CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

AGOSTO 1997 AÑO 9, N° 13

DOCTRINA EXTRANJERA

La escuela del crimen.
Eduardo Galeano

Presunción de Inocencia y prisión sin condena.
Perfecto Andrés Ibañez

El Proceso Penal: nuevas tendencias, nuevos problemas.
Teresa Armenta Deu

La Instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado.
Juan-Luis Gómez Colomer

Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional.
Kai Ambos

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente.
Cecilia Sánchez Romero

DOCTRINA NACIONAL

Proceso, democracia y humanización.
Juan Marco Rivero Sánchez

El secreto bancario y el "lavado de dinero" en Costa Rica.
Manfred Sáenz Montero

De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: La nueva Ley de Justicia Penal Juvenil.
Carlos Tiffer Sotomayor

Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana.
Daniel González Alvarez

COMENTARIO DE LIBRO

Hans Joachim SCHNEIDER, **Kriminologie der Gewalt,** S. Hirzel Vertag Stutgartleipzig, 1994, 240 páginas.
Eugenio Raúl Zaffaroni.



SI



EL TRABAJO, LOS CAMBIOS ACTUALES, LA MODERNIZACIÒN, LA VELOCIDAD DEL TIEMPO.



LO MANTIENEN PREOCUPADO PERMANENTEMENTE POR EL FUTURO ECONOMICO SUYO Y DE SU FAMILIA.

BUSCA.



A ALGUIEN SERIO, CON MUCHA SOLIDEZ, SOLVENCIA, EXPERIENCIA, HONRADEZ PARA CONFIARLE SUS ASUNTOS FINANCIEROS, SEA SU ASESOR GRATUITO PERMANENTEMENTE



Y ASI DISFRUTAR CON TRANQUILIDAD AL LADO DE SU FAMILIA

LA SOLUCION ES COOPEJUDICIAL R.L.



TELEFAX: (506) 257-1444

300 METROS AL ESTE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTILLADOS, AVENIDA 10 SAN JOSE.

CERTIFICADOS A PLAZO NEGOCIABLES EN CUALQUIER MOMENTO Y CON LAS MEJORES TASAS DE INTERES.

FINANCIAMIENTO DE EQUIPOS DE COMPUTO, CON NUESTRA GARANTÍA Y SERVICIO DE TALLER ESPECIALIZADO.

ATRACTIVOS SISTEMAS DE AHORRO CON SERVICIO A DOMICILIO, PAGO AUTOMATICO DE LUZ, AGUA, TELEFONO Y SERVICIOS MUNICIPALES

CREDITO EN MENOS DE 24 HORAS..

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

AGOSTO 1997 **AÑO 9, N° 13**

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director

Henry Issa El Khoury Jacob

Mario Houed Vega

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera , Corte Suprema de Justicia

Código Postal 4-1003,

San José, Costa Rica

Fax (506) 257-56-24

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

Dr. Wolfgang Shône, Alemania
Dr. Alessandro Baratta, Alemania-Italia
Dr. David Baigún, Argentina
Dr. Raúl Zaffaroni, Argentina
Dr. Alberto Binder, Argentina
Dr. Fernando de la Rúa, Argentina
Dr. Julio Maier, Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z., Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover, Brasil
Dr. Edgar Saavedra Rojas, Colombia
Dr. Juan Bustos Ramírez, Chile
Dr. Jaime Malamud G., Estados Unidos
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Dr. Antonio González Cuéllar, España
Dr. Vicente Gimeno Sendra, España
Dr. Antonio Beristain Ipiña, España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer, España
Dr. Giovanni Conso, Italia
Dr. Adolfo Gelsi Bidart, Uruguay
Dra. Rosa del Olmo, Venezuela

Junta Directiva de la Asociación de
Ciencias Penales de Costa Rica

Mario Houed Vega
Presidente
Henry Issa El Khoury Jacob
Vicepresidente
Francisco Dall'Anese Ruíz
Secretario
Carlos Luis Redondo Gutiérrez
Tesorero
Juan Marco Rivero Sánchez
Fiscal
Ana Isabel Garita Vílchez
Vocal
Cecilia Sánchez Romero
Actividades Académicas

Artes finales Dpto. de Pub. del Poder Judicial. Impreso en Imprenta La Jornada. Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González, con grabados de Francisco Amighetti, Francisco Zúñiga, Manuel de la Cruz González, Carlos Salazar Herrera, Gilbert Laporte, Teodorico Quirós y Adolfo Sáenz, tomados del "Álbum de grabados en madera" editado por Elías Zeledón Cartín, 2° ed., 1996, San José, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes.-

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.

INDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

La escuela del crimen.
Eduardo Galeano.....p. 3

Presunción de Inocencia y prisión sin condena.
Perfecto Andrés Ibañez.....p. 5

El Proceso Penal: nuevas tendencias, nuevos problemas.
Teresa Armenta Deu......p. 19

La Instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal:
Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado.
Juan-Luis Gómez Colomer......p. 36

Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional
permanente y un Código Penal Internacional.
Kai Ambos.....p. 53

DOCTRINA NACIONAL

Proceso, democracia y humanización.
Juan Marco Rivero Sánchez.....p. 69

El secreto bancario y el "lavado de dinero" en Costa Rica.
Manfred Sáenz Montero.....p. 81

De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista:
La nueva Ley de Justicia Penal Juvenil.
Carlos Tiffer Sotomayor.....p. 98

Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana.
Daniel González Alvarez.....p.110

COMENTARIO DE LIBRO

Hans Joachim SCHNEIDER, **Kriminologie der Gewalt,**
S. Hirzel Vertag Stutgartleipzig, 1994, 240 páginas.
Eugenio Raúl Zaffaroni......p. 122

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente.
Cecilia Sánchez Romero......p. 125

EDITORIAL

Durante los días 30 y 31 de mayo del presente año y con muy buen suceso se celebró el ***PRIMER CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA*** *bajo el tema* ***"SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS"****, en el que participó una gran cantidad de abogados vinculados al sistema penal, así como otros profesionales de áreas afines. En esa jornada participaron como expositores el Dr. Alberto Bovino de Argentina, y por Costa Rica Fernando Cruz, Elías Carranza, Luis Cervantes, Luis Paulino Mora, Gilberth Armijo, Mario Houed, Henry Issa El Khoury, Javier Llobet, Daniel González, Francisco Dall'Anese Ruiz y José Manuel Arroyo. Desde luego también intervino una gran cantidad de asistentes, expresando sus inquietudes, sus opiniones y formulando interrogantes, para ser discutidas en el seno de las mesas redondas.*

La actividad estuvo organizada por la Asociación, y fue auspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Colegio de Abogados, la Corte Suprema de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. El acto inaugural se realizó en el Auditorio Alberto Brenes Córdoba de la Facultad de Derecho, y en ese contexto se entregó por primera vez el premio anual de la Asociación de Ciencias Penales al ***licenciado Elías Carranza****, insigne criminólogo del ILANUD, por sus trascendentes aportes científicos al conocimiento del fenómeno delincuencial tanto en América Latina como en Costa Rica.*

Elías Carranza nace en Argentina, pero lo consideramos un verdadero hijo costarricense por su entrega al servicio, desarrollo y difusión de las instituciones democráticas nacionales. Llegó al país en 1978, ante un obligado exilio impuesto por la persecución de los militares a raíz de su desempeño en la Comisión Investigadora Bicameral de los Apremios Ilegales y Torturas de su país, especialmente en la Provincia de Santa Fe, que incluyó previamente su propio secuestro y atentado a su integridad personal y familiar.

En nuestro territorio continúa su labor de entrega al servicio de la democracia, particularmente en lo que se refiere al funcionamiento del sistema penal. Ha sido profesor de criminología en diferentes universidades nacionales y extranjeras; ha sido autor de connotados libros sobre la criminalidad, y se encuentra al frente de destacadas investigaciones científicas en ese campo. Entre sus principales publicaciones destacan las "Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: diagnóstico jurídico y sociológico del sistema vigente", editado por la UCA, 1996; "La criminalidad: ¿prevención o promoción?, editado por UNED, 1994; "El Preso sin condena en América Latina y el Caribe", del cual se han publicado ya varias ediciones y ha tenido una profunda influencia en el área para regular el uso de la prisión preventiva.

Su trayectoria como consultor y director de proyectos regionales en América Latina es sumamente conocida, participando, entre otros, en el proyecto ILANUD/ Comisión Europea sobre "Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos" con actividades en Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela; como coordinador del proyecto ILANUD/Comisión Europea sobre seguridad de los habitantes en América Central; igualmente, de la misma comisión, director del proyecto de investigación y capacitación sobre los derechos del menor y del niño frente al sistema de justicia juvenil; director del proyecto sobre sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe, con actividades de investigación en todos los países de la región.

Paralelamente, Elías Carranza es una persona de una gran calidad humana, sensible ante los problemas de los demás, quien ha puesto en evidencia con sus estudios los límites y los controles de la represión penal, en defensa de los derechos fundamentales del ciudadano. El premio, entonces, lo recibe como un justo homenaje a quien ha entregado su vida profesional al mantenimiento de la democracia en la región.

DOCTRINA EXTRANJERA

LA ESCUELA DEL CRIMEN

Eduardo Galeano

Economía de importación, cultura de impostación, reino de la tilinguería: estamos todos obligados a embarcarnos en el crucero de la modernización. En las aguas del mercado, la mayoría de los navegantes está condenada al naufragio; pero la deuda externa paga, por cuenta de todos, los pasajes de la minoría que viaja en primera clase. Los empréstitos de la banquería mundial, que permiten atiborrar de nuevas cosas inútiles a la minoría consumidora, actúan al servicio del purapintismo de nuestras clases medias y de la copianditis de nuestras clases altas; y la televisión se encarga de convertir en necesidades reales a las demandas artificiales que el norte del mundo inventa sin descanso y exitosamente proyecta sobre el sur y sobre el este.

Pero ¿qué pasa con los millones y millones de jóvenes latinoamericanos condenados a la desocupación o a los salarios de hambre? Entre ellos, la publicidad no estimula la demanda, sino la violencia; entre ellas estimula la prostitución. Los avisos proclaman que quien no tiene no es: quien no tiene auto, o zapatos importados, o perfumes importados, es un nadie, una basura; y así la cultura del consumo imparte clases para el multitudinario alumnado de la escuela del crimen.

Al apoderarse de los fetiches que brindan existencia a las personas, cada asaltante quiere ser como su víctima. La "tele" ofrece el servicio completo: no sólo enseña a confundir la calidad de vida con la cantidad de cosas, sino que además brinda cotidianos cursos audiovisuales de violencia, que los videojuegos complementan. El crimen es el espectáculo más exitoso de la pantalla chica. "Golpea antes de que te golpeen", aconsejan los maestros electrónicos de niños y jóvenes. "Estás solo, sólo cuentas contigo". Coches que vuelan, gente que estalla: "Tú también puedes matar".

Crecen las ciudades, las ciudades latinoamericanas ya están siendo las más grandes del mundo, y con las ciudades, a ritmo de pánico, crece el delito. Ciudades insomnes: unos no duermen por la necesidad de atrapar las cosas que no tienen, otros no duermen por el miedo de perder las cosas que tienen.

La ansiedad consumidora no es la única profesora de la escuela del crimen. Ella actúa acompañada por la injusticia social, una profesora muy eficaz en sociedades donde la opulencia ofende escandalosamente al hambre, y también dicta allí sus lecciones la impunidad del poder, que enseña predicando con el mal ejemplo en sociedades donde los que mandan matan y roban sin remordimiento ni castigo.

Este mundo del final de siglo, que convida a todos al banquete pero cierra la puerta en las narices de la mayoría, es al mismo tiempo igualador y desigual. Nunca el mundo ha sido tan desigual en las oportunidades que brinda, pero tampoco ha sido nunca tan igualador en las ideas y costumbres que impone. La igualación obligatoria, que actúa contra la diversidad cultural del bicho humano, impone un totalitarismo simétrico al totalitarismo de la desigualdad de la economía, impuesto por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otros fundamentalistas de la libertad del dinero. En el mundo sin alma que se nos obliga a aceptar como único mundo posible no hay pueblos, sino mercados; no hay ciudadanos, sino consumidores; no hay naciones, sino empresas; no hay ciudades, sino aglomeraciones; no hay relaciones humanas, sino competencias mercantiles.

Nunca ha sido menos democrática la economía mundial, nunca ha sido el mundo más escandalosamente injusto. La desigualdad se ha duplicado en treinta años. En 1960, el 20% de la humanidad, el que más tenía, era

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN SIN CONDENA

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado Presidente de la Audiencia de Madrid

Introducción

La prisión provisional, como es bien sabido, tiene el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predispuesto para asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad.

Esta consideración formal del asunto[1], en apariencia pacífica, oculta cuando menos dos aspectos centrales de la institución. Uno es que, en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera es que, desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata[2]. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización -en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora[3], ha tenido que ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: «hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneluttiana»[4]. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear[5].

La segunda -que sin duda tiene que ver con la anterior- es que, la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que **el problema** por antonomasia del proceso penal; sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional del mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia.[6]

---

1 Para un desarrollo de este punto de vista, en la doctrina española, cfr. J. M. Asencio Mellado, **La prisión provisional**, Civitas, Madrid, 1987, p. 41 y ss.

2 El papel realmente desempeñado por la prisión provisional produce todo un efecto transformador del sistema penal en su conjunto, como muy bien lo ponen de manifiesto E. Carranza, M. Houed, L. P. Mora y R. Zaffaroni, **El preso sin condena en América Latina y el Caribe**, ILANUD, San José de Costa Rica, 1983, págs. 65-66.

3 «...no solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto». (F. Carnelutti, **Las miserias del proceso penal**, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959, pág. 75.

4 M. Nobili, **La disciplina costituzionale del processo (I). Appunti di procedura penale**, edición ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, pág. 249.

5 Hasta qué punto es así, lo pone de manifiesto el hecho de que, en términos de opinión generalizada, sobre todo tratándose de determinados delitos, «no hay justicia», cuando a la constatación del hecho y el descubrimiento del posible autor no sigue de manera inmediata la prisión provisional.

6 Este carácter **problemático** de la prisión provisional se ha hecho particularmente visible últimamente en la reacción frente a la misma de una nueva categoría de **imputados excelentes**, que en países como Italia y España se han convertido en usuarios del proceso penal, con ocasión de la persecución de graves actos de corrupción. Así, en el caso de nuestro país, son reveladoras las manifestaciones acerca de la crueldad de la prisión provisional y la ardorosa reivindicación, frente al uso de la misma, del principio de presunción de inocencia, generosamente difundidas por algunos políticos afectados y por exponentes de su entorno jurídico. En el caso italiano, aparte la proliferación de expresiones de ese tipo, resulta por demás significativo que el consenso de ciertos sectores del arco parlamentario, antes siempre reacios a la reforma del instituto, se haya producido en el contexto de las actuaciones derivadas del proceso **mani pulite** y de otros del mismo género, de modo que la tan insistentemente reclamada modificación legislativa en la materia lleva fecha de 8 de agosto de 1995.

Vicisitudes constitucionales de la libertad personal

Franz Neumann, en un texto muy citado, a propósito del concepto de libertad como libertad jurídica, ponía de manifiesto que «la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción» y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como «negativa», en el sentido hegeliano de «unilateral». Ello debido a que tiene como «presupuesto el individualismo filosófico: la idea de que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema político en que vive» y que «el poder político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél»[7].

Este modo de concebir la libertad es, pues, el propio del constitucionalismo liberal, que tiene como presupuesto una drástica separación de la esfera pública y la esfera privada. El individuo es el **dominus** dentro de ésta, mientras el Estado ejerce su señorío en el ámbito de las relaciones políticas y sociales y no puede interferir legítimamente en aquélla si no es por algún motivo de interés público.

La progresiva abolición de esa separación de esferas que se identifica con el advenimiento del Estado social y el paso a la democracia pluralista, lleva consigo un tratamiento constitucional mucho más articulado y complejo de la libertad. Esta deja de ser concebida en su dimensión exclusivamente negativa y se abre paso una idea de la misma como libertad positiva, como expresión de la persona, en tanto que ser social con pretensiones de autorrealización en un campo de relaciones intersubjetivas (civiles, políticas, socioeconómicas) mucho más amplio que el propio de la utonomía individual[8].

Ahora bien, este paso en la evolución histórica no implica la disolución de la vieja libertad **negativa** en las libertades **positivas.** Aquel concepto, es un antecedente cronológico pero también un **prius** lógico y jurídico-constitucional de la categoría constituida por las segundas. Puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia **previa** capacidad de autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.

Esta dimensión del sujeto resulta así, en el moderno constitucionalismo, enriquecida, pero en modo alguno abolida como momento central, «la parte más significativa del sistema (jurídico-positivo) de los valores supremos (constitución), que se impone como parámetro universal de la legitimidad de los diversos actos de los poderes 'constituidos' (comprendido el legislador) y como medida de la licitud de los comportamientos de los sujetos privados en su actuación personal de disfrute y estructuración de las objetivas **chances of life** que el ordenamiento les ofrece»[9].

La libertad personal del imputado

El uso de la prisión como forma de actuación del poder público interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese sentido (obviamente, salvo la privación de la vida), es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del **sistema de libertades**, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: «un **prius** necesario para la obtención de las pruebas», al decir de Grevi[10]. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, por medio de toda una «tecnología del cuerpo» se expresa la «microfísica del poder», en la sugestiva interpretación de Foucault[11].

