

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

JULIO, 2010

AÑO 22 N° 27

DOCTRINA EXTRANJERA

El rol del juez de garantías en la investigación penal y sus relaciones con el ministerio fiscal

Dr. Javier Marca Matute

Magistrado de la Audiencia Provincial de Girona. Profesor Ordinario Escuela Judicial del CGPJ

El derecho constitucional e internacional, los crímenes de lesa humanidad, su imprescriptibilidad y algunas reflexiones sobre la media prescripción aplicada por la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos recientes.

Dr. Humberto Nogueira Alcalá

Límites a la duración de las medidas de seguridad y Derecho penal de la peligrosidad

Dr. Alberto Alonso Rimo

Profesor titular de Derecho penal Universidad de Valencia (España)

DOCTRINA NACIONAL

La fundamentalidad democrática del derecho a la asistencia letrada: algunas notas sobre su desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Costa Rica y España

Msc. Marco F. Feoli V.

Reenmarcar el Fundamento y Aplicación de la Prisión Preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Dr. Alfonso Navas Aparicio

Sistemas de interpretación constitucional. Análisis de un caso fallado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional de Costa Rica

Msc. Carlos Jiménez González

El resultado

Dr. Alberto Gerardo Alpízar Chaves

Poder psiquiátrico e inimputabilidad: aproximación histórica al expansionismo psiquiátrico en Costa Rica

Msc. Norberto E. Garay Boza

Humanismo y antihumanismo del derecho penal

Msc. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Accesibilidad y desafíos de la defensa pública de Costa Rica

Dr. Elías Carranza Lucero

Flexibilidad de la pena y alcahuetería penitenciaria

Dr. Roy Murillo Rodríguez

El castigo físico a las personas menores de edad. Un enfoque desde el Derecho Penal. Repercusiones del concepto de Autoridad Parental.

Dra. Mayra Campos Zúñiga

Dr. Omar Julio Vargas Rojas

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Dr. Alfonso Navas Aparicio

Decano de la Facultad de Derecho, ULACIT

Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de San José

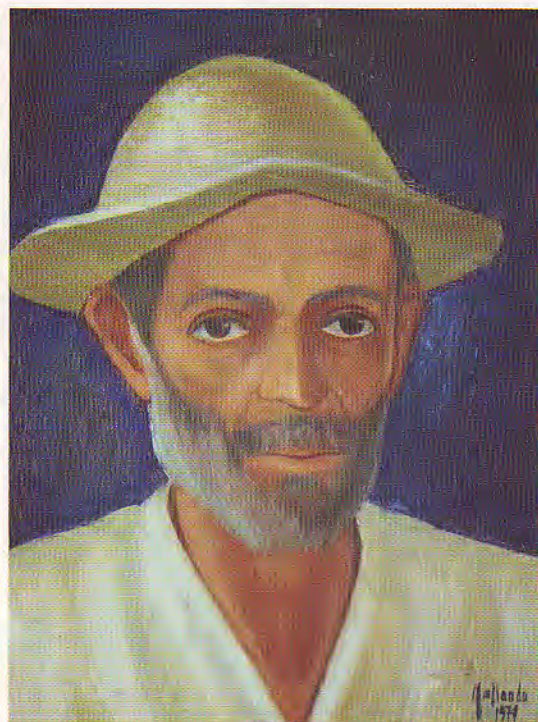
Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

Jefe de Casación Penal de San José

Jurisprudencia de La Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia

Msc. Rosaura García Aguilar

Jueza, Tribunal Penal del II C. J.



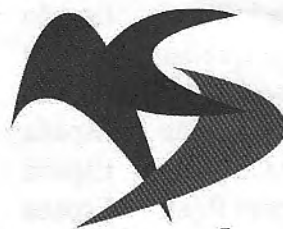
Jorge Gallardo Gómez, Jornaleiro

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

JULIO, 2010

AÑO 22 N° 27



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 Schöne	Alemania
Dr. David Baigún	Argentina
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Fernando de la Rúa	Argentina
Dr. Julio B. J. Maier	Argentina
Dr. Jaime Malamud G.	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dr. 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
Tesorera:	Erika Calvo Navas
Vocal:	Diana Hernández Gamboa
Fiscal:	Alexander Valverde Peña

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 Asociación Costarricense de Ciencias Penales, su Junta Directiva y el Consejo Editorial de su Revista, se complacen en ofrecer al foro nacional e internacional el presente número 27 de su publicación oficial. De nuevo la satisfacción se justifica por el esfuerzo realizado por sus miembros provenientes del sector académico, los profesionales liberales y, de manera especial, integrantes de la judicatura de nuestro país.

Como ya es una tradición, la edición que hoy presentamos estructura su contenido en tres apartados: la doctrina internacional; la doctrina nacional; y la jurisprudencia relevante en nuestro medio.

En el primer apartado contamos con las colaboraciones de tres distinguidos académicos. El Magistrado de la Audiencia Provincial de Gerona y Profesor Ordinario de la Escuela Judicial del Consejo Superior del Poder Judicial de España, don Javier Marca Matute, quien nos desarrolla ***El rol del Juez de Garantías en la Investigación Penal y sus relaciones con el Ministerio Público***, artículo que constituye un importante recorrido por el concepto de juez de garantías, su función en las distintas modalidades de procesos penales en España, su comparación con este tipo de juez en el Código Procesal Penal Modelo de Iberoamérica, y la relación que tiene esta importante figura con otros actores procesales, principalmente el fiscal instructor, la defensa y el juez de instrucción.

Bajo el título ***El derecho constitucional e internacional, los crímenes de lesa humanidad, su imprescriptibilidad y algunas reflexiones sobre la media prescripción aplicada por la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos recientes***, el autor Humberto Nogueira Alcalá, Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, nos ofrece un análisis crítico de algunos fallos de la Corte Suprema de su país, en tanto considera

que contradicen el bloque de constitucionalidad (Derecho Internacional de Derechos Humanos - Constitución Política) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en punto a delitos que no admiten ni la amnistía ni la prescripción.

El tercer y último aporte de doctrina internacional nos viene dado por el articulista Alberto Alonso Rimo, Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) que, con el título ***Límites a la duración de las medidas de seguridad y Derecho penal de la peligrosidad*** retoma un viejo tema que ha adquirido nuevos bríos en las iniciativas de reforma procesal en España y en el mundo. A partir de una pregunta clave acerca de si debe limitarse la duración de las medidas de seguridad en proporción al hecho cometido, el Profesor valenciano advierte sobre los riesgos que tiene una ideología meramente peligrosista y la aplicación desmedida o desproporcionada de las medidas de seguridad.

La segunda parte de esta publicación contiene las contribuciones en doctrina nacional. ***La fundamentalidad democrática del derecho a la asistencia letrada: algunas notas sobre su desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Costa Rica y España*** de don Marco F. Feoli V, Defensor Público que actualmente realiza estudios de doctorado en derecho constitucional en la Universidad de Salamanca, España, contiene un refrescante recordatorio del derecho a contar con defensa profesional en el proceso penal; la vinculación directa entre Estado Constitucional de Derecho, dignidad de la persona frente a la persecución estatal y la asistencia letrada como condición necesaria para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, son los ejes de esta propuesta, imprescindible para los tiempos que corren en nuestra región.

Contamos también con el aporte del académico Alfonso Navas Aparicio, nuevo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología

(ULACIT) quien presenta el artículo **Reenmarcar el Fundamento y Aplicación de la Prisión Preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Con la rigurosidad científica a que nos tiene acostumbrados, el autor aboga por tener en cuenta el desarrollo normativo del derecho internacional en materia procesal penal y enfatiza la necesidad de tratar la figura de la medida cautelar de prisión preventiva dentro de los estrictos presupuestos procesales, cuestionándose el peligro de reiteración delictiva como fundamento de esta extrema medida y defendiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad en su aplicación.

El letrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, don Carlos Jiménez González nos hace un significativo aporte de excelente crítica jurisprudencial bajo el título **Sistemas de interpretación constitucional. Análisis de un caso fallado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional de Costa Rica**. Luego de un enmarque doctrinario sobre los diversos sistemas de control de constitucionalidad y de la interpretación de normas que contienen derechos fundamentales, el autor analiza en particular la “desobediencia” o “discrepancia” que la Sala Tercera (Penal), después de hacer una consulta formal a la Sala Constitucional, mantiene con ésta respecto a si la inexistencia de una orden judicial previa y escrita para allanar un domicilio privado, constituye violación al debido proceso.

El Concepto de resultado, título de la contribución que nos hace el Juez de Casación Penal, don Alberto Alpízar, realiza un interesante ejercicio de precisión terminológica y de estricta dogmática jurídica, enmarcable dentro de la teoría del delito. El articulista parte de la necesidad de esclarecer el concepto de **resultado**, la diferenciación entre resultado **típico** y resultado **jurídico**; la vinculación con otros conceptos fundamentales como el de **acción** y **bien jurídico tutelado**, para finalmente ensayar una clasificación de figuras penales según la vinculación o desvinculación de estas distintas categorías conceptuales.

Una contribución especial a este número de

nuestra revista, tanto por la originalidad del tema como por su marco conceptual, está representado por el artículo **Poder psiquiátrico e inimputabilidad: aproximación histórica al expansionismo psiquiátrico en Costa Rica**, escrito por el Defensor Público Norberto E. Garay Boza. Dentro de un enfoque claramente foucaultiano, el autor se adentra en los antecedentes históricos y alcances ideológicos del poder psiquiátrico en Costa Rica, que caracteriza como un poder expansivo por naturaleza y que se concreta, en nuestros días, con el discurso y la iniciativa legislativa que pretende la creación de un Centro Psiquiátrico – Penitenciario, a la cual el autor se opone optando por recomendar la atención de los problemas propios de una población en condiciones especiales, a través del poder psiquiátrico propiamente dicho, evitando el fenómeno expansionista.

El artículo **Humanismo y antihumanismo del Derecho Penal** suscrito por quien presenta esta nota editorial **José Manuel Arroyo Gutiérrez** es, en primer lugar, un homenaje a la memoria del maestro penalista Henry Issa El Khouri Jacob. En segundo término es un recorrido por las distintas definiciones históricas del castigo penal, mostrando la evolución que han tenido a través de los siglos y llegando hasta las discusiones contemporáneas, para defender, en última instancia, la necesidad de un derecho penal humanista, respetuoso de la dignidad de las personas, en el marco de un Estado de Derecho que no haga distinciones inaceptables entre clases de ciudadanos o de seres humanos.

Don Elías Carranza Lucero, Director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), nos hace el honor de participar con su **Accesibilidad y desafíos de la Defensa Pública de Costa Rica**, artículo que recoge su ponencia ante el Primer Congreso Ideológico de la Defensa Pública y que destaca las cualidades de este servicio público en nuestro país, lo señala como institución modelo en la región de América Latina y de paso, hace un análisis del problema de la violencia delictiva

a nivel mundial, mostrando, entre otros aportes relevantes, la relación existente entre inequidad socioeconómica y violencia criminal.

Con la fuerza crítica que tiene ya como sello personal, don Roy Murillo Rodríguez, Juez de Ejecución de la Pena, nos aporta el título ***Flexibilidad de la pena y alcahuetería penitenciaria***. Se trata en este caso de una amplia y documentada reflexión que enfrenta la tesis, inscrita en la corriente del populismo penitenciario, de que debe acabarse con los beneficios existentes en el curso de la ejecución de la pena de prisión. De la mano del planteamiento del Profesor Luigi Ferrajoli, el Juez Murillo expone, y a su vez critica, el discurso de este relevante autor, para fijar su posición personal y defender, en lo fundamental, la flexibilidad que debe seguir existiendo en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por último, bajo el título ***El castigo físico a las personas menores de edad. Un enfoque desde el Derecho Penal. Repercusiones del concepto de Autoridad Parental***, la Fiscal Adjunta de la materia penal juvenil, doña Mayra Campos Zúñiga y el Juez de Casación don Omar Vargas Rojas, realizan un interesante análisis que incluye instituciones del derecho de familia, del derecho penal y del derecho internacional de los derechos humanos. Incursionan los autores en el contenido y límites de un instituto como la patria potestad y concluyen en la necesidad de superar las barreras culturales que parecen justificar los castigos físicos en perjuicio de los menores como medios válidos para corregir y educar. Terminan los articulistas por celebrar la promulgación de una reciente legislación que prohíbe los castigos físicos en nuestro país, pero advirtiendo que esto no basta y que debe haber campañas que hagan conciencia y persuadan a los padres y demás responsables de la custodia de menores, a renunciar a la violencia contra este sector de la población, personas a las que debe respetárseles sus derechos fundamentales.

El tercer y último apartado de este número 27 de nuestra revista contiene resúmenes de los principales fallos emitidos por la Sala Tercera

de Casación, el Tribunal de Casación de San José y la Sala Constitucional. A los compañeros, por su orden de contribución, Alfonso Navas Aparicio, Rafael Ángel Sanabria Rojas y Rosaura García Aguilar, nuestro agradecimiento por sus importantes compilaciones.

Magister José Manuel Arroyo Gutiérrez
Director del Consejo Editorial

Índice

DOCTRINA EXTRANJERA

1. **El rol del juez de garantías en la investigación penal y sus relaciones con el ministerio fiscal**
Dr. Javier Marca Matute
Magistrado de la Audiencia Provincial de Girona.
Profesor Ordinario Escuela Judicial del CGPJ..... 11
2. **El derecho constitucional e internacional, los crímenes de lesa humanidad, su imprescriptibilidad y algunas reflexiones sobre la media prescripción aplicada por la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos recientes.**
Dr. Humberto Nogueira Alcalá..... 35
3. **Límites a la duración de las medidas de seguridad y Derecho penal de la peligrosidad**
Dr. Alberto Alonso Rimo
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Valencia (España)..... 57

DOCTRINA NACIONAL

1. **La fundamentalidad democrática del derecho a la asistencia letrada: algunas notas sobre su desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Costa Rica y España**
Msc. Marco F. Feoli V..... 75
2. **Reenmarcar el Fundamento y Aplicación de la Prisión Preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**
Dr. Alfonso Navas Aparicio..... 93
3. **Sistemas de interpretación constitucional. Análisis de un caso fallado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional de Costa Rica**
Msc. Carlos Jiménez González..... 109
4. **El resultado**
Dr. Alberto Gerardo Alpizar Chaves..... 135
5. **Poder psiquiátrico e inimputabilidad: aproximación histórica al expansionismo psiquiátrico en Costa Rica**
Msc. Norberto E. Garay Boza..... 151
6. **Humanismo y antihumanismo del derecho penal**
Msc. José Manuel Arroyo Gutiérrez..... 165
7. **Accesibilidad y desafíos de la defensa pública de Costa Rica**
Dr. Elías Carranza Lucero 173

- 8. Flexibilidad de la pena y alcahuetería penitenciaria**
Dr. Roy Murillo Rodríguez..... 183
- 9. El castigo físico a las personas menores de edad. Un enfoque desde el Derecho Penal. Repercusiones del concepto de Autoridad Parental.**
Dra. Mayra Campos Zúñiga
Dr. Omar Julio Vargas Rojas..... 199

JURISPRUDENCIA

- 1. Jurisprudencia de la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia**
Dr. Alfonso Navas Aparicio
Decano de la Facultad de Derecho, ULACIT..... 213
- 2. Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de San José**
Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal de San José..... 227
- 3. Jurisprudencia de La Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia**
Msc. Rosaura García Aguilar
Jueza, Tribunal Penal del II C. J...... 244

*Doctrina Extranjera***EL ROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL Y SUS RELACIONES CON EL MINISTERIO FISCAL****Javier Marca Matute****Magistrado de la Audiencia Provincial de Girona
Profesor Ordinario de la Escuela Judicial del CGPJ****1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL JUEZ DE GARANTÍAS.**

Cuando nos enfrentamos al estudio del juez de garantías nos topamos ante un serio problema conceptual, puesto que el precitado término es utilizado para definir instituciones muy diferentes atendiendo a su concreta plasmación y regulación en los distintos sistemas procesales penales. Por tal causa que debemos partir de una definición de mínimos que, recogiendo la esencia de la institución, permita integrar en su seno la gran mayoría de las regulaciones nacionales del juez de garantías.

Desde un punto de vista estrictamente lógico cabría plantearse si existen razones para configurar la institución del juez de garantías cuando se supone que todos los jueces, en el desempeño de sus funciones, deben garantizar los derechos de los ciudadanos. Es decir, si todos los jueces se hallan sometidos al imperio de la ley y tiene como una de sus funciones esenciales la protección y defensa, es decir, la garantía, de los derechos de los ciudadanos en sus conflictos interpersonales y frente a los abusos o extralimitaciones de los poderes del Estado, habríamos de concluir que el concepto "de garantías" se halla tan íntimamente ligado con la función judicial que parecería poco útil concretar en un solo tipo de juez una finalidad específicamente garantista; razón por la cual resultaría preferible la denominación de "juez de control de la instrucción" o "juez de garantías de la fase instructora", por cuanto nos hallamos ante el juez encargado de controlar la fase instructora, velando por los derechos y garantías de los justiciables durante dicha fase procesal. La preocupación nominalista también está presente en el ámbito legislativo habiendo recogido SHÜNEMANN ¹ que en el Proyecto

alternativo de reforma de la instrucción penal alemana, con la finalidad de acentuar el papel del juez instructor como garante del Estado de Derecho, se sustituye la denominación de "juez de instrucción" (*Ermittlungsrichter*) por la de "juez de la etapa procesal de instrucción" (*Ermittlungsverfahrensrichter*) y que el Corpus Iuris emplea el concepto de "juge des libertés". Pese a lo anteriormente expuesto seguiremos utilizando el concepto de juez de garantías para abreviar y para someternos a la denominación mas comúnmente utilizada.

Por el contrario no considero que resulte adecuado definir al juez de control o juez de garantías como el juez encargado de velar por las garantías de los ciudadanos durante la investigación que realiza el Ministerio Fiscal, puesto que con ello se vincula indebidamente el concepto de juez de control o de juez de garantías a la necesaria atribución al Ministerio Público de las funciones de instrucción de la causa lo que, como después analizaremos con mayor detenimiento, constituye una visión parcial y desenfocada de la institución.

Podríamos, por tanto, reseñar sintéticamente como características competenciales típicas del juez de garantías las siguientes: a) Que no es el encargado o responsable de la instrucción de la causa; b) que no puede ser el órgano competente para el enjuiciamiento de las actuaciones; c) que debe autorizar todas las diligencias instructoras que afecten (privación, restricción o perturbación) a los derechos fundamentales de los imputados, víctimas y demás intervinientes en el procedimiento; d) que debe resolver las peticiones de las partes litigantes en lo relativo a la adopción, modificación, mantenimiento o cese de las medidas cautelares personales o reales; y e) que puede asumir otras competencias en

relación al control de la instrucción de la causa, tales como resolver sobre la finalización de la fase instructora, sobre la procedencia de la apertura del juicio oral o del sobreseimiento de la causa en la denominada fase intermedia, sobre la práctica de la prueba anticipada y sobre la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad.

2. EL JUEZ DE GARANTÍAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ESPAÑOL.

Rastreando en la normativa procesal de nuestro país habremos de concluir que el juez de garantías no aparece regulado como tal en el actual proceso penal español, tratándose de un término conceptual que parece olvidado por nuestro legislador. Pese a tal afirmación inicial, ciertamente desilusionante, debemos hacer un esfuerzo analítico del actual panorama normativo con la finalidad de descubrir cuáles son los mecanismos procedimentales de control de la instrucción y la necesidad o no de implantar la mencionada figura en nuestro proceso penal. El Instructor, sea juez o fiscal, como figura a la que se encomienda la calificación inicial de la *notitia criminis*, la superior dirección de la investigación y la valoración jurídica del resultado de las diligencias instructoras practicadas, decidiendo sobre la suficiencia de lo instruido y sobre la procedencia del archivo de la causa o de la apertura de la fase intermedia y del juicio oral, puede verse influenciado en su labor por la natural tendencia a la averiguación de la verdad material olvidando los principios de imparcialidad impuestos por el legislador, viéndose tentado en ocasiones a infringir la normativa que le obliga recoger e investigar no solo lo que resulta desfavorable al imputado, sino también todo aquello que puede favorecerle. Frente a dicho riesgo el control que supone el sistema de recursos se nos antoja un control *a posteriori* lejano en el tiempo que en muchas ocasiones carece de toda efectividad en orden a garantizar eficazmente los derechos y libertades de los ciudadanos, por lo que ha sido definido plásticamente por SCHÜNEMANN² como "hoja de parra del Estado de Derecho".

La necesidad de instaurar en nuestro derecho interno la figura del Juez de garantías ya fue expuesta, como ilustrativamente recoge URBANO CASTRILLO³, por D. Javier Delgado Barrio, Presidente del TS y del CGPJ, quien en su discurso de apertura del año judicial 2000-2001 planteó como una de las Propuestas de Reforma de la Justicia, aprobadas en sendos Plenos del CGPJ en julio de 2000, la asignación a un Juez de garantías –figura novedosa cuya creación se propone- el control jurisdiccional de la instrucción y, en particular, de la adopción de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

En el ámbito europeo, nuevamente advierte URBANO CASTRILLO⁴, que el grupo de expertos compuesto por BACIGALUPO, DELMAS-MARTY, GRASSO, JAREBORG, SPENCER, SPINELLIS, TIEDEMANN y VAN DEN WYIGAERT, elaboraron las normas integrantes del *Corpus Iuris Europaeo*, en el que se recoge la figura del Ministerio Público Europeo "responsable de la investigación, la persecución, el envío a juicio de la causa, el ejercicio de la acción pública ante la jurisdicción de enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias" (art. 18.2), a quien se atribuye facultades tales como las de dirigir las investigaciones, interrogar a los sospechosos y a los testigos, obtener documentos y datos informatizados, trasladarse al lugar del delito, detener al sospechoso, solicitar al juez la práctica de registros, intervención de comunicaciones y práctica de pruebas periciales restrictivas de derechos, archivar, transigir o solicitar la apertura del juicio; y que en el *Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo* (Propuesta de 11-12-2001 de la Comisión de las Comunidades Europeas) se otorgan amplias funciones investigadoras al Fiscal Europeo con la garantía de un Juez de Libertades quien controla los actos coercitivos limitativos de derechos y la decisión final sobre la apertura del juicio.

2.1. PROCEDIMIENTOS SUMARIO ORDINARIO Y DE DILIGENCIAS PREVIAS.

En el procedimiento Sumario Ordinario (previsto para delitos castigados con penas superiores a 9 años de prisión) y en el procedimiento de Diligencias Previas (previsto para delitos sancionados con penas de hasta 9 años de prisión u otra pena grave) no se recoge la figura del juez de garantías, cuyas funciones son asumidas en su integridad por el Juez de Instrucción, con la posibilidad de revisión de la práctica totalidad de sus decisiones (solamente se exceptuaría el auto de apertura del juicio oral, que no es susceptible de recurso alguno, salvo en materia de situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas –art. 783.3 LECr), bien directamente (el Juez de Instrucción dicta el auto de conclusión del sumario, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal sentenciador –art. 622 LECr- y dicho Tribunal dicta auto confirmando o revocando dicha conclusión –art. 630 LECr), bien a través del sistema de recursos, por el Tribunal de apelación, órgano jurisdiccional superior y colegiado (la Audiencia Provincial en las causas instruidas por un Juez Instructor o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las causas instruidas por un Juzgado Central de Instrucción).

Lo verdaderamente importante es que en ambos sistemas procesales es el propio Instructor quien dirige la instrucción y quien controla o garantiza los aspectos más controvertidos de la misma, ya que el sistema de recursos supone un control temporalmente alejado de las decisiones limitadoras de los derechos fundamentales, por lo que en muchas ocasiones cuando el tribunal de apelación resuelve el recurso el prestigio y los derechos del imputado han podido “irse por el sumidero” de forma irreparable.

2.2. PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAS URGENTES.

El procedimiento de Diligencias Urgentes (previsto para delitos flagrantes, de instrucción sencilla o de los recogidos en el art. 795.1.2ª de la LECr, siempre que aparezcan castigados con penas no superiores a 5 años de prisión, que hayan sido iniciados por atestado policial y que el imputado haya sido presentado como detenido o citado en tal concepto ante el Juzgado de Guardia) se caracteriza, primero, por una fase de instrucción mínima y concentrada precedida de una investigación policial completa dotada de amplios medios materiales y personales; segundo, por una breve preparación del Juicio Oral con escasos trámites en la fase intermedia ante el Juzgado de guardia o ante el Juzgado de violencia sobre la mujer; y tercero, por la potenciación de la conformidad del acusado mediante la minoración de las penas.

De tales afirmaciones generales podemos derivar que en el procedimiento de Diligencias Urgentes no se establece un nuevo sistema de instrucción del proceso penal, sino una serie de ajustes procedimentales que permitan acabar la investigación delictual en un plazo concreto y determinado (art. 799 LECr); ajustes tales como los relativos a la práctica de periciales o los atinentes a la citación, ante el Juzgado de guardia o ante el Juzgado de violencia sobre la mujer, del denunciado que no quede detenido (la policía debe solicitar que se le designe abogado de oficio si no manifiesta que le asistirá otro libremente designado), de los testigos (excepto los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado cuando sus declaraciones constan en los atestados), de los responsables civiles y de las víctimas (art. 796.1. 3ª, 4ª y 5ª LECr), por cualquier medio en caso de urgencia, incluso verbal (art. 796.3 LECr); todo lo cual requiere una gran coordinación entre la Policía, el Juzgado, la Fiscalía y el Colegio de Abogados a través de la Agenda Programada de Citaciones⁵.

En lo que se refiere al juez de garantías habremos de concluir que en el procedimiento de Diligencias Urgentes no se solventan los

problemas detectados en los procedimientos penales anteriores y que, por el contrario, el sistema se desliza peligrosamente hacia posiciones menos garantistas por meras razones practicistas o eficacistas pudiendo reseñar en tal sentido, de una parte, que se relajan los controles del Instructor sobre la investigación policial, que en muchas ocasiones le llega ya completa (En el ámbito del procedimiento de Diligencias Urgentes el art. 796.1 LECr atribuye a la policía una serie de facultades entre las que, en síntesis, se hallan las siguientes: 1ª.- Pedir el informe de atención primaria; 2ª.- Solicitar la comparecencia del médico forense si el lesionado no puede desplazarse al Juzgado de Guardia en el plazo del art. 799 LECr; 3ª.- Remitir al laboratorio las sustancias aprehendidas; 4ª.- Encargar el análisis al Toxicológico para que lo envíe al Juzgado de Guardia antes del día y hora de las citaciones; 5ª.- Emitir dictamen pericial-policial cuando no sea previsible su obtención en plazo; 6ª.- Pedir que los análisis de sangre y orina se remitan al Juzgado de Guardia antes del día de citación; y 7ª.- Solicitar la valoración de objetos por un perito tasador cuando el objeto no pueda remitirse al Juzgado de Guardia) estableciéndose límites legales a las posibilidades de revisión de su contenido (En el art. 797.1.8ª LECr se prescribe, en el ámbito del procedimiento de Diligencias Urgentes, que el Juzgado de Guardia "Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él. A estos efectos no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente") y, de otra, que se obstaculiza la labor de revisión de las decisiones del Instructor por el Tribunal de Apelación, puesto que algunas de las decisiones más relevantes adoptadas por el mismo (el auto que acuerda la continuación de las Diligencias Urgentes como Juicio Rápido –art. 798.2.1ª LECr- y el auto de apertura del Juicio Oral Rápido –art. 800.1 LECr) no son susceptibles de recurso alguno.

2.3. PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO.

La institución del Jurado, que aparece regulada en el art. 125 CE ("Los ciudadanos podrán participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto de aquellos procesos penales que la ley determine"), LOTJ 5/95, LO 8/95 y Circulares 3/95 y 4/95 de la Fiscalía General del Estado, establece para la tramitación del Jurado un sistema mixto puesto que el procedimiento se inicia en algunas ocasiones como PTJ con un modelo de juez de garantías y en otras como Diligencias Previas o Sumario Ordinario con un modelo de juez inquisitivo que transforma posteriormente la causa en PTJ (desde que le conste de forma verosímil la comisión del hecho justiciable competencia del Tribunal del Jurado por una persona concreta e identificada), lo que obliga al Juez a reubicar su modelo como juez de garantías:

- a) valorando la verosimilitud de los hechos denunciados antes de acordar la incoación del PTJ;
- b) requiriendo a la acusación para que formule su imputación antes de iniciar o continuar la instrucción, con el fin de garantizar los derechos del imputado y de poner fin a las pesquisas generales (modelo acusatorio puro);
- c) manteniendo una posición (juez de garantías) diferenciada de las partes durante la investigación, sin perjuicio de sus facultades de investigación complementaria; y
- d) preservando su imparcialidad al resolver sobre la apertura del Juicio Oral en el que delimita objetiva y subjetivamente el objeto del pleito.

El PTJ, si bien es cierto que se configura como un procedimiento típicamente acusatorio en el que la recogida del material probatorio habrá de depender, con carácter general, de la petición de las partes litigantes, lo que parece alejar al Juez instructor del "fragor" de la instrucción, convirtiéndolo en una especie de Juez de garantías que se limita a la recepción

y valoración del material instructorio, no lo es menos que en el PTJ no pueden obviarse las exigencias impuestas por la necesaria búsqueda de la verdad material, por lo que el Instructor ha de acordar de oficio la práctica de las diligencias inaplazables a que se refiere el art. 24.1 LOTJ (“... practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar”), es decir, de aquellas cuya dilación puede hacerlas impracticables o acarrear graves inconvenientes para su práctica. Es por ello que en el momento inicial del proceso de recogida y aseguramiento de la fuente probatoria nos hallamos ante la pura y simple aplicación de lo prevenido con carácter general en la LECr, concretamente en los arts. 13 (“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta ley”), 334 (“El Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida ...”), 335 (“Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias y, especialmente, todas las que tuviesen relación con el hecho punible”), 338 (“... los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”), 340 a 342 (“Si la instrucción tuviere lugar por causas de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, antes de proceder al enterramiento del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, hecha la descripción ordenada en el art. 335, se identificará ...”), 343 (“En los sumarios a que se refiere el art. 340, aun cuando por la inspección

exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver”), 350 (“En los casos de envenenamiento, heridas u otras lesiones cualesquiera, quedará el Médico forense encargado de la asistencia facultativa del paciente ...”), 368 (“Cuantos dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente ...”), 545 y siguientes (entrada y registro en lugar cerrado) y 579 y siguientes (intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas).

Si a lo anteriormente expuesto añadimos que el Instructor puede ordenar, como complemento de las solicitadas por las partes, las diligencias que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación de las partes acusadoras (art. 27.3 LOTJ), que la Fiscalía General del Estado ⁶ y la doctrina ⁷ entienden que el Juez puede practicar diligencias complementarias en la misma audiencia preliminar y que, finalizada la instrucción de la causa, el Juez puede, por “enésima vez” ⁸, ordenar la práctica de alguna diligencia complementaria, antes de resolver, si la estimase imprescindible de resultados de lo actuado en la audiencia preliminar (art. 32.3 LOTJ), habremos de concluir racional y fundadamente que el principio de contradicción es más formal que material y que muchos de los beneficios atribuidos al modelo instructorio del PTJ podrían igualmente obtenerse mediante una correcta utilización de los mecanismos de los restantes procedimientos vigentes, a través de los cuales se permite la intervención de todas las partes litigantes en la proposición y práctica de las diligencias instructoras. Como corroboración de esta idea observamos que en el art. 27.4 LOTJ se recoge la posibilidad de que el Juez confiera traslado a las partes para que formulen sus escritos de conclusiones provisionales sin haber acordado la práctica de ninguna de las diligencias instructoras solicitadas por las mismas.

2.4. PROCEDIMIENTO DE MENORES.

Merecería la pena transcribir en este punto a RICHARD GONZÁLEZ⁹ cuando de forma ilustrativa sostiene que en el procedimiento de menores (previsto para delitos cometidos por personas mayores de 14 y menores de 18 años) se atribuye al Fiscal la competencia:

— Para recibir y admitir a trámite o no las denuncias con relación a los hechos constitutivos de delito cometidos por menores de edad (art. 16.2 LO 5/00; — para la instrucción de los procedimientos que se regulan en la citada Ley: «... corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley » art. 16 LO 5/00.

— Para dirigir personalmente la investigación de los hechos e impulsar el procedimiento: «*dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento*» (art. 6 LO 5/00). A ese fin el Fiscal podrá acordar todas las medidas necesarias para el fin propuesto de comprobar los hechos y sus autores. Con la salvedad de las diligencias que supongan restricción de derechos fundamentales cuya práctica deberá solicitar al Juez de menores (art. 23 LO 5/00).

— Para resolver sobre la conclusión del expediente y su remisión al Juzgado de menores, que abrirá la fase de audiencia. Asimismo para calificar los hechos y solicitar la práctica de prueba para la defensa de su interés procesal y proponer la participación en la audiencia de personas o representantes de instituciones públicas o privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor (art. 30 LO 5/00). Es decir, que, al margen de la defensa que pueda ejercitar el menor, el fiscal propondrá además de su acusatoria, la que favorezca el interés del menor, lo cual en la mayoría de los supuestos resultará antitético.

— Todo ello, sin perjuicio de dar cuenta de la incoación del expediente al Juez de menores (art 6 LRPM)¹⁰.

Pero, al mismo tiempo, el Fiscal no pierde su naturaleza de especial garante de los derechos de los menores, a cuyo efecto vigilará las actuaciones que deban realizarse en su interés (art. 6 LRPM). Así como practicará aquellas medidas instructoras dirigidas a proteger el interés del menor (art. 23 LO 5/00). Todo ello conduce a una situación en la que el Fiscal adopta una posición supra-ordenada a los distintos intereses presentes en esta materia, sin que, a mi entender, se haya delimitado correctamente su compleja situación, que se pone de manifiesto en el trámite de remisión del expediente al Juez de menores.

En el proceso de menores el Ministerio Fiscal es el competente para la instrucción de la causa y el Juzgado de menores el que decide, tanto la apertura de la fase de audiencia, como la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Es por ello por lo que no puede defenderse con fundamento que la función y competencias del Juzgado de menores sea la de un Juez de garantías, habida cuenta que su función de control de la instrucción se anuda a su función de dictar sentencia, pudiendo la primera comprometer la imparcialidad objetiva de la segunda¹¹.

2.5. LAS DILIGENCIAS FISCALES.

Nuestra Ley Procesal Penal, en su redacción original (art. 282 LECr), atribuía a la policía la competencia para la investigación de los hechos delictivos adoptando diligencias de prevención, con obligación de poner todo lo actuado en conocimiento y a disposición de la autoridad judicial sin demora y, en todo caso, sin dejar transcurrir 24 horas salvo caso de fuerza mayor (art. 295 LECr). La Fiscalía quedaba limitada a comparecer en la causa en calidad de parte (parte privilegiada por tratarse de un órgano constitucional al que el art. 124 CE encomienda la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por

la ley) y a instar al Juez la prosecución de la causa solicitando la práctica de las diligencias instructoras y la adopción de medidas cautelares. La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, ha incorporado al ámbito competencial del Ministerio Público la práctica de una investigación preliminar en la que asume funciones de dirección de la policía judicial.

Las diligencias preliminares de investigación de hechos delictivos, también denominadas diligencias fiscales o diligencias pre-procesales, aparecen reguladas por la LO 38/2002, de 24 de octubre, en sede de procedimiento abreviado en el art. 773.2 LECr donde se establece lo siguiente: "Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos".

Dicha norma resulta complementada por el

art. 5 EOMF (Ley 50/81, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo) en el que se estipula lo siguiente: "Uno. El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Dos. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECr, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el apartado Cuatro del artículo 19 del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado. Tres. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo. También podrá el Fiscal incoar diligencias pre-procesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye".

Este sistema es análogo al seguido en otros países de nuestro entorno, como Alemania o Francia, donde los Fiscales dirigen las

investigaciones de la policía en la investigación preliminar. Se trata, como califica con acierto RICHARD GONZÁLEZ ¹², de actividad pre-procesal que no puede considerarse actividad instructora propiamente dicha y, por tanto, sustitutoria de la instrucción judicial. En análogo sentido podríamos añadir que "la actuación del Fiscal, en esta fase, no va dirigida a obtener pruebas, sino a preparar la acusación ... De la regulación legal se deduce la falta de naturaleza jurisdiccional de la actividad del Ministerio Fiscal, que quedará supeditada siempre a la función jurisdiccional del Juez" ¹³. Es por ello por lo que considero que la posibilidad de la Fiscalía de practicar diligencias preliminares ni altera el sistema de control de la instrucción, ya que se practican en una fase previa a la apertura del procedimiento penal, ni altera la posición o las funciones del juez instructor para convertirlo en juez de garantías.

3. EL JUEZ DE GARANTÍAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en adelante CPPMI) constituye un texto de extraordinaria relevancia y trascendencia, de una parte, porque en su creación se advierte la influencia de diversos modelos instructorios de los que pretende nutrirse con el fin de dar una respuesta moderna y eficaz a los actuales problemas delincuenciales y, de otra, puesto que son numerosos los países latinoamericanos que están acogiendo en sus legislaciones internas algunos de los principios, instrumentos y soluciones incluidos en el mencionado Código.

El Procedimiento Preparatorio del CPPMI se caracteriza inicialmente por la atribución a la policía de amplias funciones en la investigación del delito permitiéndole:

- Mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello, que no provocan ningún perjuicio para la salud según la experiencia común, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere

riesgosa (art. 38).

- Investigar los hechos punibles perseguibles de oficio, impedir que los tentados o cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir los elementos de prueba útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (art. 73).
- El allanamiento de domicilios en los casos previstos por los arts. 150, 153, 157 y 162 y la clausura de locales en los casos previstos por el art. 168 (art. 75).
- El secuestro de las cosas y documentos relacionados con el delito, en caso de peligro por la demora (art. 162).
- La interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica o tele-tipográfica, de los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él y de las comunicaciones telefónicas o similares, en caso de peligro por la demora (art. 165).
- La detención del delincuente flagrante (art. 200).

De la mencionada atribución competencial resulta novedoso, primero, que la concreción de las funciones policiales recogida en el art. 73, puesta en relación con las competencias del Ministerio Fiscal previstas en el art. 232, sea tan próxima a la definición de las funciones instructoras atribuidas al Juez en el art. 777 de nuestra LECr; segundo, que en el art. 48 se concreta que la policía no podrá interrogar autónomamente al imputado, facultad que no aparece expresamente permitida ni denegada por nuestra LECr pero que es utilizada con habitualidad por la policía española sin crítica o contestación alguna por nuestros tribunales; y tercero, que en el CPPMI se dejan en manos de los agentes de la autoridad decisiones que afectan de manera sustancial a derechos fundamentales, por mas que se refieran a supuestos en los que exista peligro en la demora, cuando pudo establecerse un rápido sistema de autorización habilitante de la intervención policial, bien por el Ministerio Fiscal, bien por el Juez instructor.

Cuando se procede al estudio del CPPMI

algunas opiniones reduccionistas tienden a definir al Ministerio Fiscal como el órgano competente para la instrucción de las causas penales, al ser el encargado de funciones tales como:

- Recibir declaración al imputado durante el Procedimiento Preparatorio (art. 47).
- Ejercer la persecución penal (art. 68).
- Dirigir a la policía, en tanto cumpla actos de policía judicial (74).
- Acordar la detención o medidas sustitutivas sobre el imputado (art. 200).
- Promover la investigación del hecho punible para requerir el enjuiciamiento del imputado o el sobreseimiento (absolución anticipada), asegurar los elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes, extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo, cuidando de procurar con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida por demora es de temer, procurar la pronta evacuación de las citas del imputado para aclarar el hecho y su situación (art. 232) y practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil (art. 250).
- Disponer, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva (art. 255).
- Requerir por escrito al tribunal la decisión de apertura del juicio cuando estime que la investigación proporciona fundamento

serio para el enjuiciamiento público del imputado (art. 263).

Pese a lo anteriormente expuesto si observamos con detenimiento la figura del Juez de la Instrucción podremos concluir que es quien:

- Autoriza las intervenciones corporales en caso de riesgo (art. 38).
- Declara la rebeldía (art. 39).
- Recibe declaración al imputado que hubiere sido aprehendido (art. 47).
- Da órdenes a la policía, en tanto cumpla actos de policía judicial (art. 74).
- Rechaza o da intervención provisional al querellante adhesivo (art. 85) y al actor civil (art. 98).
- Decide sobre la intervención en el procedimiento del tercero civilmente demandado (art. 101).
- Autoriza el allanamiento para el registro de una morada o casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, salvo supuestos excepcionales (art. 153).
- Autoriza el secuestro (de las cosas y documentos relacionados con el delito), salvo que haya peligro en la demora (art. 162).
- Autoriza la Interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica o tele-tipográfica, de los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él y de las comunicaciones telefónicas o similares, salvo que haya peligro en la demora (arts. 165 a 167).
- Procede a la apertura y examen de la correspondencia, de los envíos o de las grabaciones (art. 166).
- Acuerda la prisión preventiva (art. 205), la detención (art. 206), las medidas cautelares sustitutivas, (art. 209), el embargo de bienes y otras medidas de coerción (art. 222).
- Practica la prueba anticipada (arts. 232, 258 y 259).
- Acuerda el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial (art. 251).
- Fija un plazo prudencial para la conclusión de la investigación, pasados seis meses desde la individualización y comparecencia

del imputado (art. 262).

La distribución competencial anteriormente relatada, puesta en relación con las características definitorias del Juez de garantías nos permite argumentar:

- Primero, que el Juez de la Instrucción es un órgano que no cumple con la principal característica que define al Juez de garantías, por cuanto que interviene de modo importante en la instrucción de la causa, al ser el órgano competente para recibir declaración al imputado detenido (art. 47), para la apertura y examen de la correspondencia, de los envíos o de las grabaciones (art. 166), para resolver sobre la personación de las partes y sobre la rebeldía del imputado y para acordar el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial (art. 251), lo que evidencia que nos hallamos, mas que ante un órgano de control de la instrucción ante una división de competencias instructoras entre el juez y el fiscal, atribuyéndose a los jueces y tribunales los actos y resoluciones jurisdiccionales (arts. 140 a 146);
- Segundo, que no es el órgano competente para el enjuiciamiento de las actuaciones;
- Tercero, que autoriza con carácter previo muchas de las diligencias instructoras que afectan a los derechos fundamentales de los imputados, víctimas y demás intervinientes en el procedimiento;
- Cuarto, que resuelve las peticiones de las partes litigantes en lo relativo a la adopción, modificación, mantenimiento o cese de las medidas cautelares personales o reales;
- Quinto, que resuelve sobre la práctica de la prueba anticipada; y
- Sexto, que no se encomienda al Juez de la Instrucción, sino al denominado "Tribunal del procedimiento intermedio" la adopción de resoluciones de la fase intermedia tales como: acordar la apertura del juicio o, de lo contrario, el sobreseimiento (absolución anticipada), la clausura del procedimiento o el archivo citar a juicio y remitir las actuaciones al tribunal sentenciador (arts. 267 a 277), así como resolver sobre la solicitud de tramitar un Procedimiento

Abreviado por conformidad del imputado y de su defensor (arts. 371 a 373).

Respecto de la posición del imputado, de la defensa y de las demás partes personadas en el denominado procedimiento preparatorio ¹⁴ podríamos resaltar:

- A.- Que el CPPMI denomina imputado a toda persona, perseguida penalmente, contra quien no se haya dictado aún un auto de apertura del juicio (arts. 31 y 274);
- B.- Que las facultades que las leyes fundamentales del Estado y este Código otorgan al imputado puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye participación en un hecho punible, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece (art. 6);
- C.- Que la asistencia de las demás partes intervinientes en las declaraciones del imputado durante el procedimiento preparatorio se regula con carácter excepcional (art. 44);
- D.- Que el imputado y las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento podrán proponer medios de prueba en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El ministerio público los llevará a cabo si los considerare pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan (art. 256); y
- E.- Que el ministerio público podrá permitir la asistencia del imputado, de los demás intervinientes, de sus defensores o mandatarios a los actos que se deba practicar, cuando su presencia fuera útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación (art. 257).

Finalmente, en lo que atañe al principio de

oportunidad, observamos, de una parte, que la persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el ministerio público, sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley penal (art. 229); y, de otra, que en los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno (art. 230).

4. EL ROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.

Ahondando un poco en las características competenciales típicas del juez de garantías, a las que ya hemos hecho una sintética referencia al inicio de este trabajo, podríamos resaltar:

A.- Que es contrario a la propia naturaleza o esencia de la institución que el Juez de garantías sea, a su vez, el encargado o responsable de la instrucción de la causa, puesto que ninguna utilidad puede derivarse de encomendar las funciones de control o de garantía en el ámbito instructor al mismo órgano a quien se encomienda la instrucción de las causas penales. Es de observar que en algunos sistemas procesales lo que sucede es que se desgaja del ámbito competencial del instructor el control de la investigación policial, a veces dirigida por el Ministerio Fiscal, ampliándose extraordinariamente las facultades policiales y llegando incluso a encomendar a la policía una investigación completa de los hechos delictivos, lo que provoca, de una parte, que se retarde en el tiempo la incoación del proceso penal con la problemática que ello genera en la posición de la defensa del imputado y de las demás acusaciones (privada y popular) y, de otra, que se reduzca el campo de actuación y de control del instructor cuya función pretende confundirse con la del juez de garantías. Véase en tal sentido que si el

instructor conoce de los hechos cuando la mayor parte de las investigaciones han sido practicadas y recogida la fuente probatoria su función se limita a un mero control o revisión de la legalidad de la actuación de la policía o del tandem policía-ministerio fiscal, es decir que un retraso en su control sobre la adquisición de la fuente probatoria dificultará enormemente un control efectivo de las deficiencias, errores o maquinaciones que hayan podido efectuarse en perjuicio de la verdad material y de los derechos e intereses de los imputados. Expuesto más gráficamente, en la "etapa del proceso en la que se tiran los dados para el resultado final" ¹⁵ se relajan los mecanismos de control sobre la adquisición de la fuente probatoria, por lo que el riesgo de que la policía o la acusación pública puedan "cargar los dados" se incrementa de manera exponencial. Es por ello que donde algunos sistemas procesales intentan configurar un juez de garantías no llegan a crear más que un instructor, con unas facultades sobre la instrucción limitadas y escasamente eficaces. Este posicionamiento ha sido defendido por algunos autores que pretenden una reducción significativa del contenido de la instrucción como medio para impedir que en dicha fase procesal se pueda crearse prueba valorable *per se* en el plenario. En estos casos se produce el efecto contrario del pretendido con la institución del juez de garantías, ya que el sistema se desliza peligrosamente hacia posiciones menos garantistas;

B.- Que el Juez de garantías no puede ser el órgano competente para el enjuiciamiento de las actuaciones resulta evidente por la simple aplicación del principio general de que el órgano que instruye no puede juzgar. Del estudio de la jurisprudencia europea ¹⁶ y española ¹⁷ al respecto nos permite puntualizar que no toda intervención en la fase instructora constituye causa de abstención o recusación para el enjuiciamiento (art. 219 LOPJ), sino solamente cuando la instrucción ha sido

especialmente intensa (investigación directa de los hechos, inquisitiva frente a una determinada persona, que hace surgir en el juez prevenciones o prejuicios sobre su culpabilidad –STC 142/1997) o cuando la resolución dictada en la anterior instancia ha supuesto un intenso análisis de fondo sobre la responsabilidad penal (STC 41/2005), casos en los que puede haberse comprometido la imparcialidad objetiva del juzgador;

C.- Que la institución del Juez de garantías tiene como característica esencial la de ser un órgano alejado de la instrucción y del enjuiciamiento que, con pleno (o al menos suficiente) conocimiento de la instrucción penal que se está llevando a cabo se pronuncia, generalmente con carácter previo, sobre la procedencia o improcedencia de todas aquellas diligencias instructoras que afecten (privación, restricción o perturbación) a los derechos fundamentales de los imputados, víctimas y demás intervinientes en el procedimiento, sin perjuicio de que dicha labor de control pueda efectuarse *a posteriori* en los excepcionales supuestos en los que razones de imperiosa necesidad o urgencia impongan la práctica de la diligencia por el instructor quien, sin dilación, deberá plantear ante el Juez de garantías la procedencia y urgencia de lo practicado;

D.- Que resulta difícilmente cuestionable que el Juez de garantías debe resolver las peticiones de las partes litigantes en lo relativo a la adopción, modificación, mantenimiento o cese de las medidas cautelares personales o reales. Si en algún caso resulta especialmente adecuado que el órgano encargado de la resolución de una controversia instructora se encuentre alejado de los intereses investigadores este sería, sin duda, en el supuesto de las medidas cautelares, tan frecuentemente utilizadas como medios de coerción para lograr la confesión o la colaboración del imputado en su propia condena con

flagrante violación de su derecho a no declarar contra sí mismo y, con mayor amplitud, del derecho a no conformar la prueba de su condena ¹⁸. En la tendencia a un mayor control de las decisiones sobre medidas cautelares observamos reformas legislativas tan importantes como la que impuso en España la obligación de que la prisión provisional fuera adoptada tras una comparecencia en la que alguna de las partes acusadoras debía solicitar su adopción. Estamos hablando, por tanto, de un control previo sobre la procedencia de la medida precautoria efectuado por quien tiene conocimiento suficiente de la causa sin haberse inmiscuido en la instrucción de la misma, y ello, sin perjuicio de que en los casos en los que las medidas cautelares sean de urgente e inaplazable adopción dicho control sea inmediatamente posterior a su adopción; y

E.- Que nada obsta a que en cada sistema procesal el Juez de garantías pueda asumir otras competencias en relación al control de la instrucción de la causa, tales como resolver: sobre la finalización de la fase instructora, sobre la procedencia y práctica de la prueba anticipada y sobre la procedencia de la apertura del juicio oral o del sobreseimiento de la causa en la denominada fase intermedia. Como acertadamente sostiene ORTEGO PÉREZ ¹⁹ “el juicio de acusación no debería atribuirse ni al Juez de Instrucción (si se conservara esta figura), ni mucho menos al Tribunal decisor... Precisamente estos son los grandes inconvenientes que demuestran tanto el sistema originario de la LECr, como los establecidos con posterioridad en las Leyes Orgánicas 7/1988, 38/2002 y 5/1995, pues no garantizan una actuación netamente imparcial ²⁰. La fórmula más aséptica para realizar el juicio de acusación, en aras a la doctrina del Juez imparcial, es la previsión de un órgano específico ²¹... En el caso de otorgar la investigación al Fiscal la situación se clarifica, pero también es conveniente que el control judicial sobre la acusación lo realice un órgano *ad hoc*,

distinto del juzgador, al estilo de lo previsto en los Códigos portugués e italiano de 1987 y 1988".

De igual modo podrían atribuirse al Juez de garantías las facultades de control de legalidad sobre la aplicación por el instructor del principio de oportunidad, aprobando o revocando lo solicitado por la Fiscalía e incluso requiriendo al Ministerio Fiscal para que se posicione sobre la aplicación del principio de oportunidad en un caso concreto.

5. EL JUEZ DE GARANTÍAS Y EL FISCAL INSTRUCTOR.

El principio general de que el órgano que instruye no puede juzgar ha dado lugar a una controversia ficticia sobre quién es el órgano que debe instruir las causas penales, el juez (España, Francia, Holanda y Grecia) o el fiscal (Alemania, Italia, Portugal, Corpus Iuris Europaeo, Código procesal penal modelo para Iberoamérica, Colombia). Tal cuestión es una mera opción de política legislativa que no constituye *per se* la solución de la problemática planteada. Lo importante, afirma BACIGALUPO ZAPATER²², no es quién instruya (el juez o el fiscal), sino cómo instruya, es decir, que el sistema sea realmente garantista. Siguiendo con tal tendencia se sostiene la idea de que el órgano que instruye no debería adoptar decisiones que afecten a derechos fundamentales, tales como las relativas a la prisión provisional, entrada y registro e intervención telefónica, sobre las cuales debería pronunciarse un "juez de garantías". Esta idea parte de la base de que el órgano encargado de la instrucción tiene un interés directo en el esclarecimiento de los hechos, por lo que difícilmente puede ser imparcial en su juicio²³ acerca de la legalidad de las medidas que produzcan injerencia en los derechos y libertades del ciudadano.

Para perfilar con mayor precisión el anterior posicionamiento deberíamos diferenciar lo que constituye una mera labor de investigación, actividad preprocesal atribuida generalmente a los cuerpos policiales, fase en la que las

partes litigantes deberían tener posibilidad real de conformar la fuente probatoria, de la auténtica función instructora o procesal en la que un órgano, caracterizado por la necesaria imparcialidad respecto de las partes litigantes y respecto del órgano de enjuiciamiento, habría de decidir sobre la eficacia incriminatoria de los indicios racionales de criminalidad existentes y sobre la procedencia de sobreseer la causa o de remitir el caso a juicio sometiendo al imputado a la denominada "pena de banquillo"²⁴.

Cuando utilizamos el concepto de Fiscal instructor convendría previamente diferenciar conceptualmente los términos investigación e instrucción. Con tal finalidad coincidimos con RIFÁ SOLER²⁵ cuando afirma lo siguiente: "la instrucción y la investigación criminal son dos actividades distintas, aunque pueden resultar asimiladas cuando las realice el mismo sujeto. Esto sucederá cuando la investigación criminal la realiza el Juez de instrucción, que según nuestro derecho procesal penal es el competente para la instrucción de los delitos (art. 14 LECr), a cuyo fin podrá realizar los actos de investigación que considere necesarios. Ahora bien, esta competencia no limita la de otros funcionarios públicos o personas privadas para la investigación de hechos de relevancia criminal, que no tendrán la consideración de instrucción mientras no sean aportados al proceso".

Partiendo de tales consideraciones ya vislumbramos que el principal problema que se plantea a la hora de configurar la institución del Fiscal instructor radica en determinar cuáles son las concretas funciones que se encomiendan al mismo y, especialmente, determinar si tiene atribuida la investigación o la instrucción criminal, puesto que de este presupuesto esencial dependerá la finalidad, naturaleza, posición y funciones del Juez de garantías. Es por ello que podríamos diferenciar entre:

A.- Fiscal investigador.- Si bien es cierto que coincidimos con reputados penalistas en la necesidad de que la actividad de investigación policial sea dirigida y controlada por un órgano del estado

dotado de imparcialidad y de preparación técnica-jurídica, como es el caso del Ministerio Fiscal, con la finalidad de evitar investigaciones policiales irregulares de las que no se da cuenta al Instructor hasta que resulta conveniente en términos de eficacia policial, no lo es menos que tal limitación de funciones encorseta excesivamente la posición del Ministerio Fiscal a la vez que amplía de forma distorsionadora las funciones del Juez de garantías quien, lejos de limitarse a ser un mero órgano de control de las decisiones instructoras más relevantes, llega a constituirse en el único órgano instructor. Dicho con otras palabras, nos encontraríamos ante un Ministerio Fiscal que controla la investigación policial pero seguiríamos sin tener un Juez de garantías que controle la instrucción criminal. Como ya hemos apuntado anteriormente en Alemania o Francia los Fiscales dirigen las investigaciones de la policía en una fase anterior a la apertura del proceso penal, que puede denominarse fase preliminar o pre-procesal. En los sistemas en los que el Ministerio Fiscal se reserva únicamente funciones de control o de dirección de la investigación policial queda fuera del ámbito de sus competencias la decisión sobre la apertura del proceso penal, sobre la formalización de la imputación judicial o sobre la creación de la prueba anticipada, lo que permite soslayar la problemática derivada de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, del que se cuestiona su carácter jurisdiccional por tratarse de un órgano que ni está dotado de independencia, ni detenta la potestad jurisdiccional²⁶. Por otra parte, como ya he tenido oportunidad de argumentar en otros foros²⁷ en aquellos sistemas procesales en los que la investigación de las causas penales se encomienda al Ministerio Fiscal y éste mantiene un comportamiento activo en dicha investigación, resultaría aconsejable que se posibilitase la intervención del mero sospechoso en la fase pre-procesal por exigencia del principio de igualdad de armas y del necesario equilibrio de las partes procesales en la fase de obtención

del material probatorio; y

B.- Fiscal instructor.- Como acertadamente afirma GIMENO SENDRA²⁸ *de sostenerse la naturaleza jurisdiccional del mismo, nada grave se opondría a que se ampliaran sus facultades dentro de la instrucción*. Se trata por tanto de un problema de configuración legal de la institución que podría permitir al Ministerio Fiscal no solo dirigir la investigación, sino también asumir la instrucción criminal, habiendo mantenido nuestro TC²⁹ que cualquiera de los siguientes sistemas procesales (Juez instructor director de la investigación; Juez instructor pasivo, limitándose a resolver sobre las diligencias pedidas por las partes; y Juez de garantías, en cuyo caso corresponde la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal) son viables sin que se vulnere la CE ya que, en definitiva, la misma no prevé un modelo específico de instrucción, sino un sistema de garantías y que la opción del modelo a imponer corresponde al legislador, que puede configurar aquel sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas. La implementación de un Fiscal instructor permitiría resituar la figura del Juez de garantías en aquellos términos que le son propios, alejándolo del fragor de la instrucción y limitando sus funciones a la previa autorización de las diligencias instructoras que afecten a los derechos fundamentales de los imputados, víctimas y demás intervinientes en el procedimiento y a resolver las peticiones de las partes litigantes sobre medidas cautelares, y ello, sin perjuicio de que pueda asumir otras competencias en relación al control de la instrucción de la causa. Al encomendar al Ministerio Fiscal la decisión sobre la apertura o no del proceso penal, permitiría la aplicación del principio de oportunidad, lo que redundaría en dos aspectos especialmente beneficiosos, el primero, la reducción sustancial del número de asuntos que serían objeto de

investigación policial y de incoación del posterior procedimiento penal, sin perjuicio de que tal decisión pudiera ser objeto de revisión judicial a propuesta de víctimas o perjudicados; y el segundo, la posibilidad de que el poder ejecutivo, aprovechando la estructura jerárquica de la Fiscalía, utilice el instrumento de las instrucciones generales del Fiscal General del Estado para configurar su política criminal con criterios homogéneos. En otro orden de cosas observamos que si el Ministerio Fiscal es quien asume la apertura del procedimiento penal habría de ser también el encargado de formalizar la imputación de tal modo y manera que no se produjera un indeseable retardo en el traslado de la imputación ni en el consiguiente acceso de la defensa al proceso.

6. EL JUEZ DE GARANTÍAS Y LA DEFENSA.

La introducción de la figura del Juez de garantías y la asunción de las funciones investigadoras o instructoras por el fiscal instructor obliga a replantearnos, tanto el tipo y las características que ha de tener el sistema de defensa para controlar o contrarrestar los poderes de la acusación pública, como los mecanismos a través de los cuales la defensa podrá intervenir en la adquisición de la fuente probatoria.

Del "Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe"³⁰ podemos extraer los siguientes modelos de defensa:

1º.- Defensa pública fundada en la prestación de un servicio obligatorio por los abogados matriculados y/o por los estudiantes de derecho: En este modelo cabría englobar al sistema español y de algunos países iberoamericanos advirtiendo la concurrencia en el mismo del peligro de ejercicio meramente formal de la defensa por la poca preparación o preocupación de los profesionales que prestan su servicio, lo que debe solventarse mediante el refuerzo de los controles y exigencias de los Colegios de Abogados, a través de la concienciación de los propios abogados

sobre la trascendencia de su función y por medio de una remuneración suficiente y ágil del servicio prestado;

2º.- Defensa pública sin organización propia donde cada defensor se encuentra asignado a una fiscalía, juzgado o tribunal: Este es el modelo típico de algunos sistemas inquisitivos. Concorre en el mismo un importante peligro de aislamiento (cada defensor trabaja aisladamente, sin compartir recursos, experiencias y reglas de actuación) y de subordinación del defensor público a jueces y/o fiscales (meros auxiliares de la justicia), haciendo prevalecer los intereses de la justicia en detrimento de los intereses del imputado;

3º.- Defensorías públicas como cuerpo funcional dotado de su propia organización, presupuesto y controles de calidad: Este es el sistema apropiado para los procesos adversariales en los que el principio de igualdad de armas exige que las dos partes contrapuestas aporten su versión del caso y debatan ante un juez imparcial; y

4º.- Defensa pública que formalmente se integra dentro del concepto de defensoría pública pero que materialmente aplica reglas de funcionamiento propios del sistema inquisitivo, solución rechazable que funciona *de facto* en algunos países de Iberoamérica.

Siguiendo con la transcripción del precitado "Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe"³¹ coincidiremos en que "En Latinoamérica los procesos de transición democrática vividos desde comienzos de la década de los ochenta, la mayor valorización de los derechos humanos y la expansión de la actividad económica, son algunos de los factores que alentaron replanteamientos, algunos bastante radicales, de la estructura y funcionamiento de los servicios judiciales ... El primero lo constituye sin lugar a duda la reforma procesal penal. Prácticamente todos los países de la región han iniciado sustanciales procesos de cambio de sus sistemas inquisitivos y escritos heredados desde la época colonial, hacia modelos de corte adversarial, centrados

en intervenciones jurisdiccionales a través de audiencias, tratando así de dejar de lado la tradicional tramitación burocrática de los asuntos a través de un expediente ... Pese a la importancia de estos cambios y la fuerza con que se han emprendido, los resultados que es posible exhibir hasta la fecha dan cuenta de que todavía falta mucho por avanzar. Muchas veces las reformas procesales penales han tenido problemas graves en su funcionamiento ... los sistemas de defensa jurídica generalmente no han tomado en cuenta las exigencias que les impone tener que actuar en un procedimiento adversarial y oral, organizándose de una manera tradicional y refleja a la judicial, pese a que sus funciones, insistimos, deben ser ahora distintas. Buenos sistemas de defensa pública en países con altos grados de pobreza como los nuestros es un factor crítico para el éxito de sistemas penales contruidos precisamente en torno a la presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad. Pero para tenerlos no basta simplemente asegurar una cobertura y un presupuesto adecuado, aunque sin duda es una condición que no todos los países cumplen en la actualidad. Se hace necesario, además, organizarlos de forma eficiente, colocar estándares de calidad y evaluar constantemente el trabajo de sus integrantes”.

Por todo ello podemos transcribir las siguientes *Recomendaciones Finales* ³² por su carácter ilustrativo sobre las deficiencias y necesidades de los sistemas procesales penales iberoamericanos: “Los países de América Latina y el Caribe están obligados por sus propias normas a fortalecer sus sistemas de defensa pública penal, como uno de los modos más concretos de proteger la libertad de sus ciudadanos y de construir un Estado de Derecho eficaz que aplique la pena en un proceso legítimo. Esta obligación se debe materializar en un marco normativo e institucional que garantice la independencia de la defensa pública penal frente a los organismos de persecución penal y juzgamiento; en un aporte financiero suficiente y equilibrado con el asignado a la persecución penal, de tal manera que se garantice el principio de igualdad de armas en el litigio penal

y en el desarrollo de una organización moderna y eficiente que evite la burocratización y la defensa meramente formal o de baja calidad”.

La creación de la figura del Juez de garantías y la atribución de las labores de investigación o instrucción criminal al Ministerio Fiscal, en quien no podemos olvidar que concurre también la condición de parte acusadora, obligaría a repensar o a recolocar la posición de la defensa en la fase de obtención de la fuente probatoria, por exigencia del principio de igualdad de armas y del necesario equilibrio de las partes procesales, lo que me permite recordar ³³:

- Primero: que los deberes de información surgen desde la misma aparición de la fuente de imputación, en cuanto el imputado ostenta, ya desde ese mismo instante, los derechos de defensa y de contradicción (arts. 118 y 384 LECr);
- Segundo: que un retraso injustificado en la transmisión de la información no sólo impedirá la práctica de la primera comparecencia sino que, como asegura HERNÁNDEZ GARCÍA ³⁴, también puede arrastrar graves consecuencias tanto sobre la regularidad de los procedimientos de adquisición fáctica como en relación con las condiciones de eficacia del propio proceso inculpatario;
- Tercero: que el Instructor no debe retrasar el traslado de la imputación formal al imputado material, entendido este último concepto como aquella persona contra la cual se dirige real, efectiva y materialmente la investigación criminal por la concurrencia de fundados indicios racionales de criminalidad en su contra; y
- Cuarto: que reputamos esencial no se produzca una disparidad temporal relevante entre la imputación material y formal que atente contra el derecho de defensa del imputado o contra el principio de igualdad de armas, de tal modo y manera que desde el mismo momento en que se repute a una persona como imputado material, debería otorgársele tanto en fase pre-procesal (arts. 520.2 y 771.2ª LECr y art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) como en

fase procesal (arts. 118 y 384 LECr) el estatus de imputado formal, dándole traslado del contenido de las actuaciones y permitiéndole ejercer su derecho de defensa en su más amplio sentido.

Del análisis del desarrollo del procedimiento penal alemán desde 1877 deriva SCHÜNEMANN³⁵ cuatro necesidades que considero extrapolables a la práctica totalidad de los procesos penales modernos: “El poder de investigar, que ha aumentado a pasos agigantados en su dimensión y efectos mediante las nuevas técnicas de investigación, necesita de un control efectivo; las posibilidades de la defensa de ejercer una influencia constructiva en la instrucción deben ser mejoradas, en el fondo ser aun creadas; hace falta un control eficiente sobre el Ministerio Fiscal justamente en los casos en los que abandona la ulterior persecución en aplicación del principio de oportunidad; y el traslado de resultados investigatorios al juicio oral, que se practica actualmente y es posibilitado casi ilimitadamente por la jurisprudencia con toda clase de artimañas, debe ser al menos severamente restringido, en tanto se quiera seguir considerando al juicio oral como centro de decisiones del procedimiento penal”, añadiendo en lo relativo a la posición de la defensa que “Con el aumento del poder del Ministerio Fiscal, con la amplia predeterminación del juicio oral por la instrucción, con la terminación de numeroso procesos de instrucción conforme al par. 153a StPO³⁶ y, finalmente y con mayor razón, con la introducción de las conformidades o acuerdos procesales en la etapa de instrucción, la defensa debe poder cumplir ya en este estadio un papel activo, para hacer contrapeso en aquella etapa del proceso en la que se tiran los dados para el resultado final”³⁷, habiendo analizado el autor con precisión y acierto aspectos tan relevantes como el derecho a una pronta información al inculpado de la incoación del proceso en su contra y el acceso del mismo al contenido del expediente, el derecho de la defensa a presenciar y a participar en los actos instructores de investigación, el derecho de la defensa a realizar sus propias investigaciones y la posibilidad de participación de la defensa en

la averiguación de la verdad material³⁸.

Como colofón de las anteriores argumentaciones podríamos reseñar que en aquellos sistemas procesales en los que la investigación de las causas penales se encomienda al Ministerio Fiscal y éste mantiene un comportamiento activo en dicha investigación resultaría aconsejable que se posibilitase la intervención del mero sospechoso en la fase pre-procesal por exigencia del principio de igualdad de armas y del necesario equilibrio de las partes procesales en la fase de obtención del material probatorio. En análogo sentido concluiremos que en los sistemas procesales en los que se atribuya al Ministerio Fiscal, no solo la investigación, sino también la instrucción de las causas penales, generando verdaderos medios de prueba valorables en el plenario y resolviendo sobre la incoación o sobreseimiento de las causas penales con aplicación del principio de oportunidad, deberían articularse medios e instrumentos eficaces que permitieran la mayor anticipación posible del momento procesal en que la defensa pueda tener acceso a la fuente probatoria, estableciendo rápidos y eficaces mecanismos de control frente a los abusos del instructor en la utilización del secreto de las actuaciones y proporcionando a la defensa, en todo caso, un conocimiento íntegro del material instructorio en momento procesal apto para poder solicitar la práctica de todas las diligencias instructoras que resulten esenciales para cuestionar la procedencia de la apertura del juicio oral o para la adecuada defensa de los derechos e intereses del imputado en el acto del plenario.

7. EL JUEZ DE GARANTÍAS Y EL JUEZ INSTRUCTOR.

Cuando nos posicionamos a favor de la figura del Juez instructor podemos tener la tentación de incluir argumentos contrarios a la institución del Fiscal instructor recordando con CARNELUTTI³⁹ que la figura del Ministerio Fiscal resulta ambigua, porque el mismo quiere constituirse en una parte imparcial del procedimiento, que “la instrucción es oficio de juez, no de parte” y que

encomendar al Ministerio Público la instrucción sumaria es un error y un contrasentido, porque “la instrucción, sobre todo en el proceso penal, no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que debe extenderse a la valoración de ella, lo cual postula en el instructor la imparcialidad del juez, no la parcialidad de la parte. Que en la instrucción, como en el debate, operen junto al juez, mas bien que ante el juez, también las partes (y una parte es también el ministerio público), puede ser oportuno o no (dependiendo de que en la instrucción se haya adoptado el tipo inquisitivo o el tipo acusatorio) ... Pero está fuera de toda duda que, si el ministerio público ha de intervenir en la instrucción, su figura no debe ser la de quien instruye, sino la de quien ayuda a instruir”⁴⁰.

No es este un debate fructífero que nos permita avanzar en el estudio, comprensión y mejora de los sistemas instructorios, como tampoco lo es aquel de signo contrario que viene a cuestionar la constitucionalidad de atribuir las facultades instructoras a los jueces por mor de una limitada y, a mi modesto entender, errónea concepción de la función del juez como función estrictamente jurisdiccional. Si bien es cierto que en el art. 117.3 CE se define el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuido en exclusiva a los jueces y tribunales como la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, no lo es menos que basta observar el ejercicio diario de nuestro jueces para concluir que gran parte de su actividad no puede integrarse dentro de una interpretación restringida de los términos constitucionales, y ello, sin que se haya cuestionado nunca la constitucionalidad de funciones tales como la llevanza del registro civil o del decanato, la celebración de matrimonios civiles, la instrucción de las causas penales, la autorización de extracción de órganos, de transfusiones sanguíneas, de alimentaciones forzosas, de internamientos de extranjeros o de internamientos de enajenados, la tramitación de hábeas corpus, la selección de candidatos al Tribunal del Jurado o la participación en las Juntas Electorales, por reseñar algunas de las múltiples funciones que puede asumir un juez en su primer destino. Es por ello por lo que conviene no olvidar que en el art. 117.4 CE

se declara que “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán mas funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantías de cualquier derecho” lo que evidencia que estas funciones reseñadas a título de ejemplo y, muy especialmente las funciones instructoras pueden ser encomendadas a los Juzgados y Tribunales, por mas que no constituyan estrictamente “función jurisdiccional”.

La figura del juez de garantías parece compaginarse mal con la atribución de las funciones instructoras a los jueces, puesto que podría pensarse erróneamente que es necesaria la creación de un órgano de control de la inactividad, extralimitaciones, irregularidades e incluso ilegalidades cometidas por los jueces instructores en su función de investigación delictual. Frente a tales prevenciones bastaría con recordar, primero, que el juez instructor está sometido de forma general al control y corrección de sus decisiones a través del sistema general de recursos, lo que determina que será un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior y de composición colegiada quien resuelva la procedencia, necesidad y adecuación legal de las principales decisiones adoptadas por el mismo en la instrucción de la causa penal; segundo, que el control de la labor instructora resultaría mucho mas eficaz si se articulara con una mayor proximidad temporal de tal modo y manera que las decisiones mas relevantes de la instrucción no se sometieran a un control “ex post” a través de los recursos, sino a un sistema de autorización “ex ante” por parte del juez de garantías; y tercero, que al atribuir dichas competencias al juez de garantías desaparecería de forma definitiva toda sospecha de que las decisiones mas relevantes dictadas en la instrucción de la causa se han visto mediatizadas por un excesivo interés del instructor en el resultado de su investigación. La posición del juez de garantías no sería, por tanto, la de un superior jerárquico del juez instructor, que confirma, revoca o anula las decisiones de este último, sino la de un órgano jurisdiccional de idéntica jerarquía pero con funciones diferentes, de igual modo que sucede actualmente en las relaciones entre el juez

instructor y el juez de lo penal.

En otro orden de cosas podríamos significar que con este diseño sería posible sortear muchos de los problemas que la doctrina atribuye a la instrucción de la causa por el juez, pudiendo reseñar en tal sentido lo siguiente:

Primero.- Si se aleja al juez instructor de las decisiones más relevantes de la instrucción también se aleja el riesgo de que el "fragor" de la instrucción o el excesivo interés del instructor en el resultado de su investigación nublen su imparcialidad a la hora de resolver acerca de la legalidad de las medidas que produzcan injerencia en los derechos y libertades del ciudadano.

Segundo.- Las decisiones del juez de garantías aceptando o denegando las medidas de injerencia en derechos fundamentales no se visualizarían como autorización o desautorización de las pretensiones o de la línea de investigación de las partes acusadoras (lo que a la postre podría reafirmar o socavar la seriedad de la acusación ante el órgano enjuiciador), sino como un mecanismo de control contradictorio de las peticiones de otro órgano jurisdiccional y, por tanto, de un doble control jurisdiccional anterior a la adopción de medidas de injerencia en derechos fundamentales.

Tercero.- Con este sistema se resolverían muchos de los problemas que surgen con la creación de prueba anticipada en el ámbito instructorio. El principal escollo que subyace en muchos de los tratadistas al analizar la atribución de la instrucción a los jueces o a los fiscales radica en el posicionamiento doctrinal que se adopte sobre la mayor o menor amplitud de las facultades de creación de prueba en la instrucción. Al atribuir al Juez de garantías la decisión sobre la procedencia y práctica de la prueba anticipada, única prueba que por razones excepcionales puede practicarse fuera del acto del plenario, aleja tales decisiones del "fragor" de la instrucción en un momento procesal en el que posiblemente aún no esté perfectamente determinado cual será

el concreto órgano competente para el enjuiciamiento de la causa. Muchas de las posturas que abominan de la figura del juez instructor tienen como sustrato la reticencia a que el instructor, imbuido de las garantías de un juez independiente, imparcial y predeterminado por la ley, se constituya en creador prolífico de prueba en fase instructora o, dicho de otra manera, que los órganos de enjuiciamiento atribuyan a las diligencias instructoras un mayor peso del que debieran a la hora de resolver sobre la culpabilidad de los acusados. Frente a tal postulado debemos tener en consideración que si la instrucción se atribuye a la fiscalía y se estructura un sistema verdaderamente garantista en el que los fiscales instructores actúen con auténtica imparcialidad y se re-posicione a las restantes partes intervinientes en fase instructora para permitirles el acceso a la obtención de la fuente probatoria, no acertamos a comprender por qué razón los órganos de enjuiciamiento habrían de cambiar su forma de enjuiciar. El problema, por tanto, no radica en limitar las posibilidades técnico legales de práctica de prueba anticipada, sino como ya he sostenido en anteriores trabajos ⁴¹, en la fijación de una normativa clara y uniforme (aplicable a todos los procedimientos penales) sobre acceso al plenario y valoración como prueba del material sumarial obtenido durante la instrucción de la causa.

Cuarto.- El modelo que proponemos eludiría toda la problemática que se plantea con la atribución de las funciones instructoras a la Fiscalía, tales como la falta de personal suficiente para asumir las labores de instrucción en todas las causas penales manteniendo sus funciones de acusación pública, la inadecuación de los actuales programas de formación para asumir funciones instructoras, las posibles injerencias del poder ejecutivo en su labor por la vigencia del principio de subordinación jerárquica, la contradicción sustancial que se produce en la atribución a una parte (acusación pública) de funciones instructoras regidas por el principio de

imparcialidad y el real desequilibrio que se produciría en relación a la defensa o al resto de las acusaciones en la adquisición de la fuente probatoria.

8. EL JUEZ DE GARANTÍAS Y LA PRUEBA.

Como ya hemos apuntado en algunos de los apartados precedentes algunos de los posicionamientos doctrinales favorables a la figura del Juez de garantías lo relacionan de forma indisoluble con la atribución de las funciones instructoras al Ministerio Fiscal. También en muchos de los casos lo que se propugna es un fiscal investigador que, por su condición de parte procesal, no tenga auténticas facultades instructoras, es decir, que no tenga la capacidad de resolver sobre la apertura y clausura del procedimiento penal, limitándose únicamente a la incoación de un procedimiento pre-procesal en el que pueda articular la aplicación del principio de oportunidad o decidir la presentación del resultado de la investigación ante el Juez que ha de resolver la apertura de la causa penal. Asimismo, con el fin de limitar los efectos mas perniciosos de tal sistema se trasladan, de una u otra forma, al ámbito de la investigación pre-instructora algunos de los principios rectores del auténtico proceso penal, como serían los principios de información, contradicción y defensa.

A mi entender todo este artificio obedece a una razón mas importante, cual es que los defensores del sistema pretenden a través del mismo que no pueda crearse prueba durante la investigación criminal, limitando tal creación probatoria al supuesto excepcional de la prueba anticipada formalizada ante el juez de garantías con respeto al principio de contradicción. Por el contrario sostengo que, ante la excesiva tendencia que muestran los órganos enjuiciadores a fundar sus sentencias de condena en pruebas no deducidas en el plenario sino en la instrucción ⁴², resultaría mas conveniente fijar reglas claras y uniformes sobre tal posibilidad de valoración probatoria que atribuir a una parte imparcial la adquisición de la fuente probatoria para que la misma esté

siempre sujeta al cuestionamiento valorativo de hallarnos ante una prueba de parte.

En otro orden de cosas debemos resaltar que cuanto mas investigación tengamos, en detrimento de la instrucción, cuanto mas actividad policial en vez de actividad procesal, menor control habrá de los errores, abusos o extralimitaciones de la policía o de la parte acusadora. Como ya he argumentado en otras ocasiones ⁴³ en los sistemas de investigación actualmente vigentes la policía y el fiscal disponen de mayores posibilidades de obtención de material probatorio que la defensa del imputado. Las nuevas técnicas de investigación policial, con sofisticados sistemas de investigación electrónica y de análisis de datos, dan lugar a vigilancias preprocesales que, en ocasiones, no se participan a las autoridades encargadas de la instrucción penal. La policía, con unos recursos personales y técnicos muy importantes, dispone de una cantidad de información y de posibilidades de actuación que, a juicio de SCHÜNEMANN ⁴⁴, solo puede ser limitada a través del reforzamiento de los mecanismos de control por los encargados de la instrucción judicial. Tal diferencia posibilística, si bien podría entenderse subsistente en la fase más incipiente de la investigación del delito por la policía, resulta contrarrestada posteriormente por la obligación del Juez Instructor de recoger todas aquellas circunstancias "así adversas como favorables al presunto reo" (art. 2 LECr), por la vigencia de los principios de "contradicción, proporcionalidad y defensa" en la práctica de las diligencias pre-procesales del Ministerio Fiscal (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), así como por la facultad de las partes personadas de solicitar la práctica de diligencias instructoras y de obtener una resolución motivada del órgano jurisdiccional.

Con el auge del terrorismo, de la delincuencia organizada y de la criminalidad inter-fronteriza parece potenciarse la obtención policial de material probatorio a través de nuevas técnicas que atentan contra el principio de igualdad de armas (seguimientos policiales, entregas vigiladas, agentes encubiertos, escuchas domiciliarias, captación de imágenes por

vídeo en espacios públicos e interceptación de telecomunicaciones y de transmisiones informáticas –sistemas Echelon y Carnivore– y de transacciones bancarias –Plan Total Information Awareness) y que, tal como denuncia BERNAL PULIDO ⁴⁵, en muchas ocasiones dan lugar a injerencias en derechos fundamentales carentes de la necesaria proporcionalidad, lo que ha llevado a LÓPEZ ORTEGA ⁴⁶ a plantearse la necesidad de un control efectivo de las nuevas técnicas de investigación denominadas “pro activas”.

No se trata, por tanto, de una injustificada desconfianza en el correcto funcionamiento de nuestras autoridades de investigación criminal, sino en la conveniencia de someterlas a controles efectivos que eviten un uso desviado de su poder en detrimento de los derechos del imputado, quien difícilmente va a encontrarse en una situación de auténtica igualdad en su acceso a la obtención de la fuente probatoria, algunas veces por las propias necesidades de la investigación, que impondrán la conveniencia de no comunicarle el inicio de las pesquisas para no malograr precipitadamente el resultado de las mismas y otras por las carencias propias del sistema de defensa, bien en su formación, retribución o medios de investigación, que suele ser con frecuencia el eslabón más débil de toda la arquitectura procesal.

9.- CONCLUSIONES.

Como conclusión quisiera resaltar la siguiente idea: con independencia de que cada uno de los respectivos legisladores nacionales, en atención a sus condicionamientos personales y materiales, a sus estructuras judiciales y a su específicos problemas delincuenciales, opte por atribuir la instrucción de las causas penales al Poder Judicial o al Ministerio Fiscal, podríamos coincidir en que cualquiera que sea el sistema instructorio por el que se opte, resultaría extremadamente conveniente la regulación de la figura de un juez de control o de garantías de la instrucción, porque contribuiría a dotar a los procedimientos de adquisición de la fuente probatoria de una garantía adicional, la de un

juez, tan apartado de la instrucción como del enjuiciamiento de la causa, encargado de resolver de forma contradictoria las principales controversias suscitadas por las partes en la fase instructora, lo que contribuiría a una mayor independencia y objetividad en la adopción de decisiones que afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos en dicha fase procesal, redundando a la postre en una mayor calidad, eficacia y consideración pública del procedimiento penal.

- 1 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 58.
- 2 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ob. cit., pp. 57-58.
- 3 URBANO CASTRILLO, E., *Investigación e instrucción: Diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro en El juez de instrucción y el juez de garantías. Posibles alternativas*, Marchena Gómez, M., (dir.), Estudios de Derecho Judicial, vol. 42/2002, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 62-63.
- 4 URBANO CASTRILLO, E., *Investigación e instrucción: Diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*, ob. cit. pp. 55-60.
- 5 Art. 796.2 LECr y Reglamento 5/95, de 7 de junio, regulador de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, modificado por el Acuerdo Reglamentario 2/2003 del CGPJ.
- 6 Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado.
- 7 ARANDA y ANTÓN, G., *Comentarios a la Ley del Jurado*, ob. cit., p. 377 y VEGAS TORRES, J., *Comentarios a la Ley del Jurado*, ob. cit., p. 46.
- 8 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *El jurado en España*, ed. Comares, Granada, 1995, p. 112.
- 9 RICHARD GONZÁLEZ, M., *La competencia del Ministerio Fiscal para la investigación de los actos delictivos*, pendiente de publicación.
- 10 En lo relativo a la intervención del Fiscal véase la Circular 1/2000, de 18 de diciembre.
- 11 RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F. y RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico*, ed. La Ley, Madrid, 2009 (6ª edición), p. 1651.
- 12 RICHARD GONZÁLEZ, M., *La competencia del Ministerio Fiscal para la investigación de los actos delictivos*, ob. cit.
- 13 RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F. y RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico*, ed. La Ley, Madrid, 2009 (6ª edición), pp. 842-844.
- 14 En el CPPMI se regulan otros procedimientos penales, aparte del Procedimiento Preparatorio, tales como el Juicio por delito de acción privada (arts. 374 a 382), el Juicio de menores (art. 383), el Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección (arts. 384 a 387) y otros procedimientos recogidos en los Apéndices: Procedimiento contra ausentes, Juicio por jurados, Juicio por faltas o contravenciones y Hábeas Corpus.
- 15 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 60.
- 16 SSTDH Caso *Piersach* de 1-10-1982, Caso *De Cubber* de 26-10-1984 y Caso *Fey* de 24-2-1993.
- 17 SSTC 137/1996, 142/1997, 11/2000, 52/2001, 41/2005 y SSTS de 13-2-2001 y 21-1-2003.
- 18 PÉREZ DEL VALLE, C., *El imputado y el derecho de defensa en el marco del proceso penal. Reflexiones en torno a las consecuencias del principio nemo tenetur*, ponencia presentada en el curso que sobre "La libertad y la seguridad en los procesos penales modernos" se celebró en Cartagena de Indias (Colombia) entre los días 17 y 21 de Noviembre de 2008 por iniciativa del CGPJ y de la Agencia Española de Cooperación Internacional.
- 19 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal*, Revista del Poder Judicial, nº 69-2003, p. 257.
- 20 PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 101-104.
- 21 VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, en *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 393.
- 22 BACIGALUPO ZAPATER, E., *La noción de un proceso penal con todas las garantías*, en *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de formación continuada, vol. 22/2004, Gutiérrez Alviz-Conradi, F. y López López, E., (coord.), CGPJ, Madrid, 2005, p. 512.
- 23 AMBOS, K. y WOISCHNIK, J., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Maier, J.B.J., Ambos, K. y Woischnik, J. (coord.), ed. *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000, pp. 850-851.
- 24 CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, ob. cit., p. 145, donde afirma que "En mis lecciones sobre el proceso penal, al esbozar la función de este proceso, demostré que, de la misma manera que no se puede castigar sin juzgar, así también el juicio implica el castigo; la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculcado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento; y como este sufrimiento no tiene otra razón sino la de combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena".
- 25 RIFÁ SOLER, J.M., *Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba*, pendiente de publicación.
- 26 GIMENO SENDRA, V., en *Constitución y proceso*, ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 67, afirma que "la imparcialidad del Ministerio Fiscal no es equiparable a la independencia que la Constitución confiere a los jueces y magistrados ... el Ministerio Fiscal es un órgano que en definitiva actúa informado por el principio de *dependencia jerárquica*".
- 27 MARCA MATUTE, J., "La fuente probatoria y la estructura de los procedimientos", pendiente de publicación, p.16.
- 28 GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 63.
- 29 STC 41/1998 (Sala 1ª), de 24 de Febrero.
- 30 *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 28 y ss.
- 31 *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 9-11.
- 32 *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 28 y ss.

- 33 MARCA MATUTE, J., *El imputado y el derecho de defensa en la instrucción*, pendiente de publicación, pp. 8-9.
- 34 HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El estatuto del imputado en el proceso penal*, en *Hacia un nuevo proceso penal*, Carmona Ruano, M. (dir.), Manuales de formación continuada, vol. 32/2005, CGPJ, Madrid, 2006, p. 146.
- 35 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ob. cit., pp. 55-56.
- 36 Como aclaración al autor debo añadir que se trata de la posibilidad recogida en el procedimiento penal alemán de archivo de asuntos penales de poca importancia –pena privativa de libertad mínima inferior a un año- con aprobación del inculpado y del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, archivo sujeto a la imposición de determinadas condiciones.
- 37 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 60.
- 38 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ob. cit., pp. 60-77.
- 39 CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1994, p. 211, donde afirma que “Si hay una figura ambigua en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Fiscal. Cuando comencé a ocuparme de él, en los primeros intentos de sistematización del derecho procesal, su ambigüedad me impresionó a tal punto, que me venía a la mente la cuadratura del círculo: ¿no es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial?”.
- 40 CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, ob. cit., p. 216-217.
- 41 MARCA MATUTE, J., *La fuente probatoria y la estructura de los procedimientos penales*, ob. cit. p. 36.
- 42 Destaca BURON BARBA, F., en *El Fiscal al servicio de la democracia*, en la revista *Poder judicial*, Septiembre 1983, que el sumario o las diligencias practicadas en las preparatorias se erigen prácticamente en prueba única y definitiva, lo que es contrario, y por ello se ha traducido en una especie de degeneración del sistema, al espíritu y a la literalidad de la Ley Procesal Penal.
- 43 MARCA MATUTE, J., *El imputado y el derecho de defensa en la instrucción*, ob. cit., p. 25.
- 44 SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 55-77 y AMBOS, K., *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, en *Tribunales de Justicia*, marzo 2002, pp. 15-23.
- 45 BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (3ª edición), pp. 523 y ss.
- 46 LÓPEZ ORTEGA, J.J., *Los macroprocesos: problemas y soluciones en Las reformas procesales*, Choclán Montalvo, J.A. (dir.), Estudios de derecho judicial, vol. 58/2004, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 223-224 y *La protección de la intimidad en la investigación penal: Necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez en Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, López Ortega, J.J. (dir.), CGPJ, Madrid, 1996, pp. 304-305.

Chavez, J.J. (dir.). *CGPJ*, Madrid, 1996, pp. 304-305.

Montolio, J.A. (dir.). *Estudios de derecho judicial*, vol. 2812004, *CGPJ*, Madrid, 2005, pp. 223-224 y 1.ª parte de la II.

LÓPEZ ORTEGA, J.J. *Los magistrados: problemas y soluciones en las reformas procesales*. Chocón y Constitucionales, Madrid, 2007 (2ª edición), pp. 623 y ss.

BERNAL PUJICO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (2ª edición), pp. 623 y ss.

MARCA MATUTE, J. *El imputado y el derecho de defensa en la instrucción*, en: *dir.*, p. 25.

Y a la finalidad de la Ley Procesal Penal.

y definitiva, lo que es contrario, y por ello se ha resuelto en un especie de separación del sistema, el artículo 1083, que el aumento o las diligencias procesales en las propuestas se hacen prácticamente en grado único.

Castro BURON BARBA, F. *en El Fiscal y el servicio de la detención*, en la revista *Fiscal Judicial*, September.

MARCA MATUTE, J. *La fuente material y la estructura de los procedimientos penales*, *dir.*, p. 38.

CARNELUTTI, F. *Cuestiones sobre el proceso penal*, *dir.*, p. 216-217.

¿puede imputar?

que me voy a la mente la estructura de otros; uno es como reducir un grado a un grado, contra una de él en los otros intentos de elimitación del derecho procesal, en imputación me imputando a la parte que tiene una figura amplia en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Fiscal. Cuando comencé a componer CARNELUTTI, F. *Cuestiones sobre el proceso penal*, *dir.*, p. 217, donde afirma

SCHÜEMANN, B. *La reforma del proceso penal*, *dir.*, pp. 70-77.

SCHÜEMANN, B. *La reforma del proceso penal*, *dir.*, p. 80.

la imputación de determinadas condiciones.

aprobación del imputado y del Tribunal competente para la apertura del procedimiento penal, activo sujeto a de archivo de asuntos penales de poca importancia - para privarle de libertad carcelaria menor a un año - con Como establece el autor, todo efecto que se trata de la posibilidad de recibir en el procedimiento penal activo SCHÜEMANN, B. *La reforma del proceso penal*, *dir.*, pp. 85-86.

González Ruano, M. (dir.). *Manuales de formación continuada*, vol. 3232005, *CGPJ*, Madrid, 2006, p. 148.

HERNÁNDEZ GARCÍA, L. *El estatuto del imputado en el proceso penal*, en *tesis en nuevo proceso penal*, pp. 8-9.

MARCA MATUTE, J. *El imputado y el derecho de defensa en la instrucción*, *dir.*, pp. 8-9.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, SU IMPRESCRIPTIBILIDAD Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA MEDIA PRESCRIPCIÓN APLICADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN ALGUNOS FALLOS RECIENTES.

Humberto Nogueira Alcalá ¹.

RESUMEN:

El autor partiendo de una concepción de los derechos fundamentales fundamentales que se nutre tanto del derecho constitucional como del derecho internacional, lo que conforma un bloque constitucional de derechos, el cual constituye el parámetro de análisis y aplicación de las normas infraconstitucionales. En esta perspectiva, a partir de la determinación por vía jurisprudencial de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema Chilena que reconocen a los delitos contra la humanidad o contra los derechos humanos como crímenes inamnistiables e imprescriptibles, se analizan diversos fallos de la Corte Suprema recientes que contradicen dicha perspectiva y que generan responsabilidad internacional.

PALABRAS CLAVE:

Derechos fundamentales. Imprescriptibilidad crímenes contra la humanidad. Media prescripción. Responsabilidad internacional del Estado.

I. LAS FUENTES DEL DERECHO QUE DELIMITAN Y CONFIGURAN EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política de la República, en su artículo 1º, inciso 1º, determina que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La dignidad es una cualidad intrínseca,

irrenunciable e inalienable del ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al ser humano en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que “*el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres*”.

La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás. La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Peter Häberle señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana” ².

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución, constituye una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico

nacional, constituye una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, como señala Ríos Álvarez, la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana ³.

Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre la "Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos", ha establecido sobre la materia:

"Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1° inciso primero de la Constitución, el cual dispone que "las personas nacen libres e iguales en derechos". pues bien, la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados;" ⁴.

El respeto y protección de la dignidad del ser humano delimitan la potestad constituyente y la potestad estatal.

Una Constitución que se compromete con la dignidad de la persona humana establece una premisa antropológica-cultural y precisa los contornos de su comprensión del Estado Constitucional.

Los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1°, inciso 1°, de la Carta Fundamental, son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación conciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituidas por la autonomía y fin en sí mismo, no siendo la persona un medio o instrumento de nadie.

La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la unicidad de cada individuo humano y del hecho de que ella es creadora de un deber de igual respeto y protección en el ámbito de la sociedad ⁵.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversos casos específicos, mencionaremos a continuación uno de los primeros pronunciamientos en la materia:

"La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, [...], significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención" ⁶.

Obviamente, el orden material de valores que implica la dignidad humana, como asimismo la libertad e igualdad esencial de todos los seres humanos es considerado por la Constitución chilena como anteriores a ella misma, en la medida que el texto de la Carta Fundamental no crea dichos valores, sino que se limita a reconocerlos, asegurarlos y garantizarlos, su fundamento último se encuentra en la idea de ser humano que asume la cultura occidental.

La dignidad de la persona es la fuente y fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

1. Los derechos fundamentales.

El artículo 5° inciso 2° de la Constitución prescribe *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*.

En el sistema constitucional chileno los derechos no están en las normas (internas o internacionales),"no se constituyen" en la

norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normológica⁷.

La Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales lo que da lugar a un catálogo de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está conciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona.

Los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras.

Como señala Ferrajoli, "Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer"⁸.

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa, "La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar"⁹, la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

El profesor *Cea Egaña* señala que los derechos

fundamentales son aquellos "derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos"¹⁰.

