos, en 6 (60%) se justificaron en lo establecido por los artículos 468 del Código Civil y 292 del Código Procesal Civil. En 4 casos (40%), la anotación de la demanda fue decretada en contra de lo establecido por esas normas, pues no se discutía aspectos de propiedad sobre los bienes objeto de anotación. Esto evidencia desconocimiento sobre la materia, cuestión a tomar en cuenta para futuros cursos a los operadores del sistema penal.

III. CONCLUSIONES

De acuerdo con los datos obtenidos en esta investigación de campo, se ha detectado deficiencias importantes en la tramitación de la acción civil resarcitoria.

Algunos fiscales y jueces penales no se han preocupado por exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 112 del Código Procesal Penal, en el escrito de acción civil resarcitoria. De ahí que, entre otros, no se haya prevenido a los actores civiles mencionar el vínculo jurídico que existe entre el tercero civilmente demandado y el hecho atribuido al imputado. Esto es importante para determinar la razón por la cual se estima que existe obligación de responder en forma solidaria con el imputado por los daños ocasionados.

Ese incumplimiento también se refleja en que no se previno a los actores civiles mencionar el nombre de los representantes de las personas jurídicas y aportar las personerías correspondientes. Incluso en algunos casos se detectó que el Ministerio Público, de oficio, pedía esa información al Registro Público, lo cual es incorrecto, pues es la parte de la que debía preocuparse por aportar esos datos.

Otro defecto que se observó en el escrito acción civil, cuya corrección no fue ordenada por el fiscal o el juez penal, es que en algunos no se detallaba el daño moral, o material sufrido por la víctima. Sobre el particular solo se mencionaba que se reclamaba daño moral o bien material, pero no se indicaba en qué consistía. Tampoco hubo prevención al respecto.

En cuanto al traslado de la acción civil resarcitoria al demandado civil, se determinó que se utilizan diversos plazos. En la mayoría de casos no se indicó el plazo y en los restantes se dio traslado por cinco o tres días. Es necesaria una reforma que unifique lo anterior, pues al no existir regulación expresa en la ley se presenta la inseguridad, por la incertidumbre en cuanto al tiempo con que se cuenta para contestar la acción civil.

Lo propio ocurre con el traslado de la oposición del demandado al actor civil. De los pocos casos en que el demandado civil contestó la acción civil (65), únicamente en 11 el Ministerio Público dio traslado sobre esa oposición. Con lo anterior se incumple abiertamente con lo regulado en el artículo 115 del Código Procesal Penal.

Se evidenció en el trabajo de campo, como se indicó en el punto anterior, que los demandados civiles no hacen uso del derecho de defensa, pues en la mayoría de casos no contestaron la acción civil (únicamente en 65). Y de estos, sólo en 49 plantearon excepciones, especialmente de fondo, como la falta de derecho, falta de legitimación y, en menor medida, la de falta de interés. Las excepciones previas brillaron por su ausencia. Aquí la inercia resulta atribuible a los demandados civiles y, en especial, a sus defensores, quienes no utilizaron los instrumentos que le facilita el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los demandados.

Es importante destacar que hubo un respecto absoluto al principio de la carga de la prueba, pues fueron las partes quienes la ofrecieron para demostrar los hechos en que justificaban sus pretensiones, o bien aquella que servía de base a la oposición o formulación de excepciones. En ningún caso intervino el Ministerio Público o los tribunales de oficio, con lo cual permanece incólume el principio de imparcialidad. En cuanto a la labor del juzgado penal, en la etapa intermedia, se evidenciaron algunas irregularidades, como el no pronunciarse sobre la

constitución de partes, en tres causas. Además, se emitió un pronunciamiento sobre las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación en 7 casos, en esa fase procesal, lo cual es irregular pues es una materia reservada para la sentencia posterior al juicio oral y público.

En lo concerniente a la sentencia, la investigación también reflejó algunas inconsistencias, pues no se observó los requisitos correspondientes en la solución del conflicto civil. En primer término, solamente se hizo referencia expresa a los presupuestos materiales (derecho, legitimación e interés actual), en 11 causas. Tomando en cuenta que la muestra era de 159 casos, menos 7 causas en que concluyó el proceso en forma extraordinaria, tenemos que en 140 casos (93% de la muestra) no se hizo un análisis, al menos sucinto, de la presencia de los presupuestos materiales para resolver la acción civil resarcitoria.

Una situación similar se observa en el pronunciamiento sobre las excepciones planteadas. Ya se indicó que sólo en 49 casos los demandados civiles formularon excepciones. De estos sólo en 19 (39%) se resolvió sobre las excepciones. Bien podría entenderse que al acogerse la demanda civil o al rechazarse, se estaba decidiendo sobre las excepciones, pero lo propio es que también exista un pronunciamiento expreso sobre el particular.

Los jueces de juicio tampoco se preocuparon por hacer un resumen de las pretensiones del actor civil en los resultandos, pues sólo en 31 casos se cumplió con ese requisito. Igual conducta se apreció en cuanto a consignar en la sentencia la relación de hechos demostrados o no demostrados. Únicamente en 22 fallos observó esta exigencia.

La fundamentación jurídica también fue deficiente en las sentencias analizadas. En 88 casos (55%) no se indicó en el fallo el sustento normativo (de fondo o forma) tomado en cuenta para resolver el problema civil planteado. En 71 causas (45%), si consta en las sentencias la correspondiente motivación.

También se apreció deficiencias en el pronunciamiento sobre costas, pues en algunos casos no se dispuso sobre el particular, a pesar de que la ley obliga a hacerlo. En otros tampoco se fundamentó lo relativo a la absolutoria en costas.

En el estudio de campo permitió constatar el poco uso, en la fase de juicio, de las formas extraordinarias de conclusión de la acción civil resarcitoria. Solamente en una causa se hizo uso de la conciliación. En otras se decretó el desistimiento tácito (4) y el desistimiento expreso (2).

Resulta oportuno incrementar el uso de institutos de resolución alternativa al conflicto, lo cual incluye el aspecto civil, con la finalidad de que sean las partes las que lleguen a un acuerdo sobre el problema planteado y no el juzgador quien imponga su criterio al respecto.

Sobre las medidas cautelares no se utilizó el embargo en las causas examinadas. En 49 causas se anotó la acción civil sobre los asientos de los vehículos, conforme con lo establecido por los artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por vías terrestres. En 10 casos se anotó la demanda sobre bienes inmuebles, de los cuales en 4 resultaba improcedente la medida, pues no se estaba discutiendo en el proceso penal algún problema relacionado con esas propiedades, con lo cual se resolvió en contra de lo estipulado por los artículos 468 del Código Civil y 292 del Código Procesal Civil.

Todo lo expuesto ha permitido determinar que debe incrementarse, a la brevedad posible, cursos de capacitación por la Escuela Judicial, el Ministerio Público, la Defensa Pública, el Colegio de Abogados de Costa Rica y las universidades estatales y públicas encargadas de la enseñanza del derecho, para solventar estos problemas. Con ello realmente nos estaremos preocupando por cumplir con el mandato constitucional de justicia no solo pronta, sino también cumplida (art. 41 de la Constitución Política). Sobre todo tomando en cuenta que el norte del proceso penal gira en torno a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos del imputado y las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdelnour Granados, Rosa María. (1984) La responsabilidad civil derivada del hecho punible. San José, Editorial Juricentro.
- Alsina (Hugo). (1961). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. (2ª edición). Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores.

- Arazi, Roland. (1997). Medidas Cautelares. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Arroyo Gutiérrez, José Manuel; Rodríguez Campos, Alexander. (2002). Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. (2ª edición). San José. Editorial Jurídica Continental
- Artavia Barrantes, Sergio. (2003). Derecho Procesal Civil. (2ª y 3ª Edición). Tomos I y II. San José. Editorial Jurídica Dupas.
- Artavia Barrantes, Sergio. (2005) Derecho Procesal Civil. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Dupas.
- Ary, Donald; Jacobs, Lucy Cheser; Razavieh, Asghar. (1997). Introducción a la Investigación Pedagógica. (2ª edición). México. McGraw-Hill.
- Calderón Cuadrado, María Pía. (1992). Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Madrid. Editorial Civitas.
- Cervantes Villalta, Edgar. (1979). La acción civil resarcitoria y los efectos del desistimiento. Revista Judicial. Número 11, marzo. Págs. 9-13.
- Creus, Carlos. (1985) Acción resarcitoria en el proceso penal. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Diez-Picazo, Luis. (2000). Derecho de daños. Madrid, Editorial Civitas.
- Diez-Picazo, Luis. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 5ª edición. Volumen Segundo, Madrid, Editorial Civitas.
- García de Enterría, Eduardo. (1995). La batalla por las medidas cautelares. (2ª edición). Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- González Álvarez, Daniel. (1984). La acción civil resarcitoria en la jurisprudencia de la casación penal. Revista Judicial, Número 28, marzo. Págs. 119-143.
- Jinesta Lobo, Ernesto. (1995). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. San José. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Lautayf Ranea, Roberto. Costas, Luis Félix. (2002). La acción civil en sede penal. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Méndez Zamora, Jorge. (2002). La acción civil resarcitoria en Costa Rica. Guápiles. Editorial El Universo.
- Montero Piña, Fernando. (2002). El daño moral. San José. Impresión Gráfica del Este S.A.
- Moras Mom, Jorge R. (1996). La acción civil reparatoria y proceso penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Núñez, Ricardo. (1982). La acción civil en el proceso penal. Córdoba. Editora Córdoba.
- Orgaz, Alfredo. (1967). El daño resarcible (actos ilícitos). (3ª edición actualizada). Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Parajeles Vindas, Gerardo. (2005). Introducción a la Teoría General del Proceso Civil. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Pérez Vargas, Víctor. (1991). Derecho Privado. (2ª ed.), San José. Litografía e Imprenta Lil S.A.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. (1997a). Los sujetos de la acción civil resarcitoria. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. En Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Segunda Edición. Págs. 379-402.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. (2001). Responsabilidad civil. (2ª ed.). San José, Ediciones Jurídicas Areté.
- Salazar Murillo, Ronald. (2003). Justicia Pronta y Mecanismos Alternativos, San José. Investigaciones Jurídicas S.A.
- Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén. (1997). La reparación del daño ex delicto. Granada, Editorial Comares.
- Sanabria Rojas, Rafael. Mora Arias, Patricia. (2003). La conciliación en el proceso penal. Revista Iustitia. Números 203-204. Págs. 21-32.
- Sanabria Rojas, Rafael Ángel. (1998). El desistimiento en la acción civil resarcitoria. Revista Iustitia. Números 136-137. Págs. 40-44.
- Sanabria Rojas, Rafael Ángel. (2008). Reparación civil en el proceso penal. San José, Editorial Editorama S.A.
- Vélez Mariconde, Alfredo. (2005). Acción resarcitoria. Córdoba. Lerner M.E.L. Editor.

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL: Un estudio sobre las trampas lógicas del debate

Dr. Minor E. Salas Solís
Universidad de Costa Rica

«... Son obstáculos porque nos impiden investigar honestamente la verdad, en particular, cuando la verdad es desagradable. La mayoría de la gente no desea tanto alcanzar la verdad, como encontrar razones que apoyen sus prejuicios favoritos.»

John Hospers (1979, p. 35.)

Resumen:

La discusión sobre temas controvertidos de la experiencia social y jurídica es compleja no solo por los elementos valorativos y prejuicios que suelen entrar allí en juego, sino, y fundamentalmente, por las *trampas* que asechan en el espíritu humano y que obstaculizan un conocimiento realista de los fenómenos. Este trabajo estudia, precisamente, eso: las trampas presentes en el debate sobre la pena de muerte. Tanto para los adversarios como para los defensores es de mucha importancia tener claridad sobre qué es exactamente lo que se discute y cuáles son las razones, buenas o malas, que se esgrimen en uno y otro bando. ¡Esta claridad no es la regla! En el debate de la pena capital –asi como de otros temas del derecho penal– reina, generalmente, la más soberana confusión. Se entremezclan planos distintos de análisis, no se definen nitidamente los conceptos, se confunden juicios de valor con juicios de hecho, se utilizan emotivamente las palabras, todo lo cual deviene en una contienda poco productiva y no rara vez absurda. «*Desbrozar el camino de malezas y estorbos*»: este sería –si se me permite una imagen gráfica–, el objetivo fundamental de este ensayo, el cual ha de ubicarse en el campo del derecho penal y de la epistemología del discurso normativo.

Palabras claves:

Pena de muerte, derecho penal, trampas lógicas, argumentos abolicionistas, argumentos retensionistas, prevención, retribución, indignación, cripto-argumento, *wishtul thinking*, teorema de Münchhausen, falsa generalización.

I. ACLARACIÓN METODOLÓGICA PRELIMINAR

Sobre la pena de muerte se ha escrito mucho: lo bueno, lo malo y lo feo.¹ De allí que difícilmente se logre sumar a esa discusión alguna idea nueva, menos original. Lo que, quizás, si se pueda hacer es esclarecer algunos malentendidos, despejar algunos nublados que se desplazan con frecuencia en los pasillos de las discusiones jurídicas y éticas o presentar –de una manera más transparente– nuevos ángulos y matices del problema. Esto es especialmente importante en las discusiones sobre temas controvertidos, polémicos, beligerantes donde la claridad no es la regla, sino que más bien se esconden allí los monstruos del dogmatismo –aliados con las fuerzas siniestras de la pasión desbordada y de los prejuicios–.

1 A título ilustrativo puede consultarse la página Web de Amnistía Internacional, en la cual se recoge una importante cantidad de datos sobre el tema, así como un rico material bibliográfico y estadístico. Ver: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/pm.html>

Este trabajo apunta justamente en una dirección contraria. Él quiere desenmarañar enredos. Aclarar perspectivas. No es un trabajo de ética normativa, de moral², en el sentido que tome directamente una posición favorable o adversa a la pena de muerte y la defienda, sino que lo que hace es examinar, *analíticamente*, las dificultades teóricas que surgen cuando se discute sobre ese tema. Es por esta razón que califico el estudio de *metaético*³, o sea, descriptivo más que valorativo, epistemológico más que dogmático-jurídico, analítico más que normativo. En él se examinan cuestiones como la fuerza y la consistencia de los argumentos esgrimidos, la base teórica de la cual parten esos argumentos, las dificultades de ofrecer una prueba lógica o empírica que los respalde. En fin, el artículo quiere mostrar las **trampas** en que incurren tanto los oponentes como los defensores, los abogados y enemigos de la pena capital.

No se me acuse, pues, ni de lo uno ni de lo otro.⁴ En este tema, al igual que en otros muchos de la experiencia humana y social, no hay respuestas que convenzan a todos. Alegatos o testimonios que tuerzan por siempre la incertidumbre o la perplejidad. Si alguien quiere respuestas concluyentes, incuestionables, inequívocas, ha de buscar, entonces, a sacerdotes o a fascistas, a artistas fracasados o a generales con sable. ¡Ninguno de los dos me agrada! A lo más que aquí se puede aspirar es, repito, a enredarse menos en las lianas del dogmatismo y a presentar las cosas de la forma más honesta posible. Sinceridad. Esto es lo que demanda, en todo caso, la labor intelectual. Por ello, mi único pecado en este asunto, al igual que en otros de mi experiencia vital y profesional, es reclinar-me siempre al lado más soleado (¡pero menos transitado!) de la DUDA.

II. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Para presentar —de la manera más clara y sencilla— el problema al cual quiero enfrentarme, así como el enfoque analítico que deseo adoptar respecto a él, me gustaría empezar narrando una anécdota personal y haciendo unos breves comentarios al respecto.

Hace algunos años, mientras realizaba yo una investigación en derecho penal en otro país (lejano al mío propio)⁵, conocí a un pensador: profesor, filósofo y estudioso del derecho (¡por consideración voy a reservarme su nombre!). Iniciamos una conversación, como otras muchas, sobre tópicos específicos del derecho penal. En determinado momento, y sin que ninguno de los dos lo planificáramos, surgió el tema de la pena de muerte como una posible solución para combatir la delincuencia. El profesor aludido, sin mayores reservas, preámbulos o reparos me dijo abiertamente: «¡pues sí, la pena de muerte es la única alternativa en estos casos. La apoyo!» Inmediatamente, la percepción que yo tenía de ese pensador se tambaleó. Me resultó imposible continuar con la discusión y me despedí de él sin volver a tratarlo de la misma manera.

Tiempo después, en una ocasión en la cual me jactaba de la «libertad de pensamiento», me hice, lo más honestamente posible, los siguientes interrogantes: ¿por qué motivo la opinión del profesor X me había afectado tanto? ¿Cuál era la razón por la que yo había rechazado, sin mayor reflexión, discutir abiertamente sobre el problema? ¿Qué es lo que origina que uno, ante determinadas cuestiones controversiales, se cierre a la discusión y actúe de una manera tan hostil y dogmática? ¿Había sido mi conducta la más racional y correcta o simplemente

2 Entiéndase por ética normativa "el intento de descubrir tesis aceptables y defendibles racionalmente acerca de qué tipos de cosas son buenas (valiosas de pretender) y qué tipos de actos son rectos, y por qué..." Es decir, nos encontramos aquí con un enfoque de tipo valorativo, en el cual se afirma que algunas acciones son buenas y otras malas, algunas encomiables y otras despreciables, unas dignas de seguir y otras no. La ética descriptiva o metaética, por su parte, sería más bien el estudio (desde planos lingüísticos, psicológicos, sociales, etc.) de los postulados éticos en cuanto tales. Aquí se busca más bien contestar preguntas como: ¿cuál es el sentido o uso que se le da a expresiones como "bueno" o "malo", "justo" o "injusto" en una determinada comunidad? ¿Cómo pueden justificarse racionalmente los juicios de valor? Todo ello se hace desde un plano no valorativo o descriptivo. Para la discusión cfr.: Haba, Enrique Pedro, *Elementos básicos de axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico*. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2004, p.44 y ss. Para más detalles: Pieper, A., *Einführung in die Ethik*. UTB für Wissenschaft, 4. edición, Tübingen y Basel, 2000, pp. 86 y ss.

3 Sobre el tema, cfr. la nota al pie anterior.

4 Reconozco que de manera afectiva; o sea, en el plano puramente moral (y por lo tanto, emocional), soy un adversario acérrimo de la pena de muerte, la cual me parece una de las instituciones jurídicas más horribles. Sin embargo, en este trabajo no se trata de lo que yo (u otra persona) crea en su fuero interno, sino de examinar —lo más fría y desapasionadamente— los argumentos de uno y otro bando.

5 Específicamente en el renombrado Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften [Instituto para las ciencias globales del derecho penal] en la ciudad de Munich, Alemania.

se había revelado como un producto de mis prejuicios? ¿Qué me tocaba, entonces, hacer?

Creo que las respuestas que, a lo largo de los años, le he ido dando a estos interrogantes tienen algún interés para el tema que aquí nos ocupa y, por lo tanto, voy a compartirlas con el lector. Hagamos un brevísimo listado:

PRIMERO: hay ideas en las cuales creemos de manera *pre-reflexiva*; es decir, sin pensar nunca al respecto. Eso que creemos se lo debemos al medio, a la educación, a la cultura o, en todo caso, al sacerdote, al maestro, al gurú, a la familia o al amigo. ¡Es difícil –y acaso hasta imposible– resistirse a la seducción del tiempo, a la fuerza magnética de nuestros contemporáneos! La creencia *pre-reflexiva* no es nunca un problema. La persona que tiene esa creencia se encuentra *antes* del problema. Y lógicamente si uno está antes del problema, es imposible vislumbrar soluciones respecto a él. Nos hallamos acá, para usar una imagen metafórica, ante un punto ciego del conocimiento; en una caverna sin salida.

SEGUNDO: la reflexión racional (al menos en la materia que acá nos ocupa) es, por ende, y valga la expresión, *anti-natural*. Con esto quiero decir, simplemente, que ella surge en situaciones excepcionales o extraordinarias en las cuales el individuo es cuestionado por los motivos y razones en las que sustenta su opinión. Lo más frecuente es que sobre estas ideas, incluidas las relativas a la pena capital, las personas se dejen llevar por sus juicios y prejuicios favoritos, sembrados sobre un terreno lleno de malezas, pero nunca de dudas.

TERCERO: hay temas *tabú*. De ellos no se habla públicamente por decoro. Por las buenas apariencias. Para no enemistarse con el gremio. ¡La conformidad –y llegado el caso hasta la mentira– es el lecho más seguro en el que se pueda dormir sin pesadillas! Discurrir públicamente sobre temas *tabú* genera angustia; o sea, dolor en las personas que los

cultivan. Es más oportuno y placentero evadirlos. ¡*Credo quia consolans!* Y aquello que no "consolans" no lo creo. Por lo tanto, no existe.⁶

CUARTO: la actividad científica exige –al menos en un plano ideal, metadiscursivo– renunciar a estas actitudes, doblegarlas o, en todo caso, domesticarlas. Allí debería imponerse la honestidad, la franqueza intelectual a costa de la comodidad, del autoengaño y de los prejuicios. Esto es muy raro y difícil que suceda, pero representa el requisito mínimo, la condición *sine qua non* para la discusión racional de cualquier problema en el campo del saber humano.

Efectuado este pequeño excursus, regresemos nuevamente al tema de la pena de muerte y veamos cómo se relaciona dicho tema con las anteriores acotaciones.

III. LAS DOS ACTITUDES BÁSICAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR RESPECTO A LA PENA DE MUERTE

Concreto y lacónico. Cabe señalar que con respecto a la pena de muerte hay dos actitudes fundamentales. Nótese que hablo de «actitudes», o sea, de disposiciones de ánimo, de estados mentales,⁷ y no necesariamente de posiciones argumentativas:

1) La negación por principio

La primera actitud consiste en rechazar la pena de muerte de plano y por principio. Si alguien propone la pena capital como una posible medida contra la delincuencia (o al menos contra ciertas formas de delincuencia grave); entonces la reacción natural será simplemente negar, *de facto*, toda validez de la propuesta. Si le preguntáramos al opositor sobre el motivo concreto de su rechazo, éste podría replicar simplemente: «La pena de muerte me parece inmoral»; «ella atenta contra la dignidad de los seres humanos»; «se opone a la Constitución Política»; «va contra la ley de Dios», o cualquier otra afirmación por el estilo.

6 Respecto al papel que cumple el auto-engaño en la vida académica y, en general, en la vida social, cfr. mi trabajo: "Las ciencias sociales como consuelo. Crítica a la concepción misionera de las ciencias sociales y jurídicas", Publicado en: Sistema. Revista de Ciencias Sociales, No. 200, Septiembre del 2007, Editorial Sistema, Madrid, España, 2007

7 Según el Diccionario de la Real Academia Española: "actitud" significa, entre otros posibles usos: "Una disposición de ánimo de algún modo manifestada."

En este caso es claro —o al menos eso me parece— que el detractor de la pena de muerte la rechaza sobre la base de un *imperativo moral categórico*⁸ que considera, en buena medida, intocable. Ese imperativo puede ser de distinto orden: religioso, social, cultural, ético, metafísico... pero se caracteriza, en lo esencial, por aceptarse de forma incuestionada, como si se tratara de un dictado forzoso de la conciencia, de una autoridad superior e infalible. «*Su ley susurra, día y noche.*» (Salmos 1,2). Lo cierto del caso es que si se observa detenidamente esta primera actitud espiritual, se notará que en ella no hay lugar realmente para la discusión, pues no se trata de ofrecer *razones* para convencer al adversario. Quien alberga una creencia *básica* —en este caso, negar la legitimidad de la pena capital— no necesita, por otro lado, razón alguna, pues su credo se fundamenta, finalmente, en un dogma o principio que estima independiente —al decir de Kant— de otros fines prácticos de la razón. «¡Yo creo en eso porque creo en eso!» Esta es la conclusión postrera de quien acepta un postulado de esta naturaleza. Teología política (Schmidt), que trepa por las tapias de la fe, por los paredones de la ortodoxia, allende los dictados de la racionalidad.

La negación por principio de la pena de muerte (o del aborto, de la eutanasia, del matrimonio homosexual, ...) conlleva, básicamente, dos consecuencias importantísimas:

- (a) No se requiere —o al menos no se considera necesario— *dar razones* para justificar su adopción; pero,
- (b) tampoco se requiere *pedir razones* para rechazarla. Estaría de más que alguien que rechaza, *a priori*, cualquier argumento lógico que busque disuadirlo de sus propias creencias, exija, a su vez, argumentos lógicos de aquellos que defienden las suyas. Proceder éste que vendría en una contradicción insalvable o, al menos, en una actitud farisaica de su defensor: «*Hagan como yo digo, no como yo hago.*» Llamémosle a esta actitud, para ser gráfcos.

el *Síndrome de Tomás*; «pedir pruebas» (como el Apóstol frente al Mesías) para convencerse de lo que, de previo, se ha aceptado como un *dogma* inimpugnable de sus creencias.

Por lo tanto, la consecuencia apremiante de esta primera actitud (de negación por principio) contra la pena de muerte —y siguiendo un procedimiento sistemático de *reducción al absurdo*— reposa en que NO existe una vía racional para discutir el problema. Es decir, el apoyo o no de una cierta hipótesis moral dependerá de los gustos, o más específicamente, de las creencias axiológicas fundamentales de quien las postule. Pero, por esta vía, se ha llegado a un oscuro callejón sin salida. Cada cual adoptará las creencias o postulará las hipótesis que más le convengan a sus intereses y a sus valores primordiales. Se ha renunciado así, y de manera concluyente, a la discusión lógico-racional. Desde esta óptica, la pena de muerte, o cualquier otro supuesto que se apoye en premisas de similar naturaleza axiológica, deja de ser un tema de debate. Se convierte en una fe, en una esperanza o, llegado el caso, en una nueva religión. Pero, aquí ya no hay nada que discutir y nos encontramos, al decir de Wittgenstein, en un punto donde «sobre ética no se puede hablar», y «lo mejor es callarse».⁹

Sin embargo, esta tesis —que por conveniencia podríamos llamar la *tesis inefabilista* o de *negación por principio*— está expuesta a varios reparos lógicos, o sea, contiene varias trampas, siendo la más importante de ellas la siguiente:

Imaginemos que el detractor de la pena de muerte sostiene algo así como: «Rechazo de plano la pena capital porque considero (por motivos religiosos, éticos, de convicción íntima, o cualesquiera otros) que la vida humana es inviolable.» Esta afirmación es axiomática, absoluta. Es decir, es un juicio moral categórico. Pero, entonces, habría que preguntarse, por ejemplo: ¿qué sucede cuando soy víctima de una agresión en la cual, si no me de-

8 Se entiende, por imperativo categórico (en contraposición al hipotético) aquel que debe cumplirse como un deber absoluto, pues es el resultado de la universalización de una máxima moral. En las propias palabras de Kant: "Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte." ["El imperativo categórico sería aquel que representa una acción, en sí misma, como necesaria objetivamente, esto es, sin relación a ningún otro fin." Kant, E. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en: *Werke in zwölf Bänden*, editado por Wilhelm Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, p. 49.

9 Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*; en especial a partir del numeral 6.41 en adelante; recogido en: Wittgenstein, Thomas H. Macho (compilador), DTV, Munich, 2001, pp. 91 y ss.

fiendo matando al agresor, yo mismo puedo morir? ¿También allí he de reconocer que la vida humana es inviolable? Y si mantengo el principio y permito –pasivamente– que me maten, ¿no implicaría esto una violación tácita al principio categórico de que «la vida humana es inviolable»? ¿O qué sucede con los casos denominados de aborto terapéutico, donde se induce la muerte del feto para evitar la muerte de la madre? ¿O cómo resolver los supuestos, llamados en el derecho penal, de estado de necesidad, donde para salvar muchas vidas debo sacrificar algunas o al menos una?¹⁰ ¿También en estos supuestos hay que mantener el juicio moral categórico a costa de todas las consecuencias?¹¹ ¿Cómo deberíamos resolver, pues, –y en la práctica, y no para algún pasquín de moral dominical– un ejemplo como el siguiente?: “Imaginemos que nuestro vecino de la puerta de al lado, con el que hemos tenido una larga y sangrienta rencilla, saca una pistola y dispara a nuestras ventanas desde su sala de estar, atestada de mujeres y niños. De hecho, sostiene a su hija en su regazo, mientras intenta acertar a nuestros hijos. Declara que no cesará hasta que nuestra familia haya muerto y, además, no hay una policía que pueda intervenir. ¿Qué deberíamos hacer?”¹²

Si el adversario responde que **sí** (esto es, que mantiene el principio axiomático a pesar de todo), entonces cae en una *paradoja* de doble naturaleza, la cual resulta, ya en el plano lógico, muy difícil de superar:

- (a) O bien acepta la muerte de una de las partes (en cuyo caso lesiona indirectamente su imperativo moral absoluto) o;
- (b) mantiene el principio de manera absoluta e incurre, según lo anteriormente expresado, en un estado donde la discusión racional termina, pues él niega todas aquellas vías o mecanismos discursivos que contradigan su postulado primigenio. Se trata de un asunto de creencia y no ya de conocimiento; o si se prefiere, se ha claudicado a una especie de *sacrificium intellectus*.

Ahora bien, en el supuesto de que el opositor a la pena de muerte diga que quiere discutir realmente el punto, pues reconoce que en los casos citados (en la legítima defensa, en el estado de necesidad) es necesario matar a alguien para salvar otras vidas, entonces el asunto deja de ser de naturaleza estrictamente dogmática y se transforma en una cuestión de *medios y fines*; es decir, donde la pregunta esencial sería: ¿cuáles fines se puedan lograr implementando (o aboliendo) la pena de muerte? Es decir, el debate pasa de un *debate axiomático* (de imperativos, absoluto, principialista) a convertirse en un *debate tecnológico*:

«Los sistemas de enunciados tecnológicos son aquellos, expuesto de manera sintética, que contienen distintas posibilidades de acción, obtenidas éstas a su vez de otros enunciados

10 Para ver el tratamiento que se le da en el derecho penal a este tipo de casos, recomiendo la lectura de: Roxin, C., *Derecho Penal Parte general*, T. I. Trad. de Luzón Peña, et al., Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 668 y ss.

11 ATENCIÓN: Alguien puede argumentar (y de hecho así ha sucedido) que la analogía expuesta no es válida por la siguiente razón: es posible reconocer que en un supuesto de legítima defensa o de estado de necesidad la persona (individualmente) se defiende matando a su agresor y lesionando así el imperativo moral y jurídico; pero, algo muy **distinto** es que el Estado, en cuanto organización político-social, tome en sus manos la vida de los ciudadanos. Este argumento es, sin duda, muy fuerte y convincente. Norberto Bobbio ha dicho al respecto: “[L]a condena a muerte tras un procedimiento ya no es un homicidio en legítima defensa, sino un homicidio legal, legalizado, perpetrado a sangre fría, premeditado...” en: “Contra la pena de muerte”, recogido en: Marazziti, M., *No matarás. ¿Por qué es necesario abolir la pena de muerte?*, Ediciones Península, Barcelona, 1998, pp. 45 y ss. (62). El reparo que se le puede hacer a este argumento es, no obstante, que también hay situaciones colectivas, o sea, estatales, en que se debe realizar un sacrificio individual para evitar males mayores. Pensemos en el caso de una pandemia o de una catástrofe natural donde el Estado (i.e., las autoridades estatales) debe sacrificar –directa o indirectamente– algunas vidas para salvar otras muchas. Más polémico es el caso de los “terroristas”: ¿Está el Estado justificado moralmente a derribar a un avión que transporta una bomba para salvar así las vidas de los otros ciudadanos en tierra? Igual de complejo es el caso del vecino que a continuación (nota siguiente) se ofrece. Vid., Scheerer, S., *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, zu Klampen Verlag, Lüneburg, 2002.

12 El ejemplo, de lo más gráfico, lo ofrece Fania Oz-Salzberger, en su artículo periodístico: “El juego de suma cero de Hamás”, *La Nación* [periódico costarricense], domingo 11 de enero del 2009, sección de opinión. No está de más advertir que tomé el ejemplo porque me parece muy ilustrativo de los problemas éticos, morales y jurídicos que de allí se pueden desprender y no, necesariamente, porque coincida con las conclusiones políticas que su autora extrae de él.

que versan sobre correlaciones causales. Los enunciados tecnológicos responden, pues, a la pregunta: ¿qué se puede hacer para alcanzar determinadas finalidades? Ellos contribuyen, por lo tanto, a prepararse para la toma de decisiones, pero de ningún modo le indican a quien actúa qué debe hacer, sino tan solo qué puede hacer para lograr las metas propuestas.»¹³

Es hasta este instante cuando la discusión verdaderamente empieza. Antes de eso, nos encontrábamos, bien ante un «diálogo de sordos», bien ante una pseudo-disputa sobre creencias que es imposible elucidar en el plano del conocimiento, o sea, de la razón práctica.

En resumen.- Frente a una negación por principio de la pena de muerte (o de otros temas éticos fundamentales) se cae: (a) o bien en una especie de «silencio elocuente» según el cual lo más pertinente es adoptar una actitud «mística» de contemplación pasiva y pre-reflexiva de los dogmas adoptados por fe; o, (b) se acepta discutir el asunto reduciéndole, en este caso, a un debate sobre medios-fines, que es lo que seguidamente se expondrá.

2) La negación por vía de los argumentos (a favor y en contra)

La segunda actitud potencial frente al tema de la pena de muerte es, llanamente, pedir/dar razones para apoyarla o rechazarla. Pero si se piden razones, habrá que someterse a ellas, sin refugiarse luego —de manera directa o indirecta— en un presupuesto absolutista, dogmático, metafísico. Se ha dicho, hasta el momento, que la discusión racional sobre la pena de muerte supone transformarla en una discusión tecnológica sobre medios y fines. ¡Esta es la premisa fundamental! Desde esa óptica, las preguntas centrales que hay que contestarse rezan: ¿cuáles son los fines prácticos que se quieren alcanzar con la pena de muerte? ¿Es la pena de muerte el medio más adecuado (repito:

desde el punto de vista de la racionalidad instrumental) para alcanzar esos fines? Como es conocido, las respuestas que se han dado a estos interrogantes se dividen en dos grandes bandos, irreconciliables a lo largo de la historia y del tiempo. Estos dos grupos de argumentos son los que se estudiarán de seguido, concentrándome, como ya he repetido desde el inicio, en las *trampas* que ellos albergan en su seno, no así en sus detalles teóricos propiamente.

A) LOS ARGUMENTOS RETENSIONISTAS (A FAVOR DE LA PENA DE MUERTE)

Este primer grupo lo integran aquellas personas (y argumentos) que están a favor de la pena de muerte. Aquí se suelen presentar, a su vez, tres argumentos principales, de los cuales los dos primeros son los más comunes y el tercero es una especie de derivación lógica del primero un poco menos frecuente, pero no por ello menos importante. Veamos:

1) El argumento de la retribución

Según este argumento la pena de muerte se justifica porque quien cometió un crimen grave debe, por su parte, responsabilizarse de él. El autor de un delito tiene que «pagar» por lo que hizo y es «justo» que así sea.¹⁴ «*Mia es la venganza —yo daré el pago merecido— dijo el Señor*» (Romanos 12, 19). Una parte fundamental del contrato social que, implícitamente han suscrito las personas que viven en una comunidad civilizada, exige que cada cual asuma las consecuencias de sus actos.¹⁵ A este respecto es muy conocida (y gráfica) la opinión expresada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su Sentencia de constitucionalidad (*Furman versus Georgia*, 1972) de la pena de muerte:

«El instinto de la retribución es parte de la naturaleza del ser humano. Canalizar ese instinto hacia la administración de la justicia penal tiene

13 Albert, Hans: *La ciencia del derecho como ciencia real*. Presentación, traducción y notas de Minor E. Salas. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 101, Distribuciones Fontamara S. A., México, 2007, p. 75.