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad, llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación, asimismo formal, de la tortura y la prisión provisional.

Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad

---

[7] F. Neumann, **Lo stato democratico e lo stato autoritario**, trad. de G. Sivini, **Il Mulino**, Bolonia, 1973, págs. 36-37.

[8] Cfr. A. Baldassarre, voz «Libertà. I) Problemi generali», **Enciclopedia Treccani**, Roma, vol. XIX, pág. 18 y ss.

[9] A. Baldassarre, **op. cit.**, pág. 16.

[10] Cfr. V. Grevi, **Libertà personale dell'imputato e costituzione**, Giuffrè, Milán, 1976, p. 3. Esta obra es una versión ampliada de la voz «Libertà personale dell'imputato», **Enciclopedia del diritto**, Giuffrè, Milán, 1974, vol. XXIV, pág. 315 y ss.

[11] Cfr. M. Foucault, **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1986, págs. 33-35.

del instituto, en el que Beccaria había visto, sin sombra de duda, «una especie de pena»[12]. Y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel. Así, Baldo, a cuyo juicio «mala mansio, id est carcer, est species torturae»[13].

En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría decirse que vino a restar **legitimidad** a la misma, de ahí la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

Prisión provisional y presunción de inocencia

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado[14]. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones[15], hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado **como si**[16] fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Por ello Ferrajoli ha conceptuado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de **libertad** y de **verdad**[17].

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores[18], lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la *Ilustración*. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de Beccaria: «Un hombre no puede ser llamado **reo** antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida»[19]. Y también la propuesta de Filangieri, de «tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito»[20]. Ambos autores, representativos de la matriz continental del principio, antes aludida, cifran lo esencial del mismo en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789[21].

Consolidada la abolición formal de la tortura, establecido un marco procesal -también formalmente- presidido por el principio de presunción de inocencia, la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibiéndola de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto; malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a

---

[12] C. Beccaria, **De los delitos y de las penas**, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 60.

[13] Cit. por P. Fiorelli, **La tortura giudiziaria nel diritto comune**, Giuffrè, Milán, 1953, vol. I, pág. 237. Cierto que, como señala el propio Fiorelli -nota (13), pág. 238- **mala mansio** no era equivalente a cárcel sin más, sino a un tipo, especial por su rigor, de prisión provisional.

También, a juicio de J. Marcos Gutiérrez, la prisión provisional en la «melancólica y espantosa morada» que es la cárcel, **atormenta**. (En **Práctica criminal de España**, Madrid, 1804, vol. I, pág. 210).

[14] Cfr. al respecto, por todos, G. Illuminati, **La presunzione d'innocenza dell'imputato**, Zanichelli, Bolonia, 1979, págs. 28-30.

[15] Mientras, como señala Illuminati, la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado hunde sus raíces en el legalismo del pensamiento ilustrado continental, su caracterización como regla de juicio tiene su antecedente en el pragmatismo de la gnoseología judicial anglosajona. (En **op. y loc. cits.**).

[16] En efecto, lo que activa la necesidad actual de afirmación concreta del principio es, precisamente, la emergencia de la imputación. Lo señala bien gráficamente, desde una perspectiva externa A. Arteta: «Nadie puede ser inculpado por el guardián de la ley salvo aquél a quien apuntan indicios objetivos de culpa; ese tal es presuntamente inocente porque **antes** ha parecido probablemente culpable» («De la guerra gálica», en **El País**, 13 de junio de 1996).

[17] L. Ferrajoli, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 549.

[18] Cfr. L. Ferrajoli, **op. cit.**, págs. 549 y 550.

[19] En **op. cit.**, 16, pág. 52.

[20] C. Filangieri, **Ciencia de la legislación**, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, t. III, pág. 81.

[21] «Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable» (art. 9).

la práctica de la institución de cautelas de difícil si no imposible prestación, como lo demuestra una ya bien dilatada experiencia en la materia.

Ninguna postura tan clara en este sentido como la de Carrara, que subordinará su uso a «las necesidades del procedimiento», haciendo hincapié en que «tiene que ser brevísima», que «no es tolerable sino en graves delitos» y que «hay que procurar suavizarla» mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a «necesidades: 1°, de **justicia,** para impedir la fuga del reo; 2°, de **verdad,** para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3°, de **defensa pública,** para impedirle a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno»[22]. Más tarde, en un trabajo titulado «Inmoralidad del encarcelamiento preventivo», proclamará la **injusticia** de la institución, si bien como «una injusticia necesaria»[23].

Por diferentes razones, contribuyeron eficazmente a aportar claridad a la polémica cuestión de las relaciones entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia algunos caracterizados exponentes de la escuela positiva y, después, de la conocida como escuela técnico-jurídica. Lo hicieron por la vía de prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia; poniéndola en discusión o bien propugnando su eliminación, en el caso de la primera, por motivos de defensa social[24], y negándola también en el supuesto de la segunda, por medio de su representante más significativo, Manzini, con argumentos de carácter procesal, pero no exentos de reminiscencias igualmente defensistas. Según este autor, no hay nada «más tontamente paradójico e irracional» que la presunción de inocencia, pues «la imputación... debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad». Ya que, «si se presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué se procede contra él?». Para, en fin, mediando directamente en el tema que nos ocupa y argumentando por reducción al absurdo, preguntarse, sin duda como provocación a sus contradictores: «Por qué no abolir la prisión preventiva?»[25].

La problemática justificación de la prisión provisional

Hace unos años, Pavarini, al concluir una estimulante introducción crítica a la criminología, se refería, sin identificarle, a un famoso jurista que tiempo atrás había negado la condición de «buen» penalista a quien, el hecho de serlo, no le produjese **mala conciencia**[26]. Pues bien, si el derecho y el proceso penal son fértiles en ocasiones para la activación de ese sentimiento, es probable que nunca con tan buenas

---

[22] F. Carrara, **Programa de derecho criminal**, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, N° 897, pág. 375.

[23] F. Carrara, «Inmoralidad del encarcelamiento preventivo», en **Opúsculos de derecho criminal,** trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1978, vol. IV, pág. 226. El autor manifiesta haber tomado la expresión de Mesnard, aunque sin cita de la obra (en **Programa, loc. cit.**, pág. 373).

[24] Cfr. al respecto G. Illuminati, en **op. cit.**, págs. 17-18.

[25] V. Manzini, **Trattato di diritto processuale penale italiano,** 6ª edición actualizada por G. Conso y G. D. Pisapia, Utet, Turín, vol. I, págs. 226-227.

Recientemente Luciano Varela Castro («Fundamentos político-constitucionales y procesales», en **El tribunal de jurado,** de varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 97) ha atribuido a Manzini la identificación del principio de presunción de inocencia con el de **in dubio pro reo,** adscribiéndome a mí a la misma posición. El hecho de que no concrete el texto del autor italiano en qué apoya esa afirmación obliga a pensar que se trata] de una imprecisa **cita** de referencia, que es, sin duda, equivocada. [En efecto, Manzini, como aquí se ha puesto de manifiesto de forma precisa, a partir de los presupuestos ideológicos del fascismo, niega abiertamente el principio de presunción de inocencia. Tratándose del **in dubio pro reo,** cuestiona su operatividad como principio exegético en el plano de la interpretación, tanto de la ley penal sustantiva como de la procesal penal: «en efecto, en la duda, nada autoriza a plegar la ley a favor del imputado: ni la razón ni el derecho», escribió; pero lo admite como criterio de valoración de la prueba producida en el juicio (cfr. **op. cit.**, págs. 130-131).

Mi posición al respecto («La función de las garantías en la actividad probatoria», en **La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal,** varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 231-234; también en, varios autores, **Valoración de la prueba,** Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, págs. 73-110), se cifra en cuestionar la pretensión de autonomía conceptual del principio **in dubio pro reo** frente al de presunción de inocencia, por entender que todo lo que no es acreditada culpabilidad queda comprendido en el ámbito de esta última, cuya afirmación definitiva después de un juicio sólo puede ser incondicionada. Cuando se parte -que no es el caso de Manzini- de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación (cualquiera que sea la causa) sólo puede confirmar el **status** de inocencia preexistente. Lo contrario lleva forzosamente a la distinción inaceptable entre una absolución por inexistencia de pruebas y otra **sólo por** insuficiencia de éstas; y, como consecuencia, a establecer **categorías de inocentes.** Otra cosa es que el Tribunal Constitucional, por razones esencialmente pragmáticas, incluso de agenda, tenga necesidad de establecer algún criterio-filtro en el acceso al recurso de amparo. Pero de este dato, de hecho, no deberían derivarse perturbadoras consecuencias de índole conceptual.

[26] M. Pavarini, **Introduzione a... la criminologia,** Le Monnier, Florencia, 1980, pág. 148. Hay traducción al castellano de I. Muñagorri, con el título **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico,** Siglo XXI, México, 1983.

razones como cuando la actividad del profesional concernido tiene que ver con la justificación teórica[27] y, sobre todo, con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional.

Se ha podido comprobar en el caso de Carrara, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, Hélie, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que «la privación preventiva de libertad (**détention préalable**) de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena». Después, señalará que aquélla, «si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción»[28].

En la expresión de Hélie, la prisión provisional no **es** (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no **debe** serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso como por el modo en que se produce esa afectación. Así la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal[29]. Y es precisamente esta la dirección en la que se han proyectado los esfuerzos tendentes a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.

Grevi, sistematizando las posiciones doctrinales que concurren en este punto acerca de las funciones que suelen atribuirse a la prisión provisional, ha distinguido una especial preventiva y otra cautelar; para, dentro de ésta, diferenciar la que constituiría una «cautela de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso» y otra «de tipo final, en orden a la ejecución de la eventual condena»[30].

a) **Prisión provisional y prevención especial.** Quienes asocian ambos términos estableciendo entre ellos una relación de funcionalidad, lo hacen asociando a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, que es la que justificaría la medida. Esta responde a una finalidad de prevención de la realización de **otros** delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña también una función ejemplarizadora.

Como ha señalado Amato, si en todos los casos los fines predicados de la prisión preventiva implican un grado de identificación entre imputado y culpable, en este supuesto se llega al máximo[31]. Lo que no impide que existan opiniones -no necesariamente adscribibles a la escuela positiva- que consideran que tal es la función prevalente de la medida cautelar personal, con plena conciencia, por lo demás, de lo que implica. Paradigmático es el caso de Foschini, que atribuye a la prisión preventiva, entre otros, el fin de asegurar «principalmente la inmediatez o la solicitud del efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, respecto del delito cometido»[32].

En este caso no existe, pues, duda: el efecto profiláctico que se busca por medio de la privación preventiva de libertad, parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría **reincidir** en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages.

---

[27] Como ha escrito Illuminati, «la prisión provisional ha representado siempre, en la época moderna, un aspecto del proceso penal cuya existencia no ha podido llegar a justificarse nunca de manera plenamente convincente» (en **op. cit.**, pág. 40).

[28] M. Faustin Hélie, **Traité de l'instruction criminelle ou theorie du Code d'instruction criminelle,** Ch. Hingray, París, 1853, vol. V, pág. 748.

[29] Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

[30] Cfr. **op. cit.**, págs. 44, 51 y 59.

[31] G. Amato, **op. cit.**, pág. 376.

[32] G. Foschini, **Sistema del diritto processuale penale,** Giuffrè, Milán, 2ª ed. 1965, vol. I, pág. 526. «Efecto reactivo -concluye el autor- que constituye el alma de la pena y que, si se tuviera que esperar al agotamiento del proceso, a menudo resultaría perdido y siempre en todo caso debilitado, con la consiguiente pérdida o disminución de eficacia de las actuaciones penales». No menos clara es la posición de L. Granata sobre el particular, cuando afirma su convicción de que «no se puede tener un proceso penal, por así decir, **desarmado** hasta el pronunciamiento definitivo de condena». (En **La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale,** Giuffrè, Milán, 1957, pág. 46). Acerca de la doctrina española en este punto, puede verse J. M. Asencio Mellado, **op. cit.**, págs. 37-39.

Como escribe Illuminati, no faltan autores que, partiendo del dato de experiencia de que existen imputados calificables de objetivamente peligrosos con un despreciable margen de duda, se muestran partidarios del reconocimiento de fines extraprocesales a la prisión preventiva, cautelares en sentido impropio, que no tendrían por qué implicar anticipación de la pena. No obstante, sin negar la realidad de ese riesgo, advierte también del que conlleva una «estructuración de la prisión preventiva en clave de defensa social» llamada necesariamente a operar sobre la «presunción de culpabilidad» como presupuesto. La única forma coherente de tratar tales situaciones es, a su juicio, la rápida conclusión del proceso. Y, en cualquier caso, en supuestos como los aludidos «es -dice- prácticamente imposible que el eventual peligro de futuros delitos no vaya acompañado de un bastante más tangible peligro de fuga», sobre cuya base se podría operar con una finalidad más propiamente cautelar[33].

b) **Prisión provisional y aseguramiento del desarrollo del proceso.** Aquí se asigna a la institución el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público; y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables.

Esta es, de las tres opciones contempladas, aquélla en que la asimilación de imputado a culpable se da en menor grado. A veces, incluso se argumenta en forma no demasiado convincente que hasta un imputado inocente podría verse tentado «a manipular el cuadro probatorio»[34] para asegurarse la absolución, en su caso debida; lo que, al no ser descartable en hipótesis, vendría a demostrar que la medida cautelar en sí misma carecería en este caso de implicaciones culpabilizadoras.

De cualquier manera, nunca podría dejar de considerarse que la prisión provisional podría también limitar las posibilidades de realización de una defensa adecuada y, desde luego, una flexible relación con el encargado de la misma. Que no toda actividad de investigación relacionada con el imputado es susceptible de aseguramiento por esa vía, como ocurre con el interrogatorio, facultativo para el imputado en tanto que medio de defensa, más que medio de prueba en sentido propio. Y que, si adoptada con el sentido instrumental aludido, la prisión preventiva tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable de aquella garantía y cesar necesariamente una vez cumplida su finalidad cautelar-procesal.

c) **Prisión provisional y aseguramiento de la eventual condena.** Una vez concluida la fase de investigación y asegurada con ella en lo esencial la futura productividad de las fuentes de prueba, la función cautelar-procesal de la prisión preventiva podría -al menos en teoría- carecer de fundamento o perderlo en términos estimables. Pero tampoco parece descabellado contemplar la posibilidad de cierta implicación **necesaria** entre ambas modalidades o dimensiones de la institución (cautelar-instrumental y cautelar-final), puesto que un efectivo aseguramiento de fuentes de prueba claramente de cargo, obtenido durante el mantenimiento -y sobre todo si merced al mantenimiento- del imputado en prisión, reforzaría los motivos para prolongar ésta ante el riesgo de fuga que podría generar en él el miedo real a una ya más previsible condena. De ahí que la diferenciación que suele hacerse doctrinalmente entre este supuesto y el anterior, si admisible en términos analíticos, no esté llamada a desempeñar un gran papel en la experiencia procesal penal, donde ambos jugarán normalmente como

---

[33] Cfr. G. Illuminati, **op. cit.**, págs. 43-44.

En la doctrina española, sobre la neutralización del peligro de fuga y consiguiente evitación de la frustración del proceso como justificación constitucionalmente aceptable de la prisión provisional, pueden verse: J. Fernández Entralgo, «Detención y prisión provisional», en **Privaciones de libertad y derechos humanos**, Jueces para la Democracia-Hacer, Barcelona, 1987, págs. 81, 82; y J. Banacloche Palao, **La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español**, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 382-383.

[34] Así, Grevi, **op. cit.**, p. 55. Amato, en cambio, sostiene que este modo de entender la prisión provisional «sólo en parte se sustrae a la identificación entre imputado y culpable» porque, a su juicio, «el temor [de que pueda alterarse interesadamente el 'cuadro probatorio'] se funda en la hipótesis de que el imputado, para demostrarse inocente, tenga necesidad de alterar el estado de los hechos: lo que quiere decir, evidentemente, que es culpable». (En **op. cit.**, págs. 376-377).

momentos de un **continuum** en el que la eficacia del primero reforzará la conciencia de la **necesidad** del segundo.

En todo caso, el espacio **natural** de juego de esta dimensión de la prisión provisional como garantía de sometimiento del imputado a una pena eventual, siempre sería la fase del enjuiciamiento.

También aquí los autores han expresado su preocupación por evaluar lo que de asimilación de las figuras de imputado y culpable pudiera haber en el supuesto que se contempla y, así, el grado de compatibilidad del mismo con el principio de presunción de inocencia.

Pues bien, a este respecto y, leída desde nuestra realidad constitucional, no puede ser más interesante la posición de Grevi. Entiende este procesalista que el peligro de fuga del imputado como fundamento de la prisión provisional constituye «una circunstancia objetiva del todo autónoma de cualquier presunción **contra reum**», lo que, a su juicio, no plantea ningún problema de compatibilidad esencial con aquel principio, en la forma que lo expresa el artículo 27.2 de la Constitución italiana[35]. Sin embargo, concluye, «una justificación de ese género sería mucho más difícilmente sostenible cuando la Constitución sancionase una presunción de inocencia verdadera y propia, ya que no tendría explicación posible el empleo de semejante medida cautelar con una persona considerada **tout court** inocente. Esta misma medida puede tener sentido, en cambio, ante la presunción de no culpabilidad, ya que cuando se trata de un sujeto que "no es considerado culpable hasta la condena definitiva" queda cierto espacio para la adopción de una cautela asociada a la eventualidad de una condena, en el que perfilar concretamente el **periculum in mora** (o **periculum libertatis**, según un típico lenguaje jurisprudencial) bajo la especie de peligro de fuga»[36].