Los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional, ya que además se encuentran los *derechos implícitos*, los cuales tienen expreso reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El *Tribunal Constitucional*, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°, determina:

"..... la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

"Esta última expresión significa que *los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional*".

Los derechos implícitos no solo tienen reconocimiento jurisprudencial, sino que tienen reconocimiento normativo vinculante y obligatorio para los operadores jurídicos nacionales, en la medida que están expresamente consagrados en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por dicha razón, tal como lo determina la *Corte Constitucional de Colombia* en sentencia 477/95:

"De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en

virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica."

El artículo 29, literal a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisa que *ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes deben ser interpretadas en el sentido que permitan al Estado suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.*

La Convención establece un mínimo de contenido de los derechos que debe ser protegido por los Estados Parte, por lo que las disposiciones de la Convención no pueden ser interpretadas en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello exige al Estado parte y a sus operadores jurídicos aplicar el principio *favor persona* o *favor homine* aplicando la norma que mejor protege u optimiza el derecho fundamental.

A su vez, la CADH, como lo señala el artículo 29, literal c), que constituye norma interpretativa imperativa para los Estados Partes precisa que no se pueden "*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*".

Esta norma constituye un reconocimiento explícito de la existencia de *derechos implícitos*, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de no estar establecidos en una norma positiva.

2. Los derechos como límites del ejercicio de la soberanía y como obligaciones de respeto y promoción por parte de los órganos estatales.

La Constitución Chilena, reformada en 1989, artículo 5°, inciso 2°, prescribe: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter de limitación al ejercicio de la soberanía, genera la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación del Estado a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema Chilena, en reiterados y uniformes fallos, de uno de ellos, reproducimos su *ratio decidendi*:

"TRIGÉSIMONONO: *Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por "los derechos esenciales de la persona humana" siendo "deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango*

constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

“En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, [...]”¹¹

Como señala uno de los académicos más reconocidos en la materia, el profesor francés *Louis Favoreu*, por derechos fundamentales es necesario comprender “*el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional*”¹².

El texto constitucional no permite que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentalizada¹³, sino que deben ser abordados como *fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana*, abordando los en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

El ámbito normativo de cada derecho

fundamental está conformado por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia insita en los mismos derechos.

Como señalara uno de los más destacados constitucionalistas latinoamericanos, Germán Bidart Campos: “La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser – ni debe ser – de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional.”¹⁴.

3. El bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por **bloque constitucional de derechos fundamentales** entendemos *el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH¹⁵, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Chilena vigente*¹⁶.

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que

asegura directamente la Constitución, como lo establece explícitamente en Chile, el artículo 5° inciso 2°, la cual constituye norma de reenvío.

El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales que limita el ejercicio de la soberanía no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la persona humana.

El artículo 29, literal b), de la CADH, exige al operador jurídico que aplique, cuando se encuentra frente a diversas normas de derechos humanos o fundamentales, aquella norma que mejor protege los derechos, aplicando la norma interna o la internacional, dependiendo de cual sea aquella que optimice el goce y ejercicio del derecho.

Así puede sostenerse que tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en las normas constitucionales formales como los contenidos en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de *ius cogens* constituyen un *bloque en materia de derechos fundamentales* que enriquecen la delimitación de los derechos esenciales asegurados constitucionalmente, constituyendo tal bloque el parámetro de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales.

La Corte Suprema de Justicia chilena ha reconocido que los derechos esenciales contenidos en los tratados constituyen límites al ejercicio del poder estatal, incluido el poder constituyente:

*“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4°)”*¹⁷.

*“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”*¹⁸.

El Estado de Chile como parte de la comunidad de naciones civilizadas reconoce y aplica los principios imperativos del derecho internacional o principios de *ius cogens*, los cuales son de obligatoria aplicación para todos los estados y sus agentes gubernamentales.

Nuestra Corte Suprema ha honrado esta obligación jurídica, cuyo irrespeto genera responsabilidad internacional, reconociendo jurisprudencialmente la integración de los principios de *ius cogens*, como asimismo las normas de derecho consuetudinario internacional, los cuales se incorporan al derecho interno sin ningún acto de formalización:

*“Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho nacional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho derecho internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o *ius cogens*, que pasan a formar parte del derecho*

interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

“Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencias – conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución – es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”¹⁹.

La Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado esta línea jurisprudencial enriqueciendo su doctrina sobre el derecho imperativo internacional o normas de *ius cogens*:

“TRIGÉSIMO PRIMERO: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “*ius cogens*”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica

el rechazo “*in limine*” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general

que tenga el mismo carácter". Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: "Los derechos humanos en el mundo contemporáneo", Ariel, Barcelona, primera reimposición, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.²⁰

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente

Respecto de la línea jurisprudencial de la

Corte Suprema respecto de la incorporación directa y automática del derecho internacional consuetudinario, puede citarse la siguiente sentencia de 2006:

22°.- Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (S.C.S., 30.01.1.996).

23°.- Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias "**Lauritzen con Fisco**" o de los barcos daneses (R.D.J., T.52, II, 1ª, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional "**priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado**" (en: R.D.J., T. 56, II, 4ª, pág. 66); los casos **Embajada de la República de China**, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y **Embajada de Cuba**, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos - pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa - las **sentencias de 26.10.95** (Rol N° 5.566), **consid. 14°** y **9.09.98** (Rol N° 469/98), **consid. 10°**, todas de esta Corte Suprema. Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don **Manuel E. Ballesteros**, a fines del siglo XIX, sostenía que "**con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a**

las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571). Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos **“Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros- participan plenamente de esta posición.”**²¹.

Se enriquece la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de aplicación del *derecho consuetudinario internacional*, a través de las siguientes consideraciones, emitidas como ratio decidendi en fallo de 2007:

“TRIGÉSIMO SEXTO: *Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66). Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478;*

*Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).”*²².

Esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derechos fundamentales, se reafirma en *materia del derecho convencional internacional de derechos humanos*, aplicándolo al derecho de defensa, asegurado por el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en sentencia de 18 de abril de 2007, que en lo pertinente dicha sentencia sostiene:

“Noveno. *Que el artículo 19 N° 3 inciso segundo de la Constitución Política del Estado, reconoce a los ciudadanos la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, en cuanto toda persona puede acceder a la defensa jurídica en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir, o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.[...].*

Décimo. *Que a lo anterior, y conforme a la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho a la defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son [...]”*²³.

Así puede sostenerse que tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia afirman y aplican el bloque constitucional de derechos, con formado por los derechos

- a) que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad;
- b) que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*²⁴; los que asegura el derecho convencional

internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario ²⁵ y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

La interpretación integradora de la Constitución implica que el juez presta atención a los derechos explícitos de fuente constitucional e internacional, a los derechos implícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.

A su vez, el carácter esencialmente abierto de las normas que configuran abstractamente los derechos esenciales de la persona, llevan a desarrollar una interpretación de la Carta Fundamental y de todo el ordenamiento jurídico sobre el que ella actúa, en el sentido de que permita obtener para los derechos, el mayor grado de protección y efectividad, entendidos desde una perspectiva de un Estado de derecho y un Estado Constitucional democrático, que asegure la Constitución en sus artículos 4°, 5°, 6° y 7°.

La confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema. De esta manera, el sistema de derechos tiene la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización.

Todas las normas sobre derechos fundamentales contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía), con las claves hermenéuticas del Derecho de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos

Humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un "plus" al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de Derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Así lo entiende también José Luis Cea Egaña, para el cual, "En virtud del artículo 5° inciso 2°, modificado en 1989, la Constitución hace parte formal y sustantiva de su texto los derechos, deberes, acciones y recursos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país que versen sobre los atributos esenciales de la persona humana. "Existe complementación, y no oposición, por ende, entre el Estatuto de la Persona en el derecho interno y en el derecho supranacional. Consecuentemente también, se ha vigorizado aquel estatuto por la conjugación o armonía de ambos sistemas jurídicos. Trátese de una evidencia más acerca de la nueva concepción de la soberanía, limitada y limitable por el respeto que debe al ejercicio de aquellos derechos" ²⁶.

Asimismo, existe el postulado de la interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución y la Carta Fundamental como lo determina el artículo 6° inciso primero de la Constitución, el cual precisa que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas de conformidad con ella", lo que implica que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal y en el derecho internacional de los derechos humanos como principios de ius cogens y derecho consuetudinario internacional se incorporan directa y automáticamente al derecho interno y lo mismo ocurre con el derecho convencional internacional ratificado por Chile, los cuales limitan el ejercicio de la soberanía como lo determina el artículo 5° inciso

2°, de manera tal que este *bloque constitucional de derechos constituye un parámetro conformador de la interpretación conforme a la Constitución*, por lo que todas las normas infraconstitucionales deben interpretarse y aplicarse conforme al bloque constitucional de derechos fundamentales ²⁷.

La Constitución Política exige a los agentes y órganos del Estado no solo una función de respeto de los derechos, sino también una *función promocional*, deber constitucional expresa e imperativamente previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, debiendo promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos ²⁸.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo, los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

En una perspectiva técnico jurídica, la introducción de garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un "plus" respecto de las normas vigentes, cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos como deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de principios y normas que mejoren el contenido de derechos y sus garantías constituyen aplicación de los principios o postulados básicos de interpretación de derechos fundamentales como son los de

"favor homine" o "favor persona" reconocido y aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

Es posible "proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester "interpretar" (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas*" ²⁹.

II. **La aplicación de la media prescripción en materia de delitos contra la humanidad y contra los derechos humanos vulnera el objeto y fin perseguido por la obligación jurídica de reconocer la imprescriptibilidad de tales crímenes y sancionar proporcionalmente a sus autores.**

Existe una jurisprudencia asentada de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal de que el secuestro calificado es un delito permanente cuya consumación se mantiene mientras la persona no recupere su libertad o se determine su muerte. Dicho delito es el equivalente al de desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad o crimen contra los derechos humanos, el cual forma parte del derecho consuetudinario y convencional internacional, además de principio de *ius cogens*, como lo ha precisado tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la propias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos uniformes ³⁰.

Tal secuestro constituye tanto un crimen de lesa humanidad como un crimen contra los derechos humanos, crímenes que el derecho internacional vigente, válido y aplicable en Chile, determina que por su naturaleza y gravedad no le son aplicables la amnistía, la prescripción ni otros eximentes o aminorantes de responsabilidad ³¹.

La Sala Penal de la Corte Suprema, ha asumido la obligación de de buena fe de cumplir las obligaciones internacionales de no aplicar amnistía ni prescripción a los delitos contra la humanidad o contra los derechos humanos, asumiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emanada del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en sentencias inauguradas con el "caso Molco" en diciembre de 2006 ³² y desarrollada en el "caso Chena" en marzo de 2007 ³³ y seguidas por otras similares, en los cuales, como lo determina la Corte Interamericana, los crímenes como el secuestro calificado y el homicidio desarrollado por agentes del Estado en ejecución de una política estatal emanada del régimen autoritario militar, constituyen crímenes de lesa humanidad, los cuales son inamnistiables e imprescriptibles ³⁴, lo que constituye un mandato imperativo para nuestros tribunales, ya que una conducta distinta es conformadora de responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

En los últimos meses se han dictado sentencias que constituyen un retroceso en la materia, y que son incoherentes con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de imprescriptibilidad de actos que constituyen crímenes de lesa humanidad o contra los derechos humanos, aplicando el instituto de la media prescripción que ha sido desarrollado para crímenes comunes en el derecho chileno pero impracticable en crímenes contra la humanidad, entre las cuales puede citarse el "caso Rivera Matus" ³⁵, "caso Contreras Maluje" ³⁶ "caso Parral" ³⁷.

La aplicación de la media prescripción, en beneficio de los autores de tan graves crímenes contra la humanidad y contra los derechos humanos, consideramos que genera una

vulneración de derechos humanos por parte de las resoluciones judiciales que aplican dicha media prescripción.

Los crímenes contra la humanidad como son las desapariciones forzadas o secuestros calificados, son inamnistiables e imprescriptibles como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ³⁸. Si tales delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, cabe preguntarse sobre el sentido y alcance de la aplicación de la media prescripción, cuando ella esta instituida para su aplicación a delitos comunes que son los considerados en el Código Penal, que son, por razones obvias, los delitos que son susceptibles de prescribir según su naturaleza, por lo que no es aplicable dicha media prescripción a los crímenes contra la humanidad y contra los derechos humanos. Si no procede aplicar la prescripción, vale decir, el transcurso del tiempo, por ser tales delitos imprescriptibles, tampoco puede aplicarse la media prescripción, que constituye una especie de aplicación parcial del transcurso del tiempo para aminorar la sanción de los criminales contra la humanidad. No pueden aplicarse instituciones diseñadas para aplicación local a delitos ordinarios para crímenes contra la humanidad y contra los derechos humanos, ya que ellos constituyen un tipo especial, al cual no se le aplican las reglas comunes y se rigen por el derecho internacional.

Por otra parte, al ser aplicable la prescripción sólo a delitos comunes (los crímenes de lesa humanidad no lo son), esta solo puede considerarse si se prueba en el transcurso de la investigación, en el caso de desapariciones forzadas o secuestros permanentes la fecha en que la víctima recupera su libertad o la fecha de su muerte, si ello no se conoce no es posible establecer el momento desde el cual debe establecerse el inicio del computo del plazo para la prescripción, como nos ha señalado en sus sentencias la propia Corte Suprema ³⁹, porque no hay fecha desde la cual pueda determinarse el computo de la mitad del tiempo que corresponde a la prescripción, cuya determinación requeriría tener pruebas del término del secuestro o de la fecha de muerte

de la víctima, de lo contrario, como la propia Corte Suprema ha fallado, tales secuestros calificados son de consumación permanente, además de ser delitos imprescriptibles.

El plazo establecido por el legislador para calificar el delito de secuestro por el art. 141 del Código Penal, para estimar como más grave la conducta delictiva, no puede utilizarse para contabilizar el plazo como un inicio de la consumación del delito con el objeto o finalidad de considerar una atenuante favorable al autor del crimen de lesa humanidad, por lo que considerar dicho plazo, para de allí estimar el plazo de la prescripción no tiene en consideración ni el contexto ni la finalidad con la que fue dictada dicha disposición, además de ser contradictorio con el tipo penal, como por lo demás lo han señalado algunos de los ministros integrantes de la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Penal de la Corte Suprema aplica a un delito que su propia jurisprudencia considera de carácter permanente e imprescriptible por ser de lesa humanidad y contra los derechos humanos en cuanto crimen atroz que violenta al conjunto de la humanidad, un plazo de consumación previsto como una determinante de agravamiento de responsabilidad para un delito común en el Código Penal, respecto del cual eventualmente podría aplicarse la prescripción o la media prescripción, lo que deja perplejo a cualquier observador imparcial.

Es necesario recordar en esta materia que los tribunales como órganos del Estado chileno están vinculados por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que determina imperativamente la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos o fundamentales reconocidos en ella.

Sobre la *obligación de garantía* la jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte Interamericana, como órgano jurisdiccional vinculante e intérprete supremo de la Convención, ha determinado que ello implica *investigar, perseguir y sancionar efectiva y*

proporcionalmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que: ***“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.”***⁴⁰

La sanción debe tener el *carácter de seria, eficaz, proporcional al crimen cometido* (crimen contra la humanidad el cual ha privado de libertad, que ha afectado la integridad y ha constituido en definitiva el asesinato de un a persona) *y pertinente a tal fin, garantizando los derechos de las víctimas y sus familiares.*

*La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es hoy norma imperativa de derecho internacional o ius cogens, declarado así jurisdiccionalmente por los órganos competentes para ello, lo que la Corte Suprema en su Sala Penal ha asumido a través de sus sentencias, de buena fe y cumpliendo con sus obligaciones internacionales como órgano del Estado de Chile en algunas de sus sentencias*⁴¹.

Mediante la determinación de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la comunidad mundial civilizada busca que tales crímenes no sean olvidados y que el transcurso del tiempo no afecte sus posibilidades de efectiva sanción como ocurre en todas parte del planeta, respecto de los cuales no puede aplicarse la prescripción que es el transcurso del tiempo que lleva al olvido de la responsabilidad en la concreción del delito, ni tampoco la media prescripción que es una especie de prescripción, que corresponde a la misma naturaleza de la primera y que implica aplicar la dimensión temporal a un delito que por

definición no se le puede aplicar dicha variable de tiempo y que tiene los mismos objetivos de seguridad objetiva, que el *ius cogens* niega a los crímenes de lesa humanidad.

Los crímenes contra la humanidad son crímenes diferentes a los delitos comunes, donde el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, donde el reproche social de la humanidad no disminuye con el transcurso del tiempo, el cual se mantiene con carácter permanente, la humanidad busca que el crimen no sea olvidado y que el criminal sea castigado efectivamente, no importando el momento en que ello ocurra, a diferencia de lo que acontece con los delitos comunes y el reproche social de ellos, en la medida en que tales delitos son susceptibles de prescripción y la variable tiempo es un elemento que debe considerarse, rigiendo las instituciones de la prescripción y la media prescripción, los cuales no son aplicables a los crímenes contra la humanidad.

Un tribunal al aplicar la media prescripción a un crimen de lesa humanidad está desconociendo la obligación de *sancionar proporcionalmente dicho crimen de lesa humanidad* y afecta el principio imperativo de derecho internacional de la imprescriptibilidad, vale decir, que el transcurso del tiempo desde el momento en que se cometió el delito no tenga ninguna consideración respecto de la acción penal ni respecto de la sanción del criminal.

La afirmación anterior implica la imposibilidad de aplicar la media prescripción, la que implica el utilizar el transcurso del tiempo desde que se cometió el delito para favorecer con una pena menor al criminal contra la humanidad, constituyendo una especie referida directamente a la prescripción y una especie disminuida de ella, que parte de la consideración del transcurso del tiempo y que en virtud del lapso transcurrido beneficia al autor del delito, generando una vulneración directa e inmediata de la obligación de no considerar el tiempo en la sanción de los crímenes contra la humanidad, violando los estándares internacionales de derechos humanos de sanción efectiva y proporcionada de tales criminales.

La aplicación de la media prescripción a crímenes contra la humanidad y contra los derechos humanos que son por naturaleza imprescriptibles, implica a su vez, la *aplicación de una pena no proporcionada al crimen cometido y la sanción constituye solo una apariencia de justicia, que deja a los autores de tales crímenes el cumplimiento de sanciones en ciertos casos irrisorias y absolutamente desproporcionadas que en algunos casos son cumplidas en libertad.*

Por otra parte, la media prescripción como institución de derecho interno sólo es aplicable a los delitos comunes respecto de los cuales los procesados (en el contexto del proceso penal antiguo) se presenten o fueren habidos durante el proceso y no en el caso de que ellos estén presentes durante todo el proceso penal, como ocurre con los criminales a quienes se les ha aplicado dicho instituto.

Otra consideración jurídica que presentan los fallos en la materia, en los que ha aplicado la media prescripción, *en inaudita parte*, es que ello *vulnera el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de Naciones Unidas, que exigen que las partes sean oídas por el tribunal antes de que este resuelva la materia, especialmente a aquellos que se han visto perjudicados por la comisión del delito contra los derechos humanos o crimen contra la humanidad. La jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte Interamericana exige que, en los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones, presentar elementos probatorios y que estos sean analizados en forma completa y seria a través de una sentencia congruente, fundada en las fuentes del derecho vigente y motivada ⁴².

En el caso chileno, la Corte Interamericana ya ha precisado en los casos fallados, que el Estado de Chile no puede argüir ninguna ley o disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de crímenes

de lesa humanidad, por lo cual no se puede volver a aplicar el DL N° 2.191, ni tampoco podrá argumentarse prescripción, principio *non bis in ídem* ni cualquier otra excluyente de responsabilidad similar, para excusarse de su deber de sancionar a los responsables de tales crímenes⁴³.

En el caso chileno, la aplicación de la media prescripción en casos concretos en el tipo de delitos que son crímenes de lesa humanidad ha posibilitado conceder a los condenados la libertad vigilada, con lo cual *no existe verdadero y real castigo para los autores de los crímenes de lesa humanidad respectivos*, ya que la libertad vigilada consiste en una medida alternativa que suspende el cumplimiento y ejecución de la pena, afectando el derecho de la víctima de tan feroces crímenes y de sus familiares a que los criminales *sean efectiva y realmente sancionados y la pena cumplida* efectivamente. La insatisfacción de este estándar puede implicar, como lo ha precisado la Corte Europea de Derechos Humanos, una pérdida en la *"confianza pública en la preservación del Estado de derecho y en la actuación para evitar cualquier aparición de colusión o tolerancia de actos ilegales"*⁴⁴.

En tal sentido, *la pena y su ejecución forma parte del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana, ámbitos que se incorporan a los atributos del debido proceso que asegura y garantiza el artículo 19 N° 3 de la Constitución* como derecho fundamental de todas las personas, como la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, como lo hemos demostrado.

Debe tenerse presente, además, como señala la Resolución 2583 (XXIV) del 15 de diciembre de 1969 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual determina que la sanción de los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad *"es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz*

y la seguridad internacionales". La única forma en que esta finalidad sea cumplida es cuando los tribunales establecen *sanciones efectivas y proporcionadas al crimen de lesa humanidad cometido por el respectivo autor del mismo*.

En esta perspectiva el Estado y sus órganos no pueden tratar a los criminales de lesa humanidad como autores de delitos comunes, aplicándole la normativa penal interna destinada a delitos comunes y no a delitos contra la humanidad, puesto que la normativa penal chilena corresponde a un contexto y una finalidad de sanción de delitos comunes y no de crímenes de lesa humanidad, lo que hace exigible a los tribunales aplicar los estándares determinados por el derecho internacional sobre la materia, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el contexto de un control de convencionalidad en la aplicación del derecho interno, no pudiendo aplicarse las disposiciones de derecho interno contrario a los estándares fijados por el derecho internacional en los crímenes considerados. Debemos recordar que el derecho de los derechos humanos opera bajo un nuevo paradigma, que ya no es estatocéntrico, sino antropocéntrico, claramente centrado en la dignidad y derechos del ser humano y no en la razón de Estado.

Asimismo, *el cumplimiento efectivo de la pena en el caso de crímenes contra la humanidad, posibilita la reparación integral de las víctimas y sus familias, reparación que es también obligación del Estado y de sus órganos, de la cual forma parte el cumplimiento de la pena proporcionada a la gravedad del crimen de lesa humanidad cometido*. La reparación integral que se otorga a las víctimas y a sus familiares no se reduce sólo a la indemnización monetaria, ya que ello permitiría a los estados concernidos *"pagar"* por la impunidad y no castigar penalmente a los responsables.

La Corte Europea de Derechos Humanos ya ha fallado casos precisando que los familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos, en especial, casos de ejecuciones, tortura o desapariciones, pueden ser objeto de nuevas violaciones de su derecho a no ser sometido a

tratos crueles, inhumanos o degradantes, como consecuencia de que la autoridad jurisdiccional concluya la investigación con una sanción ilusoria o inefectiva, fuera de los estándares del derecho internacional exigibles en la materia. Así dicha Corte Europea ha precisado, en el caso *Sangariyeva*, que se estaba violando en perjuicio de los denunciados, el derecho a un recurso efectivo en relación con el derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en razón de la conducta de las autoridades que conducen a la permanencia del sufrimiento de los denunciados ⁴⁵.

El cumplimiento de penas efectivas responde también a la finalidad de que los crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos no queden impunes, negando a sus autores la perspectiva de que el transcurso del tiempo será un elemento que borrarán parcial o totalmente la ilicitud internacional del crimen cometido, impidiéndoles a dichos delincuentes alentar conductas que favorezcan la dilación y encubrimiento temporal de los crímenes y con ello verse beneficiados de su propio dolo, lo que es claramente contrario al objeto y fin de la sanción de los delitos en comento, que busca impedir la impunidad y que impone una sanción penal y su cumplimiento en forma proporcionada al crimen cometido, ello deja en evidencia la imposibilidad del otorgamiento de beneficios a los responsables de tales crímenes por el mero hecho que hayan logrado sortear durante cierto lapso la acción de la justicia, como ha ocurrido con las sentencias en las cuales se ha aplicado la media prescripción.

La proporcionalidad de la pena respecto del crimen de lesa humanidad cometido es un principio básico contenido en todo el derecho internacional que garantiza los derechos humanos respecto de tales conductas, como ocurre con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, donde en el artículo 4° N° 2 se determina imperativamente que "todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". Asimismo lo establece el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos

del Niño de 2002 y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas en su artículo 2° N° 2 y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en las cuales los Estados deben tener en consideración al aplicar las penas la extremada gravedad de los delitos que constituyen crímenes contra la humanidad y los derechos humanos.

Así lo ha precisado también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de supervigilancia del cumplimiento de buena fe por parte de los Estados y sus órganos, de los compromisos contenidos en el sistema interamericano y de las obligaciones contraídas. Al respecto, la Comisión Interamericana ha determinado que *la obligación de sancionar a los responsables requiere que los Estados Parte impulsen "con la debida diligencia el proceso penal, y que sus órganos jurisdiccionales competentes juzguen de manera pronta e imparcial, sancionando en su oportunidad y de acuerdo a la gravedad del delito cometido"* ⁴⁶, lo cual la Comisión Interamericana lo explicita como una necesidad a la Corte Interamericana en el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, solicitando que se ratifique el principio "(...) de que en las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos sea imposible reconocer como compatible con la Convención Americana *la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que pueden significar una mera apariencia de justicia*" ⁴⁷.

El ordenamiento convencional internacional de derechos humanos tiene como objeto y propósito ser un instrumento de efectiva protección de los seres humanos afectados en sus derechos y, como lo ha determinado también la Corte Europea de Derechos Humanos, requiere que "sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas en orden a hacer sus salvaguardias prácticas y efectivas" ⁴⁸.

La Corte Interamericana se ha referido a la *obligatoriedad del principio de proporcionalidad de la pena*, precisando:

“(...) la Corte estima oportuno señalar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos” ⁴⁹.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia ya aplicó estos criterios en el caso del homicidio calificado del señor Letelier, donde precisó que *“el tribunal estima prudente y de justicia mantener las sanciones que determina el fallo de primera instancia, considerando el ámbito, magnitud y proyecciones del crimen y la condición de las personas que en él intervinieron”* ⁵⁰.

En los casos analizados debe considerarse el hecho de que los delitos son crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos; el hecho que los autores actuaron bajo el manto de la impunidad y del ejercicio del poder estatal que debía asegurar los derechos de las víctimas en vez de vulnerarlos a través de crímenes atroces, haciéndolos mucho más reprochables que en el caso de los delitos comunes, además de considerar necesariamente la importancia de los bienes jurídicos en juego vulnerados (vida, libertad e integridad personal).

A su vez, en los fallos en comento es posible apreciar una falta de adecuada motivación de la sentencia, vale decir, de explicitar los fundamentos y razones que la llevan a determinar una pena, precisando el porque no aplica principios y normas que forman parte del ordenamiento jurídico y que provienen del derecho internacional, las cuales son de aplicación preferente respecto de las normas de derecho penal ordinario interno, evitando así la eventual arbitrariedad de la resolución judicial, de lo contrario, dicha sentencia podría encontrarse en la situación de vulnerar directa e inmediatamente los artículo 8.1 y 25 en concordancia con el artículo 1.1 de la CADH, además del artículo 14 del PIDCP de Naciones Unidas, constituyendo una resolución arbitraria, contraria a derecho, una simple situación de hecho, respecto de la cual no hay cosa juzgada, como lo precisa la Corte Interamericana en

el caso Almonacid ⁵¹, entre otros. No creo necesario recordar la gravedad de que el Estado pudiera ser condenado por violación de derechos humanos en virtud de actos jurisdiccionales de la Corte Suprema como ya ocurrió en el caso Almonacid ⁵², ya que ello reciente la calidad de las sentencias de dicha Corte y pone en entredicho su voluntad efectiva de cumplir de buena fe las obligaciones básicas de respeto y promoción de derechos humanos o fundamentales que imperativamente exige el artículo 5° Inciso 2° de la Constitución y que su propia jurisprudencia en forma uniforme determina.

En los casos en que los tribunales chilenos no han aplicado los atributos constitutivos del derecho esencial de toda persona a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, que forman parte del derecho internacional válido y vigente para Chile y que se integran al derecho fundamental asegurado por la Constitución (artículo 19 N° 3), porque el propio tratado los considera tales y porque el Estado Parte los hace propios al ratificar el tratado, debe explicitar suficientemente las razones para ello y precisar por que aplica normas de derecho penal interno destinado a casos de delitos comunes a casos de crímenes contra la humanidad, lo que afecta asimismo el mandato constitucional contenido en la reforma a la Carta Fundamental concretada en el año 2005 que determinó, en el artículo 54, inciso 5°, que las disposiciones de un tratado internacional *“sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”*, de acuerdo con lo cual, un tribunal no puede inaplicar una norma de derecho internacional vinculante para aplicar una norma de derecho interno contraria al objeto y fin de la primera, que implica, en la práctica, la suspensión de los efectos jurídicos de la norma de derecho internacional válidamente incorporada al derecho interno, con la consiguiente vulneración del propio texto constitucional, además del derecho internacional respectivo que, en estos casos, implica responsabilidad internacional por vulneración de derechos humanos.

Bibliografía.

- Bidart Campos, Germán. 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. UNAM, México, p. 98.
- Bidart Campos, Germán. 1994. La interpretación de los derechos humanos, Buenos Aires, Ed. Ediar, pp. 30-31.
- Cancado Trindade, Antonio. 1998. Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos. En AA. VV. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Ed. UNAM, p. 109
- Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221.
- Favoreu, Louis. L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, RFDC N°4,1990, pp. 581 y ss.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Háberle, Peter. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 104.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. En Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, pp. 403 – 466.
- Ríos Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En obra colectiva, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, página 205..
- Wolfgang Sarlet, Ingo. "As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p.26.
- ### Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando decimoséptimo.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Serie C N° 4, fundamento 158.
- ### Sentencias de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 30.174-94, Homicidio calificado de Orlando Letelier.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, p. 236.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3215-05, de 30 de mayo de 2006.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, Caso Molco, de fecha 13 de diciembre de 2006.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, Caso Chena, de fecha 13 de marzo de 2007.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4.183-06, de fecha 18 de abril de 2007. Revista Gaceta Jurídica. N° 322, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Abril de 2007, pp. 218 – 222,
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Rol N° 2666-04, casación Matías Ñanco.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3452-06 de fecha 10 de mayo de 2007.
- Sentencia de la Corte Suprema, Caso Rivera Matus, Rol N° 3808-06, de treinta de julio de 2007.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, "*Caso Contreras Maluje*", Rol N° 6188-06, de trece de noviembre de 2007.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3.587-2005, de 27 de diciembre de 2007.

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116

CIDH, *Caso Ximena López Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149.

CIDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N° 153.

CIDH. *Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C N° 148.

CIDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre excepciones, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

CIDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163

CIDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Corte Europea de Derechos Humanos.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Bazorkina vs. Rusia* (Aplicación N° 6948/01).

Sentencia de 27 de julio de 2006.

Corte Europea de Derechos Humanos; *Caso de Imakayeba vs. Rusia* (Aplicación N° 7615/02). Sentencia de 9 de noviembre de 2006

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Batiyeva y X vs. Rusia* (Aplicaciones N° 57953/00 y 37392/03). Sentencia de 21 de junio de 2007.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Khamila Isayeva vs. Rusia* (Aplicación N° 6846/02). Sentencia de 15 de noviembre de 2007

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Informe N° 24/98, del 7 de abril de 1998.

- 1 El autor es Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Lovaina La Nueva. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Chile. Vicepresidente Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. nogueira@utalca.cl.
- 2 Háberle, Peter. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 104.
- 3 Ríos Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En obra colectiva, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, página 205.
- 4 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando decimoséptimo.
- 5 Wolfgang Sarlet, Ingo. "As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p.26.
- 6 Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Serie C N° 4, fundamento 158.
- 7 Bidart Campos, Germán. 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. UNAM, México, D.F. p. 98.
- 8 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 1999. p.65
- 9 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 1999. p. 63.
- 10 Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional chileno*. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 221.
- 11 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007. Las negritas son nuestras.
- 12 Favoreu, Louis. L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, *RFDC N°4*, 1990, pp. 581 y ss. Traducción nuestra.
- 13 Cancado Trindade, Antonio. 1998. Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos. En AA. VV. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Ed. UNAM, p. 109.
- 14 Bidart Campos, Germán. 1994. *La interpretación de los derechos humanos*. Buenos Aires, Ed. Ediar, páginas 30-31.
- 15 Dicha disposición establece lo siguiente: "Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"
- 16 Sobre esta materia consultar Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, pp. 403 – 466.
- 17 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I, página 236.
- 18 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerando 22°.
- 19 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°. *Revista Gaceta Jurídica* N° 313, Julio 2006, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 243 – 254. Las negritas son nuestras.
- 20 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerandos 31 – 33.
- 21 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerandos 22 – 24.
- 22 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerando 36°. Las negritas son nuestras.
- 23 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4.183-06, de fecha 18 de abril de 2007. *Revista Gaceta Jurídica*. N° 322, Editorial Lexis Nexos, Santiago, Abril de 2007, pp. 218 – 222, considerandos noveno y décimo.
- 24 Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: "una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".
- 25 La Convención de Viena establece en el artículo 26: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y en el artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."
- 26 Cea Egaña, José Luis. 2002. *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, pág. 113.
- 27 En la misma perspectiva, el Comisionado Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución,

- en sesión 101ª de fecha 9 de enero de 1975, señalaba "...ese texto (refiriéndose al inciso 2º del artículo 5º) autoriza entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre" (pág. 12).
- 28 El artículo 5º, inciso 2º, segunda oración, precisa: "*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*". (Las cursivas son nuestras).
- 29 Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994 p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia con N° 22 de 1995, en el que reconoció que si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (art. 19 N° 12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores ordinarios (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) en diversos fallos han reconocido el derecho a la propia imagen pese a no estar consignado en el texto constitucional como derecho fundamental.
- 30 Por todos, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Molco, Rol N° 559-04, de trece de diciembre de dos mil seis, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chena, de trece de marzo de dos mil siete.
- 31 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Rol N° 2666-04, casación Matías Ñanco.
- 32 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Molco, Rol N° 559-04, de trece de diciembre de dos mil seis.
- 33 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chena, de trece de marzo de dos mil siete.
- 34 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3125 – 04, considerando Vigésimo sexto y ss.; ya en Rol N° 2666-04, precisa en su considerando 17º que "la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968*, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de ius cogens o principios generales del derecho internacional".
- 35 Sentencia de la Corte Suprema, *Caso Rivera Matus*, Rol N° 3808-06, de treinta de julio de dos mil siete.
- 36 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, "*Caso Contreras Maluje*", Rol N° 6188-06, de trece de noviembre de dos mil siete.
- 37 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3.587-2005, de 27 de diciembre de 2007.
- 38 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3452 – 06, de diez de mayo de dos mil siete, considerando quincuagésimo cuarto.
- 39 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3215-05, de 30 de mayo de 2006.
- 40 CIDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 131.
- 41 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3452-06 de fecha 10 de mayo de 2007, considerandos 57 - 60
- 42 Por todas, Sentencia de la Corte Interamericana, caso Ximena López, párrafo 193; caso Masacres de Ituango, párrafo 296; Caso Baldeón García, párrafo 146
- 43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia sobre excepciones, fondo reparaciones y costas, párrafos 152 y 153.
- 44 Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Bazorkina vs. Rusia* (Aplicación N° 6948/01). Sentencia de 27 de julio de 2006, párrafo 119.
- 45 Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Batiyeva y X vs. Rusia* (Aplicaciones N° 57953/00 y 37392/03). Sentencia de 21 de junio de 2007, párrafo 157.
- 46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 24/98, del 7 de abril de 1998.
- 47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, párrafo 191. En el mismo sentido Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Khamila Isayeva vs. Rusia* (Aplicación N° 6846/02). Sentencia de 15 de noviembre de 2007, párrafo 164.
- 48 Corte Europea de Derechos Humanos; *Caso de Imakayeba vs. Rusia* (Aplicación N° 7615/02). Sentencia de 9 de noviembre de 2006, párrafo 139.
- 49 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vargas Areco, párrafo 108; Caso Hilaire Constantine y Benjamín y otros, párrafo 102; caso Masacre de La Rochela vs. Colombia, párrafo 196.
- 50 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 30.174-94, Homicidio calificado de Orlando Letelier, considerando 24º.
- 51 CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párrafo 145.
- 52 CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafo 129.

an acción civil, de fecha 9 de mayo de 1978, señalando "... sea todo (reintegrarse al marco) del artículo 77) cualquier medida inducta respecto de indemnización y a pedir la indemnización de las que surgen en virtud de algún acto expreso de la Comisión, violando derechos fundamentales de la persona humana, porque el hecho violando el texto expreso de la Constitución, el que exige que la sociedad está limitada por los derechos humanos en sus relaciones con el Estado". (12)

10. El artículo 57, inciso 2°, segundo párrafo, precisa: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Costa Rica y que se encuentren vigentes". (Las cursivas son nuestras)

11. Véase Campesano, Germán, "La interpretación del artículo de derechos humanos", Ed. Edecal, Buenos Aires, Argentina, 1994. En el caso citado, ello ha sido acogido por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de N.º 22 de 1995, en el sentido de que el texto literal constitucional del artículo 57 no le otorga a la jurisprudencia de N.º 13 no lo restringe, el artículo 57 no le otorga a los tribunales superiores ordinarios (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) en diversos casos no reconocidos el derecho a su propia interpretación de la Constitución, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional.

12. Por todos, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete; sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

13. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

14. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

15. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

16. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

17. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

18. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

19. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

20. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

21. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

23. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

24. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

25. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

26. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

27. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

28. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

29. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

30. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

31. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

32. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

33. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

34. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

35. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

36. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

37. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

38. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

39. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

40. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

41. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

42. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

43. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

44. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

45. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

46. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

47. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

48. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

49. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

50. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

51. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

52. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

53. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

54. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

55. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

56. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

57. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

58. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

59. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

60. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

61. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Chaves, de fecha de mayo de dos mil siete.

62. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Caso Muñoz, folio N.º 558-04, de fecha de diciembre de dos mil siete.

LÍMITES A LA DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD*

Alberto Alonso Rimo
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Valencia (España)

I. Planteamiento: *¿Debe limitarse la duración de las medidas de seguridad por razones de proporcionalidad con el hecho cometido? Una "vieja" polémica muy actual.*

II *Las medidas de seguridad y el fundamento del derecho penal.*

III. *¿Confusión conceptual entre penas y medidas? IV. La peligrosa lógica de la peligrosidad: medidas de seguridad indefinidas >> medidas de seguridad predelictuales >> medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos. Referencia a la "libertad vigilada" del anteproyecto español de reforma penal de 2008.*

Palabras clave:

Medidas de seguridad, peligrosidad criminal, derecho penal de la peligrosidad, libertad vigilada.

I. PLANTEAMIENTO: ¿DEBE LIMITARSE LA DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD POR RAZONES DE PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO COMETIDO? UNA "VIEJA" POLÉMICA MUY ACTUAL

A la pregunta que encabeza este primer epígrafe responde afirmativamente el artículo 6.2 del Código penal español al establecer que "(l)as medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor"¹. De esta forma resuelve el legislador que las finalidades preventivo-

especiales a las que, según opinión pacífica, se dirigen fundamentalmente las medidas de seguridad² queden sujetas, al igual que sucede en el caso de las penas, a determinados parámetros impuestos por la filosofía garantista que inspira nuestra Constitución.

Con todo, como es notorio, tal previsión legal no ha estado ni mucho menos exenta de polémica. En un momento en que el debate doctrinal dirige de nuevo su mirada al *Derecho penal de la peligrosidad*³ y en el que las más recientes propuestas de reforma legislativa en España contemplan, a través de fórmulas como la de la "libertad vigilada", un endurecimiento de la reacción punitiva sobre la base de la peligrosidad del delincuente imputable, me ha parecido oportuno retomar la discusión sobre la limitación de la duración de las medidas de seguridad. Tal cuestión, siempre controvertida, y en particular el tratamiento que al respecto prevé el citado artículo 6.2 –del que se ha dicho que es el núcleo de la regulación de las medidas de seguridad que introduce el Código penal de 1995⁴– remite con especial incidencia, y una vez más, al eterno dilema entre libertad y seguridad, prevención y garantías, o individuo y sociedad; y, en los términos en que se justificará en el trabajo, entiendo que recobra ahora una indudable actualidad. En las siguientes páginas me propongo, pues, exponer las razones por las que considero irrenunciable, desde los presupuestos del marco político-constitucional español, la limitación de la duración de las medidas de seguridad con base en razones de proporcionalidad con el hecho realizado, así como subrayar las consecuencias –de amplio alcance– a las que, según creo, conduce la asunción coherente de las tesis que prescinden de dicha restricción garantista. Tales planteamientos, por cierto, en modo alguno representan una mera hipótesis teórica, sino

que se adscriben a una tendencia de la que, como se verá, es posible encontrar múltiples manifestaciones en el derecho comparado, y alguna de ellas, según ya se ha apuntado, de prosperar el Anteproyecto de reforma penal de 2008 pasaría a ser una realidad desde el punto de vista del derecho positivo español.

II. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL

Como imprescindible punto de partida interesa destacar que la medida de seguridad, en cuanto instrumento de que se sirve el Derecho penal para la consecución de sus objetivos, se ha de ajustar asimismo a la justificación de aquél que de forma generalizada, y aunque con múltiples matizaciones según los autores, se suele aceptar a propósito de la pena: se trata de lograr la tutela de bienes jurídicos por medios preventivos –en este caso básicamente especiales- (*utilidad*), si bien dentro de los límites que impone la idea de justicia distributiva inherente a todo Estado de Derecho (*garantías*). Y dado que, como también se suele admitir, tal fundamentación viene impuesta por la Constitución y no afecta sólo a la pena sino al Derecho penal en general, las medidas de seguridad, en tanto que consecuencias jurídicas del delito, es lógico que no escapen tampoco a dichas exigencias garantistas⁵. Desde este prisma es cómo se debe comprender entonces, además de la orientación vicarial o de vía única en la ejecución, la citada limitación que impone la regulación vigente a este respecto en relación con la duración de las medidas.

Afirmar, como se suele hacer, que éstas deben limitarse a fin de satisfacer la elemental necesidad de seguridad jurídica, para señalar a renglón seguido que ello no es aceptable desde criterios atinentes a la proporcionalidad con el hecho sino que se debe sujetar tal proporcionalidad al (lógico) parámetro de la peligrosidad del autor⁶, resulta equivalente –bien entendido que tal peligrosidad en tanto que pronóstico de futuro asociado a la probable comisión de delitos puede extenderse en la

práctica hasta el infinito⁷- a dejar abierta la puerta a la instauración de medidas de duración indeterminada⁸. De ahí que la disposición del art. 6.2 del Código penal español no sólo sea factible sino absolutamente necesaria. De otro modo, haciendo residir el límite máximo de aquéllas en la propia peligrosidad (que puede ser que, como se acostumbra a afirmar en sentido crítico, fuera lo más coherente⁹), se satisfaría únicamente uno de los dos extremos sobre los que hemos dicho que se apoya la fundamentación del Derecho penal (el utilitario, y en este caso, preventivo-especial) desatendiendo el garantista, que rige precisamente para limitar aquél. Este segundo extremo es expresión de los principios básicos de nuestro sistema democrático, razón por la cual no se puede renunciar a él. Y aquí debe hablarse, sobre todo, tal y como se ha hecho tradicionalmente, de seguridad jurídica y del mandato de determinación que implica el principio de legalidad, aunque también de la exigencia de no discriminar al inculpable frente al culpable en la administración de garantías¹⁰, habiéndose asimismo señalado la imprescindible virtualidad del principio resocializador¹¹.

Además es conveniente no perder de vista tampoco en este contexto, y dado que estamos hablando de la posibilidad de imponer medidas –aunque sean de seguridad- privativas de libertad indefinidas, del necesario respeto, desde el prisma constitucional, a la dignidad humana y, en relación con ello, a la idea comúnmente aceptada de que el individuo sometido a medidas de seguridad debe ser también un «sujeto» y no un mero «objeto» de terapia¹². Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende a que las nuevas tendencias en las técnicas de predicción de la peligrosidad –que proceden de EEUU si bien se van extendiendo “lenta pero inexorablemente” por el continente europeo- prescinden del análisis psicológico del sujeto concreto y se basan más en métodos estadísticos a partir de determinados indicadores genéricos¹³.

Se trata de nuevo, pues, de dar prevalencia, en la clásica tensión que envuelve todo el Derecho penal y sus instituciones¹⁴, a las garantías frente a la prevención.

III. ¿CONFUSIÓN ENTRE PENAS Y MEDIDAS?

Aceptar la solución consistente en limitar la duración de las medidas de seguridad a partir de la gravedad del hecho cometido, en los términos en que lo hace el Código y un importante sector doctrinal al que me sumo¹⁵, no creo que, como a menudo se ha afirmado, suponga desvirtuar por completo el sistema de medidas, introduciendo una confusión total entre éstas y las penas¹⁶. Al respecto, me parece que no admite dudas que, conforme al sistema establecido por nuestra legislación, las medidas siguen adquiriendo una caracterización que las separa de las penas¹⁷, y un espacio propio en donde la peligrosidad adquiere virtualidad, en tanto que fundamento de aquéllas, erigiéndose así, a diferencia de lo que sucede con las penas -que atienden prioritariamente a tales efectos a criterios de prevención general-, en clave de su imposición y de su configuración¹⁸. Más allá de esto, e incluso si efectivamente la definición de las medidas en los referidos términos acorta distancias conceptuales con las penas (y se produce así un acercamiento al monismo), ello es, en todo caso, una servidumbre que, por las razones citadas, entiendo necesaria y que por ello se estaría dispuesto a aceptar. En otras palabras, considero preferible la renuncia a lograr una perfecta escisión conceptual entre penas y medidas de seguridad -que, insisto, mantienen en todo caso ciertos márgenes de independencia-, que al amparo de dicho prurito científicista defraudar las garantías básicas inherentes a un Estado de Derecho.

Pero es que además, en contra de las citadas críticas de incoherencia que se suelen verter frente a la limitación consagrada por el art. 6.2 del Código penal español, entiendo que cabe aducir que el hecho antijurídico -nos guste o no, y generalmente, incluso desde estas posturas críticas, sí que gusta- es un presupuesto ineludible de la imposición de la medida. Ésta, en efecto, y aun cuando desde un punto de vista conceptual no necesitaría para su aplicación que se hubiera llegado a realizar un delito sino que bastaría con que existiera peligrosidad

criminal, ya sabemos que nuestro derecho positivo la configura como postdelictual¹⁹. Y sobre todo, y en segundo lugar, no se debe olvidar que desde esas mismas posiciones, generalmente y ante el comprensible vértigo que genera en todo aquél con una mínima sensibilidad garantista la posibilidad de imponer con carácter indeterminado una medida que de *facto*, según se suele aceptar comúnmente, es gravosa y restrictiva de derechos²⁰, se acaba reconociendo la necesidad de limitar las medidas, de establecer un límite máximo²¹. Así las cosas, las aludidas objeciones terminan, según creo, siendo aplicables a sus propios formuladores: si de lo que se trata es de que se logre el fin de la medida -*finés preventivos, por cierto, que no se alcanzan la mayoría de las veces en relación con los imputables, sin que ello sea óbice para la efectividad de los límites garantistas*²²-, o de guardar la proporcionalidad con la peligrosidad -que es por definición una cualidad o estado cambiante, que mira al futuro²³-, no tendría, propiamente, que existir límite máximo, pues el sujeto en el caso concreto puede seguir siendo peligroso, y en relación con los bienes jurídicos más trascendentes, de por vida²⁴. De esta forma, aun cuando se diga que se respeta la lógica de la peligrosidad, y al articularse el techo máximo de la medida a partir de la proporcionalidad referida a la (incierto) peligrosidad que presentaba el sujeto en el momento del enjuiciamiento, si una vez alcanzado ese tope la peligrosidad persiste, la medida en realidad se verá al final igualmente limitada por un criterio ajeno al de la peligrosidad (que, según se ha dicho, es por definición un estado permanente, y que en *ese momento* puede seguir existiendo). Sólo que dicho límite, que acaba pecando pues de una «incoherencia» parecida al que establece el art. 6.2 del Código penal, será normalmente más elevado, esto es, el período de aplicación de la medida será más extenso, y además, habida cuenta de la ambigüedad que impregna el concepto de peligrosidad y sus métodos de determinación (a los que son lugar común atribuirles un importante factor intuitivo)²⁵, mucho más insatisfactorio en cuanto a seguridad jurídica se refiere. De ahí que, desde esta perspectiva, la sociedad acabe asumiendo igualmente un

riesgo por razones de seguridad jurídica, si bien lo cierto es que lo hace en términos mucho más defensistas -y menos garantistas- que desde la opción contemplada por el legislador español de 1995.

Así las cosas, si de lo que se trata es de ser coherentes con el concepto y el fundamento de la medida de seguridad, ello, como se ha visto, no se logra. Cuestión distinta es que se quiera o no asumir el peligro de que un inimputable peligroso viva en libertad. Pero esto último traslada el debate a un plano, no ya técnico o conceptual, sino político criminal, en el que lo que está en cuestión es la eficacia de los límites y de las garantías penales en la lucha contra la criminalidad. O dicho de otra forma: la pregunta sería, de nuevo, si estamos dispuestos a renunciar a determinadas cuotas de seguridad o prevención (en este caso, en referencia a los infractores inimputables) en pro de las garantías.

IV. LA PELIGROSA LÓGICA DE LA PELIGROSIDAD: MEDIDAS DE SEGURIDAD INDEFINIDAS >> MEDIDAS DE SEGURIDAD PREDELICTUALES >> MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES A IMPUTABLES PELIGROSOS. REFERENCIA A LA "LIBERTAD VIGILADA" DEL ANTEPROYECTO ESPAÑOL DE REFORMA PENAL DE 2008

Al hilo del interrogante con el que se concluía el epígrafe anterior, considero relevante destacar lo siguiente: si se quiere ser absolutamente consecuente con la configuración de las medidas que aquí se censura (la concepción, por así decir, purista o construida sobre estrictos parámetros de peligrosidad), creo que habría de admitirse la existencia de medidas de seguridad predelictuales²⁶, y su aplicación toda vez que se verificara la peligrosidad criminal en tanto que juicio de futuro -o pronóstico- sobre la probabilidad de comisión de delitos y aun cuando todavía no se hubieran cometido²⁷. Tan límite externo de las medidas es su configuración

postdelictual -a partir de la comisión del hecho- como su limitación sobre la base de criterios de proporcionalidad relativos asimismo al hecho previo cometido²⁸. Y si se admite aquél sin problemas, sin que en este caso represente un obstáculo el carácter ajeno de semejante extremo con respecto al fundamento de las medidas basado en la peligrosidad, no se ve por qué ha de resultar tan conflictiva entonces la aceptación del límite impuesto por el art. 6.2 del Código penal. Es decir, si la necesidad de seguridad jurídica permite dicha «incoherencia» en un caso -en lo que se refiere a las medidas predelictuales-, no se comprende por qué no habría de hacerlo en el otro -en relación con el límite de la duración de las medidas-, dado que no admite dudas que, de otra forma, la citada seguridad jurídica se podría ver también aquí, según se ha argumentado, seriamente comprometida. Por eso, haciendo el razonamiento ahora en sentido inverso, decía que, para ser totalmente congruente con la lógica de la peligrosidad, habría que llegar a aceptar las medidas predelictuales.

En este punto resulta ilustrativo poner de relieve que, como apunta SILVA, la discusión sobre su vigencia -y sobre la de las reacciones predelictuales en general- se haya reabierto ya, por ejemplo, en el debate político criminal británico²⁹. Asimismo en el ámbito español, y pese al rechazo que generalmente concitan³⁰, algún autor (LASCURAÍN SÁNCHEZ)³¹, asumiendo hasta sus últimas consecuencias la concepción separatista entre penas y medidas de seguridad y la configuración de estas últimas en exclusiva a partir del criterio rector de la peligrosidad, ha estimado simplista y excesivamente ligero el discurso deslegitimador que, como decía, de forma mayoritaria se mantiene en la doctrina penal a propósito de las medidas de seguridad predelictuales. Según ello, éstas serían aceptables dentro un "estrecho" marco condicionado por "las pautas constitucionales relativas a toda intervención coactiva de los poderes públicos restrictivas de derechos individuales" y por la exigencia de "un esfuerzo especial de concreción y construcción al legislador y de cautela y motivación a los órganos judiciales"³². Mas la virtualidad

restrictiva de tales directrices se antoja ciertamente dudosa, por no decir utópica, a la vista de los escurridizos contornos y las inseguras técnicas de pronóstico del propio presupuesto de las medidas (la peligrosidad). Y a este respecto la (abusiva) utilización que llevan a cabo los tribunales españoles de la prisión preventiva, institución que el citado autor esgrime como paradigma de la pacífica vigencia en nuestro ordenamiento de medidas de seguridad predelictivas no hace, a mi juicio, sino confirmar tal impresión.

La crítica a los planteamientos que reclaman para las medidas la proporcionalidad únicamente con base en criterios de peligrosidad es posible también extenderla, desde el punto de vista de las consecuencias a las que aquéllos conducen, a la polémica cuestión sobre la aplicación acumulativa de medidas de seguridad a los delincuentes imputables peligrosos³³. A este respecto se ha argumentado que “el peligro genérico de reincidencia de cualquier penado es un peligro de base genérica con el que, en principio, carga la sociedad, mientras que el peligro del inimputable, de existir, tiene una base específica (en su enfermedad, en tanto en cuanto la conexión causal entre ésta y el delito haya sido establecida, y quepa realizar un juicio de pronóstico en el mismo sentido) y justifica la prosecución de la intervención”³⁴. Frente a ello se puede alegar que, pese a lo afirmado, sigue siendo perfectamente factible que un imputable, que haya delinquirido con carácter previo o no, sea criminalmente peligroso, y no meramente peligroso en sentido genérico, y que quepa igualmente conectar dicha peligrosidad –referida al futuro, que es, según hemos dicho, lo más razonable– con otras causas (no patológicas)³⁵. Y que si esto es así, conforme a la filosofía que preside la tesis de la limitación de las medidas en atención a estrictos criterios de peligrosidad, resultaría procedente entonces imponerle una medida (añadida a la pena).

En esta dirección se manifiestan, a mi juicio de forma plenamente coherente, algunos de los autores que mantienen un planteamiento crítico respecto a la limitación del art. 6.2 del Código penal español³⁶. Tal es el caso,

entre otros, de CEREZO MIR, en referencia a los delincuentes habituales de criminalidad grave³⁷, o también, en sentido similar, de GRACIA MARTÍN³⁸, apoyándose en la idea, defendida mayoritariamente en la doctrina alemana, del interés social –de protección de la libertad y seguridad de todos– preponderante. Ello resulta acorde con la concepción general que tales autores postulan sobre las medidas de seguridad, que parecen concebir como una suerte de refuerzo de las penas, como instrumento para luchar contra la criminalidad (y en concreto, contra la peligrosidad del autor) allí donde la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente³⁹. Pero esta solución, que conecta con el origen de las medidas en el Estado social, en el que alcanza su punto álgido el utilitarismo⁴⁰, entiendo, modestamente, que resulta difícil de conciliar con el modelo de Estado español actual, social, pero también democrático de Derecho, y con lo que esta última característica de nuestro marco político, más allá de cuál sea el grado de seguridad exigido por la sociedad en cada momento histórico, implica en punto a la resolución del intrincado conflicto entre prevención y garantías⁴¹. Desde estas bases resulta discutible, a mi juicio, el aludido principio del interés preponderante⁴². Y ello por más que éste surgiera con la pretensión de superar la justificación exclusivamente utilitarista que presidió el nacimiento de las medidas de seguridad⁴³. Repárese sólo ahora en que apurando dicho planteamiento, y habida cuenta de la probada ineficacia de la pena en relación con el fenómeno criminal, podría llegarse sin demasiada dificultad, por la vía del estado de necesidad de aseguramiento y defensa de la sociedad, a generalizar las medidas de seguridad –con una duración vinculada a la desaparición de la peligrosidad del sujeto; es decir, indefinidas– a buena parte de la delincuencia (de imputables) o al menos a aquélla que en cada momento vaya generando mayor alarma social, ya hablemos de terrorismo, de delincuencia sexual o de violencia de género, o incluso de la denominada –ahora– violencia vial. Y es que si tales “necesidades públicas de seguridad” constituyen ciertamente un parámetro inconcreto y maleable donde los haya –particularmente en los tiempos en

que vivimos, en los que la maximización de la seguridad parece pasar a constituir la principal prioridad de la política criminal⁴⁴- ya se ha indicado que no menos cuestionable desde una óptica garantista cabe considerar a la peligrosidad, que es otro de los criterios clave en punto a la ponderación que habría de resolver, conforme al citado principio, la legitimidad de la medida y los términos de su imposición⁴⁵. En este sentido resulta ilustrativa la evolución mostrada por las legislaciones de algunos ordenamientos en una dirección claramente flexibilizadora del régimen de aplicación de este tipo de soluciones, de tal modo que, por ejemplo, si bien se restringen inicialmente a los delincuentes habituales, en un momento posterior se amplía su ámbito de eficacia a infractores primarios (pero peligrosos)⁴⁶.

Frecuentemente se apela en este contexto a razones de tipo pragmático, que se apoyan en la creciente demanda social de esta suerte de mecanismos y en el riesgo de que ello acabe cristalizando en propuestas de signo radical aprobadas en una atmósfera de conmoción general producida por un determinado caso especialmente dramático y con amplia repercusión mediática⁴⁷. Mas tales argumentos, a mi parecer, no resultan convincentes. Aceptar la renuncia a los límites y garantías penales en aras de evitar "males mayores" —esto es, para salvar una eventual vulneración más grave de dichas garantías- constituye una pendiente resbaladiza que, en realidad, podría conducir a aceptar cualquier cosa —cualquier cosa que fuera demandada socialmente con vehemencia-

Lo cierto es, sin embargo, que este tipo de propuestas encuentra, como ya se ha visto, respaldo doctrinal⁴⁸. Y en el plano del derecho positivo son ya muchos los ejemplos que demuestran que tales estrategias están experimentando un renovado impulso. Así se aprecia en las legislaciones vigentes de países como Alemania, en el que la célebre "custodia de seguridad" (*Sicherungsverwahrung*), que puede llegar a convertirse de *facto* en un internamiento ilimitado del sujeto considerado peligroso, ha visto notablemente potenciada en los últimos tiempos su aplicación, como ya

se ha indicado, sin que tampoco sea casual a este respecto que el Tribunal Constitucional alemán se haya pronunciado recientemente en dos ocasiones —años 2004 y 2006- sobre la adecuación de tal regulación a la Ley Fundamental de Bonn⁴⁹; o en ordenamientos como, entre otros, y particularmente, el de EEUU, en el que la existencia de este tipo de respuestas asegurativas, que se cifran en buena parte —aunque no sólo- en el alargamiento de la privación de libertad del delincuente, se encuentran en todo caso ampliamente asentadas⁵⁰.

En este punto me gustaría llamar la atención sobre el dato, que encuentro sintomático o que al menos debería dar que pensar, relativo a que la discusión político-criminal desarrollada en este marco del llamado Derecho penal de la peligrosidad contemple soluciones como la aplicación de tratamientos hormonales ("castración química") a los delincuentes sexuales —muy extendidas en regulaciones como la estadounidense y previstas en algunos casos incluso de forma obligatoria-⁵¹, siendo así que la vigencia en la legislación penal del régimen nacionalsocialista alemán de la castración para esta misma clase de supuestos ha sido considerada un elemento que evidenció, en palabras de SANZ MORÁN, "de manera dramática", que las medidas no pueden legitimarse exclusivamente en criterios de signo utilitarista⁵². Ello confirma la idea que antes expresaba de que en tales tesis es posible advertir en cierto modo una vuelta a la ideología, fundamentalmente defensiva, que inspiró el surgimiento histórico de las medidas de seguridad.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, con la excepción de alguna previsión al respecto en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores a la que aludiré a continuación, y más allá de las agravantes genéricas de reincidencia y de multireincidencia (arts. 22. 8 y 66.1.5 CP) y de determinadas disposiciones que endurecen el régimen de ejecución de la pena en este tipo de supuestos (arts. 78, 81 y 88 CP), es sabido que no existen en nuestro Derecho penal positivo

(de adultos) fórmulas específicas del género de las que se han reseñado dirigidas a combatir la peligrosidad criminal del delincuente imputable. En el **Proyecto de reforma penal de 2007**⁵³ se advierte la preocupación del prelegislador por el fenómeno de la reincidencia y la habitualidad cuando declara en su Exposición de Motivos que tal realidad “demanda una política criminal propia y de amplio espectro que vaya más allá de un impacto en la medición de la pena imponible por el último delito cometido” y asimismo al recoger, en consonancia con ello, una serie de previsiones que, además de dificultar en tales casos la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y la sustitución de esta misma clase de penas y también el acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario o a la libertad condicional, incluyen el sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo y la imposición de la libertad vigilada –noción cuyo contenido apenas se concreta- en ambos casos por un plazo de hasta dos años (art. 94 del citado Proyecto)⁵⁴. Por su parte, el **Anteproyecto español de reforma penal de 2008**⁵⁵, que empieza en su Exposición de Motivos apelando abiertamente, para justificar las modificaciones que contiene, a la necesaria “preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad”, regula una nueva “pena accesoria de libertad vigilada” que se añade a la de privación de libertad⁵⁶. De este modo, según reza el art. 49 bis del Anteproyecto, a partir de la finalización de esta última comenzaría el cómputo de aquélla, que consistiría –aquí sí se especifica- en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de entre una serie de obligaciones que se relacionan en el referido precepto y que coinciden en buen grado con reglas de conducta ya previstas expresamente en la regulación vigente de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de su sustitución, o de la libertad condicional, o con otras penas accesorias o medidas de seguridad no privativas de libertad asimismo ya recogidas en el Código penal en vigor⁵⁷.

Frente a la configuración como medida de

seguridad que complementa a la pena (opción dualista en el tratamiento del delincuente imputable peligroso) que parecía otorgarle el Proyecto de 2007⁵⁸, la libertad vigilada se conforma en este caso, pues, como pena accesoria (que cabría adscribir entonces a la opción monista, centrada en la intensificación de la pena)⁵⁹. Pero lo que ahora principalmente interesa resaltar son dos aspectos: de un lado, de acuerdo con la tendencia de derecho comparado más arriba destacada y como sucede ya en la medida de libertad vigilada que prevé la vigente Ley española de responsabilidad penal del menor⁶⁰, aquélla no se restringe con carácter general a los reos reincidentes o habituales⁶¹ –algo que como se ha visto sí se daba, en cambio, en la iniciativa de reforma penal española anteriormente citada-; y de otro, que en el Anteproyecto de 2008 -a diferencia asimismo de lo que sucede en el Proyecto de 2007, en el que la libertad vigilada podía alcanzar una duración máxima de 2 años- ésta se puede extender hasta un plazo de 20 años (!)⁶². En cuanto a esto último, es cierto que se contempla una eventual reducción de la duración de tal pena e incluso la posibilidad de que ésta se deje sin efecto toda vez que devenga innecesaria “en vista del pronóstico positivo de reinserción” (art. 49 bis.5 del Anteproyecto). Al margen de las dudas sobre la virtualidad que, en términos pragmáticos, pudiera acabar teniendo dicha limitación, dadas la gravedad de las figuras delictivas implicadas (terrorismo y delitos sexuales) y la alarma social que generan, me gustaría señalar a este respecto que no convencen los esfuerzos del prelegislador por subrayar, en la repetida Exposición de Motivos, que el fin principal y prioritario que se persigue con la libertad vigilada es la reinserción del sujeto a la sociedad, y, con arreglo a ello, el carácter correctivo –y no meramente asegurativo- que debe informar su ejecución. Semejante orientación a la reinserción social, que sí es posible apreciar en la previsión de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares, o en la de seguir tratamiento médico externo, es mucho menos evidente en la mayoría de las obligaciones que dan contenido a dicha pena y que más

bien parecen responder predominantemente a consideraciones asegurativas (estar siempre localizable, presentarse periódicamente en el lugar que se establezca, no aproximarse o comunicarse con la víctima, no residir en determinados lugares, etc.) (art. 49 bis.2 del Anteproyecto). Por lo demás, no se puede negar que el alcance que se otorga en el Anteproyecto comentado a la libertad vigilada es (de momento) moderado, pues aunque se acomete una regulación de aquélla como pena (accesoria) que podría decirse que adquiere vocación genérica⁶³, se limita después su aplicación en el art. 57 bis a dos sectores delictivos de especial gravedad –ya se ha indicado: delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexuales-. Y algo similar cabe concluir respecto a su contenido aflictivo, a la vista sobre todo de las soluciones que, según hemos visto, ofrecen algunas de las regulaciones vigentes en países de nuestro entorno jurídico-cultural. Ahora bien, junto a lo anterior, conviene tener presente que se trata de una restricción de derechos que resultaría con carácter general⁶⁴ de imposición obligatoria para el juez o tribunal, y ello –insisto– aun cuando estemos hablando de delincuentes primarios y de un plazo de duración de la privación que podría llegar a ser muy extenso. Y sobre todo: no se debe olvidar que es la mera peligrosidad, como refleja el hecho de que sea este extremo el que condicione en buena medida la duración de la libertad vigilada o el que ésta pueda quedar sin efecto (art. 49 bis.5 del Anteproyecto)⁶⁵, sobre la que se justificaría y construiría tal incremento de la reacción punitiva –peligrosidad, además, y que pese a ser todavía más etérea de lo normal por no exigir en general una reincidencia previa constatada⁶⁶, no habría de apreciar el juez en el caso concreto a partir de un pronóstico individualizado sino que presume en vía de principio el (pre)legislador en todos los sujetos que hayan cometido algún delito contra la libertad sexual o que hayan sido condenados por un delito de terrorismo a una pena privativa de libertad igual o superior a 10 años⁶⁷-. Por eso, y con independencia de si formalmente se le llama pena (accesoria) o medida de seguridad⁶⁸, creo que la fórmula prevista en el Anteproyecto de reforma penal de 2008 no escapa a los riesgos que se han indicado en

la crítica general esbozada más arriba a esta clase de soluciones para imputables peligrosos.

Al hilo de esto, y ya para acabar, me gustaría subrayar que, de aprobarse finalmente esta última propuesta de reforma penal, se produciría a las claras un refuerzo de la lógica de la peligrosidad a la que se viene haciendo referencia y a la luz de la cual tanto se cuestiona la limitación contenida en el artículo 6.2 del Código penal. En esa medida, tal cambio legislativo constituiría, pues, un –a mi juicio, desdichado– avance en el camino hacia la (re)implantación en nuestro sistema penal de medidas de seguridad de duración indefinida. Y no sólo eso: de ahí a la admisión de medidas de seguridad predelictuales, según se ha tratado de razonar en las páginas anteriores, no hay más que un paso “lógico”. Todo lo cual no hace sino poner de manifiesto la peligrosidad de la lógica de la peligrosidad. Y ello, lejos de constituir un mero juego de palabras, se perfila como una realidad que amenaza con ir ganando terreno irremediabilmente en el Derecho penal de nuestros días.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVE, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004.

-CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales sobre el Código penal de 1995”, *La Ley*, nº 4063, 1996.

-CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general, I, Introducción*, Tecnos, Madrid, 2004.

-COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

-DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *Revista*

electrónica de Ciencia penal y Criminología, 07-01 (2005).

-GARCÍAALBERO, R., "Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el linciamiento definitivo?", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dirigido por J. Álvarez García, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

-GARCÍAARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

-GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal*. Introducción, Madrid, 2000.

-GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, coord. por L. Gracia Martín, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

-GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

-HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

-JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. por J. Cuello Contreras y J.L. Serrano, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

-JORGE BARREIRO, A., "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Código penal de 1995", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 6, 2000.

-JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el Código penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

-LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005.

-LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

-MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, 2005.

-MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

-MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

-MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976.

-MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

-MUÑOZ CONDE, F., "Monismo y dualismo en el Derecho penal español", *Estudios penales y criminológicos*, VI, 1983.

-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981.

-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites", *Revista del Poder Judicial*, nº 60, cuarto trimestre, 2000.

-QUINTERO OLIVARES, G., "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.

-QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

-QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código penal*, T. I., dir. por G. Quintero Olivares y coord. por F. Morales Prats, Thomson-Aranzadi, 2008.

- ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret*, 4/2007.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, dir. por G. Rodríguez Mourullo y coord. por A. Jorge Barreiro, Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ ILLERA, I., en *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, coord. por T. S. Vives Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- SANZ MORÁN, Á., "Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia y la habitualidad", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dirigido por J. Álvarez García, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- SIERRA LÓPEZ, M.V., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado", en *Delincuencia sexual y sociedad*, coord. por Redondo, S., Ariel, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.
- VIVES ANTÓN, T.S., "Constitución y medidas de seguridad", *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, coord. por T. S. Vives Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

- * El presente trabajo ha sido publicado previamente en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, 2009 y se enmarca en el Proyecto del Ministerio de Ciencia e innovación DER2009-13295 (Derecho penal de la peligrosidad y medidas postdelictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y contra la violencia de género).
- 1 En concordancia con tal disposición, y al margen ahora de la discusión sobre si la limitación que impone dicha regla legal se refiere a la pena abstracta o a la pena concreta, los artículos 101 a 104 del Código penal establecen la prohibición de que las específicas medidas de seguridad en ellos previstas excedan del tiempo de duración de la pena privativa de libertad aplicable de haber sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto los arts. 101 a 103 del Código penal declaran que el juez o tribunal habrán de fijar en la sentencia ese límite máximo.
- 2 *Vid.* por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, quien subraya la "rara unanimidad" que preside la doctrina en este punto, dando cuenta asimismo de las funciones específicas que, junto a aquella otra genérica, se suelen asignar a las medidas (inocuidadora, reeducativa y curativa) (*Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 243). No obstante, conviene no perder de vista a este respecto reflexiones como la que hace GARCÍA-PABLOS en los términos que siguen: "Conceptualmente puede ser clara la distinción entre pena y medida, pero supone una auténtica «estafa de etiquetas» ignorar la semejanza que existe, en el campo de la ejecución, entre las penas y las medidas restrictivas de libertad. Y tampoco cabe ya contraponer, tajantemente, las funciones de unas y otras. La pena también ha de ir orientada hacia la resocialización del delincuente –como la medida–, según afirma la propia Constitución Española. Y la medida también cumple una función de intimidación general, sin que pueda evitarse, aunque se pretenda, el carácter aflictivo que tienen las que implican una privación de libertad. Pena y medida son «medios» del Estado para la lucha contra el crimen" (*Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 236).
- 3 *Vid.*, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El retorno de la inocuidación: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado", en *Delincuencia sexual y sociedad*, coord. por Redondo, S., Ariel, 2002, pp. 143 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana", *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-01 (2005), pp. 26 y ss.; ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret*, 4/2007; GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el lincenciamiento definitivo?", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dirigido por J. Álvarez García, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 127 y ss.; SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia y la habitualidad", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dirigido por J. Álvarez García, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 61 y ss.
- 4 SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 18.
- 5 *Vid.* un planteamiento opuesto en LASCURAÍN SÁNCHEZ ("Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 587 y ss.), para quien "las profundas diferencias que separan el contenido, los presupuestos y los fines de la pena y la medida de seguridad" aconsejarían que estas últimas quedaran extramuros del Derecho penal y que se rigieran por un sistema normativo propio, en cuyo marco y de modo más acorde con el contenido y finalidades de las medidas se reformularan sus principios y garantías. Con independencia ahora de otras consideraciones posibles, entras las que no puede perderse de vista la estrecha relación entre las medidas de seguridad y el delito (*vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites", *Revista del Poder Judicial*, nº 60, cuarto trimestre, 2000, p. 111), la solución a la que en una hipótesis semejante se debería llegar, en opinión del citado autor, en relación, entre otras, con la concreta cuestión que aquí se examina –a saber, la determinación de la duración de las medidas en atención a criterios de estricta peligrosidad del sujeto- evidencia, a mi parecer, y por las razones que se exponen en las siguientes páginas, insuficiencias en el nivel de garantías resultante del tal postulado "Derecho de las medidas de seguridad".
- 6 De esta opinión, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general, I, Introducción*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 43 y 44; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 225 y ss., y 230 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, coord. por L. Gracia Martín, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 460 y ss.; JORGE BARREIRO, A., últimamente en "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el Código penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 576 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Por un Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 597 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., últimamente en *Comentarios al Código penal*, dir. por G. Rodríguez Mourullo y coord. por A. Jorge Barreiro, Civitas, Madrid, 1997, pp. 41 y ss.; SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 127 y 128, y pp. 179 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La regulación...", *op. cit.*, pp. 19 y ss. y pp. 44 y ss.
- 7 Cfr. JORGE BARREIRO, A., "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Código penal de 1995", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 6, 2000, pp. 191 y 192; del mismo, "Reflexiones...", *op. cit.*, p. 583.
- 8 Así se admite expresamente cuando se dice que, partiendo del criterio de la proporcionalidad referido a la

peligrosidad y de que esta última no es un hecho sino un estado del sujeto que no podrá conocerse de antemano cuándo cesará, “la duración de la medida y, por ello, la sentencia en que se imponga, tienen que ser, en principio, indeterminadas, aunque sometidas desde luego a un control periódico y a revisión” (GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias...*, op. cit., p. 460); cfr. también SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La regulación...”, op. cit., p. 44. Y a un resultado similar conduce el criterio limitativo de las medidas basado en la gravedad de los delitos que en el futuro el sujeto pudiera cometer –tal parámetro se acogía por ejemplo en el Proyecto de Código penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, y a él se refieren igualmente como alternativa preferible algunos de los autores críticos con la solución que a este respecto establece el Código penal vigente (vid. por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, op. cit., pp. 42 y 43)- pues, como se ha subrayado, dicha directriz resulta tan indeterminada como erigir en límite la curación del sujeto (MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, 2005, p. 319).

9 Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, destacando que a diferencia de lo que sucede en el caso de la pena, cuyo presupuesto es la culpabilidad, el de la medida es la peligrosidad del sujeto (“La regulación...”, op. cit., p. 28). Cfr., no obstante, VIVES ANTÓN, quien apunta que es el hecho cometido el que representa el límite frente a la intervención estatal (“el primer momento justificativo de la injerencia”), y ello tanto si dicha reacción se articula sobre la culpabilidad cuanto si se hace sobre la peligrosidad (*Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, coord. por T. S. Vives Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 63).

10 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVE, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004, p. 504; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op. cit., p. 319; MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, VI, 1983, pp. 222, 223 y 236; QUINTERO OLIVARES, G., “Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 583; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código penal*, T. I., dir. por G. Quintero Olivares y coord. por F. Morales Prats, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 87; VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios...*, op. cit., p. 63. Cfr., no obstante, apelando a la lectura material que debe hacerse del principio de igualdad, por todos, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, JORGE BARREIRO, A., “El enfermo mental...”, op. cit., pp. 193 y ss. Sobre esto último vid. también, con todo, SILVA SÁNCHEZ (“La regulación...”, op. cit., p. 22), cuestionando la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero, que entendió ajustada a la Constitución el carácter indeterminado de la duración de las medidas (en referencia al art. 8.1 del Código penal anterior). Para tal autor, en efecto, es “como mínimo, dudoso” que ello se pueda sostener desde el prisma de las garantías de un Estado de Derecho (*ibidem*, p. 22). Vid. asimismo, dando cuenta de la línea contradictoria con la anterior que ha seguido el Tribunal Constitucional en relación con las medidas aplicables a menores, si bien crítico sobre el particular, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Por un Derecho penal...”, op. cit., p. 601.

11 SIERRA LÓPEZ, M.V., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 134.

12 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación...”, cit., p. 16.

13 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 144 y 145; del mismo, “El retorno...”, op. cit., p. 145, nota 6.

14 Lo ha expuesto magistralmente SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 13 y ss. y 183 y ss.

15 Vid., entre otros, VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios...*, op. cit., pp. 62 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 132; QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 114; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, op. cit., pp. 86 y ss. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F., “Monismo...”, op. cit., p. 223 y 235 y ss., admitiendo, no obstante, en casos “muy excepcionales” (“de gran peligrosidad comprobada (¿?) respecto a la probable comisión futura de delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual”), que se rebase ese límite máximo (*ibidem*, p. 238); si bien incluso en tales supuestos acaba exigiendo un tope máximo de duración. La cuestión que queda en el aire es qué ocurriría si alcanzado ese nuevo tope persistiera la situación «excepcional», esto es, si la alta peligrosidad del autor siguiera sin corregirse.

16 En estos términos, por ejemplo, se manifiesta GRACIA MARTÍN en referencia a los fundamentos de la medida y de la pena (*Tratado...*, op. cit., pp. 462 y 463). Cfr. también, JORGE BARREIRO, A., “El enfermo mental...”, op. cit., p. 183; del mismo, “Reflexiones...”, op. cit., pp. 578 y 579; SANZ MORÁN, Á., *Las medidas...*, op. cit., pp. 179 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, para quien la nueva regulación “desnaturaliza por completo” las medidas e “implica la desaparición del «Derecho penal de la peligrosidad» (...) como autónomo del *Derecho penal del injusto culpable*” (“La regulación...”, op. cit., p. 22), o, asimismo, afirmando que el nuevo Código consagra “un modelo de signo abiertamente monista” (*ibidem*, p. 35).

17 Como indica SILVA, con carácter general el sentido de la privación de libertad en las penas y en las medidas es diverso; en las primeras define su contenido esencial, mientras que en las segundas dicha privación es una circunstancia ajena a su esencia, un presupuesto de viabilidad de algunas de las medidas (del tratamiento en que consisten). Éstas son principalmente, en efecto, un tratamiento terapéutico resocializador, que adquiere por ello

- carácter obligatorio –el tratamiento es lo que legitima la medida-, constituyendo tal circunstancia una segunda diferencia, derivada de la anterior, entre penas y medidas (“La regulación...”, *op. cit.*, pp. 30 y ss.).
- 18 “(A)unque admitiéramos la tesis de que la proporcionalidad con el hecho cometido –regida por el marco penal abstracto- sea límite común a penas y medidas (...) la diferencia podría hallarse en que, mientras que las medidas pueden modificarse en su configuración e incluso cesar en virtud de razones de prevención especial (por la desaparición de la peligrosidad del sujeto), en las penas, la incidencia de la prevención general como función básica y prevalente en las antinomias impediría una reducción de la sanción, pese a la evolución positiva del pronóstico y la consiguiente desaparición de la necesidad preventivo-especial, cuando las exigencias preventivo-generales siguieran demandando su prosecución” (SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación...”, *op. cit.*, p. 29). Cfr. también, destacando que las medidas de seguridad cumplen *de facto* funciones de prevención general aun cuando no se rijan y configuren por ellas (con lo cual seguiría subsistiendo la distinción), (*ibidem*, p. 28), y advirtiendo que el sistema de medidas del Código penal de 1995, con arreglo a lo dicho, no supone un retorno a un Derecho penal de la culpabilidad en sentido estricto, hablando más bien de “un *Derecho penal del «hecho antijurídico cometido» en el que el principio básico sería el de proporcionalidad con ese hecho*” (*ibidem*, p. 27).
- 19 En el sentido en que el propio SILVA admite, destacando tal dependencia en relación con cuestiones específicas como la garantía de irretroactividad de la ley o la prescripción, las medidas “en cuanto «postdelictuales», tampoco pueden *distanciarse radicalmente* del hecho cometido” (“La regulación...”, *op. cit.*, p. 16).
- 20 Esto es, la medida de seguridad es materialmente un castigo aunque formalmente no lo sea. *Vid.* al respecto, la STC 159/1985, de 27 de noviembre, así como el comentario a la misma de VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución y medidas de seguridad”, *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 246 y 249. *Vid.* también, entre otros, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 33; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 236; JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. por J. Cuello Contreras y J.L. Serrano, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 40; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 209; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 45; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación...”, *op. cit.*, pp. 16, 26 y 27, 33; TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 140, 189, 195. Ello está implícito, en mi opinión, en la aceptación del sistema vicarial, en virtud del cual el cumplimiento de la medida de seguridad se abona para el de la pena (art. 99 CP), y resulta particularmente llamativo en algunas medidas de seguridad no privativas de libertad cuyo contenido material es idéntico al de las correspondientes penas privativas de derechos (así, por ejemplo, la prohibición de residir en un determinado lugar o territorio, o de aproximarse a la víctima, o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores). *Vid.* sobre esto último, críticamente, SANZ MORÁN, Á., *Las medidas...*, *op. cit.*, pp. 233 y ss.
- 21 CERESO MIR (“Consideraciones político-criminales sobre el Código penal de 1995”, *La Ley*, nº 4063, 1996, p. 5) y GRACIA MARTÍN (*Tratado...*, *op. cit.*, p. 460) hablan en este sentido, por ejemplo, del límite representado por la duración que con carácter general adquiera el tratamiento que precise el sujeto de que se trata. Cfr. también, refiriéndose a la posibilidad de que la ley prevea un límite máximo y variable dependiendo del tipo de medida de que se trate, JORGE BARREIRO, A., “El enfermo mental...”, *op. cit.*, p. 192; del mismo, “Reflexiones...”, *op. cit.*, p. 578; SANZ MORÁN, Á., *Las medidas...*, *op. cit.*, pp. 185 y 186; o SILVA SÁNCHEZ (“La regulación...”, *op. cit.*, p. 27, y asimismo pp. 46 y ss.), crítico con la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero, y aludiendo, para justificar la restricción de la duración de las medidas, a la idea de que la sociedad, por motivos de seguridad jurídica, llega un momento en que debe asumir el riesgo de liberar a un sujeto que pudiera seguir siendo peligroso (*ibidem*, pp. 47 y 48, y nota 120). Tal modo de razonar, así como la aceptación por parte de dichos autores de un tope máximo de duración de las medidas en los términos en que se acaba de referir, estimo que resulta indicativo al menos, y aun cuando no se pueda entrar aquí a tratar esta cuestión con detalle, de que no es tan evidente el argumento que se utiliza por aquéllos (por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El retorno...”, *op. cit.*, p. 157, o SANZ MORÁN, Á., “La reincidencia...”, *op. cit.*, p. 71) en el sentido de que el límite que consigna el artículo 6.2 del Código penal es tan sólo “aparente” -dado que una vez finalizada la privación de libertad derivada de la medida de seguridad penal, si persiste la peligrosidad del sujeto, aquélla continuaría a través del internamiento civil de incapaces (*vid.* art. 104.2 en relación con la disposición adicional 1ª CP)-. Vistas así las cosas, tan “aparente” sería el límite máximo que igualmente ellos acaban proponiendo como el contenido en el artículo 6.2 del Código penal.
- 22 Como ha sido destacado, el riesgo de que el sujeto deje de cumplir la medida sin que se hayan visto colmadas las necesidades preventivas existentes “es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que, habiendo cumplido su condena en la cárcel, salen en libertad” (MUÑOZ CONDE, F., “Monismo...”, *op. cit.*, p. 237). *Vid.* también, QUINTERO OLIVARES, G., “Reflexiones...”, *op. cit.*, p. 582. Cfr., no obstante, censurando el art. 6.2. del Código penal sobre la base de que impide a la medida alcanzar su fin, entre otros, GRACIA MARTÍN, L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 462, o SANZ MORÁN, últimamente, en “La reincidencia...”, *op. cit.*, p. 71.
- 23 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 460 y ss.
- 24 Así parece admitirlo JAKOBS, para quien las medidas de seguridad aplicables a inimputables, en tanto en cuanto

- se dirigen a la eliminación de peligros, no deben regirse por criterios de proporcionalidad (*Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 42).
- 25 Cfr., por ejemplo, JORGE BARREIRO, A., "El enfermo...", *cit.*, p. 183; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 460 y ss.
- 26 En el plano abstracto y al margen ahora de que de *lege lata* ello resulte incompatible con el art. 25.1 de la Constitución Española (cfr. VIVES ANTÓN, T.S., "Constitución...", *op. cit.*, p. 249 y QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 86) y con lo dispuesto en los arts. 6.1 y 95.1 del Código penal.
- 27 Buena prueba de que la peligrosidad no se deriva del hecho cometido, sino de otras circunstancias, relacionadas principalmente con el autor, es que, en la práctica, dos autores protagonistas del mismo hecho pueden resultar en un caso peligroso y en otro no. Se suele afirmar, así, que el delito cometido no tiene más valor en este contexto que el de "síntoma revelador" de su peligrosidad, sin que ésta pueda hacerse radicar en el hecho previo mismo (vid. CEREZO MIR, J., *Curso...*, *op. cit.*, p. 44; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 451; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 41). Partiendo de esta base la gravedad de los hechos cometidos, en contra de lo que se acostumbra a mantener (cfr., por ejemplo, JORGE BARREIRO, A., "El enfermo mental...", *cit.*, p. 194), no debiera constituir elemento determinante de la peligrosidad del autor a efectos de concretar la duración de la medida (cfr., en este sentido, CEREZO MIR, J., *Curso...*, *op. cit.*, p. 44).
- 28 Como el propio RODRÍGUEZ MOURULLO reconoce, pese a mostrarse crítico con los términos en que se recoge la limitación del art. 6.2 del Código penal, "(s)i el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto y no el delito que éste cometió, ¿por qué esperar a que el sujeto delinca? Esta es la lógica que condujo a la admisión de la peligrosidad social sin delito y a las medidas de seguridad predelictivas, que el nuevo Código penal acertadamente repudia" (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 41).
- 29 "El retorno...", *op. cit.*, p. 156.
- 30 LANDROVE las ha definido como el "arma predilecta para las más sórdidas maquinaciones atentatorias de la libertad y la dignidad humanas (*Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 118). Es habitual referirse en este contexto a la triple función garantizadora que, en palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, cumple la naturaleza postdelictual de las medidas: "se refuerza el pronóstico de peligrosidad, se fortalece la vigencia del principio de legalidad y se reduce a límites tolerables la función preventiva" (últimamente en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 41). Vid. también sobre el particular, TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss., y OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las medidas de seguridad...", *op. cit.*, p. 110, llamando la atención sobre la tendencia del Tribunal Constitucional favorable a la supresión de las medidas de seguridad predelictuales de la regulación penal precedente.
- 31 "Por un Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 606 y ss. y p. 624.
- 32 *Ibidem*, p. 608.
- 33 El problema del tratamiento que se debe otorgar a la delincuencia habitual es, según se ha dicho, uno de los más relevantes que se le plantean a la Política Criminal contemporánea (JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones...", *op. cit.*, pp. 565 y 581; en sentido parecido, SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia...", *op. cit.*, p. 61).
- 34 SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La regulación...", *op. cit.*, p. 45.
- 35 Como subraya MARTÍNEZ GARAY, no es admisible desde un punto de vista empírico afirmar que con carácter general sólo los condicionantes psicopatológicos, y no el resto de variables (socioeconómicas, familiares, culturales, etc.), determinan la peligrosidad criminal, y debe asimismo recordarse que la idea de que los enfermos mentales son *per se* más peligrosos que las personas sanas no es sino un prejuicio –eso sí, ampliamente extendido– (*La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 178 y ss.); cfr. también sobre el tema, SÁNCHEZ ILLERA, I., en *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, coord. por T. S. Vives Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 551 y ss.
- 36 Tal coherencia no alcanza, sin embargo, y salvo excepciones (vid. *supra* la posición de LASCURAÍN) al extremo anterior; esto es, al carácter predelictual de las medidas.
- 37 *Curso...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss. (vid. sus artículos cit. en la obra indicada, en p. 41, nota 104).
- 38 *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 439 y ss., y p. 457.
- 39 Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso...*, *op. cit.*, p. 38, y GRACIA MARTÍN, L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 463. Cfr. también JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones...", *op. cit.*, pp. 582 y ss., SANZ MORÁN, con matices (entre los que destaca la orientación vicarial en las respuestas), "Reincidencia...", *op. cit.*, p. 75, o, sumándose a la posición de este último autor, GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 151 y ss. Vid. asimismo SILVA SÁNCHEZ, favorable a la admisión, aunque de forma limitada, de fórmulas de "aseguramiento cognitivo adicional" para imputables peligrosos, como las de control de la vida en libertad tras el licenciamiento definitivo del penado o las medidas seguridad "para sujetos habituales o peligrosos" ("El retorno...", *cit.*, pp. 157 y ss.). Cfr., no obstante, este último autor planteando la posible adscripción de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos ("aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal del penas") al marco del Derecho penal del enemigo, en *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.
- 40 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La regulación...", *op. cit.*, p. 48; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto...*, *op. cit.*, p. 244.
- 41 En el sentido denunciado por MUÑOZ CONDE al hilo de una crítica al sistema de medidas dualista extremo, al

- que inevitablemente remite la cuestión tratada desde la perspectiva que ahora se examina, si de lo que se trata es de imponer una medida privativa de libertad una vez cumplida una pena de la misma naturaleza "entonces no sólo se grava más al condenado, sino que se produce una auténtica burla de los principios y garantías del Estado de Derecho" ("Monismo...", op. cit., p. 223; cfr. también pp. 226 y ss.). Asimismo, y en referencia específica a las medidas previstas en el Proyecto de Código penal español de 1980, que contemplaban la aplicación de medidas de seguridad a delincuentes habituales y profesionales "como complemento de la pena correspondiente al delito cometido", afirma el citado autor que se trata de "una prolongación encubierta de la pena" —que cabría entonces conectar con la vulneración del principio *ne bis in idem*- y que "(e)l sistema dualista se convierte así, en el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve" (*ibidem*, pp. 223 y 224). Y continúa el citado autor: "Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran "fraude de etiquetas", en el que el Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos (...). Es, pues, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en toda esta cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como se concibe en la actualidad, resuelve este antagonismo descaradamente a favor del poder estatal: legitimando su intervención con el concepto de culpabilidad y permitiendo que esta intervención sea prácticamente ilimitada en el terreno de las medidas" (*ibidem*, pp. 227 y 228). Cfr. asimismo críticamente, entre otros, HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 167; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 117; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto...*, cit., pp. 247 y 248.
- 42 Éste es definido por SANZ MORÁN, siguiendo a NOWAKOWSKI, su primer formulador, en los siguientes términos: "la medida de corrección o de seguridad estará legitimada siempre y cuando las necesidades públicas de seguridad frente a la peligrosidad criminal del delincuente pesen más que los derechos individuales de éste" ("Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 973).
- 43 Vid. SANZ MORÁN, Á., "Sobre la justificación...", op. cit., pp. 973 y ss.
- 44 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, op. cit., pp. 28 y ss.; y DÍEZ RIPOLLÉS, remarcando cómo el discurso de la seguridad ciudadana representa un inmejorable caldo de cultivo para la reactivación del derecho de la peligrosidad a la que asistimos ("De la sociedad del riesgo...", op. cit., pp. 26 y ss.).
- 45 Recuérdese a este respecto que el pronóstico sobre la probabilidad de la comisión de delitos en que consiste la peligrosidad acabará construyéndose en buena medida, según quedó dicho más arriba, sobre métodos estadísticos.
- 46 Vid. sobre el particular, en referencia a la regulación estadounidense, SILVA SÁNCHEZ ("El retorno...", op. cit., pp. 145 y ss.), o a propósito de la "custodia de seguridad" alemana tras la reforma introducida por la Ley de lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos de 26 de enero de 1998, *ibidem*, p. 154. La aludida institución del ordenamiento alemán, a pesar de las duras críticas recibidas desde el punto de vista doctrinal, fue objeto todavía de ulteriores reformas que han ido aligerando sucesivamente sus requisitos de aplicación hasta el punto de que en la actualidad es posible imponerla en relación con delitos económicos, siempre que se cumplan los presupuestos genéricos de apreciación en el sujeto de una propensión a la comisión de delitos graves así como la existencia de un "peligro para la sociedad". Vid. sobre ello, ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators...", op. cit., pp. 6 y ss., y en alusión a una línea de evolución similar de la custodia de seguridad suiza, SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia...", op. cit., pp. 66 y 67.
- 47 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El retorno...", op. cit., pp. 157 y 158.
- 48 Por lo que se refiere a nuestro país, vid. los autores citados *supra*: nota 39. En este sentido es ya clásica la mención a la opinión de CERESO calificando la falta de previsión de medidas de seguridad para delincuentes habituales de criminalidad grave como uno de los mayores defectos de política criminal del Código penal ("Consideraciones...", op. cit., p. 5).
- 49 Vid. ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators...", op. cit., pp. 6 y ss. y la bibliografía allí citada.
- 50 Vid. SILVA SÁNCHEZ ("El retorno...", op. cit., pp. 144 y ss.), dando cuenta de la evolución experimentada por la legislación norteamericana en materia de reacciones contra los delincuentes sexuales y del carácter marcadamente inocuizador que la define en la actualidad; o asimismo, desde una perspectiva más general, GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas...", op. cit., pp. 129 y ss., o SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia...", op. cit., pp. 63 y ss.
- 51 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El retorno...", op. cit., pp. 150 y 151, nota 26; ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators...", op. cit., pp. 8 y ss., destacando los múltiples y nocivos efectos secundarios que se derivan de estos tratamientos (*ibidem*, p. 9, nota 27), así como en general los términos en que se ha planteado el debate político criminal sobre este aspecto en Estados Unidos, principalmente, y también en Europa (*ibidem*, pp. 10 y ss., y p. 17).
- 52 "Sobre la justificación...", op. cit., p. 970.
- 53 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal,

- publicado en el Boletín oficial de las Cortes generales el 15 de enero de 2007.
- 54 Vid. una valoración crítica de tal regulación en GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas...", *op. cit.*, pp. 139 y 140; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.; ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators...", *op. cit.*, pp. 17 y 18; SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia...", *op. cit.*, pp. 71 y ss.
- 55 Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
- 56 Puede verse un repaso de los modelos de libertad vigilada vigentes en gran número de ordenamientos del derecho comparado, así como un análisis del tratamiento que se da a dicha figura en el citado Anteproyecto, en el *Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*, Madrid, 26 de febrero de 2009, pp. 27 y ss. También de interés en este punto, la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2008.
- 57 Art. 49 bis. 2 del Anteproyecto de 2008: "La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o algunas de las siguientes obligaciones: a) la de estar siempre localizable; b) la presentación periódica en el lugar en que se establezca; c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar del puesto de trabajo; d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida; e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior; g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos; h) la de no residir en determinados lugares; i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza; j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; k) la de seguir tratamiento médico externo".
- 58 Vid. ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators...", *op. cit.*, p. 14; GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas...", *op. cit.*, p. 140; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia...*, *op. cit.*, p. 127.
- 59 Como suele apuntarse, las que se han indicado con el nombre de monista y dualista son las dos respuestas que tradicionalmente se han articulado en derecho comparado frente al delincuente habitual peligroso (*vid.* por todos, SANZ MORÁN, Á., "La reincidencia...", *op. cit.*, pp. 63 y 73). Puede verse una propuesta de regulación de la libertad vigilada que parte también de su configuración como pena accesoria y que se asemeja además en otros aspectos a la acogida en el Anteproyecto de 2008, en GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas...", *op. cit.*, pp. 137 y ss.
- 60 Vid. los arts. 7.1,h y 10.2 y 4 de la citada Ley.
- 61 Art. 57 bis) 1. del Anteproyecto de 2008: "Sin perjuicio de los dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el juez o tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos: a) cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código; b) cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos" (la negrita es añadida).
- 62 Art. 57. bis) 2. del Anteproyecto de 2008: "En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el juez o tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurran los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo".
- 63 Vid. los arts. 33.2 y 3, 39, 40.5 y 49 bis del Anteproyecto.
- 64 Cfr. la interpretación, en clave potestativa, que propone el Consejo General del Poder Judicial para los supuestos de solapamiento de ésta con otras penas accesorias (*Informe...*, *op. cit.*, pp. 36 y 37).
- 65 Así se desprende también de la Exposición de Motivos del repetido Anteproyecto: "Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer la exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delinquentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada "libertad vigilada", cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad" (...). "En la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone" (...) y "una vez cumplido el fin de reinserción, el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida". Vid. igualmente, muy elocuente al respecto, el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto (*op. cit.*, p. 41): "el fundamento de esta nueva pena (es) un juicio de peligrosidad más propio de una medida de seguridad que de una pena".
- 66 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El retorno...", *op. cit.*, p. 150.
- 67 Como se ha visto, sólo en el caso de que la condena por delito de terrorismo lleve aparejada una pena privativa

de libertad inferior a 10 años se exige entonces a tales efectos que se haya castigado al sujeto por dos o más delitos de terrorismo habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos (art. 57 bis.1.b del Anteproyecto). *Vid.*, poniendo de relieve cómo la presunción de peligrosidad, *iuris tantum*, aludida en el texto implica en realidad, y a la vez, una "presunción del fracaso resocializador del cumplimiento de la pena de prisión" que el sujeto necesariamente habría cumplido con anterioridad cuando se iniciara la ejecución de la pena accesoria de libertad vigilada, así como advirtiendo de la conveniencia, para evitar un deslizamiento hacia un Derecho penal de autor, de que la reducción o interrupción de la libertad vigilada prevista en el art. 49 bis.5 se configure en términos obligatorios para el juez siempre que se aprecie un pronóstico de reinserción favorable, *Informe del CGPJ...*, *op. cit.*, p. 47.