14 No pretendo, ni acá ni en los otros sitios, hacer una presentación exhaustiva de los argumentos. Para el tema de la retribución y su gran cantidad de variantes, puede verse la obra, con carácter enciclopédico, de Richard J. Evans, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany, 1600-1987*, Penguin Books, London, 1996.

15 Bobbio extrae la conclusión opuesta al retribucionismo: «Es el argumento llamado contractualista, que deriva de la teoría del contrato social o del origen convencional de la sociedad política. Dicho argumento se puede enunciar de la siguiente manera: si la sociedad política deriva de un acuerdo de los individuos que renuncian a vivir en estado de naturaleza y se otorgan unas leyes para protegerse recíprocamente, es inconcebible que dichos individuos hayan puesto a disposición de sus semejantes también el derecho sobre la vida.» *Op.cit.*, p. 48.

como propósito principal promover la estabilidad de una sociedad gobernada por el derecho. Cuando las personas empiezan a sospechar que la sociedad no está dispuesta o es incapaz de imponer sobre los ofensores el castigo que ellos se 'merecen', entonces se han sembrado las semillas de la anarquía, incluso de la justicia por mano propia y de un derecho al linchamiento.»¹⁶

Este argumento tiene una gran fuerza social, pero sobre todo *psicológica*. Esa fuerza reposa en que, intuitivamente, las personas reaccionan pidiendo que «se haga justicia» frente a hechos muy graves o que conmueven su moralidad, sus costumbres dominantes o el orden jurídico.¹⁷ Un ejemplo –no grande ni espectacular– sino «pequeño», mundano, cotidiano, de los que se encuentran por legión en cualquier latitud, en cualquier urbe, barrio o arrabal... La opinión –directa, franca, sin adorno teórico o disfraz académico– de un ciudadano clamando:

«¡Que se haga justicia... No existe ciudadano en Costa Rica que no tenga una triste historia que contar relacionada con el tema de la inseguridad ciudadana. En días pasados, una familiar cercana fue víctima de un ultraje sexual por parte de unos energúmenos antisociales que asaltaron una farmacia...; esa lacra social es la que todos quisiéramos desaparecer de un porrazo. Estos antisociales le han hecho un daño irreparable a una ciudadana ejemplar, le han robado no sus pertenencias materiales, que al fin de cuentas no interesan, sino que le han robado su alma y su vida, le han robado la ilusión a su familia y, en consecuencia, al país.»¹⁸

Lo que subyace en la base de la retribución es un presupuesto moral, emotivo, un *ordre du coeur* (Pascal), pues de qué otra manera podría uno concluir que alguien que hizo un mal deba expiarlo en los términos exigidos. Se trata esta, en realidad, de una tesis donde se presupone una especie de orden, de armonía que se rompe, precisamente, con la comisión del hecho delictivo. La pena de muerte representa, en este supuesto, una recuperación de ese equilibrio de justicia absoluta interrumpida por el acto dañino. Quien plasmó, en el campo filosófico, de manera más clara y gráfica la tesis del retribucionismo fue Emmanuel Kant, en su famosa obra: *La metafísica de las costumbres*, cuando decía:

«Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, que todos los habitantes de una isla decidieran separarse y dispersarse por el mundo), aún así, debe el último asesino puesto en prisión ser ejecutado...»¹⁹

2) El argumento de la prevención

El segundo argumento que se utiliza, generalmente, a favor de la pena de muerte es el de la *prevención general*. La idea básica es sencilla: si matamos a los violadores o a los asesinos, eso intimidará a quienes aún no han cometido esos horribles delitos para que definitivamente no los cometan y, además, fortalecerá la confianza en el derecho de quienes no delinquen. Esta tesis suele, ocasionalmente, complementarse con una tesis «débil» de la prevención en la cual ya no se pregunta (en general) si la pena de muerte previene la comisión

16 La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos se recoge, parcialmente, en White, J., *Contemporary Moral Problems*, West Publishing Company, St. Paul et al., 1988, pp. 85 y ss. "The instinct for retribution is part of the nature of man, and channelling that instinct in the administration of criminal justice serves an important purpose in promoting the stability of a society governed by law. When people begin to believe that organized society is unwilling or unable to impose upon criminal offenders the punishment they 'deserve', then there are sown the seeds of anarchy –if self-help, vigilante justice, and lynch law."

17 La muestra más fehaciente de esta circunstancia la brindan los medios de comunicación masiva, en los cuales, reiteradamente, se encuentran proclamas de los ciudadanos por "justicia". Para muestra un botón: En el periódico costarricense *La Nación* del día miércoles 09 de abril del 2008, se informa sobre el tema: "Al consultar si 'es necesario adoptar la pena de muerte para algunos casos' el 54% respondió afirmativamente, en comparación con el 47% en el 2004, y ante la afirmación: 'en ocasiones se justifica que la Policía torture a alguien para obtener información', el 38% estuvo de acuerdo, diez puntos porcentuales más alto que cuatro años atrás. Para el 35% es aceptable matar a los delincuentes que siguen cometiendo actos delictivos, mientras que en el 2004 apenas el 19% de los consultados pensaba así."

18 Juárez, María, "Que se haga justicia", *La Nación*, lunes 12 de mayo del 2008, Sección de Opinión.

19 "Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden." Kant, E., *Die Metaphysik der Sitten*, recogido en *Digitale Bibliothek*, Band 2: Philosophie von Platon bis Nietzsche, p. 27109.

de delitos graves o no, sino más bien si dicha pena previene en un grado mayor que la pena de prisión.

3) El argumento de la indignación

Hay un tercer argumento que no se encuentra frecuentemente explotado en la literatura especializada sobre el tema, pero que a mí, en lo particular, me parece que es muy poderoso. A dicho argumento lo he bautizado con el nombre del «argumento de la indignación». La idea central es la siguiente: hay ciertos hechos de la vida que nos parecen meritorios y otros deplorables. Hay conductas de las personas que alabamos y otras que rechazamos. A algunos individuos los consideramos bondadosos y a otros despreciables, caritativos o monstruosos. Esta dimensión dual (polar) del mundo valorativo es consustancial a la experiencia vital. «*Some say the world will end in fire, some say in ice...*» (Robert Frost). Esta es también la base de la moral colectiva que se adhiere como condición necesaria de la convivencia política y de la civilización humana. En términos éticos esto significa que la existencia social está, inevitablemente, inmersa en las categorías de *aprobación e indignación moral*.

Para el defensor de la pena de muerte, la segunda de las categorías apuntaladas (la indignación) es de particular importancia. Las conclusiones que extrae de allí rezan, más o menos, de la siguiente forma: es absolutamente normal que frente a un acto cruel y atroz, nos indignemos. Si miramos a dos matones maltratar brutalmente a un anciano, nos indignamos. Si observamos como alguien es víctima de una estafa, de un robo, de una violación o de un homicidio, nos indignamos. El sentimiento que subyace en el fondo de todo esto es simple: *la cólera*.

“Ten la cólera y la espada,

Por mí, por ella y la palabra dada.” (Moratín)

Y hasta donde sabemos ese sentimiento de cólera (que da pie a la indignación) es único en el ser humano. No hay otra especie capaz de sentirlo, pero sobre todo de expresarlo de la forma en que nosotros lo hacemos y por los motivos que lo hacemos. Y es, precisamente, ese sentimiento de indignación

el que ha dado pie a la mayoría de lo que, hoy día, consideramos digno, meritorio, rescatable en este mundo: la indignación frente a la esclavitud, frente al racismo, frente a la desigualdad, frente al maltrato de las mujeres, frente al abuso y la explotación, es la base ideológica desde la que se cimenta la cultura moderna y su ideario político y social.

Por lo tanto, sería un acto de hipocresía decir que no se siente, frente a determinadas circunstancias, una gran indignación. En el caso que aquí nos ocupa sucede exactamente eso: frente a unos crímenes atroces, frente a la violación de inocentes o frente a la matanza colectiva, se experimenta cólera. La respuesta a esa cólera no es negarla (como si no existiera) sino reconocerla. La pena de muerte implica ese reconocimiento, la reacción natural, la consecuencia ética, el devenir originario y primigenio de la vida social a ese estado de indignación. Aplicarla es, según su defensor, reconocerle al delincuente su *humanidad íntima*.²⁰ Es decirle: ¡usted ha violado los principios más básicos sobre los cuales se monta nuestra cultura y, por lo tanto, debe pagar! Se le reconoce así como persona responsable, como sujeto de obligaciones, como agente moral capaz y digno de asumir las consecuencias de sus actos. La pena de muerte —concluye el defensor de esta tesis— es un acto de Humanidad.

En la vida social cotidiana esta es, creo yo, la tribuna principal donde se debaten, realmente, la mayoría de opiniones en torno al crimen y su castigo. Basta con tomar un periódico cualquiera o escuchar algunas de las noticias sobre crímenes graves que se transmiten por los medios de comunicación masiva para darse cuenta exactamente de eso. Tomo un periódico al azar, sin mayor planificación lo miro —en una de las secciones en las cuales se recogen las opiniones de los ciudadanos sobre el tema del «crimen y castigo»— y leo las siguientes opiniones: iracundas algunas, contumaces las otras, reales todas:

«[L]a solución está en aprobar la Pena de Muerte para los [de]predadores sexuales y [que] se construya por lo menos una cárcel de máxima seguridad en la Isla de San Lucas, en lugar de más centros turísticos...»

20. Al respecto nos dice Walter Berns: “Anger, then, is a very human passion not only because only a human being can be angry, but also because anger acknowledges the humanity of its objects; it holds them accountable for what they do. And in holding particular men responsible, it pays them the respect that is due them as men; Anger recognizes that only men have the capacity to be moral beings and, in so doing, acknowledges the dignity of human beings.” “For Capital Punishment”, recogido en: White, J., *Op.cit.*, pp. 99-100.

«Pienso que sería bueno que se articulen 'escuadrones de la muerte' dirigidos a erradicar por completo toda célula delictiva en Costa Rica. Para un mal 'aterrador' una solución 'aterradora'». ²¹

¿O qué se puede decir de esta otra opinión, esgrimida por el Subdirector (!!) del Diario de mayor circulación en Costa Rica:

«Garrotiemos al delincuente... Amarrémoslos los pantalones y las enaguas para exigirle a los sinvergüenzas que nos dejen en paz, si las autoridades no pueden poner fin a la masacre que está ocurriendo en los barrios, pues hagámoslo nosotros... sinceramente a más de un raterillo le hace falta una buena garroteada para que se le quite la maña, tal vez con eso los obliguemos a buscar trabajo para que le dejen de quitar las cosas a la gente que se las gana con el sudor de su frente.» ²²

Más elocuentes no pueden ser las opiniones. Más directo no puede ser el sentimiento. Más gráfica no puede ser la cólera consignada. Por supuesto, se pueden cuestionar los motivos de estas consideraciones, su carácter irracional, ignorante, o acaso disparatado, lo que no se puede negar es que esas opiniones existen y que, detrás de ellas, también existen personas que las defienden a capa y espada.

B) LAS TRAMPAS DE LOS ARGUMENTOS RETENSIONISTAS

Resta ahora examinar críticamente la fortaleza teórica de los argumentos arriba expuestos, tratando de develar cuáles son sus puntos fuertes (si es que los tienen) y cuáles sus debilidades (si es que las tienen). Veamos.

1) La trampa del cripto-argumento

A pesar de su fortaleza y atractivo para la mentalidad cotidiana, el argumento retribucionista, expuesto de primero, no es —en realidad y en sentido

estricto— un argumento que se sostenga. Su estructura, vista con mayor cuidado, es la siguiente: es necesario (y justo) que se mate a quien mató. ¿Por qué? Porque matar es inmoral y quien mate tiene que pagar por ello. La *circularidad* lógica de la tesis retribucionista se torna evidente. En realidad, no nos informa nada sobre el motivo o justificación de la pena capital. Se trata de lo que en teoría lógica se llama una *tautología diluida*.²³ Así, por ejemplo, cuando digo «*siempre debemos hacer lo que es nuestro deber*», doy la apariencia de que estoy estableciendo un criterio preciso para decidir entre las acciones buenas y las malas. Sin embargo, prestando mayor atención nos percatamos de que ésta es una fórmula vacía, pues todo consiste, precisamente, en saber cuál es nuestro «deber». En este contexto resulta, por ende, muy válida la crítica que hace John Hospers al referirse al tema:

«Si queremos que las reglas morales sean guías para la acción tienen que ser reglas que digan algo, reglas con fibra, reglas que permitan unas acciones y prohíban otras, no vacuas tautologías disfrazadas de reglas morales, a las que cualquiera puede adherirse simplemente porque son vacías y sin contenido.» ²⁴

Cuando un enunciado da la impresión de contener información suficiente para justificar racionalmente una decisión, pero, en realidad, no es así, entonces se puede hablar de un *criptoargumento*.²⁵ Voy a entender por criptoargumento aquel que, en apariencia, justifica un veredicto que se adopta, pero por una razón o motivo muy distinto al directamente expresado. Ese motivo oculto —«encriptado», valga el término— es, en realidad, un *prejuicio*, o en todo caso una creencia básica no sujeta a validación empírica o lógica por parte de quien la defiende. Así, quien afirma que «los delincuentes tienen que 'pagar', con la pena capital, por sus delitos» no está, en realidad, ofreciendo razón alguna para justificar lícitamente ese «pagar». Lo que tendría que hacer el postulante de esa afirmación es explicitar los motivos reales (ocultos, en este caso)

21 Recogido en la sección de Internet: <http://registro.nacion.com/xproseese2/listar.jsp?seccion=Procesos%20legales&fecha=22/03/2007>

22 Ugalde C., Mario, "Garrotiemos al Delincuente" Diario Extra, Martes 24 de junio. Sección de opinión, localizable en la dirección electrónica: <http://www.diaarioextra.com/2008/junio/24/opinion01.php>

23 Ver Hospers, J., *La conducta humana*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 40. Carnò, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.ª edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, en especial el apartado sobre "distintos tipos de desacuerdo" entre los juristas, pp. 95 y ss.

24 Hospers, J., *Op. cit.*, p. 42

25 Scheuerle, W., "Die Logik der Logik. Studien über logische Argumente und Methodenehrlichkeit im juristischen Begründen", ZfP, tomo 78, cuadernos 1/2, p. 34.

por los que considera que cuando se comete un delito hay que «pagar» por él. Ese motivo oculto es un presupuesto *metafísico* y, por lo tanto, incuestionable. De allí resulta, por ende, que el argumento retribucionista deviene en un dogma, inmunizado contra toda posible crítica; es decir, su defensor cae de regreso en lo que arriba se ha denominado precisamente la tesis inefabilista. Por eso, lo mejor que pueda hacer —si ha de ser consecuente— es callarse.

2) La trampa del wishful thinking

En primer lugar, hay que señalar que el segundo argumento retensionista expuesto, o sea, el de la prevención general, no es de carácter normativo (moral, ético, religioso) como *si* lo es el argumento retribucionista que ya se examinó. La tesis de la prevención general es una tesis, predominantemente, *empírica*. Ella afirma algo sobre un cierto estado de cosas (fáctico, fenomenológico). Afirma que si se emprenden determinadas acciones, eso tendrá repercusiones o efectos prácticos en ciertos niveles de la realidad. Se trata, en fin, de una afirmación de hecho, sujeta a un criterio de racionalidad instrumental: es decir, a una relación de medios y fines. Al ser una afirmación de hecho debe validarse también a la luz de los hechos. Por lo tanto, quien postule el carácter preventivo de la pena de muerte tiene, tal y como se diría en materia procesal, la *carga de la prueba* en su contra. O sea, es a él a quien le corresponde demostrar esa correlación ontológica directa entre pena y prevención. Sobre este punto, me referiré más adelante.

En segundo lugar, la tesis de la prevención general presupone una *racionalidad implícita* en el accionar humano. Ella parte de que las personas son movidas hacia conductas adoptadas previamente sobre raseros más o menos reflexivos. Este es el núcleo de lo que en materia de teoría social y económica se ha dado en llamar la teoría de la decisión racional (*Rational Choice Theory*). Este núcleo consiste, como puede verse, en un presupuesto más de tipo normativo-ideal que descriptivo-fáctico. Ese presupuesto, llevado al extremo y sin las

previsiones respectivas, puede dar lugar a la *falacia del wishful thinking*²⁶, consistente en confundir nuestros deseos con la realidad. Indudablemente, si uno observa el comportamiento regular de las agrupaciones humanas se percatará de que allí las decisiones se adoptan tomando como base una gran cantidad de elementos, dentro de los que el aspecto racional es tan solo un componente (¡a veces secundario!). La experiencia cotidiana muestra más bien que en el tema de la acción social, las variables afectivas —desde la propaganda pasando por la superstición, los mitos, el carnaval y la charanga— juegan un papel más preponderante. Al decir de Stanislaw Andreski:

«En lugar de visiones proteicas de un triunfo final de la razón sobre la magia y la ignorancia, debemos humildemente reconocer que las normas e ideales, que permiten el progreso del conocimiento humano, deben ser defendidos en cada generación contra nuevos enemigos, quienes, como la cabeza de la Hidra, renacen una vez que son derrotados, utilizando nuevos conceptos, propaganda emotiva y estrategias diversas para aprovecharse de las eternas debilidades de la humanidad.»²⁷

3) La trampa de la razón impotente

Como puede verse, la gran fortaleza del tercer argumento expuesto (el de la indignación) radica en que su postulante NO ofrece razones (en el sentido de una argumentación lógico-racional) para justificar su posición. Se apela simple y llanamente a las pasiones, específicamente a la cólera, como categoría explicativa. Pero, en estas circunstancias, nace inmediatamente la pregunta: ¿cómo ha de combatirse una posición semejante? ¿Qué razones pueden darse en contra de un iracundo? ¡Las preguntas están de más! No hay razones posibles que se puedan ofrecer. Tal como dice Wittgenstein: «allí donde habla la pasión, calla la razón.» («*Die Leidenschaft verspricht etwas, unsere Gerede dagegen ist kraftlos*»). Pero, ¿es necesario darlas cuando quien esgrime el argumento no se está sujetando, él mismo, al fuero de la razón?

26 Sobre el desarrollo de este vicio en el pensamiento social, ver el excelente trabajo de Haba, Enrique P., "Entre tecnócratas y wishful thinkers: Una ideología profesional: la concepción 'misionera' en las ciencias sociales (y también sobre su clonación más reciente de ñejes pisacabezas)" en J. R. García Menéndez (Coord.), *En la encrucijada del neoliberalismo*, pp. 51-148, IEPALA Editorial 2000, Madrid, 2001.

27 Andreski, S., *Op. cit.*, p. 250.

C) LOS ARGUMENTOS ABOLICIONISTAS (EN CONTRA DE LA PENA DE MUERTE)

En realidad, las razones que se esgrimen en contra de la pena capital son la *contracara argumentativa* de lo que se ha visto hasta este momento. Se suelen ofrecer, por ende, tres grupos de objeciones principales.

1) El argumento contra-retribucionista

El núcleo de este argumento consiste en sostener que la retribución no es más que una forma de *venganza* que no está moralmente justificada, pues cómo se puede defender la vida suprimiendo, a su vez, una vida. La venganza puede ser un sentimiento espontáneo y natural en muchas circunstancias personales, pero si se sucumbe a él, entonces se cae en un estado que no es mayor ni más civilizado que el de cualquier otro animal. La venganza, o la justicia por mano propia, es la negación de la cultura y sobre todo de un Estado de derecho civilizado. Adicionalmente, es comprensible (aunque no justificable) que un sujeto individual quiera vengarse, pero que el Estado quiera vengarse, institucionalizando así la pena de muerte, es una atrocidad indefendible moralmente. «El Estado no puede ponerse al mismo nivel que el individuo aislado. El individuo aislado actúa por rabia, por pasión, por interés, por defensa. El Estado contesta de manera meditada, reflexivamente, racionalmente.»²⁸

2) El argumento contra-preventivista

Este segundo argumento abolicionista ataca la idea de la prevención general sobre la base de que no existe evidencia empírica concluyente que respalde el carácter preventivo de la pena capital en contraposición, por ejemplo, con la reclusión perpetua. Al decir contundente de Anthony G. Amsterdam: «El fundamento real de la prevención no es, empero, la evidencia, sino la intuición. Usted y yo nos preguntamos: ¿no tenemos miedo de morir? ¡Por supuesto! ¿No significaría la amenaza de muerte, entonces, una intimidación para evitar los actos de-

lictivos? ¡Claro que sí! Por consiguiente –se concluye– la pena capital previene. El problema con esta intuición consiste en que la gente que está haciendo el razonamiento no es la misma gente que está cometiendo los crímenes.»²⁹

3) El argumento del error posible

Finalmente, queda el argumento de la posibilidad de condenar a una persona inocente. Este es un argumento muy fuerte, pues sería ciertamente una calamidad judicial (y moral) si se condena a muerte a un individuo que no ha cometido crimen alguno.

D) LAS TRAMPAS DE LOS ARGUMENTOS ABOLICIONISTAS

Las dificultades metodológicas y epistemológicas que enfrentan los adversarios de la pena capital son, desde mi punto de vista, muy similares a las que se expusieron anteriormente, sólo que relativas a distintos elementos.

1) La trampa de Münchhausen

El rechazo del argumento contra-retribucionista de la pena capital se da –al igual que sucede con los defensores retribucionistas– en un plano puramente *axiomático*. Se adoptan unos determinados principios de manera apriorística y, a partir de allí, se rechaza la pena de muerte. El problema no está, como podría suponerse, en el hecho de que se parta de una cierta base, pues, finalmente, cualquier persona, en cualquier situación, hace exactamente lo mismo. Toda opinión o conocimiento se retrotrae, en un último momento, a un principio más o menos absoluto, que se adopta como presupuesto fundamental y último de la cadena argumentativa. La dificultad está más bien en que esa base o principio no es susceptible, llegado un punto, de defenderse mediante razones. Su adopción se hace más bien por razones prácticas, por motivos de fe o por una determinada creencia valorativa (*Weltanschauung*) sobre el fin de la existencia humana o el destino del mundo.

28 Bobbio, N., en: "Contra la pena de muerte", recogido en: Marazziti, M., *No matarás. ¿Por qué es necesario abolir la pena de muerte?*, Ediciones Península, Barcelona, 1998, p. 63.

29 Amsterdam, A., "Capital Punishment", en: White, J., *Contemporary Moral Problems*, West Publishing Company, St. Paul et. al., 1968, pp. 102 y ss., (111).

Ahora bien, por lo general los principios a los cuales se acude para rechazar la pena de muerte involucran conceptos como inviolabilidad o dignidad de la vida humana. Sin embargo, tal y como se vio anteriormente, quien adopta esos u otros postulados de manera categórica enfrenta dificultades al justificar posibles supuestos de excepción, presentes en figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad. Por ende, y de manera paradójica, los motivos por los cuales una persona rechaza la pena de muerte son —desde el punto de vista estrictamente lógico— similares a aquellos por los cuales otra persona la defiende. Esto muestra el carácter circular o tautológico de los argumentos expuestos, pero, paralelamente, también se explica la persistencia, dinamismo y duración del debate.

Hans Albert, el filósofo alemán, criticó fuertemente esta aspiración a encontrar lo que él llamó un *punto arquimédico del conocimiento*,³⁰ es decir, a retrotraer una tesis adoptada hasta un dogma fundamental que permita la estabilización de la cadena argumentativa y con ello del conocimiento humano. Como refutación a esta estructura discursiva, Albert formuló el llamado *Trilema de Münchhausen*. Con este Trilema lo que se pretende demostrar es que cualquier enfoque que aspire a una fundamentación concluyente y última (a un *principium rationis sufficientis*) conduce, necesariamente, o a un callejón sin salida o un absurdo lógico. El Trilema en cuestión se puede formular de la siguiente manera:

1. Toda derivación lógica de un enunciado exige retrotraerse hasta otro enunciado anterior el cual, a su vez, requiere ser derivado también de otro enunciado previo a él mismo, de manera que el proceso de fundamentación cae, inevitablemente, en una regresión *ad infinitum*.
2. Se puede acudir a enunciados que, en sí mismos, no sean demostrados sino tan sólo afirmados, pero entonces se cae en un círculo vicioso. No hay realmente una fundamentación, sino una aproximación *dogmática* al tema tratado. Es decir, se cae en lo que ya he denominado una tautología diluida.

3. El proceso de fundamentación, por ende, y a la luz de las dificultades señaladas, se tiene que *romper* recurriéndose al carácter axiológico o empírico de los enunciados, es decir, a la experiencia o a la valoración, a la autoridad o al consenso.³¹

En definitiva:— Las dificultades señaladas en el Trilema postulado por Albert están también presentes en el tratamiento de la pena de muerte. Una persona que la rechace (por principio) debe reconocer que lo hace: o (a) bien apelando a otros principios primigenios, en una cadena ilimitada de argumentación, (b) afirmando unos presupuestos de manera dogmática o, (c) estableciendo un consenso sobre el motivo que fundamenta su decisión o apelando a una autoridad superior. En cuanto a las dos primeras vías, resulta claro que conducen a un callejón sin salida que anula la posibilidad de argumentación racional e intersubjetiva. La dificultad con la última opción (buscar un consenso o apelar a una autoridad última) radica en que, generalmente y en lo relativo a postulados éticos básicos, dicho consenso es, en la práctica, imposible de alcanzar sin sacrificar parte de los principios originales que han dado pie a la disputa. En cuanto a recurrir a una autoridad final (¿la Constitución, la Biblia, la Conciencia?), ello es siempre posible, pero no exime a su defensor del reparo según el cual esa autoridad se acepta, en última instancia, por razones de fe y no sobre la base de una argumentación controlable.

2) La trampa de la falsa generalización

Quienes rechazan la pena de muerte apelan, por lo general, a la debilidad del argumento de la prevención general en el plano empírico. Según ellos, no existe evidencia fáctica inequívoca en el sentido de que castigar a una persona con la pena capital vaya a disminuir la comisión de delitos en ese campo específico de la criminalidad. A este respecto cabe señalar que la mayor parte de la discusión en el derecho penal se ha concentrado, precisamente, en este plano. El número de investigaciones a favor y en contra es simplemente abrumador.³² Unos investigadores aseguran que

30. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Editorial J. C. B. Mohr, Tübingen, 1991, en especial el capítulo 1.

31. Albert, *Op.cit.*, 1991, p. 15.

32. Sobre el problema, Jäger, Ch., "La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena", trad. del alemán por Minor E. Salas y Miguel Ontiveros Alonso, en: Díaz Aranda, E., *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, UNAM, México, 2001, pp. 67 y ss.

la pena capital previene, mientras que otros, con elementos del mismo orden, aseguran que no es así. Se concluye, por ende, que la evidencia fáctica no es, en absoluto, *conclusiva*. Se llega rápido a un callejón empedrado. Pareciera que, más allá de la discusión puramente empírica respecto al carácter preventivo o no de la pena capital, cabe hacer algunas precisiones analíticas importantes sobre el tema.

En primer lugar, es cierto que hay situaciones de la vida en general que son difíciles, y acaso hasta imposibles, de demostrar. Así, por ejemplo, si uno quisiera probar, fuera de toda duda, la propia existencia física o la existencia de un objeto inanimado X, ello no sería tarea fácil. A una persona que se le mostrara un objeto cualquiera (una silla o una mesa) podría decir simplemente: «¡Ah, lo estoy imaginando o es un sueño!» En el plano filosófico se ha expuesto, desde hace ya mucho tiempo, que cualquier postulado básico, incluso sobre la existencia del mundo externo o de la propia conciencia, no es demostrable más allá de un cierto punto. A esta posición, defendida especialmente por Descartes y cuyo nombre filosófico es el de solipsismo (es decir, aquella hipótesis según la cual la realidad no existe más allá de mi mente), es *irrefutable* lógicamente.³³

Sin embargo, esta situación no impide, en lo más mínimo, que las personas adopten decisiones sobre la base del mundo exterior y que se comporten con máxima certidumbre sobre la propia existencia. El motivo para ello es que los seres humanos adoptamos las decisiones de la vida diaria basados en criterios más o menos plausibles de probabilidad y certeza. Nadie, en su sano juicio, exigiría, por ejemplo, pruebas irrefutables de que no le va a caer un meteorito en la cabeza para salir al patio de su casa o de que no va a ser asaltado por un malhechor al ir a comprar el pan. Uno no se comporta de esa forma. La conducta social se construye acudiendo a criterios muy flexibles y maleables de probabilidad. Si estas probabilidades nos favorecen, al menos en el plano *subjetivo*, entonces actuamos de una cierta forma, si no, nos abstenemos de hacer eso que planeábamos.

Con el tema de la prevención general sucede algo similar a lo expuesto. Es cierto que no se puede demostrar —de manera inequívoca y concluyente— que una sanción penal (en este caso la pena de muerte) intimide a todas las personas de un grupo social para que no se comporten de una manera determinada, esto es, para que no cometan un tipo de delito. Sin embargo, y como ya dijimos arriba, eso no autoriza lógicamente a rechazar el carácter preventivo de la sanción. Pareciera muy probable que sí, para un delito concreto, se impone una pena muy fuerte, ello desaliente a algunos de sus potenciales autores. Por supuesto, aquí, al igual que en la mayoría de situaciones de la vida social, se trata de una cuestión de *grados*. No todos los casos serán iguales, ni todas las personas actuarán de manera idéntica. Hay delitos que se cometen al calor de la cólera o de la pasión. En ellos no hay sanción (ni siquiera la pena capital) que prevenga. Pero hay otros que requieren de un cuidadoso cálculo y una esmerada planificación. En estos es muy seguro que sus autores lo piensen dos veces antes de actuar si el riesgo de la sanción es muy alto o incluso se pagará con la vida.

Por todo lo anterior, se puede concluir, a título simplemente de hipótesis de trabajo, lo siguiente: es un debate bizantino y de relativa poca importancia, discutir si la pena de muerte (o cualquier otra sanción penal) tiene un efecto de prevención general o no. Esto por cuanto una demostración empírica inequívoca de ese aspecto es difícil o hasta imposible de alcanzar. Pero, sería incurrir en una *falacia de falsa generalización* argumentar que esa situación anula el carácter preventivo de la sanción. La discusión, en el caso de la pena capital, no es, por lo tanto, si ésta previene o no, sino más bien si ésta se quiere aceptar por otros motivos que van más allá de su naturaleza preventivo-empírica y que encuentran sus raíces en el plano de los principios morales, religiosos, e ideológicos en general.

Por su parte, en lo que atañe al interrogante sobre si la pena de muerte previene más que la amenaza de prisión de por vida («cadena perpetua»), es otro asunto en el que, según mi entender, no existe una respuesta generalizable a todo el universo de

33 Sobre este problema y otros similares (conocimiento objetivo, subjetivo, etc.), véase Popper, K. *Objektive Erkenntnis: Ein evolutionärer Entwurf*, Hoffmann & Campe Verlag, Hamburg, 1973.

casos. Alguien podría bien argumentar que prefiere la muerte a estar enclaustrado de por vida en una prisión sin posibilidad alguna de reivindicarse o de acabar con su condena y que, por lo tanto, le intimida más la prisión que la pena de muerte. Pero, igualmente, pueden darse supuestos contrarios donde la amenaza de la pena capital pesa muchísimo más que la de prisión perpetua. Por lo anterior, es posible afirmar que aquí nos encontramos, para efectos prácticos, ante un *punto muerto* de la discusión racional. En hipótesis de este tipo, donde la evidencia puede usarse en una u otra dirección, la persona tiene que tomar partido valiéndose de los juicios de valor categóricos que se encuentren dentro del arsenal axiológico de su experiencia vital. ¡Más, no se puede hacer!

3) La trampa de la confusión de planos

En cuanto al argumento referido a la posibilidad de un error judicial, cabe observar que el tema es de carácter probatorio y por sí mismo no habla ni a favor ni en contra de la pena de muerte, pues siempre prevalece la pregunta: ¿y qué pasa si se ha demostrado, fuera de toda duda razonable, que la persona acusada es culpable? Por ejemplo, ¿qué sucede cuando el imputado se encontró de manera *infraganti* cometiendo el delito o él mismo se entregó luego a las autoridades? ¿Está en ese supuesto justificada la pena capital?

El argumento del error judicial no ofrece respuestas a estas preguntas, por el simple hecho de que el interrogante por la *demostración* del hecho cometido y su *justificación* pertenecen a dos planos lógicos distintos del discurso: el primero es una cuestión de hecho (o sea, de evidencia empírica), mientras que el segundo es un problema de justificación normativa o ética. Negar o afirmar la justificación a partir de la evidencia es incurrir en un vicio lógico; a saber, en una evidente falacia naturalista, consistente en deducir juicios normativos de juicios existenciales.³⁴ Pero, por otro lado, el argumento del error es igualmente aplicable para otros tipos de penas impuestas por el sistema penal, pues bien podría alguien afirmar que una condena a prisión de muchos años puede basarse en un error y que, por lo tanto, no está justificada. Desde esta óptica –y mediante un argumento apagógico o de reducción al absurdo– tendría uno que proponer la abo-

lición del sistema penal en su totalidad para evitar así la comisión de esos errores; aspecto este que, en todo caso, no es seguro que defienda el adversario de la pena de muerte.

IV. CONCLUSIÓN GENERAL

En temas controversiales (¡y la pena de muerte es uno de ellos!) los individuos raramente razonan. Las opiniones que se tienen sobre esos temas o las ideas que uno se forja de ellos encuentran su raíz más común en creencias pre-reflexivas o, peor aún, en prejuicios individualmente cultivados y socialmente transmitidos. Frente a un problema de esta naturaleza, dos son las posibles reacciones: (a) o bien la cuestión no me importa, en especial si no me afecta en lo personal o indirectamente («*Las tragedias ajenas son profundamente aburridas*» = Oscar Wilde); o bien (b) reconozco que el asunto tiene importancia, pero entonces el criterio que me formo al respecto se asienta en ideas preconcebidas y en opiniones prosaicas de la experiencia vulgar (*Alltagstheorien*).

En el plano teórico debería ser otro el panorama. Empero, no es así. Allí también pululan los prejuicios y hasta las falsedades (conscientes e inconscientes). Creer que la discusión científica está exenta –en su totalidad– de hábitos mentales perniciosos, de falacias y sofismas de toda laya, es una ilusión o, en todo caso, una esperanza infundada. El esfuerzo teórico debe ir, no obstante, encaminado en esa dirección, ese es el ideal de conocimiento y de verdad que subyace en toda empresa intelectual y humana.