La ilegitimidad esencial de la prisión preventiva. El punto de vista de Luigi Ferrajoli

La lectura de los procesalistas que con sensibilidad constitucional se han ocupado de la prisión preventiva permite advertir, invariablemente en ellos, el fondo de mala conciencia, el malestar a que antes he aludido, que tiene entre sus afectados antecedentes, tan ilustres, como los de Carmignani[37] y Carrara, por citar sólo algunos. Tal sentimiento se hace bien patente en estos años, por ejemplo, en Illuminati, cuando reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es «siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa» de la segunda[38]. Y asimismo, en Nobili, cuando con ocasión del tratamiento de la presunción de inocencia, denuncia un «intento de amplio alcance, dirigido a recuperar en la práctica para la represión penal aquellos espacios que parecerían cerrados por las garantías constitucionales reconocidas»[39].

Luigi Ferrajoli[40] es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un **statu quo** procesal consolidado **de facto**, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori por medio de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. El catálogo de distintas **necesidades** sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento -lamentable pero- procesalmente legítimo (al fin, por **imprescindible**), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del

---

[35] Este precepto, en su literalidad original, dice: «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

[36] V. Grevi, **op. cit.**, pág. 61.

[37] Cfr. **Teoria delle leggi della sicurezza sociale**, Fratelli Nistri e Cc., Pisa, 1832, vol. III, págs. 237-238, donde al autor señala con claridad el problema que plantea la prisión preventiva como «mal, que el acusado sufre sin título de pena». También en **Elementos de derecho criminal**, trad. de A. Forero Otero, revisada por J. Guerrero; Temis, Bogotá, 1979, pág. 248, donde manifiesta que «la **captura** de los reos (...) conviene más peculiarmente al proceso inquisitorio».

[38] G. Illuminati, **op. cit.**, pág. 48.

[39] M. Nobili, **op. cit.**, pág. 293.

[40] Cfr. **op. cit.**, págs. 549 y ss.

proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.

Una vez claro que el uso directamente defensista de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, Ferrajoli, con apoyo en datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función «cautelar final» de aquélla **-el peligro de fuga-** está no tanto en el miedo a la pena misma -hipotética y lejana en el tiempo- como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere **racionalidad** instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos procesales. De aquí una conclusión en la materia: «Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por 'necesidades procesales', ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por 'necesidades penales'»[41]. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes -y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva- del sistema penal considerado en sus perfiles reales.

Esto es lo que hace afirmar al autor de **Derecho y razón** que «no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales»[42]. Convencimiento que le lleva a razonar la innovadora propuesta de «un proceso sin prisión provisional»[43]. Por incontestables exigencias de principio y por la constatación empírica de que, en lo esencial, las **razones** con las que se ha tratado de avalar el uso de la prisión provisional -desde que se tiene conciencia de las dificultades de su justificación racional- las proporciona, precisamente, la aberrante lógica desviada no **del proceso**, sino de su degradado modo de ser actual. No se le oculta a Ferrajoli que su «propuesta puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras»[44]. La inercia -no casual- de los aparatos es bien visible en la rentabilidad del uso de la prisión provisional con fines de control social. Tanto que, como pone de manifiesto el propio autor, incluso dentro de las coordenadas legales del sistema procesal vigente podría reducirse en términos verdaderamente sustanciales el recurso a la prisión provisional[45]. Y no parece especialmente difícil imaginar -en esta sociedad postecnológica- medios que, siendo infinitamente menos gravosos que aquélla, para sus destinatarios, resultaran al mismo tiempo aptos para asegurar los objetivos **procesales** que se le atribuyen, si fuera ciertamente ésta la cuestión. Que evidentemente, no lo es.

La justificación de la prisión provisional en el ordenamiento español

La Constitución vigente (arts. 17.1 y 4) consagra la legitimidad de la prisión provisional y remite al legislador ordinario el tratamiento de su forma y

---

41 L. Ferrajoli, **op. cit.**, pág. 555.

42 En **op. cit.**, pág. 555.

43 Cfr. **op. cit.**, págs. 559-561.

44 En **op. cit.**, pág. 572. El peso de la «inercia de los aparatos» en esta materia es algo bien patente para cualquiera que cuente con alguna experiencia procesal. Y en cuanto a los factores culturales, en este caso subculturales, que tienen su mejor expresión en la categoría-muelle de la **alarma social**, nada más elocuente que el uso del criterio de «necesidad» que por instancias oficiales y por sus juristas de apoyo se hizo en defensa de «la patada en la puerta» como instrumento esencial de «lucha» contra la narcodelincuencia. Según ha quedado demostrado, ni el uso de ese aberrante instrumento tuvo efectos prácticos relevantes de contención de ese fenómeno; ni su feliz expulsión del ordenamiento llevó consigo algún retroceso significativo en la respuesta represiva al mismo. La permeabilidad de ciertos temas procesales a los usos ideológicos no puede ser más evidente, ni estos usos más peligrosos.

45 De hecho, como ponen de manifiesto E. Carranza, M. Houed, L. P. Mora y R. Zaffaroni, en **op. cit.**, en concreto, pág. 49, en la realidad de los países objeto de estudio en la obra y en el período contemplado, se aprecia una diferencia sustancial de la incidencia de la prisión provisional entre aquéllos cuyo proceso penal se mueve en el ámbito del modelo europeo-continental, y los que lo hacen en el marco del proceso de tipo anglosajón. El 68,47% de presos sin condena sobre el total de encarcelados, en el primer caso, y el 22,57%, en el segundo.

Cfr. asimismo, E. Carranza, «Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa», en **Jueces para la Democracia. Información y Debate**, N° 26, julio de 1996, pág.81 y ss.

duración, que se encuentra en los arts. 503, 504 y concordantes de la Ley de E. Criminal.

Este texto, en su actual redacción, subordina el uso de la medida a la concurrencia de determinadas condiciones:

1. Que se haya producido un hecho calificable de delito (no falta).

2. Que concurran «motivos bastantes» para su atribución a una persona.

3. Que el delito se encuentre sancionado con una pena superior según el nuevo Código Penal (Disposición transitoria 11ª) a tres años. Aunque en este caso podrá sustituirse por libertad provisional bajo fianza, si concurren **(cumulativamente)** los siguientes requisitos:

- carencia o cancelación de los antecedentes penales;
- creencia fundada de que no se va a eludir a la justicia;
- el delito no haya producido alarma;
- el delito no sea de los frecuentes en el territorio.

4. Que estando conminado el delito con pena menor de tres años, la prisión se considere necesaria en virtud de la concurrencia **de alguno** de los datos siguientes de:

- los antecedentes del imputado;
- las circunstancias del hecho;
- la alarma social producida;
- la frecuencia con que se cometan hechos análogos.

Por lo demás, en cuanto al tiempo de duración de la medida, el legislador español aunque establece determinados límites (art. 504.4), dada la elasticidad de éstos y la posibilidad de prórroga, deja un amplio margen de decisión al juez, si bien advirtiéndole que no deberá prolongar la prisión «más allá de lo necesario» (art. 504.3).

Como puede observarse con la lectura de los dos preceptos que se han desglosado, sólo el requisito de la creencia fundada de que el inculpado no tratará de sustraerse a la acción de la justicia (obstaculizando el desarrollo del proceso, se entiende), como razón que justificaría la sustitución de la prisión por la libertad provisional, es susceptible de conectarse a una función propiamente procesal. Pero sucede, como se ha visto, que no puede operar por sí solo, sino en el conjunto de los demás elementos reseñados, entre ellos el de que «el delito no haya producido alarma», de matriz netamente defensista. De este modo, es obligado concluir que el tratamiento que la prisión provisional recibe en nuestra Ley de E. Criminal responde esencialmente a ese tipo de exigencias[46].

Esto se hace explícito en el texto, como se ha visto, y lo confirman sin asomo de duda los primeros y más autorizados comentaristas del mismo. Así, Reus encuentra la justificación de la prisión provisional en la necesidad de dar satisfacción a las exigencias del «equilibrio social (...) el restablecimiento del derecho perturbado y la triste imposición de una pena»[47]. Y con más claridad aún, si cabe, Aguilera de Paz, a cuyo juicio la ley «debe amparar a la sociedad asegurando al culpable y procurando garantías a la ejecución de la pena por medio de la prisión del inculpado»[48].

Es por ello que la búsqueda de un criterio de legitimación del instituto más fundado en exigencias de carácter procesal y más compatible, por tanto, con la naturaleza cautelar, haya tenido que orientarse hacia fuentes extralegales[49], antes, preferentemente, de origen doctrinal y ahora, afortunadamente, ya de rango constitucional.

En este momento, el difícil intento de dar a la prisión provisional un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación del principio de presunción de inocencia y de su reconocido carácter

---

[46] Tanto es así que, como ha escrito Rodríguez Ramos, «los citados arts. 503 y 504 de la Ley de E. Criminal provocan en nuestra praxis lo que cabría llamar arbitrariedad legalizada, paradoja consistente en que el texto legal permite al juez, en la mayoría de los supuestos, cumplir la ley tanto si resuelve en favor de la libertad como si lo hace en favor de la prisión...», en «Prisión preventiva», **Nueva Revista de Política, Cultura y Arte**, Nº 39, abril de 1995, cit. por J. Banacloche Palao, en **op. cit.**, pág. 382.

[47] E. Reus, **Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882 concordada y anotada extensamente**, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, págs. 298-299.

[48] E. Aguilera de Paz, **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, Editorial Reus, Madrid, 2ª edición corregida y aumentada, 1934, vol. 4, pág.188. Aunque el autor reconoce que «son muchos los que la impugnan como medida preventiva» (pág. 190) considera «admitido por todos los tratadistas el principio de la necesidad de la prisión provisional con los fines que ya tenemos indicados» (pág. 194), sin duda queriendo significar que entre los procesalistas la cuestión, cuando él escribe, es pacífica.

[49] Hay que señalar, sin embargo, que los arts. 506 y 507 de la Ley de E. Criminal, relativos a la prisión provisional incomunicada, conectan la decisión de adoptar la medida en esta modalidad y su duración a exigencias más precisamente procesales, como la de «evacuar las citas hechas en las indagatorias» y «evitar la confabulación». También puede reconocerse ese carácter al indicador del «riesgo de fuga», de los nuevos arts. 504 bis 2 y 539, que autorizan al juez a decretar la prisión provisional cuando no hubiera podido celebrarse la preceptiva comparecencia para decidir sobre ella, si bien con el deber de convocarla nuevamente para dentro de las setenta y dos horas siguientes.

central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impondría una reconsideración de los preceptos analizados, dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquél. Así, en esa nueva clave de lectura, el dato de la gravedad del delito tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado.

Esta orientación es la que se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordina el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra «la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva»[50].

El Tribunal Constitucional admite que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente (y quizá exclusiva) de los datos de la gravedad del delito y de la pena. Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida[51].

Tanto la primera como las ulteriores decisiones deberá estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica.

Los aludidos criterios jurisprudenciales tienen la indudable virtud de situar la interpretación de los de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la prisión provisional, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia[52].

Estas elaboraciones jurisprudenciales[53] han tenido, sobre todo, la utilidad de problematizar los usos tradicionales de la jurisprudencia ordinaria en tema de prisión provisional. Pero su capacidad de permear eficazmente la utilización real de la misma ha de encontrar un límite objetivo difícilmente salvable. Es el representado por el dato de que lo que se impone legalmente al juez es algo más que un uso limpiamente procesal de la medida, que difícilmente resultará cuestionado fuera de algunos casos muy particulares, de escasa significación estadística.

El juez y la prisión provisional

Señalaba Aguilera de Paz que en el terreno de la prisión provisional «los encontrados intereses del individuo y de la sociedad luchan abiertamente (...) más que en ninguna otra parte»[54], queriendo aludir, sin duda, y es claro que con una imagen muy de la época, a la patente naturaleza contradictoria del instituto. Hoy, desde nuestra perspectiva, habría que enmendar al buen procesalista, por un lado, haciendo hincapié en el claro interés público que expresa el principio constitucional de

---

[50] STC 128/1995, dictada en el «caso Sotos-PSV» y que expresa de forma acabada la posición del tribunal en la materia. Se elimina, pues, cualquier referencia al criterio legal de «alarma», virtualmente expulsado del discurso del tribunal, que, como resulta bien advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva.

[51] En el supuesto contemplado por la sentencia, el «caso Sotos-PSV», el tribunal decidió que sí había habido motivos fundados para la adopción de la medida, no así ya para su mantenimiento en el momento del recurso, entrando claramente con esta decisión en una valoración de pura legalidad ordinaria que, en principio, daría pie para el traslado a la alta instancia de todos los casos de prisión provisional en curso en que pudiera cuestionarse la justificación de su continuidad.

[52] Un tratamiento sistemático de estos criterios por la Comisión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse en J. A. Del Olmo Del Olmo, «La determinación del 'plazo razonable' de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España», en **La Ley**, Nº 4090, 30 de julio de 1996.

[53] La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reducida en la materia, habida cuenta de que la misma tiene un limitadísimo acceso a la casación, y sólo a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que prevé esa posibilidad por infracción de precepto constitucional (art. 5.4).

[54] En **op. cit.**, pág. 189.

la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual, lo que sin duda modifica los términos del conflicto; y, por otro, advirtiendo que el alcance de éste es seguramente mayor y más radical de lo que desde su óptica pudiera parecer. Pero esto, reconociendo al mismo tiempo lo fundado de la preocupación que se desprende de su observación, que si en algo ha ganado con el paso del tiempo y la prolongación del debate, es en razones para mantenerse vigente con bastante mayor intensidad, a la luz de la mejor cultura constitucional.

Es por lo que ahora, si de una parte resulta difícil hacer oídos sordos al planteamiento radical de Ferrajoli (radical porque desnuda el problema en la raíz) y dejar de reconocer que incluso la consideración **más procesal** de la prisión provisional seguiría albergando una aporía difícil de desactivar; de otra, tampoco es posible eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade en este plano, un nuevo nivel de contradicción.

Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que «lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena»[55]. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión provisional radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que en todo caso le constituye.

Naturalmente, la terrible medida cautelar admite usos diferenciales y es susceptible a gradaciones en la intensidad de su componente de penalización inmediata. En efecto, en su utilización cabe registrar desde prácticas que se mueven incluso por debajo del estándar legal, hasta las que representan entre nosotros, hoy por hoy, los puntos más altos de una lectura constitucional de aquél[56]. Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestra la cita jurisprudencial que acaba de hacerse y las aludidas dificultades del propio Tribunal Constitucional para moverse en un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de «peligrosidad» y reiteración delictiva.

En cualquier caso, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, hay una evidencia y es la de que todos esos ingredientes de conflictividad difícilmente eludible se precipitan aparatosamente sobre el momento judicial, haya o no conciencia de ello en quien lo gestiona.

Una primera cuestión, que en nuestro país no había sido vivida como tal hasta hace no mucho tiempo, es la relativa al estatuto y la posición procesal del órgano habilitado para acordar la prisión provisional. En concreto, es un asunto que forma parte del más complejo representado por el cuestionamiento general del sistema mixto y, en particular, de la figura y del papel del juez instructor, sobre el que aquí no cabe extenderse[57]. En síntesis, lo que se debate es la aptitud del implicado en la investigación para decidir con el equilibrio (imparcialidad) necesario sobre la privación de libertad del indagado. Pues bien, saltando inevitablemente por encima de todo un cúmulo de aspectos que ahora no resulta posible considerar, lo cierto es que sea quien fuere el agente decisor, si lo que se trata de determinar es, precisamente, la existencia de bastantes indicios de delito a cargo de un sujeto en el estado actual del procedimiento, difícilmente podrá hacerse desde otra posición -directa o por subrogación implícita- que la del investigador, puesto que es a partir de los datos obtenidos por éste como habrá que decidir.

Cierto es que no resultará indiferente que la resolución se haya visto precedida de un trámite contradictorio y que pueda verse sucedida de la posible revisión en otra instancia. Pero, al fin, en los casos en que se haya impuesto la prisión provisional lo habrá sido sobre la base de datos -ellos sí **provisionales**- no obstante ser aquélla, en la realidad de sus efectos, tan definitivamente penalizadora, como bien se sabe.

Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue

---

[55] STC 40/87, citada a su vez en la STC 128/95.

[56] Aquí es de cita obligada la ya aludida STC 128/95.

[57] Sobre este punto remito a mis trabajos: «El ministerio fiscal entre 'viejo' y 'nuevo' proceso», en **La reforma del proceso penal**, de varios autores. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 81 y ss.; y «Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal», en **Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales**, de varios autores. Cuadernos de derecho judicial; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 1995 y ss.

sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que, en muchos casos, seguramente no llegará a aprenderse nunca.