- 68 *Vid.* SANZ MORÁN, resaltando cómo el problema de la delincuencia habitual "pone en cuestión de manera decisiva el convencional modelo dualista (pena y medida) de respuesta al delito" ("La reincidencia...", *op. cit.*, p. 61). Cfr. también la crítica que realiza el citado autor a la opción político-criminal que ataja el problema examinado exasperando la pena (criterio monista) sobre la base, entre otras razones, de las interferencias conceptuales entre pena y medida que de ello se sigue y de la erosión de principios básicos como el de culpabilidad por el hecho o el de proporcionalidad (últimamente, en *ibidem*, pp. 64 y 65).

la libertad interior a 10 años se exige entonces a tales efectos que se haya castigado el sujeto por dos o más delitos de tenencia furtiva apreciada la gravedad de reincidencia en cualquiera de ellos (art. 57 de la Ley del Antecedente). Vlt. poniendo de relieve cómo la presunción de peligrosidad, una vez que se ha producido el cumplimiento de la pena de prisión, que el sujeto necesariamente ha de cumplir con anterioridad cuando se inicia la ejecución de la pena accesoria de libertad vigilada, así como evolucionando de la conveniencia para evitar un desajuste hacia un Derecho penal de autor, de que la reducción o suspensión de la libertad vigilada prevista en el art. 52 de la Ley contiene en términos obligatorios para el juez siempre que se aprecie un pronóstico de reincidencia favorable,

informa del CCRP... p. 47.
 Vlt. SANC MORÁN, resumiendo como el problema de la delincuencia habitual "pone en cuestión de manera decisiva el convencional modo dualista (pena y medida) de respuesta al delito" ("La reincidencia..." op. cit. p. 47). Cf. también la crítica que realiza el autor a la opción política-criminal que sigue el modelo examinado expresando la pena (criterio monista) sobre la base, entre otras razones, de las inconsistencias conceptuales entre pena y medida que de ella se sigue y de la creación de principios básicos como el de culpabilidad por la falta o de proporcionalidad (últimamente, en idéntico, op. cit. p. 54 y 55).

Doctrina Nacional

LA FUNDAMENTALIDAD DEMOCRÁTICA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA: ALGUNAS NOTAS SOBRE SU DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN COSTA RICA Y ESPAÑA

Marco F. Feoli V. ¹

“...-¿Lo defenderá alguien? –preguntó Mar.

Joan negó cansinamente con la cabeza.

-Le asignarán un abogado...que tiene prohibirlo defenderlo.

-¿Cómo? –exclamaron las dos mujeres al unísono.

-Prohibimos a abogados y notarios – recitó Johan- que ayuden a los herejes, que los aconsejen o los apoyen, así como que crean en ellos o los defiendan. –Mar y Aledis interrogaron a Joan con la mirada-. Así reza una bula del papa Inocencio III.

-¿Entonces? -preguntó Mar.

-La labor del abogado es lograr la confesión voluntaria del hereje; si defendiere al hereje, estaría defendiendo la herejía...”.

(Idelfonso Falcones. La Catedral del Mar, pp. 584-585)

Introducción

Las democracias modernas se realizan en un marco jurídico y político específico: el Estado Constitucional de Derecho. Esta afirmación no se reduce a una declaración de buenas intenciones, sino a una toma de postura ideológica que señala los derroteros de la sociedad. Hablar de un Estado que es constitucional y de derecho supone unas ciertas relaciones muy particulares entre el poder público y las personas; relaciones que estarán en cualquier situación transversalizadas por una serie de derechos de los que las personas son poseedoras y de los que el Estado no puede disponer. Sólo así se realizan los valores que componen una democracia.

Tanto España como Costa Rica han adoptado una forma de organización política y social a partir de los principios democráticos. Eso significa como diría Ferrajoli que junto al contenido formal –acceso al poder a través de elecciones libres y competitivas decididas por la mayoría- se agrega un contenido sustancial que implica la protección a toda costa – incluso de la mayoría- de aquellos derechos entendidos como fundamentales. Desde esta perspectiva, uno de los derechos que ha gozado de un resguardo claro y ostensible es el de las garantías del proceso penal, proceso que implica la intromisión del poder punitivo en los niveles más extremos de la vida de las personas.

Bajo esta línea de pensamiento es evidente que la efectividad en clave democrática de este paradigma, depende entre otros factores que las garantías penales y procesales penales se cumplan de modo estricto. Lo dicho, al amparo de los principios de legalidad y especialmente del principio de tutela judicial efectiva, hace posible la refutabilidad empírica de las delaciones planteadas -la carga probatoria, la obligación de la fundamentación, la contradicción, la publicidad, etc.-. Hablamos del acceso a la justicia. Todos estos derechos se cumplimentan cuando el lenguaje jurídico se “traduce” a través de un “intérprete” que asista, patrocine, asesore, pero sobretodo controle el ejercicio del poder punitivo del Estado por medio del derecho a la asistencia letrada, que puede extenderse a distintas materias, pero que es especialmente relevante en los procesos de naturaleza penal. De otra forma, la construcción de las garantías procesales no pasaría de ser una cómoda –pero imaginaria- ficción jurídica y ello, desde la visión constitucional y democrática, es absolutamente inaceptable.

En síntesis, el derecho a la asistencia letrada, especialmente en los procesos penales, se vuelve una garantía esencial en una democracia. Tanto por la clara conciencia de que el poder del Estado se presenta en ese espacio procesal con particular intensidad; como por las circunstancias actuales que al revelar una expansión sin precedentes del derecho penal reclaman desde los basamentos de un Estado Constitucional de Derecho, como contraparte indispensable para la protección de las personas, el establecimiento y efectivo cumplimiento de las garantías procesales penales, entendidas como derechos fundamentales. Entre ellas, sin lugar a controversia, el derecho a la asistencia letrada adquiere un cariz esencial.

El ejercicio de la defensa en un proceso penal constituye un derecho fundamental. Por este motivo el Estado está en la obligación irrenunciable de garantizar su plena ejecución por parte de la persona sometida a juicio. Es así como surge la necesidad imperiosa de constituir eso que no es cosa distinta a un servicio público, con el objetivo de hacer el derecho efectivo y no simplemente nominal. La necesidad es imperiosa, porque los fundamentos que orientan a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, hacen que bajo ningún criterio pueda tolerarse que el acceso a la justicia se convierta en un derecho exclusivo y elitista, desplegado de acuerdo con las condiciones económicas del que lo demanda. Permitirlo, por acción o por omisión, sería igualmente escandaloso; pero ante todo igualmente deslegitimante. La forma como ha sido conceptualizado por la doctrina, pero sobre todo por la jurisprudencia de dos Estados democráticos es lo que pretendemos sintetizar en las páginas siguientes.

a- Derechos fundamentales y democracia: garantías procesales, derechos fundamentales más urgentes que nunca

Con nombres a veces variados, la sociedad ha intentado proteger una serie de derechos que se estiman imprescindibles. Esos derechos hoy los entendemos como consustanciales en un Estado democrático. Y es que uno de los términos que de manera cotidiana se utiliza en

diferentes espacios –medios de comunicación, universidades, movimientos sociales, partidos políticos, etc.- es el de democracia. Se asume casi como dogma de fe que hay que ser democrático. Si partimos de la premisa de que democracia y derechos fundamentales³ son dos ideas intrínsecamente vinculadas, merece la pena dedicar un momento para tratarlo, eso sí, muy marginalmente. El punto no es una cuestión baladí, en ella reside la trascendencia del derecho a la asistencia letrada como un derecho fundamental.

Hablar hoy en día de democracia, no es algo simple en vista de la multiplicidad de definiciones que podrían encontrarse, dependiendo de la disciplina de donde provengan –ciencia política, derecho, economía, sociología, etc.-. Democracia es, algo más que mecanismos de elección popular para acceder al poder decididos por la mayoría. Resulta esclarecedora la diferenciación propuesta por FERRAJOLI acerca del contenido formal y sustancial de la democracia y el surgimiento de la democracia constitucional como nuevo paradigma de organización política después de la segunda guerra mundial⁴. El consenso de masas sobre el que se fundaron las dictaduras fascistas, aunque fuera mayoritario, no podría ser ya la única fuente de legitimación del poder. Con esto, se comienza a insertar en la democracia una dimensión sustancial que se agrega a la tradicional dimensión política, meramente formal o procedimental⁵. Dentro de esta tesitura, la democracia adquiere verdadera relevancia, en tanto en ella se contienen y se realizan los valores que permiten un tipo de convivencia social. Así, una democracia no puede ser comprendida, si no es en conexión a otros conceptos. Constitución, Derechos Fundamentales y Estado Social y de Derecho son elementos que definen a las democracias modernas.

Se entiende hoy que el nacimiento de los derechos fundamentales, se encuentra vinculado al surgimiento del Estado moderno. El paso del Estado liberal está marcado, por la relación entre Estado y derechos fundamentales⁶. El carácter verdaderamente vinculatorio de los derechos fundamentales se alcanza una vez que aquellos se regulan normativamente. Hay que tener

presente como dice BOBBIO que mientras esos derechos fueron una teoría filosófica, podrían ser considerados universales. Pero esa universalidad carecía de eficacia jurídica. En el momento en que se incorporan a los textos constitucionales, su protección adquiere otro matiz⁷.

La evolución de los derechos fundamentales ha supuesto un largo período de consolidación social y jurídica. Uno de los momentos clave es la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, seguido también por la aprobación de tratados internacionales de carácter regional sobre derechos humanos⁸. Este hecho como señala la profesora María José CORCHETE, comentando a PECES BARBA, es prueba del proceso evolutivo de los derechos fundamentales hasta entenderlos en la actualidad como garantías acompañadas de instrumentos del más alto rango jurídico, establecidos para controlar su efectivo cumplimiento. La entronización de los derechos fundamentales como categorías definitorias, no sólo de una moralidad básica –sustentada en la dignidad humana- sino también de una juridicidad básica, significan un replanteamiento fenomenológico del Estado, que se entiende ahora como Estado Constitucional de Derecho, expresión sincrética que refleja la satisfacción de derechos reivindicados en diferentes etapas históricas⁹. Dice la misma autora, el significado político de los derechos fundamentales tienen en su consagración constitucional, su fuente de legitimidad¹⁰.

Uno de los autores que más ha tratado el tema, ALEXYS¹¹, sostiene la tesis de que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización, realizados en el marco de condiciones y circunstancias particulares de cada sociedad. No es sólo entonces cuestión de valores inspiradores sino además cuestión de cómo se articulan jurídicamente. Estos principios determinan la estructura normativa de los derechos fundamentales. Su rasgo distintivo y esencial es ser normas que ordenan que algo sea realizado, dentro de unas ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Implica que frente a diversas alternativas en la gestión pública el Estado deberá, prescriptivamente,

decantarse por unas específicas. Tanto porque suponen la realización de valores ideológicamente cardinales, como porque en la estructuración normativa su obligatoriedad fija una hoja de ruta de la que el poder público no podría, en forma legítima, apartarse.

Frente a las exigencias que lo componen, hablar de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, implica no sólo una mayor rigurosidad conceptual, sino también entender que existen una serie de valores vistos como derechos que se han de garantizar a toda costa, pues ello supone su esencia ontológica. Al tiempo que operan para los ciudadanos como mecanismos de protección frente al abuso de los poderes públicos, legitiman el ejercicio del poder¹². Ello implica una posición tanto omisiva –no impedir su ejercicio- como activa –facilitar los medios que favorecen su ejercicio-¹³. FERRAJOLI, buscando superar las diferencias entre una concepción formal y material, define los derechos fundamentales como derechos que en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas y se reconocen –y en ello reside lo novedoso de su justificación- entendidos como la ley del más débil, esto es actuando como alternativa democrática a una “ley del más fuerte” -económicamente, culturalmente, jurídicamente, militarmente, etc.- que regiría en su ausencia¹⁴.

Aunque podrían citarse numerosos ejemplos desde el planteamiento de Ferrajoli, interesa insistir en los derechos fundamentales que nacen como garantías frente al Estado en los procesos penales. En el *sub examine* los derechos fundamentales actuarían como la ley del más débil frente a la superioridad del Estado que dispone de una maquinaria punitiva poderosa a través de la que se pueden fijar sanciones especialmente lesivas, haciendo latente el riesgo de que se cometan arbitrariedades.

La posibilidad de que se cometan abusos mediante el poder punitivo del Estado y el establecimiento de garantías que protejan a las personas no es una relación casual; responde a antecedentes históricos que precisamente acreditan la existencia de los más deleznablez atropellos con la excusa de procesos criminales¹⁵. Por esta razón, hoy nadie

cuestiona la validez y conveniencia de una serie de principios y reglas que se han establecido como forma para proteger a las personas de arbitrariedades y como medio de legitimación de la intervención punitiva del Estado, porque sólo sería admisible la punición producto del respeto de las garantías previstas. Como bien señala Carocca “...lo que se exige es (...) un cierto estándar compuesto por la concurrencia de algunos elementos esenciales, que son los que permiten considerar que la condena es legítima, porque es el resultado de un enjuiciamiento...”⁶. En esto consistirían las garantías procesales penales reconocidas en los textos constitucionales democráticos. En el caso de la Constitución Política de España –CE- las encontramos en los artículos 17 y 24, en la Constitución Política de Costa Rica –CCR- en los artículos 24, 28, 35, 36, 37, 39, 40 y 41; de los numerales de cita se dedicará mayor espacio más adelante. Se pueden señalar algunas con un interés sólo ilustrativo: derecho a la defensa, derecho a la fundamentación de la sentencia y las resoluciones judiciales, derecho a la regularidad de las probanzas, derecho a no ser detenido si no es por orden de un juez, excepcionalidad de la prisión preventiva, carga probatoria de quien acusa, principio de inocencia, principio *in dubio pro reo* y derecho a recibir asistencia de un abogado y en caso de no contar con recursos para designar uno, que el Estado lo provea.

Paradójicamente, estas garantías que pueden parecer de entrada razonables y más aún necesarias son con frecuencia atacadas, pues se ha planteado también si ellas no entorpecen el combate de la delincuencia. Hay sectores que claman -frente a diversos problemas sociales- por “la urgencia” de flexibilizarlas para evitar la impunidad. En los últimos años se han promovido una serie de políticas y medidas que buscan precisamente limitar algunas garantías procesales. Son muchos, en nuestro criterio, los problemas que se originan de lo que se entiende como un uso indiscriminado del derecho punitivo. El más evidente: la posible conculcación de derechos fundamentales.

En este contexto resulta urgente examinar de qué modo el Estado está asegurando el cumplimiento de garantías procesales como la asistencia

letrada. Como se analizará posteriormente, este derecho tiene un rol esencial en los procesos en tanto facilita el cumplimiento de otros derechos. Esto es aún más relevante cuando se considera que el derecho objeto de estudio es un derecho de carácter prestacional, donde no es suficiente una abstención, además se ocupa la realización de actuaciones concretas suministrando el derecho. La evolución de los derechos fundamentales, aunque parte del reconocimiento de la libertad de las personas, no se agota en ella. La visión de un Estado liberal de Derecho fue insuficiente para abarcar otros aspectos. Hoy se requiere más. En el caso del derecho a la asistencia letrada, como motor de otros derechos, no basta con una posición estatal pasiva¹⁷. Tal cosa, en el devenir histórico se tornó exigua para asegurar la plena ejecución de los derechos que se estiman fundamentales. Esta ejecución supone promover también que su realización incluya a todos los grupos de la sociedad.

El derecho a la asistencia letrada, en síntesis, debe ser abordado por dos razones principalmente. Primero, porque la situación hoy en día refleja una tendencia a disminuir garantías procesales, de modo que la primera de ellas –la asistente letrada-deberá estar lo suficientemente blindada para evitar abusos y asegurar la tutela judicial efectiva. Y segundo, porque al margen de lo que ocurre actualmente, la asistencia letrada representa la expresión de un paradigma de Estado en el que éste no solamente no impide que las personas disfruten de sus derechos; además “hace cosas” para que así sea, de forma que el disfrute no esté condicionado por factores sociales, culturales o económicos que pongan a unos en desventaja frente a otros.

b- Referencias históricas de la asistencia letrada gratuita

Merece la pena hacer una brevísima mención al devenir histórico de los modelos de asistencia letrada gratuita. Puede decirse que una ley de asistencia judicial fue instituida por vez primera en Europa, en Francia a mediados del siglo XIX. La asistencia fue concebida desde un carácter

humanitario y de caridad, fundada sobre principios cristianos de solidaridad en beneficio de las personas más pobres.

Posteriormente, la conciencia en relación a la importancia de garantizar el acceso a la justicia se extendió a Alemania y Estados Unidos de Norteamérica. Igualmente, abogados impulsados por un sentimiento de compromiso social prestaron voluntariamente sus servicios a grupos provenientes de los estratos más humildes¹⁸.

La evolución posterior del instituto permitió el surgimiento de dos sistemas de asistencia jurídica gratuita. Por un lado el sistema de defensa oficial o modelo estratégico de servicio social (*Staff System o Public Salatoried Attorney Model*) cuyo principal desarrollo lo encontramos en Estados Unidos; y por otro lado, el sistema judicial o modelo de servicio (*Judicare Sistem o Model Service*), propio de las legislaciones europeas. Junto a estos dos sistemas existe un sistema mixto, vigente en Suecia, Canadá, Holanda, Gran Bretaña y más recientemente en Chile¹⁹, que combina elementos de los dos anteriores. En su origen, el *Staff System* norteamericano prestó patrocinio gratuito mediante iniciativa privada. Este aspecto cambia radicalmente en 1963, luego de que el Tribunal Supremo Federal entendiera que la Constitución Norteamericana reconocía el derecho a la defensa gratuita de toda persona acusada de cometer un delito cuya pena fuera mayor de un año de cárcel²⁰. A partir de entonces, el Gobierno Federal destinó cantidades importantes de dinero para financiar el sistema, formado por oficinas jurídicas a cargo del Estado. En Europa, donde se adoptó el *Judicare System*, países como Italia, Francia o España dejaron en manos de los abogados particulares la representación y defensa en juicio de los litigantes con escasos recursos económicos, imponiéndoles una supuesta obligación honorífica²¹.

En suma, conforme los Estados avanzaron en la conceptualización y definición de los derechos fundamentales se consagró la idea de que no puede haber derecho a la defensa sino se cuenta con un abogado defensor. Con esta idea como premisa se fueron desarrollando los modelos explicados, los cuales se extendieron a

otros países democráticos, más allá de Estados Unidos y Europa -como los latinoamericanos-. Son estos modelos o sistemas los que en nuestros días siguen vigentes.

c- El derecho a la asistencia letrada especialmente en materia penal

La faceta descrita, de un Estado que no sólo “deja hacer”, para usar una expresión típicamente liberal, sino que además interviene, procurando relativizar las constantes desigualdades que se reproducen en cualquier sociedad, se refleja en el derecho a la asistencia letrada gratuita. La facultad punitiva del Estado es la amenaza concreta de imposición de una pena privativa de libertad. La pena trae consigo, el padecimiento de los demás costos personales que implica estar sometido a un proceso penal. Supone *per se* una pena emocional y afectiva; una especie de pena por proceso. La historia de la persecución penal ha estado colmada de arbitrariedades e injusticias. En tal escenario se consolida el derecho a defenderse frente a cualquier acusación, entendido así como un derecho fundamental. No quedan dudas de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado Constitucional de Derecho. El respeto por la dignidad humana impone que cualquier intromisión del Estado esté precedida por una serie de justificaciones, examinadas en cualquier caso, a la luz del principio de proporcionalidad²². Examen aún más riguroso tratándose de un proceso donde los valores de la más alta jerarquía, como la libertad personal, podrían ser disminuidos.

Los principales instrumentos de derechos humanos lo reconocen. El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– establece las garantías mínimas procesales que deben ser observadas para el juzgamiento. Es aquí donde se coloca como elemento integrante del derecho a la defensa, el derecho a ser asistido por un defensor²³. Por su parte, con una redacción muy similar, pero mucho menos generosa que la de la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y el Convenio Europeo de

Derechos Humanos -CEDH²⁴- recogen lo propio. En efecto, se decía que la redacción de la CADH es más generosa en tanto la exigencia para asegurar la asistencia de un defensor al acusado no depende de una expresión tan abstracta e imprecisa como “los intereses de la justicia”. No obstante, tanto España como Costa Rica han creado sus propios mecanismos para garantizar este derecho conforme a lo preceptuado por la normativa internacional y las disposiciones constitucionales. El derecho a la defensa²⁵ aparece compuesto por una serie de sub-derechos que permiten alcanzar, en última instancia, el derecho a un juicio justo y equitativo²⁶. Siguiendo a BINDER, podría afirmarse con total contundencia que este derecho a la defensa se hace operativo a través del derecho a la asistencia letrada²⁷. Sería de suyo impensable abrir un proceso criminal en el que se prescindiera de la actuación del abogado defensor. Pero además, no puede olvidarse una circunstancia estructural de todas las sociedades, su desigualdad. La desigualdad amenaza con convertir en “...justicia de clase lo que ha de ser acceso efectivo de los ciudadanos a los Tribunales, se entiende que el criterio económico, los costes de la Justicia, no deben ser un obstáculo insalvable (...) ya que de producirse así se estaría provocando una auténtica denegación de justicia...”²⁸.

Puede definirse el derecho a la asistencia letrada –o también derecho a la defensa técnica- como el derecho fundamental a estar acompañado durante la tramitación de un proceso por un abogado. Este profesional deberá asesorar, realizando las gestiones técnicas necesarias de acuerdo a la normativa vigente, para refutar la acusación o demanda. En caso de que la persona no desee o no cuente con recursos suficientes para sufragar los gastos por la contratación del letrado, el Estado le proporcionará uno designado bajo criterios de calidad y eficiencia.

Es posible citar un abanico de definiciones del derecho a la asistencia letrada gratuita; empero se estima más oportuno, como lo hace el profesor Nicolás RODRÍGUEZ, enumerar las notas distintivas²⁹ que sintetizan las principales ideas que lo componen. En primer lugar, al tratarse de un derecho fundamental,

su sustento normativo nace del parámetro de legitimidad constitucional. En este derecho, se evidencia con singular luminosidad, el carácter subjetivo y objetivo que al mismo tiempo deben poseer los derechos fundamentales. Se trata de las dos caras de las que habla DIEZ PICAZO: “...en su dimensión de derechos subjetivos, (...) otorgan facultades o pretensiones que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas; en su dimensión de valores objetivos en cambio operan como elementos objetivos del orden constitucional (...) la dimensión objetiva (...) se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos...”³⁰. Verdaderamente, la persona investigada en un proceso penal tendrá el derecho subjetivo a ser asesorada por un abogado y, el Estado lo asegurará porque responde a los intereses de la Justicia y legitimará en última instancia que cualquier resolución de fondo que se dicte, se acomode a los requerimientos de un Estado de Derecho. En segundo lugar, nos encontramos con un derecho de carácter procesal, su realización no implica obtener decisiones de fondo según el interés de la parte. Se trata de un derecho para asesorar técnicamente a quien ha ingresado en un proceso penal³¹. La decisión sobre el caso concreto dependerá de la valoración que realice el juez.

En tercer y último lugar, se trata de un derecho fundamental de naturaleza prestacional. Como se señaló, no basta con que el Estado permita el disfrute de los derechos fundamentales no poniendo trabas para su ejercicio. Se requiere algo más, una actuación concreta, directa y expansiva para que el derecho pueda ser disfrutado. ALEXEY define los derechos fundamentales prestacionales como derechos entre el individuo y el Estado. Esa relación –extensible en general a los derechos fundamentales- se distingue por una característica esencial. Las personas tienen derecho a algo que podría obtenerse de los particulares si tuvieran recursos suficientes u oferta suficiente en el mercado³². En esa línea de pensamiento el derecho a la asistencia letrada es, por supuesto, un derecho prestacional. El

Estado crea estructuras y espacios físicos, capacita profesionales, controla su calidad, etc. en aras de asegurar el ejercicio del derecho a las personas que carecen de los recursos económicos para contratar a un abogado.

El Estado, una vez reconocida la constitucionalidad del derecho, debe disponer de los medios necesarios para desarrollar la actividad que lo haga operativo logrando así que el derecho sea real y efectivo. En España, esta actividad prestacional se realiza a través del Ministerio de Justicia que dispone de una cantidad en los presupuestos generales del Estado para articular el derecho a la asistencia letrada. En el caso de Costa Rica ello mismo se da, pero bajo el alero del Poder Judicial.

Lo anotado plantea un tema comentado con anterioridad, los derechos fundamentales y su configuración legal. Se trata de derechos fundamentales en el sentido más preciso del término, pues su referente será siempre el texto constitucional. Es la Constitución la que los crea y protege. Ahora bien, pese al resguardo de la norma suprema, su desarrollo implica indefectiblemente de impulso legislativo. Un ejemplo claro lo encontramos en el derecho objeto de análisis. DIEZ PICAZO critica la falta de "nitidez" de los derechos de configuración legal. El problema, como él mismo reconoce, es que centrarse exclusivamente en la norma constitucional para analizar posibles violaciones trae consigo el peligro de vaciar de contenido muchos derechos fundamentales³³. Tratándose del derecho a la asistencia letrada, tanto la CE como la CCR establecen la obligatoriedad de que se garantice su ejercicio. No obstante, que ello ocurra, dependerá en gran medida del legislador, quien debe concretar y desarrollar su contenido. Sólo verificado este punto, se estará respetando el mandato recogido en la norma fundamental.

Hay un elemento adicional a todo lo explicado que no puede soslayarse, porque también explica la necesidad de que se fortalezca el derecho a la asistencia letrada. Si algo ha distinguido a la comunidad jurídica profesional son sus actitudes cerradas, excluyentes y hasta elitistas. Estas características, bien dice DOMINGO, no han cambiado mucho. Se utiliza, para empezar, un lenguaje técnico,

pero alambicado e incomprensible al resto de la población, sea cual sea su nivel educativo³⁴. La conveniencia en que los intereses de las personas estén debidamente defendidos, por los valores en juego o los riesgos latentes, no agota la justificación del derecho a la asistencia letrada. La necesidad de la garantía objeto de estudio, se sustenta también por los rasgos propios de cualquier materia jurídica. El derecho es una disciplina compleja, llena de tecnicismos y especificidades³⁵. En resumen, al derecho a la asistencia letrada le corresponde un rol esencial al fungir como una especie de motor de las otras garantías que componen el derecho a juicio justo y equitativo -o lo que es lo mismo el derecho al debido proceso-.

d. La asistencia letrada: condición necesaria para el derecho a la tutela judicial efectiva

Especialmente relevante en España, el derecho a la tutela judicial -o jurisdiccional³⁶- efectiva ha merecido un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, desprendiéndose de él una prolífica lista de derechos acreedores de protección constitucional. Posiblemente, esta situación tiene que ver, aparte de la noción del rol esencial que en una democracia deben jugar los órganos jurisdiccionales como medios de protección de derechos, con la habilitación de un mecanismo amplio que permite acceder a la vía del amparo. De acuerdo con la legislación española, la tutela judicial efectiva al ser un derecho fundamental, puede ser reclamado ante el Tribunal Constitucional de España -TC-. Esta práctica ha permitido que muchas resoluciones dictadas por los órganos judiciales hayan sido susceptibles de control por parte de este Tribunal.

En el caso de Costa Rica la situación es distinta, no sólo porque la Sala Constitucional -SC- es un tribunal especializado del propio Poder Judicial, sino también porque por disposición expresa de la CCR -artículo 10- las resoluciones emitidas por otros órganos jurisdiccionales, no pueden ser controladas ante la SC, salvo por graves violaciones al derecho de la Constitución. Ello no significa que la tutela judicial efectiva

no sea un derecho protegible. Lo que está vedado es recurrir las sentencias ante la SC, pues mientras se siga el procedimiento fijado en la propia sede judicial, se entiende que el derecho es respetado. Es la misma Sala la que ha explicado que el derecho en cuestión es una garantía para los ciudadanos, con la que se asegura acceso fácil y sin restricciones a los Tribunales. Esto implica, no sólo la posibilidad de incoar el proceso, sino también un criterio aplicable a todas las etapas del procedimiento. Comprende tanto la resolución del conflicto de fondo, como cada una de las incidencias que se presenten durante el mismo³⁷.

Indica GUASTINI que cualquier derecho presupone dos ideas esenciales. Una definición precisa de su contenido, y la posibilidad de que éste pueda ser reivindicado, también de manera concreta, frente a un sujeto determinado. Añade que, "...sobre esta base podemos distinguir entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel..."³⁸. Efectivamente, un derecho formulado en una norma vigente no basta para asegurar el ejercicio pleno, directo e inmediato. En un Estado Constitucional de Derecho, el sujeto frente al que se reivindican los derechos, de acuerdo con la lógica esgrimida por GUASTINI, y frente al que se exige protección, es el Poder Judicial. Como acertadamente señala el profesor Luis PÁSARA "...el resultado del trabajo judicial constituye un aspecto clave del proceso democrático. La razón de tal crucialidad estriba en que es a través de las decisiones judiciales que los derechos y las obligaciones formalmente prescritos en la ley son efectiva y concretamente reconocidos y sancionados..."³⁹.

De lo dicho hasta aquí podría entenderse el derecho a la tutela judicial efectiva como la existencia de órganos –judiciales- ante los cuales puede ser reclamada la protección de cualquier situación legítima y jurídicamente relevante. Sinónimo de derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a un proceso equitativo –artículo 6 CEDH-, al debido proceso –artículo 9 PIDCP- y el derecho a una justicia pronta y cumplida –artículo 41 CCR. Intentando obviar las diferencias teóricas y de enfoque que podrían generarse, se trata del acceso a la justicia que en el marco de una democracia

se tutela especialmente a través del Poder Judicial. Esto, por supuesto, puede recibir diferentes denominaciones; sin embargo en lo que debe hacerse hincapié –como punto en común y rasgo distintivo- es en la existencia de una estructura judicial a la que se acude para exigir el resguardo de un derecho.

El derecho a la tutela judicial efectiva está incorporado a los ordenamientos jurídicos de España y Costa Rica, mediante la definición que hace la norma fundamental. La CE, estatuye: "...1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión..."⁴⁰. En lo que a esto respecta, la CCR indica: "...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..."⁴¹.

Ambos preceptos aseguran a las personas el derecho a acudir al Poder Judicial en abrigo de sus intereses sobre la base de una serie de garantías, a partir de las cuales, finalmente, los jueces tomarán una determinada decisión. Esto tiene absoluta sintonía con un sistema democrático y más concretamente con el principio de división de poderes; son los jueces quienes deben declarar el derecho. Se trata, como ya hemos apuntado, de un derecho fundamental propio de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, por la responsabilidad del Estado de proporcionar –mediante su sistema judicial- los instrumentos idóneos para que la justicia se aplique sin retardo, dilación u obstáculo alguno; revisando –y en su caso- normalizando el derecho del ciudadano a obtener una respuesta jurisdiccional dentro de un plazo razonable y proporcional. Esto ha sido entendido así por la jurisprudencia constitucional española y costarricense⁴².

Excede y por mucho las pretensiones de este artículo, hacer un estudio exhaustivo de un derecho como la tutela judicial efectiva cuyos contenidos resultan especialmente amplios. Sin embargo, su análisis por la estrecha vinculación con el derecho a la asistencia letrada conviene

hacerlo. Existe consenso que el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, está compuesto por el derecho al acceso a los Tribunales, el derecho a un juicio ordinario –sobre todo en el proceso penal-, etc. En sentido estricto, el derecho a la tutela judicial efectiva sería la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia; que otros contenidos se le agreguen dependerá, en buena medida, de la casuística definida por cada Estado a través de sus órganos, de su tradición jurídica, de su desarrollo institucional y jurisprudencial, etc. De lo que no cabe duda es que el acceso a los Tribunales no se alcanza con la sola disposición de juzgados y dependencias judiciales para recibir las demandas o las gestiones de quienes reclaman tutela.

Es en este contexto en el que la asistencia letrada se convierte en una especie de llave que abre la posibilidad para que el Poder Judicial actúe a plenitud. Hay una circunstancia esencial, a la que ya nos hemos referido como criterio justificativo del derecho a la asistencia letrada. Nos referimos a la existencia de una cultura jurídica de herencia continental europea y que algún autor llama el *ethos* –conjunto de opiniones, creencias, hábitos- de la abogacía. El mundo jurídico y el judicial también funcionan en estructuras “objetivadas” con la regla de la ley; existe un *habitus* o un sistema de disposiciones que se asume como forma de funcionamiento⁴³. Si la tutela judicial efectiva es el derecho que permite acceder a otros derechos –a un juez imparcial, a una resolución dictada en un tiempo razonable, a una resolución fundamentada, al principio de inocencia en materia penal, etc.- el derecho a la asistencia letrada es “el derecho al derecho”. Es el derecho que facilita que otros derechos sean verdaderamente exigibles; de lo contrario, todo sería no más que un discurso vacío.

Así las cosas, la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia letrada es decididamente indisoluble. Es condición previa para su ejercicio. El despliegue de los derechos de la tutela judicial efectiva será real en la medida en que los Estados garanticen un acceso también real, sin trabas ni obstáculos de ningún tipo a los intrincados cuando no sinuosos caminos forjados en el

lenguaje jurídico. Serán el vehículo ineludible para formalizar –porque al menos por ahora así funciona el sistema- las tutelas que se pretendan recibir. El derecho a la asistencia letrada es la antesala que permite interpelar con conciencia ciudadana –y ella sólo la tiene quien se sabe poseedor de derechos exigibles- una tutela judicial que antes que nada sea efectiva. A propósito del tema, el TC ha reconocido expresamente el ligamen del derecho a la asistencia letrada con el derecho a la tutela judicial efectiva, “...se consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia (...) a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa...”⁴⁴, se confirma el argumento de que la asistencia letrada es un instrumento que articula y permite la actuación jurisdiccional. En idéntico sentido se ha pronunciado la SC⁴⁵.

Los derechos fundamentales, como se señaló, han sido vistos como valores jurídicos de optimización⁴⁶. Tal enunciación supone, en última instancia, que serán los Estados los que de manera particular y autónoma, escojan entre diferentes alternativas que permitan potenciar la efectividad de los derechos protegidos por la constitución. En ese proceder, el papel de la jurisprudencia constitucional adquiere una señalada importancia. Es a través de la interpretación jurisprudencial que muchos de los conceptos y principios contenidos en el parámetro de legitimidad constitucional adquieren verdadero impacto, pues es de ella desde donde con frecuencia se explican y actualizan los significados de algunas normas. Esto adquiere un cariz aún más notable al recordar que los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales son de acatamiento obligatorio.

La conceptualización del derecho a la asistencia letrada y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, encuentra en los Tribunales Constitucionales, una de sus principales fuentes. A través de la jurisprudencia constitucional se han ido explicando muchos aspectos del derecho a la asistencia letrada -contenido,

alcances, supuestos, límites, etc.-. Algunos ejemplos evidencian los matices propios del derecho a la asistencia letrada, definidos en las resoluciones de estos Tribunales.

El primero versa sobre la conveniencia a que el derecho a la asistencia letrada se extienda a todos los ámbitos procesales. Esta ha sido la posición del TC. Aunque reconoce la exigencia de que el Estado garantice la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia letrada, advierte también que las condiciones del proceso penal justifican un tratamiento prioritario. De esta manera podemos entender, por un lado que la asistencia letrada no tiene un alcance único, ni un solo contenido para todos los supuestos⁴⁷ y, por otro lado, que las características del proceso penal no son equiparables, por ejemplo, al proceso civil. Esto es, si bien no amerita un trato diferenciado, al menos sí prioritario.

Sin embargo a diferencia del TC, en Costa Rica el punto ha sido abordado de otra forma. En la jurisprudencia no se ha discutido la necesidad de asistencia letrada, como condición para la tutela judicial efectiva, en más procesos judiciales que el proceso penal. La SC ha considerado que la asistencia letrada es un derecho básico de los procesos penales, sin plantearse la eventual conveniencia de extenderlo a otros campos desde esa naturaleza de fundamentalidad⁴⁸. En algunos de sus votos la SC ha remitido a la norma legal. El Estado, ha aseverado, dispuso la existencia de defensores públicos sólo para materias específicas, siendo esto razón suficiente para concluir que no hay quebranto a la CCR. Sin embargo, contradictoriamente, en otros casos sugiere que es factible recurrir a algunas instituciones públicas para solicitar asistencia a quien la requiera⁴⁹, lo que pareciera en el fondo, una admisión de que el Estado debería extender este servicio. En materia penal las garantías procesales se ubican en los textos constitucionales como integrantes de este derecho a la tutela judicial efectiva –artículos 39 CCR y 17 CE-.

Otro ejemplo de tema cardinal abordado por la jurisprudencia constitucional de ambos Estados, es el de la calidad del servicio que se presta. El TC ha considerado que no basta con la asignación formal de un defensor para

asistir a quién no cuente con los recursos para costearse uno de modo personal, sino que deben satisfacerse ciertos niveles de eficiencia y calidad profesional⁵⁰. Además, se hace la distinción entre abogado de oficio y abogado gratuito⁵¹. En Costa Rica también la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que la Defensa Pública debe seguir criterios de calidad y eficiencia, a tal punto que la negligencia del defensor podría invalidar un proceso “... cuando del análisis concreto del expediente se desprende que al ser constante obstaculizó el efectivo ejercicio de la defensa técnica del imputado, es decir, que esa circunstancia impidió la formulación de aquellas incidencias o tendientes a favorecer o defender legítimamente los intereses de aquél, o en su caso, a formular debidamente la estrategia de defensa...”⁵². En otro momento la SC admitió un recurso de amparo contra la Defensa Pública, porque durante un proceso se cambió cuatro veces al defensor de una imputada. Estos cambios fueron considerados un quebranto al derecho a la estabilidad de la representación letrada, como parte del derecho de defensa y se ordenó que salvo situaciones de urgencia fuera solo un profesional el que asistiera a la recurrente en las etapas subsiguientes⁵³.

Lo más relevante es que se reconoce la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la asistencia letrada, concibiendo que en primer lugar este derecho comporta la potestad de escoger a un asesor de confianza. Cuando esto no suceda, el Estado asume la responsabilidad de proveer uno a la persona que lo requiera, reafirmando así la doble vertiente propia de los derechos de este tipo⁵⁴. La SC a lo largo de sus pronunciamientos ha ido insistiendo sobre la naturaleza del derecho a la asistencia letrada, no sólo por lo que representa para quién pueda estar sometido a una investigación criminal, sino también para la sociedad en su conjunto, cuyo interés es concretar la realización del derecho en virtud de su esencialidad⁵⁵. Lo anotado no es cosa distinta a evidenciar el carácter objetivo y subjetivo del derecho a la asistencia letrada como derecho fundamental.

Junto a la labor llevada a cabo por la jurisprudencia nacional en la materia que nos ocupa, se encuentran los Tribunales Foráneos

de Derechos Humanos. Son organismos regionales que cumplen una función crucial en el impulso de los derechos humanos. A partir de sus pronunciamientos se han alcanzado avances sin precedentes. Su funcionalidad: crear un marco jurídico común sobre la protección de las personas, controlar la conducta de los Estados y todo ello a través de reglas y procedimientos, aceptados por las partes, con un alto contenido simbólico, político y jurídico.

En lo que al TEDH concierne, se ha mantenido la tesis de que con base a la redacción del artículo 6.3 del CEDH, el derecho a ser asistido por un abogado consiste en el mínimo de garantías que deben procurar los Estados⁵⁶. Su efectividad dependerá de las legislaciones internas, siempre que se establezcan los medios para asegurar una asistencia técnica efectiva⁵⁷. Aunque en las resoluciones no se hace mención a ello, la redacción de este artículo refiere derechos del acusado, por lo que en sentido estricto, estaría dirigido a procesos penales. Las disposiciones del TEDH han sido categóricas. Explican que el derecho a la asistencia letrada no queda suplido con la autorización del derecho de autodefenderse⁵⁸. Esto quiere decir que aunque dicha posibilidad exista, los Estados mantienen la obligación de crear unos instrumentos mediante los cuales las personas sin recursos económicas puedan recibir asesoría técnica.

Otra de las cuestiones analizadas por el TEDH se centra en los requisitos de este derecho. Para el Tribunal la asistencia letrada gratuita estará determinado por dos requisitos: la insuficiencia de recursos y los intereses de la justicia. La insuficiencia de recursos no supone mayor problema. Cosa distinta sucede con los intereses de la justicia. En esta cuestión el tribunal ha procurado ser amplio, aceptando que, salvo actuaciones manifiestamente arbitrarias, sean los Estados los que definan el contenido de la expresión. No obstante, ha enumerado algunas circunstancias que deberán valorarse a efectos de establecer si en una situación concreta, esos intereses de la justicia están presentes. Así, por ejemplo, se habla de la gravedad de la infracción acusada, del monto de la eventual pena a imponer, de la

complejidad de la causa investigada, etc.⁵⁹. Aunque como se indicó, el TEDH ha sido especialmente abierto al dejar a los Estados la concreción del derecho a la asistencia letrada; no significa esto que no haya analizado el tema de la calidad del servicio. En un caso contra el Estado de Italia⁶⁰, el tribunal resolvió que se había dado un quebrando al precepto 6. Se trató de un asunto en el que un abogado argumentaba no tener tiempo para atender a una persona a la que asistía gratuitamente. El imputado presentó su queja ante los órganos internos sin que obtuviera respuesta alguna. El TEDH estimó que las autoridades estaban obligadas a atender la necesidad del quejoso sustituyendo al abogado o bien conminándolo a cumplir con sus responsabilidades. Sólo aplicando reglas como las anotadas, se asegura que el cumplimiento del derecho a la asistencia letrada sea real y efectivo.

La forma en cómo España ha ido abriendo el derecho objeto de estudio⁶¹ se adecua a lo declarado por el TEDH. Se creó un mecanismo sobre el que el Estado tiene una participación directa. Teniendo como justificación la insuficiencia de recursos económicos y la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha pretendido a través de un sistema de justicia gratuita –no exento tampoco de críticas- garantizar el acceso de las personas a los Tribunales sin distinción, para la protección de sus intereses legítimos.

Respecto a la jurisprudencia del CIDH, debe decirse que ha sido menos prolija que la del TEDH. En los pocos pronunciamientos que pudieron localizarse donde se analiza el derecho a la asistencia letrada y teniendo como marco jurídico la CADH, se refuerza la tesis de que los Estados están en la obligación de crear los mecanismos mediante los cuales se reconozca el derecho objeto de examen. Ha manifestado la Corte que este derecho actúa como un medio indispensable para hacer valer los derechos, incluidos los de la CADH. Desde esa perspectiva, si la posición económica impide hacerlo, porque no se puede pagar la asistencia legal necesaria o no se pueden cubrir los costos del proceso, hay una discriminación que coloca a quien la sufre en condiciones de inaceptable desigualdad ante la ley⁶².

Congruente con tal posición la CIDH sostiene que si un Estado no asegura realmente garantías como la asistencia letrada gratuita para aquellos que la necesiten, quienes hayan padecido de esta negligencia estatal podrían acudir directamente a la vía regional sin necesidad de agotar el proceso interno⁶³. Aunque escasos, los pronunciamientos citados definen unos principios a seguir por los Estados; aspecto esencial al recordar que las sentencias de la CIDH son definitivas, inapelables y obligatorias para los Estados signatarios⁶⁴. Costa Rica ha fijado en su ordenamiento jurídico las herramientas para asegurar esta y otras garantías procesales por medio de una Institución de defensores públicos. Su efectividad será examinada en el capítulo tercero.

Para terminar, la incorporación de derechos como el estudiado en los ordenamientos jurídicos parte de la clara noción de que existen una serie de valores que ya al margen de cómo puedan denominarse –sea en el derecho interno o regional- deben ser tutelados por los Estados Democráticos. La asistencia letrada, y su vinculación con la tutela judicial efectiva, han recibido abundante respaldo legal, doctrinal y jurisprudencial. Corresponde ahora examinar cómo ese sustrato se ha articulado en dos coordenadas espacio temporales concretas.

Colofón

Pensar en un abogado que no defienda los intereses de su defendido por favorecer los de otro, diría Ferrajoli del más fuerte, puede parecer algo irreal, cuando menos improbable o difícil de ocurrir. Más allá de la participación espuria de un jurista en perjuicio de quien representa, el punto esencial que quisimos resaltar consiste en visualizar la asistencia técnica de un profesional en derecho como un medio para articular demandas y necesidades frente al Estado y en consecuencia, desde la lógica del Estado Constitucional de Derecho, el carácter de derecho fundamental del derecho a la asistencia letrada. Ciertamente las historias de horror que describen novelas y cuentos sobre esta cuestión son reflejo de lo que alguna vez existió.

La sociedad ha avanzado y ha comprendido que la convivencia implica una serie de relaciones entre el Estado y las personas que deben respetarse. Un Estado autoritario que impone, que abusa, que vulnera valores esenciales, si bien no imposible, es algo que se trata de evitar a través de diferentes mecanismos que la sociedad ha ido construyendo en la paradoja de la que habla O' Donnell. Por un lado, en una visión hobbesiana, las personas ceden parte de su libertad al Estado esperando que ello desemboque en eficiencia y en la satisfacción de ciertos niveles de vida. Por otro lado, estas mismas personas requieren de estrictos controles para que la cesión de libertad no genere arbitrariedades y abusos.

Lo señalado, como se analizó, determina el marco sobre el que se desenvuelve el Estado en la actualidad: el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Un marco desde el que se reconocen derechos fundamentales y se limita el poder público. Además, se trata de un Estado que en una perspectiva social favorece la concreción de acciones que satisfagan los intereses ciudadanos. El derecho a la asistencia letrada es el derecho que permite a las personas acceder a los Tribunales de justicia en igualdad de condiciones. Es, como se abordó, el derecho llave que favorece la realización del derecho a la tutela judicial efectiva. De la afirmación de que los derechos fundamentales actúan como mandatos de optimización se desliza una idea central: el derecho a la asistencia letrada es un derecho que se optimiza únicamente cuando el Estado desarrolla mecanismos para articularlo y hacerlo operativo. Dichos mecanismos deben examinarse permanentemente.

Los pronunciamientos constitucionales y convencionales son, en este tema, hojas de ruta de gran valía. Han desarrollado la necesidad del acceso a la justicia y la protección de las garantías procesales. La jurisprudencia constitucional ha sido fundamental para delinear este derecho definiendo, más allá de la norma jurídica siempre general y abstracta, cuales deben ser sus características. Ha sido clara en que se deben cumplir criterios de eficiencia y calidad.

También los Tribunales regionales de Derechos Humanos han dado aportes significativos para

el desarrollo del derecho examinado. No hay opacidad alguna en el hecho de que tanto España como Costa Rica han reconocido la trascendencia que en sus democracias poseen el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia letrada.

Queda, como puede intuirlo el lector, una tarea pendiente pero indeludible, examinar que tan efectivo ha sido este reconocimiento en los mecanismos establecidos en Costa Rica y España⁶⁵ para realizar el derecho a la asistencia letrada. Ello exige un análisis más detallado que debe ser atendido con especial interés y rigurosidad. Este abordaje epistemológico, sin embargo ha de posponerse que no evadirse; sólo se posterga para ser presentado en otro momento.

Bibliografía

ALCÁNTARA, M. "Luces y sombras de la calidad de la democracia en América Latina", Revista Electoral, segundo semestre, 2008, pp. 1-15.

ALEXY, R. "Teoría de los derechos fundamentales", CEPC, Madrid, 2007.

CABANELLAS DE TORRES, G. "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 14 va Edición, 2000.

CORCHETE, MJ. "Derechos Fundamentales". En: Teoría y Realidad Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, España, N° 20 2do semestre, 2007, pp. 535-556.

CORCHETE, MJ. "El Defensor del Pueblo: análisis crítico", Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 1997.

BICUDO, H. "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo I, Costa Rica, 2001, pp. 229-234.

BINDER, A. "Introducción al derecho procesal penal", Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1993.

BINDER, A y otros. "Manual de Defensoría Públicas para América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, PNUD, 2005.

BINDER, A. "La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación: Los actores de la justicia latinoamericana", Salamanca, Ediciones de Universidad de Salamanca, 2007, pp. 21-38.

BOBBIO, N. "El tiempo de los Derechos", Madrid, Sistema, 1991.

BUSTOS GISBERT, R. "La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución", Editorial IVAP, Bilbao, 2005.

CAROCCA PÉREZ, A. "La Defensa Penal Pública", Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

CEJA. "La asistencia gratuita en las legislaciones de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia", Santiago de Chile, Editorial Depesex/BCN, 2004.

D'ATENA, A. "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, pp. 293-306

DIEZ PICAZO, LM. "Sistema de Derechos Fundamentales", Editorial Civitas, Madrid, 2003.

DOMINGO, P. "Relaciones de poder, justicia y nuevos actores: Los actores de la justicia latinoamericana", Salamanca, Ediciones de Universidad de Salamanca, 2007.

EDWARDS, CE. "Garantías Constitucionales en materia penal", Buenos Aires Argentina, ASTREA, 1996.

FERRANDINO TACSAN, Ay PORRAS VILLALTA, M. "La Defensa del Imputado: Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", San José, Imprenta y litografía mundo gráfico s.a, 1996.

FERRAJOLI, L. "Garantismo y Defensa Penal o sobre la Defensa Pública", Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, IX Reunión del Ministerio Público de la Defensa, 2005.

FERRAJOLI, L. "Democracia y Garantismo", Editorial Trotta, Madrid, 2008.

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. "La Europa de los Derechos", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

GASBERÍ LLOBREGAT, J. "El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", Madrid, Editorial Colex, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. "El derecho a la tutela jurisdiccional", Madrid, Editorial Civitas, 2001.

GUASTINI, R. "Derechos: Una contribución analítica", en Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. "Código de Procedimientos Penales comentando y anotado", Imprenta San José, 1987.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. y otros. "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal" San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997.

MORALES, A. "El Sistema de licitaciones contractuales de las Defensas Penales Públicas en el nuevo proceso penal chileno" En: Revista de Estudios de la Justicia N° 4, 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

NIETO GUZMÁN, L. "Turno de Oficio y Justicia Gratuita", Editorial La Ley, Madrid, 2008.

PÁSARA, L. "Justicia y ciudadanía realmente

existentes", en Política y Gobierno, vol. IX, núm. 2, CIDE, México, 2002.

PÁSARA, L. "En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina", México UNAM, 2004.

QUERALT JIMÉNEZ, JJ. "Asistencia Letrada al detenido", Barcelona, Editorial Atelier, 1999.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "Justicia Gratuita: Un imperativo constitucional", Granada, Editorial Comares, 2000.

SARTORI, G. "Elementos de Teoría Política", Alianza Universidad, Madrid, 1992.

VÁSQUEZ RONI, JE. "La Defensa Penal", Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

ZAGREBELSKY, G. "El derecho dúctil", Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Jurisprudencia

SCE/47-1987 de 22 de abril de 1987. SCCR/1739-1992 de 1 de setiembre de 1992. SCE/233-1998 de 1 de diciembre de 1998. SCE/233-1998 de 1 de diciembre de 1998. SCCR/4642-1999 de 16 de junio de 1999. SCCR/7306-2001 de 27 de julio de 2001. SCE/183-2001 de 17 de setiembre de 2001. SCE/199-2003 de 10 de noviembre de 2003. SCCR/9803-2005 de 27 de julio de 2005. SCCR/15614-2005 de 11 de noviembre de 2005. SCE/339-2005 de 20 de diciembre de 2005. SCCR/3019-2007 de 27 de agosto de 2007. SCE/13-2008 de 31 de enero de 2008. SCCR/8187-99 de 27 de octubre de 1999. SCCR/2955-2007 de 2 de marzo de 2007. SCIDH/Opinión Consultiva 11-90 de 10 de agosto de 1990. SCIDH/Caso V. contra Honduras de 29 de julio de 1988. STEDH/Caso S. contra Suiza de 28 de noviembre de 2008. STEDH/Caso A. contra Italia de 13 de mayo de 1980.

Artículos en prensa:

Murillo, Víctor Hugo, Empujón a la violencia, La Nación (periódico), 23 de abril de 2008.

París Steffens, Rodrigo, La libertad y el libertinaje, La Nación (periódico), 19 de agosto de 2008.

Rivera, Gustavo, La agenda del Poder Judicial, La Nación (periódico), 25 de marzo de 2009.

- 1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Derechos Humanos y Educación para la Paz por la Universidad Nacional y Máster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca. Actualmente realiza estudios de doctorado en derecho constitucional en el Programa Oficial de Post Grado "Estado de Derecho y Buen Gobierno" en la Universidad de Salamanca.
- 2 Giovanni Sartori con una claridad magistral explica los intrincados caminos que ha recorrido la democracia desde sus orígenes hasta llegar a su concepción moderna. El término aparece por primera vez –nos dice el profesor italiano- en Herodoto y significa del griego poder del pueblo. Desde el siglo III A.c. hasta el siglo XIX ha habido una enorme evolución del concepto. Hubo pensadores como Aristóteles que lo consideró una de las formas equivocadas de gobierno – de este modo el gobierno de uno se desdobra en monarquía (buena) y tiranía (mala); el gobierno de pocos: aristocracia (buena) y oligarquía (mala) y el gobierno de muchos: oligarquía y democracia (mala) y politeía (buena). En resumen, la democracia no fue siempre un sistema bien valorado. Más aún durante milenios -afirma este autor- el régimen político considerado óptimo fue la república –res pública: cosa pública-. De lo que no cabe duda es que la democracia de los modernos no es la democracia de los antiguos. Con esto, ha de entenderse que la democracia no siempre estuvo tan bien ponderada como en la actualidad. Pero además como segunda cuestión pareciera entonces incontrovertible que la democracia primigenia nacida en Grecia no es la misma –o al menos no se funda en los mismos criterios- que la democracia de los últimos siglos. G. SARTORI. "Elementos de Teoría Política", Alianza Universidad, Madrid, 1992, p.27.
- 3 Se habla de derechos humanos, derechos subjetivos, derechos de la personalidad, etc. Si bien guardan similitudes con los derechos fundamentales, existen también diferencias significativas, cuyo abordaje excede los límites de este estudio. Para una mayor profundización: LM. DIEZ PICAZO. "Sistema de Derechos Fundamentales", Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 34-36.
- 4 No obstante, ha de aclararse que la posición sobre el constitucionalismo de Ferrajoli, se entiende desde la consolidación de la idea de la constitución como norma que actúa de límite frente al poder público -lo que supone la protección de suyo indisponible de una serie de valores- cuya relevancia, es ello palmario, aumenta después de los desastrosos resultados de la segunda guerra mundial. El constitucionalismo como elaboración epistemológica hunde sus raíces más allá del siglo XX. Algunos ubican su nacimiento en el 1215 con la Charta Magna, otros invocan su nacimiento con los Royal Charters por medio de los cuales la corona británica autorizaba la fundación de colonias en América –por ejemplo la Virginia Chater de 1606-. No puede olvidarse que cualquier desarrollo del conocimiento es un proceso lento, para el que las disquisiciones académicas pueden ser insuficientes. En cualquier caso sí hay consenso en el hecho que en el siglo XVIII se alcanza un punto esencial con la promulgación de las constituciones de Estados Unidos -1787- y Francia -1791-. Sobre este aspecto puede consultarse: A. D'ATENA. "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", ReDCE, nº 1, Enero-Junio de 2004, pp. 293-306. También a: R. BUSTOS GISBERT. "La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución", Editorial IVAP, Bilbao, pp. 26-27 que tal vez con mayor precisión establece la diferencia entre un constitucionalismo antiguo y uno moderno. En el primero se ve a la constitución como un simple medio de organización política; en el segundo se evidencia una ruptura ubicable en la época de las revoluciones liberales del siglo XVIII y XIX.
- 5 L. FERRAJOLI. "Democracia y Garantismo", Editorial Trotta, Madrid, 2008, pp.27-32.
- 6 MJ. CORCHETE, "Derechos Fundamentales". En: Teoría y Realidad Constitucional, UNED, Nº 20 2do semestre, 2007, pp. 535-556, España,
- 7 N. BOBBIO, "El tiempo de los Derechos", Madrid, Sistema, 1991, p.39.
- 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- 9 La expresión "Estado de Derecho" es una de las más afortunadas de la ciencia jurídica. Es sin embargo un concepto genérico y embrionario. Permite ser utilizado en todas las épocas. De ahí la importancia de entender como el constitucionalismo define su contenido actual y las implicaciones que ello tiene. G. ZAGREBELSKY. "El derecho dúctil", Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 21.
- 10 CORCHETE, Ob. Cit. p. 540.
- 11 R. ALEXY. "Teoría de los derechos fundamentales", CEPC, Madrid, 2007, p.67
- 12 LM DIEZ PICAZO. Ob. Cit. p. 39.
- 13 Lo mencionado plantea la cuestión de los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Este tema es tratado con especial claridad en A. D'ATENA. Ob. Cit. pp. 300-303.
- 14 L. FERRAJOLI. Ob. Cit. p. 36.
- 15 J. VÁSQUEZ RONI. "La Defensa Penal", Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 19.
- 16 A. CAROCCA PÉREZ. "La Defensa Penal Pública", Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p p. 10
- 17 Se trata de derechos donde es insuficiente "...una conducta negativa —o, en otros términos, una abstención—, sino que se ocupa que se configuran como derechos a una prestación; requiriendo, en consecuencia, para su realización una intervención positiva, que, en general, es impuesta al Estado...". A: D'ATENA. Ob. Cit. p. 303. Posiblemente el ejemplo más explicativo de este carácter prestacional de algunos derechos fundamentales, se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva. No basta con que el Estado permita el disfrute de los derechos fundamentales no poniendo trabas o límites; se ocupa una actuación concreta, directa y expansiva para que ese derecho se disfrute. En esa línea de pensamiento el derecho a la asistencia letrada, es por supuesto un

- derecho prestacional. El Estado crea estructuras y espacios físicos, capacita profesionales, controla su calidad, etc. en aras de asegurar el ejercicio del derecho. También R. GUASTINI. "Derechos: Una contribución analítica", Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, p. 136.
- 18 CEJA. "La asistencia gratuita en las legislaciones de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia", Santiago de Chile, Editorial Depesex/BCN, 2004, p.4.
- 19 A. CAROCCA. Ob. Cit 195-227.
- 20 CEJA, Ob. Cit. p. 6.
- 21 CEJA, Ob. Cit. p. 6.
- 22 El principio de proporcionalidad constituye una norma genérica, escrita o no escrita, de observancia inexcusable para quienes en nombre del Estado, tienen poder y autoridad para afectar los derechos fundamentales de los individuos, de manera tal que esas prerrogativas sean ejercidas procurando la menor afectación al derecho ajeno por medio de decisiones justas, racionales y equitativas. N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", Madrid, Editorial Colex, 1990, p. 24
- 23 "...Artículo 8. Garantías Judiciales (...) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a), b), c)e).derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley..."Convención America de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo 8:2.e.
- 24 "...Artículo 14. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a). b), c) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, **siempre que el interés de la justicia lo exija**, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. (el subrayado es personal). "Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando **los intereses de la justicia lo exijan...**" Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, artículo 6:3 (el subrayado es personal).
- 25 Un tema controvertido en cuanto al derecho de defensa que es desarrollado a nivel doctrinario, es la conveniencia o no de la denominada "autodefensa", y en general la doctrina "... es reacia a otorgar al imputado la posibilidad de defenderse personalmente, en virtud de diversas razones que se fundamentan en dos aspectos: a) el técnico, y b) el psíquico. Técnicamente el imputado carece, generalmente de los conocimientos adecuados para una eficiente defensa, aunque podrá salvarse este obstáculo si fuera abogado. Pero, aún subsistiría el segundo aspecto (el psíquico), pues la persona sometida a un proceso penal atraviesa una situación sumamente traumática que le impide la suficiente serenidad para encarar una defensa eficaz" CE. EDWARDS. "Garantías Constitucionales en materia penal", Buenos Aires Argentina, ASTREA, 1996, p.129. Esta tesis es la correcta, toda vez que si el imputado se defendiera personalmente su objetividad dentro del proceso se perdería y se sentiría demasiado presionado, lo cual resultaría contraproducente para sus propios intereses, por tanto siempre es aconsejable que el imputado aunque sea abogado contrate los servicios profesionales de un colega de su confianza.
- 26 Se utiliza este término como sinónimo de debido proceso, de uso más frecuente en América Latina. A. FERRANDINO TACSAN y M. PORRAS VILLALTA. "La Defensa del Imputado: Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", San José, Mundo Gráfico, 1996, p. 284 y J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA. "La Europa de los Derechos", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 389.
- 27 A. BINDER. "Introducción al derecho procesal penal", Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1993, p.191.
- 28 N. RODRÍGUEZ GARCÍA. "Justicia Gratuita: Un imperativo constitucional", Granada, Editorial Comares, 2000, pp.55-56.
- 29 N. RODRÍGUEZ GARCÍA. Ob. Cit. pp. 44 ss.
- 30 LM DIEZ PICAZO. Ob. Cit. p. 57
- 31 JJ QUERALT JIMÉNEZ. "Asistencia Letrada al detenido", Barcelona, Editorial Atelier, 1999, p.26.
- 32 R. ALEXY. Ob. Cit. p. 443
- 33 LM. DIEZ PICAZO. Ob. Cit. pp. 115-116.
- 34 P. DOMINGO. "Relaciones de poder, justicia y nuevos actores: Los actores de la justicia latinoamericana", Salamanca, Ediciones de Universidad de Salamanca, 2007, p.166.
- 35 A. BINDER y otros. "Manual de Defensoría Públicas para América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, PNUD, 2005, p. 9
- 36 Aunque hay autores que utilizan el vocablo jurisdiccional, por ejemplo J. GONZÁLEZ PÉREZ. "El derecho a la tutela jurisdiccional", Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp 61 ss) en vez de judicial, la terminología más generalizada (artículo 24 CE) es la segunda J. GASBERÍ LLOBREGAT. "El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Editorial Bosch, Barcelona, 2008, 282 p). Es nuestro criterio que lo más exacto sería

- hablar de tutela jurisdiccional por dos razones: 1. Hay órganos que pese a pertenecer al Poder Judicial –como el Ministerio Público de Costa Rica- no tienen una función jurisdiccional. 2. Debe considerarse también que muchas veces el Poder Judicial cumple funciones de tipo administrativo; no obstante la tutela que se pretende reclamar aquí es la ejercida en su condición de juez “que dice el derecho” esto es finalmente jurisdicción.
- 37 Sentencia Sala Constitucional de Costa Rica – en adelante: SCCR-/3019-2007 de 27 de agosto de 2007.
- 38 R. GUASTINI. “Derechos: Una contribución analítica Problemas actuales de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p 134.
- 39 L. PÁSARA. “Justicia y ciudadanía realmente existentes”, en Política y Gobierno, vol. IX, núm. 2, CIDE, México, 2002, p. 361.
- 40 CE, artículo 24.
- 41 CCR, artículo 41.
- 42 Sentencia Tribunal Constitucional de España –en adelante: SCE-/13-2008 de 31 de enero de 2008; SCCR/1739-1992 de 1 de setiembre de 1992; SCE/183-2001 de 17 de setiembre de 2001; SCCR/1739-92 de 1 de julio de 1992; SCE/199-2003 de 10 de noviembre de 2003; etc. Estos y otros votos serán analizados a continuación
- 43 A. BINDER. “La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación: Los actores de la justicia latinoamericana”, Salamanca, Ediciones de Universidad de Salamanca, pp. 21-38.
- 44 SCE/183-2001 de 17 de setiembre de 2001.
- 45 SCCR/1739-92 de 1 de julio de 1992.
- 46 LM. DIEZ PICAZO. Ob. Cit. pp. 46-47.
- 47 SCE/199-2003 de 10 de noviembre de 2003. En relación a la cuestión penal, en esa misma sentencia, el TC indicó *“...no es correcto extrapolar al proceso civil, sin más matizaciones la doctrina elaborada respecto a la asistencia letrada en el proceso penal, donde la especial proyección de la asistencia letrada se sustenta en la complejidad técnica del debate y en la relevancia del bien jurídico protegido que puede verse afectado, justificando (...) la exigencia de que se acentúe la obligación jurídico-constitucional...”*.
- 48 SCCR/9803-2005 de 27 de julio de 2005. *“...El derecho de defensa en el campo penal exige que el Estado facilite la defensa letrada pública, a aquellos imputados que no cuenten con recursos económicos para proveerse una defensa privada. De no ser así, se plantearía una contradicción entre el reconocimiento constitucional del derecho de defensa y la imposibilidad material de acceder a ella por parte de algunas personas (...) el artículo 13 del Código Procesal Penal, el Estado debe asignar un defensor público en caso de que el imputado no elija uno de su confianza...”*.
- 49 SCCR/7306-2001 de 27 de julio de 2001. No obstante, no se especifica de que forma se debe articular esa otra asistencia letrada ni en que procesos operaría. Se trata de un voto muy confuso que no discute la cuestión de fondo: el derecho a la asistencia letrada en procesos distintos al punitivo.
- 50 SCE/233-1998 de 1 de diciembre de 1998.
- 51 Si bien ambos son formalmente similares en tanto se nombran siguiendo un trámite idéntico, el primero es aquel que asesora a quién en un proceso en que debe existir patrocinio letrado obligatoriamente, no nombra uno sin mediar en ello razones económicas; el segundo es el que se designa porque el solicitante carece de recursos suficientes. Véase SCE/47-1987 de 22 de abril de 1987.
- 52 SCCR/8187-99 de 27 de octubre de 1999.
- 53 SCCR/2955-2007 de 2 de marzo de 2007.
- 54 SCE/339-2005 de 20 de diciembre de 2005 y SCCR/9803-2005 de 27 de julio de 2005.
- 55 SCCR/4642-1999 de 16 de junio de 1999.
- 56 STEDH/Caso S. contra Suiza de 28 de noviembre de 2008.
- 57 STEDH/Caso A. contra Italia de 13 de mayo de 1980.
- 58 STEDH/Caso P. contra Austria de 25 de abril de 1983.
- 59 J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA. Ob. Cit. p. 401.
- 60 STEDH/Caso A. contra Italia de 13 de mayo de 1980.
- 61 A través de un mecanismo propio que precisamente busca garantizar el derecho a ser asistido por un abogado. Véase: J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA pp. 395-396.
- 62 SCIDH/Opinión Consultiva 11-90 de 10 de agosto de 1990.
- 63 SCIDH/Caso V. contra Honduras de 29 de julio de 1988.
- 64 H. BICUDO. “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo I, Costa Rica, 2001, pp. 229-234
- 65 Los cuales, por cierto, guardan importantes diferencias. Mientras en Costa Rica se ha optado por una institución formada por funcionarios públicos –defensores públicos- en España se trata de abogados privados quienes reciben una remuneración económica, suministrada por el Estado, por asumir defensas gratuitamente –abogados de oficio-.

REENMARCAREL FUNDAMENTO Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, A PARTIR DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Alfonso Navas Aparicio ¹

En la actualidad, la prisión preventiva y su extensión temporal se condicionan a la existencia de ciertos presupuestos procesales, parámetros estos que pretenden asegurar una objetividad jurisdiccional. Sin embargo, en no pocas ocasiones ellos representan un cajón de sastre dentro del cual se encubre la más variada gama de criterios arbitrarios, sea para detener, sea para no hacerlo. Por ello, se expondrán cuatro actitudes, y sus consecuencias, derivadas de algunos instrumentos internacionales de Derechos Humanos y resoluciones sus organismos de supervisión, con las que enfrentar la regulación legal y la perversa ideología vigente de la detención provisional.

I.- Requisitos de la prisión preventiva: la exigencia de presupuestos netamente procesales y la cuestionable causal de peligro de reiteración delictiva

El art. 239 del Código Procesal Penal (CPP) exige la concurrencia de tres requisitos para que proceda la detención preventiva. Primero, la **posibilidad objetiva y seria de que la persona haya podido intervenir en el delito investigado**. Esta exigencia, que deriva del art. 37 de la Constitución Política (CPol), ha sido expresada en términos muy gráficos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 21 de noviembre de 2007, relativa al caso "Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez contra Ecuador":

"...93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las

medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia;

...102. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar... en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia..."².

Ello cuestiona, de por sí, cualquier intención de establecer la prisión preventiva como una medida de aplicación automática para ciertos delitos con base en una presunción de derecho (*juris et de iure*) sobre el peligro de fuga, como, por ejemplo, se pretendió con el proyecto de "Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana", que adicionaba al art. 240 CPP dos criterios para determinar cuándo existe aquel riesgo:

"e) Que se vincule a los hechos investigados una organización criminal de carácter internacional; o que los delitos o la organización sean investigados en otro país; o que los hechos se hubieran cometido utilizando los puertos, aeropuertos o

fronteras, o que se hubieran burlado los puestos oficiales de control internacional.

- f) *Que se vincule a los hechos investigados o al imputado, una organización criminal”.*

Es más, la “Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal”, que entró en vigencia el 22 de abril de 2009, siendo fiel a criterios peligrosistas, creó el art. 239 bis CPP e introdujo como causales de la prisión preventiva —enmascaradas bajo una redacción que simula una facultad jurisdiccional, pero cuyo mensaje subliminal de obligatoriedad queda más que claro—, ser investigado por un delito violento o de tráfico de drogas en el que la detención aconteciera en flagrancia, ser reincidente procesal, ser reincidente delictivo o ser investigado por ilícitos vinculados con el crimen organizado³. Como se puede comprobar, estas nuevas causales se encuentran vinculadas con personas que poseen, según el legislador, un alto perfil de “peligrosas”, en materias —y ello no es casualidad— que han generado y en los que hay un interés de seguir generando, un miedo colectivo.

Para debatir esa posición, valgan las palabras del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, quien en su voto razonado —de la citada sentencia de 21 de noviembre de 2007— agrega:

“...9. Numerosas leyes disponen que se imponga inexorablemente prisión preventiva a los inculcados por delitos correspondientes a determinadas categorías, disposición que priva al juzgador de la posibilidad de ponderar individualmente, como debiera, la pertinencia o impertinencia de ordenar la prisión cautelar en el caso que se tiene a la vista, no apenas en una categoría abstracta y general. Esta orden de prisión, extendida sobre una heterogénea variedad de individuos y procesos, linda con la arbitrariedad: no judicial, sino legislativa, pero en todo caso estatal. Sugiere —mutatis mutandi— reflexiones similares a las que ha hecho la Corte al pronunciarse sobre sanciones ‘automáticas’, como la pena de muerte obligatoria (mandatory) que algunas legislaciones conservan...

10. ...Lo que se pretende alcanzar con esa medida, confesadamente, es la marcha del proceso, con sus implicaciones en orden a la preservación de la prueba, la integridad de los participantes y la ejecutabilidad, en su caso, de la sentencia... Nada de esto justificaría, por supuesto, la reclusión de grupos enteros de inculcados, de manera indiscriminada, por pertenecer a determinada ‘categoría general’, es decir, bajo un membrete común y con apoyo en un pre-juicio legislativo, no en un juicio judicial. En resumen, no se pretende abolir la prisión preventiva, sino racionalizarla...”.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe número 35/07, aprobado el 1 de mayo de 2007, sobre el caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso contra Uruguay”, apunta:

“...140. Si la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera. 141. ...en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de la prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como ‘alarma social’, ‘repercusión social’, ‘peligrosidad’ o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad.

142. Este tipo de clasificaciones viola el principio de igualdad ya que el distinto trato está fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos, criterios que no pueden ser tenidos en cuenta para

denegar la libertad durante el proceso...

143. *Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que una ley que contenga una excepción que 'despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (...) per se viola el artículo 2 de la Convención Americana...*

166. *...la gravedad del delito investigado no responde a los criterios de peligro procesal establecidos para fundamentar la prisión como medida cautelar. Por el contrario, constituye una respuesta fundada en un criterio material, no procesal, que contiene un claro carácter retributivo, que mira hacia el hecho investigado y no hacia el proceso de investigación. Ello contraviene el principio de inocencia enunciado en el artículo 8(2), primera parte, de la Convención...*

El CPP también requiere la existencia de un **peligro de fuga**, de **obstaculización procesal** o de **reiteración delictiva**. Tanto el riesgo de fuga como el de obstrucción de los procedimientos, ciertamente, constituyen serias trabas para que el Estado garantice la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de la persona que acude a la Administración de Justicia en la búsqueda de una solución al conflicto. Conforme a los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta relación vertical que coloca al ser humano en una situación de supremacía respecto del Estado, así como el carácter social y democrático de éste que le impone el establecimiento de mecanismos o instituciones que afiancen una justicia social (según se indica en el Preámbulo CADH), explica que, de manera excepcional, la detención preventiva del imputado constituya una restricción legítima de su derecho a la libertad de tránsito, en tanto se prevea en la ley, se asiente en razones de interés general

propios de la Administración de Justicia —tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de la persona—, y resulte necesaria en una sociedad democrática, esto es, que permita proteger los derechos humanos que, en definitiva, justifican la prisión preventiva, que sea proporcional al fin legítimo que se persigue y que no exista otra alternativa menos drástica que el encerramiento de la persona investigada. Lo anterior, conforme a los arts. 1, 2, 7, 30 y 32 CADH, de los cuales se extraen los presupuestos que legitiman la restricción del derecho humano a la libertad ambulatoria, con el fin de que no se presente como una reducción arbitraria.

En la sentencia de 29 de julio de 1988, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso "Velásquez Rodríguez contra Honduras", queda clara la imperiosa obligación estatal —de medios, no de resultados— de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar los delitos y procurar la satisfacción de los intereses legítimos de la persona afectada en su esfera de derechos:

"...166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. *La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación,*

sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...". En el mismo sentido, en su sentencia de 8 de julio de 2004, en el caso "Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú" dispuso: *"...La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares..."*.

Entonces, partiendo de dichos criterios, se comprende, como expone Medina Quiroga, que la prisión preventiva proceda en dos supuestos: ante el riesgo de que la persona imputada no comparezca al juicio si permanece en libertad o ante las sospechas fundadas de que se prevalga de su libertad para esconder o alterar las pruebas⁴. Aún cuando los arts. 7.5 CADH⁵ y 9.3 PIDCP⁶ subordinan la detención provisional únicamente al aseguramiento de la comparecencia del encausado para los actos propios del proceso, los organismos internacionales de supervisión de los Derechos Humanos entienden que dicha medida cautelar puede ampliarse a supuestos en los que exista el peligro de obstrucción procesal, sentido que, válidamente, se alcanza a partir de los criterios generales sobre la restricción de un derecho fundamental. No cabe duda de que en el cumplimiento del deber estatal de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar las violaciones a derechos fundamentales de las personas (como son los delitos) y procurar la reparación de los daños ocasionados, el impedimento del curso normal de diversos actos procesales relativos a la incorporación y pureza de la prueba, justifica la detención provisional, si así se dispone en la ley, si se presenta como necesario y proporcional, y si constituye el

mecanismo menos drástico para la consecución de aquellos fines.

De lo anterior deriva que este fundamento de la medida cautelar privativa de libertad no se puede predicar del peligro de reiteración delictiva, que atiende a aspectos ajenos al proceso, conforme lo expone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada sentencia de 2007, sobre el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador": *"...la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar... en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia..."*, y el citado informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

"...81. La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7 (5)... Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin..."

84. Por ello se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado [pro persona] sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que

aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

85. *A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas... las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva...*

El Comité de Derechos Humanos, en su comunicación 560/1993, aprobada el 3 de abril de 1997, sobre el caso "A. contra Australia", al interpretar el contenido del art. 9.3 PIDCP, también se suma a esos criterios: *"la detención preventiva podría considerarse arbitraria si no está justificada en todas las circunstancias del caso, por ejemplo, para impedir la fuga o el ocultamiento de pruebas"* ⁷. Esta misma idea inspira al Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (adoptado por la Asamblea General de la ONU, resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988): *"Principio 36.- ...2. Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en **espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención"***.

Ahora bien, que los arts. 239 y 239 bis CPP contemplen el peligro de reiteración delictiva (y, peor aún, de reiteración procesal) como una causal para disponer, provisionalmente, la detención de una persona, no es obstáculo para omitir su aplicación, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incorporado al derecho costarricense mediante

la Ley número 7615, de 24 de julio de 1996. Ésta impide anteponer aquellas normas procesales, por ejemplo, al art. 7.5 CADH. En especial el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone: *"Pacta Sunt Servanda.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*, mientras que su art. 27 indica: *"El Derecho interno y la observancia de los tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."*. Lo mismo se puede decir de aquellas medidas cautelares "no privativas de libertad" contempladas en el art. 244 CPP que guarden relación con el peligro de que la persona continuará con la actividad delictiva (que supone admitir, guste o no, la certeza del delito investigado y, en consecuencia, el quebranto al principio de presunción de inocencia), como, por ejemplo, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares o la suspensión en el ejercicio del cargo cuando se atribuye un delito funcional, en tanto se estime que dicha orden se dispone para neutralizar los factores intervinientes en la comisión del ilícito investigado, de manera que la persona imputada "no continúe con su actividad delictiva".

Dicho proceder viene exigido por el art. 2 CADH, que impone al Estado adoptar acciones positivas, es decir, todas aquellas medidas, de cualquier naturaleza, que se presenten como necesarias para hacer efectivos los Derechos Humanos. En especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala en la sentencia de 25 de noviembre de 2004, sobre el caso "Lori Berenson Mejía contra Perú":

- "...218. El artículo 2 de la Convención determina que [s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*
219. *La Corte afirma... que el deber general*

establecido en el artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: [p]or una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

220. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria universalmente aceptada prescribe que el Estado que ratifica un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.

221. La Corte ha sostenido que los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Este Tribunal ha afirmado, inclusive, que 'una norma puede violar per se el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto...'. ...".

En tercer lugar, el dictado de la detención preventiva exige que **la conducta que se atribuya al encausado esté sancionada con una pena privativa de libertad**, lo que se comprende por el principio de proporcionalidad. Además, en virtud de la ley número 8589, de 25 de abril de 2007 (Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres), se introdujo otra causal: el peligro para la víctima, el denunciante o el testigo, en especial en investigaciones por

delitos cometidos en el ámbito de convivencia. En realidad, esta última causal no viene sino a ejemplificar y resaltar sólo un supuesto de obstaculización procesal.

II.- Inversión del orden secuencial de las medidas cautelares: la prisión preventiva como sustitutiva de la libertad bajo restricciones

Resulta ineludible un cambio ideológico para dar primacía a las llamadas "medidas cautelares no privativas de libertad" sobre las privativas de libertad, invirtiendo el orden que suele caracterizar la regulación legislativa y la práctica judicial. Se trata de modificar la sucesión entre dichas medidas cautelares. Si bien las normas precautorias son excepcionales —con fundamento en el principio de presunción de inocencia—, una vez que se compruebe la necesidad de mantener vinculada a la persona al proceso o de impedir que obstruya la investigación, deben imponerse, en primer lugar, medidas "no privativas de libertad" y, sólo si éstas se prevén como ineficaces para la consecución de aquel propósito, entonces procedería su prisión preventiva; de forma que ésta última ocupe un lugar subsidiario en el orden secuencial con que se examinan las medidas cautelares. Sólo así se podría desterrar la idea de que las medidas cautelares "no privativas de libertad" sustituyen la prisión preventiva que, hoy en día, ocupa una posición privilegiada y ventajosa que favorece, en no pocas veces, su mecánica imposición, sin pasar por el previo tamiz de otras opciones menos drásticas e igualmente eficaces para los fines del proceso. La redacción actual del CPP ordena dichos mandatos de forma que la detención provisional se presenta como la primera opción (ese "*top of mind*" tan esencial en la Publicidad y Mercadotecnia), conforme a su art. 239. Mientras que las "otras medidas cautelares", en una segunda posición de preferencia, están menos posicionadas en la mente de los operadores de la Administración de Justicia. El art. 244 de la citada ley señala:

"siempre que las presunciones que motivan

*la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle **en su lugar**, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:...*

De este modo, una vez que se ha adentrado en el terreno de las medidas cautelares, la prisión preventiva —según la redacción legal— se presenta como la regla y, sólo si los efectos deseados se pueden alcanzar con otra clase de opciones, entonces, a modo de excepción, se imponen medidas “no privativas de libertad”. No en vano, en la praxis judicial se leen algunas resoluciones jurisdiccionales que, de forma expresa, indican imponer la prisión preventiva por determinado tiempo para, inmediatamente, disponer su sustitución por otras medidas, como la presentación periódica al despacho donde se tramite la causa, el impedimento de salida del país sin previa autorización judicial, la incomunicación con ciertos testigos y cualesquiera otras.

Realmente, dentro del proceso penal la libertad de la persona imputada es la regla y las medidas cautelares son la excepción —principio de excepcionalidad de las medidas cautelares— (postulado de primer nivel), y dentro de esta singularidad, la regla es la medida precautoria en libertad, y la prisión es excepcional (postulado de segundo nivel), de forma que se invierte el orden secuencial, para que la prisión sustituya la medida en libertad y no al contrario, cuando se comprueba la necesidad de restringir el derecho de tránsito del imputado con miras a los fines del proceso. Entonces, una vez que se ha incursionado en el campo (excepcional) de las medidas cautelares en general, la libertad bajo restricciones será preponderante (regla) frente a la detención preventiva (excepción).

En la práctica es común el término “medidas cautelares no privativas de libertad”. El cambio de marco conceptual también debe abarcar la forma en que se denominan ciertos institutos, de manera que, idiomáticamente, no se tenga presente la referencia a la “privación de libertad”. Algunas transformaciones culturales exigen también una modificación de vocablos

o expresiones que —aunque sea de forma inconsciente— mantienen aquello que se desea desterrar. Entonces, deben acuñarse términos como “medidas cautelares en libertad” o “medidas de libertad bajo restricción o limitación”, en lugar de “medidas cautelares no privativas de libertad”, ya que ésta última idea (privación de libertad) parece ser una constante referencia para tener en mente la negación de la libertad, debiéndose, mejor, asentar ideas o términos que reafirmen la autodeterminación de la persona.

Así, el esquema secuencial sobre la situación jurídica del imputado en un proceso debe ser: *libertad* → *libertad bajo restricciones* → *prisión preventiva*; en lugar de: *libertad* → *prisión preventiva* → *medidas cautelares no privativas de libertad*. Esta especial sucesión de medidas y la propuesta por un cambio terminológico, han sido sustentadas, por ejemplo, por Cáliz Ponce, a partir del principio de presunción de inocencia y de las verdaderas finalidades de las medidas precautorias del proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho⁸.

Aún más, los mismos parámetros legitimadores de una restricción a un derecho fundamental explican dicha actitud. Para que la limitación no sea arbitraria, ésta debe pasar por el previo examen de que no exista otra alternativa eficaz y menos gravosa. Ello significa que el estudio de las medidas cautelares, una vez que se comprueba su necesidad (peligro de fuga o de obstaculización procesal) debe iniciar por las de menor gravedad (libertad bajo restricciones) y, sólo si éstas no son capaces de alcanzar el fin propuesto, entonces se acudiría a la de mayor gravedad (prisión preventiva). Este razonamiento se avala con la sentencia de 2007, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ya citado caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador”:

“...93. ...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: ...iii) que sean necesarias,

en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional...”.

El orden en la técnica legislativa costarricense no es casual. Que la prisión preventiva se regule en el art. 239 CPP, antes que las “otras medidas” previstas en el art. 244 CPP y que éstas últimas, según el texto de la ley, se imponen en lugar de aquélla, no es cuestión baladí, pues marca un credo en el que sobresale —a modo de primera impresión, lo que supone un innegable efecto psicológico— la detención preventiva como el remedio inmediato frente a determinados riesgos procesales, relegando —con frecuencia— casi al olvido, a la invidencia o al rechazo la libertad bajo restricciones, una vez que se ha asentado en la psique y asumido, de manera previa, que concurren los presupuestos *para-la-prisión-preventiva*.

III.- Consecuencias de la obligada interpretación restrictiva sobre la pena imponible, para determinar el peligro de fuga

La normativa procesal prevé un conjunto de causales que ordenan la conclusión de la medida. Uno: de la relación de los arts. 253, 254 y 257, inciso a), CPP, deriva que la prisión provisional carece de sentido cuando los motivos que la justificaron desaparecen. Dos: de las mismas disposiciones y del artículo 244 del citado texto legal, igualmente resulta impertinente la detención si, aún existiendo los peligros procesales que la respaldaron en su momento, otra clase de medidas en libertad se muestran eficaces para prevenir dichos riesgos. Tres: cuando la duración de la medida se equipare a la posible pena a imponer —art. 257, inciso b), CPP—. Cuatro: cuando su duración exceda de 12 meses —art. 257, inciso

c), CPP—. Cinco: si autorizada una prórroga de la prisión preventiva más allá del año, se cumple otro plazo igual al año, sin perjuicio de que el Tribunal de Juicio pueda disponer otra prórroga por 6 meses más con el dictado de la condena y de que los Tribunales de Casación estén facultados para autorizar otros 6 meses más si se anula el fallo y se ordena el reenvío para un nuevo debate.

En definitiva, aplicando las reglas indicadas, en caso de existir los presupuestos procesales de la prisión preventiva, el tiempo máximo previsto en la ley que una persona puede permanecer detenida de manera provisional es de 3 años, siempre y cuando dicho período no se equipare al de la pena prevista para el delito de que se trate o dejen de subsistir las razones que ameritaron su imposición. Sin embargo, respecto de investigaciones declaradas jurisdiccionalmente de carácter complejo, según el art. 378, inciso a), CPP, el plazo máximo de la detención es de 18 meses, con una prórroga de otros 18 meses, una adicional, en caso de condena, de 8 meses más y una última de 6 meses si se anula el fallo y se ordena el reenvío para un nuevo juicio, para un total de 4 años y 2 meses de prisión preventiva.

El art. 2 CPP contiene una obligada regla en la búsqueda de sentido de las normas que coartan la libertad personal: la interpretación restrictiva. Este método hermenéutico se orienta hacia la obtención de un resultado específico, traducido en la reducción del ámbito del sentido literal posible de los términos legales. El efecto, al interpretar la ley, debe ser la limitación de su alcance. Pero también faculta la interpretación extensiva, esto es, aquella que supone incluir en la norma el máximo de acepciones posibles que permita su tenor literal, sin rebasarlo por respeto al principio de legalidad. La idea que oriente hacia cuál extremo debe limitarse o ampliarse el significado de la ley (ya sea un criterio más severo para determinados intereses, o uno más generoso, flexible o garantista) puede derivar de la misma disposición legal o de los principios generales del Derecho. En el caso que ahora interesa, el mismo art. 2 CPP define que dicha clase de normas deben entenderse en el sentido que más favorezca la libertad de la persona imputada, de manera que si hay varias

interpretaciones posibles, tanto que afecta del modo más grave la libertad como que la beneficia, deberá preferirse ésta última (efecto restrictivo); y si coexisten diversos sentidos, todos favorables a la libertad, deberá optarse por la más conveniente para el imputado (efecto extensivo). Incluso, la norma procesal permite la analogía, que no es un mecanismo de interpretación de la ley, sino la aplicación de la ley penal a un supuesto de hecho no regulado por ella, pero sí similar (o análogo) al que describe, siempre y cuando favorezca la libertad de la persona sometida al proceso penal.

Ahora bien, uno de los supuestos para imponer una medida cautelar (preferiblemente en un régimen de libertad, antes que la detención provisional) es el peligro de fuga, en cuya definición incide *“la pena que podría llegarse a imponer en el caso”* (art. 240.b CPP). El Código Penal (CP) prevé las penas de prisión con un límite mínimo y otro máximo. Una forzosa —por mandato legal— interpretación restrictiva exige que siempre deba considerarse el límite inferior de la sanción prevista. Pero no sólo eso, sino también los posibles beneficios de los que, en el caso concreto, sería acreedor el imputado si recayera una sentencia condenatoria, como la ejecución condicional de la pena (arts. 59 y 60 CP), o la libertad condicional (arts. 64 y 65 CP). Esta idea se refleja en el art. 257, inciso b), CPP cuando fija uno de los límites temporales de la prisión preventiva: *“Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de las reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada”*. Igualmente, deben estimarse las reglas penológicas sobre el concurso ideal o material de delitos (arts. 21, 22, 75, 76 y 77 CP) y sobre la unificación de penas (art. 54 y 367, párrafo segundo, CPP).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su ya citado informe número 35/07, sobre el caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso contra Uruguay”, realiza un análisis sobre la detención preventiva. En él indica, con acierto, que al momento de analizar el peligro de fuga, la estimación de la pena máxima o la omisión de los posibles

beneficios penitenciarios, vulnera el principio de imparcialidad jurisdiccional y el derecho de defensa:

“...85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas... las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva...”

91. *Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de las reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido... Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso concreto...*

111. *...como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración ‘en abstracto’ de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del ‘mínimo’ legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas*

y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial...”.

Con base en lo anterior, entonces, en ningún caso debe un órgano jurisdiccional considerar el máximo de la pena imponible ni desconocer los posibles beneficios en la ejecución de la pena para el caso y la persona concreta, las reglas concursales de delitos o la unificación de penas, pues ello supone una predicción arbitraria — consciente o inconsciente— sobre el resultado del proceso, en detrimento de la imparcialidad jurisdiccional y del derecho de defensa. Es así como la interpretación restrictiva o extensiva en favor de la libertad de la persona imputada, o la aplicación analógica de la ley en igual sentido, marcan un límite temporal de toda medida cautelar y no sólo de la prisión preventiva, por lo indicado en el acápite anterior.

IV.- ¿Detención provisional por no más de las dos terceras partes del tiempo previsto para el mínimo de la pena?

El art. 7.5 CADH garantiza el derecho a la libertad personal y dispone que toda persona detenida debe ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso y que su libertad esté condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Resulta de interés, en este punto, el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su mencionado informe número 35/07. En él establece, de modo expreso, que la prisión preventiva no debe sobrepasar las dos terceras partes del límite mínimo de la pena prevista para el delito de que se trate. Señala dicho órgano internacional de supervisión de los Derechos Humanos:

“...125... Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa que garantiza el artículo 8.2.f de la Convención porque, en algunos casos, aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el

tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos...

130. *En este sentido, las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.*

131. *Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse; no comparecer injustificadamente. Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización....*

135. *El ‘plazo razonable’ no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso. En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención...*

136. ***Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término, sino que constituye***

un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo es razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía...