Para el tema que aquí nos ocupó –el de la pena de muerte– se ha intentado justamente eso. Mostrar algunas de las trampas, de los vicios, de los *obstáculos epistemológicos* (como diría Bachellard), que irrumpen violentamente contra la claridad, y por ende, contra la mejor comprensión de los argumentos que ofrecen aquellos que adversan o defienden la pena capital. En este trabajo se estudiaron seis argumentos del debate (tres a favor y tres en contra) y se demostró (¿o sería mejor decir se «mostró»?) que muchos de ellos no soportan una análisis pormenorizado, riguroso, analítico. Puede ser que existan otros muchos argumentos (¡de hecho así es!), pero entonces la tarea es exactamente la

³⁴ Al respecto, mi trabajo: "La falacia naturalista. Alcance y límites en el campo de las ciencias sociales y jurídicas", artículo en prensa.

misma: someterlos al fuego de la crítica, midiendo –valga la imagen– su densidad material y calculando su peso argumentativo, pues la lucha contra los monstruos hostiles a la razón –en un universo dominado por alegorías fantasmagóricas, supersticiones e ignorancia– es constante e interminable.

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CITADA

- Albert, H., *La ciencia del derecho como ciencia real*. Presentación, traducción y notas de Minor E. Salas. Biblioteca de Ética. Filosofía del Derecho y Política, No. 101, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2007.
- Traktat über kritische Vernunft*, Editorial J. C. B. Mohr, Tübingen, 1991.
- Amnistía Internacional [España]: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/pm.html>
- Amsterdam, A., "Capital Punishment", en: White, J., *Contemporary Moral Problems*, West Publishing Company, St. Paul et. al., 1988.
- Berns, W., "For Capital Punishment", en: White, J., *Contemporary Moral Problems*, West Publishing Company, St. Paul et. al., 1988.
- Bobbio, N., "Contra la pena de muerte", recogido en: Marazziti, M., *No matarás. ¿Por qué es necesario abolir la pena de muerte?*, Ediciones Península, Barcelona, 1998.
- Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Haba, Enrique P., "Entre tecnócratas y wishful thinkers. Una ideología profesional: la concepción 'misionera' en las ciencias sociales (y también sobre su clonación más reciente de añejos pisacabezas)", en J. R. García Menéndez (Coord.), *En la encrucijada del neoliberalismo*, pp. 51-148, IEPALA Editorial 2000, Madrid, 2001.
- Elementos básicos de axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2004.
- Hospers, J., *La conducta humana*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.
- Jäger, Ch., "La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena", trad. del alemán por Minor E. Salas y Miguel Ontiveros Alonso, en: Díaz Aranda, E., *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, UNAM, México, 2001.
- Juárez, M., "Que se haga justicia", La Nación [diario costarricense], lunes 12 de mayo del 2008, Sección de Opinión.
- Kant, E., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en: Werke in zwölf Bänden. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977.
- Die Metaphysik der Sitten*, recogido en: Digitale Bibliothek, Band 2: Philosophie von Platon bis Nietzsche, Directmedia Publishing GmbH, Berlin, sin año de edición.
- Pieper, A., *Einführung in die Ethik*, UTB für Wissenschaft, 4. edición, Tübingen y Basel, 2000.
- Popper, K., *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, Hoffmann & Campe Verlag, Hamburg, 1973.
- Richard J. Evans, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany, 1600-1987*, Penguin Books, London, 1996.
- Roxin, C., *Derecho Penal. Parte general*, T. I. Trad. de Luzón Peña, et al., Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Salas, Minor E., "Las ciencias sociales como consuelo, Crítica a la concepción misionera de las ciencias sociales y jurídicas", Publicado en: Sistema. Revista de Ciencias Sociales, No. 200, Septiembre del 2007, Editorial Sistema, Madrid, España, 2007.
- "¿Es posible ser dogmático penal?" Revisa Nueva Doctrina Penal 2000/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 113-141.
- "Problemas, soluciones y unicornios en el derecho penal", En: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? 2003/III, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 43-78.
- "Mitomanías de la política criminal moderna", publicado en el libro: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Instituto Nacional [Mexicano] de Ciencias Penales (INACIPE), Libro Homenaje a Claus Roxin. Tomo II, coordinado por Mercedes Peláez Ferrusca y Miguel Ontiveros Alonso, México, 2006, pp. 261-270.

- “¿Es el derecho penal el ‘padre’ de todas las ciencias? Reflexiones sobre el papel de la dogmática jurídica en el surgimiento de la mentalidad tecno-científica”. En *Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales*, No. 5, tercera época, Instituto Nacional [Mexicano] de Ciencias Penales, México, 2006.
- “La dogmática jurídico-penal. ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o una arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?”. Publicado en el libro de: Christian Courtis (Editor): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2006, pp. 259-276.
- *Kritik des stralprozessualen Denkens. Rechts-theoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*. Verlag C.H. Beck, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Band 194, Munich, 2005, XIV + 391 pp.
- “La falacia naturalista. Alcance y límites en el campo de las ciencias sociales y jurídicas”, artículo en prensa.
- Scheerer, S., *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*. zuKlampen Verlag, Lüneburg, 2002.
- Scheuerle, W., “Die Logik der Logik. Studien über logische Argumente und Methodenehrlichkeit im juristischen Begründen”, ZfP, tomo 78, cuadernos 1/2.
- Ugalde C., Mario, “Garrotiemos al Delincuente”, *Diario Extra* [diario costarricense], Martes 24 de junio, Sección de opinión, localizable en la dirección electrónica: <http://www.diarioextra.com/2008/junio/24/opinion01.php>
- White, J., *Contemporary Moral Problems*, West Publishing Company, St. Paul et. al., 1988.
- Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*, recogido en: *Wittgenstein*, Thomas H. Macho (compilador), DTV, Munich, 2001.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Msc. Rosaura García Aguilar
Jueza, Tribunal Penal del II C. J.

SUMARIO:

I. DERECHO PENAL:

1. **DELITO DE "DESCUIDO CON ANIMALES".** Frase de la disposición declarada inconstitucional.

II. DERECHO PROCESAL PENAL:

2. **DERECHO DE DEFENSA.** Omisión de conferir audiencia a la defensa acerca de la solicitud de prisión preventiva planteada por el Ministerio Público.
3. **DERECHO DE DEFENSA.** Omisión de realización de la audiencia oral.
4. **DETENCIÓN.** Plazo de veinticuatro horas para poner a la persona detenida a disposición del órgano jurisdiccional.
5. **MEDIDA CAUTELAR.** Fecha de vencimiento.
6. **PRINCIPIO DE AMPLITUD DE LA PRUEBA.**

Prueba ofrecida en casación. No todo rechazo apareja una violación al debido proceso.

7. **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.** Tribunal de juicio emite sentencia condenatoria pese a la solicitud de absolutoria del Ministerio Público.
8. **PRINCIPIOS DE LIBERTAD PROBATORIA Y VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA.** Fundamentación de la sentencia condenatoria únicamente en la declaración de la víctima.
9. **QUERRELLA.** Desistimiento y pago de costas. Distinción entre delitos de acción pública y acción privada.

III. DERECHO PENAL JUVENIL:

10. **DERECHO A UNA PERSONA JUZGADORA IMPARCIAL.** Elemento fundamental del debido proceso.

I. DERECHO PENAL:

1. **DELITO DE "DESCUIDO CON ANIMALES".** Frase de la disposición declarada inconstitucional. Consulta judicial facultativa, formulada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

"...II.- **Objeto de la consulta.** El Juzgador consultante solicita a la Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 130 bis del Código Penal, que tipifica el delito de "descuido con animales". (...) Considera el Juez consultante del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que el legislador incumplió su deber de describir apropiadamente el comportamiento que se considera lesivo de un determinado bien jurídico y contravino la prohibición de crear tipos penales abiertos, pues la norma consultada impone pena de prisión por

la simple tenencia de un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas, sin especificar cuáles deben ser esas "condiciones idóneas", creando ambigüedad y abriendo la puerta a interpretaciones judiciales subjetivas. Además, se agrava la penalidad a "quien azuzare o soltare un animal peligroso, con evidente descuido", sancionando más severamente una conducta culposa, por lo cual considera contradictorio hablar de "azuzar" o "soltar", que son acciones deliberadas (dolosas), al mismo tiempo que se alude a un "evidente descuido", que es el resultado de una conducta negligente. III.- **La función del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho.** Una de las tareas primarias del Juez constitucional consiste en recordar el compromiso que implica para un país postular el principio democrático como eje del desarrollo de toda actividad pública, dentro de la cual, desde luego, se incluye

la materia punitiva. No se trata de una de tantas características abstractas de un régimen político determinado, sino de un verdadero pilar del Estado de Derecho. (...) **IV.- Sobre el principio de lesividad.** Desde este punto de vista, resulta necesario insistir en la expresión tan manida –pero cuyas repercusiones prácticas generan en ocasiones gran reticencia– del derecho penal como *ultima ratio*. Para efectos de la tipificación penal de conductas, es decir, de constituir un elenco de actos punibles en ejercicio de la autoridad estatal, solamente debe incluirse dentro de tal repertorio los comportamientos que lesionen un bien valioso para la comunidad. (...) De este modo, es labor del juez constitucional, a partir de los principios torales de la materia penal, controlar que la actividad del legislador, en principio –pero limitadamente– discrecional, se mantenga dentro de esos cánones. Es decir, hay discrecionalidad legislativa para construir tipos penales de acuerdo con determinadas políticas criminales, pero excede los márgenes de esa discrecionalidad crear normas de sanción penal que castiguen conductas inocuas para la vida en común. En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal–, pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico. **V.- Sobre el principio de legalidad criminal.** Además, en razón de las características de la norma que se presenta en consulta, resulta necesario vincular el principio de lesividad con el de legalidad. Dispone el artículo 39 constitucional que “*A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior*”, de suerte que es presupuesto inexcusable para la puesta en marcha del aparato represivo la previsión anterior, en norma de rango legal, de la conducta que se pretende sancionar. La exigencia de ley previa no es simplemente formal, sino también sustantiva, pues no es cualquier disposición legal la que se ajusta al mandato del 39 constitucional. En este último aspecto es que importa destacar el principio de tipicidad como de-

rivado del principio de legalidad.(...) Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de *lex previa*. Asimismo, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de *lex certa*. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal (...) **VI.-** El artículo 130 bis extrapola de la función legislativa a la jurisdiccional la precisión de la conducta sancionable en el caso concreto que suscita la presente consulta (expediente #05- 025348-042-PE), específicamente la determinación de lo que es “*tener un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas*”, por lo que, con base en las consideraciones arriba expuestas, esa frase de la norma debe declararse inconstitucional. Cabe recordar que la consulta judicial se formula dentro de un marco específico: el proceso en el cual el juez debe aplicar la norma que suscita sus dudas de constitucionalidad (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Y aquí, de acuerdo con la acusación y solicitud de apertura a juicio (folio 71 del expediente #05-025348-042-PE) la conducta se tipifica exclusivamente con base en la primera fase del artículo 130 del Código Penal, a la cual debe constreñirse la presente declaratoria, con los efectos establecidos en las disposiciones 107, 108 y 91 de la Ley que rige esta Jurisdicción.”

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 13852, de las 14:39 horas, del 17 de septiembre de 2008.

Voto salvado del Magistrado Adrián Vargas

“(...) Quien suscribe salvó el voto y evacuó la consulta en el sentido que la disposición aludida no vulnera el Derecho de la Constitución, debido a

que, corigruente con la línea jurisprudencial que ha sostenido esta Sala, estimo que los delitos de peligro abstracto no violentan el principio de lesividad y, por consiguiente, no son inconstitucionales; asimismo, porque creo que la labor de interpretación que debe realizar todo juez, incluso el penal, es indispensable y, por consiguiente, no veo en ella ningún roce constitucional, de conformidad con las consideraciones que de seguido realizo. **SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO (...)** De todo lo expuesto se advierte, claramente, cómo la Sala Constitucional no solo ha admitido la existencia de figuras penales para la protección de bienes jurídicos individuales, sino también ha aceptado como legítimo tutelar bienes jurídicos colectivos, incluyéndose dentro de tales, la seguridad común, el orden público, la normal convivencia, el orden y la paz social. Además, en la última sentencia citada, se aprecia cómo también los delitos de peligro abstracto son considerados acordes al Derecho de la Constitución, constituyendo la decisión de crearlos o no, un criterio de política criminal de eminente resorte legislativo. En el caso que nos ocupa, se desprende del Acta de la Sesión Ordinaria número 27 del 16 de septiembre de 2003, en la que en la Asamblea Legislativa se discutió la reforma al Código Penal para incluir el tipo penal que ahora se ataca de inconstitucional, cómo su preocupación dimanó de la cantidad de casos de la realidad en la que menores de edad fueron víctima de violentos ataques por parte de perros que se encontraban en el inmueble de sus amos y que, por diferentes razones, pero particularmente por el descuido de estos últimos en su custodia, atacaron a los niños con graves consecuencias. Es entonces un hecho real que ciertos animales peligrosos representan una fuente de peligro para las personas y por eso implican deberes de parte de su propietario, tenedor o custodia, ya que, en principio, la tenencia y el cuidado de un animal de ese tipo requiere el mismo cuidado que requeriría otro tipo de actividades permitidas socialmente pero no por ello dejan de ser peligrosas, como por ejemplo, la conducción de un vehículo o la tenencia de armas. De ahí que exista un estrecha relación entre la tenencia de un animal doméstico en general y, particularmente de aquellos que son peligrosos, y el ejercicio de derechos por parte de su dueño o tenedor, los cuales deben ser protegidos y garantizados jurídicamente. A mi juicio, el tipo penal cuestionado que se ubica sistemáticamente entre los delitos contra la vida, pretende tutelar ese bien jurídico no solo

visto individualmente sino también la normal convivencia en sociedad, el orden y la paz social, que indefectiblemente han sido y pueden ser violentados como consecuencia del ataque de animales peligrosos cuyos propietarios no mantienen bajo la debida custodia. Por consiguiente, no se lesiona en la especie el principio de lesividad. **SOBRE LA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL JUEZ PENAL (...)** Debe reconocerse que no es fácil la tarea legislativa de crear tipos penales, pues conlleva la pretensión de plasmar toda la plasticidad y variabilidad de las conductas humanas en una fórmula lo más sencilla posible. En consecuencia, el legislador requiere utilizar las palabras más representativas y recurrir a conceptos que posean una carga semántica fuerte, con miras a que especifiquen de modo concreto los datos necesarios de la acción que se quiere sancionar, del sujeto que la realiza y de la persona u objeto sobre el que recae la acción penalmente conminada (...). Como resultado, coincido con la doctrina penal según la cual el principio de legalidad NO se infringe en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos, cuya delimitación permita un margen de apreciación por parte del juzgador en su labor de detectar la adecuación típica. (...) **Mediante la interpretación la ley descende a la realidad, de ahí que la labor del intérprete (juez) sea una labor creadora, puesto que tiene que extraer de la ley los elementos decisivos para un caso concreto, sino sería un simple manipulador de sanciones.** (...) Aun en un sistema de tipos legales como el costarricense, no se prescinde de fórmulas generales en los llamados tipos abiertos, del que son paradigmáticos los tipos culposos."

II. DERECHO PROCESAL PENAL:

2. DERECHO DE DEFENSA. Omisión de conferir audiencia a la defensa acerca de la solicitud de prisión preventiva planteada por el Ministerio Público.

"...II.- **Sobre el fondo.** Se califica, primero, como contraria al derecho de defensa y el principio de oralidad, la omisión de conferir a la defensora audiencia acerca de la petición del Ministerio Público de decretar prisión preventiva contra su patrocinado. Se trata, en efecto, de un vicio que infringe los derechos mencionados, y pese a que fue subsanado por el Tribunal Penal que conoció del recurso de apelación, ello fue a los solos efectos del proceso

penal y no impide que se conozca en la vía del *habeas corpus*. **III.-** Si bien es cierto, el principio de inmediación —elemento integrante del principio del debido proceso— encuentra aplicación inmediata e indispensable en la celebración del juicio y el dictado de la sentencia en el proceso penal, deben también estudiarse sus implicaciones para el caso que expone la recurrente, sobre todo en relación con el carácter sustantivo que la Sala ha reconocido a la celebración de la audiencia oral en medidas cautelares privativas de libertad (...). Los fines que la Sala reconoce a la audiencia mencionada se aplican plenamente —y con mayor razón— a una audiencia celebrada a propósito de la fijación, por primera vez, de las medidas cautelares. Admitir su supresión autoriza que un juez que no tuvo contacto con las partes y la prueba aportada por ellas sea quien resuelva, solo con base en elementos escritos. Y todo esto es justamente lo que se había pretendido evitar, con precedentes como el arriba citado. Igualmente ha sido clara la orientación que sobre el particular ha establecido el Consejo Superior del Poder Judicial, a solicitud de la Comisión de Asuntos Penales, por ejemplo, en la circular #72-07. Por lo anteriormente expuesto es que debe estimarse este extremo del recurso, en contra de la omisión señalada del Juzgado Penal de Nicoya.”

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 8247, de las 14:32 horas, del 14 de mayo de 2008.

3. DERECHO DE DEFENSA. Omisión de realización de la audiencia oral.

“...**III.- Sobre el fondo.** Esta Sala en la sentencia número 2007-03019 de las catorce horas con treinta minutos del siete de marzo del dos mil siete, reconoció la utilización de la oralidad como una forma de protección ciudadana y como 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 (...). **IV. -** En el presente caso, la Sala verifica que el recurrente lleva razón al indicar que el Juez *ad quo* violó el derecho de defensa de los amparados en razón que dictó una medida cautelar tan fuerte, como lo es la privación de libertad de los amparados sin haberles brindado el derecho de audiencia. Se le recuerda al Juez *Ad quo* su papel de Juez Garantista y que la impor-

tancia en celebrar esta audiencia es precisamente conocer la situación real de la detención de la persona y que el imputado o los imputados o sus defensores puedan efectivamente, abogar por sus intereses así como todas las partes del proceso puedan exponer —con garantía del contradictorio— de viva voz sus pretensiones que eventualmente podrían afectar los derechos de los intervinientes, aunado que es fundamental que estén presentes y escuchen las razones por las que se les dicta una medida cautelar. De esta forma la audiencia es una etapa trascendental dentro del derecho de defensa y dentro de la cual se desarrollan garantías del proceso como la oralidad, la inmediación, la concentración, la contradicción y el principio de una justicia pronta y cumplida y, de otra parte, se maximiza, precisamente, el papel del juez garantista al engendrar un espacio para generar información de importancia para tomar una resolución relacionada con las cautelas del proceso. La intención de la audiencia oral, es que en ésta se le debe explicar al imputado las razones que fundamentan la decisión del juzgador y, adicionalmente, la decisión 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. Así las cosas, esta Sala no acepta los motivos que tuvo el Juez *ad Quo* en negar la realización de esta etapa procesal tan importante, y lo que es lo más grave, sin oír previamente la defensa de los amparados dictó una medida privativa de libertad, por lo que efectivamente lesionó el derecho de defensa de los amparados. Por su parte, el Tribunal Penal recurrido, conoció del recurso de apelación que se interpuso en contra de la medida privativa de libertad, por lo cual convocó a una audiencia oral que se llevó a cabo a partir de las catorce horas veinticinco minutos del veinticuatro de abril del dos mil ocho. En esa ocasión, el Tribunal consideró que la resolución del Juzgado Penal que ordenó la prisión preventiva del imputado, debía mantenerse y confirmarse en vista de que cumple con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal y considero que sí hay suficientes elementos que la justifican, los cuales han sido señalados tanto por el Ministerio Público como por el Juez Penal al dictar la medida. Además, indicó que existió una actividad procesal defectuosa en cuanto a que se negó celebrar la audiencia solicitada

por el Defensor de los imputados. Sin embargo, no es necesario anular lo actuado por cuanto el Tribunal recurrido no cercenó el derecho de defensa de los imputados en virtud que brindó la posibilidad a todas las partes involucradas en el proceso de exponer a viva voz sus alegatos durante esta fase y presentar sus razones para defender sus pretensiones y luego de atender todos los argumentos de la defensa, así como las razones específicas que fundamentan la petición del Ministerio Público, el Tribunal en forma posterior y con sustento en las alegaciones planteadas dictó la resolución en forma verbal que confirmó la prisión preventiva de los recurrentes, lo cual quedó plasmada en un acta de dicha audiencia...⁸

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 9368, de las 11:43 horas, del 4 de junio de 2008.

4. DETENCIÓN. Plazo de veinticuatro horas para poner a la persona detenida a disposición del órgano jurisdiccional.

"...El artículo 37 de la Constitución Política dispone que nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de Juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente flagrante; pero que en todo caso, deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas. Esta Sala ha indicado reiteradamente que dicho plazo se refiere al término dentro del cual las autoridades policiales o el Ministerio Público deben poner al imputado a las órdenes de la respectiva autoridad jurisdiccional. Nótese que este precepto constitucional califica el término de "perentorio", con lo cual resulta decisivo, determinante, urgente y apremiante. El plazo no puede ser interpretado y aplicado por las autoridades del Ministerio Público y de los cuerpos policiales como un máximo que les legitima para mantener detenida una persona hasta su expiración. Se trata de un parámetro temporal que, en la medida de lo posible, debe ser reducido a su mínima expresión, evitando su agotamiento o transcurso total innecesarios. Asimismo ha establecido que del numeral 37 debe desprenderse que el juez competente es aquél que adquiere la competencia para conocer de la detención misma, por constituir, como operador de justicia que es, un instrumento garantista de los derechos fundamentales de las partes en el proceso. En el presente asunto y partiendo de lo indicado supra, no se en-

cuentra que en el caso concreto se haya producido la violación alegada por la recurrente, toda vez que se desprende del elenco de hechos probados que los amparados fueron puestos a la orden del juez competente dentro del plazo de veinticuatro horas, cumpliendo con el mandato constitucional. En efecto, los amparados fueron detenidos aproximadamente al ser las quince horas y treinta minutos del veinticinco de marzo anterior y a las quince y veintiocho horas del día siguiente fueron puestos a la orden del Juzgado Penal de Corredores por cuanto, según se indica bajo la gravedad del juramento, se habló con el Juez Penal por teléfono, a quien se le indicó la dificultad de transporte que se tenía de los imputados, lo cual se le indicó a la defensa también, por lo que se decidió con la venia de la Fiscal Adjunta e informándole al juez, que se ponían a la orden de éste, enviando la boleta de "Tener a la Orden" via fax al Juzgado Penal, lo que tuvo que realizarse así por que la Fiscalía de Coto Brus se ubica a una hora de camino del Juzgado Penal, el cual se ubica en Corredores, Ciudad Nelly y porque el día veintiséis, la Fiscal encargada de la causa tenía la continuación de un juicio y además había problema de transporte para los imputados, no sólo porque el Organismo de Investigación Judicial de Corredores no tenía vehículo disponible, sino también porque la Fuerza Pública, que siempre colabora en ello, tampoco tenía patrullas disponibles para ese día, antes de las dieciséis horas, todo lo cual se dio dentro del plazo de las veinticuatro horas, tal y como lo ordena la norma constitucional y además de que en esa misma fecha, al momento de llevarse a cabo la vista para conocer de la solicitud de imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, el Juez Penal no impuso ningún tipo de medida cautelar y ordenó la inmediata libertad de los amparados."

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 7541, de las 17:30 horas, del 30 de abril de 2008.

5. MEDIDA CAUTELAR. Fecha de vencimiento.

"...el Juzgado Penal de Corredores en audiencia de medida cautelar celebrada a las dieciséis horas cinco minutos del veintitrés de enero del dos mil ocho, decretó la prisión preventiva del imputado por el plazo de tres meses que vencerían el veintidós de abril siguiente, lo cual se hizo constar expresamente, en esos términos (...). En estos casos, la Sala ha manifestado que si el Juez establece de manera expresa la fecha en que se vence la prisión

preventiva, esa es la fecha que se toma en cuenta. Sin embargo, contrario a este criterio, el Juez el Tribunal recurrido ha interpretado en este caso concreto que si el Juez Penal estableció que la prisión preventiva era por tres meses, el plazo va de fecha a fecha por lo que, para él, se dictó prisión preventiva desde el veintitrés de enero hasta el veintitrés de abril del dos mil ocho, desatendiendo con esta interpretación la constancia escrita donde expresamente se indicó, como se dijo, que la prisión preventiva del tutelado vencía el veintidós de abril del dos mil ocho. Bajo este supuesto, lleva razón la recurrente en su alegato pues en criterio de esta Sala, la prisión preventiva del amparado vencía el veintidós de abril del dos mil ocho como expresamente se indicó por el Juez Penal que la dictó el veintitrés de enero anterior y por tanto, si la prórroga de la prisión preventiva se decretó a las veintiún horas treinta y siete minutos del veintitrés de abril del dos mil ocho con vigencia a partir del veinticuatro de abril hasta el ocho de mayo siguiente, es evidente entonces que el tutelado estuvo privado de libertad durante todo el día veintitrés de abril del dos mil ocho sin que existiera ninguna resolución dictada por Juez competente que lo justificara y por tanto, el recurso debe ser estimado sin ordenarse la libertad del tutelado...”

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 8200, de las 19:37 horas, del 13 de mayo de 2008.

6. PRINCIPIO DE AMPLITUD DE LA PRUEBA.

Prueba ofrecida en casación. No todo rechazo aparece una violación al debido proceso. Acción de inconstitucionalidad promovida contra el párrafo segundo del artículo 449 del Código Procesal Penal.

“...IX.- **Constitucionalidad de la norma impugnada.** El principio de amplitud de la prueba ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala como parte del debido proceso penal: “[...]el juez no puede denegar prueba que sea vital para la averiguación de la verdad real, sobre todo si es decisiva en punto a la culpabilidad o inocencia del imputado; pero, además, significa que cualquier denegatoria de prueba que haga el juez, debe esta debidamente fundamentada, esto es, que no puede ser arbitraria. Hay, pues, un derecho del imputado a la **amplitud probatoria** cuya denegación arbitraria conllevaría violación al debido proceso. (...) (Sentencia número 3914-97 de las dieciséis horas tres minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa

y siete. En el mismo sentido, 403-00, 9123-01 y 9380-01).

El artículo 320 del Código Procesal Penal establece que el tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso y ordenará de oficio la que resulte esencial; rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. Asimismo dispone que de oficio, el tribunal podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas. (...) En relación con la facultad que tiene el tribunal, de admitir o rechazar la prueba que será recibida durante el juicio, la Sala Constitucional estableció que esa escogencia no puede ser arbitraria ni infundada, sino que debe realizarse con apego a los principios de sana crítica racional, de modo que el juzgador está obligado a admitir toda la prueba útil, pertinente y disponible que sea ofrecida. Corolario de lo anterior es que el rechazo arbitrario de una prueba es violatorio del debido proceso al restringir indebidamente los medios de defensa de las partes en el proceso. Sin embargo, no todo rechazo de prueba aparece una violación al debido proceso, pues aunque la prueba sea legítima y pertinente, puede no ser autorizada su recepción si resulta superabundante: (...) Conforme señala la Procuraduría, la norma impugnada es producto de la reforma efectuada al instituto de la casación penal, mediante la Ley de Apertura de la Casación Penal, número 8503 de 28 de abril de 2006, que tuvo como propósito adecuar el ordenamiento jurídico a lo ordenado en la sentencia del 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que estableció la exigencia de un recurso que posibilitara ampliamente la revisión del fallo. Por esto, la norma introduce la posibilidad para el imputado de ofrecer prueba relacionada con la determinación de los hechos en Casación, lo que anteriormente no estaba reconocido por la normativa procesal penal costarricense. No obstante, de ese derecho que tiene el imputado de ofrecer prueba, no se deriva que ésta deba ser admitida en forma ilimitada; sino que es razonable que se establezcan requisitos mínimos, tales como que se trate de prueba pertinente, indispensable o útil para la resolución del caso. La norma no impone una limitación irrazonable a la posibilidad del imputado de ofrecer prueba en la etapa de impugnación. Como puede verse, la norma define como

admisible aquella prueba propuesta por el imputado o a su favor, relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, bajo dos supuestos: 1) cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula, y 2) en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión, sea, cuando el tribunal estime que es útil para la resolución definitiva. Debiendo entenderse, entonces, la condición de "indispensable" o de "útil", como la única exigencia que impone la disposición legal en razón de la admisibilidad de la prueba. De acuerdo con la norma, lo "indispensable" o "útil" de la prueba ofrecida se valora respecto al reclamo formulado por el imputado o su defensa, circunstancia que resulta igualmente razonable, considerando que se trata de la fase recursiva del procedimiento. Y es que en esa etapa, si bien se debe garantizar la revisión integral del fallo como lo estableció la sentencia de la Corte Interamericana citada, lo lógico es que la prueba admisible sea aquella que sustente el reclamo efectuado contra la sentencia de primera instancia y no aquella que sea abiertamente innecesaria o impertinente. El recurrente pretende que la admisión de prueba en la fase de impugnación, no tenga límites, desconociendo que en todas las etapas del proceso, según se expuso, siempre impera la utilidad y pertinencia de la prueba, según el criterio del juzgador, que es quien define el sustento fáctico del enjuiciamiento. Por otra parte, el recurrente desconoce que la prueba en la fase de impugnación, tiene un espacio claramente acotado: pretende reexaminar lo que se definió en el debate y la sentencia recurrida, condición que exige que las probanzas propuestas le den sustento al reclamo o que tengan utilidad para la resolución de la causa. También pretende la exclusión de las potestades del juez en el proceso, asumiendo, erróneamente, que siempre que resuelve sobre la pertinencia o utilidad de una prueba, se conculcan los derechos fundamentales del imputado. Tanto el presupuesto como la conclusión que sustenta el argumento del recurrente, son inconsistentes y no demuestran, de ninguna forma, la lesión al Derecho de la constitución. En consecuencia, estima este Tribunal que la norma impugnada no es inconstitucional, pues lejos de afectar el derecho de defensa del imputado, más bien lo propicia y tutela, al permitir el ofrecimiento y evacuación de pruebas en Casación."

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 14918, de las 14:51 horas, del 8 de octubre de 2008.

7. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. Tribunal de juicio que emite sentencia condenatoria pese a la solicitud de absolutoria del Ministerio Público. Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad, formulada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

"...IV, - (...) lo que esta Sala debe analizar y decidir es si la emisión de una sentencia condenatoria por parte de un juez en las condiciones generales descritas por el recurrente resulta en términos generales violatoria del principio de imparcialidad del juez, abstracción hecha de que llegue a comprobarse por parte de la autoridad consultante que ella ha ocurrido o no en el caso concreto. Para el recurrente un juez que asume la función de acusar y a la vez decide el caso es claramente un juez infractor del principio del juez imparcial, afirmación ésta que la Sala comparte por entender, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia recién citadas que tal juez, que sostiene una acusación contra un imputado, ha perdido por ese mismo hecho y en tal caso concreto, la objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la función de juzgar. La cuestión es entonces determinar si tal labor acusadora se encuentra presente en ese caso general que describe el recurrente, pues más bien al analizar la queja se observa que el juez ha cumplido con los pasos señalados, en los artículos 324 a 340 del Código Procesal Penal y el día señalado declara abierto el debate; seguidamente, ha escuchado junto con las demás partes y el imputado la acusación que hace Fiscal del Ministerio Público; luego, ha recabado toda la prueba ofrecida y aceptada por las partes y ha preguntado él y las partes a los testigos y peritos para aclarar puntos oscuros y ha pasado revista en ese acto de las pruebas documentales para imponerse de su contenido. Finalmente, ha escuchado las conclusiones de las partes en donde exponen, de acuerdo con su propia perspectiva, lo que han apreciado en el debate y lo que jurídicamente procede, todo lo anterior según el criterio personal de ellas. Finalmente el juez ha declarado cerrado el debate y se ha retirado a deliberar respecto de los hechos del caso, según él los ha apreciado y sobre las consideraciones jurídicas que cabe hacer respecto de la situación acusada, también según su propio criterio. Finalmente, ya concluida esta fase de "deliberación y sentencia" y a través de la atención a ciertas reglas (artículos 360 a 369 del Código Procesal Penal) toma una decisión respecto del caso que le ha sido presentado. Hasta aquí,

cabe afirmar que no encuentra esta Sala dato o señal alguna que haga pensar que el juez de forma anticipada ha abandonado la objetividad que le es exigida por su deber de imparcialidad o que ha tomado partido o emitido criterio favorable o desfavorable respecto del alcance y efectos jurídicos del acontecimiento que se sometió a su conocimiento y decisión. El resguardo de la imparcialidad a través de la definición de los roles establecidos para el proceso penal no muestran señal alguna de haberse quebrantado. Por el contrario, cada uno de los protagonistas del proceso lleva adelante su labor, de la manera en que lo considera apropiado dentro del margen que dan los cánones establecidos, sin que alguno de ellos intervenga en la función de los otros, por más que se reconozca que sus actos tienen todos una relación muy estrecha de interdependencia. V.- Tal y como quedó claro de las amplias transcripciones de la jurisprudencia de este órgano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la infracción del deber de imparcialidad se concreta al existir algún acto o actuación del juez que desvirtúe o al menos levante claras dudas sobre su objetividad para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento. Dicha doctrina apunta claramente a afirmar que el juez que se ha expresado inequívocamente en alguna etapa anterior del proceso, respecto de la participación y responsabilidad del imputado en una situación fáctica o jurídica en discusión, es un juez que no puede llamarse imparcial por haber perdido la objetividad. El recurrente afirma que el juez que emite una sentencia condenatoria –cuando ésta última es antecedida por una petición de absolución por parte del acusador– “ha abandonado su papel de tercero imparcial”, pero para esta Sala no existe ninguna demostración de dicho aserto porque, contrario a lo que indica, tal acto concreto del juez no implica que en estos casos se deje de lado la imparcialidad a que está obligado. En particular, podemos apuntar que el juez no ha llamado a juicio oficiosamente al imputado, sino a pedido del Ministerio Público; no le ha imputado conducta alguna al acusado sino que, al mismo tiempo que éste escucha la reiteración de la acusación que se le hace de forma oral. A partir de allí, lo que sigue es la captación de todos los elementos probatorios que se aportan por los diferentes órganos de prueba y, luego, escucha igualmente las conclusiones (y no por casualidad así las llama el Código) que consisten básicamente en una valoración y el enjuiciamiento jurídico que cada parte hace de lo ocurrido, todo al tenor

del artículo 356 del Código Procesal Penal (...) Lo que resta entonces es el dictado de sentencia que –conforme se tiene dicho– se hará con base en lo que el juez ha tenido por demostrado en la audiencia y atendiendo a los criterios jurídicos que considera aplicables al caso y prestando atención a las alegaciones de las partes. Queda claro entonces que no existe indicio alguno que haga pensar que el juez dejó de ser objetivo, excepto si tomamos como tal el hecho de que haya condenado (o absuelto) al imputado, pero esa expresión es precisamente y más bien fruto de su actuar imparcial frente a lo que se le planteó. El juez ante la solicitud de absolutoria del Ministerio Público formulada en sus conclusiones, no pierde su competencia para decidir conforme a derecho el problema probatorio y legal que se le ha formulado, concluir lo contrario sería trasladar el Ministerio Público la función jurisdiccional de que gozan, únicamente, los jueces. En resumen, y para efectos del respeto del principio de imparcialidad como informante del debido proceso, la Sala no encuentra que en el caso planteado se produzca –de forma automática y necesaria– como lo pretende el recurrente, una infracción al principio de imparcialidad. Más bien, y como se explicó, tal infracción dependerá de si un caso específico se logra demostrar que efectivamente hay razones suficientes para entender que el juez ha tomado partido y perdido la objetividad que debe ostentar frente al caso que juzga. VI.- Conclusión. De conformidad con todo lo expuesto, debe evacuarse la consulta planteada señalando que no constituye infracción al debido proceso el simple hecho de que un juez dicte sentencia condenatoria contra un imputado en un caso en donde el Ministerio Público pidió la absolutoria en las conclusiones del juicio oral.”