Pero, no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar[58] las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquéllas. Y, siendo éstas **confesables**[59], por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En el plano jurídico-formal, cuando se acepta esa compatibilidad de principio, la cuestión no puede ser más clara. Dicho con Grevi, «se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida -lo que no es raro que suceda en la práctica- mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso por medio de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación»[60]. Ahora bien, no resulta posible desconocer que estas prácticas viciosas que ver tienen también con la circunstancia de que, por un lado, como apuntó Carmignani y se ha demostrado, «las leyes no pueden determinar concretamente por qué indicios puede el juez ordenar el arresto del reo»[61], lo que se traduce inevitablemente en la atribución y el consiguiente uso de una discrecionalidad difícil de justificar en concreto[62], máxime cuando, además, habría de hacerse sin prejuzgar, al menos de forma expresa; de donde el notable nivel de complejidad que la redacción de las resoluciones por las que se acuerda la prisión provisional presenta en cualquier caso, puesto que se trata de anudar los presupuestos jurídicos que habilitan para la adopción de la medida a referentes fácticos explícitos y mínimamente objetivables y contrastables, y de hacerlo sin anticipar criterios de valoración de la cuestión de fondo y, precisamente, en un estadio preliminar de la investigación. Además, y dado que la subsunción no puede operar por simple yuxtaposición de la norma al dato fáctico, en rigor, habría de articularse analíticamente su relación. En fin, hay que insistir, todo ello debería hacerse sin quiebra del principio de presunción de inocencia, que, como se ha visto, no puede dejar de sufrir en este asunto.

Los padecimientos de este principio, ya se ha dicho, comienzan en la propia Constitución, de la que recibe el tratamiento indefectiblemente problemático derivado de la presuposición de su compatibilidad con la prisión provisional, pero con una particularidad ya aludida, que debe hacer aquí de nuevo acto de presencia: es que en los medios del procesalismo -el italiano de postguerra- que dentro de nuestro ámbito de cultura, más y de mejor forma se ha ocupado de esta materia, la circunstancia de que la Constitución italiana hubiera puesto «el acento en la calificación de no culpabilidad, [es, precisamente, lo que] abre un cierto espacio a la previsión de institutos limitativos de la libertad personal, entre los que destaca la prisión preventiva»[63]. De donde se infiere que una proclamación en positivo de la «presunción de inocencia» como derecho fundamental, del género de la que hace suya la Constitución española (art. 24.2), no

---

[58] Como se sabe, uno de los requisitos establecidos por el legislador liberal para acordar la prisión provisional es la concurrencia de «motivos bastantes» (art. 503.3 de la Ley de E. Criminal). Esta exigencia, ya desde los primeros comentaristas, se ha interpretado como un plus respecto de los «indicios racionales de criminalidad» que el art. 384 pone en la base del procesamiento. Así E. Reus, (cfr. **op. cit.**, vol. I, pág. 309). Por su parte, en la misma línea, Aguilera de Paz ve aquéllos como los «elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito al presunto reo, y que sea suficiente dicho raciocinio para que la conciencia del juez acepte la realidad de las sospechas deducidas contra él, y la convicción de culpabilidad que hasta entonces pueda apreciarse por los datos resultantes del sumario» (**op. cit.**, pág. 202).
Ya antes, J. Marcos Gutiérrez, estimulaba a los jueces a que «antes de arrestar a alguna persona reflexionen sobre la mayor o menor gravedad del delito que se le imputa, sobre el grado de prueba que hay contra ella...», en **op. cit.**, vol. I, pág. 210.

[59] Ya se ha señalado que el criterio de la «peligrosidad», siendo legal, parece haber sido expulsado del discurso explícito del Tribunal Constitucional.

[60] V. Grevi, **op. cit.**, pág. 149.

[61] En **Elementos**, cit., pág. 250.

[62] Piénsese en la dificultad de verbalizar razonadamente en el caso concreto un pronóstico como el de que el imputado «no tratará de sustraerse a la acción de la justicia».

[63] V. Grevi, **op. cit.**, p. 39. Frente a la propuesta de Manzini en favor de la fórmula: «Se presume la inocencia del imputado...», el comité de redacción «consideró oportuno adoptar una fórmula **menos drástica**». (Cfr. V. Falzone, F. Palermo y F. Cosentino (eds.), **La Costituzione della Repubblica italiana ilustrata con i lavori preparatori**, Mondadori, 1976, pág. 98. (La cursiva es mía).

puede sino llevar consigo la cancelación o la drástica limitación de ese espacio, haciendo todavía más ostensible la aporía.

Ello implica que, en el caso español, la contradicción lógica tenga también un (todavía más) visible estatuto **constitucional**, puesto que la Constitución entra en llamativo y explícito conflicto consigo misma. Ahora bien, el hecho de que esa contradicción lógica se haya proclamado inexistente, o, mejor, irrelevante, por el Tribunal Constitucional, al declarar la legitimidad del uso -aunque no de cualquier uso- de la prisión provisional y su compatibilidad con la presunción de inocencia, no pacifica por eso la cuestión, ni puede eliminar las sombras que se agolpan sobre la misma y su repercusión en la conciencia del juez intérprete. Pues, sin desconocer, naturalmente, ni un ápice de su valor positivo a la Constitución, lo cierto es que ni el constituyente quiso, ni hubiera podido, arrogarse el papel del carrolliano Zanco-Panco, de **Alicia a través del espejo**[64]; ni el texto fundamental, ningún texto fundamental, podría clausurar el horizonte axiológico, cerrando la puerta a la crítica del orden positivo desde una perspectiva **externa**; ni tampoco impedir que ésta se filtre -como factor de conflicto- en el momento aplicativo, complicándolo extraordinariamente.

Para concluir

Una reflexión como ésta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad, y tan contaminante, como la prisión provisional, termina siendo, inevitablemente y aun en el mejor de los casos, **trabajo sucio**.

El juez penal que no esté dispuesto a engañarse ni engañar, ha de asumir con toda lucidez esta dimensión de la realidad de su oficio. No hacerlo así sería protagonizar una vergonzosa huida del conflicto, ya por cerrar los ojos -cosa bien difícil- a la verdadera naturaleza de la prisión provisional, o bien por la expulsión **de facto** del polo problemático del discurso: el exigente principio de presunción de inocencia, actuando **como si** no existiera. Creo, no obstante, que hay una razonable y productiva tercera vía, no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir en ella con cierto **productivo** realismo. Es una vía que no lleva a la resolución de la aporía, que evidentemente no está al alcance del juez, puesto que es sistémica, sino que, siendo ésta irresoluble, pasa por la necesidad de tenerla activa y lúcidamente presente.

Se trata, en suma, de reconocer que no existen prácticas **limpias** de la prisión provisional; ni siquiera cuando se producen mediante el uso de ese relativamente sofisticado instrumental de origen jurisprudencial a que se ha hecho referencia, pues, del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando **de iure** y **de facto** ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado.

Pues bien, sólo actuando con esa (**mala**) conciencia resultará viable -y no cabe duda que en esta labor serán de utilidad aquellos estándares idealmente racionalizadores- limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo **imposible**, el empleo del terrible instrumento, que, además -cierto que éste sería **otro** tema-, al dotar al insatisfactorio **statu quo** procesal de su conocida eficacia en términos de control social inmediato, contribuye activamente a la perpetuación del mismo en sus constantes actuales. Así, en esta materia, la **mala conciencia del juez** vendría a desempeñar el cometido de una atípica y última garantía del imputado, de carácter cultural. Porque, en efecto, la prisión provisional, más que, como ha escrito Asencio Mellado[65], «necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal», lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real **de este** proceso penal[66], que descansa ostensiblemente en la «confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] **contaminatio** entre proceso y pena»[67]. Si el proceso penal vigente en la generalidad de los países, puede permitirse ser como es, o sea,

---

[64] La referencia es al conocido pasaje: «Cuando yo uso una palabra -insistió Zanco Panco con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos» (L. Carroll, **A través del espejo y lo que Alicia encontró al otro lado**, trad. y prólogo de J. Ojeda, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 116).

[65] En **op. cit.**, pág. 136.

[66] G. Pisapia ha hablado al respecto de «**expediente práctico** en un sistema procesal que no dé garantía de pronta solución (...) y no puede dar a la institución de la prisión provisional un fundamento racional ni una verdadera y propia justificación jurídica». «Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale», en **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Giuffrè, Milán, 1965, p. 95.

[67] G. De Luca, «Principi costituzionali di libertà e istruzione formale», en Atti del convegno nazionale di studio su **I problemi della istruzione formale**, Bolonia, 1973, pág. 3, cit. por M. Nobili, «La procedura penale tra 'dommatica' e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica», en **La Questione Criminale**, N° 1 de 1977, pág. 87.

mantener el extraordinario grado de infidelidad al modelo ideal-constitucional, el impresionante nivel de disfuncionalidad y divergencia respecto de los fines proclamados en ese plano, que le caracteriza, es porque la prisión provisional -y con ella el proceso- ocupa, en notable medida, y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a ésta jurídico-formalmente le corresponde.



VENDEDORAS DE POLLOS: *Francisco Amighetti.*

EL PROCESO PENAL: NUEVAS TENDENCIAS, NUEVOS PROBLEMAS

Teresa Armenta Deu[1]

SUMARIO:

I. A) Dos premisas de partida: la ineludible relación entre el derecho penal y el derecho procesal penal (su reciente evolución); y la crisis de la administración de justicia.- B) Nuevas tendencias en el derecho penal: en especial, mecanismos alternativos a la imposición de una pena.- C) Nuevas tendencias en la resolución de los conflictos originados por el delito: los ADR y la reparación.- II. A) Medidas aceleradoras adoptadas en el proceso penal español.- B) La incorporación del principio de oportunidad y la conformidad: algunas reflexiones.- C) Breves consideraciones en torno a otros aspectos novedosos o discutidos: a) por afectar a determinados órganos o a las partes: 1) la creciente oficialización de la acción y el principio acusatorio; el incremento de funciones del MF y la correlativa disminución de facultades atribuidas a los órganos jurisdiccionales; 2) la acción popular; y 3) el jurado; b) por su incidencia en los derechos fundamentales: 1) la detención y 2) la prisión provisional.

I.

A) Dos premisas de partida: la ineludible relación entre el derecho penal y el derecho procesal penal (su reciente evolución); y la crisis de la administración de justicia.

Partamos para esta exposición de dos premisas: la crisis en que se encuentra la administración de justicia, y singularmente la penal; y la inescindible relación, que a la hora de buscar soluciones a ésta, debe contemplarse entre el derecho penal y el procesal penal.

En este último sentido, sin que pueda sostenerse una interdependencia absoluta entre el proceso penal y el derecho penal, tampoco cabe negar una clara y conveniente conexión. Tal circunstancia obliga a que cualquier análisis del devenir del enjuiciamiento criminal, por somero que sea, no deba perder de vista la evolución que paralelamente se produce en el derecho penal. Así, como se podrá comprobar, muchas de las innovaciones que afectan o pretenden incorporarse a aquél a la hora de buscar soluciones para la citada crisis nacen de posiciones originadas en el segundo (descriminalización; despenalización; aplicación del principio de oportunidad, aumento o disminución del número de delitos privados o semiprivados, etc.).

En apretadísima síntesis, puede afirmarse que la evolución del proceso penal es en muy buena medida el fruto de un costoso esfuerzo por introducir en el proceso correspondiente una amplia gama de garantías, sobre todo a partir de la caída del Antiguo Régimen (introducción de la publicidad, eliminación de la tortura y erradicación de las tremendas limitaciones del derecho de defensa, por citar las más relevantes).

A finales del siglo XVIII y a través del XIX, diversos movimientos irán incorporando cambios sustanciales en la orientación del derecho penal y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria; su fundamento en el

[1] Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Girona.

contrato social; y la codificación como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege". A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley, el proceso es una regulación legal (artículo 1, LECrim.). En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una comisión u omisión dolosa o culposa penada por ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un defecto del delito o falta sino a la vez del proceso. Cabe que exista proceso sin que exista delito o se imponga una pena, ya que es la misma actividad procesal donde deberá comprobarse si existió aquél y si corresponde ésta.

En esta relación, valorada como garantía fundamental a través de los siglos XIX y XX, se encontraba, hasta ahora, la clave del concepto de derecho procesal penal y de buena parte de las conexiones entre derecho penal y proceso. Simultáneamente, a tenor de tal concepción de nuestro sistema procesal penal, el derecho penal carece de realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. El acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídico sustantivas, y la sentencia judicial (salvo en el supuesto de sentencia constitutiva) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes. También el delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su peculiar consecuencia, la pena (o medida de seguridad), necesita del proceso, no en el sentido de que sólo en el proceso pueda declararse, sino en el de que sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar en el ámbito penal (GÓMEZ ORBANEJA).

¿Qué sucede cuando comienza a cuestionarse la pena y las diferentes finalidades que de ella se han ido predicando?

¿Qué ocurre cuando la pena o medios sustitutivos de la misma ya no precisan de un proceso tan garantista, y cabe imponer aquélla bien mediante procesos que limitan su fase inicial o la de enjuiciamiento, bien por medio de mecanismos alternativos, incluso no jurisdiccionales?

¿Qué hacer ante la aparición de nuevas formas de criminalidad (terrorismo; drogas; medio ambiente) frente a las que los órganos y medios procesales ordinarios se demuestran ineficaces?

¿Qué medidas se deben tomar cuando el proceso y con él la administración de justicia es acusada de lenta, y por ello de injusta, y se producen tensiones entre la necesidad de un proceso eficaz (entendido fundamentalmente como rápido) y un proceso con las debidas garantías?

B) Nuevas tendencias en el derecho penal: en especial, mecanismos alternativos a la imposición de una pena.

La primera cuestión ha pasado de recibir respuestas retribucionistas, resocializadoras, victimológicas o neoclásicas (garantistas) hasta encontrarse en una situación de la que cabe destacar, no como única pero sí como mayoritariamente aceptada en la actualidad, la tendencia a sustituir la pena por otras medidas. Así se pone de manifiesto y constituye el ejemplo más próximo, el Proyecto del nuevo Código Penal, donde se contemplan la suspensión condicional de la condena, la prestación social sustitutoria o los días multa. Paralelamente, a la hora de determinar la pena o su medida alternativa, se proponen otros medios para su imposición como la mediación, la reparación, el arbitraje u otras técnicas autocompositivas que se incluyen en la denominada "desformalización". La admisión e incorporación de éstas implicaría, como parece notorio, un cambio sustancial en la garantía jurisdiccional que conlleva la vigencia del principio de legalidad (cabría imponer penas fuera del proceso) y de la relación derecho penal-derecho procesal penal antes mencionada (la consecuencia del acto jurídico en que puede concebirse el delito ya no parece necesitar del proceso para producirse; no sólo del proceso nace el derecho del Estado a castigar). En consecuencia, los ámbitos civil y penal pierden una de sus principales características diferenciadoras.

De forma simultánea, la conjunción de una serie de factores, como la tendencia a una intervención mínima del derecho penal y la distinción entre dos tipos de criminalidad: bagatelaria y por ello no necesitada de respuesta penal y gran criminalidad, ha provocado que desde la perspectiva procesal se produzca un notable divorcio entre el enjuiciamiento de esta última, para la que se continúan precisando la vigencia de todas las garantías elaboradas a partir de finales del S. XVIII, y la pequeña o mediana criminalidad, para la que se ofrece, en consonancia con la citada división, una triple alternativa: o bien se omite la exigencia de garantía

jurisdiccional insita en el principio de legalidad; o bien se remite para su tratamiento a otros órdenes como el civil o el administrativo (sanciones administrativas); o bien aun acudiéndose al proceso la menor reprochabilidad social de la conducta parece justificar una merma considerable de facultades y garantías.

C- Nuevas tendencias en la resolución de conflictos originados por el delito: los ADR y la reparación.

Los dos últimos interrogantes enlazan directamente con la primera premisa de cuyo planteamiento partía al inicio de estas líneas: la tan traída crisis de la administración de justicia. Son varios los factores que parecen determinar esa situación.

El más frecuentemente invocado, aplicable asimismo a los restantes órdenes jurisdiccionales, se centra en el fracaso de muchos sistemas procesales al no poder ofrecer una protección rápida, eficaz, accesible y barata. Esta situación puede provenir de muy diversas causas, entre ellas: A) El incremento de criminalidad, que cuando se trata de aquella denominada bagatelaria, conduce en muchos casos, ya señalados, a remisiones de tales conductas a otros ordenamientos, como el sancionador administrativo (caso de la última reforma del Libro III del CP) o incluso el civil; pero que de no ser así, provoca aquel efecto debido a la constatada frecuencia de la comisión de tales conductas. B) La especial dificultad de tramitación que se origina en los llamados "procesos monstruo", generalmente por la complejidad de su instrucción, caso Gal, Roldan, Filesa o el llamado "informe Crillón"; múltiples casos de delincuencia económica a gran escala, como el llamado caso Banesto, en los que los delitos cometidos durante varios años precisan de una labor de investigación sumaria muy dilatada en el tiempo para poder hacerlos objeto de acusación; delitos de terrorismo en los que a las dificultades socio políticas acompaña usualmente una labor obstruccionista de la defensa; C) La incidencia de nuevas formas de criminalidad, tanto en la labor instructora, cuanto en la enjuiciadora, a menudo dependiente en muy buena medida de muchos y a su vez complejos peritajes, tal como se pone de relieve en los supuestos de las ya citadas nuevas formas de delincuencia económica, en los delitos medioambientales; o, D) La necesidad, en buena medida ya detectada en los dos apartados previos, de una especialización en la administración de justicia, atañente de una parte al órgano oficial de la acusación, lo que ha originado la creación de secciones especializadas en gran número de fiscalías (menores, medio ambiente) -más allá de las dos únicas fiscalías especiales (antidroga y corrupción) y que pone otra vez de relieve la exigencia o conveniencia de tribunales de los que formen parte legos especialistas en la materia, como en el sistema alemán, por ejemplo.