137. *Sin perjuicio de ello, en aquellos Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos que la Convención, se debe aplicar aquélla en virtud del principio pro homine (artículo 29 (b) de la Convención)...*

139. *...la existencia de un plazo no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención sea legítima...*

No obstante el CPP costarricense prevé ciertos plazos de prisión preventiva, habría que resolver si el criterio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los Estados parte que han ratificado la CADH. Ello supondría que, por citar sólo un ejemplo, tratándose de un delito de uso de documento falso, sancionado con una pena de prisión de uno a seis años, la detención provisional, en caso de cumplirse los presupuestos, nunca podría exceder de ocho meses, aún cuando la legislación procesal permita en general, tratándose de procedimientos ordinarios, hasta tres años, y aún cuando el art. 257.b CPP permita una medida cautelar privativa de libertad hasta por un período igual al monto de la pena mínima imponible que, en el caso concreto, sería de un año, si no resultara procedente la suspensión de la condena o la libertad condicional. Así, aún cuando subsistan razones para detener preventivamente a una persona, ésta debe

ser liberada si se ha excedido el “plazo razonable” cuyo contenido, ahora introduce la citada Comisión, se corresponde con el tiempo equivalente a las dos terceras partes de la pena mínima prevista en la ley para el delito investigado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha externado un criterio en cuanto a un límite temporal *en términos de calendario* para definir lo que constituye el “plazo razonable” de la detención preventiva del art. 7.5 CADH. Ni siquiera en su sentencia del año 2007 sobre el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador” se entró a conocer el punto, por lo siguiente:

“...142 ...toda vez que la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria, el Tribunal no considera necesario entrar a considerar si el tiempo transcurrido sobrepasó los límites de lo razonable”.

Lo indicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe —que el plazo razonable de la detención preventiva no debe superar las dos terceras partes de la pena mínima prevista para el delito que se atribuya—, sí resulta vinculante para los Estados que ratifican la CADH. Aún cuando el término “recomendación” pueda comprenderse como un consejo, desprovisto de fuerza obligante, el art. 51.2 CADH dispone su acatamiento preceptivo:

*“...La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado **debe** tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”.*

Ello ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Loaiza Tamayo contra Perú”, al dictar su sentencia de 17 de septiembre de 1997:

“...79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término ‘recomendaciones’,

usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C Nº 22, párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párr. 93).

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes...".

Las recomendaciones vertidas en el informe 35/07, sobre el caso "José, Jorge y Dante Peirano Basso contra Uruguay" consistieron en las dos siguientes:

"...VII. RECOMENDACIONES: 1. Que el Estado uruguayo tome todas las medidas necesarias para que Jorge, José y Dante Peirano Basso sean puestos en libertad, mientras esté pendiente la sentencia, sin perjuicio de que continúe el proceso. 2. Que el Estado produzca la modificación de las disposiciones legislativas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención

Americana que garantizan el derecho a la libertad personal".

Los peticionarios eran investigados por los delitos económicos, transacciones fraudulentas y asociación para delinquir, y permanecían sometidos a prisión preventiva desde el mes de agosto de 2002, de manera que su detención se prolongó durante unos cuatro años y nueve meses (al menos hasta el 1 de mayo de 2007, cuando se emite el informe). Entonces, para cumplir la segunda recomendación, de modo necesario, debe estarse a lo indicado en el mismo informe:

"...136... la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado...".

ya que cualquier medida dirigida a adecuar la legislación interna sobre la detención preventiva al margen de ese parámetro temporal, supondría un incumplimiento.

Lo expuesto adquiere mayor sentido al considerar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como propósito principal "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" (art. 41 CADH), así como "formular recomendaciones, cuando lo estime pertinente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (art. 41.b CADH). De hecho, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, prevé en su art. 106:

"Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos

humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia...".

Por consiguiente, que la prisión preventiva no sobrepase las dos terceras partes del límite mínimo previsto para el delito, se presenta como un mecanismo para respetar y garantizar que el tiempo durante el cual se mantenga la restricción al derecho a la libertad de la persona imputada, cuando concurren los presupuestos, no será arbitraria. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no señala, de modo expreso, que ese razonamiento pueda extenderse a la previsión, no sólo de la pena mínima, sino del resultado que se obtenga una vez que a dicha sanción, si procede, se le reduzca el tiempo correspondiente a los posibles beneficios que en su ejecución podría obtener el imputado. En el citado informe 35/07 la Comisión apunta que *"...Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista..."*, así como que *"... La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de las reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido... Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso concreto..."*. Y, por otro lado, se indica en dicho pronunciamiento que *"...la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado..."*. Si este organismo internacional señala que al definir la pena más leve, pueden considerarse las reducciones propias de beneficios en su ejecución que procedan conforme a la ley, la segunda frase debe entenderse, por consiguiente, en ese contexto, de forma que el plazo razonable de la prisión preventiva —y lo mismo habría que decir de una medida cautelar en régimen de libertad— no debe superar las dos terceras partes de la pena que resultaría una vez efectuada la operación de ponderar, en el caso concreto y respecto de la situación y

antecedentes judiciales del específico imputado, el mínimo de prisión previsto para el delito y los eventuales privilegios en su cumplimiento.

V.- En conclusión.

El derecho a la libertad de la persona imputada dentro de un proceso penal sólo puede restringirse, de manera legítima, si concurren presupuestos de carácter procesal que puedan afectar la obligación estatal (de medios, no de resultados) de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar los delitos, como son el riesgo, serio y objetivo, de que no se mantendrá vinculada al proceso u obstruirá los procedimientos de obtención o la pureza de la prueba (criterio de necesidad), siempre y cuando existan elementos suficientes que permitan establecer que la persona ha podido intervenir en la comisión del ilícito (criterio de razonabilidad) y que la sanción prevista para éste sea privativa de libertad (criterio de proporcionalidad). Ello excluye el peligro de reiteración delictiva como definitorio de una medida cautelar.

Una vez que resulta inevitable adoptar medidas para contrarrestar los citados peligros procesales (criterio de la excepcionalidad), deberá decretarse la libertad bajo limitaciones (como regla) y, sólo si ésta no se muestra eficaz frente a la finalidad perseguida, entonces se dispondrá, en lugar de aquellas medidas, la prisión preventiva (como excepción).

La pena imponible, como una de las circunstancias que permiten decidir acerca del peligro de fuga, se define con el extremo mínimo de la sanción prevista para el delito de que se trate, las reglas penológicas que derivan del concurso (ideal o material) de los delitos atribuidos, la eventual unificación de penas y los posibles privilegios en la ejecución de la condena que favorecerían a la persona imputada en el supuesto concreto (beneficio de ejecución condicional de la pena y libertad condicional). Lo contrario sacrifica el principio de presunción de inocencia, la imparcialidad jurisdiccional y el derecho de defensa.

Aún cuando concurren los presupuestos procesales que fundamentan una medida cautelar (sea en libertad o mediante la

detención provisional), en ningún caso, el plazo de su imposición debe superar las dos terceras partes de la pena mínima prevista en la ley para el delito investigado o, en su caso, del monto de pena que resulte una vez que de ese extremo inferior se deduzcan los beneficios que, en su ejecución, favorecerían, si se cumplen los requisitos legales, la situación del imputado concreto. Ciertamente, un muy elevado extremo mínimo de la pena (y ejemplos de ello se encuentran en el CP y en Leyes Especiales) puede restar relevancia y operatividad a esta regla en la búsqueda de un límite temporal racional a las medidas cautelares, motivo por el que dicho principio cumple su verdadera función como complemento correctivo frente a casos en los que las guías o pautas restrictivas de la prisión preventiva, previstas en el CPP, supongan una duración mayor a las dos terceras partes del mínimo de la pena, aún cuando se esté dentro del plazo de duración, dispuesto en la ley procesal, de 3 años, en procedimientos ordinarios, o de 4 años y 2 meses, en procesos de tramitación compleja, y aún cuando, dentro de esos márgenes, el período de la detención no haya alcanzado al de la pena eventualmente imponible.

Las ideas expuestas sobre las medidas cautelares en el proceso penal no deben estar ajenas al discurso que, en la actualidad, se externa sobre las políticas estatales para mantener (o rescatar) unos niveles tolerables de la seguridad ciudadana en materia criminal. Parte de las directrices gubernamentales se enfocan en agilizar y modernizar el sistema de Administración de Justicia. Se busca la celeridad procesal, una incidencia directa sobre la efectividad del funcionamiento del sistema judicial, de forma que: a) disminuya o elimine la percepción del delincuente (potencial o actual) de que no será impuesta una pena con prontitud y certeza —pues lo contrario puede constituir una variable que incentive al crimen—; y b) aumente la credibilidad y confianza, por parte de la sociedad civil, en las agencias de control social encargadas de la prevención, investigación y sanción de la delincuencia. Sin entrar a evaluar sus aciertos y desatinos, la potenciación de la oralidad en los procesos penales y la rapidez con que se pretenden juzgar los delitos cuyos

presuntos autores son detenidos en flagrancia⁹, constituyen sólo dos ejemplos.

La “justicia pronta” o el “plazo razonable” para solucionar un conflicto penal, derecho del que es titular tanto la persona imputada como denunciante, debe responder satisfactoriamente, también, a las tensiones que genera una detención preventiva frente a un proceso que se reconoce lento, sin que esta última característica o la clasificación automática de algunos imputados como peligrosos (por la naturaleza del delito investigado, o el número de ocasiones que ha sido acusado o condenado), se utilicen para encubrir o legitimar la falta de diligencia estatal, con el fin de que el tiempo de las medidas cautelares dejen de ser un problema. La tan ansiada celeridad procesal debe imponer, igualmente, su sello en el plazo de la prisión provisional. En definitiva, la exigencia de períodos breves de imposición de medidas cautelares (sea bajo un régimen de libertad o, en su lugar, bajo el encerramiento), como consecuencia de todos los argumentos expuestos, constituye una razón más para exigir al Estado y su Administración de Justicia que, en efecto, los procesos penales deben tramitarse de modo diligente, y que, a la vez, asuma las consecuencias, en caso de no hacerlo, de que aún cuando puedan subsistir algunos riesgos procesales, cese cualquier medida cautelar impuesta a la persona imputada, por respeto a sus derechos fundamentales, en esa verticalidad que singulariza la relación entre la persona y el Estado, donde aquélla ocupa la posición privilegiada.

- 1 Doctor en Derecho Penal y Master en Criminología, Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Derechos Humanos, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) y del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad "Escuela Libre de Derecho" (UELD), Costa Rica. Correo electrónico: <anavasaparcio@yahoo.es>.
- 2 También, su sentencia de 12 de noviembre de 1997, del caso "Suárez Rosero contra Ecuador", como consecuencia del derecho humano a la presunción de inocencia: "... 77. ...*De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva...*".
- 3 En el informe aprobado por mayoría de 12 votos contra 4, según el acta 33 (art. XV), de 29 de septiembre de 2008, de la Corte Plena (con motivo de la solicitud que le dirigiera la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Asamblea Legislativa), ya se hacían ver los inconvenientes de dichas normas por vulnerar el principio de presunción de inocencia y acuerpar un Derecho penal contrario al modelo de Estado costarricense.
- 4 Medina Quiroga, Cecilia (2003). *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Universidad de Chile, p. 234.
- 5 *"Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio"*.
- 6 *"Toda persona detenida o presa... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo"*.
- 7 Sin embargo, en una anterior comunicación, la número 432/1990, aprobada el 23 de octubre de 1992, el Comité de Derechos Humanos, en el caso "W.E.B. contra Holanda" dispuso: *"que el artículo 9, párrafo 3, permite la detención provisional como una excepción; la detención preventiva debe ser necesaria, por ejemplo, para asegurar la presencia del acusado en el juicio, impedir la interferencia con testigos y otra evidencia o la comisión de otros delitos "* [original en inglés, traducción del autor], incluyéndose así el cuestionable peligro de reiteración delictiva.
- 8 Cáliz Ponce, Soraya Carolina (2008). *La Adecuada Aplicación de las Medidas Cautelares no Privativas de Libertad y sus Positivos Efectos ante la Densidad de la Población en los Establecimientos Penitenciarios*. Universidad Nacional Autónoma de Honduras, pp.6-24 [obra inédita].
- 9 Véase las circulares de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia 72-07 (Consejo Superior: "Importancia de la Efectiva Aplicación de la Oralidad durante las Fases Iniciales del Proceso") y 52-08 (Consejo Superior: "Deber de Fomentar la Aplicación de la Oralidad en los Procesos Judiciales en que Resulte Aplicable"). Asimismo, la aprobación, por la Corte Plena, el 25 de agosto de 2008 (art. XV del acta 28-08) del "Planteamiento Estratégico para la Organización y Ejecución del Plan Piloto para la Flagrancia en Contravenciones y Delitos", y las circulares de la Secretaría 92-09 (Corte Plena: "Protocolo de Actuaciones para el Desempeño de los Tribunales de Juicio en Materia Penal"), 50-09 y 101-09 (ambas, Corte Plena: "Modificación al Planteamiento Estratégico de Organización y Ejecución del Procedimiento Especial para Flagrancias"). Además, la Ley número 8720, entrada en vigor el 22 de abril de 2009 ("Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal"), que introdujo el "Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia", en los arts. 422 a 436 CPP.

SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE UN CASO FALLADO POR LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

*Msc. Carlos Jiménez González
Letrado Sala Tercera
Corte Suprema Justicia*

Introducción

En las resoluciones que se indican a continuación la Sala Tercera de Casación cuestiona la interpretación que hizo la Sala Constitucional sobre los requisitos que deben cumplirse para que autoridades penales ejecuten un allanamiento sin violentar el derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de Costa Rica.

El análisis del problema implica el estudio de los sistemas de interpretación de la norma constitucional, tanto por la jurisdicción constitucional como por la ordinaria; cuestiona la interpretación de la norma constitucional tratándose de un derecho fundamental y de la interpretación que puede hacer posible el ejecutar eficazmente su garantía.

La situación que se analizará permite estudiar los alcances de la consulta judicial de constitucionalidad, el alcance de la disposición de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional y, además, la situación fáctica ocurrida en el desenlace del caso concreto analizado cuando la sentencia de la Sala Tercera se aparta de lo resuelto por la Sala Constitucional, sobre la base de su propia lectura del artículo 23 constitucional en contraposición a lo resuelto por la jurisprudencia constitucional.

Finalmente el problema permite analizar las diferentes posiciones frente a una interpretación literal, una interpretación histórica, una interpretación evolucionista y una interpretación restrictiva cuando se trata de derechos fundamentales.

Capítulo I. Sistemas jurídicos de control de constitucionalidad

Sección I. Sistema difuso y sistema concentrado

Con el fin de describir el marco teórico en que se desarrolla el presente estudio, se hará una descripción de los sistemas de interpretación constitucional, a saber el sistema difuso y el sistema concentrado.

Bajo los sistemas de control de constitucionalidad se examinan actos del Poder Ejecutivo, poderes locales (actos administrativos), actos del Poder Legislativo o Parlamentario (las leyes consulta de constitucionalidad y proyectos de ley consulta facultativa de constitucionalidad) y, dependiendo del sistema jurídico que tiene cada país, se pueden examinar también las resoluciones jurisdiccionales.

Los principios de interpretación están generalmente aceptados por la doctrina como se verá más adelante, pero en lo que se refiere al órgano legitimado para realizar la interpretación constitucional existen distintos sistemas, que han sido profusamente estudiados en la doctrina constitucional y se han clasificado, principalmente, en dos tipos: el sistema difuso y el sistema concentrado; aunque existen variaciones de un sistema jurídico a otro, o sistemas eclécticos que retoman procedimientos – adaptados- de ambos.

El Sistema difuso

En el Sistema Difuso se pone en funcionamiento el control de constitucionalidad cuando, con ocasión de un proceso judicial, alguna de las partes alega que la norma legal o acto impugnado, es contrario a una o varias normas de la Constitución Política.

En este sistema el juez que tiene a su cargo la resolución del caso concreto es el encargado de realizar la labor de interpretación de la norma constitucional realiza la actividad de subsunción del caso concreto sometido a su conocimiento con la norma o principio constitucional que considera aplicable.

Su resolución surte efectos jurídicos únicamente para las partes del conflicto o del juicio en cuestión. Una característica que lo diferencia del sistema concentrado es precisamente que estas resoluciones no surten efectos erga omnes.

Esta sentencia es susceptible de impugnación por cualquiera de las partes utilizando la vía de los recursos del sistema jurídico ordinario.

El sistema difuso tiene su origen en el sistema estadounidense, al que hay que reconocerle además de su éxito interno, que ha desarrollado principios de gran impacto el desarrollo de la doctrina constitucional en general, como por ejemplo el principio del debido proceso.

En primer término debe decirse que la Constitución estadounidense no define a cual poder del Estado corresponde la última palabra en materia de interpretación constitucional, pero esta situación no ha significado un caos jurídico y mucho menos político.

El poder judicial, que es el más activo en la actividad de interpretación constitucional, ha sido suficientemente cauto para no provocar un enfrentamiento irreconciliable con los otros poderes políticos del Estado; no obstante cuando ha sido necesario salvar posiciones ideológicas divergentes, cada poder ha sabido

mantenerlas sin provocar una situación de fractura.¹

Como se indicó antes, corresponde a los tribunales de alzada conocer de las resoluciones de los inferiores, aun en cuestiones de constitucionalidad. En el sistema federal estadounidense el tribunal superior de cada estado tiene la última palabra dentro de su jurisdicción.

A nivel federal la última decisión en materia judicial la tiene el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en cuestiones que conciernan a constituciones federales. La unidad en la jurisprudencia constitucional está basada en el poder del Tribunal Supremo de revisar las resoluciones de los tribunales supremos estatales.

Sobre los principios que rigen en el sistema de control de constitucionalidad en los Estados Unidos, pueden citarse los siguientes:

- Los jueces no deben pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley si el caso puede resolverse por la aplicación de otras normas o por la interpretación constitucional que razonablemente permita la norma.
- Para que sea posible entrar a conocer sobre la inconstitucionalidad de una norma o ley, es necesario que exista un proceso contencioso (litigio) que pretenda la obtención de una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa.
- No es posible plantear una interpretación de constitucionalidad sin la existencia de un juicio previo, pues, bajo el paradigma de la división clásica de poderes, a los tribunales de justicia no les corresponde “evacuar consultas, ni dar opiniones ni consejos”².
- Usualmente la acción de inconstitucionalidad se plantea como excepción o defensa, pero en las últimas décadas se han aceptado acciones

- declarativas de inconstitucionalidad.³
- La declaración de inconstitucionalidad solo puede ser declarada de oficio.
 - Es necesario que el petente demuestre que existe un interés concreto y legítimo por la producción de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho.
 - En caso de duda rige la legitimidad de los actos estatales, por lo que la contradicción con la norma constitucional debe ser categórica.
 - La declaración de inconstitucionalidad debe ser oportuna, esto es que el agravio no sea especulativo o no se hayan agotado las posibilidades ordinarias de impugnación.
 - El interés personal debe subsistir a lo largo del proceso.
 - No corresponde pedir la declaratoria de inconstitucionalidad sobre cuestiones políticas.
 - Los efectos de la declaratoria siempre estarán circunscritos a las partes en litigio, es decir carece de efectos erga omnes.

En el sistema difuso no existe el tribunal constitucional, son los tribunales ordinarios quienes realizan esta labor de interpretación, diferencia esencial que mantienen con el sistema de interpretación constitucional denominado concentrado.

El Sistema Concentrado

El sistema concentrado está presente, en España, Alemania, Italia y Hungría, cada uno con sus manifestaciones particulares derivadas de la historia político-jurídica que cada Estado ha tenido.

A pesar de las diferencias de origen, mantienen principios comunes y esenciales, tales como la

existencia de una jurisdicción especializada y encargada de la interpretación constitucional, la cual en algunos casos corresponde tanto al juez ordinario, actuando como juez constitucional en la interpretación de la norma legal derivado del principio constitucional; como a un Tribunal especializado que, al final de proceso judicial, es quien conoce y resuelve, en definitiva la interpretación de la norma constitucional.

A diferencia del sistema difuso donde los tribunales ordinarios tienen el control absoluto sobre la verificación, rechazo o anulación con respecto a la constitucionalidad del acto o norma jurídica impugnada y sus efectos son inter partes, en el sistema concentrado, por el contrario, sus efectos son erga omnes y el sistema de control está concentrado en un alto tribunal especializado que tiene la última palabra en temas de interpretación constitucional. A pesar de la presencia de una intensa actividad de interpretación del juez ordinario, que en todo caso, se ve sometido, al final de cuentas, a las resoluciones del tribunal especializado.

El sistema concentrado está presente en los países de América Central y en el caso de Costa Rica la Sala Constitucional está ubicada dentro del Poder Judicial y goza de independencia funcional.

Como se afirmó antes, los sistemas concentrados presentan variantes según el país de que se trate, por ejemplo se puede afirmar que la fuerza vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales varía según cada ordenamiento. En algunos casos los jueces ordinarios mantienen cierta independencia frente a los fallos del Tribunal Constitucional como en el caso español e italiano y en otros se ven sometidos a sus decisiones –efectos erga omnes- por disposición normativa, como es el caso de Costa Rica.

El Caso de Italia

En Italia el sistema de interpretación constitucional, como en la mayoría de los países europeos, tiene sus raíces en acontecimientos

político- jurídicos que han esculpido su sistema jurídico para resolver situaciones de carácter político e ideológico, más que en un proceso de adopción doctrinal, como sucede en Costa Rica donde el control de constitucionalidad tiene una fuerte base en la adhesión doctrinaria más que en la histórica.

En Italia la evolución del derecho de la constitución ha pretendido resolver los problemas suscitados por la corriente fascista y dar paso a la formación de un Estado de Derecho. Las soluciones implementadas durante la segunda mitad del siglo XX lograron moldear un sistema concentrado de interpretación de la constitución.

En 1956 la Corte Constitucional asume un papel protagónico en el proceso de interpretación de la Constitución. Su pronunciamiento sobre la distinción entre normas programáticas y preceptivas estableció la validez de todas ellas frente al intérprete, especialmente frente al juez.

Los efectos de la sentencia interpretativa desestimatoria no vinculan al juez ordinario, tampoco al juez a quo, esto es, que no está obligado a seguir la interpretación dada por el Tribunal Constitucional; pero sí queda obligado a no utilizar la interpretación que la Corte Constitucional consideró inconstitucional (vinculación negativa)⁴.

La interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario puede hacerse en tres formas distintas:

- Interpretación de la ley en conformidad con la Constitución.
- La remisión de cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional.
- La aplicación directa de la Constitución.

Interpretación de la ley en conformidad con la Constitución.

La Corte Constitucional sugiere al juez la posibilidad de realizar él mismo una

interpretación conforme a la Constitución

En la década de los años 80 del siglo XX, a través de jurisprudencia constitucional, se creó la noción del "Diritto vivente", es decir la ley tal y como es interpretada y aplicada en la jurisprudencia⁵.

La jurisprudencia constitucional abordó la actividad interpretativa que debe considerarse propia de la actividad del juez ordinario y la de la Corte Costituzionale, en el marco del juicio de constitucionalidad de las leyes activado en vía incidental.

La Corte excluye la posibilidad de someter asuntos hipotéticos de carácter interpretativo o ambiguo en las que el juez ordinario presenta dos interpretaciones distintas de una misma disposición, sin elegir entre las dos. (Sentencia 129/1993; 44; 45; 319/1994 y 73/1995).⁶

La Corte excluye la posibilidad de impugnar una interpretación de la disposición que no se comparta, por ser un problema propio de la labor interpretativa del juez y no del juicio de constitucionalidad.

La Corte ha afirmado que el juicio de constitucionalidad de las leyes no puede ser utilizado por el juez con el objetivo de hacer prevalecer una interpretación respecto a otra. 410, 427, /1994, 82/1995, 101, 405/1996).⁷

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale insta al juez a resolver el asunto de constitucionalidad mediante una interpretación conforme a la ley y a los principios constitucionales, aduciendo que "una ley se declara inconstitucional no porque sea posible interpretarla inconstitucionalmente, sino porque es imposible atribuirle interpretaciones constitucionales (sentencia 356/1996).⁸

La jurisprudencia constitucional fortalece la labor interpretativa de la ley y de la Constitución por parte del juez ordinario, pero se reserva un papel de intervención "externo" respecto a la interpretación llevada a cabo por el juez sobre todo ante la existencia del *Diritto vivente*.

El juez ordinario tiene la obligación de interponer, de oficio la cuestión de constitucionalidad, cuando

una de las partes lo solicite, de suministrar respuesta motivada sobre las razones que lo inducen a no someter la cuestión a la Corte, por lo que se afirma que “esto supone una especie de control difuso sobre la constitucionalidad de la ley como primero y sumario examen con efectos limitados inter partes”.⁹

El caso de Alemania

Al igual que en el caso de Italia y España, el sistema de control constitucional alemán tiene su origen en el sistema creado en la Constitución austriaca de 1920.

Al determinar los límites de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción ordinaria sobre los alcances de la labor de interpretación debe tenerse presente que tratándose de materia constitucional, donde están presentes derechos fundamentales, éstos deben ser entendidos siempre como parámetros para la interpretación de las leyes.

En este sentido se afirma que, en un sistema concentrado, también a los tribunales ordinarios, incluida Casación, les corresponde la aplicación del derecho constitucional en sentido material, aun cuando corresponda al Tribunal Constitucional Federal el monopolio de la interpretación constitucional.¹⁰

En Alemania el proceso centralizado de control de constitucionalidad implica la incompetencia de los tribunales ordinarios de declarar la anulación por razones de inconstitucionalidad. La razón del monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad es proteger al legislador parlamentario (la ley) frente a la inobservancia del Derecho por parte de los Tribunales.

El control concentrado de constitucionalidad tiene como función primordial “asegurar la centralización de las sentencias vinculantes con carácter general sobre la validez o invalidez de las leyes formales en sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán y evitar de este modo las sentencias divergentes en los tribunales ordinarios, contribuyendo así a la seguridad jurídica”¹¹ y luego de ello puede

hablarse de su función en la protección de los derechos fundamentales por vulneración constitucional del legislador.

En orden a lo que se viene exponiendo puede afirmarse también que cuando se trata de la denominada “interpretación conforme”, como control de constitucionalidad, está no está limitada al juez constitucional sino que puede ser ejercida por el juez ordinario.

En cuanto a los métodos de interpretación constitucional

- La voluntad del legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la norma solo en la medida en que se encuentre una expresión muy clara en la misma ley¹².
- La interpretación histórica tiene una función eminentemente subsidiaria, solo se aplica cuando se trata de confirmar la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios de la interpretación gramatical, sistemática y teleológica y forma alternativa, cuando se presentan dudas que no pueden ser resueltas por esos medios de interpretación.

Modelos alternativos de interpretación:

- Según el juez Leibholz la interpretación de la Constitución debe reflejar su función integradora.
- La diferencia fundamental de la jurisdicción constitucional con respecto a los tribunales ordinarios, estriba en que sus decisiones orientan los valores jurídicos de rango constitucional y con ello forman parte de la integración política.
- Por esa razón el interprete constitucional además del uso de los instrumentos comunes de interpretación, como los gramaticales, lógicos, etc., debe utilizar, “sobre todo... un enfoque político sistemático”¹³, debe procurar que el sentido de preservación de la Constitución oriente sus decisiones.
- No existe un orden jerárquico entre los bienes y los valores constitucionales¹⁴.

- El Tribunal Constitucional Alemán no ha optado por un método de interpretación constitucional en particular, aunque se nota cierta preferencia por la interpretación tradicional, sistemática y teleológica.

En el tema de los derechos fundamentales la interpretación material y dinámica ha tenido la más importante aplicación.

El sistema alemán comprende que la interpretación material de la Constitución como unidad, no implica que el juez constitucional esté facultado para modificar el contenido del derecho constitucional a través de la labor de interpretación.

No es posible confundir el desarrollo de la normativa constitucional por medio de la interpretación dinámica, con la creación de nuevos principios y normas constitucionales que corresponden al Parlamento.

El caso de España

Al igual que el caso de Alemania, el sistema de control constitucional español se basa en el modelo de la constitución austriaca, con influencia de la doctrina y sistema alemán e italiano. El sistema seguido en España es concentrado y recae en el Tribunal Constitucional y según el artículo 1.1 de la Ley Orgánica que lo regula es el "interprete supremo de la Constitución.

El Tribunal Constitucional no forma parte de ningún poder del Estado a diferencia del sistema Alemán en que el Tribunal Constitucional Federal está ubicado dentro de la organización del Poder Judicial.

En la Ley Orgánica del Tribunal español se garantiza su independencia de otros órganos de carácter constitucional, esta situación ha sido abordada y enfatizada en forma aun más contundente en la jurisprudencia del mismo Tribunal¹⁵.

Sus sentencias tienen carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de ser publicada y contra ellas no cabe ningún recurso. Las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes incluso para los demás órganos del estado.

Algunas características del sistema concentrado español¹⁶

- La función del tribunal es asegurar el carácter preeminente de la Constitución.
- Corresponde a esta jurisdicción la defensa constitucional de los derechos fundamentales, aunque también la jurisdicción ordinaria a través de la tutela judicial efectiva realiza la labor de ejecutar la garantía de estos derechos.
- El Tribunal Constitucional solo puede actuar a instancia de parte y no de oficio.
- Las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser ejecutadas por él mismo.
- El sistema no permite que el tribunal entre a valorar hechos concretos como si fuera un tribunal ordinario, su competencia se limita a hacer una valoración abstracta entre dos normas, una constitucional y otra con rango de ley.

Tal y como se ha indicado a lo largo de este estudio, los sistemas concentrados no son uniformes y el caso español tiene sus particularidades. Se afirma que "toda interpretación es constitucional cualesquiera que sea el rango normativo del precepto, porque toda interpretación es o no conforme a la Constitución".¹⁷

En razón de ello los jueces ordinarios también realizan interpretación de los principios constitucionales, que están contenidos en las normas legales sometidas a su conocimiento por medio del litigio.

Cuestión de inconstitucionalidad

Consiste en la posibilidad que tienen los jueces ordinarios de consultar al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de una ley de cuya validez dependa el fallo en algún juicio que esté bajo su conocimiento.

Con esta figura se logra también mantener la unidad o el monopolio de la declaración inconstitucional en manos de la citada instancia constitucional. Se persigue, con ello, la seguridad jurídica al lograr que sea una única instancia la que resuelva la situación y evitar que haya tantos criterios como instancias consultadas.

Este procedimiento es de control de constitucionalidad, puesto que previamente el juez ordinario ha considerado que la norma legal aplicable puede ser inconstitucional y corresponde a lo que la doctrina alemana llama "control concreto de normas porque de su resolución depende la sentencia del juez consultante".¹⁸

Si el Tribunal constitucional resuelve la cuestión declarando la inconstitucionalidad del precepto normativo, los efectos de esta resolución son iguales a los que provoca la acción de inconstitucionalidad con lugar y el juez consultante queda vinculado con la sentencia constitucional.

El caso de Costa Rica

El sistema costarricense también es concentrado y está a cargo de la Sala Constitucional, órgano que está ubicado dentro del Poder Judicial. El objetivo de esta jurisdicción constitucional es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario.

El sentido de la concentración, al igual que en los sistemas que se han visto, es uniformar su interpretación y aplicación.

A este tribunal le corresponde conocer, en lo que interesa para el presente estudio, de los siguientes materia:

- Conocer de los recursos de Amparo y Habeas Corpus.
- Ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza¹⁹.
- Conocer de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario.
- Conocer de las consultas o cuestiones de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad

Puede ejercerse a través de cuatro procedimientos:

- La acción de inconstitucionalidad.
- La consulta legislativa de constitucionalidad (a priori).
- La consulta judicial de constitucionalidad (a posteriori).
- El veto por razones de inconstitucionalidad.
- Resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado.

La acción de inconstitucionalidad

El fundamento de la acción de inconstitucionalidad es la supremacía de la norma constitucional. Todo acto y norma jurídica está subordinado al ordenamiento constitucional. "El parámetro de constitucionalidad es la medida que se utiliza para determinar la legitimidad constitucional de los actos y normas del ordenamiento jurídico de rango inferior a la Constitución"²⁰.

Parámetros

- Normas formalmente constitucionales.
- Principios constitucionales.
- Costumbre constitucional.²¹
- Reglamento interno de la Asamblea Legislativa.
- Los tratados internacionales.
- La constitución derogada de 1871.

El objeto del control de constitucionalidad

- Las leyes de reforma constitucional por vicios estrictamente procedimentales.
- Reglamento interno de la Asamblea.
- Los tratados internacionales.
- Las leyes.
- Los actos con valor de ley.
- Reglamentos, decretos, etc.
- Normas actos dictados antes de 1949.
- Actos legislativos.²²
- Disposiciones emanadas de sujetos privados.
- La inconstitucionalidad por omisión. Autorizada por el artículo 73, inciso a.
- Inconstitucionalidad por inercia, omisiones y abstenciones de las autoridades públicas.

Están fuera del control de constitucionalidad las normas constitucionales, los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, las resoluciones judiciales y la

jurisprudencia de la misma Sala Constitucional.

Principios de Interpretación

a. Unidad de la Constitución:

El intérprete debe tener en cuenta que la Constitución contiene un conjunto de normas correlacionadas y coordinadas entre sí, que forman una totalidad.

b. Concordancia práctica.

La interpretación debe buscar la coherencia de las normas constitucionales en los casos de contradicciones entre sí.

c. Eficacia integradora.

Se utiliza cuando se trata de interpretar normas sobre el funcionamiento de los órganos del Estado.

d. Correlación funcional.

La interpretación que se realice de la norma constitucional no debe interferir en el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a los diferentes órganos del Estado.

e. Eficacia o efectividad.

El intérprete debe encauzar la interpretación constitucional hacia la optimización de la eficacia de la norma sin distorsionar su contenido y actualizándola ante los cambios de la realidad.²³

Capítulo II.

Interpretación de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales.

Sección 1.

Concepto de Derechos fundamentales y de sus garantías.

Concepto de Derechos fundamentales.

Inicialmente se consideró que los derechos fundamentales eran límites frente al ejercicio arbitrario del poder de los órganos del Estado, hoy día su concepción ha variado sustancialmente, pasó de ser una garantía negativa a ser una garantía positiva que comprende altos valores de gran importancia para el Estado en general.

Con la entrada en vigencia de instrumentos internacionales se reúnen los más altos valores del ser humano y se transforman en normas positivas –derechos humanos- que tienen su antecedente en el Derecho Constitucional europeo y americano.

Según Jellinek los derechos fundamentales se desglosan en cuatro estados²⁴:

1. Status subjectionis. Determina la situación pasiva de los destinatarios del derecho.
2. Status libertatis. Garantía de no intromisión del Estado en determinadas materias.
3. Status civitatis. Los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente al Estado.
4. Status activae civitates. Derechos políticos.
5. Status positivus socialis. Derechos sociales económicos y culturales

Los derechos fundamentales son aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales la persona, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza su propio comportamiento dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico.²⁵ Además siempre constituyen un límite al poder público y no debe considerárseles como absolutos como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional español²⁶.

Los derechos fundamentales deben estar reconocidos por el ordenamiento jurídico constitucional y deben contar con un remedio procesal suficiente y oportuno para ejercer la garantía. Estos derechos son indisponibles.

Un autor español afirma: “En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, ..., una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual, si bien a este papel clásico se agrega a una ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dirección institucional a partir

de la cual su contenido, debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.”²⁷

Garantías

En Alemania, Italia, Austria o Suiza no existen mecanismos procesales específicos de protección a los derechos fundamentales frente a órganos judiciales ordinarios sino frente a un Tribunal específico²⁸.

El recurso de Habeas Corpus tiene su origen en el sistema anglosajón, mientras que el recurso de Amparo proviene del sistema estadounidense. Inicialmente este último era incoado para reclamar la tutela de todos los derechos fundamentales incluyendo el de la libertad, que hoy tiene su defensa en el recurso de Habeas Corpus.

El sistema constitucional español prevé, en defensa de los derechos fundamentales, un procedimiento preferente y sumario que se presenta ante los tribunales ordinarios, mientras que el recurso de amparo corresponde conocerlo al Tribunal Constitucional.

En el sistema jurídico constitucional de Costa Rica se pueden identificar cuatro garantías a favor de los derechos fundamentales:

- **El principio de reserva de ley.**
Esto implica que su primera regulación corresponde a la ley ordinaria, la cual reside en manos de los legisladores como legítimos representantes del pueblo. En consecuencia los derechos fundamentales solo pueden ser afectados por una norma jurídica con rango de ley.
- **El respeto del contenido esencial.**
A pesar de las facultades que implica la reserva de ley para la limitación de los derechos fundamentales, existe un contenido esencial en la norma del derecho fundamental que escapa a la posibilidad de regulación de todos los poderes públicos. El Tribunal Constitucional español lo ha definido como “aquella parte del contenido

de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo.²⁹

- **Garantía del principio de razonabilidad de las leyes.**

Se reconoce expresamente que la garantía del debido proceso opera como una limitación a los poderes normativos del Estado. La Corte Suprema de Justicia Argentina retomó el tema del debido proceso como garantía material y lo transformó en el principio de razonabilidad de las leyes.³⁰

- Existencia de procesos constitucionales específicos para su tutela. En Costa Rica están los recursos de Habeas Hábeas y el Amparo.

Sección 2.

Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales y efectos de la resolución del recurso de amparo y de Habeas Corpus.

Principios de interpretación

La interpretación de los derechos fundamentales se rige por ciertas reglas:

- El principio de la interpretación más favorable, que implica que cuando se realiza la interpretación de derechos fundamentales de hacerse siempre para favorecer su contenido y ejercicio.
- La interpretación debe estar en armonía con los instrumentos internacionales vigentes.
- Los límites de los derechos fundamentales deben ser restrictivos y la interpretación debe favorecer su ejercicio.
- La titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales no dependen de manera

exclusiva de la nacionalidad y la mayoría de edad.

Principios hermenéuticos específicos

- El principio pro libertatis. Los Derechos Fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible, esto es en forma extensiva todo lo favorable y restrictivamente todo lo que limite la libertad. Este principio parte del hecho de que los derechos fundamentales ocupan una posición de privilegio dentro de la estructura general del ordenamiento jurídico en virtud de que contienen valores fundamentales del Estado de Derecho.
- El principio pro homine. El principio debe de interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

La interpretación del ordenamiento jurídico, en su conjunto, debe realizarse a la luz de los derechos fundamentales, lo cual complementa el principio general de interpretación conforme a la Constitución, por cuanto estos derechos forman parte de ella³¹.

Las interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales o que menoscaben su eficacia se deben considerar violatorias de ellos.

Interpretando el artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica las restricciones a los derechos fundamentales solo pueden darse para proteger la moral, el orden público y la protección de terceros. Se garantiza también que nadie puede ser inquietado ni perseguido por acto alguno que no infrinja la ley. De manera que cualquier otra restricción sería inconstitucional.

Según el artículo citado cualquier otra acción privada no comprendida en las restricciones apuntadas forma parte del ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas. Lo cual queda garantizado en las mismas normas que contienen los derechos fundamentales y, genéricamente, en el artículo 20 de la

Constitución Política, cuando indica que el ordenamiento constitucional prescribe que toda persona es libre en la República.

Los mismos criterios para la interpretación de los derechos fundamentales se aplican en sede de la jurisdicción ordinaria particularmente en el derecho penal y procesal penal. Indica el Código de Procesal Penal.³²

“ARTÍCULO 2. - Regla de interpretación.

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.”

Principio de Proporcionalidad

Este principio ha sido incorporado como parámetro de constitucionalidad por la Sala Constitucional y deriva de la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Su fin es garantizar a las personas el ejercicio de los derechos fundamentales frente a una injerencia estatal.

En aplicación de este principio los derechos fundamentales ceden ante la pretensión estatal solo cuando ello sea indispensable para tutelar, efectivamente, intereses públicos o colectivos. No es posible aceptar, bajo este parámetro, que la violación autorizada del derecho fundamental ocurra frente a situaciones hipotéticas, por el contrario debe existir una razón actual.

En Alemania el Tribunal Constitucional Federal ha sostenido que las garantías de los derechos fundamentales deben comprenderse como instrumentos jurídicos “vivos” en la máxima medida posible y ha logrado este fin por medio de tres vías de interpretación:

- La interpretativa de las garantías de derechos fundamentales, como sistema comprensivo de protección.
- La ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales
- La interpretación extensiva del ámbito de protección de los derechos fundamentales para adaptarlos a situaciones no previstas³³.

Efectos de la resolución del recurso de Habeas Corpus y Amparo

En el sistema constitucional de tutela de los derechos fundamentales aplicado en Costa Rica, corresponde a la Sala Constitucional conocer de los recursos de Habeas Corpus y de Amparo. No existe la posibilidad que hay en otros sistemas, como el español, de ejercitar el recurso de amparo en la vía judicial ordinaria.

No obstante el ordenamiento procesal penal, que es la materia donde con mayor intensidad se discute la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales, tutela en forma exhaustiva la protección de estos derechos a través de la jurisdicción y normativa ordinaria.

En el proceso penal se ha creado la figura del “juez de garantías”, el cual tiene a su cargo valorar las solicitudes de intervención estatal en el área de los derechos fundamentales y velar porque se cumplan y respeten los principios y garantías de los derechos fundamentales.

Efectos de la sentencia de Habeas Corpus

Efectos jurídico- materiales

Este recurso procede para garantizar los derechos de libertad e integridad de las personas³⁴. La consecuencia directa de una sentencia estimatoria de Habeas Corpus es la de dejar sin efecto las medidas que fueron objeto del recurso, mediante esta sentencia se ordena restablecer al agraviado en el pleno goce del derecho del que fue despojado.

Cuando la ley de jurisdicción constitucional costarricense señala, en su artículo 26, que la sentencia que resuelva el recurso de Habeas Corpus también debe pronunciarse sobre los efectos del caso concreto que con la solución de la situación jurídica se han declarado, deja bajo el criterio del tribunal constitucional no solo el ordenar restablecer al ofendido en el uso de su derecho, sino que además puede indicar los efectos de la sentencia con respecto al sujeto que ejecutó los actos violatorios del derecho fundamental cuestionado.

La sentencia estimatoria de Habeas Corpus produce también efectos indirectos en forma independiente de la voluntad del juez constitucional. Ejemplo de lo anterior es la hipótesis en que el recurso es rechazado, provocando con ello que el acto o la omisión que fueron objeto de la impugnación, adquieran firmeza y no puedan ser nuevamente recurridos por la vía de la garantía constitucional.

En este mismo sentido la sentencia que desestima el recurso de Habeas Corpus tiene carácter declarativo, porque impide una nueva discusión, en la misma vía del asunto ya fallado. Otro efecto indirecto de la sentencia de Habeas Corpus puede ser la responsabilidad de los jueces que la han dictado ya que pueden ser acusados de prevaricato o demandados por responsabilidad³⁵.

Efectos procesales

Los efectos procesales de estas sentencias están relacionados con su carácter ejecutivo y el efecto declarativo.

Por el primero de ellos está posibilidad de cumplir con lo ordenado en la sentencia ya sea que se cuente con la anuencia del recurrido o sin ella.

El efecto declarativo, que es el que se relaciona genéricamente con el objeto del presente estudio, consiste en el impacto que la resolución produce en el órgano jurisdiccional, impidiendo que otra instancia pueda dictar otro fallo sobre el mismo asunto. En el caso costarricense estas

sentencias pasan en autoridad de cosa juzgada en virtud del monopolio que ostenta la Sala Constitucional en esta materia.³⁶

Otros efectos que pueden producir estas sentencias son de índole económico y, eventualmente penales como el desacato, cuando el funcionario obligado contra quien se declaró con lugar el recurso no cumple la orden contenida en la sentencia del órgano constitucional o cuando el mismo funcionario diere lugar a un nuevo recurso por razones de identidad de personas y hechos que dieron origen al primero³⁷.

Recurso de amparo

Este recurso garantiza los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política salvo los protegidos por el recurso de Habeas Corpus y se interpone directamente ante la jurisdicción constitucional. A diferencia de otros sistemas, como el español, en Costa Rica solo existe el recurso de amparo constitucional.

En España existe, además del recurso de amparo constitucional, el recurso de amparo judicial, que se interpone ante el juez ordinario. Constituye una vía previa de agotamiento necesario para que el agraviado pueda incoar el recurso constitucional.³⁸

La ley de jurisdicción constitucional es la que delimita la materia que garantiza este recurso:

"ARTÍCULO 29. (...)

Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas."

El recurso de amparo no procede contra normas excepto cuando se impugnen conjuntamente con actos de interpretación individual, contra resoluciones y actuaciones del Poder Judicial, contra actos administrativos en cumplimiento de resoluciones judiciales, cuando haya existido consentimiento del agraviado y contra los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones.

Efectos de la sentencia del recurso de amparo

Efectos materiales

La sentencia estimatoria del recurso tiene como principal efecto la de restituir al agraviado en el uso del derecho fundamental reclamado. En la sentencia la Sala puede establecer, también, los efectos que deriven del contenido del fallo.

Efectos procesales

También en este caso se manifiestan en su dimensión ejecutiva, es decir con el cumplimiento de lo indicado en la sentencia; y la declarativa: influencia en las actividades jurisdiccionales.

En cuanto a los efectos declarativos la Ley de Jurisdicción Constitucional no concede el carácter de cosa juzgada material a las sentencias desestimatorias, en razón de que el asunto puede volver a conocerse en otra jurisdicción.

Los efectos de las normas objeto del recurso de amparo no se suspenden excepto para el recurrente, lo mismo ocurre con los actos particulares objeto del recurso.

Los efectos de la sentencia de este recurso pueden producir también efectos económicos y sancionatorios penales y disciplinarios.

Capítulo III. La consulta judicial de constitucionalidad

Sección 1. Características

Con el fin de adecuar la normativa ordinaria al derecho de la constitución y particularmente en el caso de derecho fundamental denominado "debido proceso", se ha establecido la posibilidad de que el juez ordinario pueda consultar a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar. El sujeto legitimado para plantear la consulta es cualquier juez de la República.

La ley de Jurisdicción Constitucional contempla dos hipótesis en que procede la consulta judicial:

Consulta derivada del Artículo 42 constitucional

Establece el artículo constitucional lo siguiente:

"Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión".

En este caso es requisito que el recurso de revisión, que da origen a la consulta judicial, se fundamente en a violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o de defensa.

El objetivo de este tipo de consulta de constitucionalidad no es la declaratoria de inconstitucionalidad, sino que la única instancia constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni violar las circunstancias del caso concreto.

Consulta facultativa

A diferencia de otros ordenamientos en que se exige que el juez presente la cuestión de inconstitucionalidad cuando esté convencido de su existencia, en Costa Rica lo que pide es una duda fundamentada. El juez consultante deberá realizar su interpretación de la normativa

ordinaria y la constitucional y presentar su argumentación ante el tribunal constitucional.

Para realizar la consulta se pide lo que podría llamarse una causa actual, es decir la consulta no es sobre cuestiones hipotéticas, debe existir un litigio sometido a su conocimiento que deba resolver, de ahí que la ley indique “una norma o acto que deba aplicar”, o de un “acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”. Puede presentarse la consulta judicial de constitucionalidad sin perjuicio de la existencia de otras consultas interpuestas.

Alcances y efectos

La ley de Jurisdicción Constitucional no distingue entre los efectos producidos por la sentencia de consulta judicial de constitucional o de una consulta preceptiva conforme al artículo 42 de la Constitución Política.

En este sentido puede afirmarse que los efectos de la consulta judicial de constitucionalidad se establecen por dos vías, la inmediata es la contemplada por el artículo 107 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, que indica que la resolución tendrá los mismos efectos que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad. La sentencia que rechaza la consulta no surte efectos de preclusión sobre la norma o acto impugnado, pudiendo ser sometida a control de constitucionalidad ante la Sala nuevamente.

La otra vía que establece los efectos de la consulta judicial de constitucionalidad y la consulta preceptiva está en el artículo 108 en relación con el 13 de la citada ley de Jurisdicción constitucional.

El artículo 13 dispone que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga homines, razón por la que puede afirmarse que las sentencias derivadas de la consulta judicial de constitucionalidad y de la consulta preceptiva tienen los mismos efectos.

Sección 2.

El caso en análisis

Como se ha visto a largo del presente estudio el control de constitucionalidad involucra tanto a las leyes, como a los actos de funcionarios públicos y de sujetos privados. Para practicar el control de constitucionalidad se han desarrollado, por motivos históricos y políticos particulares, diversos sistemas en los que se delega esa función en una jurisdicción específica o en la jurisdicción ordinaria.

Los ordenamientos jurídico-constitucionales no son uniformes en cuanto al criterio de la revisión constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias. Tanto en los sistemas difusos y en algunos concentrados, es consustancial la revisión constitucional de las resoluciones ordinarias, en tanto las sentencias de los jueces que contienen interpretaciones del texto constitucional son revisadas por el juez de alzada y por los tribunales que agotan la instancia jurisdiccional, sea esta hecha por un Tribunal constitucional como por uno ordinario.

En tratándose de la tutela de los derechos fundamentales también se presentan diferencias. En el caso de Costa Rica no pueden ser objeto de recurso de amparo ni de control de constitucionalidad las resoluciones judiciales, aunque hay que destacar que sí puede ser objeto de este control la jurisprudencia de los despachos judiciales. Esto implica que el caso concreto resuelto en sede de la jurisdicción ordinaria no puede ser objeto de revisión constitucional, pero la reiteración de una forma de resolver los casos que llega a constituir jurisprudencia sí puede ser impugnada, sea por razones de inconstitucionalidad con respecto a una norma constitucional simple o de la violación de derechos fundamentales.

En otros sistemas jurídicos los jueces tienen amplio poderes de interpretación de la norma constitucional para la resolución del caso sometido a su conocimiento. Incluso, como se ha indicado en varias oportunidades en este estudio, en algunos casos las resoluciones de los jueces, cuando abordan cuestiones de

interpretación constitucional terminan en sede del Tribunal Constitucional o de quien tenga la última palabra en esa materia.

En Costa Rica la posibilidad de que el juez sea sujeto legitimado para acceder a la consulta de constitucionalidad está regida por un procedimiento específico con ese nombre: "Consulta judicial de constitucionalidad".

Ya se ha visto en el presente estudio que cuando un sistema constitucional define como uno de sus objetivos que cuando el juez puede acceder a la consulta de constitucionalidad por duda fundada o convicción manifiesta, es con el fin de unificar la jurisprudencia con respecto al contenido y forma de interpretación de las normas jurídicas constitucionales en función de la seguridad jurídica.

No tendría ningún sentido que se haga la consulta judicial de constitucionalidad si el juez consultante puede apartarse del pronunciamiento del tribunal constitucional. Se estaría propiciando, justamente, la inseguridad jurídica objetivo que trata de evitar todo sistema jurídico.³⁹

Presentación del procedimiento de Revisión

A partir de la sentencia que lo condenó a diez años de prisión por el delito de tráfico internacional de drogas, F.N.D⁴⁰, interpuso procedimiento de revisión⁴¹ ante la Sala de Tercera de Casación del Poder Judicial de Costa Rica.

En el recurso solicita se anule la sentencia del Tribunal Penal que lo condenó y se le absuelva de toda pena y responsabilidad. FND reclama la violación al debido proceso por cuanto el juicio al que fue sometido se sustentó en prueba ilegalmente obtenida.

El 26 de febrero del año 2000 el juez penal había ordenado, en forma verbal, el allanamiento y registro de cinco habitaciones ubicadas en los hoteles Park y Cocorí de la provincia de Limón, esto pese a que el artículo 23 de la Constitución

Política de Costa Rica indica expresamente que para ello se requiere orden escrita.

"ARTÍCULO 23.-

El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley."

Argumentó FND que el juez incumplió con el requisito constitucional al autorizar el allanamiento en forma verbal, omitiendo con ello, también, la fundamentación de la resolución y en consecuencia incumpliendo con el requisito (legal) de que fuera notificada formalmente su resolución.

Cuestiona la existencia del fundamento de la resolución, pero indica que si alguna vez existió, quedó en su memoria, lo cual imposibilita cualquier intento de impugnar la resolución aunque fuese a posteriori.

Se queja FND que con lo ocurrido se violaron sus derechos fundamentales y que, para pretender subsanar el error, el juez redactó la orden de allanamiento un día después de ocurridos los hechos.⁴²

La consulta judicial de constitucionalidad

Cuando la Sala Tercera de Casación recibe el procedimiento de revisión, decide formular una consulta preceptiva de constitucionalidad, con el objetivo de plantear el tema en sede constitucional y provocar una reconsideración y replanteamiento de la jurisprudencia de ese órgano sobre el allanamiento.

Probablemente la Sala de casación pretendió, con la interposición de su consulta, provocar nueva jurisprudencia a la luz de los principios contenidos en la nueva normativa del proceso penal (vigente desde el año 1998), que establece

la necesidad de proceder con orden escrita en los allanamientos. Indica expresamente lo siguiente:

“el tema de la necesidad de la orden escrita previa al allanamiento, como requisito de validez de la diligencia al amparo de la nueva normativa procesal penal, y del texto constitucional y, en consecuencia, como elemento integrante de la garantía del debido proceso, no ha sido expresamente tratado por la instancia constitucional y por ser el tema base del procedimiento de revisión que se conoce se impone formular la consulta...”

La resolución de la Sala Constitucional sobre la consulta judicial

En mayo de año 2003 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resuelve la consulta judicial de constitucionalidad⁴³ y en ella indica que efectivamente la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones al tema del allanamiento sin orden escrita del juez y cita el caso más relevante fallado en el año 1997.⁴⁴

En esa ocasión el tribunal constitucional consideró que no hubo violación del derecho a la privacidad del domicilio por haberse realizado conforme al artículo 23 constitucional.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional el artículo 23 de la Constitución Política y los artículos atinentes del hoy derogado Código de Procedimientos Penales se “requiere que exista orden escrita de un juez de la República cuando el allanamiento debe ser practicado por la policía en un recinto privado, sin embargo cuando el juez se encuentra en el acto procesal, ..., no se requiere de esta orden por escrito pues precisamente quien resguarda este derecho constitucional se encuentra allí presente”.

En criterio de la Sala Constitucional la garantía que permite verificar la existencia de las excepciones previstas constitucionalmente

para que pueda validamente ocurrir la violación al derecho de privacidad del domicilio, es la presencia del juez en el acto, lo cual constituye “garantía de su pureza” y en consecuencia esta situación “no hacía necesario cumplir con una orden escrita”.

En apoyo de su tesis la Sala constitucional realiza una interpretación de la voluntad del legislador sobre el citado artículo 23 e indica que “el constituyente buscó garantizar que los ciudadanos tuvieran derecho a la privacidad... de manera que estableció que este derecho debía ser resguardado mediante un funcionario público calificado... De esta manera, la orden por escrito exigida en la Constitución Política lo es cuando el juez no pudiera estar presente en el acto procesal”. Se afirma que en la época en que se aprobó el artículo 23 constitucional “*incuestionablemente*” existió influencia de las normas y principios del sistema procesal penal vigente, en el que la escritura prevalecía sobre la oralidad⁴⁵.

En la Resolución que aquí se comenta se hace referencia a otros votos de la Sala que constituyen jurisprudencia constitucional en el mismo sentido que se vienen exponiendo, lo cual, según afirma el Tribunal Constitucional, demuestra las razones por las cuales tomaron la decisión de “avanzar más allá de la simple literalidad de la norma constitucional, para conciliar –desde una perspectiva más finalista– los diferentes intereses enfrentados alrededor de la regla de la inviolabilidad de domicilio contenido en el artículo 23 de la Carta Fundamental.” Afirma la Sala que esta forma de interpretación tiene amplio respaldo en la doctrina y principios del Derecho Constitucional además de que es perfectamente armónica con el ordenamiento jurídico, que permita y obligan a las autoridades judiciales a la búsqueda del sentido y finalidad de las reglas jurídicas.

La Sala constitucional considera que la situación actual (a partir de 1998 con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de tendencia acusatoria) justifica acoger “la interpretación evolucionista”, ya que el juez penal ya no participa del proceso de investigación de los delitos sino que funge como “protector... de

la regularidad constitucional" y vigilante de la actuación de las autoridades. Se indica que pierde relevancia la exigencia de una orden escrita porque con ella se pretendía restringir la posibilidad de acción (y de exceso) de las autoridades de policía, circunstancia que se ve cubierta "si dicha orden es suplida por la propia presencia del juez durante la ejecución del acto... la oralidad que priva en nuestro actual sistema procesal penal, hace que la motivación de los actos se lleve a cabo, o de la forma tradicional mediante la escritura, sino que se realiza en forma oral justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones..."

En cuanto a los efectos de la interpretación constitucional, con relación al debido proceso, indica que ya sea mediante orden escrita previa o mediante su participación directa la intervención del juez debe comprender la correspondiente motivación, de manera que permita su validación por parte de las autoridades judiciales que intervengan.

La Sala Tercera de Casación da su interpretación al texto del artículo 23 de la Constitución Política

Ante este panorama la Sala Tercera de Casación, máximo tribunal en materia penal de la jurisdicción ordinaria, decide proceder resolviendo el recurso de revisión que dio origen a la consulta preceptiva de constitucionalidad, siguiendo una interpretación distinta a la dada por la Sala Constitucional.

Mediante la sentencia 2005-00211 la Sala Tercera declara con lugar el recurso de revisión interpuesto por la persona condenada a 12 años de prisión por el delito de tráfico internacional de drogas.

En primer término la Sala Tercera hace una confesión de respeto al ordenamiento jurídico al indicar: "Esta Sala es respetuosa del orden constitucional y legal, que señala, en cuanto a los precedentes del órgano encargado de la interpretación constitucional, su carácter vinculante *erga homnes*" y de seguido expone:

- Se está frente a **un cambio en la forma** en que la Sala Constitucional **ha interpretado** las exigencias y prerrogativas que la Constitución garantiza a los personas frente a la actuación del Estado "en detrimento de sus derechos fundamentales".
- Indica que aun cuando estuvo vigente el anterior Código de Procedimientos Penales (de 1975) la Sala Constitucional hizo énfasis en la necesidad de contar con una orden previa y escrita de un juez para poder realizar el allanamiento.
- La exigencia de la motivación de los actos de los funcionarios públicos es esencial en un sistema democrático.
- Cuando un funcionario pretenda desplegar una actuación o adoptar una decisión que comprometa, limite o restrinja un derecho fundamental, el ciudadano afectado debe contar, al menos, con "la constancia de un ejercicio de motivación previa" para un eventual reclamo en ejercicio de la garantía del derecho cuestionado. Esa "constancia" sería prueba de su ilegitimidad o arbitrariedad de la actuación.
- "No es la persona del funcionario o su investidura la que garantizan el respeto de los derechos fundamentales, sino los requisitos que el propio Constituyente ha estatuido para ello y que ha delegado además en el legislador".
- Los derechos, las garantías de los mismos y sus requisitos "deben leerse en forma absolutamente restrictiva a partir de la norma de principio de los artículos 9 y 11 constitucionales" que se refieren a responsabilidad de los funcionarios como depositarios de la autoridad.
- La garantía de los derechos fundamentales "es la sujeción del funcionario a las restricciones constitucionales y a las exigencias de la legales".

- La justificación posterior de un allanamiento por parte de un juez penal puede permitir "la entrada a cualquier tipo de arbitrariedad y da un amplísimo margen para esconder y disimular el abuso".
- La orden previa escrita permite conocer la valoración de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.
- La Sala Tercera de casación considera que "como la fundamentación y la motivación es una garantía fundamental, del ejercicio del poder en un Estado de Derecho,..., esos fundamentos deben constar en el acta de allanamiento y en todo caso en forma previa al ingreso,..., porque solo así se garantiza la ausencia de arbitrariedad y,

en todo caso, el control posterior.

- "No puede sacrificarse el respeto de los procedimientos establecidos en garantía de los ciudadanos, en aras de mayor eficiencia" de los actos de investigación policial.

Sobre la base de lo expuesto la Sala de Casación declara la nulidad del allanamiento

Criterios de interpretación aducidos.

Principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad, proporcionalidad

ARGUMENTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL	CONTRA ARGUMENTOS DE LA SALA TERCERA DE CASACIÓN PENAL
En la época en que se aprobó el artículo 23 constitucional "incuestionablemente" existió influencia de las normas y principios del sistema procesal penal vigente en el que la escritura prevalecía sobre la oralidad.	
El constituyente buscó garantizar que los ciudadanos tuvieran derecho a la privacidad ... de manera que estableció que este derecho debía ser resguardado mediante un funcionario público calificado ...	La garantía de los derechos fundamentales "es la sujeción del funcionario a las restricciones constitucionales y a las exigencias de la legales".
La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada en afirmar que no se requiere orden escrita para proceder al allanamiento cuando esté presente el juez.	Se está frente a un cambio en la forma en que la Sala Constitucional ha interpretado las exigencias y prerrogativas que la Constitución garantiza a las personas frente a la actuación del Estado "en detrimento de sus derechos fundamentales".
El artículo 23 constitucional y anterior Código de Procedimientos Penales requiere que exista orden escrita de un juez cuando el allanamiento lo va a realizar la policía pero cuando el juez se encuentra presente no se requiere de orden escrita.	Indica que aun cuando estuvo vigente el anterior Código de Procedimientos Penales (de 1975) la Sala Constitucional hizo énfasis en la necesidad de contar con una orden previa y escrita de un juez para poder realizar el allanamiento.
No se requiere de orden escrita para autorizar el allanamiento y cumplir con el requisito del artículo 23 de la Constitución Política cuando se encuentre presente el juez competente para resguardar el derecho constitucional (derecho fundamental protegido: privacidad del domicilio).	La orden previa escrita permite conocer la valoración de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

<p>Se requiere orden escrita cuando deba practicarse el allanamiento sin la presencia del juez competente.</p>	<p>Cuando un funcionario pretenda desplegar una actuación o adoptar una decisión que comprometa, limite o restrinja un derecho fundamental, el ciudadano afectado debe contar, con "la constancia de un ejercicio de motivación previa" para un eventual reclamo en ejercicio de la garantía del derecho cuestionado. Esa "constancia" sería prueba de su ilegitimidad o arbitrariedad de la actuación.</p>
<p>La presencia del juez constituye "garantía de su pureza". (Del acto)</p>	<p>"No es la persona del funcionario o su investidura la que garantizan el respeto de los derechos fundamentales, sino los requisitos que el propio Constituyente ha estatuido para ello y que ha delegado además en el legislador".</p>
<p>Se justifica "avanzar más allá de la simple literalidad de la norma constitucional, para conciliar –desde una perspectiva más finalista – los diferentes intereses enfrentados alrededor de la regla de la inviolabilidad de domicilio.</p>	<p>Los derechos, las garantías de los mismos y sus requisitos "deben leerse en forma absolutamente restrictiva a partir de la norma de principio de los artículos 9 y 11 constitucionales" que se refieren a responsabilidad de los funcionarios como depositarios de la autoridad.</p>
<p>El nuevo proceso (aprobado en 1998) de tendencia acusatoria justifica acoger "la interpretación evolucionista".</p>	
<p>Esta forma de interpretación tiene "amplio respaldo en la doctrina y principios del Derecho Constitución</p>	
<p>Esta forma de interpretación se halla en perfecta armonía con nuestro ordenamiento y permite y obliga a las autoridades judiciales a buscar el sentido y finalidad de las reglas jurídicas.</p>	<p>"No puede sacrificarse el respeto de los procedimientos establecidos en garantía de los ciudadanos, en aras de mayor eficiencia" de los actos de investigación policial.</p>
<p>Pierde relevancia la exigencia de una orden escrita para controlar la acción (y exceso) de las autoridades de policía si el mismo juez es que realiza el control en la ejecución del acto (y la posibilidad de recurrir y el exceso por parte del juez y no de la policía, la garantía es para proteger no solo de la policía sino del mismo juez)</p>	<p>Cuando estuvo vigente el anterior Código de Procedimientos Penales (de 1975) la Sala Constitucional hizo énfasis en la necesidad de contar con una orden previa y escrita de un juez para poder realizar el allanamiento.</p>

La base de la consulta es la existencia de un procedimiento de revisión sometido a conocimiento de la Sala de Casación Penal, y, como se ha indicado en este estudio, este tipo de gestión constituye en garantía del derecho fundamental, en este caso, al debido proceso⁴⁶. ¿Debía la Sala Constitucional analizar el requisito de orden escrita, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política, con criterios de interpretación de normas constitucionales comunes o estaba obligada a utilizar los criterios de interpretación de las normas que contienen derechos fundamentales y sus garantías, concretamente los principios "pro libertatis" "pro homine" "principio de proporcionalidad"?

Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son exigibles incluso contra las resoluciones judiciales, lo que está claramente establecido en el tratamiento normativo del Habeas Corpus, e inexplicablemente prohibido en la vía del Recurso de Amparo.

Sobre esta situación se ha indicado que la limitación no procede de la Constitución Política, sino que es de origen legal⁴⁷ y que esta situación torna ilegítimo el artículo 30 de la Ley de jurisdicción Constitucional " que parte de hipótesis falsas, ya sea que entienda que el juez es incapaz de violar con sus actuaciones o resoluciones los derechos fundamentales, como se crea que hay dos tipos de valoración para los derechos fundamentales, el de libertad que si está protegido contra las resoluciones judiciales y los otros derechos fundamentales que devienen en disminuidos por cuanto una eventual violación de ellos por parte del juez quedaría impune desde la perspectiva de los recursos constitucionales⁴⁸.

Pareciera que el remedio procesal para la tutela de estos derechos ha quedado relegado a la vía ordinaria o bien a través de reclamar la violación al debido proceso ya sea por la vía del recurso ordinario o a través del recurso del procedimiento de revisión, quedando la potestad de la consulta al juez de casación penal.

Esto es lo que ocurre precisamente en el caso de análisis. La Sala de Casación somete a criterio constitucional analizar si la orden escrita, en materia de allanamiento o violación autorizada del derecho fundamental a la privacidad del domicilio, constituye un elemento constitutivo del debido proceso.

Cuando la Sala Tercera consulta a la Constitucionalidad si el requisito de orden escrita debe considerarse constitutivo del debido proceso, lo hace con la intención de poder resolver si la autorización verbal que dio un juez de la República violentó ese derecho.

La Sala constitucional estaba siendo consultada sobre la garantía de un derecho fundamental y en consecuencia los criterios de interpretación a utilizar debían ser tamizados por los principios de "interpretación restrictiva" "pro libertatis" "pro homine" y "principio de proporcionalidad".

Los criterios de interpretación histórica, evolucionista, finalista, voluntad del constituyente son válidos y deben ser utilizados por el intérprete de la norma constitucional pero no pueden primar sobre los criterios de interpretación "pro libertatis", "pro homine"; aplicables en el caso de derechos fundamentales.

En la sentencia de la Sala Constitucional se pueden señalar argumentos interpretativos con los que se puede o no estar de acuerdo, pero es evidente la ausencia de un análisis del derecho fundamental a la luz de los principios de interpretación que le corresponden. La dimensión de la teoría jurídica de los derechos fundamentales no está presente en el análisis de la Sala.

¿Una interpretación a la luz de los principios que rigen en materia de derechos fundamentales hubiese producido un resultado diferente? La Sala Tercera de Casación consideró que sí.

La Sala Tercera indicó en la resolución del procedimiento de revisión que interpretando la situación bajo los principios pertinentes se concluye que la garantía de los derechos fundamentales es la sujeción del funcionario a

los requisitos establecidos por la constitución política, lo que implica que una interpretación histórica, evolucionista, finalista, y de determinación de la voluntad del constituyente sí implica una lectura restrictiva en lo que limite el ejercicio del derecho fundamental resulta contraria a la constitución.

A criterio de la Sala Tercera la interpretación es restrictiva del derecho fundamental y de su garantía porque la existencia de la orden escrita permite conocer la valoración de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que el artículo 23 exige para que pueda darse validamente el allanamiento y su inexistencia conculca la posibilidad del sujeto de reclamar una eventual violación ilegítima del derecho fundamental.

Efectos de la jurisprudencia constitucional en materia de consulta preceptiva de constitucionalidad

Señala el artículo 107 de la Ley de Jurisdicción Constitucional:

"ARTICULO 107.

La resolución de la Sala se le comunicará al tribunal consultante, al Procurador General de la República y a las partes apersonadas, tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá el planteamiento de ésta en el mismo proceso, si fuere procedente.

Los efectos de este tipo de consulta son los mismos que los de la sentencia de inconstitucionalidad con la única excepción de que el asunto puede volver a someterse a conocimiento de la Sala⁴⁹.

Pero el efecto más relevante que tiene la resolución de la instancia constitucional y que resulta de gran interés para el tema que aquí se estudia, es el señalado por el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

ARTICULO 13.

La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

En virtud de lo dispuesto por la resolución de la Sala Constitucional sobre el tema que resuelve la consulta preceptiva de constitucionalidad planteada por la Sala Tercera de casación penal, tiene efectos vinculantes erga homnes. Esto implica que su resolución es de obligado acatamiento incluso, o especialmente, para la Sala Tercera que planteó la consulta preceptiva de inconstitucionalidad.

En el caso de análisis la sentencia de la Sala Tercera hace una lectura de constitucionalidad más acertada en materia de derechos fundamentales por lo que puede decirse que desde el punto de vista doctrinario es correcta en su apreciación, pero el problema es que aunque se considere que la sentencia de la Sala Constitucional es menos "garantista", es lo cierto que desde el punto de vista del derecho positivo la que priva es esta. La que surte efectos jurídicos erga homnes es la sentencia de la Sala Constitucional.

En cuanto a este punto la misma Sala Tercera señala en su sentencia:

"Esta Sala es respetuosa del orden constitucional y legal, que señala, en cuanto a los precedentes del órgano encargado de la interpretación constitucional, su carácter vinculante erga homnes."

El análisis de fondo de la sentencia de la Sala Tercera lleva a conclusiones radicalmente distintas de lo expresado y considerado por la Sala Constitucional, al punto que propone un marco jurídico distinto del principio del debido proceso en lo que respecta al requisito de la orden escrita para proceder validamente a ejecutar un allanamiento.

Por lo que la sentencia no solo termina declarando con lugar el recurso de revisión sino que además, y en lo que a ella respecta,

constituye su propio marco de interpretación del derecho al debido proceso, y, en consecuencia su jurisprudencia se basa en estos principios producto de su propia interpretación.

Sobre este tema indica la sentencia de la Sala Tercera, lo siguiente:

"Creemos que en una democracia la confianza no está en los funcionarios, sino en el respeto a la Constitución y a la ley, única garantía de que la actuación estatal está delimitada por el respeto a tales principios y que existen los mecanismos para controlar, dentro de ese esquema, la arbitrariedad."

En estudios doctrinales se advierte que algunos autores señalan que el juez constitucional, al realizar la labor de interpretación debe basarse en valores sustantivos o materiales, mientras que otros sostienen que es el valor democrático o participativo el que debe fundamentar la decisión del Tribunal constitucional⁵⁰. Es posible encontrar en ambas sentencias (la de Sala Constitucional y la de la Sala Tercera) argumentos que pueden ubicarse tanto en una posición como en la otra. En ambos documentos el contexto en que se analiza la situación está presente el "nuevo proceso penal de orden acusatorio" y ciertamente de él puede derivarse la prevalencia de la oralidad sobre los procedimientos escritos, aún más en Costa Rica se han realizado estudios preliminares que demuestran que cuando las solicitudes de mediadas cautelares se realizan oralmente son concedidas por el juez en menor grado que cuando se realizan por escrito. Pero en el ejemplo citado la solicitud es la que es oral, la resolución siempre es escrita.

Conclusión

La Sala Constitucional emite una resolución sobre un tema de derechos fundamentales en la que los principios de interpretación son los apropiados para una consulta de constitucionalidad, o al menos debió tamizar estos principios con los principios pro libertatis

y pro homine para verificar si el análisis primero era el correcto. Lo cual no es un tema banal, de por medio está la violación al derecho fundamental a la intimidad, en su dimensión del derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio.

Por su parte la Sala Tercera de casación realiza una consulta preceptiva de constitucionalidad con el objetivo de que esa instancia determine si la inexistencia de una orden previa y escrita en un allanamiento es violatorio del principio del debido proceso, objetivo que obtiene pero que no comparte y en consecuencia no lo acata al resolver en forma distinta a lo dispuesto por la Sala Constitucional.

Según lo expuesto en el estudio que antecede a estas conclusiones nuestro sistema jurídico y particularmente en lo que se refiere a la normativa constitucional, es de carácter concentrado. Lo que implica que los jueces ordinarios no están facultados para resolver sobre cuestiones que están sometidas a la jurisdicción constitucional, por el contrario deben abstenerse de hacerlo.

La razón de lo indicado es, según se ha visto, con el fin de evitar que existan sentencias diferentes sobre un mismo tema constitucional, contribuyendo a la seguridad jurídica.

Es de suponer que la Sala Tercera no esperaba un pronunciamiento como el que recibió de la sede constitucional, lo esperado era un cambio en la jurisprudencia, pero lo cierto es que esta se mantiene y, podría decirse, con más fuerza puesto que relaciona el tema del allanamiento con la nueva normativa procesal penal, lo que no ocurría con la jurisprudencia anterior.

Pero este tipo de pronunciamientos de la Sala Constitucional cuando conoce consultas preceptivas de constitucionalidad, no tienen efecto de cosa juzgada, por el contrario es la única excepción que existe y que, en este aspecto, la diferencia de la consulta de constitucionalidad ordinaria.

Finalmente hay que indicar que la sentencia de la Sala Tercera debió valorar que el apartarse de lo resuelto por la instancia constitucional

implicaba violentar el principio de la seguridad jurídica en perjuicio de todo el ordenamiento jurídico y que su sentencia debía considerar su prevalencia por encima, inclusive de los derechos fundamentales.

Bibliografía

ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis y otro. Derecho constitucional español. Editorial Universitas, S.A. Tercera Edición, 2002. P 650

BALAGUER CALLEJON, María Luisa. La interpretación constitucional como interpretación del derecho. Derecho constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Coordinador Francisco Balaguer Callejón. España. Editorial Tecnos. 2004. pp 766.

CHWABE, Jürgen, compilador. Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán. Konrad-Adenauer. Stiftung. Montevideo Uruguay, 2003

DIAZ REVORIO, Francisco Javier. La constitución como orden abierto. Editorial McGraw-Hill. Madrid 1997. P 223

HARO, Ricardo. El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Décimo año, Edición 2004. Tomo I. Pp 440.

HASS, Evelyn. La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Décimo año, Edición 2004. Tomo I. Pp 440.

HERNANDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución. Volúmen II, 1ª Edición, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 1994. Pp 728

HERNÁNDEZ VALLE. Rubén. Prerrogativa y garantía. 1ª reimpresión de la 1ª edición. San José, Costa Rica. Editorial EUNED, 1997. p. 232

LOPEZ GUERRA, Luis y otros. Derecho constitucional. Volumen I. Editorial Lo Blanch 5ª edición, Valencia 2002.

MAJANO CAÑO, María José. Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario. En Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Nº 36, España, 2004.

RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio. La interpretación constitucional y su vinculatoriedad. Justicia constitucional y estado de derecho. Memoria No 7, Sucre, Bolivia. VI Seminario Internacional, 2003. Pp 65-67

ROMBOLI, Roberto. La aplicación de la Constitución por la Jurisdicción ordinaria en Italia. La aplicación de la jurisdicción ordinaria en el Derecho Comparado. En Cuadernos de Derecho Público No. 7. INAP- Ministerio de las administraciones Públicas.

SOLANO CARRERA, Fernando. La jurisdicción constitucional incidencia en otras jurisdicciones. La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. Editorial EUNED. 1ª Edición, San José, Costa Rica. 1996. Pp 506

WEBER, Albrecht. La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania. La aplicación de la jurisdicción ordinaria en el Derecho Comparado. En Cuadernos de Derecho Público No. 7. INAP- Ministerio de las administraciones Públicas.

Código Procesal Penal, ley No. 7594, aprobada el 28 de marzo de 1996.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica No. 7135

Resolución 2002-01179 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Resolución 2005-00211 de la Sala Tercera de la

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Resolución número 1739-92, de la Sala Constitucional de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio.

Resolución número 2773-97 de las 15 horas del 20 de mayo de 1997 de la Sala Constitucional.

Resolución número 2002-01179 de las 10:25 del 22 de noviembre del año 2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución número 2003-04672 de la Sala Constitucional de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del veintiocho de mayo del dos mil tres.

- 1 Ver en este sentido: ROSENFELD, Michel. Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en los Estados Unidos. La aplicación de la jurisdicción ordinaria en el Derecho Comparado. Cuadernos de Derecho Público, INAP- Ministerio de administraciones Públicas, No. 7, pag. 81
- 2 HARO, Ricardo. El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Décimo año, Edición 2004. Tomo I, pag. 52.
- 3 Ibidem, pag 53
- 4 La exposición del sistema italiano está tomada de ROMBOLI, Roberto. La aplicación de la Constitución por la Jurisdicción ordinaria en Italia. La aplicación de la jurisdicción ordinaria en el Derecho Comparado. En Cuadernos de Derecho Público No. 7. INAP- Ministerio de las administraciones Públicas.
- 5 Ibidem, pág.27
- 6 Ibid. p 28
- 7 Ibid. p 29
- 8 Ibid.
- 9 Ibid. p30
- 10 Sobre la exposición del caso del sistema alemán se sigue lo expuesto por: WEBER, Albrecht. La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania. La aplicación de la jurisdicción ordinaria en el Derecho Comparado. En Cuadernos de Derecho Público No. 7. INAP- Ministerio de las administraciones Públicas. Páginas 41 y siguientes.
- 11 Weber, Op. Cit. P 46
- 12 HASS, Evelyn. La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Op. Cit., pag. 102.
- 13 Ibidem. 142
- 14 Ibid.
- 15 Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1981 del 31 de marzo y 83/1980 del 5 de noviembre.
- 16 Sobre este tema: ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis y otro. Derecho constitucional español. Editorial Universitas, S.A. Tercera Edición, 2002. Pp 528 y ss.
- 17 BALAGUER CALLEJON, María Luisa. La interpretación constitucional como interpretación del derecho. Derecho constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Coordinador Francisco Balaguer Callejón. España. Editorial Tecnos. 2004. p 243
- 18 Ibidem. P 535
- 19 Artículo 2 inciso "b" de la Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135.
- 20 Para el caso de Costa Rica se sigue lo expuesto por HERNANDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución. Volumen II, 1ª Edición, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 1994. p 707
- 21 Según indica Hernández Valle la costumbre constitucional solo integra el parámetro de constitucionalidad cuando se trata de costumbres integrativas, explicativas o limitativas. Solo las costumbres "contra Constitutionem" no formarían parte del parámetro de constitucionalidad, porque el art. 129 de la Constitución Política consagra un principio general en nuestro ordenamiento, según el cual la norma escrita prevalece sobre la costumbre. Pp 708, 709.
- 22 Ibidem. 713
- 23 Estos principios han sido tomados de: RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio. La interpretación constitucional y su vinculatoriedad. Justicia constitucional y estado de derecho. Memoria No 7, Sucre, Bolivia. VI Seminario Internacional, 2003. Pp 65-67.
- 24 Citado por HERNÁNDEZ VALLE. Rubén. Prerrogativa y garantía. 1ª reimpresión de la 1ª edición. San José, Costa Rica. Editorial EUNED, 1997. p. 35
- 25 Ibidem p. 37
- 26 Tribunal Constitucional Sentencia 11/1981 de 8 de abril, citado por Alonso de Antonio, op. cit., p. 245.
- 27 PEREZ LUÑO, citado por HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución. Volumen II op. cit. p 329.
- 28 Este tema lo desarrolla la profesora MAJANO CAÑO, María José. Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario. En Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Nº 36, España, 2004.
- 29 Voto 11 del 8/4/81. Citado por Hernández Valle. El Derecho de la Constitución. Volumen II op. cit. p

- 347.
- 30 Caso Sojo, 1887. La Corte Argentina dijo: "por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con las atribuciones de una rama del Poder público, más grande y respetable es el que se rodee ese derecho individual de la formalidad establecida en su defensa y si hubiese duda en la interpretación del texto constitucional debe resolverse por la apelación a favor de la libertad, pero nunca por interés alguno en contra de aquél texto expreso."
- 31 LOPEZ GUERRA, Luis y otros. Derecho constitucional. Volumen I. Editorial Lo Blanch 5ª edición, Valencia 2002.
- 32 Código Procesal Penal, ley No. 7594, aprobada el 28 de marzo de 1996 y vigente desde el mes de enero del año 1998.
- 33 HAAS Evelyn, Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Op cit. Pp 147, 148.
- 34 "Artículo 15. Procede el Habeas Corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio."
- 35 Hernández Valle, Rubén. Prerrogativa y garantía. Op. Cit. P 186
- 36 Ibidem, p. 186, 187
- 37 "*Artículo 71. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado.*" "*Artículo 72. Se impondrá prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo o de hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo anterior declarado procedente.*"
- 38 Sobre este tema: Alonso de Antonio, Ángel Luis y otro. Derecho constitucional español. Op. Cit. Pp. 281-292.
- 39 Sobre este aspecto ver lo indicado en el caso del sistema alemán de control de constitucionalidad, infra p. 17
- 40 Se omite el nombre del recurrente
- 41 El recurso de revisión está previsto por el Artículo 42 de la Constitución Política e indica: ... Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión. Por su parte El Código Procesal Penal establece: Artículo 148... Contra la sentencia firme sólo procede la revisión, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Artículo 408.-... La revisión procederá contra las sentencias firmes y en favor del condenado... en los siguientes casos: ... d) Cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima como consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviniente.
- 42 Resolución 2002-01179 de las 10:25 del 22 de noviembre del año 2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- 43 Sentencia 2003-04672 de la Sala Constitucional de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del veintiocho de mayo del dos mil tres.
- 44 Resolución 2773-97 de las 15 horas del 20 de mayo de 1997 de la Sala Constitucional.
- 45 El proceso penal en Costa Rica antes del año 1975 era esencialmente escrito. La oralidad en algunos procedimientos y fue introducida primero por el Código de Procedimientos Penales (1975) y posteriormente por el Código Procesal Penal (aprobado en 1996 y vigente desde 1998).
- 46 Voto de la Sala Constitucional número 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de 1992. Al conocerse de una consulta judicial preceptiva de constitucionalidad la "Sala Constitucional, no califica, valora, ni verifica la existencia o no de la violación acusada, pero sí corrobora, comprueba o declara si el procedimiento que se ha omitido o inobservado en el juicio penal era o no indispensable para garantizar al acusado -ahora condenado- las exigencias del derecho de la Constitución para reconocer la existencia y desarrollo de un proceso penal justo, hayan o no sido estas establecidas por sus propios precedentes o jurisprudencia. Se emplea así, el concepto de debido proceso legal como parámetro, patrón o punto de referencia en abstracto para determinar si, de ser ciertos los hechos descritos por el sentenciado-recurrente, -lo cual debe comprobarlo la Sala

Tercera-, éstos constituirían una violación a su derecho al debido proceso. La resolución de la Sala Constitucional sobre el contenido, condiciones y alcances generales del debido proceso -o, en su caso, de los derechos de audiencia y defensa-, sería la hipótesis de trabajo con base en la cual la Sala Tercera habría de juzgar la tesis del recurrente." (el tipo cursiva de la letra no es del original).

- 47 Ley de la Jurisdicción Constitucional Artículo 30. No procede el amparo: a)... b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.
- 48 Sobre este tema ver el artículo de SOLANO CARRERA, Fernando. La jurisdicción constitucional incidencia en otras jurisdicciones. La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. Editorial EUNED. 1ª Edición, San José, Costa Rica. 1996. p 210
- 49 Los efectos del voto de la Sala sobre cuestiones de inconstitucional: Artículo 87. Las resoluciones que denieguen la acción.... Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos. Artículo 91. La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales. Artículo 92. La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, en favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio. Artículo 94. Los efectos patrimoniales continuos de la cosa juzgada se ajustarán, sin retroacción, a la sentencia constitucional anulatoria, a partir de su eficacia.
- 50 DIAZ REVORIO, Francisco Javier. La constitución como orden abierto. Editorial McGraw-Hill. Madrid 1997. p 154

EL CONCEPTO DE RESULTADO

*Dr. Alberto Gerardo Alpizar Chaves
Juez de Casación Penal*

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DP	Derecho Penal.
ed., eds.	edición, editores
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
EPCrim	Estudios Penales y Criminológicos. Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago
p., pp.	página, páginas
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
t.	tomo
vol.	volumen

1.- DIVERSAS ACEPCIONES DEL CONCEPTO DE RESULTADO

En ocasiones surgen arduas discusiones por cuestiones terminológicas, las cuales con frecuencia encuentran su única razón de ser en los diversos contenidos con que se utilizan los conceptos en polémica. Particularmente ello es usual con la palabra resultado, pues su genérica definición lo hace un vocablo polimorfo al poder aplicarse a múltiples situaciones. Por ello, como cuestión previa a determinar el papel que el resultado tiene asignado en el teoría del delito, es cuestión previa determinar el contenido del mismo.

El término de resultado, en el Derecho penal, es utilizado en diversos sentidos¹; sin embargo en líneas generales pueden distinguirse tres acepciones usuales.

a.1- La acción exterior o realización del tipo

La más genérica de ellas entendería por resultado la acción exterior o realización del tipo. Conforme a esta posición se considera que "la simple acción es ya un suceso que altera siempre en algún modo las condiciones preexistentes del mundo exterior"².

Este primer uso del término resultado es posible asociarlo con la teoría causalista o natural de la acción. Según está teoría "acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior"³ y "esa modificación del mundo exterior es lo que se llama efecto o resultado (evento) del delito"⁴. Conforme a este uso del vocablo, es posible afirmar que "no hay delito sin resultado"⁵, pues la exteriorización de la voluntad, como acción, siempre provocaría una modificación del mundo exterior (resultado) y por ende ambos términos se confundirían.

En el anterior sentido se dice que tanto puede consistir el resultado en un "cambio en el mundo exterior físico o psíquico"⁶, bastando en general con cualquier efecto por mínimo que fuera, para considerar la existencia de una modificación en el mundo exterior y por ende de un resultado"⁷.

En su momento, lo que se pretendía con la exigencia de un «resultado» de este tipo era, en primer término, reclamar la exteriorización de la voluntad, excluyendo como objeto del Derecho penal el ámbito interno de la personalidad⁸. Lo anterior no es otra cosa que la función limitadora que se le pide al concepto de acción, pues fuera de éste deben quedar los "meros pensamientos y actitudes internas"⁹.

Este aspecto también se formula con el «principio del hecho», conforme al cual no deben considerarse como delito actitudes puramente internas e impide caracterizar al delito como un modo de ser de la persona¹⁰. En tal sentido JAKOBS indica que “todo delito debe, por el principio del hecho, evidenciar un resultado exterior a la psique del autor, es decir, al menos una acción corporal”¹¹.

Tanto como función límite del concepto de acción y como principio de Derecho penal, se trata de un punto unánimemente reconocido¹².

Por otra parte, el considerar al resultado como cualquier modificación externa producida por la acción deja sin sentido la distinción entre delitos de resultado y de acción, pues conforme a esta posición todos los delitos son de resultado, con la consecuencia de que como tales estarían sometidos a idénticas reglas. Esa sería la posición manifestada por VON LISZT para quien todo delito necesita un resultado y por ello, decía, “es erróneo tratar de diferenciar, entre las infracciones, los «delitos que producen un resultado» (*Erfolgsdelikten*) y los «meros delitos de actividad» (*Tätigkeitsdelikten*), que no producen ninguno”¹³; en igual sentido JIMÉNEZ DE ASÚA manifestaba que “no hay delito sin resultado y creemos que llegó la hora de poner coto al abuso de llamar formales a los delitos que no necesitan causar un daño para ser perfectos”¹⁴.

Por último, lo anterior conllevaba el que se tratara el resultado como parte de la acción¹⁵ y de tal forma se indicaba que el acto o acción se componía de: “a) Manifestación de voluntad; b) Resultado; y c) Nexo causal entre aquella y éste”¹⁶.

a.2- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Una segunda forma de entender el resultado es considerarlo como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma infringida¹⁷.

De tal forma se mira el resultado desde una perspectiva jurídica, en donde se le pone “en conexión con la afectación del bien jurídico y puede consistir en la lesión (destrucción o menoscabo) o la puesta en peligro (probabilidad de lesión) del mismo prevista en cualquier tipo, en la consumación o en fases anteriores”¹⁸.

El resultado, en el sentido de afectación al bien jurídico, vendría a cumplir diversos cometidos, que coincidirían con los asignados al concepto de bien jurídico.

Así, desde la óptica de la política criminal¹⁹, se indica que la función primordial del Derecho penal es la protección, subsidiaria, de bienes jurídicos²⁰. De manera que el legislador únicamente podría establecer sanción para aquellas conductas que afectan bienes jurídicos y por ende las acciones que no afecten bienes jurídicos quedarían fuera del campo del Derecho penal; por lo que únicamente las conductas que tengan como resultado, conforme a la definición citada, el afectar bienes jurídicos pueden ser sancionadas como delito²¹.

Precisamente por lo anterior la exigencia de un resultado de lesión o peligro para el bien jurídico se considera un límite material para el legislador. Aunque no sería el único límite material, pues es “imprescindible subrayar otros límites materiales (político-criminales) del poder punitivo estatal que circunscriben la legítima actuación de éste; límites, por otra parte, que afectan no a sus condiciones o formas de ejercicio, sino a su propio contenido y extensión”²².

No obstante, a pesar de ser posición mayoritaria, también se cuestiona la función que éste concepto de resultado, como afectación de bienes jurídicos, pueda tener respecto a la creación de tipos penales y se niega en general la existencia de tales límites materiales. En ese sentido, RODRÍGUEZ DEVESA indica que el derecho a castigar tiene, en el estado actual de la ciencia jurídica penal, tres límites importantes, a saber: en cuanto al titular, a la esfera de actuación del derecho mismo y a la actuación de la pretensión punitiva; criticando a su vez la existencia de “una fuerte corriente en la literatura

española actual, correlativa al descuido de la Parte especial y al desplazamiento de la atención de la teoría del delito a la de la pena, junto con los cambios políticos, a adelantar a este lugar una serie de cuestiones”²³.

Sin embargo, en lo que por ahora interesa, es posible indicar que la exigencia de una lesión o peligro para el bien jurídico, como resultado de la acción, es considerado un elemento necesario cuando el legislador determina una conducta como delito²⁴. Naturalmente ello deja por fuera la discusión del concepto de bien jurídico, además de las condiciones que un bien jurídico debe reunir para ser susceptible de la tutela penal.

En igual sentido, además de lo anteriormente dicho sobre la política criminal, el resultado, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cumple un papel importante en la Dogmática penal²⁵, pues además de las funciones sistemática e interpretativa, brinda un criterio de medición o determinación de la pena²⁶.

De tal forma se distingue entre antijuridicidad formal²⁷ y material, en donde esta última significaría la “lesión o puesta en peligro reprobables (y graves) de un bien jurídico protegido en concreto y del propio Derecho”²⁸.

Conforme a la anterior idea, toda acción penalmente relevante se caracterizaría por significar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. De esta forma, el resultado (como afectación de bienes jurídicos) se presentaría en todo delito y de allí que para conocer en que consiste dicho ataque debe interpretarse el tipo penal²⁹.

Como puede notarse tal posición guarda similitud con la de quienes consideran que la exteriorización de la voluntad conlleva una modificación del mundo exterior, pues siempre habría un resultado, ya fuera material o jurídico, precisamente este último resultado (el jurídico) consistiría en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico³⁰.

Frente a esta posición mayoritaria, que centra en la afectación del bien jurídico la antijuridicidad material del delito, también es criticado el papel que éste (el bien jurídico) tiene en la Dogmática penal. En tal sentido, considera JAKOBS que la protección de bienes jurídicos no explica todos los elementos del delito y “ni siquiera es necesaria para todos los delitos”³¹, por el contrario “el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber”³².

Este autor formula dos objeciones fundamentales, en primer término indica que “la configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes”³³ y en segundo lugar que “una norma no puede proteger a un bien –siempre que se trate de protección de bienes, contra todos los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido”³⁴. No obstante JAKOBS acepta que “a pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico”³⁵.

En cuanto a la posición mayoritaria, que considera esencial la afectación de un bien jurídico, la misma señala la existencia en todo delito de un resultado que sería la lesión o peligro de un bien jurídico, fundamento de la antijuridicidad material.

a.3- El resultado como efecto separable de la acción

Por último, se puede señalar el resultado como efecto separable de la acción³⁶. De ésta forma se distingue la exteriorización de la voluntad de las consecuencias de ésta, separando acción y resultado.

Aunque también se podría considerar la anterior definición demasiado genérica, pues cualquier efecto separable de la acción daría pie a interpretar la concurrencia de un

resultado. Si bien lo anterior no sería incorrecto, pues en esencia son también resultados, sería de escasa utilidad pues el resultado interesa en tanto sea exigido por la ley.

Por lo anterior, al definir dicho concepto, además de separar el resultado de la acción, se pone énfasis en la necesidad de que el resultado sea exigido por el tipo. En tal sentido se denomina como resultado "a todo efecto de la acción prohibida comprendido por el supuesto de hecho típico, que va más allá de la ejecución de la misma"³⁷; o bien se dice: "resultado es la modificación del mundo exterior, producida o no impedida por la conducta, y que tiene importancia, por las consecuencias jurídicas que de él dimanar, en la figura legal de la que dicha conducta es elemento constitutivo"³⁸.

Entendido el resultado como una modificación del mundo exterior³⁹, se puede hablar de un resultado material o formal; donde "el resultado material es una modificación del mundo externo perceptible por los sentidos, como la muerte, una herida o un incendio; y el resultado formal (o ideal) supone un cambio de la realidad inmaterial, captable lógica o intelectualmente"⁴⁰.

Esta definición del resultado separa la acción del resultado, con lo que se distingue de la primera, e igualmente se diferencia de aquella que considera al resultado la afectación del bien jurídico. En líneas generales se puede concebir ésta acepción del resultado como la de mayor relevancia práctica, por las consecuencias que de ella se extraen; destacándose en la definición, además de la relevancia típica de éste para la consumación, la separación entre acción y resultado (espacial y temporalmente) y la relación de causalidad que las vincula, junto con la imputación objetiva.