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 18216, de las 18:24 horas, del 10 de diciembre de 2008.

8. PRINCIPIOS DE LIBERTAD PROBATORIA Y VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA. Fundamentación de la sentencia condenatoria únicamente en la declaración de la víctima. Acción de inconstitucionalidad promovida contra la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte.

“...V.- **Sobre los principios de libertad probatoria y valoración razonable de la prueba en el proceso penal.** Los principios de libertad proba-

toría y valoración razonable de la prueba en el proceso penal han sido reconocidos como parte del debido proceso constitucional. De conformidad con el principio de libertad probatoria, se debe permitir cualquier medio legítimo de prueba en la investigación de los hechos que dan origen a un caso penal. Conforme señala el artículo 182 del Código Procesal Penal: *"Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley"*. En ese sentido, no es posible descalificar anticipadamente ningún tipo de prueba, así como no se puede dar el carácter de plena prueba a ningún tipo de fuente. La exclusión de cierto tipo de pruebas debe responder siempre a la vigencia de los principios del Estado de Derecho y de las garantías que aseguran un juicio justo; sin embargo, descalificar un determinado tipo de testimonio, en función de la calidad del que declara o de su número, como lo pretende el recurrente, constituye más bien una lesión a la garantía de tutela judicial efectiva y a la determinación de la verdad conforme a las garantías de la oralidad, el contradictorio y la motivación de la sentencia. No puede asegurarse la tutela judicial efectiva que los ciudadanos que reclaman una lesión a sus derechos, si de antemano se descalifican pruebas por criterios estrictamente cuantitativos o cualitativos. Estas exclusiones, típicas en un sistema de prueba fasada, cercenan la posibilidad que quien acude a los tribunales para que se tutelen sus derechos, reciba una respuesta razonable y razonada respecto de su pretensión. En la estructura de un proceso judicial como el que define el artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos fundamentales del imputado no se aseguran mediante exclusiones probatorias en abstracto, según lo pretende el recurrente, sino que se garantizan mediante el respeto de una serie de garantías y principios, como el contradictorio o la motivación de las decisiones judiciales. La determinación de la verdad real de los hechos conforme a las garantías del debido proceso, no exige, de ninguna manera, las exclusiones probatorias, cuyo fundamento no responde al reconocimiento de alguna de las garantías que definen un juicio justo. La exclusión predeterminada de pruebas más bien se convierte en una decisión de política procesal que resulta irrazonable y desproporcionada. Por otro lado, las partes tienen el derecho de ofrecer toda la prueba que consideren pertinente y necesaria y el tribunal sólo podrá rechazarla mediante resolución funda-

da, cuando la considere abundante o innecesaria (artículo 320 del Código Procesal Penal) o cuando la misma sea ilegítima. (...) En cuanto al principio de valoración razonable de la prueba, debe decirse que en la evolución del derecho procesal penal, se han dado diversos sistemas de valoración de prueba (...) el de la libre convicción, que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico (...) dispone la libertad de convencimiento de los jueces, exigiendo que las conclusiones que se obtengan sean fruto racional de las pruebas en las que se apoya. El límite de la libertad del juez para apreciar las pruebas lo constituyen las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, por la posibilidad de que el juez arribe a sus conclusiones, valorando la prueba con total libertad pero respetando los principios de la recta razón, sea, las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común. El principio de valoración razonable de la prueba, atiende al hecho de que ésta no puede ser valorada arbitrariamente, sino que se deben seguir las reglas del raciocinio, así como las máximas de la experiencia. (...) La Sala Constitucional tiene abundante jurisprudencia en el sentido de que es estrictamente necesario que el análisis y valoración de prueba dentro de una sentencia condenatoria se lleve a cabo según las reglas y principios de la sana crítica racional, garantía que forma parte del debido proceso. (...) De manera que el tribunal no se encuentra constreñido a otorgar o no otorgar determinado valor a ciertos elementos probatorios o a exigir determinada cantidad o clase de prueba para acreditar los hechos, sino que, en cada caso concreto, debe apreciar las probanzas lícitamente obtenidas e incorporadas, sometidas a su conocimiento, tomando en consideración las reglas de la sana crítica racional. **VI.- Antecedentes jurisprudenciales aplicables** Este Tribunal, se ha pronunciado sobre la exigencia de los jueces de valorar la prueba recibida en el proceso penal, conforme a las reglas de la sana crítica racional y ha señalado que no resulta inconstitucional que en un caso concreto se estime que una sola declaración sea suficiente para acreditar el hecho punible. (...) **VII.- Constitucionalidad de la jurisprudencia impugnada.** De conformidad con el contenido de los principios de libertad probatoria y valoración razonable de la prueba, que forman parte del debido proceso constitucional, y reiterando los argumentos expuestos en las sentencias transcritas en el considerando anterior, este Tribunal estima que la jurisprudencia impugnada no resulta inconstitu-

cional, sino que antes bien, guarda coherencia y armonía con el Derecho de la Constitución que rige el proceso penal. De una lectura de las sentencias de la Sala Tercera de la Corte, referidas por el accionante no puede deducirse en modo alguno que se infrinjan los principios de inocencia, in dubio pro reo y debido proceso. La jurisprudencia es clara al señalar que en el tema de la valoración de la prueba, lo verdaderamente relevante no es la cantidad de pruebas sino la calidad e idoneidad de estas; siendo el juzgador quien debe otorgarle el valor correspondiente en cada caso concreto, de acuerdo a las reglas del correcto entendimiento humano, a saber, la experiencia común, la lógica y la psicología. Desde esa perspectiva, sí resultaría legítimo que una sentencia condenatoria tuviera como sustento una única prueba directa: siempre y cuando, se tenga sobre la misma la convicción y credibilidad necesaria para arribar a un juicio de certeza. (...) La jurisprudencia de la Sala Tercera se refiere más bien a la credibilidad, convicción y a la necesidad de que la prueba se valore conforme a las reglas de la sana crítica; en modo alguno señala que deba condenarse cuando exista duda en el ánimo del tribunal. Por otra parte, tampoco es cierto que la jurisprudencia de la Sala Tercera establezca un régimen probatorio diverso para los delitos sexuales en relación con el resto de los delitos. "

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 14918, de las 14:51 horas, del 8 de octubre de 2008.

9. QUERELLA. Desistimiento y pago de costas. Distinción entre delitos de acción pública y acción privada. Acción de inconstitucionalidad promovida contra el párrafo segundo del artículo 384 del Código Procesal Penal.

"...II.- **OBJETO DE LA ACCIÓN.** El accionante cuestiona el artículo 384 del Código Procesal Penal, concretamente en cuanto a su párrafo segundo el cual resulta inconstitucional por discriminatorio en relación al artículo 78 del mismo cuerpo de leyes. (...) Aduce que no tiene ninguna base razonable la diferenciación que hace la ley entre querellante en delitos de acción pública y querellante en delitos de acción privada, quitándole la misma ley al juzgador en segundo caso la posibilidad de valorar los motivos que se han tenido para desistir por parte del querellante (...) **IV.- SOBRE LA FIGURA JURÍDICA DE LA QUERELLA, SU DESISTIMIENTO Y EL DERECHO DE IGUALDAD:** La querella es el acto por el cual las personas autorizadas por el

Código Procesal Penal promueven el proceso penal por acción privada o solicitan intervenir en el ya iniciado por el Ministerio Público. En nuestro ordenamiento jurídico se contempla la posibilidad de que el querellante pueda desistir de la querella en cualquier momento del procedimiento pero deberá asumir el pago de las costas que ha ocasionado, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa. (...) De la lectura del artículo impugnado en relación con la sentencia parcialmente transcrita, concluye este Tribunal que no se está frente a una violación del principio de igualdad que acusa el recurrente, ya que los delitos de acción pública son tratados de manera diferente al proceso al que se someten los delitos de acción privada, tal es el caso de la querella. En otros términos, se está frente a situaciones distintas a las que se les da un tratamiento diferente."

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 0054, a las 14:45 horas, del 9 de enero de 2008.

III. DERECHO PENAL JUVENIL:

10. DERECHO A UNA PERSONA JUZGADORA IMPARCIAL. Elemento fundamental del debido proceso. Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad.

"...II.- **Sobre el fondo.** El primer reclamo que plantea el accionante se relaciona con la supuesta infracción al Derecho de la Constitución existente en el sistema procesal penal juvenil, en el tanto en que —en su criterio— deja de lado un elemento fundamental del debido proceso como lo es el derecho a un juez imparcial. Esto ha producido que en el caso concreto, la decisión de condenarlo haya sido tomada por un juez que había perdido tal condición por haber intervenido en otras fases del proceso tal y como lo establece la ley. En cuanto a este punto, ya se ha dejado de forma claramente establecida que no existe ninguna lesión constitucional por el hecho de que el legislador opte por diseñar sistemas procesales distintos para conocer y resolver sobre diferentes conjuntos de infracciones al ordenamiento jurídico. **III.** De tal forma, queda claro que la diversidad de diseño no es per se inconstitucional, pero debe por supuesto respetarse las normas y principios de la Constitución, entre los cuales se encuentra sin duda alguna el derecho a un juez imparcial (...) **IV.-** Esta doctrina es aplicable al caso que ahora se plantea en donde se reclama que el Juez Penal de Grecia infringió

el derecho del acusado a ser juzgado por un juez imparcial por cuanto, dicho funcionario habría participado en la tramitación del expediente y dentro de ella habría tomado decisiones que –por implicar una valoración de los elementos de juicio materiales referentes al hecho acusado– le hicieron perder la necesaria objetividad o ajenidad que exige la imparcialidad. Para este Tribunal entonces, y de acuerdo con lo arriba expuesto, la simple participación del mismo juez en actos de trámite dentro del expediente y luego como juez sentenciador no violan por esa sola razón el derecho al debido proceso, pues la infracción del deber de imparcialidad se concreta al existir algún acto o actuación del juez que desvirtúe o al menos levante claras dudas sobre su objetividad para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento, lo permite sostener

que el juez que se ha expresado inequívocamente en alguna etapa anterior del proceso, respecto de la participación y responsabilidad del imputado en la situación fáctica o jurídica en discusión, es un juez que no puede llamarse imparcial por haber perdido la objetividad. De tal manera, debe verificarse en este caso –por parte de la autoridad consultante–, si como se denuncia, la participación del juez en etapas anteriores al dictado de la sentencia comprometió su imparcialidad al conocer y pronunciarse en ella sobre aspectos del fondo del asunto, pues si así fue entonces se habría configurado una lesión al principio constitucional y convencional de la imparcialidad del juez."

Sala Constitucional de la Corte, voto N° 13446, a las 14:44 horas, del 3 de setiembre de 2008.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Compilador:

Dr. Alfonso Navas Aparicio

Letrado de la Sala Tercera (Casación Penal)

ACCIÓN CIVIL. Error del actor civil al cuantificar montos no puede ser subsanado, de oficio, por el Tribunal.

«Si bien el Tribunal tuvo por demostrado que esta víctima entregó la suma de 40,000.00..., fijó el daño material en la suma de 20,000.00 dólares..., conforme... se solicitó por quien representaba a la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, tanto al momento de fijar pretensiones como en las conclusiones del debate, tratándose de un error atribuible al Ministerio Público en el ejercicio de la acción civil. El licenciado... debe considerar los artículos 99 y 155 del Código Procesal Civil, para comprender la razón por la cual el Tribunal resolvió conforme a Derecho..., aún cuando se trató de un error del Ministerio Público, el órgano de sentencia no estaba facultado para acordar el pago de una suma superior a la solicitada por el actor civil».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ACCIÓN CIVIL. La indemnización de los perjuicios rige a partir del momento del ilícito, no de la firmeza del fallo.

«En la resolución número 745, de 29 de agosto de 2003, esta Sala estableció que los intereses, como parte de la indemnización de los perjuicios por el daño ocasionado, deben computarse a partir del momento del ilícito, no de la firmeza del fallo... los intereses deben computarse a partir del momento del hecho generador del daño y no de la firmeza de la sentencia, salvo los intereses moratorios que correrán a partir de que adquiera firmeza el fallo».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ACCIÓN CIVIL. Medidas cautelares y principio de legalidad.

«Debe partirse de un principio fundamental, a modo de garantía para las personas imputadas y/o demandadas civiles en un proceso penal: la legalidad jurisdiccional, propio de la seguridad jurídica de un Estado de Derecho, conforme a los artículos 11 y 154 de la Constitución Política y a los artículos

1 y 6 del Código Procesal Penal. Con fundamento en este principio, y respecto de las medidas cautelares imponibles en el proceso penal, el artículo 10 de la citada ley procesal prevé: "Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley...", debiéndose entender comprendidas tanto las medidas cautelares personales como las reales, pues ninguna se ve excluida de ese mandato. Partiendo de esa base y respecto de las medidas cautelares de carácter real dentro del proceso penal, los artículos 263 y 264 de la citada ley procesal señalan: "Embargo. El actor civil podrá formular la solicitud de embargo en el escrito de constitución o con posterioridad, sin perjuicio de la facultad de solicitar el embargo preventivo"; "Aplicación supletoria. Con respecto al embargo y a todas sus incidencias, regirán en cuanto sean aplicables las prescripciones del Código Procesal Civil". Ello significa, en primer lugar, que el embargo es la medida cautelar de índole real prevista en el Código Procesal Penal. Y, en segundo lugar, que el actor civil está facultado para solicitar, ya sea en el escrito de constitución o en otro momento procesal, el embargo simple (que se declararía en sentencia) o el embargo preventivo (como medida cautelar previa al dictado del fallo) sobre los bienes del demandado civil. En cualquier caso, se trata de un gravamen sobre bienes muebles e inmuebles, que se anota al margen de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, con el propósito de impedir que el deudor, mediante su ocultamiento o distracción, torne ilusorio el derecho del acreedor que se reconozca en una resolución jurisdiccional... El Código Procesal Civil—como se indicó, norma supletoria al Código Procesal Penal—contempla, por un lado, el embargo preventivo en tanto medida cautelar, que se anota provisionalmente en el Registro Público de la Propiedad, exigente de una garantía, a cargo del actor, que afiance los daños y perjuicios que se originen de ese embargo en caso de que la demanda se declare sin lugar, conforme a sus artículos 272 a 281, en relación con el artículo 468, inciso 4 del Código

Civil. Por otro lado, se prevé el embargo simple, cuya anotación registral es definitiva y no requiere afianzamiento por parte del acreedor, producto de la sentencia declarativa de una obligación de pagar una cantidad de dinero y del reconocimiento del respectivo derecho crediticio, o de un proceso de ejecución de sentencia conforme a los artículos 99, 155, 445, 469, 692 y 700 del Código Procesal Civil. También debe tomarse en consideración que cualquier decreto de embargo exige, por imperativo legal, que el órgano jurisdiccional comunique por mandamiento al Registro Nacional los específicos datos de los bienes muebles e inmuebles sobre los que recae el decreto de embargo, según lo solicitado por la parte actora, conforme al principio dispositivo que rige en materia procesal civil, según los artículos 274, 633 y 635 de la citada ley procesal civil. Por consiguiente, resulta claro que el Tribunal, en la presente causa, no pretendió decretar un embargo, máxime cuando ni siquiera individualiza los objetos a cuyo margen ordena la anotación. Por otro lado, considera esta Sala que con la "anotación del proceso" ordenada por el Tribunal de sentencia, tampoco puede entenderse que se está en presencia de una anotación de la demanda, permitida por el artículo 282 del Código Procesal Civil, porque ésta procede sólo en los primeros cuatro supuestos del artículo 468 del Código Civil (demanda sobre propiedad, demanda sobre cancelación o rectificación de asientos de registro, demanda para modificar la capacidad civil de una persona sobre la disposición de sus bienes, y decreto de embargo y secuestro de bienes inmuebles); sin que, en el presente caso, concurra alguno de ellos. Así como tampoco deriva del fallo que lo ordenado se justifique por un comiso, al no explicarse que los posibles bienes muebles e inmuebles, que el Tribunal ni siquiera identifica, a cuyo margen diligencia la anotación registral, constituyen instrumentos con los que se cometieron los delitos, objetos provenientes de su realización, o un provecho derivado de aquéllos; según el artículo 465 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 110 del Código Penal. Por consiguiente, se anula parcialmente el fallo, en cuanto a la "anotación del proceso" que en la sentencia se ordena respecto de –en general– "...las propiedades muebles e inmuebles registradas a nombre de los demandados civiles declarados responsables..."...».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ACCIÓN CIVIL. Defectos en el encabezado del mandato no lo invalidan.

«Resulta indiferente que en el encabezado del poder se consignara sólo el nombre de L.E.V.C., toda vez que del contenido de cada mandato se extrae, con suma claridad, los límites suficientes que permitían al mandatario ejercer la acción civil dentro de este proceso».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ACCIÓN CIVIL. Requisitos esenciales y no esenciales del mandato.

«Para definir los requisitos que ha de contener el poder especial judicial, con el propósito de que un abogado represente y gestione las pretensiones del actor civil dentro del proceso penal, debe atenderse a los artículos 835, 836, 1251, 1256 y 1289 del Código Civil, y a los artículos 118, 379 y 380, inciso 2), del Código Procesal Civil. De esta manera, resulta esencial que en esa clase de poder quede manifiesta la voluntad del mandante de otorgar poder al mandatario para representarle en aquellos actos jurídicos de que se trate, sin que, en ningún caso, pueda este último excederse para otros actos, aún cuando puedan entenderse como consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar. Además, la firma del poderdante debe contar con la debida autenticación por un abogado. Y, asimismo, el documento adquirirá fecha cierta con su presentación ante la autoridad respectiva, para hacerlo valer en un proceso. De lo anterior, se desprende que aspectos como la mención del lugar o de la fecha en el que este poder se otorga no resultan esenciales. Incluso la omisión de estos datos, o posibles errores en su consignación, en esa clase de documento privado no resta eficacia al mandato, en tanto conste la voluntad manifiesta de una persona para hacerse representar por otra para determinados actos jurídicos. De esta manera, el poder especial judicial no surtiría eficacia ante un vicio del consentimiento del poderdante o ante la ausencia misma de ese consentimiento... Debe tenerse presente que esta autenticación no da fe del contenido del documento, al no hacerla la profesional en Derecho en su condición de notaria, sino sólo de abogada autenticante de las firmas de los ofendidos».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ACCIÓN CIVIL. Momento procesal para concretar pretensiones.

«De conformidad con el artículo 117 del Código Procesal Penal... en la presente causa no puede tenerse por tácitamente desistida la acción civil. En primer término, el momento oportuno para concretar pretensiones, a que alude el párrafo segundo del numeral indicado, se contempla en el artículo 308 de dicho cuerpo normativo... Esa norma debe ser relacionada con lo dispuesto en el artículo 357 CPP... De la integración de las dos disposiciones se desprende, que la concreción en la etapa de juicio, del monto por daños y perjuicios, es obligatoria, bajo sanción de tenerse por desistida la acción, por ese nuevo rubro, únicamente cuando se estime la existencia de daños y perjuicios mayores a los fijados en la etapa preparatoria... Con la fijación de los reclamos, en la etapa preparatoria, tanto de las partidas a reclamar, como de las cantidades pedidas, se pretende dar la oportunidad a la otra parte, de conocer con antelación esos aspectos, para no ser sorprendido en el juicio, sin posibilidad de ejercer la defensa en cuanto a ellos. En este caso, el demandado civil conoció las pretensiones de los actores, desde mucho tiempo antes del debate, teniendo en consecuencia la oportunidad de rebatirlas, y ofrecer prueba de descargo. Es por ello que no resultaba imprescindible que en la etapa de conclusiones, se volvieran a especificar las partidas y los montos, que ya eran conocidos. Bastaba con que se pidiera la condena civil, en los términos de la demanda».

Sala Tercera, res. 671, 22 de junio de 2007.

ACCIÓN CIVIL. Taxatividad de la legitimación para accionar civilmente.

«El Código Procesal Penal es claro, específico y delimita –*numerus clausus*– quién puede ejercer dentro del proceso penal la acción civil resarcitoria. –numerales 37 y 38 de ese cuerpo legal–, legitimación que no puede ser extendida bajo la figura del coadyuvante, aún cuando ésta se regule en el Código Procesal Civil, pues no cabría aquí aplicación supletoria dado que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal tiene las reglas de intervención claramente delimitadas en el Código Procesal Penal y las coadyuvancias que podrían admitirse son únicamente las que establece la ley, como por ejemplo el caso de la Contraloría General de La República -artículos 3 párrafos 2º y 3º, 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República– cuando se conozca en el proce-

so de reclamos relacionados con fondos públicos, bien sea que el Estado figure como demandado o como actor civil. Fuera de los casos legalmente establecidos, para la acción civil ejercida dentro del proceso penal no resulta admisible coadyuvancia alguna».

Sala Tercera, res. 427, 4 de mayo de 2007.

ACCIÓN CIVIL. Diferencia entre patrocinio de un abogado y mandatario con poder especial.

«El artículo 111 del Código Penal prevé dos posibilidades: que el actor civil actúe con el patrocinio de un abogado o que se haga representar por un mandatario con poder especial. En el primer caso, no hace falta mandato alguno, pues se trata de supuestos en que el abogado funge como asesor y director del proceso respecto de los intereses civiles de la víctima, bastando con que ésta le acompañe en sus intervenciones, sin que pueda actuar por sí solo. El segundo supuesto permite la actuación de una persona en ausencia y representación de la víctima actora civil, de ahí que se justifique la necesidad de un poder judicial especial en donde el mandatario actúa por cuenta o encargo del mandante, en cuyo caso resultan de aplicación las normas sobre el contrato de mandato contempladas en el Código Civil».

Sala Tercera, res. 1280, 31 de octubre de 2007.

ACCIÓN CIVIL Casos que genera la responsabilidad civil.

«Tómese en cuenta que la responsabilidad civil puede nacer tanto de una relación contractual como extracontractual, según los artículos 1022 y 1045, respectivamente, del Código Civil. En este segundo caso la obligación de reparación del daño y perjuicio puede, a su vez, surgir de una responsabilidad por un acto propio o de una responsabilidad objetiva por actos de terceras personas, siempre y cuando así lo disponga la ley y concurra, entre otros requisitos, dolo o culpa, sea civil o penal».

Sala Tercera, res. 1431, 12 de diciembre de 2005.

ACCIÓN CIVIL. Error de prohibición no excluye la responsabilidad civil.

«El razonamiento del *a quo* al valorar la prueba es correcto en el sentido de que A.A.P. actuó de forma típica y antijurídica para el Derecho penal... El reproche que ahora se acoge se limita a la ausencia del fundamento acerca de la culpabilidad –como categoría jurídica del delito que prevé el Código

Penal— por no valorarse de modo adecuado un posible error sobre la prohibición. Al haber certeza de que la conducta del encartado constituyó un injusto penal, contando este extremo con un fundamento válido, lo resuelto sobre la antijuridicidad penal del comportamiento, así como lo relativo a la acción civil (...se declara con lugar las pretensiones civiles) permanece invariable».

Sala Tercera, res. 80, 9 de febrero de 2007.

ACCIÓN CIVIL. Buena fe en el litigio, a pesar de defectos formales del mandato.

«Respecto de los ofendidos cuyas acciones civiles fueron declaradas sin lugar y gestionadas por medio del licenciado..., existió razón plausible para litigar... el motivo por el cual el Tribunal rechazó las pretensiones civiles residió en la existencia de defectos en la representación que ejerció el citado profesional en Derecho, lo que, de ningún modo, incidió en el reconocimiento que de ellos se hizo como verdaderas víctimas de estafa, lo que evidencia razones plausibles y una buena fe en el litigio».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

AUDIENCIA PRELIMINAR. El Juzgado Penal no está obligado a examinar materialmente la prueba.

«Los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal no exigen que el juez penal de la etapa intermedia deba siempre —salvo que resulte imprescindible para resolver alguna gestión propia de la audiencia preliminar— observar y examinar materialmente la prueba documental y la evidencia, a efectos de cumplir con lo dispuesto en dichos mandatos legales: verificar la procedencia de la acusación o querrela para determinar si hay base para el juicio, o si procede desestimar la causa o sobreseer al imputado y, en su caso, pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio. Ello es así, pues el último párrafo del artículo 318 del citado texto procesal veda la posibilidad de discutir, durante la audiencia preliminar, aspectos propios del juicio oral, en el que se resolverá el fondo del asunto con base en el examen de la prueba conforme a las reglas del correcto entendimiento humano y a su intermediación».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

CASACIÓN. Admisibilidad por posible exclusión ilegítima de parte procesal.

«...resulta evidente que en un inicio se le tuvo como parte en el proceso, pero, con posterioridad,

vio conculcados sus derechos al ser excluido por el Tribunal de Juicio, sin proceder a verificar del estudio integral de las constancias del proceso si esa separación resultaba procedente o no, denegándosele su participación como representante legal de la entidad ofendida en defensa de sus intereses, aspecto que viene a objetar ante esta sede. Sobre esa base, si bien en principio el recurrente no sería formalmente sujeto legitimado para impugnar lo resuelto, esta Sala en la política de apertura que caracteriza la casación, estima procedente admitir el recurso a efecto de constatar si fueron conculcados o no de sus derechos, por cuanto de acreditarse lo alegado se trataría de un manifiesto caso de indefensión, violatorio del debido proceso legal, al vulnerarse los artículos 39 y 41 de la Constitución Política».

Sala Tercera, res. 317, 28 de marzo de 2007.

CASACIÓN. Momento para ampliar el fundamento de los motivos alegados.

«Esta Sala ha apuntado, en reiteradas ocasiones, que la posibilidad de ampliar el fundamento de los motivos ya formulados en un escrito impugnativo —no el número de motivos— rige durante la realización de la audiencia oral prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal... Por esta razón, los novedosos argumentos que, luego de la audiencia oral y por escrito, presentan..., no deben ser considerados en este pronunciamiento con el fin de no quebrantar el derecho de audiencia de las partes en el proceso, pues los demás no habrían tenido la oportunidad de manifestar lo que estimaran oportuno sobre los nuevos alegatos de ampliación».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

DECOMISO. Falta de necesidad de testigos presenciales en algunos casos.

«Es importante aclarar que en este tipo de detenciones, no toda orden de decomiso lleva implícita una inspección corporal, requisita, o cacheo superficial... ya que existen situaciones donde no se requiere una intromisión de la autoridad en la esfera corporal del sujeto, por la evidente portación del objeto relacionado con el delito en lugares visibles y accesibles sin ningún compromiso físico o moral para la persona aprehendida... En este orden de ideas, se hace intrascendente la ausencia de testigos ajenos a la autoridad actuante para poder confeccionar —válidamente— un acta de decomiso o secuestro conforme lo establecen los artículos 198 y 199 del Código Procesal Penal, puesto que dicho

procedimiento está dispuesto para aquellos casos en que se requiere vulnerar el ámbito de intimidad y privacidad del individuo que se sospecha esconde en su cuerpo o entre sus prendas de vestir, elementos relacionados con una acción ilícita, casos en que el legislador consideró pertinente, una tutela objetiva que demuestre la transparencia del acto unilateral de los funcionarios policiales, así como una garantía de la legalidad del procedimiento».

Sala Tercera, res. 759, 27 de julio de 2007.

FIJACIÓN DE LA PENA. Antecedentes delictivos.

«Debe advertirse que la regla contenida en el inciso e) del artículo 71 del Código Penal, atinente a la "personalidad del partícipe" se traduce en las condiciones personales del sujeto activo: "...en la medida en que hayan influido en la comisión del delito...", de forma que sólo deben valorarse... en la graduación de la pena, los factores de índole personal que contribuyen en la génesis delictiva que se juzga, desde la perspectiva de la función preventivo-especial de la consecuencia prevista en la norma penal, y sin que todos esos factores posean siempre idéntico valor, pues habrían supuestos en que aquellos aspectos subjetivos justifiquen un menor rigor punitivo, y los hay que puedan aconsejar una mayor severidad en la sanción, siempre dentro de los límites penológicos previstos en la ley concreta y en ponderación de los fines de la pena privativa de libertad, dentro de los cuales se tendrá como finalidad esencial la prevención especial positiva, por mandato expreso del artículo 5 párrafo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de conformidad con los artículos 33 y 40 de la Constitución Política que prohíben cualquier sanción que se presente como cruel o degradante en perjuicio de la dignidad humana, al margen de que deba admitirse que la pena de prisión, en la realidad y aunque esté reconocida en el Ordenamiento jurídico, se presenta como un mecanismo no siempre afortunado en la consecución de aquellos fines. De lo anterior se desprende, entonces, que el respeto al sentido literal posible de la referida fórmula legal contenida en el Código Penal –al principio de legalidad– excluye la posibilidad de evaluar penológicamente circunstancias individuales que no hayan supuesto un aporte a la comisión del delito de que se trate. Ahora bien, en el contexto de la medición de la pena, debe reiterarse que la certificación del Registro Judicial contenedora de antecedentes pe-

nales puede considerarse en la individualización judicial de la sanción, únicamente si refleja una particular personalidad del encartado –por su persistente actitud negativa frente a la tutela del bien jurídico puesto en peligro o lesionado– que haya influido en la comisión del delito que se enjuicia, aspecto que justifica un aumento proporcional y razonable del extremo mínimo previsto en la ley... En el presente caso y según la citada certificación del Registro Judicial, el encartado G.M. había sido condenado con anterioridad por delitos de naturaleza similar: violación de domicilio, dos robos agravados y dos robos simples, sin que tales registros se puedan tener por cancelados, en atención al artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales (Ley número 6723): "El jefe del Registro cancelará los asientos de los convictos, cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción". Estas condenas previas explican un mayor rigor punitivo, pues evidencian una persistente actitud o disposición reiterada en transgredir normas que tutelan el bien jurídico propiedad e intimidad domiciliaria, pues no debe obviarse que la conducta del imputado fue subsumible en el delito de robo agravado no sólo por el uso de armas durante la sustracción, sino por la fractura de la ventana de la vivienda donde ingresó para apoderarse de los bienes. De este modo, la certificación del Registro Judicial no debe valorarse de modo indiscriminado, cual si cualquier antecedente facultara agravar la pena, sino sólo en la medida en que ese documento refleje cualidades distintivas de la personalidad (la "...personalidad del partícipe..." que refiere el artículo 71 citado) que hayan contribuido en la comisión del concreto delito juzgado. Por esta razón, estos particulares antecedentes judiciales si permitían al a quo aumentar la pena en dos años respecto del límite inferior previsto en la ley».

Sala Tercera, res. 77, 9 de febrero de 2007.

FIJACIÓN DE LA PENA. Particular estrategia de la defensa.

«Lo mismo cabría decir respecto de la particular estrategia de defensa utilizada (concebir la intervención del Ministerio Público como la causa del impago del dinero a los ofendidos) y que en la sentencia se censura, pues constituyen aspectos que no se corresponden con la gravedad del hecho ni con la personalidad del imputado, en tanto pautas para la fijación de la pena, conforme al citado artículo 71».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

FIJACIÓN DE LA PENA. Cantidad y clase de armas, número de personas amenazadas y de circunstancias agravantes, gravedad del resultado.

«Respecto de las circunstancias de modo en que el delito se comete –artículo 71, inciso c), del Código Penal– deben valorarse las siguientes. Deriva del fallo que el arma utilizada por el imputado durante la sustracción era de fuego, es decir, capaz de disparar proyectiles con ayuda de la pólvora. La específica cualidad y potencialidad lesiva del instrumento del que se sirve el sujeto activo para cometer el robo también constituye un factor a valorar en la determinación de la pena. Si bien el inciso 2) del artículo 213 del Código Penal prevé como circunstancia agravante del robo el uso de “armas”, en general, los atributos que vayan más allá del meramente conceptual, en tanto objetos que aumentan el poder ofensivo del sujeto activo y disminuyen la capacidad defensiva del sujeto pasivo, pueden ser evaluados en la graduación de la pena, sin que se incurra en una ilegítima doble valoración de los elementos objetivos del tipo penal. En el presente caso, la potencialidad lesiva de un arma de fuego para la integridad psico-física o vida de la víctima es sumamente grave y riesgosa. Además, tómese en consideración que se amenazaron con esa arma a un total de cinco personas... Asimismo, en el presente caso concurren dos circunstancias agravantes de la pena para el delito de robo: la utilización de un arma y la participación de cuatro personas (dos que ingresaron al local y otras dos que conducían una motocicleta y un vehículo, que facilitaron la consumación del delito). Por otro lado, en cuanto a la importancia de la lesión patrimonial, ésta fue significativa para el ofendido..., pues la sustracción de treinta y seis teléfonos celulares supuso una pérdida de unos cinco millones de colones, perjuicio del que no se logró recuperar y le obligó a clausurar su negocio comercial unos meses después. Estos cuatro elementos que derivan de la sentencia íntegra (alto potencial lesivo del arma, número de personas intimidadas con ella, concurrencia de dos circunstancias agravantes de la pena y significativo perjuicio económico del que no se logró recuperar el ofendido) justifican un especial rigor punitivo».

Sala Tercera, res. 1364, 13 de noviembre de 2008.

FIJACIÓN DE LA PENA. Número de conductas negligentes, consecuencias más allá de la le-

sión del bien jurídico, posterior comportamiento del sujeto activo (huida) y sufrimiento de la víctima.

«En este caso particular, no debe soslayarse que los criterios de individualización de la pena previstos en el artículo 71 del Código Penal, se complementan con los expuestos en el artículo 117 del mismo texto legal.... A partir de ello, el Tribunal valora el mayor grado de culpa que supone la conducción bajo dos circunstancias que tornan más grave el comportamiento: el exceso de velocidad y estado de ebriedad... Además, evalúa la gravedad del daño producido o importancia de la lesión o peligro: se produjo el resultado muerte –es decir, el comportamiento del encartado no se limitó a poner en riesgo la vida–...; la afectación emocional y económica para los integrantes del núcleo familiar del ofendido...; y la larga expectativa de vida que tenía T.S.P. al momento de su fallecimiento... Asimismo, señala el órgano de sentencia que, en cuanto a las circunstancias subjetivas y las objetivas de modo, tiempo y lugar en que acontece el ilícito, el comportamiento de la víctima nunca constituyó un factor que contribuyera a su atropello –pues, en tanto ciclista, circulaba respetando las normas de tránsito–, así como tampoco el encartado se enfrentó a condiciones adversas de la carretera –al estar en un óptimo estado estructural– y conocía la zona, como vecino del lugar, todo lo que evidencia un mayor grado de imprudencia en la causación del atropello... Por todas estas razones la pena... resulta proporcional al ilícito cometido, aún cuando se suprime, de modo hipotético, la alusión a la actitud despreocupada del imputado, inmediatamente después del suceso, para no auxiliar a la víctima. Sobre este último aspecto la Sala apuntó en su resolución número 44, de 25 de enero de 2008... Por estas mismas razones, la indiferencia y el desinterés en auxiliar a quien el imputado acababa de atropellar, aún cuando desde algún punto de vista moral o ético pueda ser reprochable, en tanto se traduzca ese comportamiento como una falta de contrición y de voluntad de recomponer el error cometido, no permite, en buena técnica jurídica, agravar el monto de la pena imponible. Del mismo modo, en el presente caso, la ausencia de atención médica de la víctima después del accidente no puede repercutir en un mayor rigor en la fijación del tiempo de la condena, porque se desconoce si el ofendido murió en el momento del impacto o tuvo un período de sobrevida con algún tipo de sufrimiento. Sólo en este último caso, el dolor, malestar

y padecimiento de una víctima sí podría valorarse al graduar la pena, como parte de la significación y magnitud de la lesión o peligro que para un bien jurídico supuso un comportamiento criminal».