A modo de posible solución, entre otras ya reseñadas, aparecen los denominados ADR (Alternative Dipute Resolution) o métodos de decisión de conflictos para cuya resolución no se acude a las tradicionales fórmulas jurisdiccionales y que suelen comprender la conciliación, la mediación y el arbitraje).

Estos mecanismos, a los que no cabe negar incuestionables ventajas, justificativas de su enorme auge, ofrecen peculiares características que obligan a no perder de vista que su funcionamiento depende casi siempre de la concurrencia de algunos condicionantes: las exigencias específicas de las empresas en el arbitraje comercial internacional o las singularidades de los conflictos en materia laboral, por ejemplo, pero, sobre todo, en atención a su singular relevancia en el marco penal, la necesidad de libre disponibilidad de los derechos que se discuten en las situaciones jurídicas a las que pretenden aplicarse.

No resulta uniforme la valoración en torno a estos instrumentos. A favor, por citar únicamente las razones más frecuentemente invocadas de los ADR se señala: que la justicia ordinaria es formalista mientras que los ADR valoran el fondo de las relaciones; que la justicia ordinaria no soluciona definitivamente los conflictos en tanto que los ADR los elimina; que los ADR son accesibles, en tanto la justicia ordinaria no; que el método negociador siempre es mejor que el de la contestación; y que la mediación o pacto entre las partes resulta más positivo que una sentencia. Frente a los mismos deben añadirse algunos límites e innegables problemas, entre los que cabe destacar: A) la escasa trasparencia y publicidad que suele concurrir en ellos, lo que ocasiona que la tan loada "desformalización" se traduzca a la postre en ausencia de muchas de las garantías que en cualquier proceso judicial se estimarían como mínimas; B) la falta de imparcialidad del

organismo al que se confía el procedimiento, quien muy frecuentemente es nombrado y representa los intereses de una de las partes[2]; C) la forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple y brutal de la lógica de las relaciones de fuerza económicas y sociales[3], y D) las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.

Centrándonos en el proceso penal, estos métodos han sido objeto de un reciente y cada vez mayor interés a la hora de resolver la pequeña criminalidad en el marco geográfico europeo, sin que falten propuestas que extienden su aplicación a los restantes delitos, según el modelo americano. De entre todas las posibles variantes ha sido la reparación a la víctima la modalidad que mayor fortuna ha tenido, pasando en Alemania de ser un proyecto y objeto de constante reivindicación por parte de sus defensores a regularse legalmente a partir de enero de 1995 en supuestos de delitos que hubieran sido castigados con penas iguales o inferiores a un año[4]. En España, y específicamente, en Cataluña, la reparación está siendo utilizada en el marco de la Jurisdicción de Menores, al parecer de forma suficientemente satisfactoria, sobre todo en su modalidad de acuerdo a los efectos de evitar el correspondiente proceso y, por ende, la imposición de la pena.

No puede ser objeto de estas líneas un análisis en profundidad de las muchas ventajas e inconvenientes que pueden derivarse de estos ADR y concretamente de aquéllos que adopta la reparación. Esta última modalidad, cuya integración en el sistema jurídico-penal de sanciones se reclama ampliamente en los países de nuestra área cultural como una muestra más de la constante influencia jurídica del ordenamiento germano, ofrece múltiples variedades (reparación como sustitución de la pena; como condición para la suspensión de la pena; o como requisito para atenuar la pena). La primera es sin duda la más novedosa desde el punto de vista dogmático-material y simultáneamente la que incide en mayor medida en el sistema de enjuiciamiento criminal. Tal repercusión se manifiesta claramente en cuanto su aplicación se ve incentivada con los llamados "alicientes jurídico-procesales", consistentes fundamentalmente en: A) la oferta al autor de sobreseer las diligencias fiscales, cuando la reparación tiene lugar en esa fase procesal; y B) la suspensión del ejercicio de la acción penal por un breve período temporal, si cabe esperar que la reparación se llevará a efecto, pudiéndose acudir durante este tiempo a un órgano extrajudicial de arbitraje que procure el efecto deseado. Esta modalidad (suspensión temporal) se contempla también una vez ejercitada la acción penal, si la reparación no se efectuó total o parcialmente, y antes de abrir el juicio oral, si así lo decide, en este caso el órgano judicial, y aun cabe la posibilidad de acceder con posterioridad al citado órgano arbitral. Finalmente, es posible, C) un procedimiento judicial de reparación en el que, previo acuerdo de víctima, autor, MF y juez, la reparación sustituirá a la pena (ROXIN).

II. Como fácilmente habrá advertido el lector, acoger la reparación implica necesariamente aceptar la vigencia del principio de oportunidad, al igual que sucede con la conformidad del acusado. Paralelamente incorporar mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no con la imposición de una pena, suponen una quiebra del principio de necesidad. Además y según se ha venido denunciando, la flexibilidad característica de los acuerdos de reparación puede llevar a vulnerar garantías esenciales del Estado de Derecho, y entre ellas las derivadas de los principios de legalidad -ya citado-, igualdad o proporcionalidad (ROXIN, HASSEMER, MUÑOZ CONDE).

Todas estas circunstancias ofrecen un amplio panorama en el que convergen las críticas hacia el proceso penal y la insistente propuesta hacia su radical

---

[2] Así por ejemplo en muchas experiencias de recientes formas de conciliación creadas por el productor del bien o servicio para atender al cliente o usuario en bancos, compañías de seguros...

[3] En el mismo momento en que se renuncia a resolver un contencioso según la ley, también se renuncia a las garantías que la ley crea para tutelar a los sujetos titulares de los derechos. "Fuera de la aplicación de la ley no hay derechos sino intereses, no hay garantías sino relaciones de fuerza" (MICHELE TARUFFO).

[4] La sustitución, en su caso, de la pena por la reparación a la víctima se apoya, desde el punto de vista dogmático-penal en diversas teorías: desde las despenalizadoras, hasta las victimológicas, pasando por las resocializadoras, ya sea por estimar más adecuado indemnizar que penar, ya por incidir en una satisfacción de la víctima, ya por considerar que reparar contribuye a resocializar.

modificación o su sustitución por alguno de los mecanismos alternativos señalados.

A- Medidas aceleradoras adoptadas en el proceso penal español.

Sin ánimo de exhaustividad, pero sí ofreciendo un cierto método, y centrándonos ya en el panorama procesal penal español, las modificaciones legales más recientes pretenden la aceleración del procedimiento penal por medio de diversas medidas tendentes a conseguir:

A- Reducir al mínimo la fase instructora -incluso eliminándola- ante la falta de necesidad de proseguir con la investigación. Esta circunstancia se entiende concurrente en cuatro supuestos: 1) haberse reconocido los hechos objeto de la acusación (artículo 798,5,V LECrim.); 2) la flagrancia de estos últimos (artículos 790,1,II y III y 790,6,V y VI LECrim.); 3) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta (artículos 962 y concordantes); o, 4) resultar de la denuncia, querella o cualquier actuación procesal (sic) la imputación de un delito, confirmada su verosimilitud (artículo 24,1 L.O.5/1995 de los Tribunales del Jurado); y,

B- Ampliar notablemente los supuestos de conformidad existentes (artículos 791,3 y 793,3 LECrim., y artículo 50 L.O.5/1995) a fin y efecto de reducir la fase cognoscitiva o de juicio oral.

No son ajenos a la citada pretensión aceleradora la supresión de los recursos contra resoluciones interlocutorias, y singularmente la drástica eliminación del recurso de casación en todos los supuestos de delitos perseguibles con penas inferiores a doce años de prisión y su sustitución por el recurso de apelación, circunstancia que equivale a un claro tratamiento diferenciado de la criminalidad castigada con más o menos seis años de prisión y a una consiguiente ruptura del principio de igualdad, no suficientemente justificada. Incluso, aunque no siempre incida en el ámbito penal, la reiterada y creciente sobrecarga de trabajo en el Tribunal Constitucional -situación igualmente padecida por el Tribunal Supremo- ha levantado numerosas voces proponiendo la exclusión del recurso de amparo, cuando mínimo, en determinados supuestos del artículo 24,1 CE (tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión).

Completan finalmente las medidas adoptadas con este objetivo, las limitaciones en los efectos de determinadas actuaciones del acusador privado y en el ofrecimiento de acciones -ambas en el nuevo procedimiento abreviado- y otras aceleradoras del procedimiento, como la reducción de la fase de instrucción preparatoria a las mínimas actuaciones, si se estiman suficientes las practicadas en el atestado (artículos 789,1, 2, 3 y 4 y 790,1 LECrim, y art. 24 L.O.5/1995 de los Tribunales del Jurado); el establecimiento de un plazo común para las acusaciones y la defensa a efectos de formular el escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento (artículos 790,1 y 791,1 LECrim.); la sustitución del recurso de queja por el de apelación; la limitación de las consecuencias anulatorias de la vista (artículo 793,4 LECrim.); la supresión de gran número de trámites, como los señalados en los artículos 789,4 y los enumerados en el 785 de la LECrim.; o, la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en determinadas circunstancias (artículo 793,1 LECrim.) por citar las más destacables.

B- La incorporación del principio de oportunidad y la conformidad: algunas reflexiones.

Junto a estos mecanismos se reclama otro de más hondo calado consistente en incorporar la vigencia del principio de oportunidad, cuya principal manifestación en nuestro ordenamiento procesal es la conformidad del acusado.

Frente a una pretendida crisis del principio de legalidad, que incide y coincide con la ya reiterada de la administración de justicia, la inclusión del mismo se apoya en razones de interés social o utilidad pública[5]; en contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; en procurar favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y en reforzar el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación.

Sería reiterativo volver a relatar la compleja problemática que suscita este principio, amén de la ya expuesta por muchos autores sobre todo a raíz de la

[5] La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; o favorecer la rehabilitación del delincuente.

reforma del 28 de diciembre de 1988. Si puede resultar de interés, no obstante, señalar algunas conclusiones -o mejor, elementos para la reflexión- que desde un punto de vista más amplio ofrece el principio de oportunidad en el conjunto del sistema procesal penal español. Esta perspectiva ofrece la ventaja añadida de poderse trasladar en muchos aspectos a varias de las tendencias ya reseñadas anteriormente, y singularmente a la reparación, en cuanto adopta una modalidad de aplicación del repetido principio.

Las referencias incidirán únicamente en aquellas exteriorizaciones -de entre las muchas que el principio de oportunidad ofrece[6]- que afectan directamente al proceso, de dos maneras concretas: no iniciándolo a instancias del fiscal, si concurren determinados requisitos (apartado 1) y poniéndole fin anticipadamente por efecto de la conformidad entre el acusado y los acusadores (apartado 2).

1)

A- El principio de oportunidad surge -la historia lo testifica- ante la incapacidad de la administración de justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, pues cuando no quepa otra solución del problema (incrementar la dotación de personas y bienes materiales o despenalizar aquellas conductas en las que se aprecia un mínimo reproche social). Si así sucede, las limitaciones del deber de persecución que su uso implica deben someterse en todo caso a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración, de manera tal que queden salvaguardadas la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes legalmente le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizá la finalidad absolutamente prioritaria: las tendencias de política criminal y de tratamiento de la criminalidad deberían constituir el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder a la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así las que concurren en la víctima, en el autor, los intereses del Estado...).

B- Desde el momento en que el principio de oportunidad supone la excepción a uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho -garantía frente al eventual abuso en el ejercicio de las facultades públicas- su implantación debe arrastrar el peligro de desequilibrarlos, especialmente en países en los que como España -y a diferencia de Italia o Portugal- la fiscalía carece de los mecanismos necesarios para garantizar su independencia. Junto a este riesgo se constatan otros dos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo, y la quiebra de una actuación imparcial, caso de aunarse las funciones acusadoras y enjuiciadoras en manos del órgano oficial de la acusación.

C- No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza, además, la igualdad ante la ley, la vigencia de su opuesto, el de oportunidad, equivale a consagrar la desigualdad, de forma frecuentemente no justificada.

D- Como las diversas legislaciones han venido demostrando, la aplicación del principio de oportunidad requiere, a modo de condición para su efectividad, que el sistema procesal penal atribuya el ejercicio de la acción penal a un órgano oficial en régimen de exclusiva. Esta circunstancia no concurre en el modelo consagrado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La acción popular, contemplada en su artículo 101 y en el 125 de la CE, supone un obstáculo insalvable si se pretende articular un uso discrecional del ejercicio de la acción oficial, que en el supuesto de ser negativo, puede verse arrumbado por el ejercicio legítimo de aquélla.

E- Los intereses de la víctima, argumento frecuentemente utilizado a favor de implantar la oportunidad, se ven preteridos sin embargo, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicarlo. Finalmente,

F- En contra de lo que a veces quiere darse a entender, la sujeción al principio de legalidad o la admisión del de oportunidad no conllevan configurar el proceso por medio de un sistema inquisitivo o acusatorio. Aun cuando parezca más natural someter al juez que ha de

---

[6] Algunas de carácter muy amplio, que comprenden todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo; otras de contenido relativamente amplio, que abarcan institutos como la querella, el indulto o la amnistía; hasta, finalmente, un concepto estricto, que particularmente me parece el más correcto, limitado, subjetivamente a los órganos públicos y, objetivamente, al marco exclusivo de aplicación del principio de legalidad dentro del proceso.

proceder de oficio al principio de legalidad, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente (GOLDSCHMIDT).

2- En cuanto a las conformidades, pese a contemplarse ya en la regulación originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su configuración actual y sobre todo en el concierto de los países europeos de nuestra área cultural, resulta sorprendente el auge que ha experimentado como muestra patente, quizá, de un no menos sorprendente incremento del prestigio e incorporación que el derecho procesal norteamericano ha tenido en Europa[7]. Esta influencia, además de ser susceptible de las consideraciones que a continuación se formulan, tiene importantes repercusiones en la separación hasta ahora fundamental para nuestra sociedad, entre el sistema jurídico y el sistema económico.

En un orden más dogmático y amén de serles de aplicación la mayoría de elementos para la reflexión, expuestos al tratar del principio de oportunidad, este mecanismo de consenso es susceptible de algún recordatorio específico sobre la esencia de nuestro proceso. Concretamente y desde una perspectiva teleológica, la orientación y estructura del mismo dirigida a la búsqueda de la verdad material, lo que supone el primer gran obstáculo para toda solución consensuada, fundada necesariamente en admitir la búsqueda de la verdad formal, esto es, aquella que fijan las partes mediante su acuerdo. Dicha circunstancia tiene no poco que ver con otra ya argumentada como nuclear en nuestro sistema: la no disponibilidad del derecho objeto del proceso penal, en atención a la naturaleza del interés público en juego y que determina la imposible disposición del derecho por parte de quien está sujeto en el ejercicio de sus funciones al principio de legalidad y al deber judicial del esclarecimiento de los hechos (artículos 406 y 729 LECrim.).

A estas cuestiones la conformidad une el efecto limitador, cuando no excluyente, que provoca sobre otras garantías procesales fundamentales, y singularmente en:

A- la igualdad entre las partes negociadoras, ya que en tanto una se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su "status", para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad; lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensúa y del procedimiento por medio del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes (al igual que acontece en muchos casos de ADR). Y,

B- la renuncia no sólo al derecho de defensa -aspecto admitido por el Tribunal Constitucional- sino a otros derechos como el no declarar contra uno mismo; a la presunción de inocencia; a un proceso con todas las garantías (y especialmente, al juicio oral o a la fase de prueba), y a la tutela judicial efectiva, en alguno de sus específicos contenidos, como el derecho de los recursos[8].

Finalmente, y en el supuesto concreto de su regulación legal en la LECrim., amén de provocar una auténtica inversión de todos los valores que durante más de cien años han informado nuestro proceso (búsqueda de la verdad material; proceso público, oral y contradictorio), y que puede aceptarse o no, pero que no cabe negar; ésta ofrece un auténtico caos normativo que viene propiciando interminables y contradictorias interpretaciones de doctrina y jurisprudencia, conduciendo en su manifestación más palmaria a la práctica inaplicación de la modalidad de consenso que

---

[7] El modelo de "plea bargaining" norteamericano funciona en los EE.UU. de Norteamérica desde hace cien años, primero sin reconocimiento legal, y actualmente declarada su constitucionalidad en diversas decisiones. Hasta fecha relativamente reciente era concebido, incluso en su país de origen, como un método poco adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar una ejecución material justa del Derecho Penal, al no garantizar un tratamiento igualitario de autores penales de simular culpabilidad. En Japón donde se instauró en 1945, los especialistas se inclinan hoy por una vuelta al sistema continental europeo. De ahí que resulte un desarrollo sensacional que el procedimiento penal continental haya caído en una crisis tan profunda, de la que sólo podrían sacarlo, en opinión de gran número de autores alemanes, italianos, portugueses y españoles, la adopción del procedimiento penal norteamericano, o al menos partes esenciales de éste (SCHUNEMANN).