2.- VALORACIÓN CRÍTICA Y POSICIÓN PERSONAL

Un primer aspecto a tener en cuenta es que, si bien la definición del resultado que se busca tiene una finalidad eminentemente normativa, resulta de alguna manera afectada por el uso

cotidiano del vocablo. En tal sentido, una primera dificultad viene de lo genérico del vocablo, pues resultado es la consecuencia de algo⁴¹.

2.1 Crítica del resultado como exteriorización de la voluntad

Entonces, en primer término, si la acción es una manifestación de la personalidad que requiere la exteriorización de la voluntad⁴², resultaría posible entender ésta como un resultado y de tal forma afirmar que la sola acción es un resultado⁴³.

No obstante, si bien no es concebible la existencia de una acción relevante para el Derecho penal que no implique de alguna manera una modificación del mundo exterior⁴⁴, y de allí la razón por la que se exigía este tipo de resultado, también se critica su uso, pues no todas las consecuencias de la acción, entendidas genéricamente como resultado, son relevantes o bien llegan a tener la misma importancia para el Derecho. Por lo anterior, aún partidarios de tal definición, comprendiendo la amplitud de la misma distinguían entre resultado y efectos (o bien entre el resultado próximo y el remoto⁴⁵), afirmándose que "no debemos extender el concepto del resultado hasta identificarlo con los efectos, con todos los efectos del delito"⁴⁶, de allí que reservarán el término resultado para el efecto directo y estricto del acto humano.

Por otra parte, también se indicaba que si se parte de una acepción amplia del resultado, como la sola exteriorización de la voluntad que necesariamente implicaría una modificación del mundo exterior, se confunde acción y resultado, lo que no es correcto pues "la causación de un resultado no es la acción humana misma –el comportamiento activo o pasivo dependiente de la voluntad–, sino a lo sumo consecuencia suya"⁴⁷; por ello ha de entenderse al resultado como consecuencia de la acción, como luego se verá, y no a la acción como consecuencia de la exteriorización de la voluntad. A ello se agregaba que una definición como la mencionada es contradictoria con el lenguaje

vulgar⁴⁸, aún cuando se podría decir que más que contradictoria, pues como aquí se indica no es incorrecta, sería inusual, pues en la vida diaria, efectivamente, se repara más en el resultado como consecuencia de la acción.

Además, es evidente que considerar el resultado como la exteriorización de la voluntad vincula éste con la acción, específicamente se le relacionaría con la teoría causalista de la acción en su acepción clásica⁴⁹ y con ello se haría partícipe, esta definición de resultado, de las dificultades y críticas que a tal concepto de acción se le han formulado⁵⁰. De tal forma al considerarse la acción como manifestación de voluntad que produce un cambio en el mundo exterior⁵¹ y a éste cambio como el resultado; se presentarían dificultades en los delitos de omisión para demostrar la modificación causal del mundo exterior⁵² y además el entender la acción como modificación del mundo exterior (resultado) no dice nada sobre la trascendencia social de la misma⁵³.

En todo caso no puede pasarse por alto que unir la acción al resultado y por ende a la causalidad, además de innecesario, es problemático para la formación del concepto en sí, pues partiendo de que la acción debe suponer un requisito mínimo para la existencia de una acción delictiva⁵⁴ debería "examinarse la conducta en sí misma, como hemos visto, con independencia de su relación con otras circunstancias externas o internas"⁵⁵.

Por ello atendiendo a las anteriores objeciones la ubicación del resultado más allá de los límites de la acción, lejos de constituir un riesgo⁵⁶, es una posición que hoy día, como luego se verá, acoge la doctrina moderna al señalar el resultado como elemento de la parte objetiva del tipo de los delitos de resultado⁵⁷.

Además, a todas las réplicas que se le han hecho a la interpretación del resultado como la exteriorización de voluntad, ha de agregarse que, como ya se ha dicho, conforme a ésta posición todos los tipos penales tendrían un resultado y ello provocaría confusión en relación con la tradicional clasificación entre

delitos de resultado y de acción. Derivando de esta clasificación una serie de consecuencias para los delitos de resultado⁵⁸, mismas que no se aplican a los delitos considerados como de mera conducta; sin embargo, de aceptarse como resultado la exteriorización de la voluntad, o sea la acción, no podría discernirse la aplicación de las reglas de los delitos de resultado, pues todos lo serían, lo que no es aceptable⁵⁹.

De lo anterior resulta que la utilización del término resultado como la exteriorización de la conducta, si bien es posible dada la multiplicidad de contenidos que puede amparar el concepto⁶⁰, puede resultar confusa y sobre todo de escaso valor. Ello ha provocado que, poco a poco, se considere tal uso del vocablo como "superfluo e incluso perturbador"⁶¹; por lo que es preferible reservar el concepto de resultado para otros fines y, por ende la definición del resultado como exteriorización de la acción, no se considera como aceptable hoy día en el Derecho penal⁶².

2.2 Crítica del resultado como afectación del bien jurídico

En cuanto a la mención del resultado como la afectación del bien jurídico, es admisible que todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y por tanto ha de «resultar» tal consecuencia de la acción⁶³, incluso es posible encontrar aquí una relación de causalidad entre la acción y la afectación del bien jurídico, de donde también podría considerársele a este resultado como un efecto separable de la acción⁶⁴.

No obstante, partiendo como premisa de la distinción entre delitos de resultado y de pura actividad, nuevamente esta definición del resultado trae confusión, pues borraría tal distinción al establecer el resultado como algo común a todos los tipos penales, siendo indudable que la distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad resulta de importancia en el Derecho penal por las consecuencias que se le asocian. En tal sentido, OCTAVIO

DE TOLEDO/HUERTA indican la necesidad de distinguir la afectación del bien jurídico del resultado típico (separable de la acción), pues “entre estos dos «resultados» se da una notable diferencia: mientras todos los delitos, cualquiera que sea su forma de aparición y, dentro de ellas, cualquiera que sea la modalidad que adopte, ha de producir un resultado en el segundo de los sentidos apuntados (afección del bien jurídico), el resultado naturalístico sólo se da en los llamados, precisamente por ello, delitos de resultado”⁶⁵.

Por ello se ha dicho que la definición del resultado como la lesión o peligro para el bien jurídico “no sirve precisamente para definir ese hecho diferencial que luego plantea problemas de imputación cuando está presente –delitos de resultado- y que cuando está ausente –delitos de mera conducta- no se plantean”⁶⁶; lo que, según el autor citado, significa la confusión de dos categorías delictivas diferentes⁶⁷, por lo que “el resultado típico ha de distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido”⁶⁸.

Sin embargo, también se dice que cuando el tipo penal exige un suceso distinto de la acción, éste último resultado coincidiría con el resultado como afectación del bien jurídico, no pudiendo por ende definirse con independencia del bien jurídico y asimilándose ambos conceptos de resultado. Tal es la posición que sustenta LAURENZO COPELLO⁶⁹, quien define el resultado “como el efecto de la acción típica sobre el bien jurídico protegido, esto es, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico”⁷⁰, de donde se desprende, conforme esta posición, que la distinción entre delitos de resultado y de mera conducta no tendría razón de ser y únicamente “cabría plantear, más bien, un continuo basado en un criterio único: la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico”⁷¹.

No obstante, la anterior identificación de ambos conceptos de resultado, obliga a establecer una definición amplia de resultado, para poder ubicarlo en la mayoría de tipos penales y, aún así, indica la autora citada, debe aceptarse la existencia de delitos en los cuales no se encuentra un resultado y tampoco referencia

alguna a un desvalor de resultado, serían estos los delitos de peligro abstracto, “que rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho penal está legitimado para actuar”⁷².

Sin embargo, esa primera consecuencia de la asimilación de ambos conceptos de resultado, no es aceptable pues, como se dijo, la afectación del bien jurídico ha de concurrir en todos los hechos considerados delictivos y por ende también en los delitos de peligro abstracto. Ello es así por cuanto los delitos de peligro abstracto no son sino uno de los medios con los cuales el legislador pretende la protección de bienes jurídicos, por ello “los delitos de peligro abstracto, para adaptarse a los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico penal, especialmente a la exigencia de antijuridicidad material, han de ser la expresión de un peligro *real* para bienes jurídicos, lo que se traduce en la exigencia de la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, como atributo de la acción, siendo absolutamente irrelevante que *ex post* se produzca o no peligro concreto”⁷³.

Por otra parte, la posición criticada niega la existencia de resultados neutros para el bien jurídico, alegando que en los delitos de resultado el resultado típico marca el momento de total realización de lo ilícito (la consumación), frente a un momento anterior (la frustración) en el que todavía no está plenamente configurado el desvalor de resultado, por lo que “parece lógico que aquél guarde alguna relación con éste, es decir, que el resultado típico esté vinculado de algún modo al desvalor de resultado, a la perturbación del bien jurídico”⁷⁴.

Debe aceptarse que ciertamente es posible y necesario establecer una relación entre el resultado típico (como efecto separable de la acción) y la lesión del bien jurídico, ya que de ordinario en los delitos de resultado el primero “se muestra coincidente con el ataque al bien jurídico o, al menos, aparece inmediatamente correlativo a la emergencia de dicho ataque”⁷⁵. Sin embargo, no pueden identificarse ambos conceptos al no ser necesariamente coincidentes, como lo demuestra el hecho de que en la tentativa faltando el primero de ellos

(resultado típico) no por eso hay ausencia de la afectación al bien jurídico y por ello puede hablarse de un desvalor de resultado en la tentativa (junto con el desvalor de acción); con lo que tal circunstancia podría considerarse un argumento en contra de la equiparación del resultado típico y la afectación al bien jurídico como resultado⁷⁶.

Por ello, es opinión dominante considerar la existencia de resultados típicos que son neutrales para el bien jurídico, de tal forma si por lo general el resultado presenta ambas facetas (afectación al bien jurídico e independencia de la acción), también "en ocasiones el tipo requiere la producción de un determinado resultado material o formal de la acción que es en sí mismo distinto e independiente de la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico"⁷⁷; por ejemplo el caso de la imitación o expedición de moneda falsa (art. 386 CP), en que este resultado no implicaría lesión al bien jurídico hasta tanto produzca la utilización o puesta en circulación de la misma. En conclusión, no es asimilable la afectación al bien jurídico con el resultado como modificación del mundo exterior distinta de la acción.

Sin embargo, lo anterior no significa que ambos conceptos (afectación al bien jurídico y resultado típico) no se asocien, pues, como ya se adelantó, el desvalor de resultado "requiere en los tipos de resultado la causación de un resultado como consecuencia (distinta) de la acción, unido con ésta por una relación causal material y por una relación de imputación objetiva, y que dicho resultado sea jurídicamente disvalioso"⁷⁸.

También ambos conceptos, afectación del bien jurídico y resultado como efecto separable de la acción, se han asociado en el concepto de «objeto de la acción», que es el objeto del mundo real sobre el que recae la acción típica⁷⁹. Así entonces, contrario a la posición que considera a los bienes jurídicos valores ideales del orden social y por lo tanto no aprehensibles por el autor⁸⁰, otros entienden que el bien jurídico puede tener un sustrato material⁸¹ y de allí que en algunos casos puede coincidir la afectación al bien jurídico con el resultado como efecto

separable de la acción, tal como sucede en el homicidio; con lo que en tal caso el resultado (como efecto separable de la acción) sería "la transformación puramente exterior del substrato objetivo de un bien jurídico"⁸².

No obstante, siendo correcto lo anterior, no por ello podrían confundirse ambos conceptos de resultado, como perturbación del bien jurídico y como efecto separable de la acción, pues no se puede identificar el objeto de la acción con el bien jurídico. El bien jurídico nunca es sólo el substrato material, sino que ha de incluir la valoración jurídica, "es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción"⁸³; de tal forma habría de distinguirse, en el ejemplo del delito de homicidio, el objeto de la acción que, en general sería el cuerpo humano, del bien jurídico que es la vida.

2.3 Crítica del resultado como efecto separable de la acción

Queda por último considerar la definición del resultado como efecto separable de la acción⁸⁴ y que surge de ella. A su favor tiene esta definición que es la más aceptada y la "de mayor relevancia práctica, pues de él se hacen depender a menudo una serie de consecuencias de notable importancia en la interpretación y aplicación de la ley penal"⁸⁵.

Aunque en primer termino es necesario precisar dicha definición, pues si bien se distingue el resultado como efecto de la acción, también se ha dicho que "al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado"⁸⁶, de allí que el resultado que aquí interesa no sería cualquier modificación producida por la acción, sino la exigida por el tipo penal⁸⁷ y por tal razón parece adecuado denominarlo como resultado típico.

Lo anterior es precisamente consecuencia de la ubicación del resultado como un elemento de la parte objetiva del tipo de los delitos de resultado⁸⁸, ya que desde tal perspectiva

resultado será aquella modificación del mundo real exigida por el tipo para su consumación; por el contrario la teoría causalista, considerando el resultado parte de la acción, siempre distinguía entre la modificación exigida por el tipo de las causadas por la acción, pero únicamente "por razones de economía, antes del proceder al análisis de la problemática de una conducta y un resultado concretos, se acudirá a la ley penal para verificar si pueden o no tener trascendencia jurídica tales hechos y, solamente en caso afirmativo, se procederá al estudio particularizado y autónomo de la acción, como mera conducta o como conducta en relación causal con un resultado"⁸⁹.

Ahora bien, luego de indicar que el resultado típico es el efecto que surge de la acción y separable de ella, cabe precisar aún más dicho término, ya sea ampliándolo o restringiéndolo, indicando en cuáles hechos se encuentra un resultado de éste tipo.

En tal sentido podría considerarse el resultado únicamente como el efecto de la conducta sobre el objeto de la acción. Sin embargo, ello no sería correcto, pues "también en los hechos punibles sin objeto del hecho se da un resultado que puede separarse de la acción prohibida considerada en sí misma, pero no está necesariamente ligado con ella"⁹⁰, por lo que no es aceptable definir el resultado de tal forma; de allí que tampoco es admisible especificar los delitos de resultado como aquellos en los que los "bienes jurídicos «materiales» o «tangibles» pueden ser destruidos, menoscabados o puestos en peligro, cosa que no sucede con los bienes jurídicos «inmateriales»"⁹¹.

Desde otra perspectiva, en sentido estricto la modificación del mundo exterior que implica el resultado podría conceptuarse como un cambio perceptible por los sentidos; de tal forma RODRÍGUEZ RAMOS define el resultado como "una modificación del mundo exterior prevista en un tipo delictivo, verificable por los sentidos mediata o inmediatamente (con ayuda de técnica o instrumentos -análisis, microscopio, etc.- o sin tal ayuda), conexa con una conducta humana pero distinta de ella

en las coordenadas de espacio y tiempo"⁹²; o bien, puede considerarse que la modificación del mundo exterior puede ser perceptible tanto sensorial como intelectualmente; en el anterior sentido, LUZÓN PEÑA indica, refiriéndose a los delitos de resultado, que se requiere "un resultado material o formal, es decir, un cambio de la situación del mundo real, sensorial o intelectualmente perceptible y distinto de la propia acción"⁹³.

De lo anterior resulta que la modificación del mundo exterior, en que consiste el resultado, puede restringirse a lo apreciable por los sentidos (tal sería el caso del homicidio) o bien ampliarse agregándose a la anterior la percepción intelectual (como en las injurias).

Es preferible un concepto amplio de resultado típico, pues limitar el concepto a lo apreciable mediante los sentidos no parece correcto, en primer término por su conexión al criticado concepto causalista clásico de la acción como modificación del mundo exterior, por otra parte, como antes se indico, el concepto de resultado que interesa es el de resultado típico, en tal sentido, como concepto normativo, radica más en el entendimiento que en la percepción, y por último al establecer el vínculo del resultado con la acción, como luego se verá, no se parte únicamente de una relación causal (de naturaleza predominantemente empírica) sino que también importa la relevancia jurídica del mismo.

2.4 El concepto de resultado

Así entonces, el término de resultado, o propiamente resultado típico, debe utilizarse para designar una modificación del mundo exterior, perceptible tanto sensorial como intelectualmente⁹⁴, exigida por el tipo penal como consecuencia de la acción y distinguible de ésta. No obstante también es posible emplear el término resultado para designar la lesión o peligro para el bien jurídico, en atención a la importancia que ésta reviste para la teoría del delito, pero indicándolo específicamente como «resultado jurídico» para distinguirlo del

«resultado típico»⁹⁵; en cuanto al resultado como exteriorización de la voluntad, su uso es de escasa utilidad y por el contrario añade confusión.

En conclusión, el resultado típico, según arriba se ha definido, estaría vinculado en la mayoría de los casos, salvo las excepciones señaladas de resultados neutros para el bien jurídico, con la lesión o peligro para el bien jurídico; sin embargo ello no significa que en sentido inverso la lesión o peligro para el bien jurídico constituyan un resultado típico, pues podrían no ser exigidos como consecuencias independientes de la acción. De tal manera, en la mayoría de tipos penales el resultado y la afectación del bien jurídico se encontrarían asociados, como en las lesiones y el hurto (arts. 125 y 208 CP), excepcionalmente en otros el resultado y la afectación del bien jurídico estarían separados como en la introducción de droga a determinados sitios⁹⁶ (art. 77.b Ley 8204) y por último en muchos otros delitos la lesión o peligro para el bien jurídico no constituyen una consecuencia independiente de la acción, como la violación de domicilio (art. 204 CP).

BIBLIOGRAFIA

- ANTÓN ONECA**, José: *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- BACIGALUPO ZAPATER**, Enrique: *Principios de Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ**, Juan Manuel: *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.
- CORCOY BIDASOLO**, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CREUS**, Carlos: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- CURY URZUA**, Enrique: *Derecho penal, parte general*; tomo I, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.
- GÓMEZ BENITEZ**, José Manuel: *Teoría jurídica del delito: Derecho penal, Parte general*, ed. 1º, reimpresión, Madrid, Civitas, 1988.
- GUALLART Y DE VIALA**, Alfonso: *La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español*, en «Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca», Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 261-284.
- HERZBERG**, Rolf Dietrich: *Reflexiones acerca del concepto jurídico de acción y de la negación del delito «pretípica»*, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Dir.), «Cuestiones actuales de la teoría del delito», traducción de la Prof. Dra. Teresa Rodríguez Montañés, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 21-39.
- JAKOBS**, Günther: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Pons, Madrid, 1997.
—*Estudios de Derecho penal*, traducción de Peñaranda Ramos, E./Suárez González, C./Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHECK**, Hans-Heinrich: *Tratado Derecho Penal Parte General*, traducción de la 4ª ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA**, Luis: *Tratado de Derecho Penal, tomo III*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963.
—*Tratado de Derecho Penal, tomo II*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ HUERTA**, Mariano: *Derecho penal mexicano*, tomo I, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
- LAURENZO COPELLO**, Patricia: *El resultado en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- von **LIZT**, Franz: *Tratado de Derecho penal*, tomo II, 3ª ed., traducción de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1917.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Alcance y función del Derecho penal*, en ADPCP, 1989, pp. 5-53.

—Voz: *Desvalor de la acción y del resultado*, en EJB, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2466-2469.

—Voz: *Resultado*, en EJB, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2466-2469.

—Curso de Derecho penal Parte general, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, vol. I°, traducción de José Ortega Torres, Temis, Bogota, 1971.

MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligros y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense, Madrid, 1993.

MEZGER, Edmundo: *Derecho penal, Libro de estudio, Parte general*, traducción de Conrado A. Finzi, Din, Buenos Aires, 1989.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998.

MORENO-TORRES, María Rosa: *Tentativa de delito y delito irreal*, tirant lo blanch, Valencia, 1999.

MUÑOZ CONDE, Fco./ **GARCÍA ARÁN**, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, pp. 5-27.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / **HUERTA TOCILDO**, Susana: *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Rafael Castellanos (editor), Madrid, 1986.

OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Pons, Madrid, 1989.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1974.

RODRÍGUEZ DEVESA, José M./ **SERRANO GÓMEZ**, Alfonso: *Derecho penal español, Parte general*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 1978.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *El "resultado" en la teoría jurídica del delito*, en CPC, 1977, pp. 49-62.

—Compendio de Derecho Penal, Parte General, 4ª ed. Madrid, Trivum, 1988.

ROXIN, Claus: *Derecho penal, Parte general*, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

—¿*Tiene futuro del Derecho penal?*, en RPJ, 1998-49, pp. 273-392.

SAINZ CANTERO, José A.: *Lecciones de Derecho penal Parte general*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

STRATENWERTH, Günter: *Derecho Penal, Parte General*, traducción de la 2ª ed. alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal Parte General*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

- 1 En tal sentido señalan OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *DP PG*, 2ª ed., 1986, p. 72, que “es usual en doctrina el empleo ambivalente del término «resultado». Lo que no deja de producir ciertas confusiones, que conviene intentar despejar desde el principio”.
- 2 ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p.185.
- 3 MAGGIORE, *DP*, vol. Iº, 1971, p. 309. El concepto causalista de acción se puede definir, en general, como conducta voluntaria externa o manifestación de voluntad al exterior, cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 248.
- 4 MAGGIORE, *DP*, vol. Iº, 1971, p. 321. En igual sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 250, comentando el concepto causal de la acción, indica: “la parte externa de la propia acción en sentido estricto es considerada como resultado causado por la voluntad”.
- 5 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado-II*, 2ª ed., 1963, p. 335; en igual sentido von LISZT, *Tratado-II*, 3ª ed., 1917, p. 300, manifiesta: “El concepto del acto exige, pues, la aparición de un CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sea en su vida psíquica) o en las cosas. Nosotros llamamos RESULTADO a este cambio, perceptible por los sentidos” (mayúscula del original). También, en igual sentido, cfr. OLESA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, 1971, p. 36.
- 6 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado- II*, 4ª ed., 1963, p. 340.
- 7 Así ROXIN, *PG*, 1997, p. 237; refiriéndose al concepto causal de acción.
- 8 Sobre el tema cfr. MAGGIORE, *DP*, 1971, vol. Iº, pp. 362-374. Según JAKOBS, *PG*, 1997, p. 853, el ámbito interno de la personalidad no se restringe a los pensamientos y actitudes internas, sino que como ciudadano, pertenecen a su ámbito interno la propiedad, la morada, los contactos sociales consentidos, etc., de allí que “el control de lo que ocurre en ese ámbito interno destruiría la persona-ciudadano, pues sin un ámbito privado el ciudadano ni siquiera existe”.
- 9 ROXIN, *PG*, 1997, p. 234.
- 10 En tal sentido, entre otros: RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1978, pp. 50-51; MEZGER, *Libro*, 1989, p. 86; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 40; ROXIN, *PG*, 1997, pp. 176-189.
- 11 JAKOBS, *PG*, 1997, p. 205.
- 12 Crítico sobre el tema: HERZBERG, en: LUZÓN/MIR (eds.), «Cuestiones actuales de la teoría del delito», 1999, p. 27, reflexiona sobre sí la exigencia de un comportamiento manifestado al exterior excluye los hechos de la vida espiritual y considera la afirmación de “que no se puede cometer un delito de este modo bajo ninguna circunstancia es, sin embargo, una conclusión inductiva problemática. Se basa sólo en que, hasta ahora, no ha aparecido ningún caso para el que la regla establecida y el juicio de valor que la legítima no hayan convencido”.
- 13 Von LISZT, *Tratado- II*, 3ª ed., 1917, p. 300.
- 14 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado- III*, 4ª ed., 1963, p. 335.
- 15 Sin embargo, señala LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 252, hoy día “no todos los partidarios del concepto «causal» siguen considerando el resultado y la relación causal como integrantes de la propia acción, sino que un sector entiende que tales elementos son ajenos a la propia acción, pues ésta puede darse aunque no cause un resultado distinto de la misma, por lo que en su caso se examinan como requisitos del tipo en los delitos de resultado”.
- 16 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado-II*, 4ª ed., 1963, p. 334. También: MEZGER, *Libro*, 1989, p. 88; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 497.
- 17 LAURENZO, *El resultado*, 1992, pp. 17-18; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 370, comenta: “también se maneja a veces el resultado en el sentido de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Este concepto, según el cual todo delito tiene un resultado, carece de aplicaciones técnicas en la teoría de la acción”.
- 18 LUZÓN PEÑA, *Voz: Resultado*, en EJB-II, 1995, p. 5973. Así lo indica GUALLART, en «Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca», 1982, p. 264, para quien es necesaria “la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico, que podemos calificar de resultado”.
- 19 MIR PUIG, *DP PG*, 5ª ed., 1998, p. 91.
- 20 Así entre otros: von LISZT, *Tratado-II*, 3ª ed., 1917, p. 7; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 76; QUINTERO, *PG*, 2ª ed., 1989, p. 60; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 41; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 6; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., 1994, p. 99; LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 323; ROXIN, *PG*, 1997, pp. 51-71; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 65.

- 21 En tal sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional, sentencia n° 525-93 de las 14:24 hrs. del 3 de febrero de 1993, indicando: "Al disponerse constitucionalmente que «las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley» -artículo 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión «encaje» abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudiquen a tercero".
- 22 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: «Estudios Penales y Jurídicos», 1996, p. 249. En igual sentido MIR PUIG, EPCrim, XIV, 1991, p. 215: "El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales es sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho".
- 23 RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 41.
- 24 Como se ha indicado, es necesario el concepto de bien jurídico, como límite para el legislador, en tal sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, PJ-28, 1992, p. 8, indica: "Fundamentalmente se insiste en la función crítica del bien jurídico frente al legislador, esto es, como límite al *ius puniendi* del Estado"; también ALVAREZ GARCIA, CPC, 1991, p. 17, manifiesta: "la afirmación de que el delito es disfuncional, desde cierta perspectiva, para el sistema no nos proporciona criterios para establecer los límites del legislador en la elección de las sanciones penales frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma: resulta necesario diferenciar entre lo «aconsejable» por lo que a la extensión de la criminalización se refiere, y la existencia de auténticos límites al *ius puniendi*; es decir, de fronteras que el legislador no puede traspasar so pena de ser considerada inconstitucional su actuación".
- 25 En tal sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP, 1990, p. 19, señala: "Ahora bien, como ya hemos indicado, la limitación del poder punitivo estatal que implica la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no se manifiesta tan sólo (con los perfiles hasta aquí resumidos) en la elaboración de la ley penal. También ha de reflejarse en las posteriores tareas de interpretación y aplicación de esa ley".
- 26 Así LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, pp. 328-329, ya antes en ADPCP, 1989, p. 32. En igual sentido JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, pp. 233-234 indica que "el bien jurídico es el concepto central del tipo, conforme al cual han de determinarse todos los elementos objetivos y subjetivos" (p. 233) por lo que constituye un instrumento de interpretación, agregando que es "el decisivo criterio de clasificación para la agrupación de los tipos" (p. 234) y que permite distinguir los bienes jurídicos personalísimos de los bienes jurídicos de la colectividad, distinción de importancia, entre otras cuestiones para la admisibilidad de la legítima defensa o el consentimiento, y por último también permite determinar quién es el «lesionado» lo que es de importancia en el ámbito procesal.
- 27 ROXIN, *PG*, 1997, p. 558: "Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal". Puede agregarse además que "ha de comprobarse que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto indiciario no está cubierta por ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica", LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 323.
- 28 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 324. En igual sentido, ROXIN, *PG*, 1997, p. 558, considera que una acción "es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales".
- 29 OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 77. OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP, 1990, p. 20, indican: "Tienen que determinar además un elemento del tipo directamente vinculado con el bien jurídico y con la forma de expresión de la conducta que se conmina al objeto de mantener la incolumidad de dicho bien. Tal elemento es el resultado típico entendido como ataque al bien jurídico. Un resultado que, a diferencia del naturalístico (exigido sólo por los llamados «tipos de resultado»), es elemento objetivo de todos los tipos delictivos legalmente previstos. Resultado que la ley diseña como lesión o como puesta efectiva o potencial en peligro del bien jurídico en cuestión". En el mismo sentido PUIG PEÑA, *DP PG*, 7ª ed., 1988, p. 168, indica: "creemos que toda acción delictiva provoca un resultado, incluso en los de omisión pura y los de puro riesgo. Todo delito lesiona un bien jurídico, incluso los de simple actividad no trascendida a resultado material, como ocurre en los delitos contra valores espirituales o morales".

- 30 Idea entendida en la doctrina italiana en donde se parte de en la acción siempre habrá algún resultado, sino de daño, de peligro; jurídico, sino físico; cfr. por todos: MAGGIORE, *DP*, vol. I°, 1971, p. 321. No obstante, dentro de la misma doctrina italiana, también se encuentran críticas a la anterior posición por parte de quienes partían de una concepción natural de la acción, en tal sentido RANIERI, *Manual de DP PG*, t. I, 1974, p. 311, indicaba que “si, dentro de la teoría del delito, se le da a la conducta una consideración natural, el rigor del método exige que también el resultado con el cual la conducta está en relación antitética, reciba un tratamiento igual”, por ello se sostenía que no resultaba adecuado considerar el resultado como lesión jurídica o de un derecho subjetivo.
- 31 JAKOBS, *PG*, 1997, p. 52; cfr. también STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, pp. 3-4.
- 32 JAKOBS, *PG*, 1997, p. 53. En igual sentido manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 327, que “no todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley”; por su parte BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 20, niega que el Derecho penal se limite a la protección de bienes jurídicos y considera que “las normas son el objeto de protección de las normas penales”.
- 33 JAKOBS, *PG*, 1997, p. 56.
- 34 JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 65-57.
- 35 JAKOBS, *PG*, 1997, p. 57.
- 36 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 104.
- 37 STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 79.
- 38 RANIERI, *Manual DP*, p. 311.
- 39 Al hablar de cambio debe tenerse presente que se trata del mundo exterior del sujeto agente. Por ello JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado- II*, 4ª ed., 1964, p. 340, indica “que si ese mundo psíquico es de otra persona, también puede afirmarse que hay cambio en el mundo exterior”.
- 40 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 348; del mismo, *Voz: Resultado*, en *EJB-II*, 1995, p. 5973.
- 41 En tal sentido, la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Voz: resultado*, Diccionario de la Lengua española, en donde se define como “efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación”.
- 42 Así, LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 272.
- 43 En tal sentido, MIR PUIG, *DP PG*, 5ª ed., 1998, p. 139, indica que “en la medida en que también la conducta típica ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta)”; cfr. del mismo autor: *ADPCP*, 1994, pp. 11-12.
- 44 En tal sentido von LISZT, *Tratado-II*, 3ª ed., 1917, p. 300, señala: “El concepto del acto exige, pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior (aunque sólo sea pasajero)”; de manera similar, VELÁSQUEZ, *DP PG*, 2ª ed., 1995, p. 343.
- 45 Así, von LISZT, *Tratado- II*, 3ª ed., 1917, p. 300.
- 46 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado-III*, 4ª ed., 1963, p. 341.
- 47 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 248. En igual sentido señala MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 257: “Existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción manifestada misma como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación”.
- 48 ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p.185.
- 49 Así LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 250 y 348.
- 50 En tal sentido, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 162, manifiesta que “precisamente este carácter no comprometedor del concepto de acción es el motivo de su difusión: No prejuzga casi nada”; el mismo autor, *Estudios*, 1997, p. 109, agrega: “El acto voluntario de contenido indiferente de los causalistas recorta la anticipación existente en la conciencia y por ello no alcanza la cualidad propia del comportamiento humano”. En igual sentido, críticos sobre este concepto de acción pueden verse: STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 52; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, pp. 27-28; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 198; LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 251; ROXIN, *PG*, 1997, p. 238-239; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, pp. 244-245.
- 51 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado- II*, 4ª ed., 1964, p. 331.
- 52 ROXIN, *PG*, 1997, p. 238.
- 53 En tal sentido JAKOBS, *PJ-49*, 1998, p. 41: “El significado de una conducta es su posición en el contexto social”.
- 54 Cfr. entre muchos otros, STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 59-60, quien indica: “La discusión en

torno al concepto de acción, ha perdido, por lo tanto, mucho de su significado originario. Actualmente las diferencias de opinión se limitan en lo esencial a la cuestión de si y en qué medida el concepto de acción establece el objeto de la valoración jurídica, es decir, si este concepto decide de que manera se delimitan en particular la acción prohibida o mandada, el comportamiento doloso y el culposo"; también LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 247, quien manifiesta "la acción tiene un papel relativamente modesto, y no el fundamental que le han asignado algunas teorías"; BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 166, "el concepto de acción tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal".

55 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 273.

56 Tal como lo considera RODRÍGUEZ RAMOS, *CPC*, 1977, p. 52.

57 LUZÓN PEÑA. *Voz: Resultado*, en *EJB-II*, 1995, p. 5974.

58 Así sucede con la «relación de causalidad», la cual tiene importancia en los tipos que exigen un resultado y que por tanto requieren establecer una relación entre este último y una conducta humana; en tal sentido, entre otros, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., 1994, p. 239; LUZÓN PEÑA *Voz: Causalidad*, en *EJB-I*, 1995, p. 976; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 370. También en cuanto a la omisión es importante el resultado, en tal sentido LAURENZO, *El resultado*, 1992, pp. 25-26, considera que "si se interpreta un tipo de la Parte Especial como de «resultado», quedará abierto el camino para el posible castigo de un comportamiento omisivo al que sea objetivamente imputable el efecto típico separable de la acción, mientras que si, por el contrario, se califica un delito como de «simple actividad», con ello se cerrarán de antemano las puertas a la intervención penal en caso de omisión, sin que quepa investigar si ésta podría equivaler a la acción prevista en la ley penal". Además "en el delito imprudente sólo se castiga la acción imprudente si produce un resultado lesivo", MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 258. También en las formas imperfectas de ejecución se le considera al resultado de importancia, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 370. La clasificación como delito de resultado también tiene importancia en relación con el tiempo y lugar del delito; sobre el particular cfr. MIR PUIG, *DP PG*, 5ª ed., 1998, pp. 200-203.

59 STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 77: "Asimismo, hablar de un "resultado" típico en los delitos de actividad, que consistiría en la mera ejecución de la acción prohibida, sin necesidad de que se den otras circunstancias fundamentadoras de lo ilícito es, en realidad, confuso y hasta inadmisibles". Sin embargo, éste concepto amplio de resultado se utiliza para situaciones en las que, pese a no apreciarse un suceso distinto de la acción, se pretende fundar ciertas consecuencias que se asocian al resultado, como en sería indicar la posibilidad de comisión por omisión, en tal sentido LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 128.

60 Así RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 370, indica: "la palabra resultado es multívoca",
61 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 19; en igual sentido ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p.185. También RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, p. 370, critica la acepción que equipara el resultado a la realización típica externa, pues confunde el resultado con el tipo delictivo; y agrega que "su utilidad, por lo demás puramente teórica, reside únicamente en el mantenimiento de la concepción, que reputo equivocada de que en todo delito hay una relación de causalidad entre la voluntad, como causa, y su exteriorización como efecto. Esta teoría carece de apoyo en el derecho positivo y es particularmente indefendible en los delitos de omisión cometidos por culpa inconsciente (delitos por olvido)".

62 Entre otros: RODRÍGUEZ RAMOS, *CPC*, 1977, p. 50: "una cosa es el resultado como elemento de la acción y otra muy distinta el delito como resultado global, como efecto total". JIMÉNEZ HUERTA, *DP mexicano*, t. I, 4ª ed., 1983, p.170: "La acción u omisión y el resultado constituyen dos momentos netamente distintos en la realización de la infracción".

63 Von LISZT, *Tratado-II*, 3ª ed., 1917, p. 301: "El peligro es también, en sí mismo, un resultado; un estado del mundo exterior".

64 Así, LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 143, indica que "si se incorpora la idea de causalidad en relación a la perturbación del «substrato» del bien jurídico, parece que ya no es posible negar algún tipo de separación, aunque sea imperceptible, entre la acción y su efecto, porque causa y efecto no puede consistir en un mismo fenómeno".

65 OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 73. Cfr. también CURY URZUA, *DP PG*, t. I, 2ª ed., 1988, p. 239.

66 RODRIGUEZ RAMOS, *Compendio*, 4ª ed., 1988, p. 163.

- 67 Así RODRÍGUEZ RAMOS, CPC, 1977, p. 51, indica que la concepción jurídica del resultado es descartable “al tener como consecuencia la extensión disfuncional del concepto de resultado, confundiendo dos categorías delictivas diferentes (las que plantean problemas causales respecto a un efecto natural y las que carecen de dicha problemática), al situar el tema en el ámbito de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ámbito perteneciente al momento valorativo y posterior del injusto”.
- 68 JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 238. También, JIMÉNEZ HUERTA, *DP mexicano*, t. I, 4ª ed., 1983, p. 172: “no se debe, bajo el común denominador de una noción de valor, cual es aquella de la lesión del derecho, disolver una diferencia que está en la realidad”.
- 69 Según reconoce su misma autora, *El resultado*, 1992, p. 104, se trata de una posición minoritaria, pues “sin duda la opinión mayoritaria se inclina por definir el resultado estructural simplemente como el efecto separable de la acción, sin establecer una referencia necesaria con el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo³ penal”.
- 70 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 165.
- 71 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 182.
- 72 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 181. En tal igual sentido MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligros y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 162, manifiesta que “los delitos de peligro abstracto no tendrían espacio en la protección de bienes jurídicos individuales respecto de los que es relativamente sencilla la determinación de un resultado peligroso; pero tampoco respecto de los bienes jurídicos colectivos ya que las razones alegadas para su revalorización —especialmente la creencia de que en nuestras sociedades el legislador no puede prescindir de esta forma de anticipación de la tutela— no pueden ser suficientes para obviar los problemas dogmáticos y la violación de los principios garantistas que son la base de un Derecho penal democrático”.
- 73 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 338. También CREUS *DP PG*, 2ª ed., 1990, p. 192, señala que en los delitos de peligro el legislador sanciona conductas que según los datos de la experiencia “son peligrosas para el bien jurídico, manteniendo su punibilidad aunque en el caso concreto dicho bien no haya corrido un peligro efectivo”; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, pp. 238-239: “La ausencia de toda posibilidad de puesta concreta en peligro puede servir, sin embargo, para prescindir de la punibilidad si la concurrencia del peligro para los objetos de protección conforme al tipo (v.g. la vida humana en el § 306, núm. 2) resulta excluida de modo absoluto”.
- 74 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 161.
- 75 OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 73. Además, esta relación también se muestra en que “generalmente los delitos de peligro abstracto suelen configurarse como de pura conducta, y los de peligro concreto como de resultado, porque la especificación y explicitación del peligro en el tipo suele exigir la presencia de un efecto en la figura delictiva”, RODRÍGUEZ RAMÓS, CPC, 1977, p. 62.
- 76 A pesar de ello, tampoco quienes, como MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, p. 177, excluyen el desvalor del resultado del injusto, encuentran necesario asimilar ambos conceptos (desvalor de resultado y resultado) partiendo de la necesidad de tal distinción pues “la negación del papel constitutivo del ilícito del desvalor de resultado no significa que no se le otorgue otro papel sistemático de relevancia”.
- 77 LUZÓN PEÑA, *Voz: Resultado*, en EJB-II, 1995, p. 5974; en el mismo sentido RODRÍGUEZ RAMÓS, CPC, 1977, p. 62, indica que “el peligro no es siempre una entidad conexas a la conducta o al resultado, pues puede consistir en una circunstancia presente o no en el núcleo típico”; también CREUS, *DP PG*, 2ª ed., 1990, p. 193, indica que si bien “a veces el objeto material coincide con el bien jurídico, en el sentido de que es la cosa la que representa por sí misma al bien jurídico..., pero tales coincidencias no se dan siempre; es más, en un elevado número de casos ellas no se registran en los tipos penales”.
- 78 LUZÓN PEÑA, *Voz: Desvalor de la acción y del resultado*, en EJB-II, 1995, p. 2466.
- 79 JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 234; MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, p. 180; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 297.
- 80 Así: JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 234.
- 81 Así LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 328; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 296.
- 82 STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 78.
- 83 ROXIN, *PG*, 1997, p. 63. En igual sentido, entre otros, STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 78; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, 1988, p. 167; LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 328; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 297.

- 84 JIMÉNEZ HUERTA, *DP mexicano*, t. I, 4ª ed., 1983, p. 176: "Por ser el resultado un efecto natural del comportamiento humano, debe necesariamente verificarse sucesivamente a aquél".
- 85 LAURENZO, *El resultado*, 1992, p. 20.
- 86 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 257.
- 87 En tal sentido, entre otros: MAGGIORI, *DP* vol. Iº, 1971, p. 359; OLESA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal el Código español vigente*, 1971, p. 36; JIMÉNEZ HUERTA, *DP mexicano*, t. I, 4ª ed., 1983, p. 174; MEZGER, *Libro*, 1989, p. 104; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 497.
- 88 Así entre otros: OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 74; LUZÓN PEÑA, *Voz: Resultado*, en EJB-IV, 1995, p. 5974.
- 89 RODRÍGUEZ RAMÓS, *CPC*, 1977, p. 53.
- 90 STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 79.
- 91 QUINTERO, *PG*, 2ª ed., 1989, p. 324. Así también GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, 1988, p. 167, indica: "los delitos o tipos de resultado son aquellos que exigen para su consumación bien una lesión o bien una puesta en peligro concreto del objeto de la acción, diferenciada de la propia acción realizada".
- 92 RODRIGUEZ RAMOS, *Compendio*, 4ª ed., 1988, p. 164.
- 93 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 349; del mismo, cfr. *Voz: Resultado*, en EJB-IV, 1995, p. 5974. También, MEZGER, *Libro*, 1989, p. 104, señala que el resultado se presenta "en primer lugar, en el mundo material, pero pueden manifestarse también en la vida psíquica de las personas"; en igual sentido VELÁSQUEZ, *DP PG*, 2ª ed., 1995, p. 343.
- 94 Así, por ej., CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, p. 131, señala: "el peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo pero no es un resultado aprensible por los sentidos".
- 95 BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., 1994, p. 310, distingue un «resultado» que interesa a la tipicidad de un «resultado» valorativo, que interesa a la antijuricidad, que corresponderían a los aquí reseñados.
- 96 En tales casos de previo a la «introducción» como resultado existe ya peligro para el bien jurídico por la posesión o transporte con fines de tráfico. También se menciona la posesión de droga para traficar, en tal sentido LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 349, señala: "la posesión de droga para traficar, requiere el resultado de la disponibilidad libre y pacífica de la droga por el sujeto y sin embargo tal resultado aún no implica lesión ni peligro concreto y próximo para el bien jurídico salud pública ni para los bienes conexos de la libertad y salud e integridad de los concretos consumidores".

PODER PSQUIÁTRICO E INIMPUTABILIDAD: APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL EXPANSIONISMO PSQUIÁTRICO EN COSTA RICA

Norberto E. Garay Boza*

Resumen

El poder psiquiátrico, manifestado en la historia asilar de Costa Rica, se ha expandido desde la creación del Asilo Nacional de Insanos en 1890, su principal estrategia ha sido la de ejercer la disciplina. En la actualidad, por medio del proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario, se ha promovido la construcción de un nuevo poder, el poder psiquiátrico penitenciario, para ello se ha movilizado toda una red histórica de instrumentos y discursos ideológicos que han sentado su posibilidad epistémica y práctica.

Palabras claves

Poder psiquiátrico, poder disciplinario, poder penitenciario, ideología, discurso, locura, inimputabilidad, expansionismo, invasión y episteme.

*¿cómo pueden hombres que han sido objeto de una dominación efectiva y productiva crear por sí mismos las condiciones de la libertad?*¹

Introducción

La psiquiatría en Costa Rica, posee una historia asilar propiamente dicha que inició a finales del siglo XIX, siendo que desde su instauración se ha expandido por múltiples medios y factores. Desde entonces, los asilos han ampliado su infraestructura y dominios, aunado a los criterios diagnósticos a nivel internacional que han favorecido a un mayor alcance del poder psiquiátrico. La tendencia asilar, se ha expandido erigiendo diversos discursos legitimadores, siendo que en la actualidad se pretende crear

un nuevo nosocomio psiquiátrico, el Centro Psiquiátrico Penitenciario², no obstante, el discurso que ha promovido la creación de este hospital, posee una serie de características que le hacen único en la historia psiquiátrico-asilar costarricense, planteando esto una serie de interrogantes, tales como ¿en qué se diferencia este discurso de los discursos legitimadores que sirvieron de base para la creación de nosocomios psiquiátricos previos? ¿El discurso de legitimación actual que pretende la creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario es una muestra de la expansión del poder psiquiátrico? De ser así, ¿cuáles serían las implicaciones de esta expansión?

Estas interrogantes motivan este texto, siendo que para darles respuesta, primero se realizará una aproximación conceptual al tema del poder psiquiátrico y su expansión, luego un análisis histórico-discursivo de la legitimación asilar del poder psiquiátrico en Costa Rica y; por último, algo que podría ser denominado como las implicaciones actuales del discurso que pretende crear el Centro Psiquiátrico Penitenciario en nuestro país.

I. El poder psiquiátrico: una aproximación histórico-conceptual a su naturaleza y carácter expansionista.

Antide Collas, quien fue denunciado por tener dos sexos –hermafroditismo-, vivía en Dole, fue examinado por médicos, quienes indicaron que sí tenía dos sexos y la única explicación posible que encontraron para ello era que había tenido relaciones con Satán, sumándose así un segundo sexo primitivo. Con tal de que confesara su relación con el Diabolo, fue sometido a tortura, y –como era de esperarse-

confesó tal relación. La consecuencia histórica de tal confesión, es obvia, fue quemado vivo en 1599.³

El caso de Collas; respecto a los médicos que “diagnosticaron” como causa de su doble sexo el haber tenido relaciones sexuales con Satanás, ilustra la necesidad que tiene el ser humano de entender su medio, los fenómenos que se desarrollan en él, las relaciones que suscitan y su desarrollo mismo, sobre las personas pesa la condena del entendimiento, en su búsqueda juegan intereses, accidentes, poderes, entre otros, la dinámica por la averiguación del conocimiento, no se erige por lo que ingenuamente podría considerarse como la verdad, sino que se ve atravesada por el poder de definir, ese poder atraviesa todo aquello que conocemos.

El poder, instrumento y fin en sí mismo, es aquí considerado como suprasubjetivo, es decir, algo que está por encima de los sujetos, en este sentido, cuando se considera que existe alguna persona que utiliza el poder, la lectura adecuada debe ser que este individuo es un instrumento al servicio del poder, es manejado por éste. Así, el *...poder no pertenece ni a una persona ni, por lo demás, a un grupo; sólo hay poder porque hay dispersión, relevos, redes, apoyos recíprocos, diferencias de potencial, desfases, etc.*⁴ Somos sujetos del poder.

No hay experiencia humana, por más elemental que sea, en la que no exista una relación de poder, una de éstas es la que hay entre el médico y el paciente, siendo de nuestro interés la desarrollada en el quehacer psiquiátrico. Foucault, define al poder psiquiátrico como *...el complemento de poder en virtud del cual lo real se impuso a la locura en nombre de una verdad poseída de una vez por todas por ese poder con el nombre de ciencia médica, psiquiatría.*⁵

El poder psiquiátrico, comparte con los demás ejercicios del poder sus características medulares, en el tanto no puede considerarse que pertenece a la figura del psiquiatra, pues inclusive éste es solo un instrumento más, tampoco pertenece al asilo, pese a ser éste; su

infraestructura, esencial para ejercer el poder mismo.

El poder psiquiátrico, entendido como subsistema, está por encima de aquellos que presuntamente le ejercen. Se vale de toda una red de sujetos, de instituciones, de discursos... que en conjunto le sostienen y expanden. El discurso de legitimación del poder psiquiátrico, ha empleado la existencia del enfermo mental y la necesidad de su reclusión, colaborando con ello a la perpetuación de *...la existencia inhumana de la pirámide social: los seres marginales y los pobres, los sin empleo y los inempleables, las razas de color perseguidas, los internados en prisiones e instituciones para enfermos mentales.*⁶ El discurso psiquiátrico, se ha construido ideológicamente, no en el sentido marxista, sino althusseriano, en el tanto el tema de la falsedad o verdad de los enunciados de justificación discursiva ha perdido vigencia, siendo lo relevante el que las

*...imágenes, los conceptos y las representaciones que se imponen a los hombres conforman un “sistema de creencias” que no pasa necesariamente por la conciencia. Los hombres no “conocen” su ideología sino que la “viven”. Ésta, por decirlo así, permanece siempre a sus espaldas (como la *Unheimswelt* de Husserl) y se constituye en la condición de posibilidad de toda acción práctica. Las ideologías son “objetos culturales” que actúan realmente sobre los hombres mediante un proceso que se les escapa (La revolución 193).*⁷

En la actualidad, la locura no suele ser negada, por el contrario, existe la creencia de la realidad de la locura y de la necesidad asilar, cada vez los movimientos antipsiquiátricos son menos, por ende, son menos frecuentes las críticas al poder psiquiátrico, a su carácter instaurado en la mentalidad de las personas por medio de la labor ideológica de su discurso. Los movimientos que han pretendido criticar a la empresa psiquiátrica, han sido disueltos, tal y como suele pasar con las críticas realizadas desde la minoría sin poder, o al menos, sin el poder necesario.⁸

La labor de higiene pública del poder psiquiátrico, posee vigencia, las justificaciones de la labor psiquiátrica no son las de erradicación de la locura como patología, sino las de la supresión de sus síntomas, sea por medio de la medicación o por medio de la anulación social del sujeto al recluirlo indefinidamente en el asilo psiquiátrico.

La psiquiatría, como aparato ideológico, se ha expandido bajo dos premisas higiénicas: la de la cura y la del peligro de la locura.⁹

La premisa ideológica de la psiquiatría como cura, se ha elaborado de manera posterior a la creación de la enfermedad mental como objeto del saber médico. La enfermedad mental, como concepto y; por consiguiente, como instrumento ideológico, ha sido objeto de toda una elaboración conceptual. En el caso de Costa Rica, desde el origen asilar del poder psiquiátrico, se procuró la intención de higiene pública en la creación del Hospicio Nacional de Locos, así, en el Decreto XXXVI, firmado el 29 de abril de 1885 por el presidente constitucional y general en jefe del Ejército, Bernardo Soto, se indicó lo siguiente: *“Que el grado de cultura que ha alcanzado la República reclama la fundación de un asilo nacional de locos, que a la mayor brevedad posible, proporcione abrigo y asistencia a los dementes pobres y muy especialmente a los que vagan por los caminos sin protección de ningún género, y con peligro para la tranquilidad de los habitantes”*¹⁰. El carácter de higiene de la instauración del poder psiquiátrico, es inherente al discurso primigenio de la creación asilar en Costa Rica, desde su creación lo que se pretendía era una limpieza social donde la miasma era constituida por la locura.

En relación con el carácter peligrosista de la locura, éste ha permitido a la psiquiatría no solo justificarse, sino también incursionar en otros saberes, es decir, expandirse. Tal es el caso de la psiquiatría forense, que al servir a la Administración de Justicia, ingresa en el ámbito del saber judicial e inclusive le vincula, procurando inicialmente guiar al juez en la toma de su decisión.¹¹ La función del psiquiatra forense, es la de explicar si el sujeto es peligroso o no, en el tanto éste pueda ser

portador de una patología determinada que le haga proclive a lesionar aquello que es objeto de tutela legal. Dar al psiquiatra forense el poder de indicar quién es peligroso y quién no, conlleva dos consecuencias específicas: en primer lugar, la del poder de conceptualizar, lo que implica un poder ideológico, pues promueve un discurso que más allá de la verdad o de la falsedad, posiciona a las personas frente a la locura como a los turistas frente a una pieza de museo, es decir, se muestra qué ver y qué saber al respecto, pero no se enseña –pues enseñarlo inclusive podría ser paradójico– cómo criticarlo o deconstruirlo. En segundo lugar, esta posibilidad conlleva que el saber psiquiátrico atraviesa otro poder y se instala en él, sea éste el poder judicial, situación que se puede denominar como expansionismo del poder psiquiátrico.

Por expansionismo de un poder, se puede entender la tendencia a acaparar cada vez más ámbitos de dominio de otros poderes, supeditándolos al primero y haciéndolos; a su vez, instrumentos de dominación al servicio teleológico del poder hegemónico. En este sentido, el expansionismo del poder psiquiátrico, radica en la propensión de éste a ingresar en otros poderes y; de alguna manera, hacerlos suyos, logrando así que lo que éstos produzcan sea en beneficio suyo. De tal manera, la incorporación del saber psiquiátrico en el saber judicial-penal, permite la expansión del primero, logrando así ampliar sus ámbitos de poderío, de igual forma, obtiene la supeditación de una mayor población ante su dominio, sea ésta la población constituida por la comunidad de personas que han cometido algún crimen en razón de su locura, la colectividad inimputable. Esta irrupción, se hará efectiva por medio de la imposición de medidas de seguridad contra el inimputable, las cuales; en Costa Rica, al menos hasta finales del año 2009, han sido aplicadas en el Hospital Nacional Psiquiátrico. La reclusión asilar en un nosocomio psiquiátrico; sea por ingreso ordinario o por la imposición de una medida de seguridad contra un inimputable, posee bases históricas específicas en la historia costarricense. Se ha realizado una aproximación histórico conceptual del

poder psiquiátrico y de su carácter expansivo, ahora corresponde analizar si ésta posibilidad ha acontecido como tal en el desarrollo asilar de nuestro país.

La disciplina en la producción asilar: las bases discursivas del poder psiquiátrico en Costa Rica.

El tema de la reclusión asilar para enfermos mentales, en Costa Rica data de la segunda mitad del siglo XIX, así, en 1885 se firmó el decreto XXXVI, mediante el cual se ordenó la creación del primer Hospicio Nacional de Locos, el cual inició sus funciones el 02 de enero de 1890 *...con capacidad para 129 enfermos. Era un hospital cerrado con férrea disciplina, aunque tenía terapias ocupacionales y de juego y los enfermos trabajan en huertas de hortalizas.*¹²

El inicio mismo del asilo, se constituyó sobre la base de la disciplina, entendiéndolo por ésta precisamente

*...cierta forma terminal, capilar del poder, un último relevo, una modalidad mediante la cual el poder político y los poderes en general logran, en última instancia, tocar los cuerpos, aferrarse a ellos, tomar en cuenta los gestos, los comportamientos, los hábitos, las palabras; la manera, en síntesis, como todos esos poderes, al concentrarse en el descenso hacia los propios cuerpos y tocarlos, trabajan, modifican y dirigen los que Servan llamaba las "fibras blandas del cerebro"... En primer lugar, el poder disciplinario... Es una captura del cuerpo y no del producto; es una captura del tiempo en su totalidad y no del servicio... En segundo lugar, el sistema disciplinario... implica... un procedimiento de control constante... perpetuamente bajo la mirada de alguien o, en todo caso, en situación de ser observado... la tercera característica... los dispositivos disciplinarios son isotópicos, al menos, tienden a la isotopía.*¹³

Este sistema disciplinar, es una construcción moderna que se plasma en la actualidad de manera cada vez más fuerte, siendo uno de los objetivos de la Modernidad el de

*"...excluir y eliminar racionalmente a los delincuentes y desviados, es consecuencia lógica del impulso controlador y clasificador que se percibía en todos los ámbitos... Por otra parte, Foucault insiste que en el plan de prisión panóptica encontramos el epítome de la disciplina moderna. Mediante un régimen de vigilancia no verificable, en el que los reclusos nunca están seguros de cuándo se les observa, los presos se autodisciplinan para mantener el orden y comportarse de acuerdo con los deseos de la administración de la cárcel."*¹⁴

Las características del poder disciplinario; poder medular del poder psiquiátrico, señaladas por Foucault, tanto para el tema del panóptico carcelario como para el análisis de la expansión psiquiátrica en Francia durante los siglos XVIII-XIX, se presentarán en el recorrido histórico costarricense en materia de la producción asilar y psiquiátrica desde 1890. En este sentido, al fundarse la Asilo para locos, se inició con una población de 129 personas, siendo que en el año 1897 acontecen dos situaciones específicas: primero, la cantidad de internos aumentó a 325 pacientes, es decir, tuvo un incremento de la población de aproximadamente 150% en relación con su año de creación, en segundo lugar, fue en este año que *...en honor a los primeros sacerdotes que tuvo Costa Rica, se le asignó el nombre de "Asilo Manuel Antonio Chapui y Torres"*¹⁵, último punto que deja entrever una cuestión esencial, desde el principio del desarrollo asilar en nuestro país, ha habido una relación; aunque parezca sutil, entre la religiosidad y la psiquiatría, nexo que se remonta a los orígenes de la locura, cuando era tratada como si se fuera de una posesión demoníaca.¹⁶

La relación cristianismo-psiquiatría, antes que ser una cuestión ingenua, evidencia una tendencia ideológica del discurso del saber psiquiátrico en función del poder disciplinario,

toda vez que el cristianismo; en tanto institución, se ha caracterizado por emplear todos los mecanismos disciplinarios, desde el control del cuerpo (en el tanto la noción del pecado está ligada en gran parte al manejo o uso que se le dé al cuerpo), la observación constante (omnipotencia divina), así como todo un engranaje sistematizado de control; cuyos medios son isotópicos o heterogéneos, que permiten regular la disciplina misma. Este tipo de analogía primigenia y sus implicaciones, serán notados durante el desarrollo y expansión del poder psiquiátrico.¹⁷

En 1937, el nosocomio recibe el nombre de Hospital Neuropsiquiátrico Manuel Antonio Chapuí.¹⁸ Para el año de 1959, el Dr. Gonzalo Adis Castro, Jefe del Departamento de Psicología de este hospital, elaboró el *Manual práctico de observación psiquiátrica*, documento dirigido al personal auxiliar del psiquiatra, con el objetivo de que le sirviera de extensión para realizar sus labores. Desde la confección de su título, resalta un elemento del poder disciplinario, sea éste el de la observación, la cual; como se notará de un breve análisis del mismo, es el punto de partida para educar al personal auxiliar del médico.¹⁹

En el prefacio de este manual, escrito el entonces director del hospital; Dr. Fernando Quirós Madrigal, se desarrollaron dos puntos medulares: el de la sobrepoblación como obstáculo poderoso a la efectividad de la psiquiatría y el referente al de su personal auxiliar. En relación con el primero, se afirmó que

... La frecuente sobrepoblación en los hospitales para enfermos mentales es un obstáculo poderoso a la efectividad del trabajo del psiquiatra²⁰, de lo cual derivan dos consecuencias importantes.

En primer lugar, se planteó un problema más allá de la sobrepoblación misma, que es el del manejo de los cuerpos, elemento esencial del ejercicio de la disciplina, ya que; para la efectividad del poder psiquiátrico, se requería básicamente una constante observación y

manejo de los cuerpos de los pacientes, por medio de su vigilancia se buscaría la cura. El segundo corolario de esto, es que la dificultad presentada en el manejo de los cuerpos, sentó la base misma del expansionismo psiquiátrico, pues se requeriría de mayor cantidad de personal e infraestructura para abarcar la creciente sobrepoblación, tendencia expansionista que se presentará durante toda la historia sucesiva de la psiquiatría misma.

Respecto al tema del personal auxiliar, el Dr. Fernando Quirós aseveró que

*...no siempre se dispone del personal auxiliar debidamente preparado y en número suficiente para colaborar eficazmente mediante un trabajo en equipo que **multiplicaría la labor diagnóstica y terapéutica del Hospital...** En tal situación es de celebrar la contribución que significa este "Manual Práctico de Observación Psiquiátrica". Si bien este va dirigido con razón, al personal de enfermería, por el aporte que pueda dar en sus **24 horas del trabajo al lado del enfermo**, consideramos que **no es de menor utilidad para otros auxiliares del equipo terapéutico**, tales como el terapeuta ocupacional y el trabajador social, quienes también pueden derivar igual provecho de su forma de presentación y del sentido práctico que lo inspira como su título lo indica.²¹*

De este extracto, derivan dos propósitos específicos de la psiquiatría de la época: primero, el de expandir su dominio, en segundo lugar, el de hacer mirada del psiquiatra en el personal auxiliar. Ambos elementos pretenden fortalecer al poder psiquiátrico, en el tanto incrementan la tensión disciplinar, pues se parte de la premisa de la necesidad de multiplicar los diagnósticos; lo cual se traduciría en la expansión del poder sobre más cuerpos y estructuras, se maximiza el control sobre los pacientes mediante el personal auxiliar, encargado de ejercer un control las 24 horas sobre la población atendida, confirmando así la continuidad del control disciplinario mismo. En relación con esto, el Dr. Castro (1959) refirió

precisamente que

...Una de las funciones primordiales de la enfermera psiquiátrica es el contacto directo y continuo -sic- con los pacientes a su cargo y la observación de los mismos.²²

En la parte siguiente de este manual, se realiza una especie de aproximación a criterios diagnósticos, que si bien posee una gran carga ideológica, no es objeto de interés para este estudio. Situación distinta ocurre con la segunda parte, constituida por un *glosario*, cuya particularidad es que no da definiciones, sino que las busca al plantear preguntas, en ese sentido, desde la perspectiva del poder psiquiátrico, sería un glosario para la búsqueda de síntomas, por ende, para el encuentro de su legitimación.²³ Este apartado, otorga al personal auxiliar un poder hermenéutico, en el tanto posee la posibilidad de interpretar la conducta de las personas internadas y a partir de ahí elaborar un criterio diagnóstico, desde esta perspectiva, este personal extensivo del poder del psiquiatra dentro del asilo, tiene la posibilidad de crear un sujeto y por medio de su interpretación, denominarlo loco, esto en el contexto específico.

Este sujeto anormal, así determinado por esta trayectoria histórica, se vio cruzado por otras extensiones del poder psiquiátrico. Para dar un ejemplo, en el *Manual de funciones del Departamento de Servicio Social del Hospital Psiquiátrico Chapuí*, elaborado en 1970, se confeccionó toda estrategia de vigilancia sobre la población asilar ejercida; en este supuesto, por los trabajadores sociales, estipulando una serie de controles que administran el seguimiento de las actividades constantes de los internos, por medio de un sistema de reportes semanales al jefe de la sección, siendo ésta a su vez inferior jerárquica de la Dirección Médica del hospicio.²⁴ Esta distribución de la vigilancia sobre los internos, esta red departamental para observar y llevar registro de las conductas de la población asilar, es un elemento típico del poder psiquiátrico, que en su expansión alcanza nuevos niveles institucionales, mayor cantidad de personal auxiliar, más pabellones para una

mayor comunidad asilar, etc., elementos que son síntoma en sí mismos del expansionismo psiquiátrico erigido precisamente sobre la estrategia disciplinaria que le sirve de bisagra.

Este control, que maximiza los alcances del poder psiquiátrico, se torna aún más efectivo por el aporte que le pueda dar la escritura. En este sentido, al referir a las instituciones que formaban parte de la red disciplinaria, Foucault estimó que

“El uso de la escritura me parece absolutamente esencial para que el poder disciplinario sea global y continuo... los discursos de la gente son rodeados poco a poco por un tejido de escritura... Creo que tenemos aquí una nueva relación, una relación directa y continua de la escritura con el cuerpo. La visibilidad del cuerpo y la permanencia de la escritura van a la par y producen, desde luego, lo que podríamos llamar individualización esquemática y centralizada”²⁵

En la historia asilar costarricense, también se desarrolló el tema de la escritura y su registro, así, en el año 1977, se confeccionó una *Síntesis del servicio de Registros Médicos*²⁶, departamento cuyas funciones principales eran las de *proveer al médico la información necesaria relativa al paciente, proporcionar a la administración del hospital la información necesaria sobre las actividades realizadas para el mejor aprovechamiento de los recursos humanos, materiales y para la determinación de las necesidades presupuestarias, contribuir a la educación y adiestramiento del personal médico y paramédico.*²⁷ Es decir, un constante control sobre las actividades del loco, la mirada del psiquiatra ejercida ahora por medio de la escritura, así como la colaboración en el ejercicio del personal subalterno, que; como ya se ha insinuado, es una extensión del médico, una herramienta para vigilar y controlar.

La serie de instrumentos, que necesariamente implica una mayor cantidad de personal para desarrollar la labor psiquiátrica, es síntoma del expansionismo del poder psiquiátrico en Costa Rica, en particular en el Hospital Nacional

Psiquiátrico. Esta expansión, actualmente posee un punto de intolerancia para la psiquiatría, configurado por los inimputables. Surge así la creación de la crisis y su consecuente efecto de expansión.

El Centro Psiquiátrico Penitenciario: el inimputable como mito para la creación del poder psiquiátrico penitenciario.

“Es un esquizofrénico (...) que es de difícil ubicación, el hospital psiquiátrico es abierto, que no garantiza su permanencia para que reciba el tratamiento que necesita, si está en una cárcel debería estar bajo tratamiento constante, *la solución es un pabellón carcelario psiquiátrico donde tengan enfermeros y carcelarios.*”

Palabras textuales de un psiquiatra del Complejo de Ciencias Forenses.²⁸

Hasta aquí se ha planteado que el poder psiquiátrico; cuya propuesta teórica pertenece a Foucault, ha existido también en Costa Rica. Además, se ha propuesto que este poder; como manifestación disciplinaria, ha mostrado en nuestro país una tendencia a la expansión, por medio de la maximización de las herramientas –humanas, ideológicas, etc.- que utiliza. Ahora se pretende exponer que el poder psiquiátrico en Costa Rica, ha alcanzado un punto en su expansión que invade otros saberes, creando así un nuevo tipo de poder: el poder psiquiátrico penitenciario, cuya posibilidad histórica se ha plasmado desde la creación discursiva del Decreto XXXVI; en 1885, hasta la actualidad.

Barthes, en *Mitologías*, propone que *...si el mito es un habla, todo lo que justifique un discurso puede ser mito*²⁹, desde esta perspectiva, la propuesta que aquí se pretende desarrollar, es precisamente una propuesta mitológica, ya que se parte de la sospecha histórica de que el afán expansionista del poder psiquiátrico; por medio del mito de la peligrosidad de los inimputables en relación con la comunidad no inimputable y el personal auxiliar, pretende invadir el poder penitenciario para así no solo fortificarse, sino para construir un nuevo poder.

El Decreto XXXVI; firmado en 1885, pretendía la creación del Hospicio para Locos, siendo uno de los motivos de su fundación que los dementes eran un *peligro para la tranquilidad de los habitantes*.³⁰ El discurso fundacional del poder psiquiátrico asilar en Costa Rica, se originó en el pensamiento del sujeto peligroso, ese demente cuya conducta transgrede los parámetros de la “normalidad”, lo que implica que este origen tendía a la protección de la sociedad, es decir, a la higiene pública, constituyendo un efecto fundador que hoy cobra nuevos matices en la figura del inimputable.

El inimputable, es el sujeto que comete un crimen con ocasión de su enfermedad mental. La declaración de inimputabilidad, competencia de los jueces penales asistidos por psiquiatras forenses, conlleva la imposición de una medida de seguridad; esto conformidad con los artículos 42, 98 y 101 del Código Penal, la cual puede consistir en el internamiento o consulta externa en el Hospital Psiquiátrico.

En el año 2006, el diputado Alexander Mora, promovió en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Creación del Hospital Psiquiátrico Penitenciario³¹, con el propósito de crear un nosocomio específico para los inimputables y así poder sacarlos del Hospital Nacional Psiquiátrico. El discurso empleado para justificar esta intención, básicamente se erigió sobre el argumento de que esta colectividad de anormales afectaba a los pacientes y al personal auxiliar del hospital, por medio de distintos tipos de agresiones. Por otra parte, la estructura orgánica de este nuevo nosocomio sería la siguiente: habría un equipo de enfermería y otro de custodios especiales para vigilar a los internos, institucionalmente estaría adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, pero su dirección interna correspondería a un médico. Su construcción se realizaría en terrenos del Ministerio de Justicia, es decir, en las proximidades de alguna cárcel. Este propósito legislativo, sustancialmente adquirió fuerza con el fallo 4555-2009 de la Sala Constitucional, en el cual se ordenó a la C.C.S.S. construir un hospital psiquiátrico especial para inimputables. Es sobre estos puntos que se desarrolla el

nuevo poder psiquiátrico penitenciario y sobre los cuales se expondrá este apartado.

El saber psiquiátrico en Costa Rica, a excepción del de la Psiquiatría Forense, se ha desarrollado sobre la base de su mismo objeto de estudio, sea éste el de la enfermedad mental y su tratamiento. La historia asilar costarricense, desde el Decreto XXXVI en 1885, pasando por todo el engranaje discursivo conformado por los distintos manuales de trabajo, los diferentes departamentos con sus respectivas funciones de vigilancia, así como su crecimiento en infraestructura, hasta principios del siglo XXI, ha estado basada en la expansión del poder psiquiátrico sobre su mismo eje. Sin embargo, con la propuesta del proyecto de Ley de Creación del Hospital Psiquiátrico Penitenciario en el año 2006 y con el fallo 4555-2009 de la Sala Constitucional, el saber psiquiátrico ha invadido el saber penitenciario y procura; de alguna manera, hacerle suyo.

Sin perjuicio de lo anterior, el mayor catalizador para lograr esta línea de expansionismo psiquiátrico no fue el citado proyecto de Ley, ni sus discusiones previas en lo judicial ni en lo hospitalario, su fuerza vino desde afuera, por medio de la prensa nacional, cuya incursión se puede rastrear desde el mes de marzo de 2009. Así, en un editorial publicado en *La Nación* el 04 de marzo de 2009, con el título *Promiscuidad intolerable*, se divulgó lo siguiente:

“Los 70 reclusos inimputables en el Hospital Nacional Psiquiátrico han sido enviados por jueces o tribunales como parte de las “medidas curativas de internamiento”, y algunos han estado por 15, 20 o más años. Cumplido este acto, los funcionarios, al parecer, se lavan las manos, pues no se les da seguimiento. Cae de su peso concluir que, en esta exhibición de inhumanidad, en el Hospital Nacional Psiquiátrico, tiene lugar toda clase de aberraciones, desde la comisión de los más diversos delitos hasta la venta de protección, de parte de los inimputables, a los enfermos mentales o la crueldad de exponer a los oficiales o guardas, por este espectáculo infame, a

enfermedades mentales, que requieren un tratamiento especializado.”³²

Sin temor a cometer ninguna equivocación, es a partir de esta ola de información que se construyen las bases de la voluntad judicial y política para la expansión del poder psiquiátrico en el saber penitenciario. Es a partir de este momento histórico que, intenciones que se venían discutiendo desde antes en vía legislativa, judicial³³ y hospitalaria, cobran efectividad sustancial –no orgánica- por medio del ya citado fallo constitucional (voto 4555-2009 de la Sala Constitucional) y se incrementa la voluntad política en torno a este proyecto de Ley.

En este punto, surge la pregunta acerca de la posibilidad de que un saber como el psiquiátrico incursione en otro; aparentemente distinto, como el penitenciario, es decir, ¿qué podría hacer posible que un saber incursione en otro? Esta posibilidad solo podría ser dada por una plataforma común entre los saberes psiquiátrico y penitenciario, tal y como Foucault lo planteó para el análisis de la Modernidad en su obra *Las palabras y las cosas*³⁴. Desde esta perspectiva, existe la posibilidad de que tanto el saber psiquiátrico como el penitenciario, compartan una misma base epistémica, sea ésta la que posibilita sus relaciones y que un poder atraviese al otro. Esta dinámica, posibilita la interacción discursiva que va desde el ámbito de lo penitenciario a lo psiquiátrico y viceversa, posibilita el que la prensa nacional trate casi indistintamente el discurso de la delincuencia con el de la locura y; de esta forma, justifique la creación del Hospital Psiquiátrico Penitenciario.

Una vez sentada la posibilidad epistémica de interacción y mezcla de los saberes psiquiátrico y penitenciario, debe de indicarse que en vía legislativa, luego de que este proyecto de Ley fuera analizado por la Comisión Especial de Derechos Humanos y se realizara un dictamen afirmativo de mayoría, se propuso cambiar el nombre del Hospital Psiquiátrico Penitenciario por el de Centro Psiquiátrico Penitenciario, ¿por qué esta variación? Por una estrategia ideológica en sentido althusseriano, la cual necesariamente

partió de la familiarización epistémica de los saberes implicados, así, al cambiar la manera de denominar a esta institución; pese a no variar su esencia instrumental para el poder psiquiátrico, se busca ubicar a los sujetos de determinada forma ante su naturaleza, en el sentido de que es más conciliable internar a un inimputable en un centro con custodios penitenciarios y adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia cuando no se le considera un hospital, pero; si esto efectivamente es así, es decir, si no es un Hospital, sino un Centro, si hay custodios penitenciarios, además de enfermeros, si está construido en las proximidades de una cárcel y no en un ambiente que promueva la cura –pues; definitivamente, un lugar cercano a la realidad penitenciaria dista mucho de ser un lugar para la salud-, entonces ¿por qué este Centro debe ser administrado por un médico? La respuesta debe ser dada desde el expansionismo, este Centro debe ser administrado por un médico porque el poder psiquiátrico se expande y adquiere nuevos matices, porque busca nuevos ámbitos de aplicación y nuevas potestades, porque la tendencia disciplinaria busca una nueva forma de ejercer su poder sobre los cuerpos de los inimputables, porque ampliar el dominio hacia nuevas infraestructuras y prerrogativas es ampliar el mando ejercido por la institución psiquiátrica, en fin, este Centro será administrado por un médico para crear un nuevo tipo de poder, el poder psiquiátrico penitenciario.

El proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario, en su artículo 12, estipula que

“Los internamientos de personas con enfermedad mental podrán ser mantenidos por períodos renovables de un (1) mes.”³⁵

Este extremo, que en principio podría parecer ingenuo, posee una gran consecuencia, en el tanto no indica quién renovará el periodo de reclusión, máxime al analizarle en relación con el inciso d) del artículo 3 de dicho proyecto, según el cual corresponderá a este Centro realizar todas las funciones propias para la atención de los internos en él, específicamente

esto le corresponderá a su director, quien será *...nombrado por la Caja Costarricense del Seguro Social... Será un (a) profesional médico (a) cirujano (a) especialista en psiquiatría, quien ostentará la representación extrajudicial para el ejercicio de las potestades otorgadas al Centro Psiquiátrico Penitenciario...³⁶*, esta invasión del poder psiquiátrico; facilitada por una plataforma epistémica compartida, se realiza en el saber penitenciario, específicamente irrumpe las competencias del juez de ejecución de la pena, a quien corresponde precisamente el control y seguimiento de las medidas de seguridad, otorgándole así potestades impropias al psiquiatra, construyendo el poder psiquiátrico penitenciario.

La construcción del Centro Psiquiátrico Penitenciario, sería el mayor alcance de las intenciones históricas del poder psiquiátrico costarricense, llevaría al extremo el propósito inicial de higiene pública sobre el que se fundó en su momento el Asilo Nacional de Insanos en 1890. Este centro crearía un nuevo subsistema de poder, facilitaría históricamente un nuevo engranaje discursivo ideológico, estructural y de redes instrumentales al ya demostrado expansionismo invasor del poder psiquiátrico. En suma, el poder psiquiátrico penitenciario; como nueva manifestación del poder mismo, sería el instrumento histórico idóneo que posibilitaría alcances históricos para la represión psiquiátrica, los cuales no habían sido pensados anteriormente.

Este ha sido un texto cuyo principal propósito es el de mostrar una historia no contada, basada en la represión, expansión e invasión, no se ha pretendido realizar un estudio altruista; si ha sido así se trataría de un accidente, en su lugar, la naturaleza de esta propuesta es la de poner en crisis al poder, específicamente a la expansión del poder psiquiátrico, a su posibilidad de incursión en el saber penitenciario, por lo que; la solución propuesta solo puede ser una: evitar que el poder psiquiátrico penitenciario se construya. El resto, es decir, los posibles problemas que la institución asilar psiquiátrica tenga con el manejo de los inimputables, deberá ser solucionado desde su saber, es

decir, desde el poder psiquiátrico propiamente dicho, no más allá.

Conclusión

El poder psiquiátrico, ha sido elaborado desde las bases de la disciplina, tendiendo al control absoluto de los cuerpos de los locos, vigilando sus actividades e inclusive proponiendo una cura aparente, enfocada en los síntomas de la demencia y no en su causa. Este poder, que es suprasubjetivo, en su desarrollo histórico costarricense, desde finales del siglo XIX hasta inicios del siglo XXI, ha mostrado su carácter expansionista, enfocado principalmente en crecer sobre su propio eje, sin que este incremento invadiera otros saberes.

En Costa Rica, desde finales del siglo XX se gestó la discusión en torno a la administración y distribución asilar de la población inimputable, esta discusión atravesó tanto los ámbitos hospitalarios, judiciales y hasta legislativos, en particular por medio del Proyecto de Ley de Creación del Hospital Psiquiátrico Penitenciario en el año 2006. Sin embargo, el principal catalizador para una nueva expansión del poder psiquiátrico, fue la prensa nacional, tanto escrita como televisiva, que desde inicios del año 2009 publicó una confrontación de ideas en torno a este nosocomio. De manera posterior al inicio de esta polémica pública, específicamente el 20 de marzo de 2009, por medio del voto 4555-2009 de la Sala Constitucional, se ordenó a la C.C.S.S. la creación de un hospital para inimputables, siendo éste un antecedente sustancial del Hospital Psiquiátrico Penitenciario, luego denominado Centro Psiquiátrico Penitenciario.

La intención legislativa de crear el Centro Psiquiátrico Penitenciario, posibilita la confección de un nuevo tipo de poder, sea éste el poder psiquiátrico penitenciario, con el cual se le otorgarán potestades de juez de la pena al saber psiquiátrico, promoviendo no solo la expansión del poder psiquiátrico propiamente dicho, sino la invasión de éste en un terreno impropio.

Ante este problema de invasión y represión, la única propuesta es aquella que tienda a evitarle, es decir, se propone objetar la creación del poder psiquiátrico penitenciario, cuya manifestación se daría en la posible creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario, el resto, el manejo de los problemas que se pudiesen presentar con la población inimputable, deberá ser solucionado por el poder psiquiátrico propiamente dicho.

Bibliografía

Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**. San José, Costa Rica: Junta de Protección Social.

Barthes, R. (1999). **Mitologías**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo Veintiuno S.A. de C.V.

Castro Gómez, S. **Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología**. En <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>

Flores González, M. (2007). **La construcción cultural de la locura femenina en Costa Rica (1890-1910)**.

San José, Costa Rica: Editorial de la U.C.R..
Foucault, M.

(2000). **Diálogos sobre el poder**.

Madrid, España: Alianza editorial.

(2000). **Los anormales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Fondo de Cultura Económica.

(2005) **El poder psiquiátrico**. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

(2005). **Las palabras y las cosas**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.

Hospital Psiquiátrico Chapuí.

(1970). **Manual de Funciones Departamento de Servicio Social**. San José, Costa Rica.

(1977). **Síntesis del servicio de Registros Médicos**. San José, Costa Rica: Junta de Protección Social de San José.

Huneus, T. (2001). **La esquizofrenia: Visión**

integradora. Santiago, Chile: Universidad de SEK.

Jaramillo Antillón, J. (2005). **Historia y filosofía de la Medicina.** San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Lyon, D. (2000). **Posmodernidad.** Madrid, España: Alianza Editorial.

Marcuse, H. (1972) **El hombre unidimensional.** Barcelona, España: Seix Barral S.A.

Ramírez Orias, D. (2009). *Rehabilitación psicosocial del Hospital Nacional Psiquiátrico en usuarios y usuarias que tienen seguimiento en la consulta externa del hospital diurno.* Tesis de especialidad en psiquiatría, U.C.R., Costa Rica.

Zazzali, J. (2006) **La pericia psiquiátrica.** Buenos Aires, Argentina: La Rocca.

Otros

Corte Plena. **Acta de la Corte Plena N 027-97 del 18 de agosto de 1997. Artículo XXXI.** San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

La Nación. (04 de marzo de 2009). **Promiscuidad intolerable.** Costa Rica: Editorial de La Nación.

Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario (2006). Expediente 16.269. Poder Legislativo de Costa Rica.

- * Licenciado en Derecho U.C.R., Máster en Criminología U.N.E.D., doctorando del Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura U.C.R., ex letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, Defensor Público del Poder Judicial.
- 1 Marcuse, H. (1972) **El hombre unidimensional**. Barcelona, España: Seix Barral S.A., p. 36.
- 2 Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario (2006). Expediente 16.269. Poder Legislativo de Costa Rica.
- 3 Foucault, M. (2000). **Los anormales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Fondo de Cultura Económica, p. 73.
- 4 Foucault, M. (2005) **El poder psiquiátrico**. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, p. 19.
- 5 Foucault, M. (2005). **El poder psiquiátrico...** p. 157.
- 6 Marcuse, H. (1972). **El hombre unidimensional ...** p. 84.
- 7 Castro Gómez, S. **Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología**. En <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>
- 8 Respecto a este punto, destacó la discusión que suscitó entre Faye, Foucault y Cooper. *J.-P.Faye.- Lo sucedido el pasado invierno en Argentina ha mostrado que toda una franja de represión en América Latina está en contacto igualmente con el lugar psiquiátrico. Y de un modo curioso. ¿Cuáles son en este caso sus objetivos exactos? Psiquiatras de izquierda, de tendencias próximas a la antipsiquiatría o al psicoanálisis se han convertido en blanco de la represión. (Por ejemplo, Bauleo y sus amigos) ¿De quién provenía la agresión? ¿Una "buena psiquiatría" para la América Latina, que es "pensable" en algún lugar por ahí? Foucault.- Conozco mal Argentina. Conozco un poco Brasil. La situación allí es muy compleja. Ya que es completamente cierto que, por una parte, los médicos del Brasil participan en los interrogatorios que toman la forma de la tortura. Dan consejos... Y es cierto que existen psiquiatras que participan en ello. Creo poder afirmar que hay por lo menos un psicoanalista en Río que es consejero de tortura. En todo caso, es lo que me han dicho. Y no un psicoanalista de cortos vuelos, sino un personaje que se refiere a las formas más sofisticadas del psicoanálisis actual... Por otra parte, es absolutamente cierto que hay allí psicoanalistas y psiquiatras que son las víctimas de la represión política. Y que han conseguido tomar la iniciativa en acciones de sentido contrario, en la oposición. A la cabeza de una manifestación muy importante contra la represión, hacia 1968-1969, se encontraba un psicoanalista de Río. Cooper.- Pero uno de los generales fascistas y "gorilas" de antes Geisel era el presidente honorario de la Asociación Mundial de Psicocirugía. En la época de Medici, sin duda. Foucault.- Medici era, en efecto, un policía. Creo que tú, David, planteas un problema capital: ¿qué base ideológica dar a la disidencia en general? Pero desde el momento en que se trata de darle una ideología ¿no creés que se le impide ser verdaderamente disidencia? Creo que hay que darle unos instrumentos... Cooper.- No una ideología: una base ideológica, que es un poco diferente. Y puede incluir, por ejemplo, un análisis del poder como el que tú haces: fenómeno todavía bastante inadmisibles para mí. Entiendo que luchas en tu trabajo por comprenderlo. Pero se trata de algo multiforme: algo de base –que no es una ideología. Foucault.- Este trabajo que hay que hacer sería más bien un instrumento ideológico: un instrumento de análisis, de percepción, de desciframiento. Una posibilidad de definir tácticas, etc. Esto es, en efecto, lo que hay que hacer. Así en Foucault, M. (2000). **Diálogos sobre el poder**. Madrid, España: Alianza editorial, p. 118.*
- 9 En este sentido, se ha indicado que ...*La psiquiatría se institucionalizó como precaución social, como higiene del cuerpo social en su totalidad... Es una rama de la higiene pública y, por consiguiente, habrán de darse cuenta de que la psiquiatría, para poder existir como institución de saber, es decir, como saber médico fundado y justificable, tuvo que efectuar dos codificaciones simultáneas... por una parte debió codificar la locura como enfermedad... Al mismo tiempo hubo que codificar la locura como peligro... En términos generales, la psiquiatría, por un lado, hizo funcionar toda una parte de la higiene pública como medicina y, por el otro, hizo funcionar el saber, la prevención y la curación eventual de la enfermedad mental como precaución social, absolutamente necesaria si se querían evitar cierta cantidad de peligros fundamentales y ligados a la existencia misma de la locura.* Foucault, M. (2000). **Los anormales...** p. 115-116.
- 10 Así en Flores González, M. (2007). **La construcción cultural de la locura femenina en Costa Rica (1890-1910)**. San José, Costa Rica: Editorial de la U.C.R., p. 3.
- 11 En este sentido, Zazzali, J. (2006) **La pericia psiquiátrica**. Buenos Aires, Argentina: La Rocca, p. 23.
- 12 Jaramillo Antillón, J. (2005). **Historia y filosofía de la Medicina**. San José, Costa Rica: Editorial de la

- Universidad de Costa Rica, p. 145.
- 13 Foucault, M. (2005). **El poder psiquiátrico**... p. 59, 66-67 y 73.
- 14 Lyon, D. (2000). **Posmodernidad**. Madrid, España: Alianza Editorial, p. 56-57.
- 15 Ramírez Orias, D. (2009) *Rehabilitación psicosocial del Hospital Nacional psiquiátrico en usuarios y usuarias que tienen seguimiento en la consulta externa del hospital diurno*. Tesis de especialidad en psiquiatría, U.C.R., Costa Rica, p. 28.
- 16 Al respecto, Huneus, T. (2001). **La esquizofrenia: Visión integradora**. Santiago, Chile: Universidad de SEK, p. 49-50.
- 17 En relación con este nexo, Foucault indicó que *"El poder psiquiátrico, por lo tanto, es la dominación, tentativa de sojuzgamiento, y tengo la impresión de que la palabra más adecuada para describir ese funcionamiento del poder psiquiátrico, y que por otra parte encontramos a lo largo de los textos, de Pinel a Leuret, el término que reaparece con mayor frecuencia y es, a mi juicio, muy característico de esa empresa de régimen y dominación, de regularidad y lucha al mismo tiempo, es la noción de "dirección". Noción cuya historia habría que hacer, pues su lugar de origen no es la psiquiatría; lejos de ello. Es una noción que ya lleva consigo al siglo XIX toda una serie de connotaciones correspondientes a la práctica religiosa."* En Foucault, M. (2005). **El poder psiquiátrico**... p. 200.
- 18 Jaramillo Antillón, J. (2005). **Historia y filosofía de la Medicina**... p. 146.
- 19 Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**. San José, Costa Rica: Junta de Protección Social.
- 20 Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**... p. 4
- 21 Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**... p. 4.
- 22 Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**... p. 6.
- 23 Un ejemplo de este glosario es el siguiente: *Autismo. ¿Es el pensamiento del paciente extremadamente subjetivo? ¿Corresponde el pensamiento del paciente a las exigencias de la realidad? ¿Son los hechos objetivos oscurecidos o excluidos del pensamiento del paciente? ¿Refleja el pensamiento del paciente mala interpretación de hechos objetivos?* Así en Adis Castro, G. (1959). **Manual práctico de observación psiquiátrica**... p. 31.
- 24 Hospital Psiquiátrico Chapuí. (1970). **Manual de Funciones Departamento de Servicio Social**. San José, Costa Rica.
- 25 Foucault, M. (2005). **El poder psiquiátrico**... p. 69.
- 26 Hospital Nacional Psiquiátrico. (1977). **Síntesis del servicio de Registros Médicos**. San José, Costa Rica: Junta de Protección Social de San José.
- 27 Hospital Nacional Psiquiátrico. (1977). **Síntesis del servicio de Registros Médicos**... p. 2.
- 28 Este extracto fue tomado de la sentencia 621-98 de las trece horas con treinta minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y ocho dictada por el Tribunal Penal del primer circuito judicial de San José, en la que se transcribió la declaración de un psiquiatra forense en un caso donde el *imputado* padecía de esquizofrenia paranoide, misma que fue avalada por el tribunal juzgador al imponer como *"(...)medida de seguridad la curativa de tratamiento psiquiátrico, que deberá ser dispuesta bajo un centro carcelario cerrado"*. Actualmente el "enfermo mental" (*imputado-persona*), se encuentra recluido en el Hospital Nacional Psiquiátrico.
- 29 Barthes, R. (1999). **Mitologías**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo Veintiuno S.A. de C.V., p. 107.
- 30 Véase nota al pie de página 10.
- 31 Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario (2006). Expediente 16.269. Poder Legislativo de Costa Rica.
- 32 La Nación. (04 de marzo de 2009). **Promiscuidad intolerable**. Costa Rica: Editorial de La Nación.
- 33 Al respecto consúltese Corte Plena. **Acta de la Corte Plena N 027-97 del 18 de agosto de 1997. Artículo XXXI**. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.
- 34 Foucault, M. (2005). **Las palabras y las cosas**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.
- 35 Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario (2006). Expediente 16.269. Poder Legislativo de Costa Rica.
- 36 Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario... Artículo 22.

Universidad de Costa Rica, p. 143

14 Formas, M. (2005). El poder psiquiátrico... p. 58-67 y 71

15 Lyon, D. (2000). Posmodernidad, Macht, España. *Arbeitsblätter*, p. 28-37

16 Ramírez Oros, G. (2005). *Historia de la psiquiatría en Costa Rica*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, p. 28

18 Alvarado, H. (2001). *La psiquiatría en Costa Rica*. San José: Universidad de Costa Rica, p. 49-51

17 En relación con este texto, Falcón indica que "El poder psiquiátrico por lo tanto, es la dominación, el control de los recursos y el acceso a los recursos que le permiten más poder. Es decir, que el funcionamiento del poder psiquiátrico y que por otra parte, el poder psiquiátrico es el poder de la ley, el poder de la fuerza que recae sobre los sujetos psiquiátricos y se a su favor, muy concretamente de esa manera de ejercer y dominar, de reglamentar y dirigir al mismo tiempo, es la noción de "biopoder".

19 Falcón indica que ya hace tiempo, en 1971, con el libro "Historia y filosofía de la psiquiatría" de la psiquiatra española, En Falcón, M. (2005). *El poder psiquiátrico*... p. 143

18 Jaramila Arango, J. (2005). *Historia y filosofía de la psiquiatría*... p. 143

19 Aza-Castro, G. (1999). *Manual práctico de observación psiquiátrica*. San José: Costa Rica, Junta de Psicología Social

20 Aza-Castro, G. (1999). *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 4

21 Aza-Castro, G. (1999). *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 4

22 Aza-Castro, G. (1999). *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

23 El ejemplo de este género es el siguiente: *Además, el diagnóstico del paciente extremadamente complejo requiere el consentimiento del paciente y las exigencias de la realidad. Los sujetos y contextos de diagnóstico del paciente y las exigencias de la realidad. Los sujetos y contextos de diagnóstico del paciente y las exigencias de la realidad. Los sujetos y contextos de diagnóstico del paciente y las exigencias de la realidad.*

24 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

25 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

26 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

27 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

28 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

29 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

30 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

31 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

32 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

33 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

34 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

35 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

36 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

37 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

38 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

39 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

40 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

41 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

42 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

43 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

44 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

45 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

46 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

47 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

48 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

49 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

50 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

51 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

52 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

53 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

54 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

55 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

56 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

57 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

58 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

59 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

60 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

61 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

62 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

63 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

64 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

65 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

66 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

67 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

68 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

69 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

70 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

71 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

72 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

73 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

74 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

75 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

76 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

77 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

78 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

79 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

80 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

81 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

82 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

83 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

84 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

85 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

86 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

87 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

88 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

89 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

90 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

91 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

92 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

93 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

94 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

95 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

96 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

97 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

98 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

99 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

100 *Manual práctico de observación psiquiátrica*... p. 5

HUMANISMO Y ANTIHUMANISMO DEL DERECHO PENAL

Magíster José Manuel Arroyo Gutiérrez¹
A la memoria perdurable del
Profesor Henry Issa El Khoury Jacob.

La propuesta de hablar sobre **Humanismo y anti-humanismo en el Derecho Penal** requiere de un par de precisiones:

(a) En lo que toca al concepto de humanismo que voy a manejar, entiendo por tal cualquier corriente de pensamiento que ponga en el centro de su articulación discursiva la persona humana, su dignidad, definida ésta por el reconocimiento de sus derechos y, en esa misma medida, la posibilidad de hacerse justicia cuando tales derechos le sean negados, disminuidos o de cualquier forma puestos en cuestión o menoscabo. Ejemplos de humanismo en este sentido están representados, a lo largo del pensamiento Occidental, por el griego Protágoras para quien el hombre –la persona diríamos hoy- es la medida de todas las cosas; también lo es la proclama del Nuevo Testamento de que todos –sin excepciones- somos hijos e hijas de Dios; así como humanista es la mirada radical que vuelca Europa en el ocaso de la Edad Media hacia una herencia clásica que tuvo a esa persona como eje de preocupación filosófica, ética, estética y científica para proyectar un Renacimiento inédito que se conoció a partir del siglo XV; asimismo es humanista la línea ascendente de declaraciones de los derechos de las personas, desde la francesa de 1789 hasta la formulada después de la Segunda Guerra Mundial, en 1948 y en el seno de la naciente Organización de Naciones Unidas. Hago este énfasis en el concepto de humanismo que voy a manejar porque, a contrario, el anti-humanismo es toda propuesta de pensamiento o práctica con ineludibles consecuencias políticas, que propone la existencia de distintas clases de seres humanos; aquellos que tienen la calidad de ciudadanos, es decir, con derechos plenos, y otras categorías de individuos que no tienen tal calidad y, por tanto, deben ser tratados como infra-humanos, sin derechos, pues no son personas en sentido estricto;

(b) En segundo lugar, debo precisar en lo concerniente al tema del Derecho Penal que, el arduo debate sobre la función y fin del sistema penal y en particular de la pena me han conducido en lo personal a abrazar la tesis de la prevención positiva, a saber, tanto en cuanto a su aspecto general, consistente en ver el castigo penal como un mecanismo de afirmación y confirmación de valores y normas esenciales para la convivencia entre las personas, así como en su aspecto preventivo especial positivo, rehabilitador, que recoge nuestra normativa vigente, heredera de una tradición humanista clásica, no sólo el Código Penal sino también en los principales instrumentos de Derechos Humanos a que se ha adherido Costa Rica, como la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y respecto del cual –principio rehabilitador- lejos de renunciarse en nuestros días a él, debe procurarse su fortalecimiento y vigencia. Sigo entendiendo que el contenido meramente retributivo que se quiere ver en la pena, a través de las teorías absolutas, y que sigue en lo esencial resguardando la venganza y la retribución como contenidos esenciales del castigo, contradice los presupuestos básicos del Estado Constitucional de Derecho y contradice la vertiente ético-humanista que defendemos en esta exposición.