Sala Tercera, res. 1089, 26 de septiembre de 2008.

FIJACIÓN DE LA PENA. Huida del sujeto activo del lugar del delito.

«La huida del encartado desamparando al ofendido o su falta de arrepentimiento, no deben constituir parámetros para imponer un mayor rigor punitivo. Esta Sala ha indicado lo siguiente al respecto: "...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. 44., 25 de enero de 2008.

IMPUTADO. Concepto de declaración indagatoria.

«La declaración indagatoria consiste en informar al imputado, en presencia de la defensa técnica y detalladamente, de los hechos que se le imputan, su calificación jurídica y la prueba existente, poniendo a su disposición todas las actuaciones hasta ese momento reunidas, con el fin de que manifieste lo que tenga por conveniente indicar, ya sea que declare o se abstenga de hacerlo, conforme a los artículos 82, incisos d) y e), y 92 del Código Procesal Penal».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

IMPUTADO. Valor de sus manifestaciones engañosas ante las autoridades cuando aún no era considerado sospechoso.

«El hecho de que un implicado en un delito, dé información falsa o incompleta a las autoridades para desviar la atención o las investigaciones e impedir que se descubra su rol en los hechos, no puede servir de pretexto para, una vez averiguado su verdadero papel, se pretenda invalidar lo actuado, bajo el argumento de la violación al derecho de abstención o a sus garantías constitucionales de defensa y debido proceso o que no se puedan considerar los datos que brindó por haber adquirido luego la condición de imputado... En cuanto al tema esta Sala ha señalado que esa información, constata la buena fe de las autoridades al intervenir, su actuación incluso bajo el engaño mismo de aquél que pretende desviar la investigación, puede ser utilizada válidamente, pues surgió en forma espontánea, sin presión, coacción o violencia alguna y precisamente para desorientar las pesquisas».

Sala Tercera, res. 427, 4 de mayo de 2007.

LEALTAD PROCESAL. Quien recurre no debe simular que lo hace otra persona.

«Consta un recurso de casación interpuesto por el licenciado O.G.C.M., el 11 de diciembre de 2006, al haber sido designado como nuevo abogado defensor del imputado J.G.S.B... (...) consta otro recurso de casación, presentado el 12 de diciembre de 2006, por el licenciado C.R.L., en calidad de defensor del encartado, quien le había asistido durante el debate. Sin embargo, a folio... se observa la renuncia de este último, por lo que esta Sala resolverá únicamente el escrito de impugnación gestionado por el licenciado O.G.C.M., sin que sea admisible la propuesta que realiza el ex defensor del imputado para que su recurso se tramite como si hubiera sido elaborado por el mismo imputado en el ejercicio de su defensa material, por cuanto dicha simulación supondría una irregularidad para el correcto equilibrio y lealtad procesal entre las partes e implicaría desconocer que, en realidad, el recurso fue formulado por la defensa técnica».

Sala Tercera, res. 1089. 26 de septiembre de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Ejercicio abusivo del derecho a recurrir. Interrupción del cómputo de la prescripción. (I)

«Esta Sala declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el acusado P.B., porque lo

que él pretendía impugnar por ese medio era una simple providencia y no una sentencia o un sobreseimiento dictados por el Tribunal de Juicio, que son los dos únicos actos que pueden ser recurridos en sede de casación. Como se ve, la resolución es clarísima en cuanto a lo resuelto y las razones, por lo que es evidente que no hay nada que aclarar... Además, el recurso de casación promovido por P.B. fue emplazado por el Tribunal de Juicio..., confiriéndose así la audiencia a las partes, lo cual permitió a las demás partes pronunciarse respecto de la impugnación. Por esto último, es evidente y manifiesto que lo resuelto por esta Sala carece de recurso de revocatoria, ya que éste sólo se permite contra resoluciones dictadas sin sustanciación (artículo 434 del Código Procesal Penal), trámite que en este caso sí se cumplió respecto del recurso de casación. Por lo anterior, se rechazan de plano las solicitudes de aclaración y adición, así como el recurso de revocatoria formulados por el imputado licenciado M.A.P.B. contra la resolución de esta Sala número 1208, de 29 de octubre de 2007. Ahora bien, esta Sala no pasa inadvertido el hecho de que el acusado es abogado, es decir, que tiene formación en leyes y conocimiento del Derecho. Esta situación debe ser vista en conjunto con la experiencia que en procesos penales tiene P.B. Unidas ambas circunstancias, considera esta Sala que es razonable estimar que el imputado conoce y entiende la legislación procesal penal, de manera que este despacho da por hecho que él sabe y comprende muy bien cuáles resoluciones son impugnables mediante el recurso de casación, así como también sabe perfectamente que lo que él ha recurrido en esta ocasión no es más que una simple providencia que no puede ser impugnada por esa vía. Además, por las mismas razones, considera esta Sala que el imputado tiene pleno conocimiento y consciencia de los casos en que procede solicitar la aclaración y adición de resoluciones, así como los supuestos en que cabe el recurso de revocatoria. Así las cosas, estima este despacho que las dos gestiones que ha formulado P.B. en esta causa ante esta sede, fueron efectuadas únicamente con el fin de dilatar injustificadamente la realización del juicio que se ha ordenado llevar a cabo en su contra. En otras palabras, lo que ha hecho el justiciable no es más que tratar de evitar a toda costa que se lleve a cabo el debate en que se decidirá si es penalmente responsable por los hechos que se le atribuyen, o, cuando menos, retardarlo lo más que se pueda. Esta dilación se pone

de manifiesto con la evidentemente improcedente interposición de un recurso de casación contra una providencia, así como con la solicitud de aclaración, la solicitud de adición y la gestión de un recurso de revocatoria contra la resolución de inadmisibilidad dictada con la debida sustanciación. En ese sentido, por encontrarse el proceso en fase de juicio, a criterio de esta Sala es evidente que se está ante gestiones de la defensa realizadas con la única intención de obstaculizar el desarrollo del debate. Por lo expuesto, considera este despacho que se está ante el supuesto del inciso c) del artículo 33 del Código Procesal Penal, y en virtud de ello se decreta la interrupción del cómputo de la prescripción de la acción penal, a partir de la fecha de la presente resolución... Claro está que otras actuaciones abusivas que sean verificadas por el Tribunal de Juicio cuando tenga la causa nuevamente bajo su conocimiento, podrán generar el dictado de otras interrupciones por parte de ese órgano. Con el objetivo de que se proceda finalmente a realizar el debate por tanto tiempo esquivado, se ordena la inmediata devolución del expediente al Tribunal para que se proceda a realizar cuanto antes el juicio correspondiente, sin perjuicio de que, ante la eventual petición de alguna de las partes del proceso para que se imponga una medida cautelar, el Tribunal valore el comportamiento del imputado dirigido a no someterse a la persecución penal, actitud que esta Sala también ha censurado mediante las recientes resoluciones número 1082, de 26 de septiembre de 2007 y 15, de 11 de enero de 2008, dentro del expediente 03-000409-0175-PE que, igualmente, se sigue contra el licenciado P.B. Por último, de conformidad con los artículos 57, 82 y 85 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, se testimonian piezas ante la Fiscalía del Colegio de Abogados para que se le siga causa disciplinaria por las gestiones dilatorias indicadas, pues aún cuando ostenta la calidad de imputado, sigue siendo abogado».

Sala Tercera, res. 86, 8 de febrero de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Ejercicio abusivo del derecho a recurrir. Interrupción del cómputo de la prescripción. (II)

«El ordenamiento jurídico procesal no permite interponer contra el auto indicado un recurso de casación..., toda vez que esa resolución no constituye una sentencia o un sobreseimiento dictados por el Tribunal de Juicio, que son los dos únicos actos que pueden ser recurridos en sede de casación.

Tampoco... puede pretenderse que se trate de un recurso de apelación, no sólo porque así no lo califica la licenciada N.M.M., sino porque ni siquiera es procedente un recurso de apelación contra el auto ahora cuestionado. Lo anterior no impide a esta Sala... pronunciarse sobre las prácticas –una de ellas, este recurso– de la defensa técnica para obstaculizar el normal desarrollo del proceso que han impedido desde el 9 de febrero de 2005 (fecha en la que el expediente ingresa al Tribunal...), hace ya más de tres años, realizar el debate. Debe la recurrente tomar atenta nota del artículo 127 *ibidem*: "Deber de lealtad..."... esta Sala no pasa inadvertido el hecho de que la recurrente es abogada y es quien firma el escrito impugnativo..., es decir, que tiene formación en leyes y conocimiento del Derecho. Esta circunstancia permite, razonablemente, estimar que la impugnante conoce y entiende la legislación procesal penal, de manera que este despacho da por hecho que ella sabe y comprende muy bien cuáles resoluciones son impugnables mediante el recurso de casación, así como también sabe perfectamente que lo que ella ha recurrido en esta ocasión no es más que un auto que no puede ser impugnado por esa vía y que, además y de forma manifiesta, no le ocasionaba ningún perjuicio, pues simplemente rechazaba una gestión del ofendido y actor civil para suspender el cómputo de la prescripción por las estrategias dilatorias de la defensa. Así las cosas, estima este despacho que la gestión que ha formulado la licenciada N.M.M. en esta causa ante esta sede, fue efectuada sólo con el fin de dilatar injustificadamente la realización del juicio que se ha ordenado llevar a cabo en contra de su representada. En otras palabras, lo que ha hecho la defensora no es más que tratar de evitar a toda costa que se lleve a cabo el debate en que se decidirá si su cliente es penalmente responsable por los hechos que se le atribuyen, o, cuando menos, retardarlo lo más que se pueda. Esta dilación se pone de manifiesto con la evidentemente improcedente interposición de un recurso de casación no sólo contra un auto, sino contra una resolución que no le ocasionaba ningún perjuicio... en virtud de ello se decreta la interrupción del cómputo de la prescripción de la acción penal, a partir de la fecha de la presente resolución».

Sala Tercera, res. 676, 20 de junio de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Prueba en la etapa intermedia y para mejor proveer.

«Debe tenerse en consideración lo indicado por

esta Sala en su resolución número 248, de 20 de marzo de 2007: "...En primer lugar, debemos partir de la premisa que es en la etapa intermedia del procedimiento donde las partes deben de ofrecer la prueba para el debate. Con ello, nuestro legislador garantizó la imparcialidad del Tribunal al no tener que calificar la prueba para el debate y a las partes de no verse sorprendidos con ofrecimiento de prueba desconocida, lo anterior en razón de los principios de lealtad procesal y litigio de buena fe (artículo 127 del Código Procesal penal)... De lo anterior se colige el carácter excepcional de la prueba para mejor proveer que dispone el artículo 355 restringiéndola a aquellos hechos o circunstancias nuevas que surjan en el curso de la audiencia. En segundo lugar esta Sala en el Voto Número 394 de las 9:55 horas del 2006 determinó los criterios a seguir con relación a la interpretación del artículo 355 del Código Procesal Penal, señalando: «Si bien del último antecedente citado puede deducirse claramente cuál es la interpretación que debe hacerse del artículo 355 del Código Procesal Penal, lo cierto es que ello, per se, no implica una modificación total del criterio seguido en la sentencia número 2000-0572. Es necesario, eso sí, dimensionar los alcances de esta resolución para evitar una interpretación extensiva como la que surgió en la sentencia número 2005-0727. Ese primer caso tenía la particularidad de que el asunto se resolviera conforme al principio constitucional del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de la víctima, pues de manera inexcusable, el Ministerio Público omitió ofrecer como prueba la declaración del ofendido. Así, esa prueba no podía válidamente ser rechazada bajo el argumento de que no se trata de 'nuevos hechos o nuevas circunstancias', pues existe una norma de rango supra legal que tutela el derecho de la víctima de ser oída y de obtener una justa reparación de sus daños, que prevalece sobre las normas que regulan la forma en que debe desarrollarse el procedimiento penal. Sin embargo, no es posible pretender –como también se sostuvo en ese momento– que la interpretación del artículo 355 pueda ser tan flexible como para concluir que cuando ha sido manifiesta la desidia del Ministerio Público al ofrecer cualquier prueba de cargo, ello pueda –y deba– solventarlo el juez en el contradictorio, bajo el argumento que debe imperar el principio de búsqueda de la verdad real. El artículo 320 da la posibilidad al Juez de la etapa intermedia de incorporar prueba de oficio cuando ha existido manifiesta negligencia de cualquiera de las partes,

pero esta es una posibilidad que sólo existe en esa fase del proceso y que no puede ampliarse hasta la etapa del contradictorio, salvo que –de conformidad con los lineamientos expuestos– se trate de: a) prueba pertinente y útil para la defensa, y b) prueba cuyo rechazo implique una vulneración al derecho de acceso de la víctima al proceso penal, como a manera de ejemplo puede resultar ser, su declaración como ofendido dentro del proceso penal. Precisamente la naturaleza marcadamente acusatoria del proceso hace que el juzgador no pueda comprometer su imparcialidad asumiendo la función investigadora que compete únicamente al órgano requirente. Por esas razones, conviene modificar lo sostenido por la mayoría de esta Sala en sentencia número 2005-0727, pues en ese caso no era aplicable lo resuelto mediante resolución 2000-0572, en virtud de en éste último, el problema se refería a la participación de la víctima en el proceso, y no a la incorporación de oficio, de prueba cuyo ofrecimiento fue omitido por el Ministerio Público, caso en el cual, era evidente que el momento procesal para ofrecerla, ya había precluido y que tampoco se encontraba en los supuestos que prevén los artículos 355 y 362 del Código Procesal Penal»...

Sala Tercera, res. 174, 28 de febrero de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Prueba nueva en casación.

«En el presente asunto la explicación que da el licenciado G.M.R., respecto de la prueba que ahora ofrece, no guarda relación con el primer motivo de casación en el que dice sustentarse, así como tampoco señala que se vinculen con alguna causal del artículo 408 del mismo texto procesal. A lo anterior, debe sumarse que quien impugna no indica las razones en virtud de las cuales tuvo conocimiento de esa prueba hasta el momento en que formula el escrito de casación, para comprender por qué no se ofrecieron durante el proceso de modo que hubieran sido valorados en el debate. Ello, por cuanto la novedad de la prueba ofrecida en esta sede, no reside sólo en presentarla o citar que no fue conocida en el juicio oral y público, sino que la parte proponente debe explicar –aparte del contenido detallado de los documentos y testimonios que se ofrecen y cómo podrían influir en la decisión condenatoria–, por razones de transparencia y lealtad procesal, cómo se origina el conocimiento de la existencia de esa prueba nueva».

Sala Tercera, res. 895, 27 de agosto de 2008 (en igual sentido, para el procedimiento de revisión: res. 640, 12 de junio de 2008).

LEALTAD PROCESAL. Suplantación de identidad en reconocimiento físico.

«El imputado D.A.A.M. intercambiò momentáneamente su nombre con A.P.M., con el fin de engañar a las autoridades y a los ofendidos. Por ello, aún cuando el Tribunal Penal de Juicio no testimoniò piezas ante la Fiscalía contra A.P.M., esta Sala, de conformidad con los artículos 152 y 281, inciso a), del Código Procesal Penal, dispone la remisión de estos antecedentes al Ministerio Público, para que se investigue a A.P.M. por el delito de favorecimiento personal y la contravención de negativa a identificarse, previstos en los artículos 322 y 389, inciso 6), respectivamente, del Código Penal, toda vez que, según se desprende del expediente, ayudó al encartado a sustraerse de las investigaciones durante la diligencia de reconocimiento físico, suplantando su identidad ante la Fiscalía».

Sala Tercera, res. 1332, 12 de noviembre de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Se quebranta al negar en casación lo admitido en debate.

«La defensa material y técnica, en el debate, aceptó la autenticidad y proveniencia del documento en cuestión, de manera que siempre reconoció que el mismo fue secuestrado de la casa de habitación del imputado O.V.C., sin que se tratara de una prueba falsa colocada e incorporada por las autoridades en su detrimento... (...) resulta desleal por parte del recurrente, pretender ahora, en sede de casación, cuestionar la autenticidad y proveniencia –que siempre reconoció la defensa técnica y material– del documento denominado..., sobre la base de una supuesta e irregular cadena de custodia debido a la particular numeración de una caja».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

LEALTAD PROCESAL. Deber de quien representa la acción civil de estar atento al proceso durante su ausencia. Concreción de pretensiones no sustituye las conclusiones del debate.

«No existe obligación legal, para el Tribunal, de comunicar a la parte actora civil el momento en que debe presentar sus alegatos finales, toda vez que, al igual que es libre la decisión de alejarse de la audiencia del debate en aquellos momentos que no suponen un desistimiento tácito, también es responsabilidad de la representación letrada del actor civil estar atenta al desarrollo del debate, sin que el Tribunal deba recordarle sus deberes, tal cual se le advirtió a quien impugna, como quedó constandingo

en el acta del debate... el mismo certificado médico demuestra que la licenciada A.E.M.M. tenía conocimiento de su incapacidad laboral desde cuatro días antes de que le correspondiera emitir sus conclusiones, en cuyo caso, la ley procesal le obligaba, porque era posible..., a comunicar dicha incapacidad al Tribunal, aún cuando para el momento en que fue operada desconociera que le correspondía emitir sus alegatos finales a los pocos días, para que el órgano sentenciador tomara las previsiones adecuadas en caso de que fuera necesario, conforme a la lealtad procesal exigida por el artículo 127 del Código Procesal Penal, y las obligaciones que, como abogada, le impone los artículos 14 y 57 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, del Colegio de Abogados... Asimismo, la impugnante confunde la concreción de pretensiones prevista en el artículo 308 del Código Procesal Penal, propio de la etapa preparatoria, con los alegatos finales o conclusiones del artículo 357 del mismo texto legal, propias de la etapa de juicio; de manera que, en ningún caso, lo segundo puede ser sustituido por lo primero, como para entender que no existió un desistimiento tácito de las acciones civiles con motivo de una concreción de pretensiones previa».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. Imposibilidad de resolver la nulidad de un contrato si las partes interesadas no están presentes en el proceso.

«Además del imputado dichas sociedades tenían otros accionistas y cuando se pretende la nulidad de un contrato, se debe establecer una litis consorcio pasiva necesaria que involucre a todas las partes contratantes, pues de otra forma se causaría un gravamen irreparable a la parte que no fue llamada a juicio. Lo cierto es que a la sociedad anónima referida, que desde luego se vería afectada por la anulación de los traspasos mencionados, nunca se le informó en este proceso de tal posibilidad... Es obvio que en este caso, a efectos de anular los asientos de inscripción de las propiedades en cuestión... se le debió dar audiencia a la sociedad anónima que figuraba como propietaria registral de las fincas en cuestión».

Sala Tercera, res. 180, 5 de marzo de 2007.

MEDIDA CAUTELAR. Inmovilización, bloqueo y congelamiento de dineros y valores. Fundamento y requisitos.

«La mención correcta reside en los artículos 33 y 86 de la Ley número 8204 que disponen la facultad del Ministerio Público para solicitar ciertas medidas cautelares encaminadas a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados con el delito de legitimación de capitales –lo que también puede extraerse, en términos generales, del artículo 289 del Código Procesal Penal– y, en particular, la obligación de las entidades financieras de inmovilizar, bloquear o congelar los dineros o valores que mantengan depositados o en custodia (en tanto medidas cautelares), ante el comunicado de la autoridad competente, con motivo de una investigación como la que fue objeto de este proceso, para impedir su retiro, traspaso o transferencia, manteniendo las instituciones bancarias o financieras su posesión».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

MINISTERIO PÚBLICO. Fiscal civil con capacidad para ejercer la acción penal.

«Con fundamento en el principio de unidad de actuaciones, no existe inconveniente en que el fiscal que ejerce la acción penal pueda ser sustituido por el fiscal que ejerce la acción civil, por ejemplo, durante el debate, pues ambos actúan en representación del Ministerio Público y por delegación del Fiscal General de la República».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

PREJUDICIALIDAD. Concepto y requisitos.

«Cuando la acumulación de procesos está vedada por imperativo legal, la prejudicialidad se presenta como un mecanismo procesal que permite asegurar la unidad del ordenamiento jurídico dentro de la especialización de los diversos órganos jurisdiccionales con sus respectivas competencias, de modo que, cuando para resolver el objeto de un proceso se requiera, necesariamente, la previa decisión que, en otro proceso, compete a un tribunal diferente, aquél se suspende hasta tanto en este otro se resuelva el objeto principal. Ello significa que, como cuestión previa al enjuiciamiento ("pre-judicial") resulta determinante, en tanto premisa o antecedente lógico de la sentencia, que un aspecto del objeto de este proceso, que procede a suspenderse, se defina en otro cuya competencia está asignada a otro tribunal... La Sala Constitucional admite, entonces, junto a los casos de prejudicialidad previstos de forma expresa en la ley, una excepción consistente en aquellos supuestos que justifiquen la suspensión del proceso penal

cuando, a criterio del tribunal mediante resolución fundada, derive imprescindible la suspensión para la decisión de fondo en torno a la existencia o no del delito. Sin embargo, esta última posibilidad, en ningún caso, permite desnaturalizar el instituto de la prejudicialidad mediante la suspensión de procesos penales sin que concurren las circunstancias que la fundamentan... Ya en el vigente Código Procesal Penal de 1996, se contempló el artículo 21 que regula la prejudicialidad... Este precepto define los requisitos fundamentales para declarar la prejudicialidad con la consecuente suspensión del proceso: a) que por mandato legal se disponga que la decisión jurisdiccional de ese proceso depende de lo que se resuelva en otro, b) que no proceda la acumulación entre ambos, y c) además se colige de dicho numeral, que la prejudicialidad se prevé en relación con el proceso que se inicia».

Sala Tercera, res. 1082, 30 de octubre de 2006.

PRUEBA. Recepción de testimonio por videoconferencia desde el extranjero.

«Es pertinente aclarar que el hecho de que en este caso se haya contado con la declaración rendida por un testigo en una sede diplomática costarricense en el extranjero, en presencia del respectivo funcionario diplomático, ello no significa que estas sean condiciones de validez aplicables en todos los casos para este tipo de diligencias, ya que es perfectamente posible que por necesidades tecnológicas o por condiciones de la persona cuya declaración se requiere (piénsese en un paciente internado en un hospital o un privado de libertad), la transmisión de la declaración deba hacerse desde otro sitio (continuando con el ejemplo, piénsese en el hospital o el centro penitenciario), lo cual no invalidaría la actuación. Además, debe recordarse que la utilización de sedes diplomáticas no constituye un fin en sí mismo, sino que es sólo uno entre muchos medios para garantizar la autenticidad del acto; por ello, en la medida en que el acto de que se trate vea garantizada su autenticidad, el que no se realice en la sede diplomática no generaría agravio alguno».

Sala Tercera, res. 682, 29 de junio de 2007.

PRUEBA. Diligencias fuera de la jurisdicción territorial, aún dentro del país.

«En particular, el artículo 47 del Código Procesal Penal dispone: "Reglas de competencia. Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal

tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones..."; mientras que el artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: "Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla; las diligencias que los procesos de que conozca exijan se hagan en el territorio de otro juez, sólo podrán practicarlas por medio de este, salvo autorización legal en contrario...". De lo anterior, se extraen varias consecuencias. La primera, que la ley define cuál, de entre diferentes jueces del mismo grado, debe conocer una determinada causa, para cumplir con las obligaciones que el artículo 153 de la Constitución Política atribuye al Poder Judicial, en relación con el artículo 3 del Código Procesal Penal (predeterminación legal del juez que conocerá y resolverá la causa). En segundo lugar, que la competencia territorial de un Juzgado Penal se define, en lo que ahora interesa, por el lugar de comisión del delito. A estos efectos, el informe del Departamento de Planificación, del Poder Judicial, denominado "Competencia Territorial y Jerárquica de los Tribunales y Oficinas del Poder Judicial", define los límites geográficos dentro de los cuales los juzgados ejercerán su función jurisdiccional. Tercero, que las diligencias probatorias que deban realizarse en otro territorio jurisdiccional deben practicarse por medio de jueces de éste. Y, cuarto, que la misma ley permite, a modo de excepción, que un Juzgado Penal realice diligencias probatorias de un asunto que conoce en un territorio sobre el cual ejerce su jurisdicción otro Juzgado Penal, de forma que la competencia territorial es una cuestión de preferencia, no de exclusividad, en cuya virtud se distribuye el trabajo dentro de la superficie sobre la cual el Estado costarricense ejerce la soberanía. Una excepción ("...salvo autorización legal en contrario...") al impedimento jurisdiccional de realizar diligencias en territorio de otro juez, está contenida en el artículo 132 del Código Procesal Penal: "El tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos en una causa bajo su conocimiento y competencia". Ello significa que el órgano jurisdiccional puede ejercer su función, siempre dentro del territorio nacional, más allá de los límites de distribución geográfica del trabajo que se describen en el libro sobre "Competencia Territorial y Jerárquica de los Tribunales y Oficinas del Poder Judicial", en aquellos supuestos en los que sea oportuno con

miras a la celeridad del debido proceso (derecho a una justicia pronta y cumplida)».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

PRUEBA. Recepción de testimonio por videoconferencia. Diligencia realizada fuera del territorio nacional (procedimiento, derecho de defensa, juez natural, tutela judicial efectiva, legalidad, objetividad e imparcialidad, inmediatez, lealtad procesal). Irregularidad de intervención en teléfono propio. Coacción por parte de autoridad. Necesidad de definir condición procesal de una persona (exigencias del criterio de oportunidad). Momento procesal para que el Tribunal de Juicio valore incidentes.

«Conforme se desprende del expediente, el Tribunal de mérito destacó, de una manera exhaustiva, la existencia de claras y serias irregularidades en el anticipo jurisdiccional de la declaración de D.M.M., que se hicieron patentes en el procedimiento empleado para dicho fin. Uno de los aspectos discutidos por los Jueces de mérito, fue el artículo 209 del Código Procesal Penal, numeral que según reprochan los recurrentes, fue erróneamente interpretado, al haberse objetado la intervención conjunta del Juez de la etapa intermedia en Colombia y de la Cónsul de Costa Rica en dicho país. En la sentencia, el Tribunal hace referencia a la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico, para explicar la imposibilidad de ejercer ilimitadamente el poder jurisdiccional más allá de las fronteras nacionales, así como la importancia de los distintos instrumentos internacionales para hacer viable la recepción de pruebas en el extranjero, observándose la importancia que se le otorga al respeto al derecho interno de los otros Estados. No observa este Despacho, que la interpretación que hace el a quo del artículo 209 del Código Procesal Penal resultara arbitraria o limitara la legitimidad de los actos realizados por funcionarios costarricenses en territorio extranjero, toda vez que lo que se hace, es destacar el respeto a la soberanía de los Estados. En relación con el primer supuesto previsto en dicho numeral, indicó el Tribunal, en resumen, que en casos de auxilio judicial internacional, distintos a los del Tratado de Asistencia Legal mutua en asuntos penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá», resulta aplicable lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Ley No. 3008 del 18 de julio de 1962) y que en ese tanto, el Estado debe realizar todas sus gestiones

ante Gobiernos e instituciones extranjeras a través de dicho Ministerio. Asimismo, se indicó, en síntesis, en relación con el segundo supuesto contemplado en el artículo 209 del Código Procesal Penal, relacionado con la posibilidad de actuación de un agente consular, que tal función, regulada en la ley procesal y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares Ley N° 3767, de 3 de noviembre de 1966; el Código de Bustamante; artículos 1, 14, 32, 34 inc. k) de la Ley de Notariado, artículos 4, 12, 41, 47, 66, de la Ley Orgánica del Servicio Consular, Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Ley No. 3008 del 18 de julio de 1962) y el Reglamento del Estatuto del Servicio Exterior N° 17369, dependía de la autorización del Estado receptor... Debe hacerse énfasis, en la importancia del respeto a los procedimientos establecidos para la recepción de prueba en el extranjero, cuya vulneración no se podría justificar, por ejemplo, en el interés general de obtener elementos probatorios esenciales para sancionar un hecho tan lamentable como el ocurrido en perjuicio de M.R., pues los principios de soberanía territorial de los Estados y legalidad, son principios rectores de un Estado democrático como el costarricense que deben ser respetados... **A) La primera irregularidad, está relacionada con la intervención del teléfono celular de A.C.R.** ...En su oportunidad, se declaró con lugar una actividad procesal deficiente absoluta, al estimarse que se había vulnerado el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al no estar autorizada la policía para la intervención de teléfonos propios e involucrar a ciudadanos que no son sospechosos para obtener prueba sobre los hechos. Además de dicha circunstancia, resulta especialmente grave, para los suscritos Magistrados, la clara coacción psicológica empleada por A.C.R., para obtener información de parte de D.M.M. sobre los hechos investigados, lo que fue analizado en la sentencia suficientemente. ...Efectivamente, las manifestaciones efectuadas por A.C.R... constituyen una clara coacción psicológica soportada por D.M.M., que logró persuadirlo o convencerlo para que colaborara en el proceso, brindando la información de la cual tenía conocimiento y que resultaba de interés para la resolución de la presente causa. Evidentemente, tal persuasión estuvo acompañada de una amenaza de un daño en caso de incumplimiento, que resultaba creíble... como lo era, la posibilidad de que, en caso de no colaborar, su tía, Y.D.M., podía ver restringida su libertad ambulatoria. Así, se obser-

van dos irregularidades muy claras, en primer lugar, la solicitud efectuada por el oficial C.R., para que se interviniera su teléfono celular, con la finalidad de efectuar desde dicho aparato, una llamada al deponente D.M.M., vulnerándose con tal actuación, el espíritu del artículo 26 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de documentos privados y en segundo lugar, la evidente coacción psicológica sufrida por D.M.M., circunstancias que finalmente, facilitaron obtener la versión que rindiera el deponente ante las autoridades en su oportunidad. **B) Por otra parte, D.M.M. tiene, respecto de su calidad, serios cuestionamientos...** Se observa así,... que D.M.M. nunca ostentó la condición de simple testigo, en virtud de la cual, solamente hubiera tenido el deber de declarar lo que conocía respecto del ilícito investigado y de colaborar con la administración de justicia. Tampoco se le trató como testigo sospechoso, pues de haber sido así, bastando la existencia de algunos indicios respecto a algún tipo de participación en los hechos, lo procedente era que le asistieran los derechos y garantías procesales que tal condición conllevaba, como por ejemplo, el derecho a ser informado de los cargos y derechos; de guardar silencio y de requerir la presencia de un abogado defensor que lo representara, lo que en este caso se echa de menos, pues no fue advertido de su derecho de abstención, procediéndose por el contrario, a su juramentación y a recibirse su declaración, vedándosele así, el derecho a contar con un defensor de confianza que lo asistiera en dicha diligencia. Igualmente, se echa de menos algún documento idóneo que acreditara que la representación fiscal renunciara en algún momento a la promoción de la acción penal respecto a D.M.M., invocando la existencia de un criterio de oportunidad, por alguno de los supuestos previstos en el artículo 22 del Código Procesal Penal, específicamente, por el de colaboración, teniéndosele como "testigo de la corona". En todo caso, según se observa, tampoco se daban los presupuestos para la aplicación de dicho criterio, pues de haber sido ciertos los hechos, la participación de D.M.M. en el hecho era fundamental, lo que se hizo patente con su autoincriminación... De tal modo, resultaba improcedente su aplicación, porque tal y como lo ha indicado este Despacho: "...Es requisito para la aplicación de este criterio, que la acción penal de la cual se prescinde, resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilite..." Sin duda alguna, la calidad de D.M.M. dentro del pro-

ceso siempre resultó dudosa, brindándosele un trato violatorio del debido proceso... además de verse coaccionado para que manifestara lo que conocía de los hechos, se vio desprovisto de todas las garantías antes y durante su declaración mediante anticipo jurisdiccional. **C) Importante resulta... la vulneración al debido proceso del procedimiento seguido para recibir la declaración de A.D.M.M.** ...Según pudo constatar este Despacho, una vez establecida la comunicación entre dicha Sala del Segundo Circuito Judicial de San José que fue habilitada y el Instituto Interamericano de la Cooperación para la Agricultura, el Juez G.V. procedió a dar lectura al acta que previamente se había levantado sobre la declaración rendida ese mismo día en horas de la mañana por el testigo A.J.D.M.M. en el Consulado. Finalizada la lectura del acta señalada, se le permitió a los defensores que se encontraban en Colombia, comunicarse con sus representados presentes en Costa Rica vía telefónica, por espacio de cinco minutos cada uno, para ponerse de acuerdo en la estrategia a utilizar durante el interrogatorio, dándose inicio al interrogatorio de A.D.M.M., que se encontraba en Colombia. Ahora bien, dejando de lado el método reprochable, empleado para obtener la declaración..., así como el cuestionamiento efectuado anteriormente sobre su calidad de testigo, se observa que lo que determinó la decisión del a quo de desecharla esa declaración de D.M.M. rendida mediante anticipo jurisdiccional, fue el procedimiento seguido en este caso concreto y no, el empleo de la videoconferencia como tal ni el lugar específico en el que se estableció la comunicación entre todas las partes. Se ha indicado reiteradamente, que la videoconferencia es un elemento probatorio válido en el proceso penal y que la principal característica de este medio de comunicación es que permite a los intervinientes verse y dialogar en tiempo real (en directo), facultándoles interactuar y que además: "...es un método que salvaguarda el principio de inmediatez, que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y garantiza la vigencia del contradictorio, e igualmente resulta compatible con el principio de oralidad. Por todas esas razones estima esta Sala que su utilización no implica menoscabo alguno para las garantías procesales que protegen al imputado y, en ese sentido, se trata de una herramienta cuyo uso no le causa agravio. En consecuencia, la videoconferencia es una forma lícita para recibir declaraciones en juicio y, por ello, su implementación en los casos en que resulte

oportuno... se ve amparada por el principio de libertad probatoria. Cabe agregar que el artículo 234 del Código Procesal Penal permite la videoconferencia como herramienta para recibir una declaración, pues, como ya se indicó, su uso no conlleva la eliminación de garantías o facultades de las partes, ni mucho menos afectan el sistema institucional. Igualmente, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la utilización de estas herramientas tecnológicas para la transmisión de actos judiciales, de manera que la recepción de un testimonio puede perfectamente realizarse a través de medios como el que aquí interesa..." (...resolución de esta Sala N° 2007-00682,... del 29 de junio de 2007). También, conviene recordar, que la implementación de los avances tecnológicos en los procesos judiciales (como el empleo de videoconferencias), cuando se ajusten a los controles de legalidad y transparencia: "...lejos de provocar un perjuicio para las partes, significa una ventaja en las diferentes etapas de la Administración de Justicia. No es aceptable, censurar un mecanismo tecnológico, por variar la modalidad tradicional de recepción de prueba, cuando se ven resguardados los mismos principios y rigurosidades propias del tema procesal y del cual no existe prohibición expresa de ley (principio de libertad probatoria)..." (Ver resolución N° 2007-1360,... del 16 de noviembre de 2007). Asimismo, se estima útil recordar, que se ha admitido la posibilidad de que, por necesidades tecnológicas o por condiciones de la persona cuya declaración se requiera, la transmisión de la declaración se haga desde un sitio diferente al previsto, por ejemplo, en un hospital o centro penitenciario, señalándose que: "...la utilización de sedes diplomáticas no constituye un fin en sí mismo, sino que es sólo uno entre muchos medios para garantizar la autenticidad del acto; por ello, en la medida en que el acto de que se trate vea garantizada su autenticidad, el que no se realice en la sede diplomática no generaría agravio alguno..." (Resolución N° 2007-682,... del 29 de junio de 2007). Partiendo de lo anterior, lo que debe analizarse entonces, no es la validez de la videoconferencia, pues más bien, el poder contar con medios tecnológicos que faciliten la recepción de la prueba testimonial, es una facultad amparada en el principio de libertad probatoria que rige nuestra materia penal. Tampoco merece especial atención, el lugar en el que finalmente se estableció la comunicación en este caso, entre las autoridades presentes en Costa Rica y aquellas que se encontraban en Co-