[8] No parece que los resultados, desde la perspectiva dogmático-penal, sean más optimistas. Según los especialistas en derecho penal que más han estudiado estos mecanismos de consenso, su aplicación daña irremediablemente la irrenunciable función de la legitimación de la idea de culpabilidad, con lo que se pierde la sustancia moral del derecho penal y la individualización de la pena se convierte en algo vacío de contenido, tanto desde perspectivas de prevención especial, cuanto de prevención general positiva (SCHUNEMANN).

se pretendía de mayores efectos aceleradores, la contemplada en el artículo 789,V.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No puede ignorarse, pese a todo lo dicho, el atractivo que desde diversas perspectivas ofrecen estos acuerdos. Para la administración de justicia, en general, al procurar un decrecimiento de la abultada cifra de "causas pendientes", evitando así un colapso que parece inevitable. Para los profesionales, al resultar una práctica de gran utilidad, en cuanto disminuye sensiblemente las exigencias técnicas y la complejidad del trabajo y aumenta, paralelamente, las posibilidades de éxito profesional, tanto de los jueces que pueden dictar muchas más sentencias y menguar la cuota de suspensión de juicios, cuanto de los abogados, que estarán en condiciones de acordar los honorarios en caso de éxito. Incluso para el acusado, que aconsejado por un letrado experto y en la hipótesis de resultar efectivamente culpable, podrá ver rebajada sensiblemente su condena. Si no es así o si se carece de los medios para una adecuada asistencia letrada, los perjuicios para él y la justicia material no precisan de mayores comentarios. Al igual que para la víctima, sujeto reiteradamente olvidado en estos acuerdos.

A modo de resumen inicial sobre los institutos hasta aquí expuestos, cabría diferenciar en los mismos un doble grupo de tendencias. En el primero, como hemos observado, las soluciones parten del previo rechazo de lo que podríamos denominar "opción jurisdiccional". Nacen y se justifican por el fracaso del proceso judicial como medio idóneo para solventar el conflicto social originado por el hecho delictivo y persiguen una alternativa fuera de aquél. Toda esta dinámica que se enmarca en tendencias comunes a las últimas reformas de ordenamientos procesales de nuestro ámbito jurídico-cultural más próximo (Alemania, Portugal, Italia) implican, no obstante, una notable reducción de garantías insitas en derechos fundamentales de los ciudadanos y consagradas en textos legales de indiscutible relevancia como los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las diversas constituciones, etc. normas básicas todas ellas que deberían operar como límite mínimo a la hora de acometer cualquier reforma.

Frente a las mismas, parece razonable someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada durante siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la necesidad de garantías procesales como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de estas líneas o la desaparición de una concepción pública del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a otros elementos de signo predominantemente utilitarista. Máxime cuando a la postre, una gran mayoría de tales soluciones alternativas terminan buscando legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del proceso. Piénsese, por poner un ejemplo especialmente patente, en el supuesto de las sanciones administrativas, a medio camino entre la continua incorporación de actos u omisiones anteriormente penalizados, debido no sólo a su menor reprochabilidad, sino muy especialmente a la desformalización de su imposición en el ordenamiento administrativo, y la continua reivindicación de incorporar principios y garantías presentes precisamente en el proceso jurisdiccional originalmente rechazado, como el principio le legalidad; el respeto al derecho de defensa reconocidos en el artículo 24 CE; la subordinación del ejercicio de la potestad sancionadora a la observancia de determinado procedimiento que recoja aspectos como la separación entre órgano instructor y órgano decisor; la preservación del principio de audiencia... (NIETO, PARADA).

Perfiles diferentes presenta la alternativa consistente, no en erradicar el proceso, sino en modificar sus efectos por medio de instrumentos más allá de la determinación e imposición de una pena o medida de seguridad. O cuando el remedio se centra en restringir la vigencia del principio de legalidad, o alguna de las fases o instancias del proceso. En estos casos el juicio de valor afecta directamente al proceso, a sus mecanismos garantistas, y a la postre, a la función jurisdiccional y la confianza depositada en la misma por los ciudadanos. En tanto el juicio de política criminal emitido en párrafos previos actúa y permanece en el ámbito legislativo, incidiendo en el jurisdiccional sólo en cuanto le aligera el trabajo, al provocar un resultado más directo en la administración de justicia; debe ponderar los efectos en todo su complejo entramado, enmarcándose en una opción coherente con el sistema procesal penal y las garantías que el mismo comprende.

C- Breves consideraciones en torno a otros aspectos novedosos o discutidos.

No parece adecuado afrontar un análisis en profundidad sobre los múltiples temas a los que se enfrenta este discutido proceso y la administración de justicia en el ámbito penal. Podría citarse entre ellos, la creciente tendencia a oficializar la acción, ya sea en

nombre de un deseable incremento de la vigencia del principio acusatorio, ya como elemento coadyuvante del mayor número de funciones que se quiere atribuir a dicho órgano (tanto en el marco de la instrucción, cuanto a la hora de solicitar determinadas medidas como la prisión provisional) y que corre paralela a la disminución de las correspondientes al órgano jurisdiccional y a una crítica reiterada del mal uso de la acción popular (léase la última memoria de la Fiscalía de Madrid). Asimismo, afectando directamente al MF, se reclama su indispensable especialización en materias como los delitos económicos, drogas, medio ambiente o corrupción y la siempre discutida creación de fiscalías especiales.

En otro orden de cosas, la introducción del jurado y su puesta en funcionamiento en breves fechas suscita todo tipo de expectativas y juicios a menudo divergentes. Simultáneamente, restan toda una serie de cuestiones cuya regulación legal es objeto de continuas reclamaciones en orden a su modificación, debido a su negativa incidencia en determinados derechos fundamentales. Es el caso de la detención o la prisión provisional.

Tampoco procede, sin embargo, abandonar esta somera perspectiva general del proceso penal y sus tendencias, sin antes dedicar siquiera unas líneas a una breve mención de los aspectos más relevantes que se perciben en los últimos temas señalados.

A- Por afectar a determinados órganos o las partes.

1- La creciente oficialización de la acción y el principio acusatorio; el incremento de funciones del Ministerio Fiscal y la correlativa disminución de facultades atribuidas a los órganos jurisdiccionales.

Como es conocido, uno de los fines más unánimemente perseguidos en las recientes reformas de los ordenamientos procesal-penal europeos ha sido la ampliación hasta la máxima aplicación del principio acusatorio. Tanto es así que con tal propósito se han desbordado sus límites, confundiendo su auténtico significado y utilizándolo muchas veces como "cobertura dogmático-ideológica" de otras finalidades más o menos explícitas[9]. Es asimismo notorio que la esencia del citado principio reside en la necesidad de que un sujeto diferente al órgano enjuiciador ejercite y sostenga la acción penal, y de ahí, que la imparcialidad constituya manifestación de una misma característica[10]. Parece también suficientemente tratada la diferencia entre dicho principio y el de contradicción , así como la de sus contornos y los correspondientes a la prohibición de indefensión[11].

Por otra parte resulta de útil recordar que la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso penal, si se analiza con un mínimo rigor, constituye un quebrantamiento del repetido principio acusatorio, de manera que ha obligado a adicionar el calificativo de "formal" al enunciado del sistema. Esta quiebra resulta,

---

[9] Reforzamiento de las funciones del órgano oficial de la acusación; introducción del principio de oportunidad, por medio del consenso; disminución de cometidos tanto jurisdiccionales cuanto, paradójicamente, de las restantes partes acusadoras. Baste leer, a título de ejemplo singularmente patente, la reforma de 28 de diciembre de 1988, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado que teóricamente explicaba dicha reforma. Actualmente, tanto la jurisprudencia del TC como la del TS, y las más recientes reformas legislativas, como la Ley del Jurado apelan constantemente a la garantía de un mayor contenido acusatorio, para sus resoluciones o elementos teleológicos, respectivamente.

[10] En un determinado sentido bastaría afirmar que el sistema acusatorio se caracteriza del modo descrito, para deducir inmediatamente que la acción cuyo previo ejercicio se precisa debe incorporarse por un sujeto diferente de aquél que juzgará; circunstancia esta que se ve reforzada en nuestro proceso por el hecho de encontrarse dividido en dos fases: instructora y decisoria.

[11] Principio acusatorio y principio de contradicción son postulados diferentes, que aun conexos, atienden a necesidades y finalidades diversas. Todo lo que afecta a los sujetos y hechos en cuanto a su fijación y sostenimiento forma parte y ha de analizarse desde la perspectiva del primero. Aquello que concierne al derecho a conocer de los términos de la acción penal, de las calificaciones y de la pena, incide en la contradicción y constituye elemento que sin formar parte del objeto del proceso, debe trasladarse a las partes para su información y defensa.
Por lo que se refiere a la relación entre el principio acusatorio y prohibición de indefensión, algunos autores y una creciente jurisprudencia trasladan el derecho de defensa al campo a cubrir por la necesaria correlación entre acusación y sentencia, elevándolo así a criterio identificador de la acción penal. De esta forma, la vinculación del tribunal a la globalidad de las circunstancias expresamente acusadas es absoluta, por considerarlas parte integrante del hecho en su esencialidad y hacer radicar el fundamento de tal vinculación sobre la base del derecho de defensa. Dicha identificación acusatorio-defensa conduce, así, a entender vulnerado el principio acusatorio ante cualquier modificación agravatoria llevada a cabo por el Tribunal. Otra línea jurisprudencial diferencia entre ambos, al apreciar que el objeto del proceso penal es la persona imputada y el hecho en su esencialidad, pudiéndose en tal caso condenar por otros títulos de condena o circunstancias no alegadas, en tanto se respete la esencialidad del hecho. El derecho de defensa exige, sin embargo, y de manera primordial, la ilustración a las partes ante variaciones de la acusación no esenciales, aunque siempre dentro de la homogeneidad entre los delitos.

por lo demás, plenamente justificada, en cuanto consolida una doble garantía: solventar la efectividad de la persecución penal, puesta en serio peligro cuando la acción penal se dejó en manos privadas (sistema acusatorio puro) de un lado; y de otro, procurar la imprescindible imparcialidad del órgano enjuiciador, inexistente en un sistema inquisitivo. Ahora bien, que la ruptura sea justificable no elimina su naturaleza de tal, y así resulta un argumento extremadamente débil a la hora de fundamentar el incremento de funciones atribuidas al Ministerio Público o la necesidad de que sea este órgano el único instructor; especialmente cuando tal reclamación se efectúa casi únicamente en nombre de un reforzamiento del principio acusatorio[12]. Hay que recordar que semejante finalidad se alcanzaría por medio de cualquier reforma que persiguiera tal objetivo, aun cuando se encomendara la instrucción al órgano jurisdiccional[13]. Y si lo que se arguye es que aquel aumento se debe predicar a favor del órgano acusatorio por excelencia, cuando menos desde el punto de vista cuantitativo, por no acudir a motivos de interés público, no debe olvidarse, asimismo, que tal circunstancia es propia de la oficialidad y de todo lo que tal principio comporta[14], no del principio acusatorio; y la oficialidad, como ya se puso de manifiesto, es igualmente compatible tanto con un sistema acusatorio cuanto con uno inquisitivo (GOLDSCHMIDT).

Resulta, eso sí, razonable, configurar en el proceso penal una fase previa en donde se determine la existencia o no de acción penal, que quedaría encomendada al Ministerio Público, como una de las posibilidades de contribuir a fortalecer el respeto hacia el tan repetido principio. Ahora bien, tal opción debe correr paralela con un control jurisdiccional en la fase intermedia o al inicio del juicio oral y con el reconocimiento de facultades igualmente incrementadas en manos de las restantes partes acusadoras, ya que de otro modo, lo que se potencia es tan solo la oficialidad[15]. Asimismo, se deben tener bien presentes algunos riesgos y singularmente dos: 1- el efecto sobre la efectividad de la persecución que puede originarse, si a la instrucción atribuida al fiscal se une la tendencia concurrente a eliminar de su actuación la sujeción al principio de legalidad; y, 2- la necesidad en todo caso de la intervención judicial en los supuestos de adopción de medidas cautelares y coercitivas que supongan limitación de derechos, así como de otras actuaciones de prueba que implican fijación y valoración de datos, actos jurisdiccionales puros y por conexión que deben realizarse por sujetos con potestad jurisdiccional, con arreglo a los artículos 1173,3; 24 y 25, todos de la CE.

Similares consideraciones sobre la declarada tendencia a reforzar el principio acusatorio, aumentando las funciones del fiscal, esencial pero no únicamente en la fase instructora, y sin embargo, atentando frontalmente contra el repetido principio en otros aspectos básicos, pueden efectuarse en torno a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 30 de abril de

---

[12] La Exposición de Motivos de la L.O.5/1955 señala sin ambages: "la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal...",v.VII,3.

[13] El juicio favorable sobre la instrucción previa judicial depende, no hay que olvidarlo, del cumplimiento efectivo de la imparcialidad del citado órgano, es decir, de que como ocurre en el sistema configurado originalmente por la LECrim., el juez instructor quede afectado por una causa de incompatibilidad relativa para integrar el órgano de enjuiciamiento llamado a conocer del juicio oral, debiendo abstenerse o ser recusado (artículo 54,12 LECrim.).

[14] Entre otros aspectos, reconocer la pretensión estatal de control sobre la persecución penal, y simultáneamente la necesidad de ajustes entre una estructura procesal originariamente encaminada a preservar intereses privados y su actual consideración como públicos. En este último sentido, la tutela del interés público unido a la responsabilidad del Gobierno por la política interior y, dentro de ella, la política criminal (artículo 97 CE, en relación con el 124 de la CE).

[15] Esta es, precisamente, la situación resultante de la citada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 28 de diciembre de 1988: mayores facultades instructoras del MF (artículo 785 bis LECrim.), pero no mayor intervención de las otras partes acusadoras (artículo 790,2 LECrim.).

Y de manera mucho más palmaria, en las reformas de los artículos 309, 780 y 789,3 LECrim, de la L.O.5/1995, del jurado, donde se atribuye al MF ("si bien debe corresponder al juez la realización de los actos sumariales") la incoación junto al juez instructor y la inmediata puesta en conocimiento de la imputación.

1992, en lo que afecta al juicio de faltas, al igual que respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional donde se declaró aquélla ajustada a la Norma Suprema[16].

La reciente Ley de los Tribunales de Jurado 5/1995, de 23 de mayo, finalmente, vuelve a poner de relieve la denunciada contradicción entre los objetivos que se exponen y la realidad que se plasma en el articulado. De una parte, se insiste en varios apartados de la Exposición de Motivos sobre el hecho de que la más pasiva posición del juez instructor resulta básica para asegurar la imparcialidad y el sometimiento al principio acusatorio. De otra, se atribuye al órgano instructor la fijación del objeto del proceso en varios momentos procesales, incluido el juicio oral.

En efecto, al margen de que, como se indicó, la imparcialidad debe medirse porque su actuación responda o no a los criterios establecidos en el artículo 2 LECrim., no deja de resultar paradójico que el auto con el que el juez de instrucción decreta la apertura del juicio oral deba determinar, entre otras cuestiones, "el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento" (artículo 33 a)), y señalar además: "la persona o personas que podrán ser juzgadas como acusadoras o terceras responsables civilmente" (artículo 33 b)). Igual antinomia se pone de manifiesto, de forma más grave, en la fase de juicio oral[17].

Aspecto igualmente matizable es aquel otro, también relacionado con el principio acusatorio, que dibuja los límites enjuiciadores en que puede moverse el juez en la fase de plenario sin convertirse en órgano acusador y perder así su imparcialidad. O planteado en otros términos: ¿hasta qué punto queda salvaguardada la imparcialidad del juzgador cuando ejercita su poder para resolver a tenor de la calificación jurídica más ajustada a los hechos probados o cuando contribuye con las partes a la prueba de hecho justiciable?

Constituye éste uno de los extremos en donde se hace más patente la interconexión, que conduce frecuentemente a la ya citada confusión y solapamiento, entre los principios acusatorio y de audiencia y la prohibición de indefensión, causa a su vez de un gran número de resoluciones jurisprudenciales frecuentemente dispares que han echado leña al fuego de una intensa polémica doctrinal.

La señalada tendencia jurisprudencial, puesta de manifiesto a la hora de fijar los límites de actuación y vinculación del órgano jurisdiccional en torno a la correlación entre acusación y sentencia, es uno de los mejores ejemplos de la inclinación paralela a disminuir, especialmente en el proceso penal, las facultades de los órganos jurisdiccionales, casi siempre en nombre de una mayor aplicación del tan citado principio acusatorio. La excesiva inflexión en esta tendencia ha conducido, así, a la práctica y peligrosa equiparación entre el principio dispositivo y principio acusatorio. Finalmente, y en orden a manifestar las causas fundamentales a que obedece tal dirección, debe señalarse la considerable influencia que a tal efecto ha tenido la doctrina del Tribunal Constitucional, al "constitucionalizar" el artículo 733 LECrim., desde la perspectiva del derecho a conocer de la acusación formulada y del derecho de defensa.