La propuesta para reflexionar sobre **Humanismo y anti-humanismo en el Derecho Penal** no está exenta de riesgos. Podríamos caer en la tentación de entender que entre **castigo** (por muy rehabilitador o confirmador de valores que pretenda quererse) y **humanismo** existe una **contradictio in terminis** entendido éste como discurso que afirme el carácter central de la dignidad humana. Pero es precisamente aquí donde debemos hacer un esfuerzo por remontarnos a las raíces más hondas de la

civilización de que somos tributarios, a fin de no caer en un escepticismo, o peor aún, en un nihilismo que nos lleve a los extremos de renunciar a toda posibilidad de fundamentar el derecho penal, o bien, y peor aún, a abrazar y justificar la represión por la represión misma como expresión de pura venganza instintiva, es decir irracional y, por esa vía, inhumana.

En el Libro del Génesis se relata: **“Yavé dijo a Caín: ‘¿Dónde está tu hermano, Abel?’ Y él respondió: ‘No lo sé; ¿soy acaso el guardián de mi hermano?’”** (Gn. 4- 9). Este es, en mi criterio, un primer momento del Antiguo Testamento donde se plantean dos temas de lejanísima data pero de indudable actualidad: primero, la violación de un mandato normativo que se estima grave, merecedor de un castigo; y segundo, lo que me parece de la mayor importancia, la mutua responsabilidad, en todo grupo humano, que tienen unos individuos con respecto a los otros. Por otra parte, el mismo Antiguo Testamento nos da también la pista de otro aspecto clave cuando en Éxodo (21- 23/24) se dice: **“... pagaré vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.”** Con esto, si se mira bien, en el Talión se está introduciendo el **principio de razón en cuanto proporcionalidad** del castigo frente a la ofensa o daño recibido. Se trata de devolver el mal padecido en idéntica proporción y naturaleza; desde entonces no se vale, so pretexto de haber sido agraviado, de responder exagerada o irracionalmente, de manera que se está tratando de superar lo que, desde otros ámbitos de la Historia o de la Sociología, se indica que existe en el origen de las sociedades primigenias, la nuda venganza frente a la ofensa recibida. En los primeros libros de La Biblia tenemos pues tres cuestiones de la más alta importancia en la evolución de este tema: la necesidad de respetar normas fundamentales de convivencia frente a cuya violación se impone el castigo (principio de punibilidad); la exigencia de responsabilidad que en esa misma tarea tenemos unos para con otros (principio de corresponsabilidad o solidaridad); y la exigencia de que el castigo tenga límites (principio de

proporcionalidad o racionalidad de la pena). Toda la historia de Occidente, y diría que de la humanidad en general, es una larga tensión y confrontación entre el instinto de venganza y el principio de razón en cuanto al tema del castigo. Cuando Mister Bush, ignorando las decisiones jurídicas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide invadir Irak, actualiza para la humanidad de hoy, dramáticamente, el poder de la mera fuerza y el instinto de agresión -de impronta antíhumanista- por sobre el principio de razón que rige el Derecho y que debería imperar en todo conflicto. Ya vemos, por las consecuencias que vivimos pocos años después, cuán lejos pueden llegar este tipo de “soluciones” y cuán lejos están los conflictos – grandes o pequeños- de resolverse por esa vía.

En el momento en que, más tarde, el Nuevo Testamento plantea la **utopía del perdón**, -y por utopía estoy entendiendo no la propuesta de una meta absolutamente inalcanzable, sino el trazado de un horizonte hacia el que se puede ir caminando en términos de civilización-, a la manera cómo Luigi Ferrajoli nos habla del garantismo en el Estado de Derecho contemporáneo, estamos frente a una de las propuestas más revolucionarias que la humanidad haya conocido. Tan revolucionaria, que llevamos más de dos mil años sin entenderla y mucho menos de aplicarla en sus consecuencias. Sin embargo, aquí la tenemos: **“Se dijo además: ‘Ojo por ojo y diente por diente’. En cambio, yo les digo: no resistan a los malvados. Preséntale la mejilla izquierda al que te abofetea la derecha... Se dijo asimismo: ‘Ama a tu prójimo y guarda rencor a tu enemigo. Pero yo les digo: Amen a sus enemigos y recen por sus perseguidores...’”** (Mateo 5- 38/45). En el contexto del Nuevo Testamento, en fin, cuando se nos llama a ser perfectos -como el mismo Dios- se trata de perdonar a nuestros enemigos. Por supuesto que es fácil entender la dificultad que el género humano ha tenido para comprender y aplicar semejante doctrina. Pero esto no puede impedirnos ver que, tras lo que he llamado **la utopía del perdón**, se esconde una de las enseñanzas fundamentales de la convivencia entre las personas. El perdón,

no solo reivindica, en el sentido de libera, en primer lugar al que perdona sino que, visto socialmente, es el único mecanismo capaz de restablecer o recomponer el tejido social, roto por un conflicto, sin que, en su reparación quede alguna parte por fuera.

Cuando en el siglo XIX Krause en Alemania y su réplica para el mundo hispano, Dorado Montero, rescatan y actualizan el fin preventivo especial positivo, dándole a la pena el propósito reeducador o resocializador que termina siendo prácticamente un dogma incorporado a toda la legislación penal de los últimos doscientos años, no estamos más que frente a una reelaboración del principio cristiano del perdón y la posibilidad de la rehabilitación –“salvación” diríamos en términos teológicos- que todo ser humano tiene, pese a haber cometido una falta grave. Pero además, se trata no ya de responder con los parámetros rígidos del Talión, sino más bien de comprender que la superación definitiva de la venganza consiste en castigar al infractor no por lo que es, ni siquiera por lo que ha hecho, sino en perspectiva de lo que podría llegar a ser como ser humano.

Ciertamente aquí radica uno de los hitos del pensamiento que en mi criterio deben siempre hermanar el Derecho Penal y el Humanismo. Precisamente la idea de que el delincuente es uno de nosotros, que tenemos una responsabilidad irrenunciable para con él y es nuestro deber, como congéneres, como sociedad y como organización estatal, darle todas las posibilidades para reivindicarse y volver a ser parte del cuerpo colectivo. Cuenta nuestro José L, que un peculiar capellán de la entonces impresentable Penitenciaría Central de San José, fue quien le dijo un día: “José León, usted sabe fantasear muy bien, ¿por qué, en lugar de simplemente fantasear, no escribe cuentos?”. Ese capellán llegó a ser Monseñor Carlos Humberto Rodríguez Quirós y es su humanismo cristiano el que transforma a uno de los reos más perseguidos y condenados del país, en uno de los escritores más reconocidos dentro y fuera de Costa Rica. A eso me refiero cuando digo que no debemos renunciar, como sistema punitivo, a la rehabilitación social de los infractores penales.

No obstante, ningún recorrido por el humanismo, incluido el humanismo penal, podría estar completo sin una referencia, aunque sea breve, a la filosofía política, de corte eminentemente laico del Iluminismo del Siglo XVIII. Es aquí donde la figura de Cesare Beccaria, sobre la base innegable de Jean-Jacques Rousseau y Charles Montesquieu, emerge con la fuerza de quien hace una síntesis crítica del momento socio-político imperante y propone todo un programa de acción que llega hasta nuestros días con plena vigencia. Resulta inaceptable, en el planteamiento de estos pensadores y en el clásico *dei delite et de le pene*, la tiranía de la concentración del poder político, resulta inaceptable, como consecuencia jurídica de ese régimen, un sistema penal que no defina con claridad qué conductas están prohibidas y qué penas deben acompañarles; resulta inaceptable un procedimiento que no asegure la defensa del acusado, el conocimiento de los hechos por los que se acusa, las pruebas que obran en su contra y la posibilidad de ofrecer las que le favorezcan; resultan inaceptables decisiones arbitrarias, es decir, sin fundamentación alguna; el abuso de las detenciones preventivas; las ejecuciones sin fecha definida; resultan inaceptables la tortura y los tratamientos degradantes; la pena de muerte; resulta inaceptable una pena de prisión cuyas condiciones determinen una muerte en vida y un largo etcétera que, visto cuidadosamente, se refiere, en todo caso, a la obligada vigencia de los principios de legalidad e igualdad ante la ley, tanto como a la necesidad de imponer límites a la autoridad pública en su función de persecución y castigo, reconocer derechos inalienables a las personas, introducir el principio de proporcionalidad, es decir, una vez más, el principio de racionalidad en los tipos penales y en las penas a aplicarse conforme a la culpabilidad y el daño real ocasionado. Por eso supone un retroceso, un volver a tiempos pre-becarianos, plantear la posibilidad de un Derecho Penal para ciudadanos con plena carta de ciudadanía y un Derecho Penal, mejor dicho Policial, distinto para ciertas clases de individuos o infractores; resulta inaceptable hacer excepciones en cuanto a categorías de delitos o personas, y resulta inaceptable ejecuciones penales sin las mínimas garantías,

es decir, en una justa perspectiva humanista, resultan inaceptables las doctrinas de seguridad nacional, o ahora, de seguridad global, con sus combatientes irregulares, sus campos de concentración al margen de toda ley, como Abu Grahib y Guantánamo, que deben tener a los fundadores de los Estados Unidos de América revolcándose en sus tumbas.

Para no idealizar ningún estadio del desarrollo histórico, hay que advertir que entre estos mismos apóstoles de la modernidad se cocieron habas. Rousseau, por ejemplo, concebía al delincuente como un "enemigo" que debía ser expulsado del cuerpo social, lo cual ha servido para que los modernísimos apóstoles de la discriminación lo citen como argumento de autoridad; asimismo, en plena Revolución Francesa, Olympe Degouges, fue decapitada por la osadía de proponer una "Declaración Universal de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana"; esto para no dejar de mencionar las acciones mercantiles que John Locke poseía en empresas de tráfico de esclavos desde África al Nuevo Mundo. En fin, las reivindicaciones del género humano cuentan siempre con estas limitaciones fácticas, que no nos deben impedir ver la perspectiva de cada época y de cada generación, en ese horizonte al que, sin embargo, debemos obstinadamente avanzar.

Aclaraciones hechas, ese renacimiento iluminista, con reivindicaciones claramente humanistas, esta vez de impronta laica, trazó caminos que no es sino en las postrimerías del siglo XX hasta nuestros días, que ha vuelto a tomar fuerza en virtud de los nuevos acontecimientos. En efecto, triunfantes las revoluciones estadounidense, francesa y de independencia en América Latina, imperando, más formal que realmente los esquemas republicanos de organización política, las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, durante el siglo XIX fueron archivados en mayor o menor grado por las nuevas fuerzas socioeconómicas dominantes.

Fue el momento de una verdadera borrachera positivista. Hacer ciencia era hacer física (como Isaac Newton), hacer biología (como Charles Darwin) o química (como Antoine Lavoisier); fue el momento en que hacer ciencias sociales

también era copiar el método de las llamadas ciencias exactas o naturales y es entonces cuando hacer, permítanme el concepto, pre-criminología fue levantar estadísticas y mediciones o establecer relaciones entre factores exógenos y endógenos para explicar la criminalidad. Fue el momento de Lombroso, precisamente un médico de cárceles y manicomios a quien se reconoce la paternidad de la Criminología como disciplina moderna.

Toda esta pseudo-ciencia desembocó en la **ideología de la defensa social**, sin duda la doctrina de más influencia y arraigo durante todo el siglo XX, tanto más apreciada cuanto significó depositar en factores biológicos, psicológicos o sociales, la determinación, más o menos mecánica, de la delincuencia y del delincuente. Para el orden social y jurídico imperante, para el status quo, nada más apreciado y tranquilizador que un esquema de explicación que no significara poner en cuestión ese orden y los poderes dominantes, tratándose de explicarlo todo por medio de incontrastables causalidades ajenas a la corresponsabilidad social de la situación imperante. En esta perspectiva, existe una sociedad en principio sana y buena que padece el enquistamiento, en virtud del azar o la desgracia, de un grupo de seres anormales o diferentes, que negaban los principios y valores dominantes y se convertían en una clase criminal que había que combatir, neutralizar o extirpar. La sociedad –buena- tiene derecho a declararle la guerra, a defenderse, de este cuerpo extraño que llamamos delincuentes. Hasta nuestros días llega, revestida de teoría científico positivista, la doctrina de la defensa social, entre otras cosas, curiosa negación de las bases cristianas de una civilización que lleva dos milenios sin querer entender lo que lee en el Nuevo Testamento.

Pero he aquí que una vía de análisis, precisamente la que pretende ver el fenómeno de la criminalidad de manera más integral y en nuestro criterio humanista, comienza a hacer aportes inesperados. Emil Durkheim rompe con la concepción de la delincuencia como una **patología social** a la que había que enfrentar y erradicar en santa cruzada. Considera este

autor, dentro del estructural-funcionalismo, que el delito no es sólo un fenómeno normal a todo grupo humano, sino incluso necesario, siempre y cuando se mantuviera dentro de ciertos límites, (precisamente aquellos linderos que no condujeran a la anomia social y al cambio radical del paradigma normativo). De igual manera, con el antecedente del **interaccionismo simbólico**, cuya cuna está en la Filología, y para el cual las personas son esencialmente comunicación y donde cada quien termina siendo lo que los otros le dicen que es, la teoría del **labeling approach** o del etiquetamiento genera un giro copernicano donde se propone el tema del poder de definición: delincuente es aquél a quien las instancias de poder terminan etiquetando como tal, con lo que, de paso, el mismo sistema penal comienza a ser parte del objeto de la Criminología que alcanza el status de ciencia independiente y no mera auxiliar del Derecho Penal.

Corolario de este proceso fue, en su momento, a finales del siglo recién pasado la Criminología Crítica y la incipiente Criminología de la Liberación en América Latina, propuestas que se dirigieron a hacer un cuestionamiento radical de las premisas con que funciona el capitalismo central y periférico y cuyo resultado final fue una evidente disolución en teorías sociológicas de tal generalidad que tuvieron rápidamente que ser replanteadas, pese a que hoy se les reconoce la riqueza de su aporte en orden, precisamente, a señalar los presupuestos estructurales en que puede darse la criminalidad como fenómeno social.

Lanzados a una globalización cada vez más fragmentada, la conflictividad de la sociedad actual, se ve determinada por una tendencia, ya evidente, hacia la expansión del Derecho Penal, so pretexto de que vivimos una sociedad de riegos, se ha desarrollado la manía de pretender resolver todo conflicto social a través de la respuesta represiva o punitiva, sobre la base de formulaciones más o menos sutiles o tecnocráticas como los tipos penales de peligro abstracto o la indeterminación de bienes jurídicos a tutelar, que ya deberían despertar una voz de alarma antes de que sea demasiado

tarde y tengamos que reconocernos en aquél título de la cinematografía italiana: **“todos estamos en libertad condicional”** o en la utopía regresiva de Orwell: **“el gran hermano”** que, por cierto, ya no será un juego de vulgares programas televisivos, ese boyerismo de gente y sobre gente que, despojados de su ciudadanía y de poder influir en términos reales sobre los destinos de su comunidad política, se convierten en meros espectadores del “show” que dirigen y controlan otros. Es esa humanidad expectante la que está dispuesta a sacrificar, cada vez más, libertades por seguridades y abrazar regímenes autoritarios y abandonar formas de convivencia democráticas. Porque hay que decirlo en todas sus letras, si algo define el anti-humanismo es el desplazamiento y sacrificio de la persona, su dignidad y su libertad consustanciales, en el altar del Estado, la autoridad pública, la seguridad general o la justicia a cualquier precio.

Un así llamado **Derecho Penal del Enemigo**, corona y remata, en nuestros días, de estas tendencias, si bien es cierto previsto, en principio, para fenómenos extremos como la criminalidad organizada y el terrorismo contemporáneo, plantea la necesidad de aceptar la definición de clases especiales de criminales, es decir, perdónenme la insistencia: clases especiales de personas, y estrategias de enfrentamiento con medidas extraordinarias como las penas draconianas, la flexibilización o relajamiento de las garantías clásicas y la hipótesis de que existen ciertos tipos de seres humanos irreversiblemente perversos a los que no puede tratárseles como ciudadanos con derechos. El discurso no es nada nuevo ni original, a pesar de que algunos, cuando se refieren a él, lo denominan “derecho penal moderno”. Hemos oído versiones del mismo canto, o mejor dicho, del mismo rugido por los siglos de los siglos: los pueblos bárbaros, las brujas y herejes, los seres anormales, las razas inferiores, la sínica pregunta acerca de si tenían alma los aborígenes americanos, la doctrina de la defensa social, los enemigos del partido o del pueblo, los que amenazan la civilización occidental y un largo etcétera. No es una mera casualidad, entonces, sino

un presupuesto indispensable de esta lógica perversa, que primero se clasifica a los seres humanos en distintas categorías, y luego viene el derecho penal que justifica la persecución y el exterminio. El período del nacional socialismo alemán, hace sólo setenta años, es un hito que deberíamos tener siempre presente.

No tenemos más alternativa que responder, hoy como ayer, que en materia de garantías y derechos fundamentales, todos podemos saber dónde comienza su debilitamiento y excepcionalidad, pero no dónde puede ir a terminar. Una vez más los antiquísimos temas bíblicos de si expulsar o, por el contrario, tratar de integrar o incluir a todos los miembros de la sociedad, sean estos distintos en razón de etnia, sexo, nacionalidad, preferencias políticas, religiosas, sexuales, o cualquier otro tipo de diferencias, vuelve a estar en el meollo de la controversia punitiva.

Tal debate ha llegado a nuestras costas. Sobre todo en el marco de la criminalidad organizada alrededor de fenómenos como el narcotráfico internacional de sustancias prohibidas y sus réplicas adjuntas como el lavado de dineros, el sicariato y las bandas juveniles. Ha llegado a nuestras costas también en virtud de modelos socio-económicos cuyos resultados son la exclusión social de los servicios públicos básicos, la inequidad en el reparto de la riqueza y la fractura social de mundos abismalmente desiguales que tienen que convivir uno al lado del otro. Y frente a estas perversidades socio-económicas, el Derecho Penal como mecanismo único e inútil con el que se pretende sostener lo insostenible, a través de más delitos, más penas, más policía y, si nos va bien, más cárcel, porque, si nos va mal, empezamos a hablar descarnadamente de pena de muerte, de derecho o de hecho, una vez más.

Esta novedosa fenomenología nos llevará a tener que decidir entre un Derecho Penal estrictamente enmarcado en los principios de legalidad y de igualdad, o uno que apueste a la distinciones y excepciones; a la división de personas entre ciudadanos con derechos o sujetos anormales o diferentes carentes de ellos. Y por supuesto, una vez más, late en

el fondo un derecho penal que preserve el humanismo clásico o que renuncie a él para fracturar decidida y definitivamente la sociedad democrática hasta ahora conocida.

La "nueva" versión de la ideología de la defensa social se llama "mano dura". Sólo quienes por ignorancia o mala fe no quieren ver, no han seguido el itinerario de algunos países vecinos frente al drama de las bandas de delinquentes juveniles llamadas "maras". En orden al establecimiento de distinciones y excepciones en materia penal y procesal penal, se ha peregrinado por la "mano dura", "durísima" y "super dura". La elevación de las penas, la tipificación de nuevas figuras delictivas, los delitos de peligro abstracto (en El Salvador y Honduras, ya lo sabemos, todo joven con tatuaje es candidato a ser condenado por Asociación Ilícita); la eliminación general de las medidas cautelares alternas a la prisión; la ampliación de los poderes a la policía y al Ministerio Público sin control jurisdiccional, y la limitación al derecho de defensa, son entre muchos otros, los síntomas de una enfermedad que terminará no reconociendo el límite entre lo excepcional y lo normal para la aplicación del derecho punitivo. Los resultados han sido los mismos. La terca realidad, impasible, sigue viendo cómo estos grupos de seres humanos sin lugar en la mesa del reparto social, continúan creciendo y fortaleciéndose porque una sociedad que no plantee, doctrinaria y prácticamente la posibilidad de integrar a todos sus miembros, padecerá sin remedio los efectos que hoy vemos en la mayoría de los pueblos centroamericanos. Como bien lo ha dicho Bernardo Kliksberg, los países exitosos en materia de "seguridad humana" (desarrollo integral de la ciudadanía) y no ya sólo en el estrecho margen "seguridad ciudadana" (frente al delito) son aquellos que han optado decididamente por la inversión social, en orden a colmar las necesidades básicas y no tan básicas de sus miembros, y nunca, se ha visto éxito alguno en las estrategias de "mano dura".

No es por casualidad que en una época de crecimiento e integración social en Costa Rica, como lo fueron las décadas de los años

cuarentas a los años ochentas del recién pasado siglo, se hayan dado las principales reformas penales y penitenciarias en dirección a integrar a quienes habían cometido infracciones penales. Sólo menciono en el campo penitenciario los cambios impulsados por Joaquín Vargas Gené a comienzos de los sesentas; o bien las transformaciones guiadas por Gerardo Rodríguez Echeverría en los años setentas. De igual manera el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales en la misma década de los setentas, son testimonios del impulso humanizador que acompañó un cierto proyecto de país que podemos llamar centripeto, integrador o inclusivo. Tampoco es casual que, en las últimas décadas, la dificultad para definir y poner en práctica un nuevo proyecto nacional, conozca formas de violencia, disolución y fractura social a las que no termina de dárseles respuestas adecuadas, en medio de un contexto más claramente centrifugo, que se mueve en dirección a discriminar y expulsar del cuerpo social a cada vez más gente.

Pienso, en fin, que el binomio humanismo y Derecho Penal sólo es posible sobre la base de un proyecto social que tenga como presupuesto sociológico un país que apueste a integrar a todos sus miembros, en el ámbito económico, tanto como en el político y social y, por supuesto en el ámbito del castigo. Tal propuesta sólo es posible si se reconoce la estrecha relación entre la persona humana, sus derechos y, en el reconocimiento de ellos, la posibilidad de hacérsele justicia, cualquiera sea la naturaleza de los conflictos en que se vea inserta. El derecho penal humanista es aquél que se niega a aceptar que haya personas esencialmente distintas que merezcan el calificativo de "bestias", por muy grave o "monstruoso" que pueda parecernos el hecho que hayan perpetrado. El derecho penal humanista se aferra a los principios largamente gestados desde los albores mismos de la humanidad y que tuvieron en la filosofía política iluminista el más alto de sus momentos y que, lejos de renegarse de ellos, hay que recordarles y reconfirmarlos en el contexto de la realidad mundial actual. El derecho penal humanista se niega a entender el conflicto penal como un enfrentamiento bis

a bis entre los derechos de las víctimas y el derecho de los acusados. Debe entenderse que la afirmación y reivindicación de los derechos de las víctimas no tiene porqué menoscabar los derechos de los victimarios, los cuales han sido una conquista que la humanidad no puede olvidar nunca el precio que se ha pagado por ellos. El derecho penal humanista es el que se niega a aceptar que la única respuesta punitiva ha de ser el encierro o la muerte y olvidarse de la gama de posibilidades que hay para ejercer un control social democrático, según sea la entidad del conflicto y la naturaleza de los intereses involucrados.

Vivimos días en los que, frente a la dinámica de la violencia delincencial se plantean dos vías igualmente inaceptables: la vía autoritaria, que propone –sin confesarlo abiertamente– el desmantelamiento del Estado de Derecho, sus libertades y garantías, para sacrificarlas en el altar de una dudosa seguridad; así como también se propone la vía inaceptable de la anarquía, la doctrina de sálvese quien pueda y de tomarse la justicia por propia mano. Frente a esas alternativas inadmisibles, hay que seguir apostando por el principio de razón, por el Derecho, no cruzándonos de brazos frente a la violencia social, sino buscando respuestas razonables, inmediatas y de largo plazo, que nos permitan seguir resolviendo los problemas de la democracia en democracia.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

Baratta, Alessandro; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*; Siglo XXI editores, s.a. de c.v.; Madrid, 2000.

Beccaria, Cesare; *De los Delitos y de las Penas*; Aguilar, Madrid, 1976.

Bergalli Roberto; Bustos Ramírez, Juan; Miralles, Teresa; *El Pensamiento Criminológico –un análisis crítico*; Editorial Temis S.A.; Bogotá, 1983.

Biblia de Jerusalén; Editorial Española Desclée de Brouwer; Bilbao, 1975.

Ferrajoli, Luigi; **Derecho y Razón-Teoría del Galantismo Penal**; Editorial Trotta; Madrid, 1995.

Kliksberg, Bernardo; **Mitos y Realidades sobre la Criminalidad en América Latina**; Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 21, N° 26, Editorama S.A., San José, 2009.

Wacquant, Loïc; **Las Cárceles de la Miseria**; Ediciones Manantial SRL, Buenos Aires, 2000.

- 1 Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Batista, Alexander; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*; Siglo XXI editor, s. a. de c. v.; Madrid, 2000.

Becerra, Oscar; *De los Crímenes y de las Penas*; Aguilar Madrid, 1978.

Bergall-Rosado, Gustavo; *El Pensamiento Criminológico - un análisis crítico*; Editorial Temis S.A., Bogotá, 1983.

Bills de Jeunstein; *Editorial Española Escelso de Brouwer*; Breda, 1972.

El conflicto penal como un fenómeno de derecho penal humanista se ve a entender en el contexto de la realidad mundial actual. El hecho es que hoy día se ven muchos países que están pasando por momentos de crisis económica y social, lo que genera un aumento de la criminalidad y de la violencia social. En este contexto, el derecho penal humanista se ve a entender como un fenómeno de derecho penal que busca la rehabilitación y la reintegración social de los delincuentes, en lugar de la imposición de penas severas. Este enfoque se basa en la idea de que el delito es el resultado de factores sociales y económicos, y que el sistema penal debe ser capaz de abordar estas causas. El derecho penal humanista es aquel que se niega a aceptar que haya personas esencialmente malas que merezcan el castigo. El hecho es que hoy día se ven muchos países que están pasando por momentos de crisis económica y social, lo que genera un aumento de la criminalidad y de la violencia social. En este contexto, el derecho penal humanista se ve a entender como un fenómeno de derecho penal que busca la rehabilitación y la reintegración social de los delincuentes, en lugar de la imposición de penas severas. Este enfoque se basa en la idea de que el delito es el resultado de factores sociales y económicos, y que el sistema penal debe ser capaz de abordar estas causas.

“ACCESIBILIDAD Y DESAFÍOS DE LA DEFENSA PÚBLICA DE COSTA RICA”

*Dr. Elías Carranza Lucero
Criminólogo**

Señor Luis Paulino Mora, Presidente de la Corte Suprema de Justicia; señora magistrada Anabelle León Feoli; señor magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez; señora Jefa de la Defensa Pública Marta Iris Muñoz Cascante; señoras y señores defensoras y defensores públicos, señoras y señores juezas y jueces; funcionarios y funcionarias del Poder Judicial: En el nombre del ILANUD y en el mío propio, gracias por escucharme.

Se me pidió referirme a la accesibilidad y desafíos de la Defensa Pública de Costa Rica. Considero indispensable, por las razones que trataré de explicar, analizar el caso de la defensa pública en el contexto integral del sistema de justicia penal del país.

Tuvimos la suerte, nuestra familia, de llegar a Costa Rica hace ya 31 años. La región estaba entonces plagada de gobiernos militares, y poderes judiciales y defensas públicas que a pesar de la elogiada actitud personal de algunos de sus miembros, eran, en el mejor de los casos, instituciones muy condicionadas, y en muchos casos brazos judiciales de los gobiernos militares.

Dentro de ese panorama, Costa Rica presentaba una situación excepcional, habiendo abolido el ejército, con una democracia consolidada, un poder judicial independiente con presupuesto establecido en la Constitución, y una sociedad con menores inequidades y violencia que las que caracterizaban en general a los países de la región. Tal situación excepcional hizo que las Naciones Unidas decidieran establecer, en 1975, el ILANUD en Costa Rica, y no en otros países que podían eventualmente ofrecer condiciones materiales más tentadoras, pero no tal situación social e institucional. Posteriormente se establecieron en el país, por las mismas razones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

En la misma década de los años setenta Costa Rica continuó avanzando sobre la situación positiva que tenía. Estableció un procedimiento oral en su fase del juicio –que se llamó “procedimiento oral mixto moderno”-, creó su policía técnica judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia, que es excelente (y sigue siendo el único país que la posee en las Américas), estableció el Ministerio Público con su actual estructura, y también la Defensa Pública que actualmente posee el país. Más tarde aprobó su ley de justicia penal juvenil, y estableció su sistema especializado en la materia, que es modelo en la región. Y posteriormente siguió avanzando con sucesivas reformas parciales al Código Procesal Penal y al Código Penal –algunas de las reformas a éste último discutibles- y con su sanción de la ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

Se establecieron específicamente tres instituciones que podríamos llamar “nuevas”, aunque ya existían en el viejo sistema, pero no con su estructura actual. Me refiero a la Policía Técnica Judicial, el Ministerio Público y la Defensa Pública. En general en la región, y también en Costa Rica, el Ministerio Público y la Defensa Pública existían casi nominalmente, porque si bien son parte esencial del proceso, existían de manera larvada o raquíta, y por su parte la policía judicial no existía. Solamente existía la policía dependiente del poder ejecutivo, que era la que, además de las funciones regulares de la policía de esa naturaleza, tenía a su cargo, malamente, la investigación de los delitos. Malamente porque además de depender del poder ejecutivo carecía de la profesionalidad y recursos que caracterizan al actual Organismo de Investigación Judicial.

En la gran reforma de la década de los años setenta se establecen estas tres instituciones como las conocemos en la actualidad. No nos

referimos específicamente a la judicatura porque, si bien también ella fue fortalecida, y luego de la reforma procesal de 1996 se producen también cambios en ella tales como la supresión de los jueces y juezas de instrucción y la creación de los jueces y juezas de garantías o de la etapa "intermedia", los cambios en la judicatura no fueron esenciales como los que tuvieron lugar en la Defensa Pública, el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial.

En la gran reforma de los años 70 se establecen, entonces, estas tres instituciones como las conocemos en la actualidad. Y son tres instituciones que, conjuntamente con la judicatura, conforman un modelo de justicia penal que viene siendo tomado como ejemplo por las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, por agencias y países cooperantes y países recipientes de la cooperación, y cuyos funcionarios, en una proporción no igualada por ningún otro país, recorren la región y también países fuera de ella brindando la asistencia técnica que se considera mejor y más actualizada. Se estableció un sistema de justicia penal de muy buenas calificaciones, probablemente las mejores, o una de las mejores, comparativamente, dentro de la realidad contemporánea de los países de las Américas, por la calidad de su investigación criminal, el porcentaje de casos esclarecidos, el tiempo promedio de duración de los juicios, la calidad de la acusación, la de la defensa y las sentencias, su bajo número de personas presas sin condena, la transparencia del sistema, la capacitación y profesionalidad de sus funcionarios, la independencia de éstos en el ejercicio de sus funciones, la ausencia de corrupción institucionalizada que es una lamentable realidad en muchos países de la región y del mundo, las condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad, y otras.

Al hacer este análisis comparativo me refiero a "las Américas", desde los Estados Unidos de América y Canadá, hasta Chile y Argentina.

Lógicamente, al comparar tomando en cuenta los citados indicadores, no partimos de la base de que los países que tienen una mejor justicia penal sean necesariamente los que tienen pena de muerte, ni las tasas más altas de presos (aunque Costa Rica tiene una tasa alta: la

quinta en las Américas); tampoco los que tienen cárceles privadas, los que privatizan la defensa pública, los que practican la negociación del delito y de la pena (la llamada *plea bargaining*); ni tampoco necesariamente los que tienen más tecnología (aunque Costa Rica tiene sofisticada tecnología en varios ámbitos de su sistema de justicia penal). De otro modo llegaríamos a la conclusión de que los países más ricos y con más tecnología son necesariamente los más democráticos y con mejor justicia que los de bajos o medianos ingresos. En materia de justicia penal el ingreso *per cápita* y la tecnología de los países es menos importante que su cultura jurídicopenal, su educación, sus normas, y su estado constitucional y social de derecho.

También debemos tener en cuenta que los sistemas de justicia penal son sistemas cuya función es intensa e inagotable. Siempre en ellos hay cosas que corregir, mejorar o superar, sobre todo en períodos de crisis económica y social, como los que viven actualmente en mayor o menor medida todos los países, pero que siempre es más grave en los que son periféricos o de medianos y bajos ingresos como es el caso de todos los de América Latina. Por eso hacemos la evaluación del sistema de justicia penal de Costa Rica de la única manera que se puede evaluar y medir en ciencias sociales: comparativamente, en el contexto de los países de la comunidad internacional, y más específicamente en el contexto de los que comparten la misma región.

Lógicamente, en una situación como la actual en materia de criminalidad y alarma social, en la que en todos los países de América Latina -entre ellos en Costa Rica- la seguridad de los habitantes frente al delito es tema primordial en los medios de comunicación masiva, en las estadísticas y en las encuestas, aparecen opiniones que dicen que la justicia penal no funciona, la policía es corrupta, los tribunales están integrados por lunáticos o por personas excesivamente benevolentes, el ministerio público no sirve, la defensa pública defiende delincuentes (cosa que no debería sorprendernos), y habría que cambiar el sistema y todas y todos sus funcionarios. Y como reacción a ello, surgen proyectos que

proponen reestructuraciones radicales en las tres instituciones que estamos analizando, proponen separarlas de la estructura del Poder Judicial de la que forman parte, asignarles su propio presupuesto, y establecer una nueva forma de designación de sus funcionarios. Sobre esto es importante hacer una tarea de difusión objetiva de la situación de la criminalidad y la justicia penal para evitar que apresuradamente se tomen decisiones equivocadas y acabemos, como se ha dicho gráficamente, arrojando el niño junto con el agua de la bañera.

Inclusive si tomáramos para medir el funcionamiento del sistema de justicia penal como indicador uno muy discutible, como la tasa de personas presas, la conclusión sería que el sistema funciona con eficacia y posiblemente con excesiva "eficacia", ya que ante el aumento del delito el país duplicó su tasa de personas presas y triplicó su número absoluto en el curso de los últimos 15 años, pasando de 3.346 a 9.384 al 30 de septiembre del 2009¹. Por lo tanto no es cierto que se encierre poco.

Al hablar de posibles reestructuraciones a la justicia penal es indispensable referirse a la situación de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en la región, y a nivel mundial. La situación costarricense no es excepcional, y es necesario tomar nota de eso.

El actual momento mundial es un momento de aumento sostenido de las tasas de criminalidad y altísimas tasas de delitos contra la vida y contra la propiedad en los países de medianos y bajos ingresos de todas las regiones del mundo, categoría que incluye a todos los de América Latina y el Caribe (no hay países de altos ingresos en nuestra región, en la clasificación del Banco Mundial). Y veamos algo muy importante para el análisis: Al mismo tiempo que aumenta el delito en los países de medianos y bajos ingresos, en los de altos ingresos descende sostenidamente desde los años noventa. Esto está verificado para el caso de los homicidios y los delitos contra la propiedad en varias investigaciones muy rigurosas, y surge de la información oficial de los países sobre la criminalidad y los sistemas de justicia penal, y de la información de los anuarios sociales del Banco Mundial y de CEPAL. Está verificado que el aumento o disminución de tales delitos

tiene correlación directa con la inequidad de la distribución internacional del ingreso, entre países, y al interior de los países, inequidad que a su vez tiene correlación con numerosas otras variables además del delito. El tema merecería un análisis más extenso², pero en el tiempo disponible, y para lo que ahora necesitamos, mostraremos solo tres cuadros y un gráfico. Comenzaremos por los cuadros, que exhiben las tasas de homicidios agrupadas por países. El homicidio, como sabemos, es entre la criminalidad ordinaria el delito más grave, y también el que puede medirse con mayor rigor. El X estudio de las Naciones Unidas sobre criminalidad y justicia penal recoge los datos de criminalidad de 198 países/territorios de todo el mundo. Entre los 198 hay 17 que tienen las tasas de homicidio más altas, de 30 o más por cada cien mil habitantes. Pues bien, nueve de tales diecisiete se encuentran en América Latina y el Caribe, y cuatro de tales nueve específicamente en América Central: El Salvador, Guatemala, Honduras y Belice. Los otros cinco son Colombia, República Bolivariana de Venezuela, Haití, Brasil y Jamaica. Y los restantes países de América Latina y el Caribe no van muy en zaga, todos con tasas muy altas dentro del contexto mundial.

**PAÍSES DE AMÉRICA LATINA, TASAS DE HOMICIDIO INTENCIONAL X 100.000,
ESTIMACIONES BAJA Y ALTA, AÑO 2004**

PAÍS	Est. baja	Est. alta	FUENTE	
Colombia	45.5	61.1	Policía Nacional	PAHO-03/05
El Salvador	56.4	57.5	PAHO-02/04	UN-CTS-10
Venezuela,Rep.Bolivariana de	32.5	37.0	PAHO-03/05	Policía Nacional
Guatemala	26.3	36.4	PAHO-02/04	Policía Nacional
Haití	5.3	33.9	WHO	UNODC Survey data
Honduras	13.8	32.2	WHO	Observatorio Violencia
Brasil	26.02	30.08	Mins.Salud y Just.	PAHO-03/05
R. Dominicana	16.8	24.2	WHO	Procurador General
Ecuador	16.8	18.5	PAHO-03/05	UN-CTS-9
Paraguay	15.3	17.8	UN-CTS-10	PAHO 04/06
Nicaragua	12.0	17.4	Policía Nacional	PAHO-03/05
Panamá	11.5	13.4	UN-CTS-10	PAHO-02/04
México	10.9	11.3	PAHO-04/06	ICESI cita Policía Nac.
Costa Rica	6.2	7.3	UN-CTS-9	PAHO-04/06
Cuba	6.0		PAHO-04/06	
Uruguay	4.7	6.0	PAHO-03/05	Ministerio del Interior
Argentina	5.3	5.5	PAHO-04/06	UN-CTS-10
Chile	2.9	5.5	Policía Nacional	PAHO-03/05
Bolivia	3.7	5.3	WHO	UN-CTS-10
Perú	3.0	5.7	PAHO 02/04	UN-CTS-9

E. Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de ONUDC International Homicide Statistics 2008.

**PAÍSES DEL CARIBE, TASAS DE HOMICIDIO INTENCIONAL X 100.000, ESTIMACIONES
BAJA Y ALTA, AÑO 2004**

PAÍS	Est. Baja	Est. alta	FUENTE	
Jamaica	33.7	55.2	WHO	National Police
Belice	21.9	30.1	WHO	UN-CTS-9
Bahamas	13.8	22.5	Interpol-04	WHO
San Cristóbal y Nevis	22.7		National Police	
Santa Lucía	19.4	21.3	Nacional Police	WHO
Puerto Rico	18.9	20.3	PAHO 02/05	Nacional Police
Trinidad-Tobago	13.7	19.6	WHO	UNODC, Ntnl. Pol
Guyana	17.7	19.2	National Statistical Office	PAHO 03/05
San Vicente y Las Granadinas	16.0		WHO	
Surinam	10.2	11.8	UN-CTS-9	PAHO-03/05
Barbados	9.8	15.1	Interpol-04	WHO
Dominica	10.3		WHO	
Anguila	8.3		National Statistical Office	
Antigua y Barbuda	7.7		WHO	
Granada	4.9		WHO	
Bermuda	1.1		UN-CTS-9	

E. Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de ONUDC International Homicide Statistics 2008.

Veamos ahora el altísimo contraste entre estas tasas y las de las regiones y países de altos ingresos. El cuadro siguiente, de los países de Europa, lo muestra.

De los 27 países incluidos en el cuadro, 20 son de “ingresos altos”. Los otros 7 son de “ingreso medio alto”: República Checa, Estonia, Hungría, Latvia, Lituania, Polonia, y Slovakia. (El Banco Mundial hace una subclasificación entre los países de ingreso medio, en ingreso medio alto, e ingreso medio bajo). Observemos lo siguiente: Los 20 países de altos ingresos tienen todas tasas bajísimas, de entre menos uno y menos de tres homicidios por cien mil. Por su parte, los únicos tres países que exceden el rango de 3 por cien mil, pertenecen al grupo “no-de altos ingresos” (Estonia, Latvia y Lituania). Corroboramos así cómo la relación entre ingreso per cápita y criminalidad que estamos analizando se da también al interior del grupo de los países de Europa.

**EUROPE, INTENTIONAL HOMICIDE, RATE PER 100,000 POPULATION, LOW ESTIMATE -
HIGH ESTIMATE, 2004**

Czech Republic	1.3	2.2	WHO	UN-CTS-9
Denmark	0.8	1.1	UN-CTS-9	EUROSTAT
Estonia	6.7	8.9	UN-CTS-9	WHO
Finland	2.6	2.8	WHO	UN-CTS-9
France	0.8	1.6	WHO	UN-CTS-9
Germany	0.7	1.0	WHO	UN-CTS-9
Greece	0.9	1.0	WHO	EUROSTAT
Hungary	2.1	2.2	EUROSTAT	WHO
Iceland	1.0	1.0	UN-CTS-9	WHO
Ireland	0.7	1.1	WHO	EUROSTAT
Italy	1.0	1.2	WHO	UN-CTS-9
Latvia	8.6	10.2	UN-CTS-9	WHO
Lithuania	9.1	10.3	EUROSTAT	WHO
Luxembourg	0.4	1.1	EUROSTAT	WHO
Malta	0.7	1.7	WHO	UN-CTS-9
Netherlands	1.2	1.4	WHO	EUROSTAT
Norway	0.8	0.8	UN-CTS-9	WHO
Poland	1.6	1.7	WHO	UN-CTS-9
Portugal	1.4	1.8	EUROSTAT	UN-CTS-9
Slovakia	2.0	2.3	WHO	UN-CTS-9
Slovenia	1.5	2.1	UN-CTS-9	WHO
Spain	1.2	1.4	EUROSTAT	WHO
Sweden	1.2	2.4	EUROSTAT	UN-CTS-9
Switzerland	0.9	2.9	WHO	UN-CTS-9
U K - Eng & Wales		1.6		EUROSTAT
U K - Nort Ireland		2.4		EUROSTAT
U K - Scotland		2.6		EUROSTAT

Extraído de ONUDC International Homicide Statistics 2008

NOTA: Todos los países incluidos en el cuadro son países clasificados por el Banco Mundial como de Altos Ingresos, menos los siguientes que clasifican como de Ingreso Medio Alto: Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Polonia, Slovakia

Para resumir de manera rotunda el caso de los países de altos ingresos y su notable contraste con los de medianos y bajos ingresos (entre ellos los de América Latina y el Caribe), citemos solo un párrafo del reciente estudio de Kauko Haromaa y Markku Heiskanen, publicado por el Instituto Europeo para la Prevención y Control del Delito Afiliado a las Naciones Unidas (2008: 53 y ss). El estudio divide los países de Europa en cuatro grupos, y dice textualmente: ***"las tasas de los homicidios han venido decreciendo de manera consistente en todos los grupos de países con un promedio de reducción del 28% desde 1995 hasta 2004" ... el grupo de países compuesto por "Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España, Suecia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Escocia, Islandia, Noruega, Vaticano y Suiza mantienen el nivel más bajo, con una tasa de menos de 2 x 100.000 que ha venido lentamente decreciendo"***. Agregan los autores que en el caso de EEUU el descenso en los homicidios fue muy significativo, del 33%, pasando de 8,2 a 5,5, y que en Canadá, que tenía una tasa de 1.8, se mantuvo en un nivel muy bajo, pasando a 2.0 (p.58-59).

Podríamos poner en pantalla si el tiempo lo permitiera cuadros con las tasas de homicidios de los grupos de países de bajos y medianos ingresos de las otras regiones del mundo. El contraste que veríamos para con los países de altos ingresos es similar al que vemos para el caso de nuestra región.

Concluamos definitivamente con este punto observando un último gráfico impactante:

Promedio de homicidios por 100.000 habitantes en países que reportaron sus datos a los estudios de las Naciones Unidas sobre tendencias del delito y justicia penal, 1980-2000



Adaptado de Shaw et alii "Determining Trends in Global Crime and Justice", en Forum on Crime and Society, vol 3, numbers 1 and 2, December 2003:44, United Nations Office on Drugs and Crime.

El gráfico exhibe las medias aritméticas de las tasas de homicidios de veinte años (1980-2000) de los 114 países que reportaron sus datos a las Organización de las Naciones Unidas. La media mundial es de 7 homicidios por cada cien mil habitantes. Para nuestros efectos en este momento nos interesa señalar solo dos cosas: i) todos los países de altos ingresos, de todas las regiones del mundo, con solo una excepción, exhiben tasas de homicidio más bajas que la media mundial.

A su vez, ii) todos los países que poseen tasas de homicidio más altas que la media mundial -con solo dicha excepción- son países de ingresos bajos o medianos. Y vale agregar que la excepción entre los países de altos ingresos -que era Estados Unidos de América- tampoco es ya más una excepción, porque en el curso de los últimos diez años también redujo su tasa de homicidios a menos de siete por cien mil, al tiempo que, por contraste, países de medianos ingresos que tenían tasas más bajas que la media mundial, como Costa Rica, hoy se encuentran entre los países de tasas altas. Costa Rica, que tenía una tasa de 4,2 por cien mil hasta 1992, hoy exhibe 11,1 por cien mil, habiendo multiplicado por 2,5 su tasa de homicidios. Las dos partes del gráfico van haciéndose cada vez más polarizadas y definidas.

El gráfico pone de manifiesto el gran condicionamiento que implica pertenecer a una u otra categoría de países según su ingreso per cápita, respecto de poseer tasas altas o bajas de homicidios y violencia. Así como la comunidad internacional exhibe una distribución inequitativa del ingreso entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, de igual manera verificamos que ocurre una inequitativa distribución de la criminalidad y de muchas otras cosas que tienen correlación con la distribución del ingreso, tales como la educación, la salud, la vivienda y otras.

Y los informes anuales del Banco Mundial y de CEPAL indican que la tendencia internacional de la inequidad es hacia su agravación, no hacia su reducción.

Como antes dijimos, la situación de Costa Rica no es excepcional. Hay variables estructurales que explican lo que está pasando en toda la región y en los países de medianos y bajos ingresos del mundo en general. Y es un error pensar que rigidizando y aumentando la justicia penal, o haciendo reformas apresuradas que destruyan el modelo que con más eficacia y eficiencia funciona en la región, mejoraremos. Refiriéndonos ahora específicamente a la Defensa Pública: Dentro del panorama regional de los sistemas de justicia penal (en algunos países muy grave) y dentro de ellos el de las defensas públicas, la de Costa Rica es una institución digna del mayor elogio.

Hacemos este juicio evaluándola entre otros indicadores por la calidad de sus defensas, y por su grado de independencia en el ejercicio de éstas. Un importante indicador de su grado de independencia son sus recursos planteados ante jurisdicciones internacionales, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³ El costarricense es un modelo de defensa estatal, con un número razonable de profesionales por número de habitantes y adecuados recursos materiales para desempeñar su función eficaz y eficientemente, con gran reconocimiento profesional por parte de los especialistas en ciencias penales del país y del extranjero que tienen oportunidad de conocerla, como asimismo por parte de los justiciables que les toca defender.

Insistiendo en lo que antes dijimos respecto de que la defensa pública está inserta dentro de un sistema de justicia de excelencia, debo decir que hace muy pocos días en una visita que hicimos al Tribunal de Pensiones Alimentarias de procedimiento oral de Alajuela, con expertos japoneses y funcionarios de varios países de la región, toda la comitiva quedamos impactados, y los expertos japoneses nos dijeron que ellos en su país no poseen un sistema como el que actualmente funciona en ese Tribunal.

Terminaré mi intervención con una referencia final a los proyectos de reformas a la justicia penal, algunos ya entrados en la Asamblea Legislativa, y otros que aún no tienen estado legislativo. Hay proyectos que proponen cambiar la naturaleza y estructura del Ministerio Público, la Defensa Pública y la Policía Judicial desmembrándolas del poder judicial.

Un argumento principal que se esgrime es que la actual estructura de la justicia penal de Costa Rica no se ajusta a determinado modelo ideal de justicia. Sobre esto discutíamos con un amigo, eximio procesalista latinoamericano que ha colaborado muchas veces con Costa Rica, quien me repetía que el modelo ideal de la justicia penal es aquél en el que estas instituciones y la judicatura tienen todas total autonomía e independencia entre sí, y que un modelo como el costarricense, en el que no existe esa separación total, es un contubernio inaceptable.

Yo le respondí: querido amigo, la mayoría de los

países en nuestra región poseen ese modelo ideal. Dame, por favor, un ejemplo de uno de esos países, cuya defensa pública, ministerio público, judicatura y policía de investigación criminal funcionen con la independencia, la calidad y la profesionalidad con que lo hacen en Costa Rica; sobre todo con la independencia, que es el principal argumento que teóricamente se esgrime en defensa de ese modelo ideal, pero que en Costa Rica ha alcanzado su máxima expresión en el contexto de las Américas, y sin duda con una buena posición dentro de la comunidad internacional toda.

Los modelos ideales son justamente eso: modelos ideales, pero la justicia penal es una realidad fáctica, y tenemos que estudiarla y mejorarla con los métodos de las ciencias fácticas.

Otro argumento que se esgrimió inicialmente, que últimamente no he visto muy utilizado, pero que considero que es un argumento subyacente y muy importante, es el presupuestario. Como sabemos, la Constitución establece el 6% del presupuesto nacional para el Poder Judicial. Autonomizándose la defensa pública, el ministerio público y la policía judicial, dicho porcentaje podría quedar exclusivamente para la judicatura. Hay que reconocer que quienes alguna vez esgrimieron ese argumento lo han hecho con honestidad intelectual, objetividad y frontalidad. Sin embargo, creo que es un argumento mezquino en sus consecuencias. El país y el mundo confrontan una situación de grave crisis, y es necesario que todas las instituciones se zoquen la faja parejo, o mejor aún, si se pudiera, proporcionalmente, más ajustada para los de arriba, y más laxa para los de abajo. Si autonomizáramos estos organismos separándolos de la estructura del poder judicial ello le costaría mucho dinero al país, o podría también muy probablemente ocurrir que creáramos organismos raquíticos.

Otro argumento que creo importante, aunque no se expresa abiertamente, sería el de que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia ejercen una función de supervisión de tales organismos, y, como es explicable, quisieran no tener a su cargo tal responsabilidad. El caso de la policía judicial es el que más inquieta.

Desde el panorama regional y en alguna medida

mundial que nos facilita un organismo como el ILANUD, estamos convencidos de que la calidad de la actual Policía Judicial y del Ministerio Público –lo mismo vale para la Defensa Pública– se explica fundamentalmente por la relación que tienen para con la Corte Suprema de Justicia. Si los magistrados que tienen a su cargo dicha relación no tuvieran que abrir de tanto en tanto los periódicos y encontrarse con la incomodidad de que un funcionario de la policía dependiente del Poder Judicial se encuentra vinculado a un caso de criminalidad transnacional, en poco tiempo Costa Rica pasaría a tener una policía con corrupción institucionalizada, como las que lamentablemente se han extendido en las Américas, y un ministerio público sin independencia. Fruto de tal incomodidad, en cambio, es que el país posee una policía judicial tan respetable que uno de sus recientes jefes pasó de dicha posición a integrar la Corte Suprema de Justicia, y otra pasó de allí a la Vicepresidencia de la República. En cualquier país de la región el antecedente de haber ejercido la jefatura de policía hubiese sido una gran limitante para pasar a ejercer esas altas posiciones.

Si pensamos en términos de modelos ideales de justicia, sin duda muchas cosas se nos podrían ocurrir que cambiarían –pero podrían destruir– el modelo costarricense. Pero Costa Rica debe tener la sabiduría de no alterar un modelo original que supo crear acorde a su idiosincrasia y necesidades, y que funciona bien; y mucho menos cambiar hacia modelos que existen desde hace mucho tiempo en otros países de la región con resultados incomparables para con los del costarricense, que ha demostrado ser el más eficaz, eficiente y menos irrespetuoso de los derechos fundamentales de víctimas, victimarios y operadores del sistema.

Aún si quisiéramos perfeccionar el modelo pensando en respetarlo, el momento de hacerlo no sería hoy cuando el mundo entero está en crisis, y menos copiando países que están en peor situación que Costa Rica ante la crisis. Aprendí hace mucho tiempo en Costa Rica que “las bolsas se acomodan andando”. No puedo entender hoy el apresuramiento de tirar todo por la borda. Y confío que prevalecerá la filosofía de la prudencia.

Pensando en fortalecer el modelo nacional, una cosa que se podría hacer en el futuro es homologar las carreras y salarios de los funcionarios y funcionarias de la Defensa y el Ministerio Públicos con la Judicatura. El actual sistema que tiene como primer escalón profesional y salarial la defensa, y continúa con un segundo escalón en el Ministerio Público para acceder finalmente a la judicatura no parece ser, hoy, el más justo ni el que más garantice la excelencia de las funciones de la defensa ni del ministerio público. Sin embargo por las razones que explicábamos no creo tampoco que sea éste el momento adecuado para hacerlo.

Nuestra sugerencia por el momento sería no alterar en absoluto el modelo costarricense de justicia penal. Dejarlo que funcione, con una rigurosa selección de los funcionarios y funcionarias que de tanto en tanto deben incorporarse, y una periódica capacitación en servicio. Mientras tanto el país todo, también el poder judicial, debería zocarse la faja durante algún tiempo, ojalá redistribuyendo con más justicia distributiva, no con más justicia penal. El mundo entero, no solo Costa Rica, ha venido retrocediendo durante las tres últimas décadas porque la inequidad de la distribución del ingreso ha venido creciendo de manera vergonzosa, entre países, y al interior de los países. Y ese ha sido también el caso en Costa Rica. El país necesita más y mejor justicia distributiva, no más justicia penal. Y el Poder Judicial podría ser el que dé el ejemplo haciéndolo dentro de su ámbito.

* Conferencia presentada en el Congreso Ideológico de la Defensa Pública, Auditorio del Poder Judicial, 7 de octubre de 2009.

1 Presos y presas en el sistema institucional. Si se agregan los que están en el régimen de confianza la cifra se eleva a más de 12 000.

2 Un análisis detallado y con citas puede verse en el reciente libro del ILANUD titulado "Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas", Editorial Siglo XXI, México 2009.

3 El 02 de julio del 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Costarricense en el caso a favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa, debido a temas como el de libertad de expresión y otros procesales penales como la imparcialidad del juzgador y el conocimiento integral de la sentencia que debe posibilitarse de ser realizado a petición de parte por el órgano superior de la jurisdicción penal. Ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos modificar la legislación de este país en seis meses para hacerla corresponder con la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente con su artículo 8.2 inciso h). Ante esto, el Estado de Costa Rica, con la participación de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, o Sala de Casación Penal, realizó un proyecto de ley, cuyo contenido, desde la visión de la Defensa Pública de Costa Rica, no cumplía con lo que ordenara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada resolución, sobre todo en lo referente a ampliar las garantías procesales de los imputados, dejando de lado los límites que los actuales recursos plantean, tanto la Casación como la Revisión en materia penal.

La Defensa Pública de Costa Rica utilizó la figura de la *Amicus Curiae* para denunciar y aportar información que se considera de importancia, respecto a la negativa del país en ejecutar lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; este documento fue presentado ante este tribunal Internacional el 02 de febrero del 2005 y remitido posteriormente también a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con ello la Defensa Pública de Costa Rica participa en la ejecución de una sentencia de un Tribunal Internacional, actuando en forma activa contra el Estado, pese a formar parte de éste, y de encontrarse dentro del Poder Judicial lugar donde nacen las ideas de reforma legislativa. Este es un primer paso realizado en la etapa de ejecución de un proceso ya decidido, dentro de las acciones posibles que habrían de ejecutarse desde las Defensas o Defensorías Públicas de nuestros países, a favor de sus defendidos y en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

FLEXIBILIDAD DE LA PENA Y ALCAHUETERÍA PENITENCIARIA

*Dr. Roy Murillo Rodríguez¹
Juez de Ejecución Penal*

A partir de una entrevista realizada en un periódico de circulación nacional a uno de los jueces penales de mayor grado en Costa Rica, titulada "Estamos bajo un sistema permisivo y alcahueta"¹, se despertó mi curiosidad e interés por abordar el tema tratado. En resumen el magistrado expone la necesidad de una línea dura contra el hampa. Señala que no se trata de incrementar las penas sino –en sus palabras- de la "*aplicación propia, completa y exacta de las penas impuestas*", de tal manera que el delincuente tenga que purgar la pena completa y la sanción tenga entonces un efecto ejemplarizante y sea más disuasiva y persuasiva. Critica el modelo penitenciario progresivo al considerarlo un sistema permisivo y alcahuete, que no ha servido ni sirve, pues permite la salida anticipada del preso en condiciones desfavorables que sale a delinquir y agredir nuevamente a la sociedad. Un modelo que no responde y que presenta un sesenta por ciento de reincidencia. Cual cadena de entrevistas, días después, el mismo funcionario en otro periódico nacional², con precisión expone una idea que ya se vislumbraba: la no aplicación de beneficios penitenciarios. El discurso también es secundado por otros juristas³. Creo que el asunto amerita un análisis. A eso dedico esta exposición.

Para que el tema se ubique correctamente, debemos en primer término aclarar algunos aspectos. Para comenzar, en Costa Rica desde hace muchos años fue derogada la normativa que establecía el sistema progresivo penitenciario, a partir de la reforma impulsada por la ex Ministra de Justicia y Gracia, Elizabeth Odio Benito, quien impulsó el Plan de Desarrollo Institucional, a partir del Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social –Decreto Ejecutivo 22198-J del 26 de febrero de 1993- y el Reglamento de Derechos

y Deberes de los privados y las privadas de libertad –decreto ejecutivo 22139-J del 26 de febrero de 1993. La ubicación penitenciaria entonces ya no se presenta por grados sino que existen diferentes niveles de atención del interno –institucional, semi-institucional o en comunidad- según sus características personales, su capacidad convivencial, y la necesidad de atención y contención técnicas. Es cierto que en la práctica, muchas veces parece que se mantiene arraigada la progresividad, pero de manera alguna es correcto definir el sistema penitenciario costarricense como un sistema progresivo. Lo que sí autoriza la actual regulación es, como señalamos, el cumplimiento de la pena bajo diferentes niveles de atención, sin necesidad incluso de aval judicial⁴, lo que permite potenciar el principio de flexibilidad de la pena en nuestro régimen. De esta forma, la sanción privativa de libertad puede cumplirse bajo diferentes niveles de contención según las características, reacción, y evolución del individuo. Se facilitan así espacios para asegurar la incorporación paulatina y anticipada del sujeto en la comunidad. Existe además la posibilidad de descontar días de reclusión mediante el trabajo penitenciario, de tal forma que si el preso dedica su encierro a realizar trabajo o estudiar, obtiene un descuento adicional. Así, de mantenerse laboralmente activo todo el periodo de reclusión –o al menos a partir de la media pena pues actualmente el beneficio solo rige a partir de la mitad de la sanción- cada año de prisión lo descontaría con diez meses efectivos de prisión. ¿Será a estas disposiciones y a la posibilidad de otorgar en vía judicial el beneficio de libertad condicional que se refiere el entrevistado, cuando tilda al sistema de permisivo y alcahueta?

Propone el entrevistado la supresión de todos esos beneficios para que la pena sea

ejemplarizante y más efectiva, disuasiva y persuasiva, tal y como lo quiere el pueblo porque "éste no se equivoca", como él lo señala.

La propuesta de eliminar la flexibilización de la pena, nos invita a la reflexión, aunque debemos señalar que para nada es novedosa ya que desde hace muchos años hay sectores que la promueven, incluso desde el discurso más conocido del Garantismo Penal, con el cual el entrevistado está en desacuerdo.

La idea expresamente la propone uno de los principales exponentes del Garantismo Penal en el ámbito europeo y latinoamericano, de manera que es precisamente Luigi Ferrajoli quien defiende la necesidad del cumplimiento cabal de las penas como uno de los principios rectores de su pensamiento garantista. Si debemos por supuesto señalar una diferencia absoluta entre la propuesta de Ferrajoli y quienes abogan por un sistema meramente represivo, y es que el famoso profesor italiano renuncia a la finalidad resocializadora de la sanción penal y a la flexibilidad de la pena, pero dentro de un modelo que exige limitar el monto máximo de la prisión a diez años. Por otro lado, y como lo veremos a continuación, lo hace en función de razones de protección a la libertad y la dignidad humana y nunca por razones de seguridad.

Nos parece interesante entonces, antes de plantear algunas observaciones a la propuesta nacional del magistrado, proceder a exponer las ideas del profesor italiano.

Desde su Teoría Sistemática y el modelo de un derecho penal mínimo, **Luigi Ferrajoli** pretende la reconstrucción racional del sistema penal, procesal y penitenciario, dirigido a la minimalización de la violencia y la prevención de penas arbitrarias⁵. El autor aboga por la reducción o contracción del sistema y su restitución como *ultima ratio*, demanda una defensa por la legalidad y la igualdad, la reducción de los amplios márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo, así como una mayor visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.⁶ Una lucha contra la incertidumbre y

la irracionalidad del Derecho. En definitiva una defensa por la certeza racional⁷ del derecho que asegure el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos.

El profesor italiano realiza una profunda y fundamentada crítica a la ejecución de la sanción privativa de la libertad y al funcionamiento de las cárceles. Las observaciones que realiza evidencian un vasto conocimiento no solo del marco teórico de la ejecución penal sino además de la práctica penitenciaria y su común dinámica.

Desde su posición nos ofrece una interesante propuesta de ejecución penal –denominada por nosotros como una propuesta de "**Derecho penitenciario mínimo**"– que sin embargo parece no haber sido atendida ni analizada desde la doctrina penal, la que, como sucede normalmente, concentra su estudio en aspectos del derecho procesal y de derecho penal olvidándose de la ejecución de la pena.

Parece que aún no se comprende que la fase de ejecución penal es una etapa más del proceso penal, y que precisamente todas las fases del proceso que le preceden, existen para asegurar la legitimación del castigo que se imponga.

El proceso penal no finaliza con el dictado o la firmeza de una sentencia condenatoria.⁸ Por el contrario, a partir de ahí es que se impone con mayor claridad la potestad de castigo delegada por la sociedad, a la autoridad única del Estado. Por lo tanto, lejos de lo que sucede en la práctica, esta etapa requiere ser objeto de atención, análisis e investigación, en función de asegurar un ejercicio transparente y objetivo de la potestad de castigo a través del fortalecimiento de las garantías del ciudadano condenado, asegurando su acceso a la justicia y el efectivo respeto de los derechos constitucionales, legales y penitenciarios. Este núcleo de garantías y derechos, a través de los cuales se procura equilibrar la posición del ciudadano frente al poder del Estado, en realidad no constituyen "*beneficios*" exclusivos de los "*transgresores de las normas*" sino que son garantías para todos: cualquiera de los

que estamos fuera de los muros de la prisión, podríamos vernos repentinamente ubicados "del otro lado" y entonces también tendríamos la posibilidad de exigir el respeto de nuestra dignidad y de nuestros derechos.

Percibir este orden del proceso y terminar con la idea de que éste finaliza con el dictado de la sentencia, resulta una ardua tarea, pues la disfunción del sistema de justicia penal es tal, que continúa acentuando y concentrando las garantías en la fase de juicio mientras tolera su disminución en la fase posterior⁹, donde normalmente hasta las mismas leyes justifican que "ley y orden" –el típico lema de muchos sistemas penitenciarios- permitan la devaluación de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

A) CRÍTICAS DE FERRAJOLI AL SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL Y LAS PRISIONES.

1) Rechazo a la finalidad de prevención especial y general de la pena.

Ferrajoli renuncia a la finalidad resocializadora de la pena y a cualquier finalidad correctiva o pedagógica, al considerar que más que prevenir delitos o castigar determinados hechos, procuran transformar personalidades "desviadas" de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o alternatively de neutralización. Con las "Ideologías RE"¹⁰ la pena asume la forma de un tratamiento que apunta a la transformación o neutralización y la reeducación hacia los valores dominantes, lo que impone una aflicción al sujeto y constituye una lesión a su libertad moral en menoscabo a la libertad interior del detenido y su derecho de ser y permanecer como es, al entrometerse el Estado en la personalidad psíquica del individuo y tratar de transformarlo moralmente.¹¹ Esta situación atenta contra el deber del Estado de igual respeto a las diferencias y la tolerancia a todos, incluso a la personalidad más perversa y enemiga.¹² Para el autor, además el fin pedagógico o de resocialización no es realizable, porque las cárceles son un lugar altamente

criminógeno, de formación e incitación al delito.

De las diferentes posiciones del utilitarismo, la única que rescata el autor es la de la prevención general de los delitos, pero considera que por sí misma no es suficiente como justificación y legitimación, pues podría dar base a una extralimitación del sistema en función de asegurar ese objetivo, por lo que señala que ese argumento debe complementarse con otra finalidad, concretamente la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas. De esta manera la **prevención de delitos y de penas arbitrarias o desproporcionadas** constituyen la finalidad de la pena.

2) Renuncia a la flexibilidad de la sanción privativa de libertad. Por la certeza en la duración de las penas.

Para el autor la dinámica de la ejecución penal, tal y como funciona en la práctica con el otorgamiento de beneficios judiciales o penitenciarios, a través de los cuales se modifica la sanción, no respeta la estricta legalidad y produce el vaciamiento de las garantías penales y procesales, lesionando la libertad y la dignidad humana.

Ferrajoli señala como un contrasentido que autoridades judiciales o penitenciarias modifiquen la pena determinada e impuesta por el juez sentenciador, más cuando los beneficios se otorgan por lo general al margen de los hechos cometidos y considerando en mayor medida la personalidad y características internas del individuo, perdiendo así la pena su carácter abstracto e igual para convertirse en una sanción de contenido variable e indeterminado, totalmente atípica y desigual. Esta dinámica cosifica al privado de libertad ya que las decisiones en relación con su libertad giran en torno a sus características interiores, que como tales son inverificables, por lo que se pierde toda expectativa en menoscabo absoluto de la dignidad humana.

Para el autor esa flexibilidad de la sanción responde al carácter retributivo y pedagógico

que se otorga a la pena y sobre todo a la imposición de sanciones excesivamente altas de tal manera que flexibilización y severidad de las penas se retroalimentan y justifican en forma recíproca, en un círculo vicioso y perverso.¹³ La severidad en la imposición y la indulgencia en la ejecución, así como la diferencia entre la pena impuesta y la efectivamente cumplida, le resultan una especie de esquizofrenia que responde a un doblez de la política penal en la búsqueda de dos finalidades inconfesadas – ambas incompatibles con su modelo garantista de derecho penal: el carácter ejemplar y simbólico que se da con la imposición de la condena y no solo con la amenaza legal; y el carácter correctivo y disciplinario de la prisión.¹⁴ Esa mutación de la pena produce la disolución de la legalidad y otorga a las instituciones punitivas un carácter potestativo y totalizante¹⁵.

Otro elemento nocivo del principio de flexibilidad, según el autor, es que acentúa el carácter selectivo y desigual del sistema penal, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son complemente clasistas, porque más que el hecho y la conducta del sujeto, se pone atención a las perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o de educación.

El vaciamiento de las garantías que la práctica penitenciaria produce, se acentúa cuando en lugar de cárceles iguales para todos, el sistema admite centros de reclusión de distinto tipo, unos con mayor grado de seguridad y contención que otros, lo que permite la clasificación de los y las personas detenidas según el supuesto grado de peligrosidad, valoración subjetiva normalmente endosada no a las autoridades judiciales sino a las penitenciarias, que se realiza por lo general, al margen de situaciones objetivas como el delito o algún otro argumento fáctico¹⁶. Esto produce un régimen carcelario dual, la disminución de derechos y el agravamiento de la sanción para un gran sector de la población penal que cumple una pena de la misma naturaleza que el resto¹⁷. Por todas estas razones, para Ferrajoli, el principio de flexibilidad en la ejecución penal produce el vaciamiento del juicio y de las

propias garantías penales y procesales y por lo tanto, aunque inicialmente renunciar a la misma puede considerarse un coste, para él constituye más bien una ventaja que hasta otorgaría mayor eficacia disuasoria a la pena.

Así, desde el marco de un derecho penal mínimo, contra la flexibilidad de la pena se propone la **garantía de la certeza de su duración**, como un factor de mitigación de la ejecución penal que otorga más tranquilidad y bienestar al condenado y confiere a la sanción penal un mayor efecto disuasorio.¹⁸

La privación de libertad se ha convertido en la principal de las sanciones penales. Para Ferrajoli es necesario eliminarla pues no es idónea para alcanzar sus finalidades, básicamente por su alto factor criminógeno al constituir las cárceles más bien escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada. Debe plantearse una nueva estrategia de reforma del derecho penal, donde se procure, aunque sea a largo plazo, la supresión integral de las penas privativas de libertad y mientras tanto, al menos la reducción de su duración legal, sobre todo porque a pesar de sustituir las penas atroces, la cárcel no se limita a privar al sujeto de su libertad, sino que mantiene aún mucho de aflicción física. A ese sufrimiento se añade la aflicción psicológica que se genera a punta de soledad, aislamiento, disciplina, pérdida de sociabilidad, afectividad y hasta de la propia identidad, unido a una pretensión reeducativa y a tratamientos que de una u otra forma procuran plegar y hasta transformar a la persona del preso. Estas angustias, unidas a la imprevisibilidad del contenido de la privación de libertad que se genera con la incertidumbre de los beneficios confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, otorga a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal violatorio de la dignidad humana, razones suficientes para deslegitimarla y erradicarla.¹⁹

B) NUEVO MODELO DE EJECUCIÓN PENAL.

La renuncia a las "*ideologías Re*" y a la flexibilidad de la privación de la libertad, son los postulados fundamentales de su propuesta de ejecución penal, concretándose la misma con la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y jurisdiccional, la supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas²⁰, la reducción de las penas privativas de libertad –proponiendo un límite máximo de 10 años- y la eliminación de los beneficios penitenciarios o su transformación de tal forma que no se otorguen a modo de premios sino como derechos de todos los sujetos. Al mismo tiempo la previsión de todas las medidas alternativas como penas directamente irrogables a la condena, de tal forma que la libertad vigilada, el arresto domiciliario y la semilibertad se establezcan como penas exclusivas para los delitos leves y como penas accesorias, para los delitos más graves, transcurrido un breve periodo de tiempo de reclusión.²¹

C) CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA PROPUESTA DE FERRAJOLI.

Compartimos muchas de las críticas, denuncias y demandas del autor, sobre todo la necesidad de una contracción del sistema penal, la reducción de las penas y la aplicación de sanciones alternativas²², pero disentimos de algunas de sus observaciones y propuestas.

Es objetable la renuncia a la resocialización y a las finalidades de prevención especial positiva de la pena, siempre que por "*ideologías RE*" no se comprenda la imposición de tratamiento ni modificación de la personalidad del individuo, sino la obligación del Estado de brindar al sujeto las prestaciones sociales que probablemente nunca le aseguró previo ingreso a prisión, sobre todo la atención a su educación, capacitación laboral y el efectivo respeto de sus derechos fundamentales²³. Ciertamente que la resocialización no es un argumento técnicamente válido de justificación de la pena –porque desde un deber

ser no puede justificarse las razones por las que existe la pena- pero eso no hace que tenga que excluirse también como finalidad. Como tal incluso es un elemento valioso para evaluar el cumplimiento de los objetivos de las tareas del sistema de justicia, sobre todo cuando de lo que se trata al final de cuentas es de encargarse de un grupo de ciudadanos que en su mayoría no ha atendido el Estado hasta ese momento.

La doctrina penal latinoamericana denomina a las diferentes alternativas que se invocan como finalidad de la pena desde la prevención especial positiva, como las "*ideologías RE*". A lo mejor sería más apropiado eliminar el "*RE*" y como objetivo tener el procurar educar²⁴, insertar, adaptar, incorporar o habilitar al sujeto, porque la mayoría de la "*clientela penal*" probablemente nunca ha completado ni el proceso básico de educación formal y siempre ha sido excluida y ha estado marginada y auto-marginada de la sociedad –no es técnicamente adecuado hablar de volver a educar a quien no ha sido educado, readaptar a quien no ha estado adaptado o volver a insertar a quien siempre se ha marginado o excluido-²⁵.

A **FERRAJOLI** le resulta intolerable la disposición de cualquier actividad pedagógica o correctiva durante el cumplimiento de la pena. Sin embargo su defensa a ultranza de la libertad, la autodeterminación y el respeto de la persona detenida parece olvidar que la mayoría de las personas que están en prisión no llegan ahí por convicción y decisión personal, sino sobre todo por la influencia de toda una serie de factores sociales, culturales y económicos. De hecho no es coincidencia que el mayor porcentaje de reclusos en Latinoamérica y Europa, lo conforman infractores de delitos contra la propiedad –en un altísimo grado con problemas de drogodependencia- y tráfico de drogas. Por esta razón consideramos que al menos, como lo propone **ZAFFARONI**²⁶, es válido rescatar la oportunidad del Estado de atender a esta población y aprovechar el periodo de encierro para brindar más que un tratamiento un "*trato*" digno a los detenidos y garantizar su vida, su integridad física y psíquica, realizando además un esfuerzo para que la prisión resulte lo menos deteriorante posible y se reduzcan los niveles

de vulnerabilidad²⁷ de la población penal. No se trata de mejorar los valores ni interferir en su consciencia –eso no es válido en un Estado de derecho- sino solo enseñarle a abstenerse de hacer un ofrecimiento grosero a la trampa del poder punitivo²⁸.

FERRAJOLI rechaza el principio de flexibilización de la pena pero, desde nuestro punto de vista, se hace necesario su fortalecimiento. No solo porque las sanciones penales sean en general muy altas, ya que el principio también es importante tratándose de penas breves, sino porque tal y como lo señalan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos –de las Naciones Unidas-, es recomendable procurar la reincorporación paulatina del sujeto a la sociedad, de tal manera que no se le exponga abruptamente a la comunidad.

Consideramos que el hecho de poder modificar la modalidad de cumplimiento de la sanción durante el transcurso de su ejecución, no la transforma en incierta e indeterminada, siempre que el privado o privada de libertad conozca el máximo de tiempo que podría estar recluso y se le brinde al mismo tiempo la información y la asesoría necesaria sobre los momentos en que podría optar por un régimen más favorable, los requisitos, sus posibilidades, expectativas así como sobre los medios de impugnación en caso de una respuesta desfavorable.

FERRAJOLI considera que los beneficios penitenciarios y la mutación de la pena producen la disolución de la legalidad y convierten a la prisión en una institución potestativa y totalizante, porque esa flexibilidad “*cosifica*” al condenado, pues de esa manera queda comprometido con la pena y una vez encarcelado no tiene una pena cierta que cumplir sino un mañana incierto que negociar cada día con sus carceleros²⁹ y por esa razón en lugar de la flexibilización y como un factor de mitigación de la ejecución penal, propone la certeza de la duración de la pena, garantizando así la libertad interior del sujeto frente al arbitrio, su bienestar personal y el respeto a su dignidad personal.

Discrepamos con el autor porque no creemos que sea la mutación de la pena lo que convierte a la prisión en una institución totalizante³⁰ ni la que produzca el vaciamiento de las garantías, sino que ese defecto o efecto se produce por la naturaleza misma de la cárcel. Es su dinámica ontológica la que disminuye muchos de los derechos del privado y privada de libertad, sobre todo porque, asegurar la limitación de la libertad ambulatoria implica la restricción simultánea de muchos otros derechos y porque bajo encierro se despersonaliza al ser humano obligándosele a depender prácticamente para todo de autorizaciones o permisos de la autoridad administrativa, cual si fuera una persona incapaz o que no puede valerse por sí mismo³¹. Más que la incertidumbre que generan los beneficios penitenciarios, es el propio encierro lo que oprime y angustia al individuo y con o sin beneficios penitenciarios, la cárcel seguirá siendo una institución totalizante por la concentración de poder en manos de la administración penitenciaria y el sometimiento absoluto del preso a esa autoridad.

No compartimos la idea de **FERRAJOLI** de suprimir los beneficios penitenciarios o automatizar su procedencia, como solución al problema de la ejecución, ya que lo que ocurre es una falta de garantías suficientes que le aseguren al sujeto que la sanción impuesta se cumplirá con objetividad, de conformidad con lo dispuesto por la ley. Solo la efectiva vigencia del principio de legalidad ejecutiva y la existencia de un control judicial fuerte y accesible al detenido, podría asegurar una mayor certeza de sus expectativas y su vida en prisión. Mientras no se cumpla con ese principio en la ejecución de las penas, con o sin beneficios penitenciarios, las sanciones seguirán siendo inciertas y el preso tendrá que continuar negociando su día a día con los carceleros.

Con la progresividad y el egreso anticipado de prisión se procura un efecto moderador de la nocividad de la prisión –de hecho está demostrado que entre más prolongado sea el encierro más difícil resultar la reinserción del individuo³²-. Suprimir esa modalidad en función de una mayor certeza de las expectativas

limitando sus atribuciones³⁷, potenciando las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y el control de la legalidad y sometiendo a éste también a un control mediante una segunda instancia concentrada y especializada:

"...cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los deferentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la Administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la Administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público... De otro modo, ocuparse de la cuestión penitenciaria puede suponer seguir hablando del sexo de los ángeles y no manifestar una voluntad expresa de asumir responsabilidades y eliminar conflictos, pues sobre estos se montan las oleadas de "pánico" que ponen en juego la forma Estado de Derecho"³⁸.

Ante este fenómeno innegable que caracteriza la dinámica penitenciaria más que prescindir de la aplicación de los beneficios consideramos que lo que se necesita es someter el derecho penitenciario a la misma "cirugía" que el **minimalismo** le aplica al Derecho penal, asegurando la regulación específica del cumplimiento de las penas, la mayor precisión en su terminología, reducir los niveles de discrecionalidad y arbitrariedad, excluir las decisiones meramente potestativas y asegurar el mayor grado de certeza y seguridad jurídica.

Si la ejecución de la pena es como se comprende modernamente, la última fase del proceso penal, en ésta debe regir la garantía

ejecutiva y la estricta legalidad, de tal manera que las prisiones se manejen de conformidad con lo establecido por las leyes y no al amparo de favores, gracias, sobornos, costumbres, beneficios especiales, concesiones o normas reglamentarias auto impuestas.

Recordemos que en el Estado de derecho el nuevo Derecho penal surgió como un instrumento contra el despotismo, la violencia, la arbitrariedad y las penas inhumanas y degradantes, más en la construcción de las nuevas técnicas también el Estado, debe proteger al ciudadano del Derecho penal y sus excesos. Las exigencias derivadas de las garantías procesales y sobremanera del principio de legalidad, han sido una de las aportaciones más valiosas del Iluminismo que generó a partir de la Revolución Francesa la transformación de los Estados democráticos. Hoy debe asegurarse que el grito por la legalización del Derecho Penal incluya todas las fases del mismo, desde la previa determinación de las conductas u omisiones reprochables, la determinación de la sanción, la inicial investigación, la interrogación, el procedimiento del juicio oral, hasta y sobre todo, en la materialización del castigo, objetivo básico de todo el procedimiento. La vigencia de la garantía ejecutiva en el Estado de derecho, se impone como una necesidad básica de legitimación del poder.

Tampoco compartimos la propuesta de **FERRAJOLI** de que los beneficios penitenciarios funcionen de forma automática o de pleno derecho –y no de manera potestativa y discrecional- para de esa forma prescindir de cualquier valoración sobre la personalidad del sujeto y sus circunstancias más allá que las del hecho delictivo. Una medida de ese tipo podría atentar contra la misma finalidad de la pena, pues los procesos de liberación anticipada se justifican desde la perspectiva resocializadora pero siempre que al mismo tiempo no haya mayor riesgo de continuación de la actividad delictiva. En todo caso, aunque se procediera como lo sugiere el autor, siempre se terminará realizando las valoraciones que pretende evitar, sobre todo en el supuesto de la denuncia del incumplimiento de las condiciones

o prohibiciones que de ordinario se imponen al sujeto cuando se otorgan los beneficios legales y penitenciarios.

Un argumento más contra el principio de flexibilización es que en la práctica los criterios con que se otorgan los beneficios penitenciarios reflejan el carácter discriminatorio y clasista del derecho penal, porque normalmente el que carece de apoyo familiar, laboral, educación o recursos económicos no recibe los beneficios. Efectivamente es acertada la crítica³⁹ pero tampoco consideramos que sea motivo suficiente como para modificar la naturaleza de los beneficios porque el inconveniente no está en la institución de la libertad condicional, el tercer grado o los permisos de salida sino en los criterios con base en los que se resuelven y en la omisión estatal de brindar soluciones y opciones para este tipo de delincuentes, que, valga señalar, constituyen el grupo mayoritario de la población penal, como consecuencia de la conocida selectividad con que opera el sistema. Mejor será exigir al Estado proyectos de apoyo para esta población, como por ejemplo buscar el contacto del sujeto con líderes comunales, procurar hogares sustitutos o comunidades de internos que puedan desenvolverse al exterior apoyándose entre ellos, talleres de capacitación laboral, bolsas de empleo, centros de desintoxicación y tratamiento de drogodependientes, etcétera.

Señala el autor que la severidad en la imposición de penas y la indulgencia en su ejecución, resulta una “*esquizofrenia*” y una especie de hipocresía institucional que responde a funciones no declaradas de la pena y resta eficacia disuasoria a la sanción. Al respecto solo cabe anotar que pareciera que **FERRAJOLI** cae en el error de considerar que con los beneficios penitenciarios cesa la privación de libertad, cuando en realidad son solo una modalidad distinta para su cumplimiento⁴⁰.

El autor también cuestiona la existencia de centros penitenciarios con diferente grado de contención por quebrantar el carácter igualitario de la pena, objeción que no consideramos oportuna. Es cierto que es importante fiscalizar

a la autoridad penitenciaria cuando define la ubicación del sujeto pero la clasificación penitenciaria es parte importante para el control y la atención técnica de la población penal, sobre todo ante las diferentes condiciones criminológicas de los sujetos que habitan la cárcel.

Las decisiones en materia penitenciaria no son irrefutables como lo señala **FERRAJOLI** porque eso significaría que el fallo sobre un beneficio en un caso determinado, sea igualmente válido tanto si se rechaza como si se aprueba. Estas decisiones no son potestativas, no lo pueden ser en la medida que exista una ley que regule con precisión la forma como se administran las prisiones y los requisitos necesarios para otorgar un beneficio o modificar la sanción, de tal manera que las decisiones del Juez de Vigilancia entonces serán juicios de comprobación, como tal necesariamente motivados en hechos y derecho (decisiones sujetas a verificación empírica).

El gobierno de los jueces también debe alcanzar el mundo penitenciario. Lo contrario sería permitir que el Estado constitucional se detenga ante las rejas de las prisiones. El principio de legalidad debe regir las cárceles y en consecuencia un juez debe asegurar ese principio, declarando la invalidez o ilicitud de toda actuación que no haya respetado la legalidad.

Por todas estas razones consideramos que la propuesta de suprimir la flexibilización de la sanción penal no es acertada⁴¹ y que lo que se necesita es regular los amplios poderes discrecionales que existen a la hora de resolver los beneficios, asegurar el contradictorio en la fase de ejecución penal⁴², incrementar las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y asegurar la vigencia del principio de legalidad⁴³ y el control judicial en esta fase del proceso.

d. Sobre la renuncia a la flexibilidad de la pena en Costa Rica.

Volviendo al tema que nos trajo a esta reflexión, debemos señalar nuestra preocupación y oposición al discurso propio del populismo

punitivo, que valga señalar carece de una base constitucional suficiente que le permita constituirse en una propuesta viable. Y es que los beneficios penitenciarios responden a la finalidad resocializadora de la sanción privativa de libertad y ésta tiene base supralegal pues se establece como tal en la Convención Americana de Derechos Humanos (inciso 6 del artículo 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (inciso 3 del artículo 10) y estos tratados integran nuestro marco normativo. Por otro lado, conforme jurisprudencia de la Sala Constitucional⁴⁴, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que establece las Naciones Unidas, constituyen derechos constitucionalmente reconocidos al privado de libertad y en ellas expresamente se establece, en la número 60, la importancia de asegurar al individuo un retorno progresivo a la vida en sociedad, mediante un régimen preparatorio para su liberación o mediante una libertad condicional.

Reclama el magistrado en sus entrevistas el fracaso del sistema penitenciario y la finalidad resocializadora de la sanción penal. Justo consideramos señalar que el fracaso en la resocialización de la población privada de libertad no es un fracaso exclusivo del sistema penitenciario sino de toda la sociedad y que si se pretende un resultado positivo en materia de seguridad, es importante, no solo fortalecer el cuerpo de policías, de fiscales y jueces sino también, asegurar personal técnico penitenciario –trabajadores sociales, psicólogos, orientadores, capacitadores laborales, psiquiatras, sociólogos, etc.- para atender las necesidades y vulnerabilidades de la población penal y procurar hacer realidad su inserción social al margen de la delincuencia.

Coincidimos con el magistrado cuando apunta que ya no debe aumentarse más las penas y que no resulta viable la aplicación de la pena perpetua, más vale señalar que así es desde el punto de vista formal porque en la práctica, ya existe, puesto que si al promedio de edad de ingreso al sistema penitenciario sumamos una pena de cincuenta años –máximo legal vigente-, se excede sin dudas el promedio de

vida del costarricense, situación tolerada y justificada por la Sala Constitucional.⁴⁵ Valga señalar, hablando de alcahuetería penal, que el control de la población penitenciaria sujeta a penas excesivamente altas, genera serias dificultades a la Administración carcelaria pues técnicamente no se han definido procesos de atención y son de difícil control pues cuando se tiene una pena pendiente por descontar de 40 o 50 años de prisión el privado de libertad prácticamente no tiene nada más que perder y hay poco que ofrecerle. El número de presos con sentencias altas va en aumento, no son uno ni diez: los datos del Departamento de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Gracia nos indican que actualmente hay 539 personas con penas de 30 años o más, de ese monto 105 tienen una sanción de 40 a menos de 50 años y 63 cumplen una pena de 50 años⁴⁶.

Debemos tener presente que el proceso penal no es un mecanismo ni un arma para combatir la delincuencia sino un instrumento para controlar el ejercicio de la actividad punitiva del Estado. El Derecho Penal no combate las causas de la delincuencia sino solo sus efectos. No es ético ofrecer como solución a un problema lo que científicamente está demostrado que no constituye su efectivo remedio.

BIBLIOGRAFÍA.

ALDERETE LOBO, Rubén, “La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal”, en *Revista de derecho penal y proceso penal*, N° 2 (2004).

BERGALLI, Roberto, “Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción Penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994.

CESANO, José Daniel, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr

un "trato humano" en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118 (2007).

"Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración", disponible en <http://www.eldial.com.ar>

CHRISTIE, Nils, "Los maxien carceladores", en *Archipiélago*, N° 55 (2003).

FERNÁNDEZ, María y MANGIAFICO, David, "Qué hay detrás de la sentencia condenatoria? Algunas notas sobre ejecución penal", disponible en www.carlosparma.com.ar

FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

"Ergastolo y Derechos Fundamentales", en *Anuario de Derecho Penal: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, 1999

Principia iuris: teoría del diritto e Della democrazia, Roma, Laterza, 2007, V° 2.

Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 7° edición, 2005.

GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La Reforma de la Ejecución Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes., "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 30 (2006).

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1984, T.VI, V.1.

GISBERT GISBERT, Antonio, "La normativa

procesal española en la ejecución de las penas privativas de libertad", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992.

GOFFMAN, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994.

HARCOUR, Bernard, "Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y Punición en Estados Unidos", en *Archipiélago*, N° 55 (2003).

LARRAURI, Elena, "Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español", en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998.

La herencia de la criminología crítica, México, Siglo XXI editora, 1992.

MAPELLI CAFARRENA, Borja, "Ejecución y proceso penal", en *Jornadas sobre Sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

"Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993).

Principios Fundamentales del sistema penitenciario español, Barcelona, Bosch, 1983.

POSADA, Juan David, "La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal", en *Nuevo foro penal, Tercera época*, N° 64, (2003).

RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, "El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: un análisis del deber ser", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992.