lombia. El punto álgido consiste entonces, en determinar si en la realización del anticipo jurisdiccional del dicho de D.M. se resguardó el debido proceso, lo que se descarta al analizarse importantes irregularidades que impiden otorgarle validez a esa diligencia efectuada en Colombia. **C.a) Respeto a la falta de competencia del Juez Penal que dirigió el acto:** Como lo corroboró esta Sala, ...el procedimiento formal que debía seguirse, fue el que se respetó al tramitarse la extradición de... procedimiento que se sintetizó en la Circular N° 146-2003, emitida por la Secretaría General de la Corte, en la que a su vez, se reiteró la Circular N° 01-2003, publicada en el Boletín Judicial N° 169, del 3 de setiembre de 2003, sobre el debido trámite que debe realizarse a los exhortos dirigidos al extranjero. En ella, se indicó que éstos deben diligenciarse por medio de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, la cual, a su vez, los remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que finalmente, será la encargada de diligenciar con su homóloga en el país extranjero, lo solicitado en el exhorto. En este caso, a pesar de que la Cónsul (sujeto procesal con capacidad jurídica para la realización del acto) sí se hizo presente en la diligencia, tal y como se desprende de las actas levantadas y se pudo constatar en el video que reprodujo lo actuado: "...estuvo en el acto como una espectadora pasiva, es decir, dándole razón de fecha cierta al acto..."... Lo anterior, porque fue el Juez costarricense G.V., quien en todo momento dirigió el acto, careciendo de jurisdicción y de competencia para ello. En relación con este tema, resulta básico lo dispuesto en el artículo 132 del Código Procesal Penal, que dispone claramente que: "...El tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos en una causa bajo su conocimiento y competencia...". Según se observa, dicho numeral no faculta al Tribunal, en modo alguno, a que se constituya en un lugar fuera del territorio nacional. Es evidente que un Juez no puede realizar un acto jurisdiccional en otro país, pues tal potestad de resolver, encuentra su límite en el territorio en el que la misma ha sido otorgada y en ese tanto, la actuación del Juez R.G.V., de trasladarse a Colombia a dirigir personalmente la declaración que mediante anticipo jurisdiccional rindió D.M., vulneró el principio de soberanía de ese país. Ahora bien, se observa que el Juez G.V. justificó su actuación, partiendo de una premisa errónea, al entender que el Estado costa-

rricense comprende el territorio de las sedes consulares y diplomáticas. Por el contrario, las mismas son parte del territorio nacional del Estado receptor, como con acierto lo concluyó el a quo... El haber partido el Juez G.V., de una premisa errónea... al considerar que el Consulado de Costa Rica en Colombia era territorio costarricense, tuvo como consecuencia, que el trámite seguido posteriormente resultara inadecuado, invalidando la diligencia. Debe tenerse claro, entonces, que el único funcionario acreditado para realizar actos a nombre del Estado costarricense en el Estado receptor (es decir, en el Estado que recibía al agente diplomático), en este caso, no era el juez costarricense como se creyó, sino la Cónsul, quien se limitó a elaborar el documento... que constituye una transcripción del acta levantada por G.V. y a quien por el contrario, le correspondía dirigir la realización de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 inciso j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y 41 de la Ley Orgánica del Servicio Consular. **C.b) Sobre la inobservancia del trámite consular correspondiente y la vulneración del principio de intermediación de la prueba**... se observa irrespetado el procedimiento legal establecido, que exigía la solicitud pertinente a las autoridades colombianas, mediante exhorto. Únicamente fue enviada desde nuestro país, una comunicación vía fax al Consulado, informándose la fecha en que se realizaría el acto de anticipo jurisdiccional de prueba... En segundo lugar, el Juez G.V. tomó la declaración en presencia del fiscal... y los defensores públicos..., sin que simultáneamente, esa declaración se estuviera recepcionando en Costa Rica... La transmisión de la declaración del deponente, recibida en horas de la mañana, a las partes presentes en Costa Rica, no fue simultánea, sino, fue en horas de la tarde que se realizó el acto para proceder a dar lectura de lo declarado por D.M.M., lo que evidentemente, irrespetó de manera absoluta, la intermediación, que según se ha dicho: "...implica contacto directo con los sujetos del proceso y con la prueba, en el momento original de su producción, sobre todo lo referido a la prueba testimonial y va mucho más allá de ver o escuchar al declarante, sino que comprende el entorno y su lenguaje verbal y para verbal, así como su comportamiento en el propio escenario en que la prueba se produce, no en vano se dice que en la intermediación, los juzgadores y las partes son insustituibles, precisamente porque es un elemento complejo que está en garantía de una mejor y correcta apreciación de la prueba y que

además, se complementa e integra con la posibilidad de interrogar al testigo..." (...ver resolución de esta Sala N° 65-2008,... del 1 de febrero de 2008). G.V. tomó un acta de lo que, según su percepción, había declarado el testigo, siendo eso lo que se puso en conocimiento de las demás partes involucradas en la causa, en una audiencia en la que intervino otra Jueza, a quien se le vedó toda intervención en la misma, indicándosele a las partes en esa oportunidad, que tenían la posibilidad de interrogar a D.M.M. No existe ninguna duda de que el procedimiento descrito, carece de todo sustento legal, pudiendo calificarse de "inventado" o "improvisado", de parte, tanto del Juez G.V. como del Ministerio Público, viciándose así, la declaración de D.M.M., en forma absoluta. El procedimiento desarrollado en este caso, no puede tenerse entonces, como una actuación consular, porque no se siguió el trámite correspondiente, acatándose lo dispuesto en la Circular N° 146-2003 emitida por la Secretaria General de la Corte. Tampoco consistió en una videoconferencia como probablemente se pretendía, pues esta, en síntesis, permite la transmisión de video y audio en forma continua y en tiempo real (pese a los desfases en segundos que se dan en la práctica), impidiéndose la tergiversación u omisión de aspectos del testimonio recibido. Por lo tanto, lo lógico era que fuera a la declaración de D.M.M., a la que tuvieran acceso todas las partes, y no, a la del Juez G.V. Con tal actuación, se le impidió a las partes intermediar la declaración del testigo, pues al igual que sucede con la elaboración de las actas, solamente se logró hacer constar, la impresión que le quedó a la autoridad jurisdiccional que la elaboró, del contenido de la declaración. No se alcanzó, en lo absoluto, reflejar fielmente el contenido del testimonio recibido, sino solamente una aproximación (aunque cercana) a la deposición recibida. En consecuencia, se le impidió a las partes conocer los gestos, actitudes y reacciones del testigo al declarar, lo que resultaba indispensable, no solo en el interrogatorio efectuado una vez finalizada la lectura del acta de parte de G.V. Tomando en consideración las observaciones expuestas, concluye este Despacho que en efecto, con el anticipo jurisdiccional de prueba, efectuado para recibir la declaración de A.D.M.M., ciertamente se vulneraron garantías constitucionales del debido proceso, específicamente, el derecho de defensa, el principio de juez natural, la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad, objetividad e intermediación... (...) **III.- En el segundo motivo** que plantean los representantes

del Ministerio Público, se estima errónea la decisión del Tribunal de diferir para sentencia, la resolución de la actividad procesal defectuosa relacionada con la declaración de A.D.M.M., recibida mediante anticipo jurisdiccional de prueba, por cuanto se desconoció la posibilidad de saneamiento establecida en el artículo 179 del Código Procesal Penal, ya fuera, presentando el testigo al país o rindiendo nuevamente declaración por video conferencia desde Colombia, lo que podía hacerse incluso de oficio, de conformidad con lo establecido en los artículos 180, 320 y 355 del Código Procesal Penal... **En criterio de la mayoría, la gestión debe rechazarse:** Efectivamente, la validez del anticipo jurisdiccional de la declaración de D.M.M. se cuestionó en etapas previas al debate, sin que en ninguna instancia, alguna autoridad jurisdiccional hubiera planteado algún reparo al respecto. No obstante, según se indicó en el Considerando anterior, tanto antes como durante la recepción del testimonio correspondiente, se irrespetó la normativa establecida para tales efectos, vulnerándose los derechos constitucionales del propio deponente y de los justiciables. Bajo tal entendido, el fundamento de la decisión del Tribunal de mérito al considerar que se configuró un vicio absoluto que podía declararse incluso de oficio, es el que jurídicamente corresponde... Lo anterior, bajo el amparo de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 178 del Código Procesal Penal, referido a los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley... (...) ante la solicitud expresa de la defensora particular A.A., de que se difiriera para sentencia la resolución de las actividades procesales defectuosas, el Ministerio Público no se opuso en ningún momento. Tampoco planteó la posibilidad de ofrecer nuevamente la declaración de D.M.M., a pesar de que tenía conocimiento de las alegaciones efectuadas por la defensa y podía haber diligenciado lo pertinente para allegar el testigo al debate, máxime que al rendir su declaración... insinúan los recurrentes, que de oficio, el Tribunal pudo haber solicitado el saneamiento respectivo, por ejemplo, ordenando la renovación del acto, según lo dispuesto en el artículo 179 del Código Procesal Penal, o preceptuando de oficio la recepción del dicho de D.M.M., como prueba para mejor proveer. En relación con dichas observaciones, consideramos los suscritos Magistra-

dos, que la responsabilidad de diligenciar la presencia del testigo al debate, era exclusiva del Ministerio Público, básicamente, porque no le corresponde al Tribunal enmendar las deficiencias de las partes, como en las que incurrió la representación fiscal en este caso. Conviene señalar, que en relación con el tema que interesa, se ha indicado: "... (...resolución N° 65-2008,... del 1 de febrero de 2008). En este caso, los recurrentes están discutiendo la posibilidad de que el a quo hubiera allegado al debate de oficio una prueba cuya validez estaba siendo cuestionada y que por ende, existía la posibilidad de que las incidencias planteadas fueran acogidas, en perjuicio de los intereses de la representación fiscal, pese a lo cual, no se gestionó lo correspondiente para asegurarse el elemento probatorio discutido. Aunque se tenía conocimiento del contenido de la declaración de D.M.M. en etapas anteriores, el Tribunal, en procura de su imparcialidad, no podía imponerse de ese contenido y analizar el fondo de los cuestionamientos que sobre ese testimonio se habían planteado, de previo a recibir el resto de la prueba, sobre todo por la trascendencia que tenía para una de las partes, aunado, a la no objeción del Ministerio Público sobre ese aspecto... por mayoría, se declara sin lugar el segundo vicio invocado».

Sala Tercera, res. 1061, 22 de septiembre de 2008.

PRUEBA. Consentimiento de las partes para incorporar por lectura prueba documental no señalada en el primer párr. del art. 334 del Código Procesal Penal.

«Durante la realización de un debate conforme al vigente Código Procesal Penal... no procede la incorporación al juicio por lectura de las declaraciones escritas que se hubieren tomado en aquél entonces por los extintos Juzgados de Instrucción... El artículo 334 del Código vigente excluye taxativamente la posibilidad de aquella incorporación, con base en los principios de oralidad, inmediación y contradictorio, previstos en los artículos 326 y 328 ibidem. Sin embargo, esta regla procesal admite una excepción, en atención al citado artículo 334 in fine: "...Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación"».

Sala Tercera, res. 1226, 29 de noviembre de 2006.

PRUEBA. La falta de declaración de la víctima no impide condena.

«Esta Sala no avala la tesis de la defensa —y que a su vez se fundamenta en el voto salvado en este caso— según la cual, por no haberse contado con la declaración de la ofendida, tal situación lleva necesariamente a la absolutoria, pues de conformidad con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en nuestro proceso penal, el juez debe conceder un valor determinado a cada elemento conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, sin que para ello pueda asignársele a priori un valor o disvalor a cada uno como sucede en los sistemas de prueba tasada».

Sala Tercera, res. 420, 25 de abril de 2007.

PRUEBA. Información bancaria sin orden jurisdiccional en transacciones sospechosas.

«De la relación de los artículos 123 y 124 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas (Ley número 8204), deriva que la Unidad de Análisis Financiero, adscrita al Centro de Inteligencia Conjunto Antidrogas, está legitimada para, sin orden jurisdiccional, solicitar a entidades bancarias o al Ministerio de Hacienda, entre otros organismos, recopilar y analizar informes, formularios y reportes de transacciones sospechosas, información confidencial y de uso exclusivo para sus investigaciones, que podrá ser revelada, por ejemplo, tanto al Ministerio Público, como a unidades de análisis financiero homólogas de otros países competentes en esa materia».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

PRUEBA. Valor de fotocopia simple no certificada.

«En el sistema procesal penal vigente, rigen los principios de libertad probatoria —salvo prohibición legalmente expresa— y valoración conjunta o integral de todas las pruebas conforme a las reglas que impone el correcto entendimiento humano, de modo que se tutela y garantiza a todas las partes del proceso, una justicia debida, objetiva e imparcial... En el caso concreto, los demandados civiles pretenden imponer una formalidad o regla procesal civil para cuestionar la acreditación de los delitos de estafa que generaron, por sí mismos, la obligación de reparar el daño e indemnizar los perjuicios en favor de las víctimas. En realidad, quienes impugnan no cuestionan el razonamiento del Tribunal para llegar al grado de certeza sobre el hecho

generador de la responsabilidad civil, sino sólo la utilización de prueba documental consistente en copias de cheques que —consideran los gestionantes— no tienen valor por no estar certificadas y, en algunos casos, por no fotocopiarse su lado posterior. Por esta razón, no es de recibo el argumento de los abogados representantes de los demandados civiles, al obviar que la acción civil se ejerció dentro del proceso penal y, por ello, no rige lo dispuesto en el artículo 390 del Código Procesal Civil para demostrar, se insiste, el hecho punible —la estafa— generador de la obligación económica».

Sala Tercera, res. 623, 2 de junio de 2008.

ROBO AGRAVADO. No subsume la portación de arma sin permiso.

«Se demostró... que en el caso objeto de este proceso la utilización y, en consecuencia, la portación del arma —respecto de la que el encartado carecía permiso administrativo para llevarla consigo— constituyó el medio para intimidar a la víctima y así poder lograr la sustracción... de manera que, en efecto, se está ante una unidad de acción. Sin embargo, las disposiciones aplicables al supuesto objeto de análisis consistentes en el artículo 213, inciso 2), del Código Penal (tratándose del robo agravado cometido con arma —aún cuando no se lograra consumir—) y el artículo 88, párrafo segundo, de la Ley de Armas y Explosivos (en lo que se refiere a la portación de arma sin permiso), no se excluyen entre sí. La simple coincidencia de la palabra "arma" en ambos preceptos no permite concluir que esas normas regulen con exactitud el mismo supuesto de hecho, ni que una de ellas lo haga con mayor especificidad o precisión que la otra. El artículo 213, inciso 3), del Código Penal tutela el bien jurídico patrimonio, mediante la tipificación de las sustracciones violentas en las que se utilice cualquier arma, esto es, un objeto de cualquier naturaleza que aumente el poder ofensivo del sujeto activo y que, en consecuencia, disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, con el consecuente aseguramiento de la comisión del ilícito. Por su lado, el artículo 88, párrafo segundo, de la Ley de Armas y Explosivos está dirigido a proteger la seguridad psico-física de las personas, mediante la prohibición de portar armas de fuego sin la debida autorización del Departamento de Armas y Explosivos, del Ministerio de Seguridad Pública, en tanto el permiso demuestra la idoneidad de su portador para llevar consigo un arma de fuego en condiciones de tranquilidad para los demás. Por estas

razones, no se está en presencia de un concurso aparente de normas, sino ante un concurso ideal de delitos».

Sala Tercera, res. 1105, 3 de octubre de 2008.

REBELDÍA. Casos en que procede y efectos.

«El artículo 89 del Código Procesal Penal establece los supuestos específicos en que cabe decretar la rebeldía, por respeto al principio de legalidad y a la literalidad de los términos:... La declaración de rebeldía conlleva efectos suspensivos del procedimiento y, por lo tanto, del cómputo de la prescripción... En el caso concreto, el imputado ni llegó a ser citado personalmente, ni se evadió de un lugar de detención, ni se ausentó de su domicilio. Lo que sucedió es que la información brindada acerca de su vivienda fue inexacta o falsa... El encartado debe informar sobre su lugar de residencia y, por consiguiente, su inexactitud o falsedad constituye, por mandato legal, una presunción de fuga, que podría motivar la prisión preventiva... Por esta razón, a la vista de la mentira desvelada por medio de la constancia del citador acerca de la dirección dada por el encartado ante el Ministerio Público, sólo cabía, si se estimaba procedente y se cumplían los demás requisitos contemplados en el artículo 239 del Código Procesal Penal, ordenar la prisión preventiva y la consecuente captura del imputado, o cualquier otra medida cautelar no privativa de libertad... sin

que fuera obstáculo la ausencia física del imputado –pues la ejecución y el plazo de imposición de la medida comenzaría con la efectiva captura que también se dispondría por orden judicial– y sin que esta decisión jurisdiccional suponga la suspensión de procedimientos –en particular, de la audiencia preliminar a la que el imputado no tiene obligación de asistir– ni, por consiguiente, del cómputo de la prescripción».

Sala Tercera, res. 1359, 16 de noviembre de 2007.

REVISIÓN DE SENTENCIA. Sentido de la audiencia a las partes.

«La audiencia que este despacho otorga al declarar admisible un procedimiento de revisión de sentencia, conforme al artículo 413 del Código Procesal Penal, se confiere únicamente a las demás partes del proceso, excluyéndose al mismo promovente, para resguardar el derecho de audiencia y de igualdad procesal. Téngase en cuenta que la audiencia en mención tiene como finalidad que las demás partes informen sobre sus pretensiones y, en su caso, ofrezcan prueba, a la vista del procedimiento incoado en favor de la persona sentenciada; siendo que el gestionante de la revisión ya tuvo la oportunidad de hacerlo en su escrito inicial».

Sala Tercera, res. 1451, 12 de diciembre de 2007.

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE CASACIÓN DE SAN JOSÉ

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal

A. DERECHO PENAL

1. ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD. Ausencia de contradicción entre incisos 1 y 2 del artículo 161 del Código Penal.

"...el legislador estableció un tipo base, el cual requiere de un acto abusivo con una finalidad sexual contra una persona menor de edad. Sin embargo, ese tipo base se agrava cuando la víctima es menor de 12 años. Lógicamente, para que se configure el tipo agravado es necesario que se den todos los elementos del tipo base, más una circunstancia adicional que agrave la figura. En la especie, se requiere el acto abusivo de contenido sexual contra una persona menor de edad y que además, esta última sea menor de doce años. El propio legislador ha considerado pertinente agravar el reproche cuando el hecho se realice en contra de una persona más vulnerable, como lo es una persona menor de 12 años. En consecuencia, contrario a lo establecido en el fallo, no se trata de un defecto legislativo, donde se crean dos tipos penales con el mismo contenido pero con diversa sanción (casos en los que la doctrina discute la posible aplicación del concurso aparente por alternatividad, pero que se puede resolver conforme a las reglas de abrogación de las leyes que pretende sanciones con mayor rigurosidad cuando el ofendido es de menor edad y por ello tiene menor posibilidad de defenderse), sino más bien de una figura básica y otra agravada. En esta hipótesis el tribunal no puede escoger la aplicación de una u otra norma, sino que, una vez determinada la figura aplicable, sea el tipo básico o el agravado, debe imponer la pena dentro de los parámetros fijados por el legislador. En el presente caso, el tribunal consideró que se daban todos los elementos en cuanto a la figura agravada, pero concluyó que podía escoger entre una y otra pena, lo que no resulta procedente,..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0187, de las 9:00 horas, del 27 de febrero de 2008. En igual sentido 2008-0670, de las 10:55 horas, del 22 de julio de 2008.

2. COAUTORIA. Dominio del hecho en delitos de drogas.

"...si para la fecha en que los coencartados Siles Mathieu y Vega Jiménez poseían en dicha casa droga con la finalidad de vender, Erick Rojas vivía en la casa, lo que debe analizarse es **si él sabía que en esa casa había droga y que la misma era para su comercialización** y es allí en donde tienen importancia las tres ventas de droga que él hiciera al agente encubierto los días tres, cuatro y cinco de setiembre de 2007, es decir, menos de una semana antes del allanamiento en que se encuentra en dicha casa una importante cantidad de droga tanto sobre el refrigerador, como debajo de la cama de la encartada Siles Mathieu y en un "cenicero" de un baño. Aunque esas ventas controladas de droga no son, como bien lo afirma la defensora, delitos que puedan serle atribuidos al encartado Erick Rojas, si permiten acreditar fehacientemente que el imputado Erick Rojas conocía que en su casa se almacenaba o se poseía droga y que la misma era para la venta pues ello se acredita con los citados operativos en donde él entrega droga al agente encubierto, sin que se haya cuestionado la identidad física del sujeto que realizó esas transacciones y que corresponde al referido Erick Rojas. Esas tres ventas de droga a agentes encubiertos se hacen en un parque cerca de la casa de la encartada, pero hasta ese lugar el referido agente es enviado por la imputada Siles Mathieu lo que revela que existía un plan previo (desde que ella sabía que su hijo iba a vender a quien le pidiera y envía al comprador y el coencartado Rojas sabía que debía vender a quienes su madre le enviara) y una distribución de funciones entre ella y, para lo que nos ocupa, el coencartado Erick Rojas, uno de sus hijos, en virtud de la cual ella se encargaba de enviarle compradores de droga y él procedía a venderla. Es decir, se dan en la especie los requisitos objetivo y subjetivo para que exista una coautoría por dominio del hecho. En virtud de ella, los actos de uno de los autores pueden serle atribuidos a otro u otros de los coautores aunque éstos no los realicen de propia mano. Así, el que la droga se

encontrara en un aposento de la casa, debajo de la cama de la encartada Siles (o sobre el refrigerador o en un cenicero) y que los billetes marcados se encontrarán en posesión de otro de los coautores (Vega Jiménez) o que quien remitiera al agente encubierto al parque a comprarle, el día del operativo final, a Vega fuera la encartada Siles Mathieu no significa, como pretende hacerlo ver la recurrente, que nada de ello le pueda ser atribuido a Erick Rojas pues con las compras controladas realizadas por la policía se demostró que dicho encartado tenía conocimiento de la actividad que se desarrollaba en su casa, que tenía un plan con su madre y que él formaba parte de la organización delictiva que tenía una incipiente distribución funcional. Por ende, la posesión de ciento treinta y siete dosis de crack que se localizan en la casa en que vivía Erick Rojas, le es achacable tanto a su madre como al otro coimputado que realizó ventas controladas y a Erick Rojas...".

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0910, de las 10:35 horas, del 11 de setiembre de 2008.

3. CONCURSO IDEAL. Lesiones culposas. Inexistencia.

"...En la dogmática penal, la unidad de acción con pluralidad de resultados violatorios de normas penales que no se excluyen entre sí, se considera como un concurso ideal. Así lo define el artículo 21 de nuestro Código Penal. No obstante, estima la mayoría de este Tribunal que el legislador de un determinado país puede –por razones de política criminal– brindar respuestas punitivas diversas a esos planteamientos dogmáticos y esas soluciones, en atención al principio de legalidad, tendrán que ser respetadas siempre y cuando no infrinjan normas y principios constitucionales, aunque no siempre se cumpla –teóricamente hablando– con ellas. Tal ocurre, en Costa Rica, con los delitos de lesiones culposas y homicidio culposo (artículos 128 y 117 del Código Penal). En ambos casos, en el párrafo primero de esas normas (luego de establecida la conducta y la sanción) el legislador consignó: "Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, **el número de víctimas** y la magnitud de los daños causados" (el destacado es suplido, transcripción del artículo 128 del Código Penal). Es decir, el legislador partió, al construir el tipo penal, que éste podía generar diversas víctimas, cada una de ellas titular de un bien jurídico personalísimo (la in-

tegridad física), criterio con el que tradicionalmente suele separarse la unidad de acción con unidad de infracción jurídica respecto de la unidad de acción con pluralidad de infracciones jurídicas que no se excluyen entre sí. Así las cosas, las reglas de la parte especial (por lo demás, posteriores en el orden del articulado y que revelan la última voluntad del legislador: "...*aunque un legislador cometiera el crasso error de castigar dos veces la misma acción con diferente pena, no son los principios del concurso aparente de delitos los que solucionan el problema, sino más bien los que rigen la abrogación tácita de la ley. La última ley emitida o la última en el orden de los artículos sería la vigente, sin importar su pena*", CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1ª edición, San José, 1981, p. 34) y específicas en materia de lesiones y homicidio culposos, modificaron lo que, respecto de otras conductas, prevé y regula el artículo 21 del Código Penal. Ello significa que si un solo hecho genera diversos lesionados, esa cantidad de lesiones sólo puede estimarse a los efectos de fijar la sanción dentro de los márgenes establecidos por el tipo penal, mas no para considerar la existencia de varios delitos en concurso ideal, pues esta (al posibilitar aumentar la pena máxima del hecho más grave, a juicio del juez y siempre que no se supere la penalidad que hubiera podido imponerse si el concurso fuera material: artículo 75 del Código Penal y voto N° 231-2003 de la Sala Tercera) sería una interpretación extensiva de ambas disposiciones, violatoria de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Penal y del principio *pro libertatis*. En tal sentido se ha expresado Francisco Castillo, *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1ª edición, San José, 1981, p. 24 al indicar: "Cuando el delito culposo de resultado produce varios resultados o se produce un resultado varias veces (por ejemplo, muerte o lesiones a varias personas) hay unidad de acción si entre la producción de un resultado y otro resultado, el autor no estaba en posibilidad de cumplir con la obligación de cuidado de impedir el nuevo resultado", a lo que agrega mediante cita al pie N° 51 "Otro problema es si en el caso de que se produzcan varios resultados por la violación de un deber de cuidado (por ejemplo, accidente de tránsito con dos muertos) se trata de un delito único o de un concurso ideal de delitos. El punto está resuelto

expresamente por nuestro legislador para el caso del homicidio (117,2. párrafo) y de las lesiones (128. párrafo 1) culposos. En mi opinión ésta, que es la solución correcta, debe extenderse a todos aquellos casos en los que hay delito culposo con pluralidad de resultados" criterio que este Tribunal comparte y que ha sido sostenido, entre otros, por el voto de esta Cámara N° 2006-1173 de las 15:30 horas, del 31 de octubre de 2006..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0709, de las 10:45 horas, del 31 de julio de 2008.

4. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. No requieren peligro particular para el bien jurídico.

"...La mayoría de los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas son delitos de peligro abstracto que se caracterizan precisamente porque, a diferencia de los delitos de peligro concreto, no se requiera demostrar que el bien jurídico (generalmente supraindividual) tutelado por el tipo penal haya sufrido efectivamente peligro sino que éste se presume por parte del legislador y no requiere ser, efectivamente, demostrado en juicio. A pesar de los cuestionamientos dogmáticos que existen sobre esta formulación legislativa de estos tipos penales, en Costa Rica la Sala Constitucional (mediante jurisprudencia vinculante *erga omnes*: artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) ha señalado su consonancia con el Derecho de la Constitución en los siguientes términos: "IV.- Sobre la formulación legislativa de "delitos de peligro abstracto". Si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales, pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos, -ya de prevención general positiva o negativa-, resocializadores, etc.- La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento

de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión. La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, sólo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. **Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido.** En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro -juzgada *ex post*- para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga -desde una perspectiva *ex ante*- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta. V.- Sobre el bien jurídico protegido en los delitos de la Ley de Psicotrópicos. El bien jurídico protegido por la Ley de Psicotrópicos está constituido por la salud pública. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a

cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. **El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual –aunque sí de forma mediata o indirecta– sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas.** Puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad, de manera que lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión a la salud individual. Muchas de las conductas punitivas establecidas en esa Ley son de peligro abstracto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte: "... Es posible distinguir, con la doctrina, entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, tomando como punto de partida para la distinción la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo. En los delitos de peligro abstracto, como los que están incluidos en la Ley de Psicotrópicos, se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo, y de ahí que, en estos casos, no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada. En cambio, en los delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una "política criminal del riesgo" que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos del así llamado "derecho penal ecológico". El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aun en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos –incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos-alternativos del derecho com-

parado– para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen." (Sentencia número 1999-00010 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve). Claro está, el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro "presunto", como una mera inobservancia de reglas, sino que **debe existir una potencialidad de daño**, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. Ello por cuanto, conforme se señaló, la intervención del derecho penal para regular la convivencia social en un estado democrático, sólo puede justificarse en cuanto tienda a la protección de bienes jurídicos considerados relevantes." Sala Constitucional, voto N° 2006-00218 de las 15:56 hrs. del 18 de enero de 2006 (el destacado es suplido). Lo anterior implica que no se requiera de la sentencia de marras un análisis particular del peligro al bien jurídico. No obstante, la misma sí contempla tanto la relación del hecho acreditado, que fue debidamente circunstanciado (folios 151-152), como referencias al fin de la acción y a la potencial afectación de la salud pública de las personas reclusas en el centro penal lo cual consta a folio 157 cuando el Tribunal de instancia menciona la cantidad de droga "...aún cuando la cantidad de marihuana transportada en esa ocasión, no es una cantidad enorme, lo cierto del caso es que tampoco resultaba nada despreciable, 88,54 gramos (...) suficiente para elaborar 443 cigarrillos" y en folios 159-160 en donde refiere que hubo efectivas posibilidades de poner en peligro el bien jurídico tutelado pues constantemente visitaba el centro penal, sabía que debía someterse a una requisita y que la droga estaba prohibida y, aún así pretendió introducirla sin que exista ningún elemento probatorio del que pueda derivarse que el encartado portaba esa droga para su consumo propio, única finalidad no punible en nuestra legislación y que en este caso se descarta por la cantidad transportada, la forma en que se transportaba, el nerviosismo del encartado al ingresar al centro penal y el no declararla ante dicho ingreso..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-1182, de las 10:35 horas, del 21 de noviembre de 2008.

B. DERECHO PENAL JUVENIL

5. APELACIÓN. Resolución que homologa un acuerdo conciliatorio sólo tiene apelación.

"...En materia Penal Juvenil, la homologación de los acuerdos conciliatorios no produce –per se– la extinción de la acción penal. En efecto, cuando el cumplimiento queda sujeto a un plazo, la consecuencia de la homologación de los acuerdos es simplemente la suspensión del procedimiento (párrafo final del artículo 65 de la Ley de Justicia Penal Juvenil). Por consiguiente, como en el presente caso nos hallamos frente a esta última circunstancia; es decir, los acuerdos homologados están sujetos a un plazo (ver folios 54 a 58), la resolución recurrida no da por terminado el proceso y, por ende, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 *ibidem*, no puede ser objeto del recurso de casación. Lo que sí se podría interponer en contra de decisiones de esta naturaleza es el recurso de apelación, siempre que se estime que lo resuelto causa un gravamen irreparable, según lo dispone el artículo 112 inciso f) de la Ley en mención..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No 2008-889, de las 15:55 horas, del 8 de setiembre de 2008. En similar sentido: 2006-433, de las 8:45 horas, del 12 de mayo de 2006.

C. DERECHO PROCESAL PENAL

6. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Posibilidad de reservar para fallo excepción de prescripción, a efecto de decidir sobre acción civil.

"...Contrario a lo sostenido por el recurrente, la actuación de la juzgadora en el presente caso, no quebranta, sino que más bien potencia los derechos fundamentales de las partes involucradas. En efecto, según dispone el artículo 41 de nuestra Constitución Política, "*Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*". Conforme lo señala la parte final de dicho artículo, los ciudadanos tienen derecho a que la justicia "*sea pronta y cumplida*"; principio que evidentemente fue violentado en el presente caso, al punto que prescribió la acción penal... El punto está en determinar si los tribunales penales eran o no competentes para conocer y resolver la demanda de la parte actora civil. Sobre el particular, el nu-

meral 40 del Código Procesal Penal resuelve con claridad la controversia. Al respecto dispone que la acción civil tiene un carácter accesorio respecto a la acción penal, por lo que sólo se puede conocer mientras se encuentre pendiente la persecución penal. A contrario sensu, cuando se dicte una sentencia de sobreseimiento definitivo, no resulta posible pronunciarse respecto a la demanda civil. De igual forma, cuando se dicta un sobreseimiento provisional o se suspende el procedimiento, igual suerte corre la acción civil resarcitoria. En el presente caso, la parte actora civil, conforme al derecho que le asiste, presentó junto a la demanda penal, la respectiva acción civil en reclamo de los daños y perjuicios irrogados con el hecho que se calificó de delictivos. Ambas acciones, jurídicamente acumuladas, siguieron el trámite normal establecido en el Código Procesal Penal, se dio audiencia a la parte contraria, quien se opuso a las pretensiones. Como existía una querrela particular y una acusación por parte del Ministerio Público, se convocó a todas las partes a la respectiva audiencia preliminar (folio 109 a 127), donde un juez penal determinó que existían suficientes elementos para que las pretensiones civiles y penales se discutieran en un juicio oral y público, por lo que se ordenó el auto de apertura a juicio. El Tribunal de Juicio señaló fecha y hora para la celebración del respectivo debate oral y público (folio 190) y es en el momento que se abre el debate cuando la defensa del imputado interpone la excepción de prescripción. Incidente del cual se dio audiencia a las partes, con expresa oposición del querrelante y actor civil, así como de la representación del Ministerio Público. Siendo que el debate ya se había iniciado, se encontraban presentes todas las partes, la juzgadora decide reservar la incidencia para ser resuelta al momento de emitir la sentencia. Trámite que resulta absolutamente normal dentro de la práctica forense, donde, por diversas razones, se reserva la resolución de un incidente para el momento del dictado de la sentencia. En algunas ocasiones, con el fin de escuchar la prueba y tener mejores elementos para decidir, en otras, por razones de conveniencia procesal. En el presente caso, si la parte había interpuesto la acción civil resarcitoria en reclamo de la indemnización por los daños y perjuicios causados, escogiendo de esta forma la vía que consideró más adecuada para satisfacer sus pretensiones, si además, por la desidia de las autoridades había precluido la acción penal y siendo que todavía no había pronunciamiento sobre la persecución penal,

lo mínimo que se debía hacer era reservar la gestión sobre la prescripción para que fuera resuelta en sentencia. De allí que no existe algún reparo en la actuación de la juzgadora, pues como se dijo, no existía pronunciamiento sobre la prescripción de la acción penal y por consiguiente, las autoridades penales eran totalmente competentes para conocer y resolver la demanda civil interpuesta. La preocupación de la defensa en cuanto a que los jueces de la República emulen dicha práctica, más bien constituye una práctica deseable. En efecto, si ya la parte escogió la vía en la cual reclamar sus derechos, si la Constitución Política establece la obligación de hacer justicia pronta, si además, no existe pronunciamiento respecto a la persecución penal, nada obsta para que se reserve la gestión y se resuelva conjuntamente con la demanda civil. Como bien lo señala la doctrina nacional *"No resulta acorde con el principio de justicia pronta y cumplida enviar a las víctimas a un proceso civil, luego de que han escogido una vía, autorizada por una ley, para dirimir sus conflictos. Es decir, habría que empezar un nuevo proceso, generando mayores gastos y un evidente atraso en la decisión. Si los jueces penales deben manejar la materia civil para resolver las acciones civiles, no hay inconveniente en que se continúe con el proceso para alcanzar el fallo respectivo"* (Sanabria Rojas, Rafael Angel (2007). *La acción civil resarcitoria en el Proceso Penal Costarricense*. Colegio de Abogados Editor. San José Costa Rica. p. 49). Claro está, que no siempre la autoridad penal puede conocer la acción civil resarcitoria a pesar de que se extinga la acción penal, como lo propone el mismo autor *"...se estima oportuno fijar un límite a tal posibilidad, pues de lo contrario, los ciudadanos podrían hacer mal uso del instituto de la acción civil, denunciando cualquier situación con la finalidad de tener acceso a esta vía, en el tanto es conocido que, en nuestro país, los procesos penales se resuelven con mayor prontitud que los civiles. Una regla razonable sería establecer la obligación de resolver la acción civil cuando el asunto se encuentra en la fase de juicio y no se lleva a cabo el debate penal por diversas razones. En estos casos, ya se habría superado la fase intermedia y un juez ha determinado la presunta existencia de un hecho delictivo. En principio con esto se frenaría la posibilidad del abuso de ese derecho"* (Sanabria Rojas, Rafael Angel, *Op.Cit.* p. 50). Aparte de lo dicho, debe recordarse que independientemente de la vía que escoja la parte, lo cierto es tanto la vía penal como la civil debe

cumplir con los requisitos mínimos que garanticen el debido proceso. En el presente caso, las partes tuvieron oportunidad de escuchar la prueba, discutirla, interrogar a los testigos y en general, debatir sobre los distintos aspectos del proceso, por lo que se cumplieron a cabalidad las garantías y derechos de las partes. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo..."

Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2008-527, de las 7:45 horas, del 13 de junio de 2008.

7. ACCIÓN CIVIL. Costas. Decreto de honorarios aplicable.

"...De conformidad con el artículo 115 del Decreto Ejecutivo 32493-J de 9 de marzo de 2005 (Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado), que fue publicado en La Gaceta número 150 de 5 de agosto de 2005, dicha normativa rige a partir de su publicación. Sin embargo, ese aspecto debe ser interpretado en consonancia con el Transitorio primero de ese mismo Decreto Ejecutivo, en cuanto establece que: *"A los juicios iniciados y documentos otorgados antes de la vigencia de estas normas, se les aplicarán las disposiciones que reglan cuando se comenzaron u otorgaron."* Por ende, para decidir si en la especie los honorarios de abogado debieron ser fijados de acuerdo con las normas del Decreto Ejecutivo vigente (número 32493-J) o más bien con base en las reglas del anterior (número 20307-J), es necesario determinar la fecha en que fue iniciado el presente juicio, visto en su conjunto, es decir relacionado con el trámite de la acción civil resarcitoria, que es la que motiva el reclamo bajo análisis. En cuanto a ello, no sólo tenemos que la denuncia fue presentada el 07 de julio de 2003, sino que, además, en esa misma fecha la ofendida Quesada Ugalde le delegó el ejercicio de la acción civil resarcitoria al Ministerio Público (ver folios 16 a 18). Lo anterior sirvió, parcialmente, de base para que la Unidad de Trámite Rápido de dicho ente remitiera el legajo de investigación a la Unidad de Delitos contra la Vida (folio 28) y motivó que el licenciado Minor Chacón Calderón, como Fiscal Auxiliar de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, se dirigiera —con fecha 22 de enero de 2004— a la Fiscal Auxiliar encargada de la tramitación de la causa indicándole que: *"...desde este (sic) momento le solicitamos respetuosamente que se sirva comunicar a ésta (sic) Oficina cualquier gestión relacionada con dicha investigación que pudiere relacionarse o*

afectar el ejercicio de esa Acción Civil Resarcitoria." (Folio 42). Lo anterior demuestra que el juicio, visto como un conjunto de actuaciones dirigidas en este caso a establecer la posible responsabilidad penal y civil del encartado Téllez Arias, se inició mucho antes de la entrada en vigencia del actual Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado (Decreto Ejecutivo 32493-J de 9 de marzo de 2005), que fue publicado —como ya se dijo— en La Gaceta número 150 de 5 de agosto de 2005. Ello es independiente de la fecha en que fue presentado el escrito propiamente dicho de la acción civil resarcitoria (folio 188), pues lo cierto es que la intervención de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, como parte legitimada para accionar a favor de la ofendida, se produjo desde el comienzo de las diligencias, cuando todavía estaba vigente el anterior Decreto de Honorarios de Abogados y Notarios, número 20307-J. Por ende, al aplicar esta última normativa para calcular las costas personales (folio 167), la juzgadora actuó conforme a Derecho...

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0112, de las 10:10 horas, del 6 de febrero de 2008.

8. ALLANAMIENTO. Justificación para ejecución entre las 18:00 y las 6:00 horas.

"...Como ya se ha expresado en otros casos, la limitación de horas que se establece para la práctica de un allanamiento en lugares habitados o sus dependencias (al igual que en casas de negocio u oficinas), obedece a la búsqueda de proporcionalidad entre la efectividad de las investigaciones y la protección del ámbito de intimidad de las personas. De manera que, si bien se autoriza a vulnerar gravemente ese ámbito, no sólo se requieren ciertas formalidades, sino que, además, se procura que tales diligencias sólo se lleven a cabo en los momentos en que la vida de una persona o su familia se halle en el curso normal de la actividad diurna y no mientras descansa o se encuentra en el período de mayor recogimiento, como podrían ser las horas de la noche. De ahí que solamente en casos muy calificados o excepcionales, catalogados por la ley como "*sumamente graves y urgentes*", exista autorización para proceder a cualquier hora (esto es, después de las dieciocho horas), a condición por supuesto de que esos aspectos sean comprobables y se pueda, por lo tanto, dejar constancia de ello..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No.

2008-438, de las 11:05 horas, del 22 de mayo de 2008.

9. DENUNCIA. Valor probatorio.

"...Sobre el limitado valor probatorio que tienen las denuncias y las referencias declaradas ante peritos e incorporadas en los documentos y peritajes, tanto la Sala Tercera como este Tribunal (con diversas integraciones) se han manifestado en forma reiterada en sentido unívoco diciendo: "*...el juicio oral es la fase principal del debate, de donde la decisión que se llegue a adoptar dependerá esencialmente de los elementos probatorios que en el mismo se lleguen a evacuar con plenas garantías de participación y contradictorio (...)* Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de incorporar por lectura la denuncia, pues conforme al artículo 334 del Código Procesal Penal ésta es una de varias excepciones a la oralidad del juicio, no puede perderse de vista que tal elemento documental no constituye sustento principal y decisivo del fallo, sino como uno adicional que puede llegar a valorarse en conjunto con otros recibidos y ponderados en debate..." Sala Tercera, voto N° 1252-2005 a las 08:45 hrs. del 07 de noviembre de 2005. "*...la denuncia simplemente configura la noticia del hecho, importante a efecto de identificar quien denuncia, cuándo y cómo, aspectos que revisten importancia a fin de la prescripción de la acción penal, de la instancia privada, y hasta del interrogatorio que pueda darse en el juicio. Pero la denuncia no puede asimilarse a un testimonio, que deba examinarse en su relato histórico, darle tal carácter violaría el derecho a contradecir la prueba en juicio, y haría inútiles las previsiones del anticipo de prueba, pues bastaría con ser denunciante para garantizarse la incorporación de lo manifestado por el testigo en el juicio, impidiendo el interrogatorio de la defensa. Además, implicaría que la condenatoria podría basarse en la "prueba testimonial" de la investigación, anulando con ella la prohibición del artículo 276 del C.P.P. y la exigencia de que la prueba debe evacuarse en el juicio, ante el órgano jurisdiccional. Es cierto que el artículo 334 inciso b) del C.P.P. permite la incorporación de la denuncia, como excepciones a la oralidad (no a la contradicción de la prueba), pero esa autorización no puede verse en forma aislada, sin integrarla con los principios del juicio, y los derechos esenciales en un proceso acusatorio, como lo es el de contradecir la prueba, con el interrogatorio de los testigos en el juicio, con la única salvedad prevista por el código del anticipo jurisdiccional de*

la prueba (artículos 293 y 327 del C.P.P.), que precisamente tiende a tutelar en todo momento ese derecho, tal y como lo exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14. 3. e). Por ello, debe quedar claro que no podría el juzgador valorar el "testimonio" del ofendido contenido en la denuncia, para fundamentar una eventual condena." Tribunal de Casación Penal, voto N° 2006-58 de las 10:30 del 02 de febrero de 2006... → "De acuerdo con el artículo 334 del Código Procesal Penal, tratándose de la prueba testimonial, las únicas excepciones a la oralidad, y por ende a la inmediatez, se refiere al anticipo de prueba, (art. 293), que evidentemente no se dio en este caso con respecto a las denunciantes. Es cierto que el mismo artículo 334 en su inciso b) permite incorporar al juicio por lectura la denuncia, pero ello no significa que pueda darse a ésta el carácter de un testimonio, y menos que se superponga a la declaración que, conforme con los principios del juicio, rinde el testigo, sea este ofendido o no lo sea. La circunstancia de que el testigo ofendido interponga una denuncia, plasmándose su declaración durante la etapa de investigación en un documento, no convierte este testimonio en prueba documental, y menos implica que ese testimonio, tomado sin las reglas del anticipo de prueba pueda considerarse en su contenido para la sentencia. Lo mismo ocurre con las referencias a algún contenido de prueba testimonial que contenga los informes, no pudiendo estimarse que porque están en los informes configuran prueba documental, si así fuera bastaría con plasmar en un documento cualquier prueba para convertirla en prueba documental, burlándose así toda las exigencias sobre la oralidad, inmediatez y contradicción con respecto a los testimonios, sobrando así la exigencia del anticipo de prueba con respecto a esta. De ahí que la incorporación por lectura de la denuncia solo tiene importancia como noticia criminis, (en ese sentido puede ser relevante para el inicio de la investigación, el cumplimiento con la instancia privada en los delitos que la requieren, la fecha en que se plantea o la persona que lo hace, etc.), pero no como el testimonio rendido por el denunciante sobre los hechos. Darle el carácter de un testimonio a ese contenido, y contraponerlo a las declaraciones dadas en el debate, implicaría la prevalencia de la etapa de investigación sobre el juicio, y la infracción de los dispuesto por los artículos 274 y 326 del Código Procesal Penal (...) además de los citados principios." Tribunal de Casación Penal, voto N° 2004-616 de las 09:45 del 24 de junio de 2004.

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-1072, de las 15:50 horas, del 23 de octubre de 2008. En similar sentido 2008-1114, de las 10:00 horas, del 4 de noviembre de 2008.

10. PRUEBA. Diferencia entre requisita y revisión en los centros penales.

"...el artículo 189 del Código Procesal Penal autoriza "al juez, el fiscal o la policía" a practicar requisas y esa norma debe entenderse en estricta relación con el numeral 284 *ibidem*, citado por el impugnante, que señala que "Los agentes de la policía administrativa serán considerados oficiales o agentes de la policía judicial, cuando cumplan las funciones que la ley y este Código les impone a estos..." agregando la referida disposición que la policía administrativa actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente la policía judicial pero que una vez que ésta intervenga será su auxiliar. El alegato del recurrente en el sentido de que la policía penitenciaria no es policía administrativa carece de solidez desde que el numeral 6 de la Ley General de Policía señala que las fuerzas de policía del país son las encargadas de la seguridad pública y, dentro de ellas, enumera tanto a la Guardia Civil y a la Guardia de Asistencia Rural (cuando estaban divididas) como, entre otras, a la Policía Penitenciaria (en igual sentido el numeral 31 de esa ley), de modo que fácilmente se colige que policía administrativa (es decir, perteneciente a la Administración Central) es toda aquella que sea enumerada por ley con las funciones de prevenir la comisión de delitos y no de reprimirlos como resulta ser la competencia de la Policía Judicial. Entonces, la Policía Penitenciaria sí puede, a la luz de las normas expuestas, efectuar requisas. No obstante, no debe confundirse la requisita establecida en la norma de comentario como medio probatorio tendiente a obtener evidencia respecto a un delito que, se sospecha fundadamente, se ha cometido, con la simple revisión rutinaria que se efectúe, preventivamente, por diversas autoridades para impedir el ingreso a sus instalaciones de diversas sustancias o utensilios que se consideren nocivos para el devenir institucional o bien para hacer controles rutinarios en carreteras, distinción que tanto la jurisprudencia de casación como de la Sala Constitucional (con carácter vinculante *erga omnes*: artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) se han encargado de efectuar en múltiples oportunidades: "Contrario a lo que manifiesta la defensa (...) no existía ningún impedimento legal para que

las oficiales del centro penitenciario, al hacerle la revisión de rutina a la encartada, le solicitarán declarar si trae consigo o en su cuerpo objetos ilícitos, prohibidos o que no pudieran ingresar o permanecer en el centro sin la debida autorización, e instará, en el caso de portarlos, a entregarlos. Nótese en primer lugar, que **esa requisita no se rige por lo dispuesto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, pues mientras que la primera tiene un carácter preventivo, rutinario, tendiente a evitar el ingreso al centro penitenciario de drogas u otros objetos que ponen en riesgo la seguridad en ese ámbito (por ejemplo, armas de fuego), la segunda consiste en la revisión que se realiza en el marco de una investigación, a una persona de la que se sospecha oculta un objeto relacionado con la comisión de un delito.** Sobre la diferencia entre ambas, esta Sala ha dicho: "En los Centros Penales se han implementado una serie de medidas de seguridad preventiva, entre éstas la requisita, tendientes a evitar el ingreso de armas y drogas que puedan incidir en el comportamiento de los reclusos. Sobre la licitud de estas actuaciones **la Sala Constitucional se ha pronunciado señalando que debe hacerse la distinción entre la requisita que contempla el numeral 214 del Código de Procedimientos Penales y la simple requisita**, pues solo para la primera es necesaria la orden del juez que justifique la actuación. En diversa situación se encuentra la "simple requisita" establecida por lo general en leyes, reglamentos o circulares que no tienen, en especial, un fin procesal, sino otro, la seguridad o vigilancia (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, V-603-94 de las 10:45 horas del 28 de febrero de 1994)... La Sala Constitucional en diversas oportunidades ha reiterado que "... la finalidad de la requisita radica precisamente en la necesidad de asegurar la seguridad y la vigilancia de los Centros Penitenciarios y se hace para prevenir hechos que atenten contra la seguridad institucional..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia V-603-94, de las 10:45 horas del 28 de febrero de 1994)" (Resolución No. 739, de las 11:30 horas del 1 de diciembre de 1995). Como se aprecia, la requisita preventiva se hace de forma rutinaria, con el propósito de detectar e impedir el ingreso y la permanencia en los centros del sistema penitenciario de sustancias u objetos cuya utilización por la población privada de libertad está prohibida, independientemente de si existe o no sospecha de la comisión de un delito, a diferencia de lo que ocurre con

la requisita que contempla el artículo 189 del Código Procesal Penal. La primera se trata en una medida preventiva que realiza el Poder Ejecutivo, en aras de garantizar, como administrador de las prisiones, que no se cometan delitos en su interior y que exista un ambiente que asegure la salud y seguridad de los reclusos. Refiriéndose a dos supuestos muy similares al presente (a saber, la revisión que se da en los puestos de control migratorios o en los puestos policiales), también ha indicado esta Sede: "... Idénticas consideraciones son, como se dijo, aplicables en el presente caso, referido específicamente, no a una terminal aérea, sino a un puesto de control policial rutinario, establecido para revisar lo que transportan quienes se dirigen a la zona fronteriza. Las labores que realizan esos cuerpos policiales no pueden equipararse, como lo pretende quien impugna, a las que se ejecutan dentro del marco de una investigación dirigida contra alguna persona, de la naturaleza que contempla el artículo 81 del Código Procesal Penal. Esta norma busca asegurar los derechos individuales esenciales, como imputado, de quien es objeto de actuaciones estatales conciente y planificadamente orientadas en su contra y dentro del marco de una actividad investigativa preordenada para obtener pruebas que permitirían sindicarle un delito del cual ya se tiene noticia. Desde luego, no es esto lo que ocurre cuando se obliga a todos los individuos que transitan por un puesto de control establecido con arreglo a la ley, a mostrar sus pertenencias o los objetos que llevan consigo, pues, en primer término, tales funciones poseen una naturaleza preventiva, a fin de constatar el cumplimiento de las normas de derecho interno e internacional (sobre el tráfico de bienes y de personas, con fines migratorios, aduaneros, fiscales o de seguridad pública, o para evitar el ingreso de armas o sustancias en centros de reclusión, entre otros); y no una de carácter investigativo para perseguir a un sospechoso por un delito que se presume cometió. En segundo lugar y como derivado de lo anterior, la medida no se dirige a un sujeto identificado, sino a un número indeterminable de personas (todas aquellas que deseen transitar por el puesto de control). En tercer lugar, es el individuo quien se presenta ante la autoridad estatal a sabiendas de que deberá someterse a su control y no el Estado quien busca al individuo para afectar alguno de sus derechos, como sí ocurre en las pesquisas que se llevan a cabo para investigar la comisión de una conducta delictiva. Se infiere de lo dicho que existen diferencias sustanciales en

cuanto al procedimiento, las finalidades y, en particular, los motivos que dan origen a las medidas de control preventivo y las que caracterizan las investigaciones para perseguir delitos, aunque ambas puedan significar la práctica de algunos actos similares (por ejemplo, la revisión de lo que se transporta). Estas afectaciones de derechos poseen, además, distinta justificación constitucional y legal. Las que se manifiestan en las medidas de control derivan de deberes positivos impuestos al Estado de garantizar la seguridad pública y ciudadana, luchar contra la propagación de enfermedades o de sustancias que puedan afectar la salud pública, recaudar los ingresos necesarios para su mantenimiento, resguardar la integridad física y mental de los reclusos, proteger los recursos forestales, entre muchos otros (lo cual legitima, por ejemplo, controlar el paso de armas, drogas, sustancias o desechos tóxicos, plantas o animales entre distintos lugares); y para el cumplimiento de dichos deberes, los habitantes se encuentran obligados a tolerar la intromisión del Estado –que siempre deberá practicarse dentro de límites proporcionados y razonables–, pues es precisamente el individuo quien realiza la actividad que puede dañar o poner en grave peligro los bienes jurídicos que la entidad estatal está llamada a proteger. A esto se refiere la Sala cuando indica que, en el caso de los puestos de control y vigilancia, es la persona la que se presenta ante la autoridad, de manera voluntaria y a sabiendas de que el control será ejercido. En estos supuestos, por ende, el individuo es sometido a ciertas restricciones y actos estatales, porque realiza un acto o actividad para los cuales está previsto el ejercicio de un poder de control (siempre limitado por principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad) y este poder deriva de la existencia de deberes positivos impuestos al Estado para el cumplimiento de ciertos objetivos de interés general. En cambio, las investigaciones de naturaleza propiamente penal se dirigen contra sujetos específicos de quienes se sospecha cometieron un delito, se encuentran amparados por un estado de inocencia y no están ejecutando ninguna actividad que deba controlarse con arreglo a fines preventivos de interés general, por lo que, en principio, no están obligados a soportar ni permitir afectaciones de sus derechos y corresponderá a las autoridades públicas demostrar que ellas son necesarias, que se justifican con arreglo a normas constitucionales y legales y que se realizarán respetando los principios y garantías establecidas. Todas estas razones

imponen que se deba limitar el poder estatal en esta última hipótesis, pues la tutela de la libertad y de los derechos fundamentales de las personas exige que se regulen las formas y los métodos a los que es posible acudir para investigar un delito y se prevean las garantías necesarias para asegurar el respeto a tales limitaciones. En síntesis, frente a las diligencias para investigar la comisión de un hecho punible, nos hallamos ante un sospechoso resguardado por el principio de inocencia y contra quien se dirige el poder de las autoridades estatales para averiguar sobre una actuación pasada; mientras que en el caso de los puestos de control preventivo nos encontramos ante un individuo pretendiendo realizar un acto o actividad que ha de someterse a dicho control y a quien le corresponde el deber legal de soportarlo, sin que ello lo convierta en "sospechoso" de una conducta que sería, por lo demás, indeterminada. Por tales motivos, las actuaciones que despliegan las autoridades de los puestos de control no requieren la presencia de un juez (lo que significaría trasladar al Poder Judicial ese tipo de funciones), la de un defensor o la del Ministerio Público (...) el secuestro de drogas u otros objetos ilícitos en puestos de control o en casos de flagrancia, puede ser hecho por las autoridades policiales sin que se requiera para ello la intervención jurisdiccional, del Ministerio Público (...) o de la defensa. Si, a partir de tales decomisos, se pretendiese realizar otro tipo de actuaciones, ya en ejercicio de una investigación dirigida contra los sospechosos (v. gr.; el allanamiento de un domicilio), sí sería preciso cumplir con todas las exigencias para que las afectaciones de derechos fundamentales posean la legitimación que les corresponde, pues en tales situaciones el poder estatal al que se busca someter al individuo tendría una motivación distinta de la que originó el mero control preventivo y el decomiso inicial, los cuales se legitiman, conforme se expuso, por finalidades, circunstancias y objetivos diferentes. Así las cosas, se declaran sin lugar los reparos." (Resolución No. 2004-00596, de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2004). Recapitulando, al igual que sucede con los puestos de control policial o migratorio, en los centros de reclusión se establecen mecanismos preventivos para garantizar la seguridad interna aplicables a quienes ingresan voluntariamente y que no pueden equipararse con la requisita que contempla el artículo 189 del Código Procesal Penal, pues en ésta la acción estatal es dirigida en contra de un sospechoso que no puede negarse a la interven-

ción estatal (ya que se procedería en los términos que dispone ese cuerpo legal). A la luz de estas consideraciones, se comprende por qué en este proceso la conducta de las oficiales penitenciarias no fue ilegítima y en consecuencia, por qué la prueba obtenida no es ilegal." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 398-06. En igual sentido el N° 1217-2004 y N° 596-2004 (el destacado es suplido). El defensor del imputado señaló, durante la audiencia oral efectuada, que esos precedentes no resultan aplicables al caso que nos ocupa pues, desde el momento en que los policías penitenciarios observaron al encartado nervioso y determinaron que había "algo" en sus zapatos (razón por la que lo condujeron, junto con esa prenda, a una oficina aparte) P.M. adquirió la condición de imputado conforme a nuestra legislación procesal. Sin embargo, el alegato no es de recibo porque el defensor confunde los dos momentos de los hechos: el primero en que se efectúa la "simple requisita" o cacheo preventivo por los policías penitenciarios a todos los que pretendían hacer visita en esa fecha al centro penal. La revisión efectuada en ese primer momento es, sin lugar a dudas, una "simple requisita" que no se rige por las disposiciones del Código Procesal Penal según se indicará. Un segundo momento, una vez determinada la presencia de "algo" pegado debajo de la plantilla del zapato, el fuerte olor a marihuana y el nerviosismo del encartado, es el referente al instante en que Porras Morales pasa, bajo custodia policial, a un aposento diferente. Allí si cualquier acto policial de registro sobre su cuerpo hubiera sido una requisita conforme a la norma apuntada. Pero nótese que, para este segundo momento, ya el zapato se encontraba en poder de la policía penitenciaria producto de la primera revisión preventiva y ningún acto de registro corporal adicional se hizo sobre el encartado. En atención a lo expuesto, siendo la efectuada en autos una "simple requisita" o cacheo es decir, la revisión rutinaria que se efectúa en el centro penal para determinar si los visitantes portan objetos nocivos para el interés institucional, no era necesario que se dieran los supuestos de la requisita establecida en el Código Procesal Penal como medio probatorio dirigido contra una persona sospechosa de cometer un delito desde que el aquí encartado, como los restantes ciudadanos y ciudadanas que pretendían visitar en esa fecha el centro penal, carecía de esa condición hasta antes de encontrarsele la droga. Eso implica que no era necesario que la policía administrativa confeccionara un acta pre-

via a la ejecución de esa simple requisita pues el presupuesto del que se parte es, justamente, lo contrario, es decir, que no se encontrará ningún objeto nocivo y menos ilícito y en razón de ello es que el acta si se confecciona pero posterior al hallazgo, tal y como consta a folio 3, documento que señala que los hechos se dan aproximadamente a las siete horas con cuarenta y cinco minutos siendo que la policía judicial, al menos a las ocho y treinta de esa misma fecha (ver folios 1 y 2) ya la tenía en su poder, lo que revela la inmediatez con que se procedió. Tampoco se requería que, por las razones apuntadas, se invitara al imputado a exhibir el objeto —que se ignoraba que portaba— ni se requiere que se contará con la presencia de una persona no vinculada a la policía desde que son justamente los vigilantes quienes realizan esas labores preventivas y ningún particular puede desplegarlas sin incurrir en conductas abusivas, a más de la imposibilidad material que suele darse para cumplir el requisito, sin que el impugnante señale, siquiera para generar duda, alguna razón por la cual la presencia de esos particulares hubiese modificado el resultado de la diligencia, requisitos que si cumple el acta de folio 2 efectuada, menos de una hora después del hallazgo, por la policía judicial es decir cuando el encartado ya ostentaba la condición de tal..."

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-1182, de las 10:35 horas, del 21 de noviembre de 2008.

11. PRUEBA. Examen Psicológico. No es indispensable.

"...Es importante señalar que ya la Sala Constitucional ha examinado el tema que nos ocupa, estableciendo que no se viola el debido proceso cuando "...la necesaria demostración de culpabilidad del acusado y en específico de su imputabilidad, más allá de toda duda razonable, se realiza sin haberse llevado a cabo el examen mental establecido en el artículo 87 del Código Procesal Penal, siempre que el Tribunal fundamente de forma suficiente ese aspecto del pronunciamiento." (Voto 2000-00154, de las 16:12 horas del 5 de enero de 2000). Lo atinente a la imputabilidad fue examinado por el Tribunal de mérito, el cual concluyó que efectivamente el justiciable posee capacidad de culpabilidad, es decir, comprende la naturaleza de sus actos y puede determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues —según se indica— en todo momento se mostró como una persona capaz mentalmente, sin que de ello hayan surgido dudas a raíz de las

alegaciones de las partes o de las circunstancias que los jueces pudieron apreciar, razón por la cual concluyeron que el imputado no se hallaba en un estado de enajenación mental, ni permanente ni transitorio, al momento de realizar los hechos (ver folio 200). En ese sentido, la circunstancia de que el imputado sea homosexual, según declaró él mismo en el debate, es una cuestión que sólo denota una preferencia sexual de su parte, la cual, analizada individualmente o en conjunto con los demás elementos de prueba recibidos en la audiencia, no supone que esta persona tenga disminuida su capacidad para comprender el carácter ilícito de los hechos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión...".

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0526, de las 11:00 horas, del 12 de junio de 2008

12. SENTENCIA. Oral con respaldo electrónico.

"...El artículo 363 del Código Procesal Penal establece los requisitos que debe contener la sentencia, entre los cuales se considera relevante "e) La firma de los jueces" que emiten la decisión judicial y el artículo 364 en sus párrafos primero, cuarto y quinto, parte de que el fallo debe ser redactado y firmado por los juzgadores, desprendiéndose en principio que se trata de un documento escrito. Señalamos que de principio porque el concepto de documento y de firma ha sido referido a la escritura sobre el papel, mas sin embargo no se excluye el documento electrónico ni la firma electrónica, que amplían el concepto de documento y firma. Efectivamente, la palabra documento proviene del latín "*documentum*" que significa: enseñar, hacer, conocer y la Real Academia define documento como "*diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos...cualquier otra cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo*". En sentido amplio es una entidad física, simple o compuesta, idónea para recibir, conservar y transmitir la representación descriptiva, emblemática o fonética de una determinada realidad relevante en el plano jurídico. En sentido estricto, por documentos se entiende el recipiente, soporte o envase en el que se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones. Se puede decir que el documento es un escrito o representación de ideas, datos, números, etc., mediante letras u otros signos, y que sirven para comunicar, probar o acreditar algo; es una manera de dejar constancia

en forma permanente, de las manifestaciones del pensamiento humano o de los hechos de la naturaleza. El Código Procesal Civil en el artículo 368 ha definido que son "*documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo*", lo que es coincidente con el concepto amplio de documento antes referido. La ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 6 bis, adelantando al tema en cuestión, mediante una reforma que es posterior a la publicación del Código Procesal Penal, dispuso: "*Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior. Cuando un juez utilice los medios indicados en el primer párrafo de este artículo para consignar sus actos o resoluciones, los medios de protección del sistema resultan suficientes para acreditar la autenticidad, aunque no se impriman en papel ni sean firmados. Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación. La Corte Suprema de Justicia dictará los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad y conservación; así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos conforme a la ley*". (Así adicionado por el artículo 9 de la Ley de Reorganización Judicial No. 7728 de 15 de diciembre de 1997), con lo cual disipa la duda sobre el tema, al otorgarle plena validez a los documentos

de registro incluso electrónicos aunque no conste aún la firma electrónica. Así las cosas a criterio de esta Cámara, no resulta excluyente que el fallo se disponga verbalmente y que se registre su contenido en un documento electrónico como se hace en este caso. Efectivamente, cuando se diseñó el Código Procesal Penal no se previó con la claridad suficiente que el avance tecnológico permitiría múltiples formas de comunicación como ocurre en la actualidad, que también revisten gran seguridad y agilidad, de manera que no se incluyó expresamente esta posibilidad de documentar electrónicamente las actuaciones y resoluciones jurisdiccionales, lo cual no implica que las excluyera y que una interpretación evolutiva y acorde con los tiempos que vivimos permita considerar esos nuevos elementos y aceptar que el fallo construido y expresado verbalmente se registre en un documento de acceso electrónico, máxime que la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es posterior si les otorga validez. Paradójicamente, esto que hoy mismo echamos de menos como la firma de la sentencia, no nos resulta ningún obstáculo cuando consultamos y citamos la jurisprudencia penal o constitucional que se dispone electrónicamente, sobre la cual afirmamos certeza jurídica de su contenido, sin embargo, ninguno de esos soportes informáticos contiene la firma de los Jueces, lo cual ilustra que en ocasiones le otorgamos un valor excesivo al formalismo a la actividad judicial. El otro tema, íntimamente relacionado con el caso, es relativo a la oralidad como forma de resolver el conflicto judicial en la sede penal. A nuestro criterio, la disposición oral de la sentencia por parte del Tribunal constituye sin duda una mayor garantía que la escritura tradicional y por ello no despreciable, si lo que pretendemos es una justicia más moderna y ágil. Es importante agregar, que la justicia no puede estar de espaldas al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) ni menospreciar la eficiencia y agilidad que le proporcionan al mundo moderno, superando en gran medida los registros en papel. A través de la historia se han ideado múltiples formas de registrar ciertos actos, desde la escritura en piedra, a la tinta sobre el papel, la fotografía, los videos y los documentos electrónicos, pretendiendo con ello hacer perdurables ciertos actos; y los abogados especialmente, hemos elaborado una verdadera cultura del papel, bajo la creencia de que lo que no existe en el papel no existe en el mundo, pues supone la mayor garantía de la fidelidad en las actuaciones, convirtien-

do la justicia en grandes expedientes amarrados con mecates, como la máxima expresión del desarrollo de las garantías procesales, casi olvidando que nuestra ley procesal apunta hacia otros derroteros, señalando la oralidad como el mecanismo que propicia en mayor medida la transparencia y agilidad a la justicia. Por ello algún distinguido Magistrado refiriéndose a esos grandes montículos de papel amarrados con mecates y que llamamos expediente –sinónimo de proceso– como verdaderos “monumentos a la oralidad”, porque son la antítesis de lo que se previó en la legislación procesal, lo que permite observar como se pervierte el contenido de la ley, se reduce la visión del proceso y se pierde de vista el concepto de justicia. No ignora esta Cámara que el tema del veredicto expresado en forma oral y sin documento escrito no es pacífico y uniforme, y ha sido rechazado por otros tribunales, con criterios muy respetables, afirmando que los dispositivos procesales afirman la necesidad de un documento escrito de sentencia con la firma de los jueces lo que impide sentencias dictadas oralmente y excluye los documentos electrónicos (Ver al respecto pronunciamiento del Tribunal de Casación de San Ramón No. 2008-00177 de los Jueces Rodríguez, Garro y Fernández, así como el voto salvado en la Sentencia 2008-0275 del Tribunal de Casación Penal de San José). No encontramos mayor transparencia en la justicia, que cuando el Juez, ubicado como árbitro de la discusión entre partes realiza el debate y luego en forma oral le resuelve el conflicto, como ocurre en este caso. Se cuestiona que el fallo no contiene la firma del Juez como indica expresamente la norma, no obstante, no puede perderse de vista que la firma tiene como fin asegurar a las partes y al sistema de justicia, la identidad del juzgador; pero, ¿Qué duda puede existir en las partes de que quien resolvió el caso fue el Juez que tuvieron en frente en el debate y en la decisión?, además vale cuestionarse ¿Qué mayor seguridad puede existir en las partes que quien resolvió es el mismo Juez que dirigió el debate aunque no pusiera su firma? Ninguna pues, por lo que el argumento tampoco es de recibo. Visto de esa manera, el fallo dictado verbalmente y frente a las partes, conlleva mayores garantías que el mismo documento escrito, pues mientras el fallo verbal se dispone directamente frente a las partes, el documento escrito se redacta en condiciones que las partes desconocen y que les resulta imposible controlar por tratarse de actos que se realizan en las oficinas de los funcionarios

judiciales y que de una u otra forma puede verse expuesto a interferencias variadas. Por ello, no observa este tribunal que exista ningún vicio que lesione el debido proceso cuando el fallo se dispone en forma verbal por el Tribunal, pues constituye un acto de mayor transparencia por la presencia de todos los involucrados y el mismo público, de manera que se trata de una justicia más plena y de cara al ciudadano, prescindiendo con ello de los formalismos del derecho, que no alcanzan siempre el fin perseguido. Es aplicable aquí lo dicho anteriormente respecto de las citas jurisprudenciales que hacemos de documentos publicados por los Tribunales, que no contienen la firma de los Jueces y Magistrados, sin embargo les damos plena validez. La defensa reprocha que el encartado por su humilde condición ha tenido dificultades para acceder al fallo en documento electrónico y que por ello se trata de una justicia que no cubre al ciudadano medio, criterio que se valora pero sobre el cual se discrepa, pues el imputado escuchó de viva voz la sentencia del Juez en la misma audiencia del debate, lo que le ha permitido captar directamente el contenido pleno de la decisión y las razones que llevaron a resolver el caso en su contra, por lo que no podría existir lesión alguna en dificultades posteriores de acceso al documento material, si antes tuvo frente a sus ojos y oídos la palabra del Juez. Es importante anotar que a folio 114 consta que el imputado es de escasos recursos económicos y pudiese ser que no tenga un computador para escuchar de nuevo el fallo, no obstante el Tribunal puso a disposición de las partes el documento sentencia (f 103) y no se observa ninguna constancia de que la defensa haya pedido equipos para examinar de nuevo el fallo, tampoco el planteamiento de ninguna actividad procesal defectuosa sobre la existencia de la sentencia documento. En igual sentido, tampoco es atendible que si el encartado

pretendía los servicios de otro abogado no pudiera llevar la sentencia para que le formularan otro recurso, primero porque si decidió contratar otro abogado para el recurso éste nuevo profesional no se vio impedido en nada para acudir al tribunal y segundo, que una contratación de otro abogado teniendo la defensa pública, no armoniza con el argumento de la escasez del recurso económico que se alega como argumento central de la defensa, que en todo caso planteó el recurso en forma adecuada. Tampoco puede perderse de vista que el llamamiento judicial de la persona a hacer frente al proceso, conlleva algunas cargas, entre ellas la de acudir a las oficinas judiciales y sacrificar algún tiempo para examinar documentos como en el caso de la sentencia, que pudo ser revisada en el mismo tribunal. Si es importante insistir en que, los Tribunales deben proveer medios para que los interesados puedan examinar el documento electrónico (casete, disco u otro respaldo) en caso de no tener medios para reproducirlos, pero ello no implica admitir que el documento electrónico le restringe el acceso a la impugnación, porque también la defensora estuvo presente en la decisión del Juez, de manera que los registros cobran mayor relevancia para el Tribunal que conoce en alzada de los recursos. El derecho a la justicia que consagran los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, encuentran su contenido material en las sentencias orales y respaldadas en documentos electrónicos como en el caso que se discute. En consecuencia, la oralidad de la sentencia y su registro electrónico son plenamente válidos en el proceso penal, sin que la ausencia de firma o registro en papel constituya un vicio que lesione los derechos de las partes...".