De manera más pormenorizada se percibe la siguiente línea jurisprudencial[18] :

A- En resoluciones que abarcan del año 1934 a 1983 se acepta la introducción de circunstancias agravantes o atenuantes y formas más graves de participación, sin necesidad de utilizar la tesis del artículo 733 LECrim.;

a.1) es innecesario, asimismo, el empleo de la "tesis" para los grados de ejecución o incluso para condenar por delito distinto -aunque homogéneo- siempre que la pena no sea superior a la pretendida, o por mayor número de

---

[16] Prueba del menosprecio hacia la efectiva vigencia del principio acusatorio el artículo 962,2 LECrim a cuyo tenor, tratándose de faltas privadas o semiprivadas, la denuncia tiene valor de acusación y si el denunciante no califica el hecho ni el fiscal presenta por escrito sus pretensiones, tal extremo se confía al órgano judicial. Esta asimilación prescinde del requisito clave para que un sistema pueda ser calificado de acusatorio: la previa existencia de acción. El rechazo aumenta, además, si la asimilación se extiende a los atestados, previa delegación del MF y actuando la policía en su representación. La sentencia del Tribunal Constitucional 56/1994 pone lamentablemente de manifiesto una doctrina oscilante en cuanto, de una parte, vuelve a reclamar, como en tantas otras resoluciones, para el juicio de faltas, máxima aplicación del principio acusatorio, en tanto, de otra, admite decisivas limitaciones del mismo "en razón de las características peculiares del mismo". El mismo precepto evidencia, asimismo, el ostensible límite de la potestad jurisdiccional, al vincular al órgano jurisdiccional a la petición del fiscal en su escrito a la hora de calificar la falta e imponer la pena, potestad, que por otra parte, sí reconoce el artículo 973 LECrim.

[17] V. infra, apartado siguiente, dedicado a la vinculación del órgano jurisdiccional a lo solicitado por las partes.

[18] Todas las sentencias, del Tribunal Constitucional y Supremo en donde se sustenta lo afirmado, pueden encontrarse en mi obra "Principio acusatorio y derecho penal", Barcelona, 1994, p.136 ss.

delitos que los objetos de acusación, si la pena o suma de penas no resulta superior a la solicitada;

a.2) se extiende la aplicación del "iura novit curia" incluso a la pena -que no pudiendo ser más grave- queda constreñida a la que la ley señala con carácter genérico, pudiendo rebasarse las penas asignadas en el caso concreto.

B- A partir de una conocida resolución del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1989, el Tribunal Supremo se ha decantado por la limitación de facultades jurisdiccionales ya reseñadas, so pretexto de la más amplia cobertura del derecho de defensa, y aun a costa de predicar del principio acusatorio aspectos que pertenecen a la necesidad de contradicción y a la prohibición de indefensión, así:

b.1) se debe usar la "tesis" respecto de todas las agravantes específicas, también de las genéricas, los subtipos agravados, y de los grados de participación, o para establecer formas más perfectas de ejecución;

b.2) la mencionada necesidad se exige aun cuando la condena sea a pena menor, o siendo mayor se sitúe dentro de la fija en el tipo penal, o tratándose de agravantes a la calificada, la condena sea a pena inferior;

b.3) igualmente, para no necesitar el planteamiento de la "tesis" se deberá justificar la estricta homogeneidad;

b.4) el artículo 733 LECrim., queda como una "invitación a la reflexión" por parte del Tribunal, dirigida a que las partes acusadoras reconsideren su calificación. En ningún caso cabrá modificar esta última si alguna de las partes acusadoras no la asume.

En el proceso abreviado, en tanto la vinculación a la pena ofrece unos contornos más rígidos por efecto del artículo 794,3 LECrim., otras cuestiones como la modificación fáctica o jurídica de las conclusiones y la "tesis" que puede formular el tribunal o el respeto al derecho de audiencia y defensa en el supuesto de modificación de la acusación, encuentran una garantía más flexible al serles de aplicación, no el tan citado artículo 733 LECrim., sino el 793,6 y 7 LECrim., respectivamente. Queda patente aquí también una creciente desconfianza hacia las facultades jurisdiccionales, valoradas como potencialmente perjudiciales para una correcta aplicación del principio acusatorio, sobre todo si éste se asimila cada vez más al principio dispositivo.

Esta apreciación no se extiende, sin embargo, al último y aparentemente "más acusatorio" de nuestros procesos penales: el de los Tribunales de Jurado. Probablemente, en atención a que la restauración de una institución históricamente tan discutida haya aconsejado una prudente acción tutelar del magistrado-ponente en el juicio oral, lo cierto es que la configuración que de su actuación efectúan los artículos 37, 47, 50 y 51 de la L.O.5/1995, de 23 de mayo, (establecimiento del objeto del enjuiciamiento por auto del magistrado -no por las calificaciones- del veredicto y de la sentencia absolutoria directa, por entender, al margen de las partes y prescindiendo del jurado, que no existe prueba de cargo) es diametralmente opuesta a la que se ha fijado líneas arriba[19].

2- La acción popular.

Pero no solo los jueces y magistrados ven constreñido su ámbito de actuación y discrecionalidad, al valorarlas no como tal sino como arbitrariedad. La acción popular ha pasado de ser una institución objeto de continua reivindicación, en el período preconstitucional, a recibir frecuentes críticas y limitaciones legislativas en la actualidad. Las explicaciones, como se verá, son varias y de diverso cariz, según las sostengan sus valedores o sus críticos.

La acción popular resulta, en realidad, una auténtica piedra de toque para dos principios que según hemos tenido ocasión de observar funcionan de manera compatible: el principio acusatorio y el de oficialidad. En tanto la institución que me ocupa resulta consustancial al proceso acusatorio, siendo de hecho uno de sus componentes originarios; la oficialidad y el control tendencialmente total de la persecución penal en ella implícito, ven en el actor popular un obstáculo relevante[20].

---

[19] Presentándose como opuesto al acusatorio un juez instructor, que nunca fallará, o dejando la configuración del proceso enteramente a las partes acusadoras y sosteniendo que el Tribunal está vinculado a la calificación jurídica por ellas formulada, sin poder siquiera suscitar debate sobre su modificación, aun satisfaciendo el principio de contradicción.

[20] De hecho ha sido esta circunstancia la que condujo a que las legislaciones procesales continentales la desecharan, siendo hoy España el único país de este ámbito geográfico donde permanece.

Este instrumento, adoptado históricamente como monopolio de la ciudadanía a la hora de ejercitar la acción penal frente al monopolio de los sistemas continentales del acusador oficial, sirvió, no sólo como mecanismo detonante de la intervención penal, sino además, como control para el correcto cumplimiento de las funciones acusadoras del MF conforme a la ley, sobre todo cuando el sistema se transformó en formal y mixto al incorporar la oficialidad al proceso. De hecho así se reconoce y utiliza como argumento cuando este sirve de soporte a otras finalidades (reforzar las facultades del MF en la instrucción en la Ley del Tribunal del Jurado, por citar el ejemplo más reciente)[21]. Esta última función es en buena medida, junto a constituir óbice importante a la hora de aplicar correctamente el principio de oportunidad, una de las causas por las que ha recibido más críticas. Por acudir a un ejemplo cercano, la última Memoria de la Fiscalía de Madrid denuncia expresamente que la acción popular sirva, en su opinión, tanto para dilatar tramitaciones procedimentales, cuanto como escaparate de abogados en causas de singular trascendencia pública (caso del informe Crillón; Filesa; V.P.S.; G.A.L., etc.).

Sin perjuicio de que en alguna ocasión estos y otros reproches pudieran estar fundados, y de ahí que su ejercicio se someta al cumplimiento de determinados requisitos (prestación de fianza) ello no justifica la preterición a que se ve sometido el acusador particular en las últimas reformas procesales, ni mucho menos el que se cuestione su bondad y hasta su existencia; máxime cuando la misma está consagrada en el artículo 125 de la Constitución y su ejercicio se ha visto reconocido por el propio Tribunal Constitucional como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizándose así, no sólo que puede recabarse por medio del correspondiente recurso de amparo, sino que aquél no deba verse limitado por la imposición de una fianza excesiva en atención a las circunstancias del caso[22].

3- El jurado.

La incorporación de los Tribunales del Jurado a la administración de justicia constituye una de las novedades legislativas más relevantes de los últimos años. Con ella, por otra parte, no se hace sino afrontar una auténtica "asignatura pendiente" (si se me permite la expresión) desde la publicación de la Constitución de 1978. La envergadura de la innovación impide en esta sede ir más allá de un mero comentario general sobre cuestiones necesariamente amplias, a las que deben adicionarse las ya efectuadas al hilo de otras más concretas como el principio acusatorio y otras que se harán más adelante.

Dejando voluntariamente de lado, tanto la oportunidad de la iniciativa, especialmente cuestionable en períodos de crisis social y económica como el actual, cuando si existía o no un mandato constitucional imperativo en tal sentido, lo cierto es que el jurado concita críticas justificadas, pero asimismo innegables ventajas. Entre estas últimas pueden señalarse: conceder la debida primacía al juicio oral, reforzando en el mismo el protagonismo de las partes; asentar la oralidad, la concentración y la inmediación como formas que deben acompañar a un proceso penal; favorecer una simplificación del procedimiento, en ocasiones innecesariamente apegado al rito; y, si gana la necesaria aceptación social, acercar favorablemente la justicia a la sociedad al procurar la participación de esta última en aquélla.

La ley llama la atención, desde una perspectiva crítica, por el hecho de haber sido utilizada no tan solo para incorporar una innovación tan señalada, sino por servir, simultáneamente, de instrumento introductor de otras reformas, igualmente relevantes, discutidas y no necesariamente propias del texto legal donde se incluyen. Así, la ya comentada atribución al Ministerio Fiscal de la fase instructora del proceso o de manera aún

---

[21] Así se argumenta en la Exposición de Motivos: "De otra parte, mal puede admitirse el reproche de que el sistema que acoge la Ley dejase sin mecanismo de efectividad el principio de obligatoriedad de la acción penal. (...), tal reproche olvida que para iniciarse este procedimiento tiene que haber precedido denuncia o querella de alguien que, de no ser el Ministerio Fiscal bien puede, dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular, suplir la falta de instancia del acusador público". V. III.2. L.O.5/1995.

[22] STC 62/1983 y 147/1985 entre las primeras de otras posteriores, en idéntico sentido.

La acción popular desarrolla, por una parte, un cometido digno de atención en otros campos, como el administrativo en la Ley del Suelo; y es objeto de renovado interés al surgir nuevas situaciones jurídicas que conducen a buscar nuevas fórmulas de intervención en los procesos en nombre de intereses más generales: "class action", intereses difusos... etc.

más chocante, la necesidad de previa instancia de parte a la hora de adoptar determinadas medidas cautelares de naturaleza personal o la supresión del antejuicio.

Situándonos en un plano primordialmente técnico, un primer dato lo aportan las ochenta enmiendas que el propio Gobierno quiere incorporar a la ley antes de su entrada en vigor y que se encuentran pendientes de aprobación por el Senado cuando se escriben estas líneas. Debiéndose prescindir de este dato por necesidades de la imprenta, cabe que el mismo influya seriamente en algún punto de los que aquí se traten, dejando sin fundamento alguna de las críticas o defectos que se señalen. En todo caso debe señalarse que la L.O.5/ 1995, del Tribunal del Jurado presenta problemas en torno a diferentes cuestiones, de entre las que me ceñiré concretamente a tres:

A- La delimitación del ámbito de la competencia objetiva a tenor del artículo primero de la ley, en el que, a pesar de haber mejorado notablemente el texto del proyecto- donde el juego de competencias se contemplaba no sólo en el precepto citado sino, de manera progresiva, en las Disposiciones Transitorias, primera y segunda- no deja de suscitar serias dudas sobre la relación de tipos penales que se contemplan, especialmente en los casos de competencia por conexión y en los conflictos de competencia;

B- La adquisición de la condición del imputado, que si bien se realiza tempranamente, conforme a la prolija doctrina constitucional a raíz de las deficiencias del procedimiento abreviado en este sentido, se anuda, sin embargo, a la mera comprobación de su "verosimilitud", equiparando de este modo "imputado" a "querellado" o "denunciado", cuando el efecto de la primera aceptación, y no de las dos restantes, es la comparecencia ante el juez asistido por abogado, en los términos del art.25 LO 5/ 1995[23]; y, finalmente,

C- La lamentable pérdida de una nueva oportunidad para incorporar a nuestro proceso penal la doble instancia como preceptúa el artículo 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de N.Y., (DP segunda, 13, que introduce los artículos 846 bis a) a 846 bis f))[24], si bien debe reconocerse la mejora de la regulación respecto al recurso de apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado, tanto en cuanto al régimen de apelación adhesiva, como respecto de la acentuación de la oralidad y la necesidad de celebración de vista en audiencia pública.

Deben sumarse a estas reflexiones las ya expuestas al tratar el principio acusatorio y aquellas otras que se incorporarán al hilo de las que se realicen en torno a la prisión provisional.

B- Por su incidencia en los derechos fundamentales.

Esta medida y la prisión provisional son sin duda dos cuestiones siempre discutidas, pese a haber sido objeto de frecuentes y recientes modificaciones, tendentes en su mayoría a una mejor adecuación a los textos fundamentales en estas materias (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; las diversas constituciones...). Debido al hecho de afectar directamente a un derecho de singular relevancia cual es el derecho a la libertad de movimientos, sus respectivas regulaciones legales continúan siendo objeto de críticas y peticiones en el sentido señalado y específicamente en cuanto a uno de los principios esenciales que informan las eventuales limitaciones de derechos calificados de fundamentales: el de proporcionalidad.

Como resulta conocido la intervención del derecho penal provoca tensiones cuando se hace necesaria al tratar de protegerse bienes esenciales, conduciendo inevitablemente a una limitación en determinados derechos, más relevantes si se trata de los reconocidos en el Capítulo II, Título de la CE. A partir de la Segunda Guerra Mundial se generaliza la idea de que toda medida restrictiva de esta naturaleza debe limitarse desde fuera de ella misma, por medio de principios generales y valores contenidos en la Constitución y otros textos ya citados como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. A tales efectos, una ya elaborada doctrina ha señalado la necesidad de que para legitimar tal intervención concurran tres requisitos específicos: la

[23] El informe del C.G.P.J. al anteproyecto de ley había sugerido la necesidad -hasta entonces no prevista- de que los hechos denunciados fueran objeto de previa comprobación judicial a los efectos señalados. Sugerencia que fue acogida, pese a permanecer el defecto que se denuncia.

[24] Aspecto este que también se critica en el informe del C.G.P.J. al anteproyecto de ley, del que se acogió la nueva redacción que figura en el artículo 846 bis c) en su apartado c).

jurisdiccionalidad; la necesidad de resolución motivada y la proporcionalidad[25].

Pues bien, es en torno a estos tres presupuestos donde centraré mi comentario, al hilo de las críticas y peticiones de una nueva regulación de la detención y en parte de la prisión provisional.

1) La detención.

Esta medida, entre los tres tipos que cabe diferenciar en nuestra legislación[26] -sin incidir en la polémica retención para identificación, regulada por el artículo 20, 1 LOPSC (la denominada "Ley Corcuera")[27]- suscita serias dudas precisamente en torno a su efectiva adecuación al principio de proporcionalidad, desde la doble perspectiva que otorgan dos de los subprincipios en que éste se divide: el de necesidad y el de proporcionalidad "strictu sensu".

En efecto, el plazo de las setenta y dos horas fijado por la CE (artículo 17) y la propia LECRIM (artículo 520) se valora como innecesario y peligroso[28]. Innecesario porque un lapso temporal menor resulta hoy en día suficiente en atención a los medios existentes; peligroso porque puede prestarse a doblegar ilícitamente la voluntad. De ahí que, por una parte, quepa argüir otras medidas menos limitativas del derecho fundamental a la libertad de circulación (consulta de archivos por ordenador en el coche patrulla, por ejemplo) y, de otro lado, que aun no existiendo esta u otra posibilidad semejante, tanto la identificación cuanto la primera toma de declaración (actuaciones "estrictamente necesarias para averiguar los hechos") no justifiquen dicha duración, sin incurrir en falta de proporcionalidad[29], y salvo en supuestos excepcionales[30].

En este último sentido, el mismo argumento que se utilizó por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Orgánica 9/84, puede esgrimirse ahora respecto del 520 bis de la LECRIM, sin que resulten convincentes en la actualidad la imposibilidad de realizar las citadas actuaciones más allá de tal plazo como "tiempo estrictamente necesario", y admitiendo en tal supuesto su prórroga.

No cabe negar, sin embargo, para terminar, que la flexible interpretación tanto de la comisión como del Tribunal de Derechos Humanos, sobre el término "sin dilación" ("aussitot"; "promptly") - en cuanto imperativo en toda regulación legal para la puesta en libertad o a

---

[25] La primera comprende la exigencia de que cualquier restricción de derechos fundamentales y libertades, para ser legítima, debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción. V. artículos 17, 2 y 4 (derecho a la libertad), a título de ejemplo.

La motivación de las resoluciones jurisdiccionales de estas medidas se haya asimismo reconocida constitucionalmente (art. 120,3 CE), persiguiendo un doble fin: erradicar la arbitrariedad en la actuación jurisdiccional, propiciando la confianza del ciudadano en la administración de justicia, y simultáneamente, permitir controlar las decisiones judiciales por medio de los recursos.

La proporcionalidad se subdivide en otros tres: a) la idoneidad (causalidad de las medidas en relación con los fines, exigiéndose que las injerencias sean adecuadas cualitativa, cuantitativamente, y en su ámbito subjetivo de aplicación); b) necesidad o "de la alternativa menos gravosa" (adecuación por ser la que menos lesiona los derechos); y, c) proporcionalidad "strictu sensu" (proporcionalidad que se aprecia entre el sacrificio de los intereses individuales que comporta la restricción en relación -proporcional- con la envergadura del interés estatal que pretende salvaguardarse.