TOSELLI, Nicolás, "Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina", en FELLINI, Zulita (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

"Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en BINDER, Alberto y MAIER, Julio (compiladores), *El derecho penal hoy, homenaje al prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

- 1 Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de Alajuela, doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.
- 2 Periódico La Nación, "Estamos bajo un sistema penal permiviso y alcahueta", |14 de diciembre del 2009, Costa Rica.
- 3 Periódico La República, 4 de enero del 2010, Costa Rica.
- 4 "El sistema penal sí es alcahueta", Lic. Geovanni Rodríguez Solís, Diario Extra, 13 de enero de 2010.
- 5 Nos parece que esa facultad de la Administración podría presentar rasgos de inconstitucionalidad pues la determinación y ejecución de la pena es facultad propia y exclusiva del Poder Judicial, sin embargo en consulta judicial de constitucional presentada por el que suscribe en el año 1998, la Sala Constitucional señaló que la reglamentación se ajusta a nuestra Carta Magna, voto N° 5017 del 15 de julio de 1998.
- 6 FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo...*, op. cit., pp. 195. 252 253. Sobre la propuesta del Derecho penal mínimo y su función de la pena como prevención de la violencia, ZAFFARONI señala que constituye uno de esfuerzos contemporáneos mejor acabados de clara inspiración liberal pero advierte que más que una teoría de la pena es una propuesta política para la sociedad del futuro y que aunque no pretende la legitimación del poder punitivo su discurso no difiere de posiciones tradicionales cuando justifica el sistema en la medida de que produzca daños menores que los que se darían en su ausencia, toda vez que normalmente se ha sostenido la necesidad del poder punitivo para impedir la reaparición de formas primitivas de castigo. ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 61-62.,
- 7 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del diritto e Della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, Vº 2, p. 377.
- 8 Sobre la certeza del derecho penal mínimo, debe señalarse que FERRAJOLI la distingue de la certeza del derecho penal autoritario: "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias." FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón...", op.cit., p. 106.
- 9 En el mismo sentido, GISBERT GISBERT, Antonio, "La normativa procesal española en la ejecución de las penas privativas de libertad", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 177. RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, "El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: un análisis del deber ser", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 196-197.
- 10 Al respecto puede consultarse a MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Ejecución y proceso penal", en *Jornadas sobre Sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 58-59.
- 11 Así se denomina a las típicas finalidades correctivas de la pena: reeducativa, resocialización, rehabilitadora, reintegradora o de reinserción social, ZAFFARONI, Raúl, "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en BINDER, Alberto y MAIER, Julio (compiladores), *El derecho penal hoy, homenaje al prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 183.
- 12 FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, op.cit., p. 206.
- 13 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op.cit., pp. 236-237.
- 14 FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo...*, op.cit., p. 206.
- 15 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op.cit., p. 408.
- 16 En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señala la necesidad de reducir al máximo las potestades discrecionales de los órganos del sistema penal de tal forma que todo esté fijado por la ley; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 02 de febrero de 2001, serie C, N° 72, párrafo 107.
- 17 Este factor contribuye notablemente a agravar la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de

- la detención. Dos siglos después han mejorado las condiciones de las cárceles pero no ha cambiado sino que incluso se ha agravado, la indeterminación del castigo. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo...*, *op.cit.*, pp. 204-205.
- 18 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op.cit.*, pp. 723.
- 19 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op.cit.*, p. 410.
- 20 *Ibidem*, pp. 413-415.
- 21 Sobre los argumentos para la abolición de las penas perpetuas, FERRAJOLI, Luigi. "Ergastolo y Derechos Fundamentales", en *Anuario de Derecho Penal: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, 1999, pp. 295-306.
- 22 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op.cit.*, pp. 419-420.
- 23 Es importante señalar que nos limitaremos a un análisis de la propuesta penitenciaria, omitiendo referencia a su teoría sobre el modelo de Estado toda vez que aunque es muy interesante y atractivo, es un aspecto que escapa a los objetivos de nuestro trabajo.
- 24 Sobre resocialización y la democratización de las relaciones internas en prisión, MAPELLI CAFARRENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema...*, *op.cit.*, p. 150 y por el mismo autor, "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993), pp. 17-42.
- 25 Una crítica en el mismo sentido al concepto de "reeducación", en GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1984, T.VI, V.1, pp. 27-31.
- 26 Los perfiles de la población penal de cualquier país del planeta reflejan una población de características propias de comunidades marginales, con bajos niveles de educación y formación y muchos con serios problemas de adicción a las drogas.
- 27 ZARRAFONI, Eugenio, *Derecho penal...*, *op.cit.*, pp. 892-895. El autor quiebra las ideologías "RE" por considerar que tienen un alto fondo autoritario al intentar interferir y modificar las opciones de las personas sin embargo reconoce que la prevención especial positiva sigue vigente en el penitenciarismo latinoamericano, así como en Europa, Japón y Canadá, sobre todo por disposiciones constitucionales vigentes y ante esa situación es válido al menos reinterpretar el concepto de readaptación social y no comprenderlo como el reingreso del sujeto como un ser moralmente superior son de conformidad con criterios de interpretación progresiva.
- 28 Sobre la prisión como una "clínica de la vulnerabilidad", CESANO, José Daniel, "Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un "trato humano" en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118 (2007), p. 27.
- 29 Aconseja el autor que el penitenciarismo asuma la realidad de los datos de las ciencias sociales y reelabore un discurso diferente y más realista, considerando que la mayoría de los presos los atrapa el sistema por su vulnerabilidad –no solo por su coincidencia con el estereotipo criminal sino también por su personal disposición a asumir los roles asignados por los estereotipos-, situación que se ve acentuada o reforzada con el encierro que condiciona patologías regresivas al generar un orden violento que solo permite la supervivencia conforme a pautas propias de etapas ya superadas – niñez y adolescencia-, destruyendo sus rasgos adultos. ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho penal...*, *op.cit.*, p 893. En el mismo sentido, sobre el reforzamiento de los estereotipos en la cárcel (desviación secundaria), LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI editora, 1992, p. 37 y CESANO, José Daniel, "Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un "trato humano" en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina", en *Boletín mexicano...*, *op.cit.*, p. 27.
- 30 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op.cit.*, p. 409.
- 31 Sobre la dinámica de las instituciones totales, GOFFMAN, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994, p. 51.
- 32 Desde el primer momento en que se ingresa a prisión el individuo prácticamente pierde su potestad decisoria y solo le queda someterse a las ordenanzas y disposiciones penitenciarias: dónde dormir, con quién?, a qué hora ir a la cama y hasta qué hora dormir?, qué comer?, dónde comer?, a qué hora comer?, quién le visita?, cuándo, cuantos y durante cuánto tiempo?, qué deportes puede practicar?, cuando puede comunicarse al exterior y a quién puede llamar?, si puede trabajar y en qué?, qué ropa puede usar y de qué color?, qué objetos personales puede utilizar, cuánto dinero puede portar, con quién se puede acostar y por cuánto tiempo? Esto solo como ejemplo de algunas de las situaciones

- ordinarias de vida a las que se ve sometido el preso.
- 33 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, María y MANGIAFICO, David, "Qué hay detrás de la sentencia condenatoria? Algunas notas sobre ejecución penal", disponible en www.carlosparma.com.ar
- 34 Sobre el concepto de libertad y sus dimensiones, CESANO, José Daniel, "Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración", disponible en http://www.eldial.com.ar/edicion/penal/cpen_penal.asp
- 35 POSADA, Juan David, "La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal", en *Nuevo foro penal, Tercera época*, N° 64., (2003), p. 124.
- 36 La doctrina penal y penitenciaria identifica a BENTHAM con su proyecto panóptico como el propulsor de los beneficios penitenciarios.
- 37 En el mismo sentido, TOSELLI, Nicolás, "Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina", en FELLINI, Zulita (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 269, y ALDERETE LOBO, Rubén, "La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal", en *Revista de derecho penal y proceso penal*, N° 2 (2004).
- 38 Un buen ejemplo de un esfuerzo en este sentido se encuentra en el sistema penitenciario español, donde la propia autoridad penitenciaria procurando una mayor objetividad en su actuación, ha girado instrucciones y tablas de variables para orientar las decisiones en materia de clasificación de la población y el otorgamiento de permisos, como se aprecia en las instrucciones de la Dirección de Instituciones Penitenciarias, 1/9/2007 de 21 de mayo –en materia de clasificación- y la 22/1996 de 16 de diciembre –regulación de los permisos-.
- 39 BERGALLI, Roberto, "Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción Penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)", en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 115.
- 40 Al respecto las mismas instrucciones y tablas de variables comentadas en la cita anterior podrían reflejar algunos criterios que pueden cuestionarse por discriminatorios, como por ejemplo cuando se valora de mejor forma al preso con recurso familiar de apoyo que a uno sin familia pero con un recurso externo real y sólido, o cuando las posibilidades del sujeto sean más ventajosas conforme a una oferta laboral o a su ciudadanía.
- 41 Sobre la falsa premisa de que los beneficios penitenciarios no constituyen una forma de cumplimiento de la sanción privativa de libertad, GARCÍAALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La Reforma de la Ejecución Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 35 y a GARCÍAARÁN, Mercedes., "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 30 (2006), pp. 5-14.
- 42 Nos atrevemos a señalar a esta solución como algo arriesgada, comprendiendo sí que el autor la propone partiendo del supuesto de una reducción significativa de las sanciones. Lo decimos en el sentido de que la medida podría ser atendida por algunos legisladores que únicamente podrían darle cumplimiento parcial, reduciendo o eliminando beneficios sin disminuir al mismo tiempo las sanciones y entonces la situación sí que resultaría a todas luces contraproducente pues sin lugar a dudas significaría el incremento directo de la población penal con las consecuencias del hacinamiento. Un claro ejemplo histórico lo podemos ver en la situación actual de los Estados Unidos de América, donde la línea dura, la imposición tasada de penas y la reducción de beneficios en pocos años lo han convertido en el país con mayores porcentajes de encierro. Al respecto puede consultarse a CHRISTIE, Nils, "Los maxiencarceladores", en *Archipiélago*, N° 55 (2003), marzo-abril, pp. 95-99, y en la misma revista, HARCOUR, Bernard, "Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y Punición en Estados Unidos", pp. 82-93 Igualmente LARRAURI, Elena, "Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español", en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 1-7.
- 43 Un esfuerzo por cumplir este cometido lo encontramos en el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Argentina, aprobado por Ley N° 4566/1999 del 9 de diciembre, que en su artículo 239 otorgaba el control de la ejecución penal al Ministerio Público procurando la efectiva contrariedad en esta fase del proceso, legislación que sin embargo finalmente no entró en vigencia.
- 44 Sobre la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal para asegurar el

respeto de los derechos de los reclusos y garantizar la certeza punitiva, MAPELLI CAFARRENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario...*, *op.cit.*, p. 150 y "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993) pp. 17-42.

45 Sala Constitucional, voto N° 3502 del 20 de junio de 1997.

46 La Sala Constitucional ha venido señalando que el límite máximo de la sanción se encuentra fuera de su control pues es facultad exclusiva del legislador la definición de la política criminal: "... esta sala considera que no resulta competente para entrar a valorar el monto máximo de la pena cuestionado en esta acción, y establecido en el párrafo final del artículo 51 del Código Penal en cincuenta años, dado que es en virtud de esos principios que su definición compete en exclusiva a la Asamblea Legislativa..." (Voto N° 2002-05244 del 29 de mayo del 2002). En el mismo sentido Voto N° 10543-01 del 17 de octubre del 2001. Disentimos por completo de esta interpretación conservadora y poco garantista, porque en el Estado de Derecho la actividad del Estado, toda, se encuentra por definición propia de la estructura estatal sujeta al control y con mayor razón al control de constitucionalidad. Nuestra Constitución Política además establece límites materiales expresos al ejercicio de la actividad punitiva como la prohibición de penas perpetuas.

47 Datos a enero del 2010, brindados por el Lic. Luis Bernardo Arguedas al Lic. Héctor Sánchez Ureña, defensor público de ejecución penal, quien nos ha facilitado la información.

EL CASTIGO FÍSICO A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD. UN ENFOQUE DESDE EL DERECHO PENAL. REPERCUSIONES DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD PARENTAL.

*Dra. Mayra Campos Zúñiga¹

**Dr. Omar Julio Vargas Rojas²

I. Introducción

El tema del castigo físico, desde la óptica del derecho penal implica obligatoriamente analizar institutos propios del derecho de familia, tales como: la patria potestad y la autoridad parental. Tema que en sí mismo es difícil, ya que existe una barrera cultural dentro de la sociedad costarricense, la que justifica el castigo físico como medio de disciplina de las personas menores de edad. Barrera cultural que ha llevado a muchos padres y madres a la comisión de delitos, que van desde agresiones con arma, pasando por lesiones hasta homicidios contra sus propios hijos e hijas. En este ensayo analizaremos las repercusiones del castigo físico contra las personas menores de edad dentro del derecho penal, así como las repercusiones del concepto de autoridad parental en la tipificación de los hechos delictivos.

II. La Patria potestad

Es difícil definir de forma precisa este instituto, pues siempre se cae en la tentación de incluir algunos aspectos y se deja por fuera otros de gran relevancia y de contenido jurídico. En la doctrina Argentina, se le ha conceptualizado como "(...) *la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos*". De la anterior definición se extraen algunos elementos esenciales. En primer lugar, la obligada protección que tienen las personas adultas y particularmente el padre y la madre en relación con las personas menores de edad. En segundo lugar, que no se trata de un simple

control o mecanismo de poder, sino que lleva como finalidad la protección y orientación para el desarrollo pleno de la personalidad. Eso significa, en principio, que los progenitores están obligados a orientar sus gestiones a la búsqueda de la formación integral, que incluye el desarrollo físico, mental, espiritual y social de su prole². A nivel nacional, el profesor Pérez señala que en el derecho comparado existe alguna discusión que abarca incluso a su nomenclatura³. Situación que algunos relativizan y consideran de poca importancia, pero que sin embargo, nos parece de gran trascendencia por el uso simbólico del lenguaje. Al margen de esa situación, el citado autor conceptualiza el instituto en estudio como un "*conjunto de situaciones jurídicas*", no como derechos, sino como "*un conjunto de potestades. Cuidar, alimentar, educar, administrar, responder civilmente, etc.*"⁴. Esa potestad tiene una doble dimensión, por un lado implica la posibilidad de que los padres la puedan ejercer⁵, pero simultáneamente conlleva la obligación de realizarla. En términos coloquiales, el padre y la madre tienen el derecho de alimentar, cuidar y educar, orientar y proteger a sus hijos (as), pero a la vez, están obligados a realizarlo.

III. Evolución histórica

Para poder comprender un instituto jurídico, es necesario escudriñar sobre los orígenes del mismo, así como la forma en que el mismo fue establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Con relación a la *Patria Potestad*, no cabe duda que la misma data desde el Derecho Romano con toda su evolución histórica. En sus inicios, el padre tenía un poder absoluto sobre los hijos (as), al punto que podían disponer hasta de su vida⁶. En la República romana prevaleció la

tiranía del padre en una sociedad democrática, mientras que durante el Imperio se fue atenuando esa concepción. Esa misma visión atávica fue recogida por el pueblo hebreo donde se señalaba que el “...Padre, antes de la aparición de la ley mosaica, era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos, con poder absoluto y omnímodo que se suaviza posteriormente, mediante leyes que limitaron el ajusticiamiento del hijo por el consentimiento requerido a la madre, así como la venta, que en el caso de la hija, solamente se autorizaba si era menor de doce años”⁷. En el derecho medieval se concibió la patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del grupo familiar. Eso significaba que no sólo el padre era el titular de ese derecho, sino que también la madre ejercía una influencia significativa. A ello debe sumarse la influencia del cristianismo, el cual vino a atemperar el rigor paterno y el ensanchamiento del principio de protección. En el derecho germánico se concebía la patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del hijo (a) como parte integral del grupo familiar. Además, permitía una participación más activa y dinámica de la figura materna.

En el derecho contemporáneo se le considera como un conjunto complejo de derechos y deberes orientados hacia la formación integral de las hijas y los hijos. En cuanto a su contenido, el mismo puede ser observado desde tres perspectivas diferentes, pero estrechamente relacionados. Concretamente como “*poderes y deberes con relación a la persona del menor, poderes y deberes con relación a los bienes y facultades de representación*”⁸. El primer grupo, que es realmente el tema que nos interesa a los efectos de la presente investigación, se refiere a la consideración y respeto que los progenitores, lo que incluye tanto al padre como a la madre, deben a las persona menor de edad⁹, así como el deber y el derecho de brindarle los cuidados que éste necesita, la educación, la atención a las necesidades físicas, afectivas, espirituales y en general, todos los requerimientos para llegar a realizarse como *persona*. El segundo grupo de poderes y deberes se relaciona con los bienes y su administración. En este caso, de

acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los padres tienen poder de administración, pero no de disposición sobre los bienes de las personas menores de edad. Salvo, las excepciones expresamente previstas en la ley¹⁰. Finalmente, tenemos las facultades de representación, cuya connotación implica una autorización legal (necesariamente voluntaria), la cual es irrenunciable y resulta indispensable para los intereses de la persona menor de edad.

IV. La patria potestad en el ordenamiento Jurídico Costarricense

El tema de la familia como estructura natural y núcleo sobre el cual gravita la construcción del Estado costarricense, fue un aspecto de vital importancia para el Constituyente de 1949. El artículo 51 de la Constitución Política establece que la familia¹¹, como elemento natural y fundamento de la sociedad, deberá gozar de protección especial por parte del Estado¹². Misma que se extiende a la madre, a las niñas y niños, a los ancianos y a las personas con alguna discapacidad o en condición de vulnerabilidad, tal como el caso de los enfermos¹³. Por su parte, el artículo 53 dispone que los padres tienen las mismas obligaciones con sus hijos (as) ya sea que los mismos sean o no habidos dentro del matrimonio. Dentro del bloque de constitucionalidad, tenemos la Convención de los Derechos del Niño, la cual vino a establecer un cambio radical en cuanto a la concepción de los niños, niñas y adolescentes. Se rompe el paradigma de los infantes y adolescentes como objetos de protección y lástima, a la conceptualización como personas con derechos y obligaciones. Se establece un principio general, conforme al cual, en las decisiones que involucran a las personas menores de edad debe privar siempre y en todo caso el principio de interés superior del menor¹⁴. Principio que es recogido en el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁵. Además, los Estados suscriptores se comprometen a asegurar al niño(a) la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante

la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En cuanto a la patria potestad, la Convención establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y deberes de los padres, a vivir con sus hijos, a orientarlos y en general, a posibilitar el desarrollo integral de los mismos¹⁶. La normativa exige a los Estados contratantes velar porque los niños no sean separados de la custodia de sus padres, exceptuando los casos en lo que, por una decisión jurisdiccional y bajo el cumplimiento del debido proceso, se determine que dicha separación es necesaria para garantizar el interés superior de la persona menor de edad¹⁷. De lo anterior se colige, que tanto a nivel de la Constitución Política como en las convenciones internacionales, se reconoce el poder-deber de los padres de cuidar, educar, proteger y posibilitar el desarrollo integral de sus hijos. Por esa razón se reconoce la importancia de que los mismos vivan y crezcan bajo la tutela y protección de sus progenitores. No obstante lo anterior, el ordenamiento también es claro y contundente en disponer la separación de los(as) hijos (as) de la custodia de los padres y madres, cuando su permanencia implique un menoscabo o lesión al interés superior de la persona menor. A nivel legislativo tenemos el Código de Niñez y Adolescencia, el cual en el artículo 24 establece la obligación general de velar por la integridad física, psíquica y moral de las personas menores de edad. En el artículo siguiente, de manera específica se dispone la obligación de los padres o encargados de velar por el efectivo cumplimiento del principio señalado¹⁸. Al igual que lo establece la Convención de los Derechos del Niño, se contempla el derecho de las personas menores de edad, no sólo de conocer a sus padres¹⁹, sino que además, de crecer y desarrollarse junto a ellos, bajo el presupuesto de que no existe mejor lugar para un niño, niña o adolescente que bajo la protección y amparo de quienes lo trajeron al mundo. Sin embargo, reconociendo que no todas las personas brindan ese cuidado y protección a las personas menores de edad, el artículo 36 del Código de Niñez y Adolescencia, siguiendo las pautas marcadas por el Código de Familia, establece causales

de suspensión y separación definitiva de una persona menor de edad de su familia. Tal es el nivel de preocupación del legislador que se ha establecido legalmente que en los casos de que el padre, la madre o los representantes legales se nieguen, independientemente de la razón²⁰, a prestar su consentimiento para la hospitalización, para una intervención quirúrgica o el tratamiento urgente de sus hijos, el profesional en salud puede adoptar las medidas requeridas para salvaguardar la integridad de la persona menor de edad²¹. En estos casos, resulta evidente que existe un conflicto entre los intereses de los progenitores y el interés superior de la persona menor de edad. En todo caso, la actuación en contra del criterio del padre y la madre en beneficio de sus hijos(as) estaría amparado a una causa de justificación, como lo es el Estado de Necesidad, la cual excluye la eventual antijuridicidad de la conducta. La intervención de las autoridades de salud no sólo llega al punto de actuar sin su consentimiento, sino que la ley les impone la obligación de crear un comité del niño agredido con el fin de remitir y analizar los casos de toda persona menor de edad que se presuma víctima de abuso o maltratado. Ese comité debe valorar los resultados, realizar las investigaciones pertinentes y recomendar las acciones que resulten pertinentes con el fin de resguardar la integridad de la persona menor de edad. Aparte de lo anterior, la ley obliga a los directores y al personal encargado de los centros de salud, independientemente de que los mismos sean públicos o privados, que en los casos donde se atienda a una persona menor de edad que se presuma haya sido víctima de maltrato o abuso, debe procederse a plantear la respectiva denuncia ante el Ministerio Público. Esto con el fin de que dicha entidad realice las investigaciones que estime conveniente y eventualmente, los tribunales impongan las sanciones correspondientes.

En cuanto al Código de Familia, el título III regula lo relativo a la autoridad parental. Con dicha denominación se designa, de manera general, a los derechos y obligaciones del padre y de la madre respecto de sus hijos o hijas²². Para un sector de la doctrina nacional²³, "la autoridad

parental es en sí un derecho-función. Es un conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es, para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, una subordinación, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al bien del menor". Ahora bien, tratándose de hijos(as) habidos dentro del matrimonio, según lo dispone el numeral 151 del Código de Familia, el padre y la madre ejercerán, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental. La solución es distinta cuando se trata de hijos (as) concebidos fuera del matrimonio. Para estos supuestos, el ordenamiento jurídico establecía dos supuestos concretos, regulados específicamente en los artículos 155 y 156 del Código de Familia. En el primero de los citados numerales, el legislador estableció que respecto de los (as) hijos (as) habidos fuera del matrimonio, la madre, aún cuando fuere menor de edad, ejercería respecto de sus hijos (as) la autoridad parental²⁴. Esta disposición fue cuestionada ante la Sala Constitucional, la que realizó una interpretación conforme a la Constitución en el sentido de que su contenido no rozaba con la Carta Fundamental, en tanto se entendiera que el padre quedaba excluido del ejercicio de la patria potestad, únicamente cuando se tratara de un reconocimiento no realizado de común acuerdo o cuando no hubiere mediado aceptación de la madre²⁵. Por otra parte, el referido artículo 156 establece: "No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos". En este supuesto, se excluye del ejercicio de la autoridad parental al progenitor que niegue su paternidad y haga necesaria una declaración administrativa o judicial²⁶. El punto fue analizado por la Sala Constitucional²⁷, la que determinó que "La norma es inconstitucional por lesionar el derecho de defensa, el principio de igualdad, los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, así como los derechos del niño a conocer y relacionarse

con sus padres y los de estos, a ejercer los derechos derivados de la patria potestad en relación con su hijo. La circunstancia de que un padre o una madre hayan sido demandados para demostrar una determinada filiación, no es motivo suficiente para excluirlos "in limine" del ejercicio de la patria potestad por las razones ya expuestas. El desarrollo integral del menor requiere la presencia de ambos progenitores y el ordenamiento debe apoyar ese esfuerzo. De ahí que la suspensión o terminación de la patria potestad debe disponerse de conformidad con lo establecido en los artículos 158 y 159 del Código de Familia, siguiendo el procedimiento correspondiente".

V. Autoridad parental y castigo

Según lo que hemos venido señalando, dentro de la patria potestad, concebida como un poder-deber, se encuentra el derecho y el deber que tienen la madre y el padre de brindarle a sus hijos(as) los cuidados que éste demanda, la atención de sus necesidades básicas, pero también el deber de educar y disciplinar para ayudarlos a construir el proyecto de vida. Se sobreentiende que la madre y el padre le deben a sus hijos y éstos a la vez a sus padres, una relación de respeto y consideración recíproca. Principio que data de hace muchos siglos. Incluso que se encuentra contenido en el Antiguo Testamento, donde expresamente se consigna: "amarás y obedecerás a tu padre y a tu madre". Por su parte en el Nuevo Testamento²⁸, se establece "Hijos, obedezcan a sus padres, pues esto es un deber; honra a tu padre y a tu madre. Es, además, el primer mandamiento que va acompañado de una promesa: para que seas feliz y goces de larga vida en la tierra. Y ustedes, padres, no sean pesados con sus hijos, sino más bien edúquenlos usando las correcciones y advertencias que pueda inspirar el señor" Como lo señala Víquez²⁹ "... este mandato se convierte en el fundamento jurídico más antiguo sobre la autoridad parental, el cual, a su vez, atraviesa el Derecho Romano, en donde los niños y las niñas aparecen como personas sometidas a otro (al jefe de la familia o paterfamilias); es decir, son personas bajo

la manus de un jefe único, que no solo puede ejercer sobre sus hijos las penas más rigurosas, sino que, además, tiene sobre ellos poder de vida y de muerte". Posteriormente, esa visión de mundo y de familia llega a América a través del derecho español y particularmente de las normas de Alfonso X, conocido como el Sabio. De acuerdo con sus *Siete Partidas*, la patria potestad es el poder y señorío que tienen los padres sobre los hijos, según una razón natural (porque nacen de ellos) y de derecho (porque heredan de ellos). En definitiva, ese poder queda entendido como el poder de disposición, reverencia y castigo. Naturalmente, esa forma de pensar y de actuar empata perfectamente en la cultura patriarcal, donde el *hombre* era el dueño y señor de sus tierras, esclavos, su mujer, los (as) hijos(as) y de todo cuanto estuviera a su alrededor. En la actualidad se sabe que el castigo físico es una forma errónea de educar y conlleva un riesgo para la salud física y mental de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad parental otorgada a las personas adultas, "*Significa que las personas adultas ejercen respecto a las personas menores de edad un poder que deriva de la obligación de protección que las personas adultas tienen hacia los niños, las niñas, los y las adolescentes. Significa también, que ese poder no es arbitrario y que cuando las personas adultas abusan de él, ese poder deja de ser legítimo y este abuso constituye una violación a los derechos*³⁰". No se trata de sustituir un maltrato por otro, sino de buscar formas de "*diálogo y corrección que promuevan actuaciones adecuadas para que las personas menores de edad puedan educarse sin violencia*³¹". De manera que la orientación y el diálogo son alternativas válidas para establecer límites entre las relación de las personas menores y personas adultas, independientemente de que las mismas se produzcan en el seno familiar, en la escuela o en la comunidad.

VI. Castigo físico como faceta de la violencia doméstica

En realidad, el castigo físico en contra de las personas menores de edad no es un

fenómeno aislado, sino que forma parte de una problemática más profunda y fuertemente arraigada en nuestra sociedad. Nos referimos a la denominada violencia en general y en específico, a la violencia doméstica o intrafamiliar³². La violencia doméstica es un concepto más amplio que incluye, además del abuso físico, el sexual, el psicológico, el emocional, así como cualquier comportamiento que tenga como propósito la degradación, el control o la coacción. La característica fundamental es la estrecha relación que subyace entre víctima y victimario. Específicamente en cuanto al abuso físico, "*...se define como cualquier acción que desencadena un daño interno o externo. También puede ocasionar la muerte*³³". Desde el punto de vista normativo, se conceptualiza como "*toda acción u omisión que ponga en riesgo o cause menoscabo en la integridad corporal de una persona*³⁴". Dentro de las múltiples acciones se incluyen los empujones, azotes, patadas, puñetazos, jalones de pelo, lanzamiento de objetos, amenazas de muerte, homicidios, etc. No cabe duda que es en el ámbito de la familia donde más se violentan los derechos de las personas menores de edad. En el año 2007, de 36 213 atenciones brindadas por el PANI, el 80% (29 141) fueron por situaciones de vulneración o violación de derechos en el ámbito familiar³⁵.

En una investigación de campo realizada en la Universidad Latina de Costa Rica³⁶, se determinó que el 53.7% de la población justifica el castigo físico. Ello a pesar de que conocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Eso significa que para la mayoría de las personas entrevistadas, no se trata de un maltrato o de una agresión, sino de un poder-deber en beneficio de la misma infancia. Ese mismo estudio reveló que el 65.3 de la población adulta "*pega, pellizca y pateo*" a sus hijos o a sus parientes cercanos. Además, el 52.% aceptó que golpeaba con la mano, un 12.2% con un mecate, un 41.8% con la faja y el 8.1% con un "*barejón*³⁷". Sumando los porcentajes respectivos nos podemos percatar que más de las dos terceras partes de las personas encuestadas no solo practican el castigo corporal en contra de sus hijos, sino que

además, están convencidas de que ello es una práctica sana y adecuada para la corrección y formación de las personas menores de edad. Esa realidad no es exclusiva de nuestro país, pues forma parte de una práctica generalizada a nivel mundial³⁸.

VII. Consecuencias del castigo físico contra las personas menores de edad

En relación con las consecuencias que genera el castigo corporal, debe plantearse desde dos ámbitos que integran una sola realidad. En primer lugar, este tipo de castigo lesiona la autoestima de las personas menores de edad y produce una percepción negativa de sí mismos. Pero además de ello, de manera contraria a lo que popularmente se cree, *“el castigo corporal les enseña a los niños a ser víctimas, les hace sentir soledad, tristeza y abandono, incorporando una visión negativa de los demás y de la sociedad, sintiendo que esta última es un lugar amenazante”*³⁹. Como si lo anterior no bastara, la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, también afecta su proceso de aprendizaje, específicamente en el desarrollo sensorial y de la inteligencia, lo que limita su capacidad para el diálogo y la reflexión y eso repercute en *“la capacidad para establecer relaciones causales entre su comportamiento y las consecuencias que de él deriven”*⁴⁰. Incluso, de acuerdo con los expertos, el abuso físico contra las personas menores de edad es una espada de doble filo que también afecta al victimario⁴¹.

La agresión física en contra de personas menores de edad, no sólo genera una afectación psicológica y moral, afectando su desarrollo y los procesos de integración social, sino que en muchas ocasiones genera fracturas, lesiones y hasta la muerte de la víctima. Sin embargo, en estos casos extremos existe un consenso social respecto al reproche y la procedencia de las consecuencias penales. De allí que más bien surja un clamor popular para que se aplique todo *“el rigor”* de la ley⁴². Dentro de los delitos contra la vida, el legislador sanciona severamente, incluso con la pena más alta prevista en el

ordenamiento jurídico costarricense, a quien diere muerte a su descendiente⁴³. Igualmente, el derecho penal establece altas penas de prisión para algunos delitos particulares. Así, por ejemplo, en los casos en que la madre o el padre priven de su libertad a sus hijos(as) como modo de castigo se aplicará el artículo 192 inciso 1 del Código Penal; si los padres castigan a sus hijos (as) y les producen lesiones leves, graves, gravísimas o hasta la muerte se aplicarán los respectivos delitos (artículos 123 a 126, 24 y 112 inciso 1 del Código Penal); si los padres omiten dar alimentos a sus hijos pequeños como forma de castigo se aplicará el delito de abandono de incapaces agravado o el delito de tentativa de homicidio por omisión impropia (numerales 142 ibídem). La percepción social cambia cuando se trata del castigo físico que no genera lesiones externas, o si las genera, no se consideran graves (moretones, marcas en la piel, pellizcos) pues como se ha visto, existe un alto nivel de tolerancia. En esta situación se encuentra el delito de agresión previsto en el artículo 140 del Código Penal, cuyo texto literalmente señala: *“Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazara con arma de fuego. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificados o en estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del juez”*. De acuerdo con la jurisprudencia nacional *“Cuando la norma 140 del Código Penal utiliza la terminología “objeto contundente”, introduce en el tipo un elemento normativo que requiere de una valoración jurídica dependiente del intérprete. Objeto contundente es el que, utilizado para un acometimiento, podría producir un daño en el cuerpo de la persona y dejar o no evidencia externa. Entonces, jurídicamente entendida, la contundencia de una cosa se debe en primer lugar a la finalidad de quien la emplea, esto es para golpear a la víctima, y en segundo término, a la posibilidad de que tal uso pueda causar un daño en los términos antes dichos. La contundencia no puede depender de un aumento del poder ofensivo, que naturalmente tiene quien utiliza el objeto, pues tal razonamiento conduciría al absurdo”*⁴⁴.

Dentro de esta categoría se encuentra "la faja", el "varejón", una sombrilla o cualquier otro instrumento que pueda producir daño. De allí que en algunas oportunidades se ha discutido el hecho de que cuando un padre o madre castiga a su hijo(a) con una faja o con un objeto similar lo que está ejerciendo es el poder-deber de corregirlo y consecuentemente no comete el delito de agresión con arma. Sobre el particular resulta ilustrativo el alegado presentado por el abogado de una madre que fue condenada por "fajear a su hija", para quien "... no es posible aplicar el delito de agresión con arma pues, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, *agredir implica acometer o embestir a alguien para hacerle daño. Estima que ...no perseguía esa finalidad al golpear a la menor de edad H.V.M.V con una faja, sino más bien corregirla para que cumpliera con sus obligaciones en el centro educativo*⁴⁵..." Aparte de ello, consideraba que no podía aplicarse el delito de agresión con arma porque el mismo legislador había dispuesto el derecho a patria potestad y además previó una contravención que contemplaba los excesos en los castigos a los hijos, la cual incluso se denomina castigos inmoderados⁴⁶. No obstante los alegatos del recurrente, el Tribunal de Casación, en este y en casos similares ha sostenido de forma unánime que si bien el ejercicio de la patria potestad conlleva el deber y el derecho de corregir y orientar a los hijos, ello "en modo alguno puede considerarse una autorización genérica para que los padres o encargados de las personas menores de edad puedan agredirlos impunemente o simplemente disponer de sus vidas a su entera satisfacción. Tal concepto corresponde a una visión atávica de las relaciones familiares, donde el padre de familia disponía de todos los bienes, incluyendo la esposa y sus hijos. Por el contrario, de acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección integral no sólo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. ... En síntesis, los padres – aunque tengan la patria potestad- no tienen ningún "derecho" de

*agredir a sus hijos e hijas. Admitir lo contrario, vulnera el principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, pues la agresión con arma no está autorizada entre personas adultas y con mucha más razón, contra personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y/o dentro del círculo familiar. El respeto a la integridad física forma parte del respeto a la dignidad humana, y por consiguiente, no existe ninguna legitimación para menoscabar los derechos humanos*⁴⁷". Las acciones de corrección a los hijos, así como el caso de violencia doméstica, podrían llegar a constituir el delito de agresión con arma. Lo anterior sin perjuicio de que en un caso concreto se pueda alegar y establecer la existencia de un error de prohibición, el cual atenúa o excluye la reprochabilidad de la conducta⁴⁸. Las posibilidades de ejercer acciones disciplinarias o correctivas por conductas que se consideran indebidas de los(as) hijos (as), cuenta con límites de razonabilidad y proporcionalidad; donde el exceso de celo de los padres y madres en las correcciones físicas contra sus hijos, podrían llegar a constituir conductas delictivas. Actualmente es claro que la educación y castigo de los(as) hijos(as) menores de edad no se deben identificar con maltratos físicos y agresiones, sino con medidas de convencimiento y disuasión, alejadas de las afectaciones físicas y psicológicas, por las posibles consecuencias irreversibles. Por ello, la corrección disciplinaria hacia sus hijos jamás podría justificar la ejecución de agresiones físicas o psicológicas que perjudiquen la integridad de la persona menor de edad; sino que las mismas deben tener una finalidad pedagógica y de enmienda a la conducta inapropiada, o sea, una experiencia positiva que le permita desarrollarse en forma adecuada en la sociedad.

VIII. Ruptura formal del nivel de tolerancia

A pesar de que el castigo físico encuentra sus raíces en la cultura costarricense y forma parte del estilo tradicional en que se ha venido "corrigiendo" y "educando" a los niños, niñas y adolescentes⁴⁹, lo cierto es que está demostrado los nocivos efectos de este

procedimiento. A nivel mundial, precedido de fuertes campañas de concientización, poco a poco se ha ido aboliendo el castigo físico. En tal sentido en Finlandia se reformó la ley de menores y la legislación de familia, promoviendo la comprensión, la seguridad y el amor en lugar de la agresión física⁵⁰. En Dinamarca, en mayo de 1997 se modificó el capítulo relacionado con la custodia y cuidado parental de las personas menores de edad, disponiendo el derecho a ser cuidados y sentirse seguros dentro del seno familia. Por ende se proscribió el castigo físico y cualquier forma de humillación. En Noruega, en 1987 se modifica la ley de padres e hijos prohibiéndose la exposición a violencia física o trato contrario a la salud física o mental. Lo propio ocurre en Austria, donde, en marzo de 1989 se aprobó una reforma a la ley de familia en la que se definió como ilegal el uso de la violencia o la producción de cualquier sufrimiento físico o mental en contra de las personas menores de edad. En una situación similar se encuentra Chipre (1994), Latvia (1998), Alemania (2000), Italia 1996, Israel (200), Bélgica (2000) e Islandia (2003)⁵¹, quienes también han emitido normas orientadas a erradicar el castigo físico y mental, promoviendo el diálogo, la comprensión, la seguridad y el respeto entre padres, madres, cuidadores o guardadores e hijos. Precisamente, dentro de esta corriente mundial se presentó en Costa Rica un proyecto de ley denominado "*Ley de abolición del castigo físico y de cualquier otra forma de maltrato o trato denigrante contra niños, niñas y adolescentes*". El cual se convirtió en Ley de la República el pasado mes de setiembre (Ley N° 8654). El mismo consta de dos artículos. El primero de ellos pretende adicionar un nuevo artículo, el 24 bis al Código de la Niñez y Adolescencia en que expresamente se señala: *Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante. El Patronato Nacional de la Infancia coordinará, con las distintas instancias del*

Sistema Nacional de Protección Integral y las organizaciones no gubernamentales, la promoción y ejecución de políticas públicas que incluyan programas y proyectos fomativos para el ejercicio de una autoridad parental respetuosa de la integridad física y la dignidad de las personas menores de edad. Asimismo, fomentará en los niños, niñas y adolescentes, el respeto a sus padres, madres y personas encargadas de la guarda crianza. El Patronato Nacional de la Infancia velará porque las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral incorporen, en sus planes institucionales, los programas y proyectos citados en este artículo, e informará al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sobre su cumplimiento." En el Código de Familia, se reforma el artículo 143, vinculado sobre la autoridad parental. En lo que interesa dispone: "La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, guardar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o los que no estén sujetos a la patria potestad; en este último caso, podrá hacer la solicitud el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento". Como podemos derivar de ambas normas, de manera expresa se le prohíbe a los padres, representantes, tutores, educadores y en general a todas aquellas personas que de forma permanente o temporal se encuentren al cuidado de las niñas, niños y adolescentes de castigar o maltratar, física o emocionalmente, como forma de corrección o disciplina. Paralelo a ello se promueve una relación de respeto así como la creación de espacios para la convivencia

familiar con el fin de generar una cultura de educación, disciplina y comportamiento acorde con el desarrollo de la personalidad, todo ello a través de campañas de concientización. Por su parte el artículo siguiente busca reformar el numeral 143 del Código de Familia, relacionado con el ejercicio de la patria potestad y sus límites respecto al poder de disciplina⁵². No cabe duda de que la ley representa uno de los acontecimientos más trascendentales de los últimos años en materia de familia, en el campo de la niñez con repercusiones en el derecho penal. En efecto, a pesar de que Costa Rica se ha caracterizado por ser uno de los países suscriptores de las diversas convenciones sobre los derechos humanos, incluyendo la Convención de Derechos del Niño, lo cierto es que en la realidad esos derechos se han venido violando y nuestros infantes y adolescentes han sido sometidos al maltrato físico y psicológico por parte de las personas adultas, quienes no sólo lo han tolerado, sino que además, lo consideran necesario y conveniente. Con el proyecto se rompe formalmente con esa tolerancia y concepción, aunque desde luego, no es la mera formalidad de la ley, ni siquiera la existencia de una amenaza penal, la que modifique la realidad costarricense. Junto esos instrumentos, los que sin duda son gran utilidad, se requiere una fuerte campaña de orientación, motivación y persuasión, para convencer a las personas adultas de que el castigo físico no sólo es contrario a los derechos humanos, sino que además, ningún efecto positivo produce en las personas menores de edad. Además, que es posible la aplicación de un método de "disciplina con amor". Como bien lo señala el Presidente Ejecutivo del Patronato Nacional de la Infancia, la ventaja es que se parte de una finalidad común, pues todos los padres queremos "formar hijos felices"⁵³.

IX. Conclusiones

El castigo físico en contra de las personas menores de edad es un fenómeno muy antiguo y difundido en la realidad costarricense. Tradicionalmente se ha considerado que los padres, madres, tutores y guardadores tienen

el deber moral y legal de castigar a sus hijos. Ello no puede verse de forma aislada, sino que forma parte de una problemática más grave de nuestra sociedad. Concretamente, nos referimos a la violencia en general y la violencia doméstica en particular. Esta última es más amplia e incluye, además del abuso físico, el sexual, el psicológico, el emocional, así como cualquier comportamiento que tenga como propósito la degradación, el control o la coacción. Sin embargo, el tema se ha disfrazado bajo el tamiz del ejercicio de la patria potestad. Por tal debe entenderse el conjunto complejo de derechos y deberes orientados hacia la formación integral de las y los hijos. Sin embargo, a pesar del alto grado de tolerancia social sobre este particular, lo cierto es que nada justifica que se violen los derechos humanos de las personas menores de edad, se les conculque el respeto a la integridad física y se quebrante su dignidad humana. No existe ninguna legitimación para menoscabar los derechos humanos de este grupo social. Por el contrario, tanto a nivel constitucional como de las convenciones suscritas por Costa Rica, se garantiza el respeto a la integridad física y moral de los niños, niñas y adolescentes. De manera que cualquier persona, incluyendo los padres y madres, que produzcan un daño corporal o emocional a un(a) niño(a) o a un(a) adolescente, debe responder legalmente, incluso desde el ámbito del derecho penal. De allí que la ley aprobada por Asamblea Legislativa, donde se prohíbe el castigo físico, sin lugar a dudas constituye un valioso insumo en defensa de los derechos humanos. Sin embargo, no basta la mera aprobación de la ley, se requiere también una fuerte campaña de concientización y persuasión hacia las personas adultas sobre la eficacia de la disciplina con amor, que junto a un plan educativo, permita formar niños en una cultura de diálogo que promuevan actuaciones adecuadas para que las personas menores de edad puedan educarse en una cultura de paz y sin violencia.

X. Referencias bibliográficas

Barrantes Zaira y otros (1999). Problemática de agresión infantil y el papel del docente administrador en las escuelas unidocentes del circuito 01 de la Dirección Regional de Educación de Guápiles en el período de 1997.

Claramunt, María Cecilia (2001) Casitas Quebradas: el problema de la violencia doméstica en Costa Rica, EUNED. 6 reimpresión. San José, Costa Rica.

Código de Familia de Costa Rica

Constitución Política de Costa Rica

D' Antonio, Daniel Hugo (1994). Derecho de Menores. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 4 edición actualizada y ampliada.

La Biblia. Latinoamérica. XXXVIII edición. Editorial Verbo Divino.

Ley contra la Violencia Doméstica

Maxera, Rita. (1999) Los derechos humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, en: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, San José, UNICEF, Universidad de Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor (1984). El contenido de la Patria Potestad EN: Revista judicial Año IX, No: 30, Corte Suprema de Justicia, setiembre.

Proyecto: "Ley de abolición del castigo físico y de cualquier otra forma de maltrato o trato denigrante contra niños, niñas y adolescentes"

Tribunal de Casación Penal. Voto No: 2005-1062, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del veinte de octubre de dos mil cinco.

Tribunal de Casación Penal. Voto No: 2007-1600 de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete.

Tribunal de Casación Penal Voto No: 2007-1600

de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete.

Trejos Salas, Gerardo (1999). Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, San José, primera edición, Editorial Juricentro.

Sala Constitucional .Votos: 346-94 , 1975-94 , 12019-06.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 446-F-92, de las 15:25 horas del 25 de setiembre de 1992.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto: 543-F de las ocho horas con cincuenta minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

- * Fiscal Adjunta de la materia Penal Juvenil. Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- ** Juez de Casación Penal. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- 1 D' Antonio, Daniel Hugo (1994). Derecho de Menores. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 4 edición actualizada y ampliada. p 201.
- 2 Para lograr este cometido, no basta con satisfacer las necesidades alimentarias, sino que debe existir un necesario balance que incluya lo afectivo, lo económico, lo social y cultural, cada uno de ellos, dentro de las posibilidades particulares de cada familia y del Estado en general.
- 3 Según Apunta Víctor Pérez, " *Algunas codificaciones reciente han sustituido total o parcialmente la expresión "patria potestad" por la de "autoridad parental" considerando que "patria" es un adjetivo latino que significa "padre". Para otros, la cuestión terminológica carece de importancia...*" Pérez Vargas, Víctor (1984). El contenido de la Patria Potestad EN: Revista judicial Año IX, No: 30, Corte Suprema de Justicia, setiembre. P 128.
- 4 Ibidem.
- 5 Usualmente, este derecho se ejerce de forma cotidiana y natural en la medida que los progenitores no tengan ningún conflicto entre sí. Es al momento en que surge alguna diferencia entre ellos y se intente obstaculizar el derecho de alguno de ellos cuando se acude a los órganos jurisdiccionales para dirimir la contienda.
- 6 "Esta casi irrestricta potestad sobre el hijo que mostraba el pater no constituía más que el reflejo en la relación paterno-filia de la autoridad que el cabeza de familia romana ejercía sobre todos los componentes del grupo, incluidos su mujer, los esclavos, las personas asimiladas y toda otra que fuera comprendida por la gran familia romana" D' Antonio, Daniel Hugo (1994). Derecho de Menores. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 4 edición actualizada y ampliada. p 202.
- 7 D' Antonio, Daniel Hugo (1994). Derecho de Menores. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 4 edición actualizada y ampliada. p 203.
- 8 Pérez Vargas, Víctor (1984). El contenido de la Patria Potestad EN: Revista judicial Año IX, No: 30, Corte Suprema de Justicia, setiembre. P 129.
- 9 Por supuesto que ese mismo régimen de respeto y consideración le deben los hijos a sus padres, pues se trata de un mismo tema que se representa en dos posiciones.
- 10 El código Procesal Civil expresamente señala un procedimiento especial, denominado diligencias de Utilidad y Necesidad, a través del cual se autoriza a los padres a enajenar los bienes de la persona menor de edad, cuando se demuestre que ello será provechoso para los intereses de aquel. Al respecto el artículo 878 señala: "Enajenación. Para acreditar la necesidad y la utilidad, se recibirán la prueba pericial y las demás que se rindan o que el juez creyere convenientes. En el mismo dictamen el perito hará el avalúo de los bienes correspondientes. Recibida la prueba, se dará audiencia por tres días al Patronato Nacional de la Infancia, y, sin más trámite, el juez dictará auto de autorización o de denegación del permis solicitado. Este auto será apelable en ambos efectos".
- 11 Si bien históricamente se concebía a la familia como aquél núcleo formado por un padre, una madre y sus hijos (as), todos viviendo bajo el mismo techo, la dinámica de la sociedad ha obligado a ampliar ese concepto de manera que hoy día el concepto de familia es más flexible y abierto. En ese sentido, la sentencia 1975-94 , La Sala Constitucional indicó que: "... partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal -el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)-, como aquélla en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales -uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc.- Ya esta Sala en la sentencia número 346-94 de las 15 horas con 42 minutos del 18 de enero del presente año, estableció, lo siguiente: "...Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el "elemento natural" y "fundamento de la sociedad", como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto -familia- se observara que su sustento constituye un elemento "natural", autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el "fundamento de la sociedad" no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos." Frente a la realidad social que presenta variedad de tipos de familia, la realidad jurídica contempla dos: las constituidas legalmente, es decir, a partir de la unión legal de dos personas y, las constituidas de hecho, que son aquellas que no obstante no estar fundadas en un vínculo legal, cumplen ciertos requisitos fijados por ley y reciben por tanto, una determinada protección. Cada una de estas relaciones está sometida a un régimen jurídico diferente, pues si bien constitucionalmente el matrimonio tiene un rango privilegiado, ello no significa que otros tipos de convivencia estén desprotegido"
- 12 Protección que se materializa en el Artículo 55 que dispone: "La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado".
- 13 Según el artículo 51 de la Constitución Política. "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

- 14 Según el artículo 3.1 de la citada convención: "1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Debemos aclarar que la Convención no define lo que debe entenderse por tal. Sin embargo, la doctrina ha señalado que por tal debe entenderse el análisis de las condiciones psíquicas, sociales, económicas, etc. para tomar la decisión que más favorezca en la formación integral de la persona menor de edad.
- 15 Norma cuya letra reza: "Interés superior. Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social"
- 16 El artículo 5 de la Convención Señala: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
- 17 Sobre el particular el artículo 9 de la Convención Señala: "1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".
- 18 Dispone el artículo 29 del Código de Niñez y Adolescencia. "Derecho integral. El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años".
- 19 En el mismo sentido artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, modificado mediante ley 8101, Ley de Paternidad Responsable.
- 20 En la Zona Sur de nuestro país se presentó un caso en el cual los padres de un niño se negaron, invocando razones religiosas, a que se le practicara una transfusión de sangre, a pesar de que el infante se encontraba gravemente enfermo y era la única posibilidad de salvarle la vida. Finalmente el niño murió y los padres fueron acusados penalmente.
- 21 Según establece el artículo 46 "Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia".
- 22 El artículo 140 del citado Código, establece que "compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente..." y, en el numeral 143 siguiente, se estipula que "la autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo"
- 23 Trejos Salas, Gerardo (1999). Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, San José, primera edición, Editorial Juricentro, p. 270).
- 24 Sin embargo, en el segundo párrafo de la misma norma se dispone que, en casos especiales, el juzgador podría, en atención al interés de la persona menor de edad, conferir también al padre el ejercicio conjunto de dicha autoridad.
- 25 Sala Constitucional. Voto número 1975, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994.
- 26 Sobre este particular la Sala Constitucional mediante Voto N° 1975- 94 , señaló: "Y no nos referimos tampoco a otras situaciones, como la del padre a quien se declara tal contra su voluntad, sea en proceso promovido por el hijo o su representante, en que hay una sanción de no goce de sus derechos de tal, ya que se trata de situaciones razonables y perfectamente compatibles desde el punto de vista constitucional". De allí que se pueda concluir sin dificultad, que la Sala Constitucional avala su contenido.
- 27 Sala Constitucional. Voto No: 12019-06 de las 16:32 horas del 16 de agosto del 2006.
- 28 La Biblia. Latinoamérica. XXXVIII edición. Editorial Verbo Divino. Efesios 6: 1 a 4.
- 29 Víquez Jiménez, Mario (2007). Periódico La Nación. 11 de agosto de 2007.
- 30 Maxera, Rita. (1999) Los derechos humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes. en: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, San José, UNICEF, Universidad de Costa Rica, .p.8)..
- 31 www.dhr.go.cr/nopeguemos/proyecto
- 32 Por violencia doméstica entendemos "todo acto u omisión que resulte en daño a la integridad física, sexual, emocional o social de un ser humano, en donde medie un vínculo familiar o íntimo entre la persona involucrada".

- Cfr. Claramunt, María Cecilia (2001) Casitas Quebradas: el problema de la violencia doméstica en Costa Rica, EUNED. 6 reimpresión. San José, Costa Rica.p.7.
- 33 Cfr.Claramunt, María Cecilia (2001) Casitas Quebradas: el problema de la violencia doméstica en Costa Rica, EUNED. 6 reimpresión. San José, Costa Rica.p.17.
- 34 Artículo 3 inciso b) de la Ley contra la Violencia Doméstica.
- 35 www.dhr.go.cr/nopeguemos/proyecto
- 36 Barrantes Zaira y otros (1999). Problemática de agresión infantil y el papel del docente administrador en las escuelas unidocentes del circuito 01 de la Dirección Regional de Educación de Guápiles en el período de 1997.
- 37 El "barejón" también es conocido como "chillillo".
- 38 "Los datos de Costa Rica no difieren en mucho con datos de otros países. En España el 47 % de los adultos asegura que pegar es imprescindible "algunas veces", el 27.7 % de los padres reconoce haber pegado a sus hijos en el último mes, y el 2.7 % reconoce haber propinado golpes fuertes. El 80 % de los Irlandeses mayores recuerdan haber sido pegados en casa y el 53 % de los suecos (primer país en abolir el castigo físico) antes de una campaña de sensibilización tenían la bofetada como "instrumento indispensable de corrección". www.dhr.go.cr/nopeguemos/proyecto p.3.
- 39 Guía sobre el castigo físico. En. <http://www.savechildren.es/castigo/guia.htm>.
- 40 Guía sobre el castigo físico. En. <http://www.savechildren.es/castigo/guia.htm>.
- 41 El castigo físico "también afecta a las personas que lo aplican, principalmente a los padres y madres, produciendo ansiedad y sentimientos de culpa, aunque consideren correcta la aplicación del castigo corporal. Adicionalmente, los círculos de violencia se expanden, ya que el empleo del castigo corporal aumenta la probabilidad de que los padres y madres muestren comportamientos violentos en otros contextos". *Ibidem*.
- 42 Quienes trabajan en el Sistema Penitenciario Costarricense son testigos de reproche que genera en los privados de libertad el ingreso de un abusador sexual en contra de persona menor de edad o de una madre o padre que haya asesinado a su descendencia.
- 43 Art. 112 inciso 1) del Código Penal.
- 44 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Voto: 543-F de las ocho horas con cincuenta minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos
- 45 Cfr. Tribunal de Casación Penal. Voto No: 2007-1600 de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete.
- 46 El artículo 382 inciso 1 del Código Penal establece "Se impondrá de diez a sesenta días multa a las siguientes personas: Castigos inmoderados a los hijos. 1) Los padres de familia, tutores, guardadores de menores que los castigaren en forma inmoderada o tratasen de entregarlos a otra persona o establecimiento público, con el fin de evadir las responsabilidades inherentes a su deber legal, o los expusieren a la corrupción".
- 47 Cfr.Tribunal de Casación Penal. Voto No: 2005-1062, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del veinte de octubre de dos mil cinco. En el mismo sentido, Voto No: 2007-1600 de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete y Voto No: 2007-1600 de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete.
- 48 Véase al respecto lo establecido en el voto N° 446-F-92, de las 15:25 horas del 25 de setiembre de 1992 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El conocimiento de la ilicitud es un conocimiento potencial en la esfera de un profano. De allí que en cada caso concreto debe analizarse las condiciones de la persona contra la que se dirige la acción penal y determinar si tuvo oportunidad de conocer el carácter ilícito del acto.
- 49 La verdad es que un gran porcentaje de quienes hoy somos adultos fuimos víctimas o por lo menos testigos de éste "método".
- 50 Aparste de ello, se indicó expresamente que la legislación penal resultaba aplicable a los hechos los padres o encargados cometieren en contra de sus hijos menores de edad.
- 51 Cfr: www.dhr.go.cr/nopeguemos/proyecto p.6.
- 52 Leyes 8654 Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante. Artículo 1.- Adiciónese al capítulo II del Código de la Niñez y la Adolescencia, el artículo 24 bis cuyo texto dirá: Artículo 24 bis.- Derecho a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante. El Patronato Nacional de la Infancia coordinará, con las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral y las organizaciones no gubernamentales, la promoción y ejecución de políticas públicas que incluyan programas y proyectos formativos para el ejercicio de una autoridad parental respetuosa de la integridad física y la dignidad de las personas menores de edad. Asimismo, fomentará en los niños, niñas y adolescentes, el respeto a sus padres, madres y personas encargadas de la guarda crianza. El Patronato Nacional de la Infancia velará porque las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral incorporen, en sus planes institucionales, los programas y proyectos citados en este artículo, e informará al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sobre su cumplimiento." Artículo 2.- Refórmase el artículo del Código de Familia. El texto dirá: Artículo 143.- La autoridad parental y representación. Derechos y Deberes. La

autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, guardar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o los que no estén sujetos a la patria potestad; en este último caso, podrá hacer la solicitud el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento.

53 Viquez Jiménez, Mario (2007). Periódico La Nación. 11 de agosto de 2007.

*Jurisprudencias***JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****Compilador:****Dr. Alfonso Navas Aparicio****Decano de la Facultad de Derecho, ULACIT****ACCIÓN CIVIL. CRITERIOS PARA DEFINIR
SU DESISTIMIENTO Y EFECTOS DE
ÉSTE SOBRE LA OFICINA DE DEFENSA
CIVIL DE LA VÍCTIMA.**

«En primer lugar debe partirse de que existe una norma que de modo expreso dispone: *“Efectos del desistimiento.- ...Declarado el desistimiento, se condenará al actor civil al pago de las costas que haya provocado su acción”* (artículo 118 del Código Procesal Penal), lo que se comprende como consecuencia de los inconvenientes que, para el demandando, genera todo ejercicio de la acción civil. Esta regulación es congruente con el artículo 206 del Código Procesal Civil: *“Efectos del desistimiento.- ...El que desiste pagará las costas y los daños y los perjuicios que hubiere ocasionado a la parte contraria”*. Ahora bien, el desistimiento de la demanda civil constituye una forma anormal de finalizar el proceso, como así lo denomina el Capítulo IX (“Formas Anormales de Finalizar el Proceso”), del Título III (“Actos Procesales”), del Libro Primero del Código Procesal Civil en mención. Ello supone, entonces, que no habrá una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto, sobre el objeto del proceso, lo que se comprende cuando el citado artículo 206 del texto procesal civil señala que *“Declarado por resolución firme el desistimiento, quedarán las cosas en el mismo estado que tenían antes de establecerse la demanda...”*, circunstancia que, también, recoge el indicado artículo 118 de la ley procesal penal en lo que se refiere al desistimiento tácito: *“El desistimiento tácito no perjudicará el ejercicio posterior de la acción reparatoria ante los tribunales competentes, según el procedimiento civil...”* (debiéndose entender la misma consecuencia para el desistimiento expreso). A partir de las anteriores consideraciones, debe estimarse que, en el presente caso objeto del recurso de casación, la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, en

rigor técnico, no desistió de sus pretensiones civiles. Durante la etapa de conclusiones del debate, indicó la representante de la citada Oficina: *“...La acusación que realiza la Fiscalía, pues, pareciera que básicamente se basó en la denuncia, en el informe policial, en el informe de la Fuerza Pública, que para el criterio de la Fiscalía, pues, era el grado de probabilidad que se requería para llegar a esta etapa. Sin embargo, con la prueba recibida, el grado de certeza, no hemos llegado a ese requisito que es esencial para que el Tribunal pueda dictar la sentencia condenatoria. Así las cosas, yo, lo únicamente [sic] resta por indicarle al Tribunal, que la Oficina de la Defensa Civil no sea condenada en costas, en virtud de que litigamos de buena fe durante todo el proceso y a raíz de la delegación expresa que hiciera el ofendido don V. en el momento en que interpuso la denuncia...”* (...). De estas palabras deriva que si existió una solicitud fundamentada para que el órgano de sentencia no condenara al demandado civil JEMM, al explicar que no existía prueba suficiente para concluir que él fuera la persona que afectó el patrimonio de V.A.M., lo que impedía establecer el vínculo necesario entre el hecho generador de la obligación pecuniaria (los daños y perjuicios ocasionados por el delito) y J.E.M.M. Además, en coherencia con ello, la Oficina de Defensa Civil de la Víctima apuntó haber litigado, en todo momento, de buena fe, por lo que solicitó al órgano decisorio que el actor civil mereciera ser exonerado de la condena en costas procesales. Ello significa que la parte actora civil pidió al Tribunal pronunciarse en sentencia sobre el fondo del asunto, lo que -se reitera- no constituye una forma anormal de terminación del proceso (como el desistimiento), aún cuando, en sentido coloquial pueda afirmarse que al instarse a la absolutoria civil se está “desistiendo” o apartando de la pretensión original contemplada en la demanda. Sin embargo, este no es el contenido del desistimiento, entendido en buena técnica

jurídica. Por consiguiente, en el caso concreto no resultaba de aplicación el artículo 118 del Código Procesal Penal, sino su artículo 267; *“Fijación de las costas.- Las costas estarán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando haya razón plausible para litigar...”*. Porque en el procedimiento civil rige el principio dispositivo, según los artículos 99 y 155 de la citada ley procesal civil, el Tribunal Penal de Juicio no estaba legitimado para acoger una pretensión pecuniaria cuando esta parte procesal se declaró, a sí misma, vencida al solicitar la absolutoria mediante un pronunciamiento de fondo, aún cuando declaró a J.E.M.M. autor responsable del robo agravado cometido en daño de V.A.M. y le impuso una pena de prisión de cinco años. A pesar de ello, la misma condena penal demuestra que la parte actora civil sí tenía razones legítimas para plantear la demanda de reparación por los daños y perjuicios originados en el comportamiento delictivo de M.M., independientemente de la decisión de la recurrente, externada en la etapa de conclusiones del debate, sobre la supuesta duda en torno a la autoría. Por esta razón, en aplicación del artículo 267 del Código Procesal Penal se debió exonerar al actor civil al pago de las costas. Por consiguiente, se anula la sentencia únicamente en cuanto a la condena en costas que el Tribunal dispuso sobre la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, por ser ilegítima, ya que estamos frente a un simple mandante y no la parte propiamente dicha. En lo demás, el fallo permanece incólume. La Oficina de Defensa Civil del Ministerio Público, sólo es una representante por delegación (artículos 39 del Código Procesal Penal y 33 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), siendo claro los artículos 118 y 267 del texto procesal penal en el sentido de que se condena al *“...actor civil...”* o a *“...la parte vencida...”*, no a su mandatario, como expresamente señala el artículo 268 del mismo cuerpo legal: *“...Los representantes del Ministerio Público, abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que incurran”...*». **Sala Tercera,**

res. 47, 27 de enero de 2009.

ACCIÓN CIVIL. DIFERENCIA ENTRE PATROCINIO DE ABOGADO Y MANDATO ESPECIAL. DEFECTOS FORMALES EN EL PODER ESPECIAL.

«Como bien señala el Tribunal... las irregularidades apuntadas en el poder especial judicial... que otorgara A.A.N. al licenciado J.I.V.H., por ser formales, en ningún caso impide tenerla como actora civil debidamente apersonada en el proceso. 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. Del expediente deriva que el licenciado V.H. actuó durante la audiencia preliminar... acompañado de A.A.N., de forma que el mandato era innecesario. Por otro lado, obvia el recurrente que... consta un poder especial judicial, que cumple los requisitos formales, otorgado por aquélla a la licenciada I.V.U. (dejando sin efecto el anterior), quien la asistió durante el juicio y emitió conclusiones, estando legitimada para ello aún en ausencia de la actora civil. Por lo expuesto, los defectos formales del contrato de mandato originario entre la actora civil y el licenciado J.I.V.H., en ningún caso afectaron la legitimidad de sus actuaciones, las que hizo, en ocasiones acompañada del patrocinio letrado y, en otras, debidamente representada mediante un poder especial... De ahí que la ausencia de timbres del primer poder otorgado, la colocación del sello y firma del abogado

autenticante antes de la firma de la mandante y la falta de aceptación expresa y escrita del mandatario, no implicaron, en el caso concreto, obstáculos para el ejercicio de la acción civil, pues luego fueron subsanados por medio del nuevo mandato especial judicial, ratificándose todo lo actuado por la parte actora civil desde el momento de su misma constitución. Se estaba, entonces, en presencia de un defecto formal subsanable a través del artículo 15 del Código Procesal Penal y del artículo 299 del Código Procesal Civil. Por último, debe considerarse quien impugna que el poder judicial especial no requiere su inscripción en el Registro Público, pues esta exigencia se predica sólo respecto de los poderes generales o generalísimos, conforme al párrafo tercero del artículo 1251 del Código Civil». **Sala Tercera, res. 1280, 31 de octubre de 2007.**

ACCIÓN CIVIL. PROHIBICIÓN PARA EL TRIBUNAL DE EXTRALIMITARSE EN LO SOLICITADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

«Respecto de los daños y perjuicios materiales sí aprecia esta Sala una extralimitación acerca de lo petitionado, conforme con el artículo 155 del Código Procesal Civil, toda vez que, en el escrito de constitución de la parte actora civil... y en la audiencia para concretar pretensiones civiles... únicamente se exigía cubrir los gastos del sepelio, "...el pago de una pensión o renta a favor de la viuda...", las costas personales y procesales, y un monto económico por daño moral, nunca una suma dineraria por concepto de educación de uno de los hijos del hoy occiso, aún cuando este aspecto constaba en el informe pericial matemático... y fue referido por A.A.N. durante su declaración en juicio... Asimismo, el artículo 368 del Código Procesal Penal autoriza al Tribunal para acoger la petición civil aún cuando los elementos probatorios no permitan fijar con certeza el monto dinerario, remitiendo a la jurisdicción civil para su liquidación. En el caso particular, el órgano decisorio acogió en abstracto la pretensión por concepto de perjuicio económico porque al momento de dictar la sentencia no existía una declaratoria

de herederos de la sucesión del ofendido C.C. (que debería versar sobre sus bienes en vida), aspecto en el que el a quo yerra, pues —como se indicó—, aquí se reclamaba, como pretensión directa por la muerte de la víctima, un perjuicio material que se limitaba a los gastos del sepelio, monto que fue concretado en su momento procesal en la suma de 500,000.00 colones... y valorado en 100,000.00 colones por la perito matemática... Por esta razón, se revoca parcialmente la sentencia, únicamente en lo que se refiere a la reparación por concepto de los gastos de educación de uno de los hijos de la víctima, al no formar este extremo parte de la pretensión civil incoada en el proceso, quedando incólume el resto del fallo y debiéndose fijar, en el proceso de ejecución de sentencia, el monto exacto por concepto de gastos de sepelio". **Sala Tercera, res. 1280, 31 de octubre de 2007.**

ACCIÓN CIVIL. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

«Los recurrentes llevan razón al sostener que A. no debe ser condenada solidariamente con M. y H., por cuanto aquella fue declarada responsable sólo del delito de agresión con arma, mientras que los dos últimos del delito de lesiones graves, aún cuando se tratara del mismo ofendido. El artículo 106 del Código Penal dispone que la solidaridad, en cuanto a la responsabilidad civil (por daños materiales y morales, y por los perjuicios), se extiende sólo a los partícipes del hecho punible de que se trate. Ello significa que una persona que no ha intervenido en un ilícito, no es responsable civilmente por las consecuencias que de él deriven. Dicha regulación se extrae, además, del artículo 103 del Código Penal y de los artículos 122, 123, 127 y 135, aún vigentes, del Código Penal de 1941. Por ello, en el presente caso la responsabilidad civil de la encartada no puede extenderse a un delito por el que no recayó condena en su contra (lesiones graves), sino sólo al ilícito por ella cometido (agresión con arma). Lo mismo sucede con los encartados, que deberán responder solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho

que realizaron como coautores (lesiones graves), no por otro (agresión con arma)». Sala Tercera, res. 238, 13 de marzo de 2009.

CONCILIACIÓN. PARÁMETROS PARA DEFINIR LA PENA IMPONIBLE Y LA LIBERTAD DE DECISIÓN DE LA VÍCTIMA, AL MOMENTO DE HOMOLOGAR LA CONCILIACIÓN. TESTIMONIO DE PIEZAS CONTRA ABOGADO POR POSIBLES INFRACCIONES ÉTICAS Y PENALES.

«Un primer aspecto que debe ser aclarado reside en si era aplicable el instituto de la conciliación ante el delito de tentativa de robo agravado acusado... En el caso concreto, el delito por el que fueron acusados M. y C. era el de tentativa de robo agravado. El primero fue detenido en flagrancia, mientras intentaba sustraer un automóvil que se encontraba estacionado en la vía pública, propiedad de W. y durante la ausencia momentánea de éste. El segundo fue aprehendido unos dos meses después. Lo anterior significa que no se logró el despostramiento ni, en consecuencia, el apoderamiento que exige la consumación del delito de robo. Por otro lado, según las certificaciones del Registro Judicial... los dos imputados en cuyo favor se homologó el acuerdo conciliatorio carecían de condenas previas. Sin embargo, el Tribunal yerra al realizar el pronóstico de la pena imponible, pues consideró que ésta nunca habría superado los tres años de prisión por varias razones: no se ejerció violencia sobre alguna persona, el vehículo ni siquiera llegó a ser movido del sitio, y ambos eran de joven edad y sin condenas previas, lo que -en criterio del órgano sentenciador- no hacía necesaria la ejecución de una pena privativa de libertad, aún cuando el ilícito acusado evidenciara un alto grado de planificación (...), pues retiraron la cerradura del maletero del carro y procedieron, en el acto, a confeccionar una llave igual a la original, lo que les permitió abrir las puertas del vehículo e ingresar en él, mientras el coimputado C.

vigilaba desde otro vehículo que conducía. La razón que permitió agravar la pena del robo consistió en que tres personas intentaron sustraer en vehículo estacionado en la vía pública, conforme al artículo 213, inciso 3), en relación con el artículo 209, incisos 5) y 7), ambos del Código Penal. En primer lugar, debe tenerse presente que el párrafo segundo del artículo 73 del Código Penal dispone que "...La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del juez...". Por consiguiente, la regla es que tanto la tentativa como la consumación se sancionan del mismo modo; y únicamente de manera excepcional en el primer caso podrá imponerse una pena por debajo del extremo mínimo previsto, conforme a las circunstancias del caso concreto, que deben examinarse de forma detallada en la sentencia. Si se analizan, de modo adecuado, las circunstancias que caracterizan el hecho que el Ministerio Público atribuyó a los encartados M. y C., se llega a la conclusión de que no habría sido procedente una pena de prisión no superior a los tres años y la concesión del beneficio de su ejecución condicional. Por consiguiente, la homologación del acuerdo conciliatorio era inviable al no cumplirse el requisito que ahora se comenta. De hecho, las autoridades jurisdiccionales, a lo largo del proceso, fueron denegando en reiteradas ocasiones la posibilidad de homologar la conciliación entre las partes debido, principalmente, a la pena prevista para el delito de robo agravado... Además, debe considerarse que al coimputado C. se le impusieron, por los mismos hechos acusados de tentativa de robo agravado, una pena más elevada: cinco años de prisión... Es cierto que, a diferencia de los otros justiciables, este encartado C. poseía un antecedente registrado por un delito contra la propiedad (estafa de seguro), ocurrido el 26 de enero de 2001..., lo que podría justificar un mayor rigor punitivo (en comparación con los demás imputados). Sin embargo, las circunstancias en que ocurren los hechos, según los describe la Fiscalía en la acusación, revisten una especial gravedad que impiden, en esa valoración ex ante, prever como posible una pena de tres años de prisión o menos. El alto grado de planificación (al que el Tribunal le

restó cualquier valor) con que se actuó permite concluir como lo hace esta Sala ahora. Según la pieza acusatoria, el hecho fue ejecutado por tres personas que, debidamente organizadas, viajaban en un vehículo marca Mitsubishi, modelo Montero, siendo que dos de ellas descenden y extraen, rápidamente, la cerradura del maletero del carro del ofendido que se encontraba estacionado en la vía pública. Inmediatamente después, ingresan de nuevo al vehículo en el que se transportaban y confeccionan, a partir de aquella, en pocos minutos y haciendo uso de instrumentos y procedimientos mecánicos, una llave igual a la original, lo que les permitió abrir las puertas del automotor que pretendían sustraer e ingresar en él, mientras el imputado C. realizaba labores de vigilancia dentro del vehículo en el que todos se trasladaban. Por otro lado, la acusación describe dos circunstancias agravantes de la pena del robo, según la relación de los incisos 5) y 7) del artículo 209 y 3) del artículo 213, del Código Penal: que el robo con fuerza sobre las cosas se pretendió cometer sobre un vehículo dejado en la vía pública y que intervinieron tres personas en su ejecución, lo que también justifica un mayor rigor punitivo. Así, las circunstancias de modo y lugar en que se realiza el delito, según indica el Ministerio Público (significativa planificación y organización) y la concurrencia de dos causales de agravación de la pena prevista para el robo, impiden considerar como probable una pena de tres años de prisión, dentro del margen de penalidad previsto en la ley: de cinco a quince años de privación de libertad. Asimismo, un elemento adicional para rechazar el acuerdo conciliatorio pretendido residía en el desequilibrio procesal entre la víctima y los imputados M. y C., toda vez que la primera llegó a estar representada por quien había sido abogado, dentro de este mismo proceso, del encartado C. (cuya gestión conciliadora fue rechazada al contar con un antecedente delictivo). Lo anterior, aún cuando el ofendido W. dijo ante el Tribunal no haber sido coaccionado ni amenazado para acceder a una posible solución alternativa al proceso, según deriva de lo que se observa y escucha en el disco que registró el debate, en especial la

declaración que sobre el acuerdo conciliatorio relató la víctima en ausencia de los encartados... En este se constata que aceptó, de modo voluntario y libre, la entrega de 500,000.00 colones (que ya los tenía en posesión) y que, para tal efecto, había firmado un documento a un abogado que conocía con el nombre de "F.", para que le representara en el proceso, toda vez que residía en Guanacaste y le resultaba incómodo trasladarse a Heredia. A ello agregó, de forma reiterada (tanto a las preguntas de la Fiscalía como de la defensa técnica) que en ningún momento fue presionado para aceptar ese monto dinerario y que sólo tuvo contacto con la madre de uno de los imputados por la vía telefónica, para discutir sobre la posibilidad de solventar el asunto satisfactoriamente para las partes. Significativa resulta la afirmación del ofendido cuando dijo desconocer que el abogado a quien había otorgado el poder especial y que conocía con el nombre de "F." había sido abogado defensor de una de las personas acusadas por los hechos de los que fue víctima. Esta Sala observa que... consta un poder especial judicial que otorga W. al licenciado F.C.B., en el cual se le autoriza al último, entre otras cosas, a realizar una conciliación en su nombre. En particular, durante la audiencia preliminar del 7 de febrero de 2008, el Juzgado Penal, sin tomar en cuenta el aspecto decisivo sobre el pronóstico de la pena imponible para los hechos acusados, rechazó la posibilidad de aplicar el instituto de la conciliación ante la ausencia del ofendido (...), a pesar de que le representaba el licenciado F.C.B. -quien indicó desconocer la forma de ubicar a su poderdante-, con motivo del alegato del Ministerio Público sobre la posible amenaza que sobre aquél habría podido recaer por parte de los imputados para forzarle a negociar. Una vez dictado el auto de apertura a juicio, el 8 de febrero de 2008..., el licenciado C.B., ahora acompañado del ofendido W., se presenta el 11 de febrero de 2008 (cuatro días después de la audiencia preliminar), ante el Juzgado Penal para verificar la ausencia de presión alguna sobre lo acordado, tomándose la manifestación del ofendido en ese aspecto (...), sin éxito alguno. Aún cuando no se pueda afirmar que lo indicado por el licenciado C.B. fuera verdad (la

supuesta imposibilidad de localizar a su poderdante para el momento de la audiencia preliminar -pues sí pudo contactarlo con posterioridad: cuando se presenta al Juzgado Penal el 11 de febrero de 2008, cuatro días después de la audiencia preliminar, y para el debate-), no es sino hasta el debate, en presencia del Tribunal Penal de Juicio, que, verificada la ausencia de amenazas, se procede a homologar el acuerdo conciliatorio que, ahora, esta Sala dispone anular. Este Despacho no puede dejar pasar inadvertido que, en efecto, el licenciado F.C.B. figuró como defensor del imputado M., según la designación de fecha 8 de junio de 2007..., cargo al cual renunció el 26 de junio del mismo año... Luego, con fecha 20 de diciembre de 2007, el denunciante y víctima, W., otorga un poder especial judicial al abogado en mención que le autorizaba, entre otras funciones, conciliar en su nombre con todos los imputados dentro de la presente causa. Dicho poder... es autenticado por la licenciada M.E.P.P., quien, a partir del 7 de febrero de 2008, cuando se realiza la audiencia preliminar, empezó a fungir como la abogada defensora de uno de los encartados..., a la vez que, según apunta el Fiscal recurrente, es la esposa del licenciado C.B.... Esta situación es cuestionada por el Ministerio Público en su escrito impugnativo, con el propósito de invalidar el consentimiento del ofendido para conciliar, bajo el argumento de su manipulación interesada (aún exenta de amenazas, pero sí engañosa) hacia los dos imputados con los que se autorizó el acuerdo. Ante la posibilidad de que la víctima fuera manipulada o engañada por el licenciado F.C.B., se testimonian piezas ante el Ministerio Público para que se investigue si este profesional en Derecho incurrió en los delitos de patrocinio infiel o de doble representación (previstos en los artículos 351 y 352 del Código Penal), pues venía ostentando la defensa del imputado M., a la cual renunció para, luego, asumir, en el mismo proceso, la representación del ofendido para realizar una gestión en favor de aquél (que fue denegada por contar con antecedentes delictivos previos) y de los otros dos imputados de apellidos, ambos, O.C (que fue acogida por el Tribunal de sentencia y que ahora se anula). Además, lleva razón la Fiscalía sobre la posible

falta ética en esa doble representación sucesiva, máxime cuando al ofendido se le ocultó, según se observa y escucha en el registro audiovisual del debate, que a quien otorgaba el poder especial judicial para conciliar había sido defensor de uno de los imputados con los que estaba negociando. El Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, del Colegio de Abogados, dispone en su artículo 17: *“El abogado y la abogada deberán actuar con corrección en el ejercicio profesional. Su conducta se ajustará al ordenamiento jurídico vigente en la sociedad costarricense, debiendo abstenerse de toda actuación impropia que pueda desacreditar la profesión. Su ejercicio profesional deberá ser siempre probo, leal, veraz y de buena fe”*. Por su parte, el artículo 44 del mismo cuerpo normativo señala: *“Es contrario a la ética y la moral profesional representar intereses contrapuestos en el mismo o en diferentes procesos o procedimientos...”*. Por esta razón, y con el fin de que sean el Ministerio Público y la Fiscalía del Colegio de Abogados quienes se pronuncien al respecto, se testimonian piezas ante dichos órganos, con la remisión de una copia del disco que registró el debate, para que se investigue la posible comisión de los delitos de patrocinio infiel o doble representación en contra del licenciado F.C.B. y, a la vez, se le siga causa disciplinaria por eventuales faltas graves (artículo 83 del citado Código de Deberes: *“Son faltas graves: a. La infracción a las disposiciones contenidas en los artículos... 17...”*) o muy graves (artículo 84 del mismo texto: *“Son faltas muy graves: a. La infracción a las disposiciones contenidas en los artículos... 44...”*)). **Sala Tercera, res. 44, 21 de enero de 2009.**

DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD. REQUISITOS INHERENTES A LA DESOBEDIENCIA.

«En el presente caso, esta Sala Tercera ha determinado: a) que la resolución número 8867, de 11 de septiembre de 2002, de la Sala Constitucional que, quienes acusan, señalan como desobedecida por los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones al dictar su

pronunciamiento número 1119-E-2007, de 17 de mayo de 2007, no contiene ninguna orden dirigida en lo personal a dichos funcionarios; b) que lo transcrito en la acusación como proveniente de aquel voto constitucional no se corresponde con éste; y, c) que dicha aparente transcripción no se corresponde con ninguna resolución de la Sala Constitucional. Por consiguiente, la acusación contra los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Elecciones..., por el delito de desobediencia a la autoridad, con motivo del dictado de la resolución número 1119-E-2007, de 17 de mayo de 2007, que —estiman los querellantes— desatendió una orden de la Sala Constitucional, resulta manifiestamente infundada, pues esta Sala Tercera no ha logrado comprobar la existencia de esa orden, elemento básico para dar trámite a cualquier proceso por dicho ilícito. Ni siquiera los querellantes ofrecen elementos que vayan más allá de un número de resolución que no guarda correspondencia con la cita literal que, en la pieza acusatoria, dicen transcribir y de un texto que —según las averiguaciones realizadas— no parece originarse en un pronunciamiento de la Sala Constitucional. Otra razón para desestimar la denuncia, aún cuando no existen elementos objetivos para acreditar la existencia de la decisión constitucional que cita la parte acusadora —lo que resultaría suficiente para rechazar la querrela—, reside en que ni siquiera afirman que ese fallo contuviera una orden dirigida, expresamente, a los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Elecciones, cuyo incumplimiento fuera subsumible en un delito de desobediencia a la autoridad. En este punto, no deben confundir los promoventes el efecto “*erga omnes*” de la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional, previsto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional —salvo para la misma Sala encargada de esa materia—, con la desobediencia de carácter penal, contemplada en el artículo 71 de dicha ley y en los artículos 305 y 307 del Código Penal (según la reforma introducida por el Código Procesal Contencioso Administrativo —Ley número 8508, de 28 de abril de 2006—). El numeral 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone: «Se impondrá prisión de tres meses a dos años o de

veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado».... Por su parte, las normas del Código Penal establecen: «**Artículo 305.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención**»; y «**Artículo 307.- Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención**»... Constituye un elemento objetivo del delito de desobediencia a la autoridad —independientemente de la específica norma que sea aplicable a un caso particular— que el mandato o prohibición proveniente de la autoridad pública en sus legítimas atribuciones, se dirija y comunique, de modo expreso y directo, al obligado a su cumplimiento, comportamiento que se amenaza con pena para proteger la actuación de los agentes públicos, no por la simple autoridad o jerarquía, sino porque a través de ella se tutela el interés de todas las personas en el correcto servicio público, corolario del deber del Estado de satisfacer el interés colectivo, respetando y garantizando los derechos y garantías de los administrados, en los términos de los artículos 4, 8, 10, 113 y 114 de la Ley General de la Administración Pública. Así, la orden por obedecer se entiende en función del interés público y, por razones de seguridad y certeza jurídica, exige su comunicación al obligado, en coherencia con el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública: «*De la Eficacia en General... El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado...*» y con el artículo 21 del Código Civil (en tanto norma supletoria): «*Los derechos [como el de imponer una sanción penal por el delito de desobediencia a la autoridad] deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe*». Por esta razón, es improcedente

fundamentar el delito de desobediencia en la vinculación “*erga omnes*” de una resolución constitucional, pues éste sólo supone que los efectos jurídicos de lo resuelto por la Sala Constitucional se extienden a quienes no fueron parte del proceso, con el fin de evitar que se reiteren actuaciones violatorias de la Constitución Política. Ello significa que, además de que lo resuelto pueda suponer una orden directa y particular hacia un destinatario determinado con el propósito de restablecer el efectivo goce de ciertos derechos fundamentales vulnerados (como sucede con los recursos de amparo y habeas corpus, según los artículos 26 y 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), las decisiones tienen un alcance general, dirigido hacia destinatarios indeterminados, *en favor y en contra de todas las personas* (“*erga omnes*”). El concepto de rebeldía inherente al delito de desobediencia es trasladable a la obligación particular y directa que puede generar una específica orden de la Sala Constitucional, pero no a la obligación general de respetar su jurisprudencia y precedentes. En consecuencia, los querellantes ni siquiera aportan razones elementales para estimar, con algún grado de probabilidad, que a los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones se les dirigió, en lo personal, una orden por la Sala Constitucional que, luego, inobservaran». **Sala Tercera, res. 1103, 3 de octubre de 2008.**

MEDIDAS DE SEGURIDAD. EL INFORME SOBRE PELIGROSIDAD DELICTIVA SÓLO DEBE EMITIRLO EL INSTITUTO NACIONAL DE CRIMINOLOGÍA.

«El artículo 97 del Código Penal dispone: “*Principio de Legalidad... Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir*”... La necesidad de respetar esta formalidad se refuerza a partir del artículo 1 del mismo texto legal: “*Principio de legalidad. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad,*

sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas”... En el presente caso, el Tribunal concluye que el encartado D. no sólo es inimputable, sino que en él concurre una “*agresividad... recurrente*” (...), a partir del dictamen pericial psicológico forense SPPF-2008-1405 (...) y de las declaraciones de algunos testigos... Es cierto que 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 tutele y garantice a todas las partes del proceso, una justicia debida, objetiva e imparcial, en atención al contenido de los artículos 1, 6, 142, 182, 184, 361, 363 inciso b) y 369 inciso d) del Código Procesal Penal, a los artículos 11, 39, 41 y 154 de la Constitución Política, a los artículos 1, 7 incisos 2) a 3) y 8 inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 2, 9 párrafo 1) y 14 párrafos 1) y 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, como se apuntó, la libertad de acreditar un suceso por cualquier medio halla su límite en el impedimento expreso de la ley, conforme al citado artículo 182: “*Libertad probatoria. 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*”... Por ello, ha de resolverse si lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal prohíbe que el diagnóstico de peligrosidad delictiva se acredite por otros medios diversos al informe del Instituto Nacional de Criminología. Debe admitirse que la literalidad de la norma sólo prevé la citada pericia criminológica, según una necesaria interpretación gramatical congruente con el principio de legalidad, propio de un Estado de Derecho. Como ha indicado esta Sala: “... Ni siquiera, por la vía de la interpretación de las normas se debe encubrir un irrespeto a la legalidad, máxime si en el artículo 10 del Código Civil (norma supletoria en otras disciplinas, según su artículo 14) se fija un límite a cualquier método de interpretación de las normas,

consistente en el sentido literal posible de los términos legales: *‘Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...’, marco dentro del cual el criterio teleológico constituye el fundamental...’* (resolución número 1103, de 3 de octubre de 2008). Además, ya no sólo se trata de una interpretación acorde al sentido gramatical admisible de los términos legales, sino que, atendiendo a la finalidad de la norma en comentario, la pericia criminológica resulta idónea para determinar la posible peligrosidad criminal del encartado, por ser de mayor amplitud que una psicológica —como en la que se fundamentó el Tribunal—, aportando una cientificidad de la que, además, carecen las apreciaciones particulares de los testigos sobre el comportamiento del encausado —que el órgano decisorio también valoró—. Véase que el dictamen psicológico SPPF-2008-1405, en rigor técnico, no concluye sobre la *peligrosidad delictiva* del imputado, sino únicamente sobre los problemas de agresividad hacia terceras personas... Incluso la Sala Constitucional ha establecido la necesidad de contar con dicho informe pues puede ocurrir que frente a un hecho punible realizado por un sujeto que es inimputable, no sea pertinente la imposición de una medida de seguridad: *“No a todos los inimputables se les impone este tipo de medidas, pues ello depende de su necesidad, de las condiciones personales del sujeto, con miras a la mejoría de su estado psíquico anormal, de ahí la necesidad de informe del Instituto Nacional de Criminología en el que se establezca la posibilidad de que se vuelva a delinquir en razón del estado de inimputabilidad...”* (voto 2583-1993...). El artículo 97 del Código Penal exige como requisito para la imposición de una medida de seguridad *“...la posibilidad de que vuelva a delinquir”*, dictamen que no se corresponde con un mero pronóstico de peligrosidad social. Si bien la pericia SPPF-2008-1405 refiere la posibilidad de que el encartado, desde el punto de vista psicológico y con motivo de su trastorno mental, realice “conductas agresivas”, de ello no deriva, necesariamente, que las mismas puedan ser constitutivas de delitos, para lo cual se requeriría un peritaje de mayor amplitud e interdisciplinario —como es el criminológico—, que evalúe todas las variables intervinientes en

el caso concreto para diagnosticar una posible reincidencia criminal, que, por imperativo de los artículos 97 del Código Penal y 8, inciso c), de la Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social, corresponde realizar al Instituto Nacional de Criminología. El vicio, además, se refleja en la omisión del Tribunal sobre cualquier referencia a una peligrosidad delictiva. De la lectura íntegra del fallo sólo deriva la alusión a una “agresividad recurrente” del imputado —como se señaló al comienzo de este considerando—, lo que, de ninguna manera, sustituye la exigencia del artículo 97 del Código Penal y, ya de por sí, hace que la sentencia carezca de fundamento legítimo para imponer una medida de seguridad... Se anula parcialmente el fallo, así como el debate que le precedió, sólo en cuanto a la medida de seguridad impuesta por dicho ilícito. Se ordena el reenvío para que el Tribunal, con diferente integración, realice un nuevo debate en el que se recabe el respectivo informe del Instituto Nacional de Criminología». **Sala Tercera, res. 1573, 18 de noviembre de 2009.**

MINISTERIO PÚBLICO. UNIDAD DE ACTUACIONES DURANTE LA INTERVENCIÓN DE VARIOS FISCALES EN EL DEBATE.

«Ciertamente, el proceder del Tribunal fue arbitrario, por cuanto no estaba legitimado para impedir la presencia y participación de la Fiscalía Coordinadora de la Unidad de Asaltos, del Ministerio Público, junto al Fiscal licenciado L.C.G.R. Sin embargo, como se explicará, ello no causó un perjuicio a las actuaciones de dicho órgano acusador. Por un lado, deben tomarse en cuenta preceptos básicos de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Su artículo 1 dispone: *“Principios y ubicación. El Ministerio Público... ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal, por medio de sus representantes, conforme a los principios de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica...”*. Por su parte, sus artículos 13 y 15 señalan: *“Jerarquía e instrucciones. El Fiscal General de la República es el Jefe Superior del Ministerio*

Público y su representante en todo el territorio nacional...»; "Representación y sustitución. Los funcionarios del Ministerio Público actuarán siempre por delegación y bajo la dependencia del Fiscal General". Por último, su artículo 29 indica: "Funciones generales. Los fiscales adjuntos, fiscales y fiscales auxiliares actuarán en representación del Ministerio Público en todas las fases del procedimiento penal...". Lo anterior, permite concluir que, con fundamento en el principio de unidad de actuaciones, que, no sólo un fiscal pueda ser sustituido por otro, por ejemplo, durante el debate, sino que varios intervengan durante el juicio, distribuyéndose sus funciones, pues todos ellos actúan en representación del Ministerio Público y por delegación del Fiscal General de la República. Ni siquiera hace falta un apersonamiento escrito dentro del expediente, ya que basta con comprobar la identidad y cargo de quien se dice funcionario del Ministerio Público. Ello, sin perjuicio del poder de disciplina que el Tribunal de Juicio tiene asignado, conforme al artículo 335 del Código Procesal Penal, cuyo ejercicio, en ningún caso, debe coartar los derechos de titularidad de las partes procesales. Mas, no obstante la decisión del Tribunal en cuanto a la presencia de la Fiscala Coordinadora fue errada, esta Sala estima que no se causó un perjuicio en la participación del Ministerio Público que justifique la nulidad del fallo. Como se indicó, de la grabación del debate deriva que la Fiscalía formuló un amplio interrogatorio al testigo R., durante el cual, en momentos previos a cada pregunta, había una comunicación evidente y constante entre el Fiscal y la Fiscala Coordinadora, sin que existiera inconveniente legal en que, distribuyéndose funciones, la última hubiera podido asumir, directamente, todo el interrogatorio de este testigo, si así lo estimaban conveniente. Una vez que el Tribunal -de manera equivocada- llama la atención a la Fiscalía sobre la presencia de la licenciada Ch.L., el licenciado G.R. continúa dirigiendo preguntas al deponente hasta que informa haber finalizado. En ningún caso se debe afirmar que ello supuso un interrogatorio improvisado que afectó los intereses del Ministerio Público. Además, el Tribunal no limitó ni prohibió preguntas del ente acusador, siendo responsabilidad del Fiscal

su debida preparación sobre el conocimiento del caso y del contenido de la prueba que el mismo Ministerio Público ofreció como sustento de su acusación. Es más, la Fiscalía asumió, desde el principio del interrogatorio del testigo R., que éste estaría a cargo del licenciado L.C.G.R. Tómese en consideración que, en ningún momento, el Ministerio Público indicó al Tribunal, antes de dar comienzo a las preguntas en mención, que, por estrategia y reparto de funciones, sería la Fiscala Coordinadora quien asumiría aquella función -con independencia de lo que hubiera podido resolver el órgano de sentencia-. Por ello, en este contexto, se entiende que el Ministerio Público decidió, libremente, que sería el licenciado G.R. quien formularía las preguntas al citado testigo, y ello resulta suficiente para rechazar el alegato impugnativo, bajo una supuesta improvisación que, de haber sido así, es responsabilidad del mismo ente acusador». **Sala Tercera, res. 1269, 2 de octubre de 2009.**

PREVARICATO. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS.

«El delito de prevaricato, previsto en el artículo 350 del Código Penal, requiere, desde el punto de vista objetivo, que la resolución sea contraria a la ley o que se funde en hechos falsos. En el primer supuesto, la contrariedad deriva del alejamiento de las fuentes del derecho (tanto directas como indirectas: Constitución Política, ley, principios generales del Derecho, jurisprudencia y costumbre) y del irrespeto de los métodos jurídicos de interpretación (gramatical, histórico, lógico-sistemático y teleológico), de manera que la decisión, propia del prevaricato, posee una irracionalidad manifiesta y no puede sustentarse bajo ninguna de las citadas reglas interpretativas contenidas en el artículo 10 del Código Civil. Además, dicho ilícito, en tanto elemento subjetivo, exige el dolo, esto es, el conocimiento y voluntad de que lo resuelto incumple el sometimiento al Derecho y a su sistema de búsqueda de significado a partir del sentido literal posible, sus antecedentes históricos, su lógica sistemática y su finalidad de orden político constitucional.

En el caso concreto, como se indicó, no sólo existe un fundamento legal en la decisión de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Elecciones y un uso razonable de los métodos de interpretación de las normas jurídicas, sino que, en ningún caso, hubo una indiferencia por parte de éstos ante los hechos que motivaban la demanda de nulidad de la votación del referéndum del 7 de octubre de 2007». **Sala Tercera, res. 1103, 3 de octubre de 2008.**

RESISTENCIA. DEROGATORIA GENERADA POR EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y NUEVA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE RESISTENCIA. DIFERENCIAS CON EL ATENTADO.

«i) *Sobre derogatoria del tipo penal de la resistencia y la falta de tipificación de los hechos el alguna otra figura delictiva:* Al derogarse el delito de resistencia con la entrada en vigencia el Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley N° 8508 del 28 de abril del 2006, publicada en el Alcance N° 38 de La Gaceta N° 120 del 22 de junio del 2006, vigente a partir del 1 de enero del 2008), los hechos objeto del presente proceso no encuadran en alguna otra figura delictiva y menos aún en el tipo penal de atentado, como lo pretende la representación del Ministerio Público, dado que aun cuando el atentado lesiona el mismo bien jurídico que el derogado ilícito de resistencia, ahora nuevamente en vigencia, ambas infracciones resultan ser diferentes, con verbos definitorios distintos para cada tipo penal. Así, mientras la resistencia tenía como verbo rector **impedir u obstaculizar**, que se define como: “*impedir o dificultar la consecución de un propósito*”; el atentado lo dirige el verbo **imponer**, entendido como: “*poner carga, obligación u otra cosa, ... infundir respeto o miedo, ... hacer valer uno su autoridad o poderío*”... De manera concreta para que se configurara el delito de resistencia se requería que la conducta del sujeto activo estuviera destinada a impedir u obstaculizar la actividad legítima que estaba siendo ya

desplegada por un funcionario público, tratando con ello de obstaculizar o evitar la consecución de dicho acto. A diferencia de ello, el atentado no se dirige a impedir una actividad que ya se desplegó, sino a imponerle una conducta al funcionario público... Ese mismo orden de ideas llevó a la Asamblea Legislativa, a impulsar un proyecto de Ley, para penalizar nuevamente dicha conducta, entendiendo mediante interpretación auténtica el yerro de su despenalización, en Ley N° 8508 del 28 de abril del 2006, publicada en el Alcance N° 38 de La Gaceta N° 120 del 22 de junio del 2006, vigente a partir del 1 de enero del 2008. ii) *Sobre el caso en concreto:* En razón de lo anterior, y atendiendo a los hechos que fueron acusados, si la conducta del justiciable se dirigió a impedir que el oficial de policía O.B.D. ejecutara un acto propio del ejercicio legítimo de sus funciones, como lo era su detención, mostrando en forma amenazante un puñal y luego huye del lugar, siendo detenido poco después, está claro que no configuraría un delito de atentado, en el tanto que con su proceder no pretendía imponer un acto propio a los oficiales de la policía, sino que por el contrario estaba dirigido a impedir que la actividad que estaba desplegando pudiera realizarse como correspondía y por tanto impune al momento en que indica el reclamante. Por otra parte, de acuerdo con la relación de hechos de la acusación, no se estaría en presencia de alguna otra ilicitud. Al efecto véase que la narración del **hecho 3 de la acusación**, que es lo que aquí interesa, señala: “*Al tratar de ser detenido por el oficial B.D., el imputado, con el fin de evitar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, le mostró en forma amenazante un puñal que mide 15 cm de hoja, y luego salió corriendo, siendo detenido finalmente en el parque de Barrio México, con la ayuda de un vigilante privado*” (...). Por último, los suscritos Magistrados consideramos que, conforme lo ha establecido esta Sala, el hecho de que una conducta haya dejado de ser tipificada como determinado tipo penal en virtud de una ley posterior, no significa que automáticamente haya dejado de estar penalizada, pues resulta perfectamente posible y no es violatorio del derecho de defensa concluir que si un hecho se adecuaba a una

figura penal que resultó derogada, la conducta permanezca regulada en la legislación penal como cualquier otra figura delictiva (ver en este sentido las sentencias de esta Sala números 2001-581, 2002-1319, entre otras). En razón de lo anterior, y en virtud de que para este caso en específico la conducta acusada resulta ser atípica pues el único tipo penal en el que se podía adecuar, fue derogado por ley posterior a los hechos, en aras de proteger el derecho de defensa del sentenciado, por voto de mayoría se declara con lugar el procedimiento de revisión formulado por el imputado L.A.O.U., se anula la sentencia en cuanto a la condenatoria por Resistencia Agravada y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 12 del Código Penal y 1, 408 inciso f), 416 y 418 del Código Procesal Penal, se absuelve de toda pena y responsabilidad al imputado L.A.O.U. por el delito de resistencia agravada, manteniéndose incólume la condena con respecto al delito de robo agravado». **Sala Tercera, res. 1447, 16 de octubre de 2009.**

SENTENCIA. PLAZO PARA RECURRIR CUANDO EL FALLO LO DICTA UN TRIBUNAL DE JORNADA ESPECIAL.