Tribunal de Casación Penal de San José. No. 2008-0534, de las 8:20 horas, del 13 de junio de 2008.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE CARTAGO

Compilador
Msc. Ronald Cortés Coto
Juez de Casación Penal de Cartago

A. DERECHO PENAL.

1. DESCUIDO DE ANIMALES

Recalificación en revisión a lesiones culposas por inconstitucionalidad del tipo.

...se acreditó que el día 19 de octubre del año 2004 al ser aproximadamente las 7:00 horas, el menor de edad Luis Alberto Poveda Pérez, salió de su casa de habitación en Barrio El Carmen de Cartago rumbo a la pulpería, sin percatarse que en la vía pública había un perro peligroso propiedad de la imputada Martha Cecilia Méndez Vargas, quien dejó el can suelto sin prever las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas que caminaban por el lugar, siendo que al caminar frente a la vivienda de la encartada, dicho animal en forma intempestiva se fue encima del menor y mordiéndolo en diferentes partes del cuerpo tales como en la base del lóbulo auricular izquierdo, hombro, pecho, cabeza y muslo. Como resultado de dicho ataque, el niño presentó lesiones con cicatrices gruesas en la base del lóbulo auricular izquierdo, que se prolongan en la cara lateral del cuello de 3 x 0,3 cm, gruesa de 1,5 x 0,3 cm, cicatriz en el cuadrante superior externo de la región pectoral izquierda, en su extremo más distal, de 0,8 x 0,3 cm. Presentando una incapacidad temporal de siete días, para el ejercicio de sus actividades habituales a partir de la fecha de los hechos, quedando con una incapacidad permanente de 02% de pérdida de capacidad general orgánica. Es decir, la situación fáctica sí se ajusta a la hipótesis prevista en el inciso primero del numeral 130 bis del Código Penal que fue declarado inconstitucional, puesto que se tuvo por demostrado que la acusada tenía un perro peligroso sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas, tanto es así que el can mordió al menor de edad Luis Alberto Poveda Pérez. (...) Esta Cámara coincide en que efectivamente la conducta tenida por acreditada en el fallo se encuentra descrita en el inciso primero del numeral 130 bis del Código Penal que fue declarado inconstitucional, por lo que ese ordi-

nal no puede aplicarse, entonces la pregunta que cabe es si la conducta acreditada es atípica o si se encuadra dentro de la figura genérica de las Lesiones Culposas recogida en el *in fine* del mismo artículo 130 bis. No cabe ninguna duda que resulta correcta la tesis del Ministerio Público, porque el sentido de la despenalización del inciso primero del artículo 130 bis del Código Penal es eliminar la punición de una condición abstracta de mera tenencia de un animal peligroso, en este sentido la Sala Constitucional indicó: "*En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal– pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico.*" (Ver resolución de la Sala Constitucional N° 13852-08 de las 14:39 horas del 17 de septiembre de 2008), en cambio, en la medida que por una infracción al deber de cuidado se produce un resultado lesivo penalmente relevante (en este caso una incapacidad de más de cinco días para el menor afectado), como consecuencia de las mordidas del perro que fue descuidado por su dueña, la conducta queda comprendida dentro del supuesto fáctico de las Lesiones Culposas, situación expresamente prevista en el *in fine* del numeral 130 bis del Código sustantivo, toda vez que tal descripción fáctica debidamente acusada en su oportunidad es una forma de negligencia mediante la cual se produjo un resultado dañoso en la humanidad de la víctima a través de un modo de comisión culposo, de tal manera que no se afecta ni el principio de legalidad penal porque el propio numeral 130 bis del Código Penal remite al delito de Lesiones Culposas en caso de producirse un resultado típico, ni el

principio de correlación entre acusación y sentencia puesto que la conducta aparece descrita en la pieza fiscal y tampoco se afecta el principio de no reforma en perjuicio, toda vez que ya el tope punitivo está demarcado por la sentencia de instancia, siendo lo procedente el reenvío ante el Tribunal de origen únicamente para que se fije el *quantum* de la sanción, de tal que persista el derecho de recurrir ese extremo del fallo". (**Tribunal de Casación de Cartago, Res 2008-0363, de las 21:30 horas, del 28 de noviembre de 2008**)

2. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.

Contenido del Bien jurídico tutelado con relación a las órdenes de protección en Violencia Doméstica. "De acuerdo con lo que tiene por demostrado el Tribunal, es claro que existía una orden de protección por Violencia Doméstica emanada de una autoridad judicial, que prohibía al imputado ingresar o siquiera acercarse al domicilio permanente de la señora Evarista Vargas Umaña, orden que le fue debidamente notificada en forma personal al imputado (folio 15). No obstante ello, al día siguiente de que le fue comunicada la orden el acusado ingresa a la vivienda de la señora Evarista Vargas Umaña. Para descartar el alegato de la defensa en cuanto a que el hecho cometido por el encartado sólo causó una afectación mínima del bien jurídico tutelado, la *a quo* se basa en la versión de la perjudicada quien mencionó que ella hubiera querido que le hubiera pegado pero que no le hiciera daño con su presencia. Que nunca autorizó al imputado a ingresar, y que se sintió muy mal, deprimida, lo cual ha afectado tanto a la señora Evarista Vargas Umaña como a sus hijos (folios 139-140). La motivación de la sentencia en ese aspecto, resulta suficiente y sus conclusiones son compartidas por esta Cámara. Tómese en cuenta que se trata del delito de Desobediencia a la Autoridad previsto en el numeral 307 del Código Penal, el cual está contenido dentro de los delitos contra la Autoridad Pública. De manera que el bien jurídico tutelado por la norma es el respeto a la investidura y obediencia que los ciudadanos deben guardar a los Funcionarios Públicos cuando estos actúan dentro del ejercicio legítimo de sus funciones. Como señala Juan Bustos Ramírez, estos delitos protegen la *función administrativa pública, que resulta esencial para la resolución y disminución de los conflictos sociales*. (BUSTOS RAMIREZ Juan Manuel de Derecho Penal Parte Especial. Barcelona, Ariel, 1991,

pag 366). El mantener ese respeto y obediencia de parte de los ciudadanos hacia la autoridad pública, constituye uno de los pilares básicos dentro de un Estado de Derecho, pues de lo contrario, se caería en una anarquía. En el presente caso, la orden impartida por el Juzgado de Violencia Doméstica y desobedecida por el encartado, por su contenido también tenía la función de proteger la integridad física y psíquica de la señora Evarista Vargas Umaña y de su familia, pues de la fundamentación descriptiva del fallo, se desprende en forma clara que la denunciante era objeto de maltratos constantes de parte del imputado. El incumplimiento de la orden de parte del endilgado provocó molestias a la denunciante, perturbó su tranquilidad, pues ella el día anterior había solicitado su salida del hogar, y así fue ordenado por el Juzgado respectivo, lo cual incumplió el encartado, introduciéndose a la vivienda. No es necesario para que se violentara la orden de protección, el que el imputado agrediera o ofendiera a la señora Vargas Umaña, pues su sola presencia en el hogar, incluso su acercamiento, le estaba prohibido y provocó la perturbación e intranquilidad de la víctima. De manera tal que el fallo no solo se encuentra debidamente fundamentado sino que de acuerdo a los razonamientos contenidos en la sentencia, la acción del imputado si lesionó en forma significativa el bien jurídico tutelado por la norma penal aplicada. Por ello, no lleva razón la defensa en sus planteamientos" (**Tribunal de Casación de Cartago, Res 2008-0045, de las 19:55 horas, del 15 de febrero de 2008**).

3. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.

No es necesario notificar resolución en que se mantienen las medidas de protección cuando la orden inicial fue notificada y estaba vigente en el momento de los hechos.

"De acuerdo con el fallo al imputado Cruz Mora se le notificó la orden provisional dictada por el Juzgado de Familia de Corredores en fecha 21 de julio de 2006 en donde se le imponían medidas de protección a favor de la ofendida María Ligia Rojas Salazar. También se tuvo por demostrado que el Juzgado citado ordenó mantener las medidas de protección provisionales mediante sentencia 100-06 del catorce de agosto de 2006, medidas que fueron violentadas por el acusado el día 31 de diciembre de 2006 a eso de las veintitrés horas cuarenta minutos, cuando se apersonó a la vivienda de la víctima y luego de intercambiar algunas

palabras, procedió a golpearla con una faja por su pierna derecha, y luego la golpeó en su cara varias veces (folios 100-101). Ahora bien, de las probanzas incorporadas al debate, en especial de las copias certificadas del expediente 06-110516-424-vd-1 del Juzgado Civil y de Familia de Corredores, visibles a folios 13 a 30, se desprende que únicamente le fue notificada en forma personal al imputado la resolución de las once horas treinta minutos del veintiuno de julio de 2006 que ordenó imponer las medidas de protección provisionales, no así la sentencia 100-06 de ese mismo despacho, en la que se mantienen dichas medidas de protección (folios 26 y 27). No obstante lo anterior, estima ésta Cámara que conforme al contenido de la orden descrita en la resolución que decretó las medidas de protección provisionales contra el imputado y a favor de la ofendida Rojas Salazar, es posible afirmar, como lo hizo el Tribunal de Juicio, que el imputado actuó dolosamente cuando se presentó a la vivienda de la ofendida y desobedeciendo la orden mencionada, procedió a golpearla. La resolución que le fue notificada al imputado indica en lo que interesa: *"Las medidas de protección que se indicarán tendrán el carácter de provisionales, no pudiendo exceder del plazo de seis meses después de notificado el presunto agresor, sin perjuicio de que las mismas puedan ser dejadas sin efecto antes del vencimiento de ese plazo, a petición expresa de la actora o así se disponga en sentencia... Se le prohíbe al presunto agresor Serafin Cruz Mora perturbar, agredir verbal o psicológicamente, molestar u ofender de alguna forma a la solicitante en el lugar que ésta se encuentre. Se expide una orden de protección dirigida a la policía más cercana del domicilio de la solicitante. Para la comparecencia a que se refiere el artículo 12 de la Ley Contra la Violencia Doméstica, se señalan las QUINCE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL CATORCE DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS...* (folios 16 y 17). De la lectura de la orden plasmada en la resolución del Juzgado Civil y de Familia de Corredores se desprende que las medidas provisionales notificadas personalmente al imputado regían por seis meses a partir de su notificación, y que podrían ser dejadas sin efecto eventualmente a petición expresa de la actora o cuando así se dispusiera en sentencia. De tal manera que el encarado desde ese momento tenía pleno conocimiento de que existía una orden de protección a favor de la ofendida que le impedía, por el término de seis meses, perturbar, molestar, ofender o agredir

a la ofendida y que las medidas se mantendrían por ese término, salvo que fueran revocadas en sentencia o a petición expresa de la actora. Con ese conocimiento llegó el imputado el día treinta uno de diciembre de 2006 –dentro del término de vigencia de esas medidas– a perturbar y agredir a la víctima. La sentencia 100-06 del Juzgado Civil y de Familia de Corredores, que no fue comunicada personalmente al endilgado, es una resolución en donde se mantienen las medidas dictadas en la resolución notificada al imputado, de manera que no existió variación alguna en la orden originalmente dictada. Se trata de un acto confirmatorio de las medidas, no de una prórroga de las mismas que implique un nuevo plazo que deba ser comunicado al endilgado, quien en todo caso estaba notificado de la audiencia en la que se discutiría la permanencia de las medidas" (**Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-0281, de las 18:00 horas, del 26 de setiembre de 2008**).

4. ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO.

Mujer que cree tener derecho a sembrar en un terreno adjudicado por Asociación de Desarrollo.

"En el presente asunto, es evidente que Eustaquia al realizar la siembra en el terreno actuó en la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, o sea bajo un error de prohibición indirecto que supuso una defectuosa interpretación del hecho, que llevo a Eustaquia Obando a creer falsamente que en la especie se daban las circunstancias que facultaban su conducta típica, es decir, que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción prevista por el tipo penal, ya que la Junta Directiva de la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de Ujarrás, órgano encargado al efecto en la zona donde se ejecutan los hechos, es quien ante su petición le designa la parcela y su tamaño para que ella específicamente según lo señalaron los propios testigos integrantes de la citada Junta Directiva, realizara la labor de siembra, es más ello era parte de las obligaciones que ella debía asumir y en caso de no proceder de esa manera le podían quitar el terreno asignado. Cabe destacar al respecto, que *"... Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error **inven-cible** debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede*

sucedan cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), **mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga...**" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 446-F-92, de las 15:25 horas, del 25 de setiembre de 1992). En este orden de ideas, estando en presencia de un vicio de fundamentación contradictoria que incide en forma esencial sobre lo resuelto, procede declarar con lugar el recurso de casación planteado por la defensa. En ese sentido, no obstante que la detección en el fallo del vicio ordinariamente impondría anular la sentencia y el debate para darle nueva sustanciación, en este caso por razones de economía procesal en realidad debe procederse directamente a resolver el fondo del asunto, pues se ha detectado que la actuación de la acusada conforme se deriva de la prueba evacuada en el contradictorio, se realizó bajo un error de prohibición indirecto que excluye la culpabilidad, y que por una incorrecta aplicación e interpretación de la juzgadora no se hizo extensivo a la totalidad del comportamiento acusado. Así las cosas, procede casar la sentencia y se absuelve de toda pena y responsabilidad a Eustaquia Obando Vargas, de los delitos de invasión al área de protección y cambio de uso de suelo en concurso ideal. El Tribunal de Juicio deberá hacer las comunicaciones que correspondan. En todo lo demás, la sentencia permanece incólume". (**Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-0297, de las 20:25 horas, del 10 de octubre de 2008**).

5. HURTO SIMPLE.

Diferencia con la Estafa.

... "debe indicarse de que independientemente del consenso de voluntades inicial entre el encartado

Alvaro Chaves Rojas de comprar el lote de joyas empeñados por Yamileth Picado Caballero al Banco Popular y de ésta en venderse a Chaves Rojas por un monto que duplicaba lo pagado al Banco Popular, la mera circunstancia de que el sindicato Chaves Rojas pagase la suma de doscientos mil colones a la entidad acreedora para que la dueña de los bienes recuperase la posesión de los mismos, no lo convertía en propietario de las joyas, puesto que éstas seguían siendo de Yamileth Picado Caballero, por lo que dichos objetos muebles eran ajenos al encartado, aún cuando se interpretase que hubiera dado un adelanto del precio al liberarlos de la prenda con el banco. El tipo objetivo del hurto simple, en este caso de joyas estimadas por la víctima en un millón doscientos mil colones, requiere de un apoderamiento/ desapoderamiento carente de violencia física y fuerza en las cosas de bienes muebles ajenos, para ello el agente puede valerse de su agilidad física, como sucede en el caso de los carteristas, que logran sustraer los bienes de las víctimas incluso sin que éstas se percaten de ello, o bien de distracciones como en la causa que nos ocupa, precisamente la diferencia con la estafa radica en que en ésta última no existe desapoderamiento, porque es el propio sujeto pasivo, quien sometido o mantenido en engaño, el que dispone de su patrimonio en su propio perjuicio, entregándolo al sujeto activo, lo que no sucede en la especie, donde Yamileth Picado Caballero, quien estaba en posesión de sus joyas, puesto que las mismas estaban sobre una mesa en su vivienda, al no estar de acuerdo con el cambio en el trato original, retira la voluntad de negociar sus bienes, rescindiendo *de facto* el contrato verbal y acude donde una vecina a buscar dinero para pagarle al imputado la suma que entregó al Banco Popular para desgravar las joyas, circunstancia de descuido que es aprovechada por Alvaro Chaves Rojas para apoderarse dolosamente de unos bienes muebles que no le pertenecían. Por ello, resulta ostensible que el análisis vertido en la fundamentación jurídica del fallo es incorrecto y se ha producido el vicio *in indicando* antes expuesto, ya que si bien se ha tenido por demostrado que en el trayecto del Banco Popular a la morada de la ofendida, el encartado portaba el lote de joyas, éstas seguían perteneciendo a la víctima y estaban siendo objeto de negociaciones en cuanto al precio, el sindicato se desprende de dicha tenencia al colocarlas en una mesa de la vivienda de Yamileth Picado Caballero y manifiesta que las joyas solo sirven para fundirlas

por lo que no pagará más por ellas, causando el desacuerdo en la perjudicada, quien deja sus joyas sin protección mientras va a buscar dinero donde una vecina para pagarle al encartado Álvaro Chaves Rojas los doscientos cincuenta mil colones que éste pagó por la obligación prendaria, momento justo en que el acusado sustrae los bienes, apoderándose de los mismos". (**Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-0133, de las 18:35 horas, del 9 de mayo de 2008**).

6. RESISTENCIA.

Derogatoria del delito de Resistencia a la autoridad por parte del Código Procesal Contencioso Administrativo. Recalificación de la conducta a Amenazas a Funcionario Público.

" Sin embargo, observando ésta Cámara que la conducta por la cual fue condenado el justiciable, ya no constituye el delito de Resistencia Agravada por el que se le condenó en virtud de la reforma al artículo 305 del Código Penal hecha mediante ley número 8508 del 28 de abril de 2006 (Código Procesal Contencioso Administrativo) la cual entró en vigencia el primero de enero de 2008, **de oficio se recalifican los hechos al delito de amenaza a un funcionario público previsto en el artículo 309 del Código Penal.** (...) Conforme con lo expuesto en la resolución citada, el artículo 305 del Código Penal que contemplaba el delito de resistencia a la autoridad, fue reformado a partir del 1 de enero de 2008, describiéndose ahora una conducta totalmente distinta a la que regulaba el anterior artículo 305, por lo que parte de la acción desplegada por el imputado Cano Morales ya no constituye delito, concretamente la acción de ejercer fuerza contra un funcionario público para impedir u obstaculizar el ejercicio legítimo de sus funciones. El anterior artículo 305 del Código Penal –hoy reformado– establecía: " *Será reprimido con prisión de un mes a tres años al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones*". Si bien en el presente caso, se aplicó el tipo penal agravado de la resistencia a la autoridad previsto en el numeral 306 inciso 4) del Código Penal, el cual aún se encuentra vigente, dicho tipo penal tan solo contempla las agravantes para el tipo simple que se encontraba regulado en el numeral 305 del mismo

cuerpo de leyes, de manera que a efectos de su aplicación, necesariamente debía recurrirse a ese tipo simple de la resistencia a la autoridad para conocer los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito. Al haber sido reformado el tipo penal base de la resistencia agravada, el tipo penal que contiene las agravantes, ha devenido en inaplicable por fallar en éste la descripción típica del delito cuyas agravantes se prevén en la norma. Ahora bien, de acuerdo con el marco fáctico acusado por el Ministerio Público el cual es idéntico al que tuvo por demostrado el Tribunal en la sentencia, el imputado José Ronald Cano Morales procedió a amenazar de muerte a los oficiales de la Fuerza Pública de Buenos Aires, Sony Méndez Hernández y Edwin Chacón Fernández, cuando éstos se presentaron a la casa de la señora Luz Marina Herrera –a quien el imputado estaba perturbando golpeándole su casa con un machete–, con el fin de lograr el restablecimiento de la tranquilidad pública y la inmediata aprehensión del encartado Mendoza Morales. La conducta de amenazar personalmente de muerte a los oficiales de policía, cuando estos estaban en el ejercicio de sus funciones, constituye el delito de amenaza a un funcionario público, tipificado en el numeral 309 del Código Penal, con una pena de un mes a dos años de prisión. Por ello, en aplicación del numeral 12 del Código Penal que al efecto dispone que: *si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue*, y siendo que la nueva ley varió la descripción típica contenida en el numeral 305 del Código Penal, que contemplaba la acción desplegada por el imputado, por la descripción de una acción totalmente distinta y que no cobija el marco fáctico por el que se condenó al justiciable, debe ésta Cámara recalificar de oficio y por economía procesal, la conducta del imputado al delito de AMENAZAS A FUNCIONARIO PÚBLICO prevista en el numeral 309 del Código Penal, tipo penal que se encontraba vigente tanto en el momento de los hechos, como actualmente, y que contiene al menos la acción de amenazar a un funcionario público a causa de sus funciones, que es parte de la conducta cometida por el encartado según el fallo impugnado. No se está violentando el principio de la no reforma en perjuicio del artículo 432 del Código Procesal Penal, toda vez que el delito de amenazas a funcionario público por el cual se recalifican los hechos, contiene una penalidad menor que el delito de Resistencia Agravada

por el que se condenó inicialmente al imputado" (**Tribunal de Casación Penal de Cartago. Res 2008-0087, de las 22:10 horas, del 14 de marzo de 2008**).

7. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Responsabilidad Civil Subjetiva Indirecta. Análisis del artículo 106 inciso 2) C. Penal.

... "la recurrente pretende que se condene civilmente y en forma solidaria a la Fundación Costa Rica Escuela de Aventuras y Conservación, por considerar que de los autos se desprende que el imputado James Rowe era el representante legal de dicha fundación y actuó en representación y beneficio de ésta. Su alegato se fundamenta básicamente en la aplicación de los numerales 106 del Código Penal, 1046 y 1048 párrafo segundo del Código Civil. Sin embargo, en una correcta interpretación de las normas citadas, y con base en el marco fáctico que se tuvo por demostrado en la sentencia, el cual derivó correctamente de las pruebas aportadas, no es posible acoger la pretensión de la actora civil. El artículo 106 inciso 2) del Código Penal establece la responsabilidad solidaria con los autores del hecho punible de "...las personas naturales o jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles". La responsabilidad aquí establecida, la cual podemos clasificar como subjetiva indirecta (ver PEREZ Victor *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*, San José, INS, 1984, págs 111 a 115), requiere que el daño provocado por el administrador, gerente o personero legal se realice en el ejercicio de la función o con motivo de ella. Al respecto, la doctrina nacional comentando esta norma y la del inciso 3) del mismo artículo, indica: "El delito o hecho punible, debe ser cometido por el subordinado durante el ejercicio de la función que se le encomendara, o con motivo de ella. La responsabilidad indirecta no surge de hechos ajenos a la función propia del dependiente. Ello es comprensible, pues es precisamente en ese campo que puede exigirse la vigilancia del subordinado, pues sería ilógico que se extendiera hasta su vida privada (...) Por ello, si la acción dañosa del encargado de realizar determinados actos, ya sea delictuosa o cuasidelictuosa, no emana de los actos a que está obligado en razón del encargo, sino que resulta de actos suyos propios, desvinculados de las funciones encomendadas, la responsabilidad no puede alcanzar al comitente" (Ver ABDELNOUR Rosita

La responsabilidad civil derivada del hecho punible, San José, Juricentro, 1984, pag 128-129). De lo anterior se desprende que no basta el simple hecho de que el representante legal, administrador, gerente o empleado de una persona jurídica cometa un delito, para que esa entidad sea responsable solidariamente con el autor por los daños y perjuicios causados. Resulta necesaria la demostración de que dicha acción fue realizada por el autor, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Siendo una responsabilidad civil subjetiva indirecta, tal y como lo establece el numeral 1048 párrafo segundo del Código Civil, se admite la prueba liberatoria, de manera que si el que encarga demuestra que ni aun con el cuidado y debida vigilancia común, hubiera podido evitar el hecho, no existe responsabilidad civil de su parte, prueba liberatoria que nos parece aplicable al numeral 106 inciso 2) del Código Penal, en tanto el tipo de responsabilidad allí establecido es de corte subjetivo. Por ello, se excluye esta responsabilidad como de tipo objetivo. En el caso concreto, debió demostrarse que el imputado James Rowe actuó como representante legal de la fundación tantas veces referida, en su nombre y por su encargo. Se trata de una responsabilidad *in vigilando* que al igual que la regulada en el párrafo segundo del artículo 1048 del Código Civil, requiere para que pueda exigirse esa debida vigilancia, que el hecho dañoso sea cometido por el encargado dentro de las funciones para las que fue designado, solo así puede comprenderse una responsabilidad civil de este tipo". (**Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-0323, de las 19:20 horas, del 31 de octubre de 2008**).

8. VIOLACIÓN.

Unidad de acción.

"De acuerdo con lo expuesto, estima ésta Cámara que en el presente caso, tomó en cuenta objetivamente las circunstancias temporales, e independientemente de que las penetraciones se hayan efectuado en diversas cavidades corporales acompañadas de delitos que en otras condiciones o supuestos configurarían abusos deshonestos independientes pero que en este caso abarcaban una misma finalidad, tomando en consideración que todos los movimientos corporales típicos se repitieron dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha ciertamente y contrario a lo señalado por los juzgadores en el fallo, estamos en presencia de una sola acción en sentido jurídico, y

por ende ante un solo delito de violación previsto en el numeral 156 del Código Penal. Así las cosas, en relación a los delitos contra la libertad sexual, procede apreciar la existencia de "una sola acción punible" en los casos de reiteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva, en tanto esta última supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en este caso en que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima varias penetraciones vaginales y una bucal, antecedidas, y precedidas de tocamientos abusivos (delitos de pasaje impunes), existiendo entre todos una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica"

(Tribunal de Casación de Cartago, Res 2008-0321, de las 19:00 horas, del 31 de octubre de 2008).

B. PROCESAL PENAL.

1. ALLANAMIENTO.

Formalidades de la orden de allanamiento.

"Los artículos 193 y siguientes del Código Procesal Penal le dan contenido a la excepción a la garantía de inviolabilidad del domicilio, prevista por la Constitución Política en su artículo 23. Al respecto el artículo 23 Constitucional indica: " El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión de delitos, o evitar la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley". Por su parte, en los numerales 185, 193, 194 y 195 del Código Procesal Penal se establecen los requisitos para proceder a ejecutar esta facultad excepcional que establece la Constitución Política. Esos requisitos son: 1- Existencia de motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito o bien se presume que en el lugar podría encontrarse el imputado o alguna persona evadida. 2- La ejecución del allanamiento en forma personal por parte del Juez.

3- El horario en que debe realizarse (entre las seis y las dieciocho horas), salvo casos de urgencia los que deberán de hacerse constar en la resolución. 4- Orden escrita del Juez la cual debe contener: a) nombre y cargo del funcionario que autoriza la medida y la identificación del procedimiento en el cual se ordena. b) La determinación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados. Esto es la dirección exacta, o al menos las señas suficientes para poder individualizar la morada o casa de negocio a registrar. c) El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro, en el caso de delegación en funcionarios de la Policía Judicial o del Ministerio Público, cuando así proceda legalmente. d) El motivo del allanamiento. Esto es la fundamentación de las razones por las cuales existen esas sospechas de que se encuentran en el lugar evidencias relacionadas con el delito investigado, o bien la presencia de la persona investigada o evadida. Es en este acápite de la resolución en donde el juzgador debe indicar en qué consiste la investigación que se está realizando, y al ponderar la solicitud que se le hace para allanar determinado lugar, establecer si de tal investigación se desprenden indicios suficientes de que en el lugar se podrían encontrar evidencias relacionadas al caso, o bien a la persona investigada para su detención. e) La hora y fecha en deba practicarse el allanamiento (...) La exigencia de fundamentación de las resoluciones establecida por el numeral 142 del Código Procesal Penal, se cumple en el caso de las órdenes de allanamiento, con el análisis de los elementos de la solicitud que demuestran que en las diligencias previas de investigación se ha determinado en grado de probabilidad que en el lugar a registrar existen evidencias relacionadas con el delito. No se requiere que el juzgador indique expresamente que la medida a ordenar es proporcional, pues del análisis de los elementos de prueba recabados en la investigación que le presenta la Fiscalía, y de la naturaleza del delito investigado, se desprenderá su proporcionalidad. En cuanto a la necesidad de la medida, ésta va implícita en la afirmación del juzgador o juzgadora de que existen motivos suficientes para estimar que en el lugar se encontrarán evidencias relacionadas con el caso, todo lo cual se cumple en la resolución impugnada". (Tribunal de Casación de Cartago, Res 2008-0125, de las 19:10 horas del 2 de mayo de 2008).

2 COMPRAS CONTROLADAS

Compra final controlada requiere supervisión del juez.

"Esa compra final con la cual la Fiscalía pretende acreditar la actividad de tráfico de drogas de la que se acusa al imputado, no contó con ese control judicial que garantice la imparcialidad y objetividad de la actividad desplegada. Es copiosa la jurisprudencia de Casación, parte de la cual se cita en el fallo recurrido, en el sentido de que las compras controladas hechas por la policía no constituyen por sí un delito, sino que solo vienen a corroborar en unión de otras probanzas, la actividad delictiva que venía desplegando el sujeto activo. En ese mismo sentido, la jurisprudencia ha hecho la excepción con el caso de las compras finales realizadas con control jurisdiccional, en donde es el Juez de Garantías quien marca los billetes a entregar y quien requisita al colaborador y quien supervisa la actividad de compra controlada lo que hace que esa acción ya no sea un simple acto de parte, sino un acto probatorio revestido de toda objetividad (...) en el presente caso, la compra final cuya valoración como elemento probatorio extraña el recurrente, al no haber sido controlada por el Juez de Garantías, no podría venir a modificar lo resuelto por el juzgador, quien consideró que esas compras controladas no eran suficientes para acreditar el delito acusado". (Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008- 0058, de las 18:55 horas, del 22 de febrero de 2008).

3. MARCAJE DE BILLETES.

Puede ser realizado por el Ministerio Público. La presencia del Juez dará mayor objetividad al operativo final aunque no es requisito de validez.

"El recurrente señala que no estuvieron presentes en el marcaje del billete número c13057685 (folio 9) ni el defensor del imputado, ni el Juez Penal, el cual fue utilizado en el operativo final. En su criterio, se trata de prueba irreproducible por lo que debía estar presente el Juez de Garantías conforme al numeral 82 inciso c) del Código Procesal Penal, solicita se declare la invalidez (sic) del acto, y se dicte sobreesimiento (sic) a favor de su patrocinado, caso contrario, pide se ordene el reenvío de la sentencia para nueva sustanciación. **El acto de identificación de dinero por parte del Ministerio Público y la prueba generada por ello no resulta espuria;** Contrario al criterio de la defensa,

el artículo 291 del Código Procesal Penal otorga diversas facultades de investigación al Ministerio Público, por lo que puede realizar legítimamente el "marcaje" de monedas de curso legal, siendo que dicha prueba como tal es lícita. Esta Cámara ha señalado en otras ocasiones, que cuando el Juez de Garantías realiza dicha identificación e interviene en la compra final, le otorga una garantía de objetividad a la investigación, pero sin que ello deba o pueda ser interpretado como un sistema de prueba tasada, y tal y como se indicó en el Considerando anterior al cual se remite, en esta causa existen indicios y pruebas suficientes para superar cualquier duda razonable que pueda favorecer al acusado, por lo que el resultado condenatorio es sostenible y legítimo. Entonces al no ser un requisito *sine qua non* que la identificación del dinero a utilizarse en el operativo final sea hecha por un Juez Penal, el reclamo concreto no procede y debe rechazarse el alegato. Se declara sin lugar en todos sus extremos el recurso de casación interpuesto por el defensor particular de Berny Cruz Acón". (Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-257, de las 18:45 horas, del 29 de agosto de 2008).

4. POLICÍA ADMINISTRATIVA.

Facultad de intervención sin dirección funcional del Ministerio Público dentro de las primeras seis horas.

"Cabe agregar además, que no es cierto lo afirmado en el fallo en el sentido de que la Policía Administrativa en este caso no pudiera actuar sin la dirección funcional del Ministerio Público. Al respecto el artículo 283 del Código Procesal Penal dispone que: "*Los funcionarios y agentes de la policía judicial que tengan noticia de un delito de acción pública, dentro de las seis horas siguientes a su primera intervención, informarán al Ministerio Público...*" Por su parte el numeral 284 del mismo cuerpo de leyes dispone que "*los agentes de la policía administrativa serán considerados oficiales o agentes de la policía judicial, cuando cumplan las funciones que la ley o este Código impone a estos y serán auxiliares los empleados de aquella*" Por último el numeral 285 del Código Procesal Penal establece la facultad de la policía judicial de proceder por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, a investigar los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, identificar y aprehender preventivamente a los presuntos

culpables y reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para basar la acusación o el sobreseimiento. Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 286 del mismo código. De la relación de estas normas se desprende en primer término, que los oficiales de la policía administrativa en la investigación de los delitos de acción pública, pueden actuar dentro de las seis horas siguientes a que tomen conocimiento de la existencia de un delito, por iniciativa propia, sin necesidad de la dirección funcional del Ministerio Público, y será dentro de ese plazo que están en obligación de comunicarse con la Fiscalía. En segundo término, que dichos

funcionarios tienen la facultad de detener a las personas que se tengan como presuntos culpables de los hechos. De manera que en el presente caso, la actuación de la Policía Administrativa fue legítima, ya que según se desprende de la prueba recibida, una vez detenido el imputado y decomisada la droga, se puso en conocimiento el caso de forma inmediata de la Fiscalía correspondiente. Por todo lo expuesto, se estima que los vicios alegados por la recurrente se dieron y por ende debe acogerse el recurso y declarar la nulidad total del fallo, y ordenar el reenvío para su nueva sustanciación." (**Tribunal de Casación de Cartago. Res 2008-0245, de las 19:15 horas, del 22 de agosto de 2008**).

Esta revista se terminó de imprimir
en el mes de mayo del 2009
en los talleres gráficos de:
EDITORAMA, S.A.
Tel: (506) 2255-0202
San José, Costa Rica

Nº. 20.241