«Tratándose de asuntos tramitados ante los despachos que conocen de los delitos flagrantes, organizados de conformidad con las disposiciones adoptadas por Corte Plena, en sesión extraordinaria número 28-2008, de las 13:00 horas, del 25 de agosto del año anterior, en que se aprobó el *Reglamento De Organización y Competencias de los Funcionarios Penales de San José a cargo del Trámite de Delitos y Contravenciones en Flagrancia*, el cómputo del plazo y la consideración de los días hábiles es diferente. De la reglamentación señalada surge que, en los casos tramitados bajo el procedimiento dicho, los despachos judiciales *tendrán una jornada especial*, todos los días de la semana, sean días hábiles, inhábiles, feriados o asueto o períodos de cierre colectivos, por la naturaleza especial de la materia que conocían, a fin de prestar –en ese momento solamente en cuanto a los Despachos y asuntos en flagrancia

de los tres circuitos judiciales de San José, como ocurre en el caso que se conoce- un servicio continuo. Así, si el horario y la prestación del servicio están habilitados para todas las diligencias del proceso, incluida la realización del juicio, lo mismo ha de aplicarse para el cómputo de los términos y la consideración de que, en estos casos, todos los días son hábiles, en virtud de las reglamentación aludida y las especiales condiciones en que se presta este servicio». **Sala Tercera, res. 743, 3 de junio de 2009 (en el mismo sentido, res. 367, 25 de marzo de 2009).**

SENTENCIA ORAL. CUIDADOS DEBIDOS EN SU GRABACIÓN.

«Es necesario establecer que, si bien es cierto, la sentencia que se dicta oralmente en un proceso penal, es constitucional, tal y como lo ha estipulado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su resolución N° 3117-09, posición que esta Cámara comparte plenamente, no sólo por el hecho de que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es vinculante *erga omnes*, sino porque en definitiva, el fallo oral constituye un medio efectivo para alcanzar el cumplimiento del principio y garantía de justicia penal pronta y cumplida, ésto no significa, que una sentencia de tal naturaleza, no deba cumplir rigurosamente con los requerimientos legales que, según los artículos 1, 142, 181, 182, 184, 363 y 369 del Código Procesal Penal, se estipulan para su validez. Es por este motivo, que los Tribunales Penales deben valorar en forma muy cuidadosa, y en cada caso concreto, si la complejidad fáctica o jurídica de los casos respecto de los que deben emitir el fallo, permite resolver el asunto de forma oral, ya que dependiendo de tales variables, puede ser más conveniente emitir una sentencia escrita, o si es del caso, oral, pero luego de estructurar, decidir y definir, adecuadamente, el fundamento y el contenido integral de la decisión, según los términos establecidos en el artículo 364 párrafo 4) del Código Procesal Penal. Esto por cuanto premura, informalidad y falta de rigurosidad, en modo alguno son sinónimos de oralidad,

de manera que se debe tener muy clara esta diferencia, a efecto de no desnaturalizar la finalidad e importancia que tiene este instrumento procesal para la administración de justicia penal. Por último, se debe advertir a los Tribunales Penales que elijan emitir la sentencia penal de manera oral, que tienen la obligación de ser extremadamente cuidadosos de verificar que todos los actos que se realicen en el debate se registren adecuadamente en los medios audiovisuales dispuestos para tal efecto, ya que en el caso de que exista algún defecto en el registro de la audiencia, se imposibilita el control en sede de casación -o de revisión-, de los actos en base los cuales se dicta la sentencia oral. Esta situación puede desembocar en la necesidad de realizar el juicio de nuevo, o provocar dilaciones innecesarias, tal y como lo sería la necesidad de evacuar prueba por parte de esta Sala, para subsanar un defecto que no tiene justificación alguna de ser, lo que incluso puede derivar en la responsabilidad administrativa de él, o los funcionarios que han actuado negligentemente, ya que un error de tal naturaleza, es sumamente costoso para la administración de justicia, y a su vez, implica molestias y una afectación innecesaria a las partes de un proceso penal. A manera de ejemplo, en la especie, la grabación audiovisual del testimonio del ofendido J.P. es sumamente defectuosa, al punto de que en muchos segmentos de su declaración es imposible escuchar su relato, situación que en apariencia se origina en que el micrófono no estaba encendido, o estaba muy lejos dicho deponente. Tome nota el Tribunal de mérito, para que en lo sucesivo no se produzca de nuevo esta situación. En razón de lo expuesto, y de conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y artículos 1, 142, 184, 363 y 369 del Código Procesal Penal, se declara con lugar el motivo de casación. Se anula la sentencia y el debate que la precedió».

Sala Tercera, res. 639, 7 de mayo de 2009.

SENTENCIA ORAL. ENUNCIACIÓN DEL HECHO OBJETO DEL DEBATE.

«En realidad, el requisito contemplado en el

inciso a) del artículo 363 del Código Procesal Penal —sobre la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio—, encuentra su fundamento en el principio de correlación entre la relación fáctica atribuida por la parte acusadora y la tenida por demostrada por el Tribunal, previsto en el artículo 365 del Código Procesal Penal, de manera que las partes puedan verificar y controlar el adecuado cumplimiento del mismo. En el caso objeto del presente recurso de casación, el Tribunal, durante el dictado oral de la sentencia íntegra, indica que las acusaciones sobre las que se realizó el debate eran aquellas en virtud de las cuales se solicitó la apertura a juicio —entendiéndose los escritos de la Fiscalía visibles a folios 19 a 23 y 119 a 124—, que fueron puestas en conocimiento de ambos encartados al inicio de aquella audiencia —como deriva del registro audiovisual correspondiente al debate, de 9:07:53 a 9:12:55 horas, observándose que a la defensa técnica se le dio audiencia, tras lo cual informa al Tribunal que sobre ese extremo se pronunciaría en la etapa de conclusiones—, y respecto de las que ambos justiciables, ante el órgano sentenciador, decidieron acogerse a su derecho de abstención —según el registro audiovisual de las 9:13:09 a 9:16:35 horas—. Todos estos datos son suficientes para descartar la afirmación de la recurrente en el sentido de que la falta de mención completa de los hechos acusados en el fallo le vedó la posibilidad de compararlos con los que se tuvieron por acreditados y verificar el debido cumplimiento del principio de correlación entre acusación y sentencia. Esta Sala estima que en las sentencias escritas u orales, si bien, por respeto al principio de legalidad, debe cumplirse con lo preceptuado en el artículo 363 del Código Procesal Penal (“...La sentencia contendrá: a) ...la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio...”), no se exige, de modo necesario, la transcripción íntegra (en el primero de los casos, aún cuando ello es común en la práctica judicial) o la reiteración verbal completa (en el segundo supuesto, mediante su lectura o recuerdo) de los hechos atribuidos por la parte acusadora y que constituyen la base del juicio, sino sólo enunciar —como señala la disposición legal—, esto es, referir de forma breve y sencilla, datos suficientes que permitan

identificar las conductas presumiblemente ilícitas que fueron sometidas a conocimiento del Tribunal y sobre las cuales se pronuncia en su decisión de fondo, de manera que, cualquiera de las partes procesales, pueda controlar que el razonamiento del órgano jurisdiccional gira sólo en torno a la relación fáctica en la que se interesa la parte acusadora y sobre la que se ejerció el derecho de defensa, como garantía exigida por el artículo 365 del Código Procesal Penal. Esto no supone que la sentencia deje de bastarse a sí misma, porque, se reitera, el artículo 363 de la citada ley procesal sólo exige una enunciación del hecho acusado que permita identificarle, no su reiteración íntegra. Ello, precisamente, es lo que permite concluir que, en el extremo que ahora se analiza, el fallo "se baste a sí mismo", es decir, que ofrezca información y elementos suficientes y adecuados para controlar su objetividad y legalidad. En definitiva, al momento de dictarse la sentencia oral resulta legítimo acudir a cualquiera de los siguientes medios para cumplir con lo preceptuado en el artículo 363, inciso a), del Código Procesal Penal, acerca de la enunciación del hecho acusado que fuera objeto del debate: a) referir, de forma breve y sencilla, datos suficientes que identifiquen la conducta presumiblemente ilícita que fue sometida a conocimiento del Tribunal (como se procedió en el presente caso); b) exponer un resumen del contenido de los hechos acusados que facilite, del mismo modo, precisar la base sobre la que se realizó el juicio; y, c) dar lectura íntegra al cuadro fáctico contenido en la pieza acusatoria. Será el Tribunal de sentencia el que decida la vía específica por la que optar, según el caso concreto». Sala Tercera, res. 1027, 19 de agosto de 2009.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal de San José

A. DERECHO PENAL

1. ABUSO DE AUTORIDAD.

“...la sentencia, la condenatoria en contra del justiciable García Rodríguez se dictó por haber detenido arbitrariamente al ofendido, quien sólo tenía quince años de edad y no portaba documento de identidad, señalándose que, en detrimento de sus derechos, lo redujo a la impotencia y luego le ordenó al oficial Obando Chavarría que lo introdujera a una radiopatrulla (folios 302 y 303). Es evidente que esa acción sí encuadra dentro del delito previsto por el artículo 331 del Código Penal, que sanciona al funcionario público que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien. Lo que sucede en la especie es que el recurrente pretende modificar el cuadro fáctico que se tuvo por cierto, desconociendo las razones en que se fundamenta la decisión del juzgador. Por otra parte, el hecho de que el oficial García Rodríguez supiera que en la parada de buses donde se hallaba el ofendido había personas que consumían y vendían drogas, no justificaba de manera alguna su actuación, pues era evidente que el ofendido no estaba realizando ninguna de esas actividades, de modo que, ni había razón para solicitarle un documento de identidad, ni menos aún para proceder a su detención, conductas que, por lo tanto, resultaron absolutamente arbitrarias e ilegales. En otras palabras, se trata de una actuación policial que no guarda proporción con las circunstancias del caso concreto, porque no tenía por objeto el resguardo del orden público, la salud pública o los derechos de terceros, al punto que el ofendido ni siquiera fue puesto a la orden de alguna autoridad judicial, pues no había mérito para ello (en este sentido, puede consultarse lo dicho por la Sala Constitucional, entre otros, en el voto 2005-05642, de las 14:32

horas, del 11 de mayo de 2005). Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2010-237, de las 9:10 horas, del 4 de marzo de 2010.

2. ACTOS SEXUALES REMUNERADOS CON PERSONAS MENORES DE EDAD.

“...Los hechos tenidos por ciertos en este caso (que son los mismos acusados) señalan –en resumen– que el 20 de mayo de 2007, al ser aproximadamente al 17:00 horas, las menores de edad ofendidas se hallaban en la casa de la señora Sara León Cordero, ubicada en la Urbanización Toro amarillo, en Guápiles, lugar donde también estaba el encartado, quien llamó a las niñas para hacerles “trucos de magia”, las llevó hasta el corredor de la casa y las invitó a bajarse el zipper del pantalón para introducir él su mano dentro del calzón de cada una de las niñas a fin de abusar sexualmente de ellas, bajo el engaño de que de allí “sacaría una fotografía de un niño que les gustaba” y con la promesa de darle a cada una la suma cinco mil colones si permitían tal acto. No obstante, las menores ofendidas se negaron a lo solicitado por el justiciable, por lo que éste se retiró del lugar. Debe señalarse, entonces, que Rodríguez Alvarado no fue más allá de externar su intención dolosa, o sea, lo que en el estudio del *iter criminis* es denominado como una “resolución manifestada” que, en este caso concreto, aparece acompañada de algunos actos preparatorios, como el hecho de haber llevado a las niñas al corredor de la casa y haber realizado algún “truco de magia”, para ganarse su confianza. En segundo lugar, debe quedar claro que dicho imputado no pretendía que las ofendidas ejecutaran (ellas mismas) actos de contenido sexual o erótico, sino que, de haber accedido ellas a bajarse el zipper del pantalón, la intención de aquél era introducirles su mano bajo el bloomer para tocarlas, de manera abusiva, en sus partes íntimas (con

el timo de que sacaría de allí una fotografía). Desde esta óptica, el cuadro fáctico descrito en la sentencia no puede encajar, de modo alguno, en el delito previsto en el artículo 160 del Código Penal. En efecto, según esta figura: *“Quien pague, prometa pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a una persona menor de edad o a un tercero, para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos...”* será sancionado (según el inciso 1) con: *“Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de doce años”* (mediante la ley número 8590 de 18 de julio de 2007 se introdujo una reforma a este inciso aumentando a trece años la edad de las víctimas; modificación que no es necesario examinar con detalle, por no ser aplicable en la especie). En este caso no se dio ese delito, como tampoco el de abusos sexuales contra personas menores de edad. Según se indica en la sentencia, el paso necesario para el inicio de la ejecución del delito consistía –de acuerdo con el plan del autor– en que las presuntas víctimas se abrieran el zipper del pantalón, cosa que ellas no hicieron, lo que motivó que el encartado se retirara del lugar, sin que tampoco se haya indicado que las tocara por encima de la ropa. A todo lo anterior debe agregarse que, como bien lo señaló la defensa en el debate y lo reitera en su recurso de casación, la Sala Tercera, mediante el voto número 2007-0350 de las 8:35 horas del 20 de abril de 2007, se pronunció en su oportunidad sobre el artículo 160 del Código Penal y estableció que: *“...para que se configure el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, no basta con el solo ofrecimiento de dinero o alguna ventaja económica a la víctima, o que el pago se haya dado, sino que se requiere que esta remuneración tenga como resultado la ejecución de actos eróticos o sexuales (de parte de la víctima, no del victimario, como lo entendió el a quo)”*. Esta cámara comparte ese precedente jurisprudencial, del cual se desprende que cuando el tipo penal bajo análisis se refiere a pagar, prometer pagar o dar a cambio una ventaja *“para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos”*, la preposición *“para”* no se limita a la simple finalidad o intención del sujeto activo,

sino que expresa una relación de aptitud o capacidad (para producir el efecto), de forma tal que la consumación del delito requiere que efectivamente la víctima menor de edad ejecute dichas conductas, pues ese es el resultado lesivo del bien jurídico que sanciona la ley. En consecuencia, debe quedar claro que, en la especie, para la consumación del delito previsto en el artículo 160 del Código Penal no bastaba con el simple ofrecimiento de dinero, sino que se hubiese requerido, además, que las niñas realizaran, a cambio de esa promesa, actos sexuales o eróticos, lo cual ni siquiera formaba parte de las pretensiones del encartado. Por supuesto que, si el justiciable hubiera tocado a las ofendidas en sus partes íntimas (por debajo o por encima de la ropa), ello habría configurado el delito de abusos sexuales contra personas menores de edad, pero no es necesario un mayor análisis al respecto, porque el relato de hechos acusados no lo refiere así...”. **Tribunal de Casación Penal de San José, 2010-496, de las 11:40 horas, del 5 de mayo de 2010.**

3. LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Unión de hecho. Alcances. *“...En el fallo se desestima la calificación legal dada por el Ministerio Público, al considerar el Juzgador que la relación de convivencia entre imputado y ofendida no califica como unión de hecho, por lo que no le es aplicable la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer. El tipo penal que se pidió aplicar es el del artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, que establece: “Amenazas contra una mujer. Quien amenace con lesionar un bien jurídico de una mujer o de su familia o una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.”* Está demostrado en el fallo que el encartado mantenía una relación de convivencia con la ofendida y que se dieron las amenazas acusadas, por lo que el tema a dilucidar es la calificación legal, en donde corresponde examinar los elementos del tipo penal. En el

aspecto subjetivo el tipo penal de amenazas es una figura dolosa, de manera que exige un mínimo de conocimiento y voluntad de parte del sujeto activo cuando realiza la acción. En su aspecto objetivo el tipo penal se compone de elementos descriptivos y elementos normativos. En cuanto a los elementos descriptivos el tipo penal del artículo 27 antes referido, contiene las amenazas, que es el acto de dirigir contra una mujer o su familia, u otra persona íntimamente relacionada, la promesa de causar un mal o daño, presente o futuro. Pero aparte de que debe concurrir las amenazas dolosas, dirigidas contra una mujer o su familia, para que se configure el tipo penal, debe existir entre el sujeto activo y el sujeto pasivo una relación de convivencia, que la norma define como matrimonio, o una unión de hecho, sea que esta haya sido declarada o no. Los institutos del matrimonio y la unión de hecho, son elementos normativos del tipo, cuya característica esencial es que son conceptos jurídicos que se encuentran en la misma ley. En el caso del matrimonio y la unión de hecho son conceptos normativos que se encuentran debidamente definidos en el Código de Familia. Respecto de la unión de hecho, que es lo que se discute, se encuentra regulado en el artículo 242 del Código de Familia, y aunque tiene el mismo objeto que el matrimonio, pues es una forma de convivencia en pareja (hombre y mujer), para calificar como unión de hecho debe reunir algunos requisitos, entre ellos que la unión tenga alguna permanencia, por lo que exige al menos tres años de convivencia, el ser pública y notoria y sobre todo, ser legalmente posible, esto es, no mediar entre los convivientes impedimentos, como la existencia de una relación formalizada como el matrimonio. Estos son los requisitos para que la unión de hecho sea declarada judicialmente como lo establece el artículo 243, y también puede ser declarada vía notarial, pero como el tipo penal se refiere a la unión de hecho, declarada o no, debe concluirse, que en uno u otro caso, debe existir una unión de hecho, sea que haya sido declarada o no lo haya sido, pero de igual forma, debe cumplir con los parámetros que la ley exige para denominarse unión de hecho. De lo señalado se evidencia que la relación

existente entre imputado y víctima no cumple con los requisitos que la ley exige para tener por configurada la unión de hecho, por lo que el hecho acusado no encuadra dentro del tipo penal de amenazas contra una mujer y esta atipicidad permite declarar sin lugar la pretensión fiscal, y calificar los hechos a la contravención de amenazas personales, tal como lo ha hecho el Juez en la sentencia. Es importante agregar al respecto, que el término unión de hecho también es comúnmente aplicado a otro tipo de convivencias menos estables o relativamente pasajeras, y podría considerarse que cuando el tipo penal del artículo 27 de estudio se refiere a unión de hecho, entrarían dentro de esa categoría, todas las formas de convivencia en pareja, lo cual permitiría dar una mayor cobertura a las víctimas de la violencia. Aunque es deseable que la mujer sea protegida en forma especial por las normas penales, ante la grave situación patriarcal de los tiempos actuales, esto no es posible vía interpretación, pues el principio de legalidad penal no lo permite. Efectivamente, la aplicación de las sanciones penales del Estado a los ciudadanos se rige por la regla genérica del principio de legalidad, entendido en su primera faceta que sólo a través de la ley se pueden establecer delitos, y en sentido más estricto, que la ley debe ser previa, clara y cierta, esto es, que en sus postulados debe tener la suficiente claridad para que el ciudadano esté lo suficientemente enterado de cuál es la conducta que está prohibida, así contenido en los artículos 39 y 40 Constitucional y 1 del Código Penal. Concretamente, el artículo 2 del Código Penal establece la prohibición de analogía, indicando que: "*No podrá imponerse sanción alguna, mediante la aplicación analógica de la ley penal*", con lo cual prohíbe interpretaciones que permitirían hacer ingresar al tipo penal conductas similares o parecidas pero no idénticas con las que contiene cada figura penal. Por ello, cuando el artículo 27 citado se refiere a la unión de hecho, no es posible incluir aquellas relaciones genéricas de convivencia, que aunque suelen llamarse como unión de hecho no reúnen los requisitos de ley, porque se infringiría el numeral 2 del Código Penal y el artículo 2 del Código Procesal Penal,

que manda que la interpretación debe ser restrictiva. La interpretación amplia del concepto de unión de hecho además, puede llevar a un concepto del todo indefinido, pues si calificamos como tales a todas las formas de convivencia, una relación pasajera o de escaso tiempo entraría como unión derecho, con lo cual el concepto se vacía de contenido y no permite al ciudadano conocer entonces el alcance mínimo del tipo penal, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal. Ya en sentencia 2007-1559 de este Tribunal, se ha señalado que las relaciones esporádicas no pueden ser consideradas como unión de hecho retomando fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que señala que: *“Debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de estabilidad (en la misma medida que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta, es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)... La sala no puede definir qué es la “familia de hecho”, el juez debe valorar cada caso” (la negrilla es suplida, N° 1151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994, en igual sentido la N° 1153 de esa misma fecha).* Sala Tercera, N° 286-F-96 de las 9:20 horas del 4 de junio de 1996 reiterado en el voto de la misma Sala N° 419-04 citado por el impugnante). Se ha sugerido por parte del Ministerio Público, que para interpretar el concepto de unión de hecho debe acudir a las reglas generales de la Ley de Penalización contra la Violencia Doméstica y a las normas internacionales que tienen rango superior a la ley. Al respecto es importante indicar, que el artículo 2 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer señala lo siguiente: *“Ámbito de aplicación. Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una*

relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental.”, y el artículo 3 señala: *“Fuentes de interpretación. Constituyen fuentes de interpretación de esta Ley todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, que tengan un valor similar a la Constitución Política, los cuales, en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, privan sobre la Constitución Política. En particular, serán fuentes de interpretación de esta Ley: a) La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984. b) La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995.”* Por otro lado, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” aprobada por Costa Rica, que es una norma internacional de protección de los derechos humanos, que por virtud del artículo 7 de la Constitución Política tiene rango superior a la ley, define en el artículo 2 que *“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c.- que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”* Es evidente entonces que tanto la ley como la Convención de cita procuran extender la protección a la mujer contra todas las diferentes formas de violencia y en los diversos contextos en que se presenta, no obstante, puede observarse que

ello en nada hace variar el dictamen emitido por esta Cámara, pues lo que indica la ley respecto a la unión de hecho ya fue debidamente analizado y la Convención lo que hace es definir lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, pero no se refiere al concepto de unión de hecho. Dicho en otros términos, la Convención no viene a modificar en nada el tipo penal, como tampoco lo hacen las reglas generales de la ley, por ello no son de aplicación supletoria o principal para el análisis de tipicidad. El legislador al formular el tipo penal decidió otorgarle una protección especial a la mujer, sólo en el marco del matrimonio o la unión de hecho, términos que han de interpretarse conforme lo prevé la ley, en forma restrictiva para darle sentido al concepto. Se dejó de lado la tutela de las otras formas de convivencia en que entra la mujer, que no califican dentro de esas dos de comentario, lo cual fue un error legislativo...". **Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2009-1218, de las 14:20 horas, del 4 de noviembre de 2009.**

4. LIBERTAD SEXUAL. Tutela del bien jurídico.

"...De acuerdo con lo que se ha expuesto, el argumento del impugnante en cuanto a que "pareciera" que la verdadera razón por la cual la ofendida interpuso la denuncia fue porque el imputado no le pagó por sus servicios, resulta ser nada más que una especulación, una simple apreciación subjetiva, que no encuentra sustento en la prueba evacuada durante el debate, de la cual se desprende con claridad que esta causa se basa, en esencia, en que el encartado accedió carnalmente a la víctima contra su voluntad, cuando ésta se negó a tener la relación sexual en vista de que él no quería colocarse previamente el preservativo. Es importante señalar que aun tratándose de personas que ejercen la prostitución, el ordenamiento jurídico tutela su libertad sexual, de modo que conservan el derecho a determinar cómo, cuándo y con quién tener relaciones sexuales, sin que exista autorización legal para que alguien pueda obligarlas a realizar actos de ese tipo en contra de su voluntad...". Tribunal

de Casación Penal de San José, No. 2010-162, de las 13:45 horas, del 19 de febrero de 2010.

B. DERECHO PENAL JUVENIL

5. CASACIÓN. Penal Juvenil. Plazo de impugnación. Reposición.

"...Este Tribunal de Casación, como parte del análisis de admisibilidad que ha de hacer del recurso interpuesto, nota que en la presente causa la persona menor de edad acusada Tafarié Saviero Basanio, de nacionalidad jamaicana, no habla el idioma español, sino que su lengua de origen es el inglés. En razón de ello, ha contado con traductor oficial a lo largo de todo el proceso, desde su indagatoria y otros actos procesales (ver folios 20, 23, 33 vuelto, 35, 56, 71, 265) hasta el momento en que se realizó el debate (ver folios 381, 388, 394, 400). Pese a ello, la sentencia integral le fue entregada a su defensor en el lugar señalado al efecto, en idioma español, pero sin que se le leyera integralmente en inglés al encartado (ver DVD) y sin que, tampoco, se le entregara un documento en dicho idioma con la totalidad de lo resuelto que le permitiera ejercer su defensa material. Esta obligación se encuentra establecida en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos debidamente suscritos por Costa Rica y vigentes en el país. Entre ellos el artículo 8.2.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece "*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*"; el numeral 3.f del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: "*3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal*" y el artículo 40.2.b.vi de la Convención de los Derechos del Niño (sic) que refiere: "*2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones*

pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular que: (...) b) El niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales tenga, por lo menos, las siguientes garantías: (...) vi) El niño tendrá la libre asistencia de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”.

Por ello, de previo a emitir pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por el defensor público y de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Código Procesal Penal (aplicable en la especie por autorizarlo el numeral 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil), lo procedente es ordenar que se nombre traductor o traductora oficial para que, dentro del improrrogable plazo de tres días hábiles, proceda a traducir el documento de folios 409 a 552, traducción que le será entregada en forma personal al encartado menor de edad, para lo cual se gestionará su traslado a este Circuito Judicial y se coordinará telefónicamente con su defensora para que se apersona. Asimismo, como consecuencia de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, se repone el plazo que dicha persona, en el ejercicio de su defensa material, posee para que, si a bien lo tiene, recurra contra la sentencia que le será entregada debidamente traducida, plazo que empezará a correr una vez que se le haga entrega material de dicho documento, de lo que se dejará constancia escrita, previa advertencia al acusado -en su idioma de origen- de dicha posibilidad y sin perjuicio de que él, si a bien lo tiene y previa advertencia en dicho idioma y en presencia de su defensora, pueda renunciar o abreviar, en forma expresa, dicho plazo (artículo 169 del Código Procesal Penal)...”. **Tribunal de Casación Penal, No. 2010-0361, de las 9:00 horas, del 7 de abril de 2010.**

6. LIBERTAD ASISTIDA.

“...No desconoce esta Cámara de Casación que, en oportunidades anteriores, hubo pronunciamientos de este mismo Tribunal, con una integración parcialmente diferente a la actual, en que se consideró que sí era posible sobrepasar el plazo de los dos años, para el cumplimiento de las órdenes de orientación y

supervisión, así como los cinco años para la libertad asistida en los casos en que se trataba de un concurso material. En ese sentido se pueden consultar los votos N° 2009-0977 de las 10:50 horas del 4 de setiembre de 2009 y 2009-1102 de las 11:25 horas del 2 de octubre de 2009. En el primero de estos fallos lo que se dijo, en particular, fue: *“Posteriormente, mediante la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, se modificó el artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, estableciendo la duración máxima de la Libertad asistida en cinco años, reforma que entró en vigencia a partir del 28 de noviembre de 2005, por lo que, como tal, no resulta aplicable en la especie. Sin embargo, lo cierto es que hay un elemento que la defensa no tomó en cuenta al interponer su solicitud y consiste en que, en la presente causa, los montos correspondientes a las sanciones alternativas fueron establecidos aplicando las reglas del concurso material ...lo importante es que la duración de las sanciones alternativas se fijó en concreto para cada delito, de manera que, al examinar separadamente cada hecho ilícito (de acuerdo con la transcripción que se acaba de realizar), se comprueba que ninguno de éstos fue sancionado con plazos que excedan los dos años de Libertad asistida o de Órdenes de orientación y supervisión (en efecto, el plazo mayor de la primera es de un año y tres meses, por el delito de Violación; mientras que, en cuanto a las segundas, su duración es de un año por cada delito). Se observa, además, que al aplicar las reglas del concurso material, la Jueza tuvo cuidado de que la suma de las sanciones alternativas no excediera del triple de la mayor, según lo dispuesto por los artículos 22 y 76 del Código Penal. Valga aclarar, a mayor abundamiento, que en la Ley de Justicia Penal Juvenil no hay disposiciones similares al artículo 51 del Código Penal, que establezcan el monto máximo de cada sanción en caso de concursos.”* Sin embargo, de un nuevo estudio sobre el tema, este Tribunal procede a rectificar lo resuelto para considerar que, aun tratándose de hechos que se hayan cometido en concurso material, deben imperar los límites que fija la Ley de Justicia Penal Juvenil (artículo 128) y la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales

Juveniles (artículo 111) que modificó no sólo el plazo de la sanción de libertad asistida para elevarlo a cinco años, sino también, la sanción de internamiento domiciliario del artículo 129, que pasó a ser de tres años y el internamiento en tiempo libre del artículo 130 que igualmente se elevó a tres años. Las razones para este cambio de criterio, que expresamente se consigna como tal, derivan de la aplicación del principio de especialidad que rige el proceso penal juvenil, en el sentido de que si existen reglas sobre algún aspecto, no procede acudir a la normativa que regula el proceso para adultos. Desde esa óptica, resulta que la disposición del Código Penal para fijar la pena correspondiente a un concurso material (artículo 76), obedece a criterios que no son propios ni aplicables en materia penal juvenil. Esto por varias razones, en primer lugar, las reglas para fijar la pena en un concurso material tienen, en adultos, sentido porque permiten reducir el poder punitivo estatal al no poder sobrepasar el triple de la pena mayor impuesta. Esto no implica que en penal juvenil se desconozca la aplicación de dicha regla sino, que en esta materia, existen otros criterios que prevalecen sobre ella. Ese límite, en adultos, permite atenuar las consecuencias que podrían generarse si a un sujeto se le juzga por varios hechos en concurso material que, sumando las penas, se podría llegar fácilmente a muchos años de prisión. En segundo lugar, el artículo 51 del mismo Código, tiene previsto un tope de cincuenta años de prisión, que ciertamente no existe como previsión general en materia penal juvenil, precisamente por esto es que se trata de una regulación especial que debe regirse por los límites que el legislador decidió para este tipo de procesos. En ese sentido, lo que este Tribunal ahora reformula es que, si bien, el juzgador debe considerar, desde la perspectiva jurídica, que se trata de hechos cometidos en concurso material, para definir el tipo de sanción que debe imponer a un menor infractor e, incluso, de acuerdo con ese parámetro, luego deberá readecuar los plazos de las sanciones según corresponda en aplicación de las normas de la Ley de Justicia Penal Juvenil y de las reformas que efectuó la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. En otras

palabras, si corresponde imponer una sanción de orientación y supervisión por varios delitos en concurso material, deberá considerar que el monto máximo del plazo de esa sanción no puede sobrepasar los dos años. Asimismo, si se trata de varios hechos graves que permiten imponer una sanción de internamiento, aun cuando las reglas del concurso material permitirían sobrepasar los quince años de internamiento, por especialidad, deberá fijarse este plazo como máximo. De lo contrario, se excedería de manera ilegal los límites que el legislador previó para este tipo de procesos en que figura un menor infractor. La especialidad también se ve reforzada con el principio educativo que informa estos procesos, en el sentido de que no tiene sentido mantener a un menor de edad sometido a sanciones que ya no puedan surtir el efecto de reincorporarlo a la sociedad permitiendo que supere el episodio delincencial en que se haya visto inmerso. Se pretende que la propia sanción sirva para que el menor de edad infractor reflexione y cuente con opciones para convertirse en un adulto que se desarrolle sin problemas con la sociedad. De otra forma no puede entenderse que se haya dispuesto legalmente un monto máximo de quince años de internamiento en Centro Especializado, aun cuando pueda tratarse de hechos graves. Esto se comprende mejor si se toma en cuenta que en el proceso penal juvenil existen también diferencias etarias, que en el caso de la sanción de internamiento, separa entre menores de quince años a dieciocho años de edad con menores entre los doce y quince años de edad. Si se aplicaran únicamente las reglas del concurso material, estas separaciones se borrarían. Por otra parte, se puede decir que nada hace más especial el proceso penal juvenil, que lo relativo a la fijación de las sanciones, tanto es así que no existen los límites mínimos y máximos que cada tipo penal prevé para los adultos, permitiéndose -por otra parte- la posibilidad de combinar diferentes tipos de sanciones para un mismo hecho delictivo, según convenga a las condiciones personales del menor de edad. Esta amplitud también hace incompatible que se pueda acudir, exclusivamente, a las reglas del concurso material y desatender las disposiciones propias

que define la Ley de Justicia Penal Juvenil. Tampoco ignora este Tribunal que la Sala Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse, en relación con este tema, en la acción de inconstitucionalidad que se había interpuesto en contra de la jurisprudencia de esta Cámara de Casación, no sólo en contra de las que se han indicado en este considerando, sino también en contra de los votos número: 2009-0906 de las 8:40 horas del 20 de agosto del 2009 y 2009-1227 de las 9:25 horas del 9 de noviembre del 2009. Aunque la Sala, mediante el voto 2894-2010 rechazó por el fondo esa acción, esta decisión no impide que ahora, con un mayor estudio del asunto se haya decidido en la forma que se resuelve en este caso pues el citado voto se pronuncia sobre la constitucionalidad de esa jurisprudencia pero, aquí, se hace un análisis sobre la legalidad de ella, a partir de una interpretación sistemática de toda la normativa involucrada que incluye la consideración a los principios del interés superior del menor de edad y al principio educativo de la sanción. Por todo lo anterior, se rectifica el criterio expuesto con anterioridad por este Tribunal de Casación Penal Juvenil, para que se entienda que las reglas de penalización del concurso material previstas en el Código Penal, no pueden implicar que se sobrepase los plazos que rigen para cada una de las sanciones que regula el proceso penal juvenil...". **Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2010-223, de las 10:15 horas, del 3 de marzo de 2010.**

7. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. Transcurso del plazo no extingue acción penal.

"...Inicialmente, a través del voto 2004-837, de las 16:25 horas, del 17 de agosto de 2004, los jueces Sanabria Rojas, Guillermo Sojo Picado y Ronald Salazar Murillo establecieron que "El artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece, en forma expresa, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, es decir, sólo se utilizará la última legislación cuando la primera no contenga una disposición sobre el tema en particular a tratar. En relación con la

suspensión del proceso a prueba, el artículo 92 de la Ley de Justicia Penales Juvenil, a diferencia del artículo 30 inciso f) del Código Procesal Penal, exige no sólo el transcurso del plazo de esa medida, sino el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas en la resolución que ordena suspender la prueba. En este caso en concreto la juzgadora no valora en la resolución impugnada de dónde deriva la anterior situación y al parecer se limitó a constatar el simple transcurso del plazo, para decretar el sobreseimiento. Esto evidencia no sólo la transgresión al citado artículo 92 de la Ley Penal Juvenil, sino también a la obligación de motivar las decisiones contenida en los artículos 142 y 363 del Código Procesal Penal. En consecuencia, se declara con lugar la casación". Sin embargo, posteriormente se varió el criterio y de forma reiterada se sostiene que: "En nuestro criterio, el artículo 92 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no puede interpretarse de manera aislada, como una norma independiente, sino que se debe analizar conjuntamente con el numeral 91 de esta misma ley y el artículo 30 inciso f) del Código Procesal Penal. Por lo anterior, una vez que se decreta u ordena la suspensión del proceso a prueba, se establece o surge el deber y, por ende, la obligación del Ministerio Público y del Juzgado Penal Juvenil de verificar que –en efecto– la persona menor de edad sometida a esta clase de medida cumpla con todas y cada una de las condiciones o exigencias que le fueron impuestas en la respectiva resolución, lo cual debe realizarse dentro del plazo que se dispuso para ello; conforme se deriva del artículo 91 de la ley citada, numeral en el que se indica: "De oficio o a solicitud de parte, el Juez revocará la suspensión del proceso a prueba y ordenará continuar con los procedimientos cuando constate el incumplimiento injustificado de cualquiera de las condiciones por las cuales se ordenó la suspensión." En otras palabras, se prevé el deber para las partes, en particular para el Ministerio Público, lo mismo que para el juzgador, de velar por el correcto acatamiento de lo ordenado, al punto que si se logra acreditar que ello no ha sucedido, se debe ordenar de inmediato la continuación de los procedimientos. Esta posibilidad además se dispone y mantiene,

siempre que ello se produzca durante el período que se fijó para el cumplimiento de la medida, pues una vez vencido, conforme lo prevé el artículo 30 del Código Procesal Penal, lo único que procede es decretar la respectiva extinción de la acción penal y, consecuente-mente, el sobreseimiento definitivo. Con esto se quiere dejar claro entonces que el plazo que se señala al ordenarse la suspensión del proceso a prueba, a diferencia de lo que considera el recurrente, no es ordenatorio, sino perentorio, o sea, vencido el mismo, sin que se haya revocado la medida de cita ordenada, se tiene por extinguida la posibilidad de activar o continuar nuevamente con el trámite de la causa.” (La negrita, la cursiva y el subrayado son del original). Cabe añadir que una lectura sistemática de los artículos 90, 91 y 92 de la Ley de Justicia Penal Juvenil conduce a enfatizar, antes que nada, la importancia del plazo de suspensión. En efecto, de acuerdo con el artículo 90 inciso c) de la citada Ley, la duración del período de prueba no puede exceder de tres años, lo cual opera no sólo como un límite temporal, sino además como una pauta de seguridad jurídica, en el sentido de que el menor va a estar sujeto a prueba por un tiempo determinado, que debe fijarse expresamente por el juez, sin que pueda exceder de tres años. En segundo lugar, debe señalarse también la importancia de las condiciones impuestas al sujeto. De conformidad con los incisos d) y f) del artículo 90 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, éstas consisten en abstenerse de cometer contravenciones o delitos durante el período de prueba y cumplir las órdenes de orientación y supervisión establecidas por el juzgador. Por lo tanto, en caso de incumplimiento injustificado de las condiciones fijadas para acordar la suspensión del proceso a prueba, se debe proceder con base en el artículo 91 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, de tal modo que el juzgador, una vez comprobada esa situación, revocará la medida alternativa y ordenará continuar con los procedimientos. En cambio, si lo que se produce es el agotamiento del período de prueba sin que se haya declarado el incumplimiento de aquellas condiciones, corresponderá declarar la extinción de la acción

penal, puesto que, según dispone el artículo 88 de la Ley de Justicia Penal Juvenil: “El sobreseimiento procederá cuando surja cualquiera de las circunstancias objetivas, subjetivas o extintivas señaladas en el Código Procesal Penal. Igualmente, cuando se cumpla con el período a prueba señalado en el artículo siguiente.” (El subrayado no es del original). Véase que, de acuerdo con la ley, basta el cumplimiento del “período a prueba”, o sea, del espacio de tiempo que, según la resolución judicial, durará la suspensión del proceso, para que se deba sobreseer. Además, la solución sería la misma si se aplicara el artículo 30 inciso f) del Código Procesal Penal, pues, de acuerdo con esta norma, la acción penal se extinguirá: “Por el cumplimiento del plazo de suspensión del proceso a prueba, sin que esta se revocada.” Nótese que, también en materia de adultos, la revocatoria debe ser previa al cumplimiento del plazo. En el presente asunto, luego de que se ordenó la suspensión del proceso a prueba (folios 74 a 78), sólo existe –de importancia– un oficio suscrito por la Fiscal Penal Juvenil en que solicita al Juzgado de la materia constatar si hubo cumplimiento del plan de reparación por parte del menor (folio 84); pero resulta que ese documento fue presentado el día 21 de abril de 2005, cuando ya había vencido el plazo de la suspensión del procedimiento a prueba. Por lo demás, al Ministerio Público es al que le corresponde acreditar, oportunamente, que el menor incumplió las condiciones impuestas, sin que resulte válido que por cuenta de este órgano se venga a reclamar –como se hace en el presente caso– que no se ha demostrado si hubo o no cumplimiento. De acuerdo con lo establecido por el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil “En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal...”. (Se pueden consultar, entre otros los votos números 2004-1297, de las 9:33 horas, del 16 de diciembre de 2004; 2005-0430, de las 8:35 horas, del 19 de mayo de 2005 y 2005-0646, de las 16:25 horas, del 8 de julio de 2005). Con vista de los antecedentes citados, así como de un nuevo examen del punto, esta integración considera que debe replantearse la forma en

que se ha venido resolviendo el tema de la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil. De acuerdo con lo establecido por el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil *"En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal..."*. De tal forma que debe acudir, entre otros, al Código Procesal Penal, cuando no exista una norma expresa que regule alguna situación dentro del proceso penal juvenil. Esto no sucede en lo relativo al instituto de la suspensión del proceso a prueba pues, como bien lo hace ver la representación del Ministerio Público, existe norma especial dentro de la Ley de Justicia Penal Juvenil que establece que se extingue la acción penal y se ordena el archivo de la causa, siempre y cuando el menor de edad cumpla con las obligaciones impuestas en la resolución que ordena suspender el proceso. Concretamente dispone el artículo 92 *"...Cuando el menor de edad cumpla con las obligaciones impuestas en la resolución que ordena suspender el proceso, el Juez dictará una resolución que las apruebe, dará por terminado el proceso y ordenará archivarlo"*. De igual manera, el artículo 91 que es obligación del juez, de oficio, o a petición de parte, revocar la suspensión cuando constate el incumplimiento injustificado de cualquiera de las condiciones por las cuales se ordenó la suspensión. Esto implica que en el proceso penal juvenil el simple transcurso del plazo de suspensión a prueba extingue la acción penal, si ésta no ha sido revocada dentro de dicho lapso. Existe norma particular que regula bien la finalidad del instituto de suspensión del proceso a prueba que no es buscar la impunidad, sino más bien que la persona que ha cometido un hecho delictivo, sin necesidad de llegar al juicio y a la imposición de la pena, reconozca su error y asuma su responsabilidad con una contribución hacia su persona y la sociedad. Esta interpretación surge no sólo de la aplicación directa y concreta de las normas específicas sobre la suspensión del proceso a prueba, sino que también de la aplicación de los principios que informan el proceso y la sanción penal juvenil. En efecto, de acuerdo con el principio del interés superior de la persona menor de

edad, el Estado debe tomar todas las medidas y disposiciones necesarias para garantizar los derechos de las personas menores de edad, pero también debe hacer lo propio para hacerles ver las responsabilidades que le competen como sujetos de derechos y obligaciones. En un principio que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones jurídicas, reconociendo el carácter integral de los derechos y obligaciones. De igual forma, debe recordarse que el proceso tiene una finalidad pedagógica, educativa, que pretende educar a esta población para que pueda construir su proyecto de vida. De allí que el legislador estableció en la suspensión del proceso a prueba la obligación de cumplir con lo pactado, pues de lo contrario se distorsiona la finalidad del derecho penal juvenil y se traiciona el fin propuesto en la legislación. En este caso en concreto, como bien lo señala la parte recurrente, quedó acreditado el incumplimiento, por parte del imputado, de las condiciones impuestas al decretarse la suspensión del proceso a prueba, aspecto que no ha sido valorado por el Tribunal al decretar el sobreseimiento por extinción de la acción penal, amparado en una norma que no rige para el proceso penal juvenil, pues existe una particular que establece las consecuencias del incumplimiento. Consecuentemente, debe acogerse el motivo y anular la sentencia, decretando el reenvío para nueva sustanciación..." **Tribunal de Casación Penal, No. 2010-475, de las 10:50 horas, del 29 de abril de 2010.**

C. DERECHO PROCESAL PENAL

8. ABREVIADO. LEALTAD PROCESAL. Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia. Interpretación del artículo 127 del Código Procesal Penal.

"...Es criterio de esta Cámara que a propósito del argumento sobre la lealtad procesal, resulta imprescindible distinguir entre los supuestos previstos en el artículo 127 del Código Procesal Penal, como típicos de deslealtad procesal,

cuando las partes efectúan planteamientos dilatorios, meramente formales o con abuso de las facultades que el Código concede; de aquellos que simplemente constituyen el ejercicio de un derecho, el derecho humano a ser oído y de tener opción al recurso contra la sentencia condenatoria. En ese sentido, estima esta Cámara que grave sería la ofensa para nuestro Estado democrático de derecho, si el aceptar la aplicación de un procedimiento abreviado implica opacar, limitar o aniquilar los derechos y garantías de los ciudadanos, si tenemos que enmudecer ante pretensiones que pueden ser legítimas, si se convierte en una atadura que socava toda opción de apuntar yerros o violaciones a la ley procesal o sustantiva, como si los juzgadores fuésemos seres que alcanzamos la perfección absoluta, inmunes y ajenos al error. Así, atendiendo al conocido y reiterado criterio de la Sala Constitucional (votos N° 719-1990, de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990; N° 1208-1998 de las 15:57 horas del 24 de febrero de 1998; y el N° 14715-2004, de las 9:27 horas 22 de diciembre de 2004), según el cual el recurso de casación puede satisfacer los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto no se regule, aplique, ni interprete con rigor formalista, sino que permita, con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en relación con el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso, es que resulta totalmente legítima la pretensión de la impugnante al reclamar los vicios que estima contiene el pronunciamiento impugnando; precisamente a tono con el contenido del artículo 8 de la citada Convención, que en lo que interesa dispone: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se

establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Cada vez con más frecuencia se observan casos donde la defensa técnica después de instar la aplicación del procedimiento abreviado e indicar aceptar el monto de una pena "pactada" con el Ministerio Público, de seguido solicita otra pena (menor) con el obvio interés de optar al beneficio de ejecución condicional de la pena; amparados en las previsiones de los artículos 71, 73, así como 59 del Código Penal, que otorgan directamente al juzgador la facultad de disminuir la pena prevista para el delito consumado (en estos casos con aplicación ya del rebajo del tercio del artículo 374 del Código Procesal Penal). Es importante aclarar que esta clase de actuaciones (al margen del pacto hecho con el Ministerio Público), tampoco constituyen una práctica desleal, se trata sólo del ejercicio de las atribuciones que dentro de la defensa técnica está en posibilidad de ejercitar un abogado defensor, cuya misión siempre debería estar enfocada a lograr el mejor resultado a los intereses de su patrocinado, eso sí, dentro de un marco ético y legal. No hay defecto alguno cuando la defensa técnica solicita la aplicación del procedimiento abreviado indicando haber pactado con el ente fiscal determinada pena, pero instando al juez la imposición de una sanción menor (cuando es legalmente factible) e incluso, solicitar la aplicación del referido beneficio; tampoco cuando el imputado consiente ese procedimiento especial y conviene con el Ministerio Público que el mínimo de la pena abstracta prevista en el tipo penal pueda disminuirse hasta en un tercio (artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal), y no obstante, exprese al juzgador la petición subsidiaria de que, llegado el momento de resolver y fijar en concreto la pena, pueda reducirse aún más, por ejemplo, conforme al párrafo segundo del artículo 73 del Código Penal (penalidad de la tentativa), puesto que cuando procede la condena la única limitación legal expresa que tiene el juzgador para fijar el monto es la de que "...la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores" (artículo 375

párrafo tercero del Código Procesal Penal), siendo entonces que sí puede imponer una pena inferior a la requerida por los acusadores. En este punto no puede perderse de vista que el art. 372 del Código Procesal Penal dispone que en los procedimientos especiales -como el abreviado- se aplicarán las normas del procedimiento ordinario, en cuanto sean compatibles y a falta de una regla específica en aquellos, y que el artículo 365 *in fine* dice que en la sentencia el tribunal podrá aplicar penas distintas de las solicitadas. De ahí que como se indicó *supra*, no resulte desleal la petición subsidiaria de la defensa para que, al resolver y fijar lo relativo a la pena, ésta pueda reducirse aún más conforme a la regla de penalidad de la tentativa y desde luego, en atención a los aspectos subjetivos y objetivos del proceso (artículo 71 del Código Penal). Nótese además que siempre este tipo de peticiones se formulan por la defensa ante el juzgador y de frente al actor penal, y si este último considera que no es procedente disminuir más la pena, así puede indicarlo al tribunal, dando el fundamento objetivo que motive su posición; es decir, nunca se trata de peticiones disimuladas, ocultas o de espaldas al Ministerio Público. Por esa razón, si vía casación se cuestiona la falta de fundamentación sobre ese tipo de peticiones, sólo se hace ejercicio del derecho fundamental al recurso por violación al derecho fundamental de ser oído y obtener una respuesta, sobre un aspecto en el que además, el juzgador tiene la libertad de resolver optando -según el caso específico- por una pena igual o inferior a la pactada. Labor que el Ministerio Público debería de fiscalizar, si cumple a cabalidad con su deber de objetividad, dispuesto en numerosas normas, como el artículo 63 del Código Procesal Penal, que dispone: “*En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley...*” Por otra parte, si como efecto de este legítimo derecho de la defensa (de pedir el rebajo de pena y el beneficio citado, así como de impugnar por ello en casación) se da un impacto negativo en la aplicación de este procedimiento

especial, deberían las autoridades judiciales y jurisdiccionales correspondientes reflexionar sobre el verdadero sentido e implicaciones que tiene aceptar un procedimiento abreviado, así como de los derechos que constituyen un núcleo básico de tutela, imposible de reducir: admitir el procedimiento abreviado es renuncia de participar en un juicio oral contradictorio, oral y público; no es abandonar el ejercicio de todo derecho y garantía ciudadana...” . **Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2010-154, de las 11.15 horas, del 15 de febrero de 2010.**

9. ACCIÓN CIVIL. Responsabilidad objetiva. Alcances del artículo 7 de la Ley de Transito.

“...En el fondo, lo que se discute es si la nueva ley de tránsito reformó sustancialmente el régimen de responsabilidad civil de los propietarios de los vehículos automotores. En cuanto a la ley anterior, existía consenso en la existencia de una responsabilidad solidaria del propietario del vehículo con respecto al accidente en que se determina la responsabilidad civil del conductor del mismo, pero se trataba de una responsabilidad civil limitada, es decir que solamente respondía con el vehículo, sin que pudiera extenderse a otros bienes del propietario (Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 313-F-95 del 26 de mayo de 1995; 149-F-96 del 12 de abril de 1996). En ese sentido dijo la Sala Constitucional en el voto 5517-2000 del 5 de julio del 2000: “*las normas que permiten establecer el gravamen del vehículo (artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres) están vigentes, garantizando con ello la debida indemnización que corresponde al propietario del vehículo, la cual en todo caso -debe aclararse- tiene sus límites, toda vez que responde hasta el valor del vehículo, toda vez que solidaria o subsidiaria -vale decir, accesoria- respecto de la responsabilidad del conductor, que a su vez depende de su culpabilidad en el plano penal de tránsito*”. Además del mencionado voto de la Sala Constitucional, es importante citar el voto 523-2001 del 13 de julio del 2001, ordenado por el Tribunal de Casación Penal, en

el que se dijo que de la relación de los artículos 17, 188 y 192 de la Ley de Tránsito: "(...) debe entenderse que se dispone una responsabilidad objetiva del propietario del vehículo, en cuanto el automotor responde por el monto de las indemnizaciones civiles. Se trata desde esta perspectiva de una responsabilidad civil objetiva que no responde de la indemnización plenaria, sino se limita a un gravamen del vehículo para responder del monto de la indemnización, de modo que si la misma supera el monto sobre el que eventualmente sea rematado el vehículo, no existirá una responsabilidad adicional del propietario del vehículo". Debe indicarse que para afirmar la responsabilidad civil del propietario limitada a responder con su vehículo, se necesitaba que el mismo hubiese sido demandado en el proceso penal (Véase sobre ello votos 1051-2001 del 6 de febrero del 2001 y 6701, del 5 de julio del 2002 de la Sala Constitucional, que se refieren a la garantía del derecho de defensa del propietario del vehículo). En el mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 891-2005, de las 8:30 horas del 28 noviembre de 2005 resolvió "*La responsabilidad civil establecida en la citada Ley de Tránsito tiene, como regla general, que el propietario del vehículo sólo estará obligado a reparar los eventuales daños y perjuicios ocasionados en el uso de éste, con el propio automotor. En otras palabras, su responsabilidad se limita a dicho medio de transporte, el cual queda gravado luego del percance. Ello se establece así en el numeral 188 de la ley mencionada. Empero, existen una serie de excepciones a tal disposición, contenidas en el canon 187 ibídem, donde la responsabilidad del dueño es solidaria. Las mismas son puntuales y taxativas, en el tanto constituyen un agravamiento de la obligación resarcitoria. En el inciso a) se sanciona a quien, de manera consciente, permite a un tercero conducir el automotor bajo los efectos del alcohol u otras drogas enervantes, o bien, sin tener licencia para tal efecto. Se está castigando al propietario que de manera deliberada permite la generación de un riesgo grave, al consentir que maneje quien no es apto para ello. En el inciso b) se obliga a quien percibe un lucro de la circulación del vehículo, puede ser o no su*

propietario. Entonces, aquel beneficiado con el riesgo debe también hacer frente a los menoscabos patrimoniales por éste causado. Por último, respecto del propietario, el inciso c) lo hace responsable cuando permita que las placas de su automotor sean utilizadas por otro, o no las entregue a la autoridad competente, si su vehículo queda imposibilitado para circular en forma permanente." Ahora bien, el artículo 7 de la actual Ley de Tránsito que invoca la recurrente en sustento de su posición, se ubica en la sección I cuya temática está referida a la propiedad de los vehículos. En tal sentido el numeral 5 establece que la titularidad de los vehículos automotores se determina a través de la inscripción en el registro correspondiente. El artículo siguiente enumera los distintos títulos que son susceptibles de inscripción, entre los cuales se puede citar la escritura pública del traspaso, las ejecutorias y las adjudicaciones judiciales, los documentos otorgados ante un notario o cónsul y en el caso de los vehículos importados no inscritos, los documentos que acrediten la propiedad en el país de origen y los de desalmacenaje expedidos por autoridades aduaneras nacionales. Por su parte, el artículo 7 literalmente dispone: "*En todo hecho de tránsito, en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo, aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. De oponerse la salvedad indicada o cualquier otra legítimamente válida, la autoridad procederá, en el primer caso, a realizar todos los trámites necesarios para la notificación y puesta en conocimiento de los hechos al nuevo propietario documental, a fin de continuar contra este el proceso correspondiente. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 y siguientes de esta Ley*". Contrario a lo que interpreta la recurrente, esta Cámara hace una

lectura diferente del mencionado artículo. Como se dijo, esta sección está referida a la forma en que se establece la propiedad de los vehículos y es en ese contexto que debe analizarse. En segundo lugar, en relación con la responsabilidad civil, la misma surge de dos grandes vertientes. Por un lado la responsabilidad contractual, que no es del caso analizar, y por otro la responsabilidad extracontractual. Esta última se compone de la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La responsabilidad subjetiva es aquella que emerge como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo en virtud del cual se produce un daño. Precisamente esta responsabilidad se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1045 del Código Civil, el cual señala *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”*. De donde se colige que resulta indispensable demostrar tanto la existencia del daño como la relación de causalidad entre ese daño y la conducta dolosa o culposa. Por otro lado tenemos la responsabilidad objetiva, que en algunos casos parte no de la acción del sujeto, sino más bien del desarrollo de actividades industriales, comerciales, agrícolas que aunque lícitas, son causas generadoras de riesgo y fuente potencial de daños. En otros, de la simple prestación de un servicio, tales como la responsabilidad del Estado por los actos de sus servidores o bien, la responsabilidad prevista en el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor. En general, su fundamento no es subjetivo, sino más bien objetivo en la medida que el interés central no es sancionar o castigar, sino reparar. Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc, que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado. (Cfr: Ghersi, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de daños. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p 143 y 144.) Esta constituye un

cambio de paradigma, ya que no siempre la responsabilidad se encuentra fundada únicamente en la teoría de la culpa, sino que en la necesidad de reparar el daño causado. Desde la óptica práctica, la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que éste queda exonerado de la carga de probar la culpa o dolo del causante del daño y tampoco requiere probar su falta de culpa, a diferencia de los casos de responsabilidad subjetiva. El fundamento de este tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo -como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas, generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la víctima. De manera que como causante del perjuicio, se encuentran obligados a repararlo. Por su naturaleza y sus consecuencias jurídicas, la responsabilidad civil objetiva es excepcional y debe estar claramente determinada en la ley. Precisamente, el tema de la responsabilidad civil en la vigente ley de tránsito se encuentra previsto en el capítulo III, precisamente bajo el título de responsabilidad civil. En lo que respecta al propietario registral el artículo 188 dispone: *“Responderán solidariamente con el conductor: a) El dueño de un vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes. b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público. c) El propietario que permita que las placas de su vehículo sean utilizadas por otro vehículo al que no le han sido asignadas, o no las entregue a la Dirección General de Transporte Público, para su custodia, si el vehículo al que le fueron*

asignadas, queda imposibilitado permanentemente para circular. d) Toda persona, física o jurídica, que importe, ensamble, produzca o comercialice vehículos automotores, en caso de que el accidente de tránsito tenga como causa la omisión, en el vehículo o los vehículos involucrados en el hecho de tránsito, de las respectivas medidas de seguridad, comprendidas en el artículo 32 de esta Ley. e) El dueño de un vehículo que obligue o permita la circulación con exceso de carga por parte de vehículos de carga liviana y pesada, de acuerdo con los parámetros establecidos en la respectiva reglamentación. Esta norma contempla de forma específica lo relacionado con la responsabilidad solidaria de quien ostente la titularidad formal del vehículo automotor involucrado en el hecho culposo. De la lectura del mismo se colige que para la existencia de la alegada responsabilidad es necesario que el conductor careciera de licencia a la fecha de los acontecimientos; que el vehículo estuviera dedicado a la explotación en empresa industrial, comercial o al transporte remunerado de personas o carga, o en general, que concurra alguno de los presupuestos allí señalados. Al no darse ninguno de esos presupuestos entonces resulta aplicable en el presente caso, el artículo 189 de la Ley de Tránsito, en virtud del cual la responsabilidad del propietario queda limitada al valor de su vehículo, debiendo entenderse que lo que queda gravado es el vehículo mismo, con gravamen legal preferente a cualquier otra garantía. La propuesta de análisis que realizó la impugnante, si bien resulta interesante es contraria a la tradición jurídica costarricense sobre esta materia y además, implicaría un tratamiento contradictoria pues una norma dispondrá una responsabilidad objetiva ilimitada y por otra una responsabilidad limitada al valor del vehículo. Del análisis integral de la normativa citada no se colige una voluntad clara y precisa del legislador para modificar el régimen de responsabilidad del propietario registral del vehículo. Por el contrario, la interpretación hermeneútica de las normas nos conduce a sostener que no ha existido una modificación sobre esta temática...". **Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2010-0113, de las 15:45 horas, del 4 de febrero de 2010.**

10. CONCILIACIÓN.

Es importante indicar que, en este asunto, la audiencia de conciliación fue señalada para llevarse a cabo a las 08:45 horas del 21 de octubre de 2009 (folio 150). Asimismo, mediante escrito presentado a las 07:37 horas de ese mismo día; es decir, antes de la hora fijada para realizar dicha diligencia, el apoderado especial judicial de la parte querellante señaló que no existía posibilidad alguna de conciliación, por lo que solicitó se dejara sin efecto esa diligencia y se procediera más bien a fijar hora y fecha para la realización del juicio oral y público (folio 156). Por su parte, la juzgadora estimó que es deber de la parte querellante asistir siempre a la audiencia de conciliación, aunque no tenga interés en llegar a un acuerdo conciliatorio y así lo haya manifestado previamente, razón por la cual dictó una sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del encartado, al estimar que la no presentación de la parte querellante a la audiencia de conciliación dio lugar a un desistimiento tácito. Sin embargo, estima esta cámara que, como bien se aduce en el recurso de casación formulado en autos, ese criterio no es acertado, porque en reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Casación Penal (con otros integrantes) se ha establecido que: "...resultaría contrario a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que, siendo la conciliación un instituto evidentemente de naturaleza consensual y bilateral, cuya aplicación depende de la aquiescencia de las dos partes en litigio, manifestada de manera libre, clara e informada, a partir de un criterio si se quiere paternalista se sancione al querellante con una declaratoria de desistimiento de su acción, por no haber acudido a una audiencia tendiente a llegar a una solución que ya de antemano él había rechazado. Tal proceder implicaría un claro y directo menosprecio de esa manifestación de voluntad, obligándole sin ningún sentido a acudir a una diligencia que ya de por sí se sabe resultará infructuosa e inconducente, con lo cual –incluso– se estarían desperdiciando los valiosos y escasos recursos con que cuenta el Estado, mismos que podrían aprovecharse de manera útil al destinarlos a otros asuntos donde, prima facie, resulte posible la adopción

de dicha medida. Lo anterior adquiere mayor relevancia si se considera la naturaleza privada de los asuntos contra el honor, donde no se justificaría una intervención tan prepotente del juzgador, imponiendo a la víctima que acude en demanda de justicia por el agravio que estima haber recibido, el deber de acudir a una diligencia en cuanto a la que no tiene ningún interés. Dentro de este contexto, resulta impropio que si dicha parte no acude a la misma, se interprete que no tuvo interés en el proceso ni en continuar con el ejercicio de su acción, siendo que el ordenamiento jurídico no puede darle la espalda a la realidad en aras de respetar las formas y darle cumplimiento a una etapa procesal que de antemano se sabe no conducirá a ningún resultado provechoso. Es claro que en tal supuesto, la manifestación previa del querellante ya cumplió el propósito esperado dentro del proceso, de modo que no tendría ningún sentido insistir en la convocatoria y en la celebración de una audiencia a fin de que en ella se reitera esa misma manifestación. Por otra parte, debe tenerse claro que si bien es cierto el imputado tiene derecho a ser oído en juicio, ello se debe interpretar dentro de su justo contexto y sentido, pues la inteligencia misma de la ley (artículo 82 del Código procesal Penal) hace referencia a que el juez deberá darle el espacio adecuado y suficiente a fin de que pueda ejercer de manera efectiva su derecho de defensa técnica y material, es decir, que se le dé la oportunidad de exponer las razones por las cuales rechaza los cargos formulados en su contra y ofrecer la prueba que estime necesaria en respaldo de su planteamiento. Lo anterior permite comprender que dentro de nuestro ordenamiento legal y constitucional no existe ningún derecho del encartado a que la víctima escuche (aún cuando no esté dispuesta a ello) sus eventuales propuestas de arreglo conciliatorio, pues a la misma no se le podría tampoco obligar a admitir una salida alterna en relación a la cual no tiene ninguna disposición.” (Ver, por todos, voto número 2006- 1276 de las 9:35 horas del 11 de diciembre de 2006). Valga añadir que tratándose de una procedimiento acción privada, no se observa cuál es el obstáculo jurídico-procesal para que la parte interesada pueda pedir que se prescinda de la

audiencia de conciliación y que, en su lugar, se pase con prontitud a la fase de juicio. Además, no es cierto que la ausencia de los querellantes, ocurrida en los términos expuestos, le genere perjuicio a la parte acusada al impedirle retractarse en esa oportunidad (es decir, en la audiencia de conciliación), pues lo cierto es que la retractación es un acto unilateral, por lo que bien puede hacerse por escrito al contestar la querrela o en la fecha señalada para la conciliación, aunque la parte querellante no estuviere presente por razones justificadas...” **Tribunal de Casación Penal de San José, No. 2010-0007, de las 15:50 horas, del 6 de enero de 2010.**

11. PRINCIPIO DE AMPLITUD DE LA PRUEBA. Inobservancia.

“...Un postulado fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es que “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad” (artículo 39 párrafo primero de la Constitución Política). Dar oportunidad al indiciado para ejercitar su defensa implica que el juzgador tenga un criterio amplio a la hora de atender los ofrecimientos de prueba del encartado, resulta claro que la necesaria demostración de culpabilidad no es válida si se hace limitando o restringiendo al indiciado el ejercicio de su defensa. En este sentido se pronunció la Sala Constitucional, al incluir el «principio de la amplitud de la prueba» entre los principios de regularidad del procedimiento, que generan a su vez derechos para el imputado, indicando que: “Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida

irregular o extemporáneamente. En material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material" (Sala Constitucional, N° 1739 de las 11:45 horas del 1° de julio de 1992). La defensa ofreció a los testigos Maritza Vallecillos Flores y Luis Miguel Marañón como prueba de su recurso de casación y ambos fueron recibidos por este Tribunal de Casación, en audiencia en la participaron tanto la defensa como el señor Fiscal Miguel Angel Ramírez López, conforme al artículo 464 del Código Procesal Penal. Aplicando el método de inclusión mental hipotética de la prueba, salta a la vista que en el presente asunto, dado el contexto de los hechos acusados objeto de discusión, la prueba testimonial ofrecida es en principio pertinente, eventualmente podría conducir al esclarecimiento de la verdad y correcta solución del caso, por lo que debió ser admitida y valorada por el tribunal de mérito, con las garantías propias del juicio oral, público, contradictorio y continuo. Debe convenirse con el quejoso en que el erróneo proceder del tribunal de juicio le ha causado un agravio, que la inclusión de la prueba eventualmente podría tener una sustancial incidencia en lo resuelto, por lo que es razonable atender a su solicitud de anular la totalidad de la sentencia impugnada y de ordenar el reenvío del proceso al competente para su nueva sustanciación. Tanto es así que el propio Fiscal Miguel Angel Ramírez López solicitó que se declarara con lugar este motivo de impugnación, ordenando el juicio de reenvío...". **Tribunal de Casación Penal, No. 2010-212, de las 16:05 horas, del 25 de febrero de 2010.**

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Rosaura García Aguilar
Jueza, Tribunal Penal del II C. J.

A. DERECHO PENAL:

ALLANAMIENTO ILEGAL.

Principios de legalidad y tipicidad.

Consulta Judicial de Constitucionalidad sobre el párrafo segundo del artículo 205 del Código Penal, formulada por el Juez Penal de Sarapiquí. Declaratoria de inconstitucionalidad.

“III.-Importancia de los principios de legalidad penal y tipicidad. En un Estado democrático de derecho, la Administración Pública y los funcionarios, solo pueden hacer lo que la ley les faculta a hacer y a querer, en virtud del principio de legalidad que rige su función, el cual se encuentra previsto en el artículo 11 de la Constitución Política (...) Por otra parte, el artículo 28 de la Constitución Política se refiere al principio de libertad, según el cual nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley, con la salvedad de que las acciones privadas que dañen la moral, el orden público o perjudiquen a tercero, pueden ser legítimamente reguladas por la ley. En el ámbito de las prohibiciones penales, es requisito indispensable que las conductas prohibidas por el Estado, se encuentren debidamente establecidas en una norma legal previa, donde se indiquen en forma clara y determinada, los elementos esenciales de aquella; a saber, el sujeto activo, la acción típica y la consecuencia jurídico penal o sanción aplicable. Ello es así, de conformidad con los principios de legalidad criminal y tipicidad, previstos en el artículo 39 de la Constitución Política, que establece (...) Estos principios además están contenidos en diversos instrumentos de derecho internacional que conforman también el Derecho de la Constitución (...) **Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre**

plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, “será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres”, ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) (Sentencia 10140-2001 de las catorce horas treinta y un minutos del diez de octubre del dos mil uno) **IV.- Sobre la norma consultada. Con base en las consideraciones expuestas, esta Sala estima que el párrafo segundo del artículo 205 del Código Penal cuestionado infringe los principios de legalidad, tipicidad penal y seguridad jurídica, dado que no establece el monto de la pena a imponer, atribuyéndole la determinación de ésta al juez, al señalar: “*las penas anteriores pueden aumentarse a juicio del Juez*”. Conforme se señaló, la única fuente creadora de los delitos y las penas es la ley y el juez no puede aplicarla analógicamente, ni llenar las lagunas u omisiones con criterios o invenciones propias. Si bien es cierto, el juez es quien establece en el caso concreto, la sanción penal aplicable, atendiendo a criterios de proporcionalidad, fines de la pena y circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc. (artículo 71 del Código Penal) lo cierto es que puede hacerlo dentro de un rango o máximo establecido por el legislador y no en forma antojadiza o arbitraria. **V.- Conclusión.****

Por lo anteriormente expuesto, se evacua la consulta formulada en el sentido de que el párrafo segundo del artículo 205 del Código Penal es inconstitucional y por ende, se anula del ordenamiento jurídico, debiendo leerse: *“Artículo 205.- Allanamiento ilegal. Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine.”* **Sala Constitucional de la Corte, voto N° 6824 de las 14:30 horas del 29 de abril de 2009.**

CORRUPCIÓN AGRAVADA.

Principio de legalidad. Acción de inconstitucionalidad.

“V. El artículo cuestionado no infringe el principio de legalidad. De un análisis de la norma cuestionada este Tribunal arriba a la conclusión de que la misma no resulta lesiva de los principios de legalidad y tipicidad penal. El artículo 185 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732 del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, refiere: *“ARTÍCULO 185.- Adición al Código Penal. Agrégase, al Código Penal, una sección IV que se nominará “Delitos Bursátiles”, al título VIII, “Delitos contra la buena fe de los negocios”. Constará de dos nuevos artículos corriéndose el resto de la numeración del Código Penal. (El resaltado no es del original). Los textos dirán: [...]”* Como puede verse, a partir de la adición de esas normas, efectivamente, la numeración del Código Penal se corre y los artículos 338 y 339, pasan a ser los artículos 340 y 341. Si se hace una lectura del primer párrafo del artículo 342: *“Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores (el resaltado no es del original) tuvieren como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será:[...]”* se observa que la remisión no solo es a los “dos artículos anteriores”, sino también a modos de

ejecución de las conductas, que solo tienen sentido cuando se les relaciona con los delitos de cohecho propio e impropio, que son los que están previstos en los artículos 340 y 341, y no con la violación de fueros ni divulgación de secretos (artículos 338 y 339). Es decir, hay dos elementos fundamentales (orden numérico y acciones materiales típicas) que integran el tipo penal y permiten establecer con claridad a qué se refiere el legislador. Eso hace que no resulte vulnerado el principio de legalidad, cuya finalidad es otorgar certeza al ciudadano, en el sentido de cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que podrían aplicársele si incurre en una acción u omisión. No se traslada al juez la determinación de la sanción imponible, sino que es clara la voluntad del legislador, al establecer conductas agravadas de los delitos de cohecho propio e impropio, que se encuentran debidamente descritas. Ya este Tribunal se ha pronunciado en casos similares, donde por errores materiales se da alguna incoherencia u omisión en la redacción de los tipos penales. Así, en la sentencia 10140-01 de las 14,31 hrs. del diez de octubre del dos mil uno, estableció: (...) **VI.-Conclusión.** En virtud de lo expuesto, esta Sala considera que la norma no infringe el principio de legalidad penal y por ende, se rechaza por el fondo la acción interpuesta.” **Sala Constitucional de la Corte, voto N° 308 de las 15:16 horas del 14 de enero de 2009.**

CONDUCCIÓN TEMERARIA.

Principios de ofensividad y razonabilidad de la norma. Delitos de peligro. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 254 bis del Código Penal.

“III.- Sobre el principio de ofensividad o lesividad como límite del poder punitivo del Estado. Importancia del bien jurídico. El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en peligro de un bien jurídico (*“nullum crimen sine injuria”*). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose

esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política, los cuales, por su orden establecen: (...) Sólo en la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia puede encontrar justificación la intervención punitiva del Estado siempre dentro de los límites que los principios de proporcionalidad y razonabilidad imponen. Al respecto, ha señalado este Tribunal: (...) (Sentencia 1996-06410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis y 1996-07034 de las nueve horas treinta y nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis). De lo expuesto, se tiene que en atención al principio de lesividad, la afectación (peligro o lesión) de un bien jurídico debe ser condición necesaria –aunque no suficiente- para justificar su prohibición o castigo como delito. **IV.- Sobre la protección a bienes jurídicos en la norma impugnada.** 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 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 (...) 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, en cambio, el peligro para el bien jurídico 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. Por lo tanto, al igual que en los delitos de lesión, debe crearse, si bien no un resultado, sí un “peligro de resultado concreto” en cuanto sea un riesgo de lesión adecuado y no permitido, que requiere como presupuestos que el objeto de la acción haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro y, luego que el comportamiento haya creado un peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. En la norma que se analiza, las conductas tipificadas son de peligro concreto, en tanto, se ha demostrado fehacientemente que las mismas producen resultados lesivos de bienes jurídicos considerados de gran valor para la sociedad (...) Las conductas previstas en el artículo 254 bis del Código Penal, en sí mismas resultan riesgosas o peligrosas para la propiedad, la salud, integridad y vida de las personas. Además, se trata de conductas que afectan gravemente el orden público y la seguridad común. A mayor abundamiento, al consultar la Exposición de Motivos del expediente legislativo 16.496 (folios 2 a 45) que dio origen a la Ley 8696, se encuentran suficientes razones de interés público que legitiman la intervención del Estado en la regulación de determinadas conductas que se estiman dañosas para la colectividad y para los individuos en particular (...) De lo expuesto, se concluye, entonces, que las conductas previstas en la norma impugnada sí lesionan bienes jurídicos individuales y, sociales y desde ese punto de vista, no

infringen el principio de lesividad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política. **V.-Sobre la razonabilidad de la norma impugnada.** Estima el accionante que el Estado no puede interferir en la esfera de vida de las personas, más allá de lo razonable. Esto es, que la prohibición penal debe ser necesaria, idónea y proporcional (...) Conforme se indicó, las conductas previstas en la norma impugnada sí afectan o ponen en peligro bienes jurídicos altamente valiosos para la sociedad y para los individuos en particular (...) **Conclusión.** Así las cosas, la acción planteada debe rechazarse por el fondo, en virtud de considerarse, de conformidad con las razones expuestas, que la norma cuestionada no infringe los principios de lesividad y razonabilidad." **Sala Constitucional de la Corte, voto N° 2004 de las 14:14 horas del 11 de febrero de 2009.**

RECEPTACIÓN DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA.

Sanción por recibir habitualmente cosas provenientes de un delito. Declaratoria de inconstitucionalidad. Consulta judicial facultativa sobre la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 324 del Código Penal, formulada por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. "...

V.- Inconstitucionalidad de la aplicación de la medida de seguridad a delincuentes habituales. El párrafo segundo del artículo impugnado establece "Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad." En relación con la aplicación de medidas de seguridad a delincuentes imputables en razón de su habitualidad o profesionalidad, este Tribunal resolvió: "(...) **Vlo.-** La cita en relación con la culpabilidad en el artículo 39 (...) conlleva un cambio de criterio en cuanto a la responsabilidad del sujeto, debe establecerse ahora, si con ello el constituyente pretendió receptar un derecho penal fundamentado en la culpabilidad en el que sólo se es responsable si se es culpable y se es tal en el tanto de culpa con que se haya actuado, siendo ésta la medida correspondiente

para la reacción penal, o por el contrario, la exigencia de la demostración de culpabilidad sólo incide en la posibilidad de acordar la responsabilidad del sujeto en el hecho atribuido. Para resolver este punto es conveniente señalar que el marco constitucional, en relación con las garantías ciudadanas -el artículo 39 se ubica en ellas- debe ser tenido como básico -en esas garantías se establecen mínimos-, pues sirve de límite y control al poder del Estado - en el caso concreto al poder penal-, que por esencia debe ser limitado. **Vlo.-** El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; **se es responsable por lo que se hizo** (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre **por lo que es y no por lo que hizo**, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia (...) **IXo.-** A efecto de establecer el marco constitucional en relación con la fijación de la pena, es dable tomar en consideración que al ubicarse el artículo 39 dentro del capítulo correspondiente a los derechos y garantías individuales, con ello (...) el constituyente ya señala un norte, sea el que los principios contenidos en ese capítulo se constituyen en contención a la intervención del Estado en la esfera particular (...) por lo que debe concluirse que al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el legislador para cada acción delictiva en concreto (...) Sentencia número 1992-0088 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos) De la anterior cita jurisprudencial, se extrae que al tenor del principio de culpabilidad, propio de un Estado Democrático de Derecho, no resulta legítima la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables, en razón de su habitualidad y profesionalidad, razón por la cual en esa oportunidad se anularon los artículos 40 y 41, párrafos segundos del Código Penal. Esto por cuanto, al receptar la Constitución Política un derecho penal de culpabilidad y no de peligrosidad, se es culpable por lo que se hace

y no por quien se es. En consecuencia y a la luz de las argumentaciones expuestas es claro entonces que el párrafo segundo del artículo 323 consultado, resulta inconstitucional y así debe declararse. **VI.- Conclusión.** Con base en las consideraciones anteriores, se evacua la consulta formulada en el sentido de que el párrafo 1) del artículo 324 del Código Penal no es contrario a los principios de culpabilidad e inocencia. En cuanto al párrafo 2) de esa misma norma, el mismo es inconstitucional y por ende se anula del ordenamiento." **Sala Constitucional de la Corte, voto N° 1052 de las 14:55 horas del 28 de enero de 2009.**

B. PROCESAL PENAL:

CONCILIACIÓN.

Límite temporal para su celebración. Acceso a la justicia. Consulta Judicial facultativa sobre el artículo 36 del Código Procesal Penal, formulada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

"...II.-Sobre la conciliación.

Este Tribunal se ha pronunciado indicando que es una institución de reciente data en nuestro derecho penal. Si bien, desde antes se contaba con figuras similares -tal como el perdón del ofendido- la conciliación, como medio de extinción de la acción penal se originó legislativamente en el Código Procesal Penal vigente. Se pretende con ella otorgar a la víctima un papel más activo y participativo dentro del proceso, esto es, permitirle que en algunos asuntos reasuma su papel protagónico en la búsqueda de la solución al conflicto. Por otra parte, también se pretende evitar que en algunas clases de delitos que se consideran de menor dañosidad social, los autores ingresen al sistema carcelario, considerando lo que ello implica no sólo para quien es prisionalizado, sino también para su familia y la sociedad en general. Amén de ello, existe la convicción generalizada de que el Estado no está capacitado ni facultado materialmente para investigar, acusar, juzgar y penalizar todos los delitos que se cometen (...). El derecho a

conciliar en materia penal no tiene fundamento constitucional alguno, es una disposición de carácter legal, que puede preverse en los casos en que el legislador lo considere adecuado (...). **III.-** Específicamente sobre la legitimidad constitucional de los límites temporales a la aplicación de formas alternativas de resolver el conflicto penal, la Sala señaló, en la sentencia 2000-2989 de las 15:24 horas del 12 de abril del 2000: (...) Si bien las consideraciones anteriores fueron externadas por la Sala cuando analizó la constitucionalidad del límite establecido en el numeral 373 del Código Procesal Penal para la aplicación del proceso abreviado, en esa oportunidad se adelantó que lo dicho resultaría aplicable para casos donde se encuentre de por medio una restricción temporal similar frente a otro tipo medidas alternas de las establecidas en el Código Procesal Penal. Tal es el caso de estudio, pues la norma que ahora se consulta, que regula el instituto de la conciliación, en su párrafo primero establece el mismo límite temporal, al indicar que "procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio." Los criterios externados por la Sala para razonar la constitucionalidad del artículo 373 del Código Procesal Penal se acogen en su totalidad para el presente pronunciamiento, por lo que debe concluirse que el numeral 36 del Código Procesal Penal en tanto establece un límite temporal para que las partes concilien en el proceso penal, no es inconstitucional.

IV.- Sobre la infracción al numeral 41 de la Constitución Política.

El acceso a la justicia regulado en el artículo 41 de la Constitución Política tampoco es vulnerado por la norma consultada, pues lo único que imposibilita es conciliar después de que se haya acordado la apertura a juicio en el proceso penal. El acceso a la justicia se garantiza con la posibilidad de plantear el asunto a los tribunales, quienes se encuentran en la obligación de avocarse a su conocimiento y tomar una decisión amparada a la ley, de conformidad con lo que prevé el artículo 153 de la Constitución." **Sala Constitucional de la Corte, voto N° 7378 de las 14:47 horas del 6**

de mayo de 2009.

Nota de la Magistrada Abdelnour

“(...) tratándose de un acuerdo entre las partes, que persigue la solución anticipada del conflicto, podría permitirse la aplicación de estas medidas alternas aun después de concluida la etapa del procedimiento preparatorio y de la fase intermedia, durante la sustanciación del juicio oral, ya que por aplicación del principio general de solución del conflicto que prevé el artículo 7 del Código Procesal Penal, se debe procurar que las partes asuman la responsabilidad del conflicto que las enfrenta y busquen una solución al mismo que sea satisfactoria para ambas, lo que podría darse en la etapa del juicio oral, si antes no ha sido posible lograr el acuerdo o proponer la aplicación de la medida alterna.”

PRISIÓN PREVENTIVA.

Audiencia oral. Fundamentación de los peligros procesales.

“...IV.-SOBRE LA PRESUNTA INFRACCIÓN A LAS REGLAS DE LA ORALIDAD.

Es preciso indicar que a partir de la sentencia No. 2007-03019 de las 14:30 hrs. de 7 de marzo de 2007 este Tribunal Constitucional ha potenciado la utilización de las audiencias orales durante la fase preparatoria del proceso penal, como una forma de protección ciudadana, pues constituye un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado, congruente con los principios esenciales que rigen el proceso 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. En dicha resolución, con redacción del Magistrado ponente, se consideró lo siguiente: “(...) las audiencias orales son plena garantía para que todas las partes expongan con garantía del contradictorio y de viva voz, sus razones para defender las diferentes pretensiones interlocutorias que podrían afectar los derechos de los intervinientes, en este caso concreto, la imposición de una medida cautelar como lo es la prisión preventiva, como una

intensa manifestación del poder punitivo sobre el individuo. (...) la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, **lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración- que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares.** Por lo anterior, la fundamentación de su resolución debe hacerse oralmente con la participación de todas las partes intervinientes y con sustento en las alegaciones planteadas en ese escenario. Su decisión se plasma, necesariamente, en un acta de la audiencia oral con el propósito que la decisión pueda ser revisada, posteriormente, por un Superior, pero la amplitud de la fundamentación es necesaria en la audiencia llevada a cabo oralmente con la participación de todos los involucrados (...)” (lo destacado no corresponde al original). De otra parte, en la sentencia No. 2009-03117 de las 15:03 hrs. de 25 de febrero de 2009, se retomó el tema de la importancia de la oralidad como una herramienta que potencia una serie de principios y derechos en el marco del proceso penal. En lo conducente, se concluyó lo siguiente: “(...) Como puede apreciarse de la jurisprudencia transcrita, esta Sala ha tomado partido a favor de la oralidad como instrumento o herramienta que potencia el respeto a principios básicos dentro del proceso penal democrático (...)” En el caso concreto es evidente que el Tribunal de Juicio recurrido violentó el principio de la oralidad, pues de la revisión del DVD aportado como prueba se constata que el Tribunal – pese a que programó una vista para conocer de las impugnaciones planteadas– no indicó absolutamente nada sobre la procedencia de los recursos de apelación interpuestos tanto por la defensora del tutelado, como por la representante del Ministerio Público. En ese sentido, se demostró que el Juzgador se limitó a escuchar las posiciones de las partes sin

hacer ninguna acotación durante la audiencia, reservándose la resolución para hacerlo por escrito mediante voto No. 304-P-09. En ese sentido, considera este Tribunal que dicha práctica se encuentra viciada pues limita el derecho de defensa de las partes y, además, constituye una infracción al derecho a un proceso pronto y cumplido consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política. Nótese que de conformidad con las reglas del Código Procesal Penal, las impugnaciones contra las medidas cautelares, por la gravedad que implican, deben ser resueltas sin más trámite (artículo 256 del Código Procesal Penal), mientras que, en el *sub lite*, y sin ninguna fundamentación que permitiera a esta Sala valorar la actuación del Tribunal recurrido, se procedió a dar por cerrada la audiencia oral sin que se resolviera la procedencia de la prisión preventiva impuesta contra el encartado, siendo que no fue sino hasta el **21 de setiembre de 2009** que se dictó el voto en cuestión. En consecuencia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo procedente es declarar con lugar este extremo del recurso por infracción a los principios de la oralidad y de la justicia pronta y cumplida, así como, el derecho de defensa del tutelado.

V.- SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SOBRE SU FUNDAMENTACIÓN.

De importancia para la resolución del agravio planteado por el recurrente es preciso recordar cuáles son los presupuestos que autorizan la imposición de medidas cautelares y, específicamente, de la prisión preventiva. En ese sentido, en la sentencia No. 8297-1998 de las 10:07 hrs. de 20 de noviembre de 1998, se indicó lo siguiente (...)

VI.- SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CASO CONCRETO.

(...) De la revisión del material aportado, se acredita que durante la audiencia oral la representante del tutelado alegó que la Jueza Penal había violentado los principios de juez natural e imparcialidad y que la fundamentación de la prisión preventiva era ilegal (...) De otra

parte, se verifica que la representante del Ministerio Público, también, apeló la decisión del *a quo*, requiriendo que se acogiera la existencia del peligro procesal de la reiteración delictiva (...) se acredita que el Tribunal recurrido omitió resolver, en concreto, los agravios planteados por la defensora del actor en relación a cuáles son los peligros procesales que justifican la restricción de la libertad y la supuesta actuación arbitraria de la Jueza Penal. Más bien, se enfocó en indicar cuáles son los elementos de convicción que justifican el grado de probabilidad de participación del encartado en los hechos que se le atribuyen, lo cual es legítimo pero no suficiente (...) el juez recurrido le informa a esta Sala que "*Si hipotéticamente se elimina el peligro de fuga, se mantiene el punto a) del 239 del C.P.P. y se mantiene la resolución apelada*". Con dichas afirmaciones deduce esta Sala que el juzgador estima que para la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva basta con la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. Lo anterior, omitiendo por completo la debida fundamentación de cuáles son los peligros procesales que justifican tan drástica medida (...) En el caso concreto, no le queda claro a este Tribunal, en definitiva, cuál es el peligro procesal que justifica la medida cautelar que se impuso en perjuicio del tutelado. En razón de lo anterior, procede estimar el recurso porque, efectivamente, tal y como lo apuntó el recurrente..."**Sala Constitucional de la Corte, voto N° 15874 de las 9:42 horas del 16 de octubre de 2009.**

PRISIÓN PREVENTIVA.

Prórroga. Audiencia oral. Derecho de defensa. Cambio de criterio.

"...III.- **Sobre el fondo.** Aduce la recurrente, en su condición de defensora pública de los tutelados, que se ha prorrogado la prisión preventiva de aquéllos sin que previamente se convocara una audiencia oral (...) se desprende que efectivamente el Juzgado Penal de Corredores en resolución de las veinte horas cuarenta minutos del diez de agosto anterior,

dictó prórroga de la prisión preventiva de los encausados (...) la cual ciertamente se dictó sin haberse convocado a la audiencia oral previo a dictar la prórroga indicada. Lo anterior lesiona el derecho de defensa de los tutelados (...) resulta indispensable celebrar una audiencia, a menos que la defensa renuncie a ella expresamente, cuando se requiera establecer si las razones que motivaron la detención provisional inicialmente dispuesta, debe mantenerse por un mayor plazo (...) **IV.-** (...) al no aceptarse los motivos que aduce el juez ad quo para negar la realización de la audiencia, ni comparte el hecho de que se hubiera dictado la prórroga de la prisión preventiva de los tutelados sin escuchar previamente a la defensa o a los imputados, al considerar que lleva razón la recurrente, al señalar que con esa omisión se lesionó el derecho de defensa de los tutelados, lo procedente es declarar con lugar el recurso por violación al derecho de defensa..."**Sala Constitucional de la Corte, voto N° 14380 de las 15:51 horas del 16 de setiembre de 2009.**

PRISIÓN PREVENTIVA.

Vista oral. Inadmisibilidad del recurso de apelación. Fundamentación.

"...IV.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO:

(...) la inadmisión del recurso de apelación formulado por la aquí recurrente en contra de la medida cautelar de prisión preventiva vulnera el derecho fundamental a la libertad del amparado, por cuanto esa inadmisión se sustenta en razones completamente contrarias a la lógica misma del ordenamiento penal y, específicamente, de la oralidad del proceso penal, concebida como una garantía para el ejercicio de la defensa y nunca como un obstáculo al efecto. Conforme se desprende de la audiencia de 21 de mayo, en la cual el Juzgado Penal del mismo circuito impuso la prisión preventiva al amparado (...) A pesar de estar clarísimos los reproches, en la misma audiencia, la Fiscalía consideró objetó la apelación por considerarla carente de fundamentación y la defensa alegó, ciertamente, que la audiencia ante el tribunal de alzada es la oportunidad para

explicar ampliamente los motivos del recurso. En el voto aquí impugnado, el Tribunal de Juicio consideró que la interposición oral de la apelación no exime de motivar y señalar, aunque sea en forma breve, los agravios que causa la resolución que impugna, para que las partes conozcan el contenido de la impugnación y se delimite la competencia del tribunal de alzada (...) **V.-** Como se desprende de la audiencia oral de 21 de mayo (...) resulta contrario a la lógica del proceso exigir a la defensa que, dentro de un sistema oral, desarrollara con extensión los motivos de la apelación ante el *a quo*, cuando al que interesa conocerlos es al Juez que conoce la apelación (...) La vulneración de la libertad del amparado resulta, pues, de la denegación de un recurso de alzada que revisara la prisión preventiva interpuesta, aplicando al proceso por audiencias una interpretación de las normas adecuada al proceso escrito, como se desprende de la lectura del voto 119-2009, y del mismo informe de la recurrida quien aduce que la fundamentación de la apelación debió realizarse conforme a lo estipulado en el artículo 142 del Código Procesal Penal, que se refiere a la fundamentación de las resoluciones judiciales, no a la fundamentación de los actos de las partes. La Jueza recurrida manifestó en su informe que las recomendaciones de la Corte Suprema sobre oralidad no tienen la facultad de derogar las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal, las que sí son de obligatoria aplicación para la Jueza recurrida. Es cierto que tales recomendaciones no derogan las disposiciones legales, pero lo jueces deben aplicarlas e interpretarlas, con independencia, pero con la lógica del proceso oral, no con la lógica del proceso escrito (...) por eso, la denegación de la audiencia e inadmisión de la apelación, vulneraron esos derechos fundamentales del amparado, con la grave consecuencia de que su prisión preventiva no fuera revisada (...)

VI.- En consecuencia, procede declarar con lugar el recurso, anular el 119-2009 de 13:00 hrs. de 2 de junio de 2009..."**Sala Constitucional de la Corte, voto N° 9314 de las 15:46 horas del 16 de junio de 2009.**

MEDIDA DE SEGURIDAD.

Duración indeterminada. Consulta Judicial facultativa, formulada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José con relación al artículo 100 del Código Penal.

“...III.- SOBRE EL FONDO. La consulta presentada ante esta Sala, tiene por objeto que se determine si la imposición de medidas curativas de seguridad a inimputables, cuya duración es indeterminada, según lo establece el artículo 100 del Código Penal, es contrario a lo dispuesto por el artículo 40 constitucional que prohíbe la imposición de penas perpetuas (...) ha quedado establecido por esta Sala en las sentencias parcialmente transcritas, que las medidas de seguridad curativas y las penas tienen una naturaleza distinta, pues las primeras son medidas administrativas que sólo son procesal y jurisdiccionalmente penales, pero en modo alguno, materialmente penales, por lo que no pueden ser llamadas “sanciones” -no constituyen sanción a ninguna conducta-, pero para su imposición se requiere acreditar la existencia de un injusto penal (típico y antijurídico), ejecutado materialmente por el sujeto a quien se le impone la medida. La naturaleza de las medidas de seguridad es entonces netamente preventiva y su objetivo expresamente asistencial, pues se imponen al sujeto inimputable, quien al momento de la comisión del hecho se encontraba en estado de incapacidad psíquica para ejecutar el delito, y dependiendo, de igual forma, del grado de peligrosidad del sujeto. Ahora bien, en razón de lo dicho hasta aquí, es criterio de esta Sala que la aplicación de las medidas curativas de seguridad establecidas en el artículo 100 del Código Penal no contravienen lo dispuesto en el artículo 40 constitucional en cuanto a la prohibición de someterse a penas perpetuas, pues como ha quedado expuesto, según los precedentes citados, las medidas de seguridad no son penas, sino medidas administrativas, eminentemente curativas y preventivas, aplicadas a un inimputable que ha cometido un injusto penal. En cuanto a la indeterminación de la duración de la medida de control que contiene

el artículo 100 del Código Penal, tampoco se observa que exista roce con el artículo cuarenta citado, ello por cuanto la indeterminación que contiene la norma obedece a que en el momento de la imposición de la medida de seguridad no se sabe con certeza cuándo pueda terminar, pues ello depende de la respuesta del sujeto inimputable ante el tratamiento psiquiátrico que se le administre durante su internamiento o cualquier otra medida que se disponga; estas decisiones se pueden revisar, por lo menos, cada dos años. La intervención periódica de la autoridad jurisdiccional competente, evaluando el mantenimiento, la modificación o la cesación de la medida, conforme lo prevé el párrafo segundo del artículo 100 del código penal, es una condición que no es compatible con una sanción perpetua, que es lo que prohíbe la Constitución (...) La indeterminación de la medida no responde a un abuso o exceso del poder punitivo estatal, sólo pretende evitar daños o perjuicios a terceros en virtud de los trastornos que aqueja al sujeto activo y que no exigen una respuesta punitiva, sino que se requiere, como corresponde en sentido estricto a las medidas de seguridad, una valoración preventiva y prospectiva, en función del trastorno que aqueja al sujeto activo y que puede corregirse o neutralizarse mediante un tratamiento especializado. La revisión y transitoriedad de la medida impuesta, se convierte en una garantía con la que se pretende impedir que el control estatal propicie la arbitrariedad o una represión estatal que lesione la dignidad humana. Conforme a los argumentos expuestos, no se considera que la norma consultada contravenga las limitaciones que impone el artículo cuarenta de la Constitución Política (...) La tutela de la libertad exige que la autoridad judicial que ha impuesto la medida curativa de internamiento ejerza el control oportuno y periódico, sin ajustarse forzosamente a los plazos máximos que prevé el párrafo segundo del artículo 100 del Código Penal (...) Los informes del Instituto Nacional de Criminología, no deben ser el único criterio al que puede recurrir el juzgador al evaluar la prolongación de la medida...”**Sala Constitucional de la Corte, voto N° 17298 de las 14:51 horas del 16 de junio de 2009.**

Precio € 4.000



**Esta Revista se edita con la colaboración
del Colegio de Abogados de Costa Rica**



**ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES
DE COSTA RICA**