[26] Precautelar, si se efectúa antes de incoar el proceso; cautelar si se practica pendiente el juicio; y medida ejecutiva, referida a la que se decide finalizado aquél.

[27] Deben diferenciarse el primero y el segundo párrafo del citado artículo 20 de la LOPSC. En tanto el número 1 es una restricción de libertad que se dirige a obtener la identificación de las personas cuando así lo exija la seguridad ciudadana; la segunda es una verdadera privación de libertad que además tiene un ámbito mucho más restringido que la anterior: sólo podrá acordarse cuando se pretenda sancionar una infracción o evitar la comisión de un delito, y sólo respecto de aquellas personas que siendo retenidas para que se identificaran no pudieron hacerlo sin causa que lo justifique.

No es posible, acometer un análisis crítico, ni del precepto en sí, ni de la STC 341/93, de 18 de noviembre, que declaró que tal medida -la segunda- es plenamente constitucional si se practica respetando las condiciones que la propia sentencia señala (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

[28] Se deja voluntariamente de lado, la polémica suscitada en cuanto a la incompatibilidad o no entre el plazo que se señala en el artículo 17,2 CE y el de veinticuatro horas que contempla el artículo 496 LECRIM. Lo cierto es que, hasta la fecha, ningún tribunal ha admitido un "hábeas corpus" por excederse de este último, pero no de setenta y dos horas, ni mucho menos se ha estimado el delito contemplado en el artículo 186 del CP.

[29] La tramitación parlamentaria del artículo 17 pone claramente de manifiesto que se fijó dicho lapso por estimar que el de 24 horas "aminoraba notoriamente la eficacia en la labor de investigación policial" (enmienda 715 que pasó a la redacción definitiva del texto).

[30] Son dos los casos que el propio artículo 17 CE prevé para poder prolongar la detención preventiva más allá de 72 horas: el estado de excepción o de sitio (art. 17,3 CE y arts. 16 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio -LOEAES-) y que se trate de determinadas personas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE y LO 4/1988, de 25 de mayo, donde se permite ampliar el plazo en 48 horas, siempre que concurran dos circunstancias: autorización del juez competente en las veinticuatro horas siguientes a la detención, y que se adecue subjetivamente al caso). V. STC 199/87, de 16 de diciembre.

disposición judicial- no permite concluir, sin más, que las 72 horas contradigan el Convenio Europeo de Derechos Humanos[31].

2) La prisión provisional.

Las sucesivas reformas de la regulación legal de la prisión provisional han sido una constante en la etapa democrática[32], sin que este hecho haya erradicado las críticas y peticiones para modificar aquélla, de manera muy singular en fechas bien recientes. Tales reinvindicaciones, no obstante, debido sin duda a la politización de la vida pública y a la incidencia que esta medida cautelar ha tenido en los medios de comunicación y en la opinión pública se dirigen, no tan solo a los siempre discutidos plazos y al número de presos preventivos, sino casi en mayor medida a intentar limitar las importantes facultades jurisdiccionales a la hora de decretarla, entendiéndolas como exorbitantes. Lo más llamativo, aunque no sorprendente por lo hasta ahora expuesto, no resulta tan solo el hecho en sí, sino que el argumento más favorable a tal medida vuelva a ser la inspiración en el principio acusatorio[33] y la vía legal utilizada para tal modificación: la Ley de Tribunales del Jurado[34].

Los apartados 5, 6 y 7 de la disposición final segunda del texto legal que se acaba de citar, contemplan una modificación general del procedimiento para acordar la prisión y libertad provisionales e incorpora un nuevo artículo 504 bis 2, dejando sin contenido el artículo 516 y dando una nueva redacción al artículo 539, todos de la LECRIM.

Es sabido que en la regulación hasta ahora contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas cautelares de privación o restricción de la libertad personal se adoptan directamente mediante resolución judicial motivada, siendo necesaria ratificación del auto de prisión en el procedimiento ordinaio, no así en el abreviado, y sin perjuicio del carácter reformable de dicha decisión durante la causa, de oficio o a instancia de parte, y de la posibilidad de impugnación por medio de los recursos de reforma y apelación. La importante modificación, a la que dedicaré un breve comentario, altera tal sistema mediante la introducción de una necesaria audiencia antes de adoptar tales medidas, suprimiendo simultáneamente la exigencia de ratificación.

Fundándose en una interpretación excesivamente rigurosa de la doctrina recogida en la STC 145/1988 sobre la imparcialidad y la radical separación entre el órgano que juzga y el que instruye, la L.O.5/1995, de los Tribunales del Jurado ha sancionado la necesaria contradicción y previa instancia de parte, como método idóneo para salvaguardar el principio acusatorio.

Esta opción legislativa, olvida, sin embargo, que como el propio Alto Tribunal señala la adopción de la prisión provisional no tiene por qué erigirse en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la repetida imparcialidad[35]; imparcialidad que concurriría en el supuesto en que la medida se adopte de oficio y sin contradicción[36]. Pero sucede, además, que precisamente en un procedimiento como el de Tribunales de Jurado se potencia precisamente la instrucción en manos del fiscal, lo que ya de por sí actúa como garantía de una posición distante del juez instructor que eventualmente ordena de oficio la prisión o libertad provisional. La pérdida de iniciativa judicial no resulta pues en absoluto justificable desde este punto de vista, si bien pudiera serlo de perseguirse en realidad una limitación de las facultades

---

[31] V. las sentencias de los casos "Lawless", de 1 de julio de 1961 y "Brogan", de 29 de noviembre de 1988.

[32] Los vaivenes legislativos han sido constantes y vinieron determinados por las siguientes reformas de los artículos 503 y 504 LECRIM. Ley 16/1980, de 22 de abril, ampliando su ámbito de aplicación (más de seis meses); Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, restricción; y, Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, texto actualmente en vigor.

[33] El apartado 4 del número VII de la Exposición de Motivos de la L.O.5/1955, del Tribunal del Jurado señala textualmente: "La introducción de un nuevo artículo 504 bis 2 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la adopción de medidas cautelares de privación o restricción de la libertad, incorpora una necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el imputado asistido de letrado, inspirada en el principio acusatorio, y suprime la existencia de ratificación del auto de prisión. De esta forma, la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas adoptadas durante todo el curso de la causa".

[34] Sin duda los recientes acontecimientos en la vida pública española a lo largo de los dos o tres últimos años constituyen una explicación, si no científica o justificada, sí suficientemente clarificadora.

[35] STC 60/1995, de 17 de marzo (F.J.Nº 4), así como las resoluciones del T.E.D.H. que allí se citan.

[36] STC 106/1989 de la que se hacen eco otras posteriores, repitiendo que no toda labor instructora genera parcialidad, sino sólo aquélla que genera o puede generar determinadas convicciones o juicios previos.

jurisdiccionales, valoradas en este aspecto como excesivas.

Es de señalar, además, situándonos en un plano eminentemente técnico, que la incuestionable dilación que así se introduce choca frontalmente con el "periculum in mora", esto es, con el peligro de demorar la medida, siendo éste, como es, requisito fundamental de toda medida cautelar. Frente a ello surge el riesgo de que la excepción del último párrafo del artículo 504 bis 2 se convierta en regla general. Reinstaurar la necesidad de ratificación del auto de prisión o de libertad provisional en todos los procedimientos reforzando simultáneamente la contradicción, solucionaría gran parte del problema[37].

Finalmente y pese a que ha sido objeto de una de las enmiendas pendientes de aprobación en el Senado, no puede dejar de mencionarse el grave riesgo de declaración de inconstitucionalidad que recae sobre la posibilidad, tanto de que el juego de los preceptos aplicables pueda conducir a una detención que exceda de los tres días, cuanto al grave dilema surgido sobre si el juez puede ordenar la libertad del detenido antes de la audiencia preliminar[38].

Por otra parte, la atribución de competencia funcional que el párrafo último del artículo 504 bis 2 hace a las Audiencias Provinciales, limitándolo a las resoluciones sobre la procedencia o no de la libertad provisional dictadas por los jueces de instrucción, plantea el problema de qué hacer cuando el órgano instructor no sea de tal escalón jurisdiccional

Nota final: se advertirá la escasísima cita de bibliografía. El amplio espectro de los temas tratados y el elevadísimo número de los trabajos existentes, me ha conducido a esta opción, en la seguridad de que cualquier mención más allá de las que se efectúan incurriría en graves e involuntarias omisiones.

---

[37] Así se propone por el Consejo General del Poder Judicial, en el informe que evacuó del Anteproyecto de Ley de los Tribunales de Jurado; cuya redacción ha permanecido en la ley en idénticos términos.

[38] Este último peligro se procuró evitar incorporando un añadido al comienzo del artículo 504 bis 2, a cuyo tenor: "Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su prisión provisional sin fianza, convocará." La no aprobación por el Congreso de este texto, mejorado por el Senado, ha obligado a la citada reforma pendiente de aprobación.



AVENIDA SEGUNDA: *Gilbert Laporte.*

LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL: ASPECTOS ESTRUCTURALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

Juan Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad «Jaime I» de Castellón (España)

SUMARIO:

1. Últimas orientaciones reformistas del proceso penal. 36
2. La instrucción del proceso penal en el Derecho comparado europeo-continental. 38
3. Su influencia en América Latina. 42
4. El Ministerio Fiscal órgano instructor; cuestiones organizativas 45

1. Últimas orientaciones reformistas del proceso penal.

Hasta donde alcanza nuestra memoria siempre hemos oído hablar de crisis de la justicia y, consiguientemente, de una serie de medidas para lograr superarla. A la afirmación general de ser la justicia lenta y cara, se contraponen deseos y realidades tendentes a hacerla más rápida y más barata.[1]

Para ello se concretan y proponen una serie de acciones, cuya eficacia por otra parte ha sido casi nula,

---

[1] Los últimos congresos celebrados así lo demuestran. Véase **en particular** la excelente relación general de TIEDEMANN, K., para el coloquio Preparatorio, Sección III, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Toledo (España), del 1 al 4 de abril de 1992, y publicado en la monografía **Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protección des droits de l'homme**, Revue Internationale de Droit Pénal 1993, 3e. et 4e. trimestres, págs. 783 a 811.
Por lo que hace referencia a **España**, v. la ponencia general española y la relación de nuestro país presentadas en dicho coloquio de GIMENO SENDRA, J.V., publicadas en la monografía anteriormente citada, págs. 873 a 887 y 1051 a 1062, y, del mismo autor, **Causas históricas de la ineficacia de la justicia**, Revista Justicia 1987, núm. III, págs. 579 a 601; y **los procedimientos penales simplificados**, en Revista Poder Judicial, núm. especial II, pág. 31 y ss. Véase también MORENO CATENA, V., **La Justicia Penal y su reforma**, Revista Justicia 1988, núm. II, págs. 313 a 318.
Respecto a **Alemania**, v. la ponencia de TIEDEMANN acabada de citar.
Con relación a **Italia**, v. la ponencia de CHIAVARIO, M., **Les mouvements de réforme du proces pénal et protection des droits de l'homme en Italia**, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1193 a 1211.
En cuanto a **Francia**, v. la ponencia de BRAUNSCHWEIG, A., **La procédure pénale en droit francais**, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1089 a 1113.
La reforma afecta también a **Portugal**, v. ANTUNES, M.J., **La Reforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme au Portugal**, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1271 a 1287.
Finalmente para **América Latina**, v. CRUZ CASTRO, F., **Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica**, Revista costarricense de Ciencias Penales 1994, núm. 8, págs. 40 a 51; BERTOLINO, P. J., **Proceso penal y servicio de la Justicia**, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, pág. 82 y ss.; MAIER, J.B.J., **Situación de la Justicia Penal y problemas de los sistemas escritos**, Revista costarricense de Ciencias Penales 1991, núm 4, págs. 2 a 7; TIJERINO PACHECO, J.M., **Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática**, Revista costarricense de Ciencias Penales, 1992, núm. 6, págs. 47 a 49. Agradecemos vivamente a este último autor, que ha sido hasta las fechas recientes Fiscal General de la República de Costa Rica, su valiosísima ayuda para la comprensión del Derecho Procesal Penal de este bellísimo país, y de los otros muchos latinoamericanos.

puesto que se sigue hablando de crisis de la justicia, que se pueden resumir en tres:

1ª) Reformas orgánicas, de manera que haya más órganos jurisdiccionales, sobre todo de base, mejor repartidos territorialmente, con competencias objetivas y funcionales más racionalmente establecidas, y por ende de más jueces y más fiscales queriéndose sin duda también que estén mejor preparados.

2ª) Reformas procedimentales, eliminando procesos inútiles, simplificando los que se dejan en vigor, facilitando trámites, acortando plazos y suprimiendo formalismos innecesarios.

3ª) Reformas concretas de instituciones clave del proceso que, preferiblemente acompañando a las anteriores y generalmente aplicando principios procesales consagrados en las normas fundamentales, contribuyan al principio máximo de una justicia justa, rápida, barata y eficaz, que tiene en la mayor parte de los Estados reconocimiento constitucional.[2]

Pues bien, dentro de esta tercera categoría se proponen reformas importantes, y se han llevado ya a la práctica en algunos países, que afectan a la institución de la fiscalía en relación con el proceso penal[3]. En concreto podemos citar las cuatro siguientes:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público, con exclusión (o mínima intervención, generalmente limitada a la pretensión civil) de particulares sean o no los ofendidos por el delito.

b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien por medio de la llamada "negociación sobre la declaración de culpabilidad".

d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Es difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades, relativamente nuevas en los ordenamientos jurídicos continentales, salvo que se trate de lograr un aceleramiento, simplificación y abaratamiento de la impartición de justicia penal, fin general al que nos hemos referido al comienzo de este escrito, reforzando una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, pero un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, deduce inmediatamente que desde 1974[4], fecha en que Alemania da un vuelco a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de una persona distinta al juez (Policía y Ministerio Fiscal)[5], sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas.

Si seguimos con **Alemania,** la veracidad de lo dicho es incuestionable[6]. El Ministerio Público es órgano instructor de las causas penales (SS 160 y ss. **StPO**),

---

[2] Indirecto en España (arts. 1.1, 14, 24 y 119 de la Constitución de 1978), (arts. 3 y 103, ap. 1 de la Ley Fundamental de 1949), Italia (arts. 3 y 24 de la Constitución de 1947), y Portugal (arts. 13 y 20 de la Constitución de 1976); pero directo por ejemplo en Costa Rica (art. 41 de la Constitución Republicana de 1949), v. **Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada y concordada**, Ed. Juricentro, San José, 1985, comentada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, págs. 214 a 221; ARMIJO SANCHO, G. A., **La Constitución Política: Su influencia en el Derecho Procesal Penal**, De. Escuela Judicial, San José, 1991, pág. 25 y ss.; CRUZ CASTRO, F., **La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho**, De. Ilanud, San José, 1989, págs. 19 a 21.

[3] En general, sobre la posición del Ministerio Fiscal en diversos países europeos, v. recientemente el número especial 6 de los "Cadernos de Revista do Ministerio Público" 1994, que recoge las ponencias presentadas al IV Congreso del Ministerio Público, celebrado en Cascais (Portugal) en 1994, bajo el título **Ministerio Público: ¿Instrumento do executivo ou órgano do Poder Judicial ?**

[4] Mediante la **Erstes Reform des Strafverfahrensrechts**, abreviada **1. StVRG** ("Primera Ley de Reforma de Derecho Procesal Penal"), de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la "Gran Reforma del Proceso Penal", v. sobre sus aspectos más importantes KERN / ROXIN, **Strafverfahrensrecht (14ª de.)**, Ed. C.H. Beck, München, 1976, págs. 353 y 354; y ROXIN, C., **Strafverfahrensrecht** (15ª ed.), Ed. C.H. Beck, München, 1979, págs. 373 a 375.

[5] Véase una explicación detallada de esta reforma alemana en: PEDRAZ PENALVA, E., **La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975**, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, pág. 647 y ss.

[6] Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada a partir de ahora en GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas**, Ed. Bosch, Barcelona, 1985. Véase también MAIER, J.B.J., **La Ordenanza Procesal Penal alemana**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, (t.I) y 1982 (t.II).

pudiendo intervenir el juez sólo para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad (v. por ejemplo los SS 65, 114, 126a, 161a, etc., **StPO**)[7] ; el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es la única parte acusadora en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (S 243, ap. 3 **SpPO**); el Ministerio Público dispone de amplias facultades derivadas del principio de oportunidad, pudiendo ofrecer medidas alternativas a la persecución penal, que se configuran como excepción al principio de legalidad penal y procesal (SS 153 y ss. **SpTO**), introduciéndose en la práctica además y siendo admitida por la necia la negociación con el imputado (Absprache)[8]; al ser la única autoridad, pública o privada, que puede ejercer la acción penal, el derecho al recurso adquiere para él su sentido más absoluto (SS 296 y ss. **StPO**); finalmente, el Ministerio Fiscal es también en Alemania la autoridad principal de la ejecución penal (S 451 **StPO**).

Algo parecido se podría decir de **Italia**, cuyo Código de Procedimiento Penal[9] prevé el monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal (arts. 50, 405 y 416 **CPP**, con fundamento en el art. 112 de la Constitución de 1948), la instrucción del proceso penal a su cargo (arts. 327 y 358 **CPP**), las medidas alternativas a la persecución penal (arts. 444 y ss. **CPP**), así como una intervención principal en la ejecución de resoluciones judiciales (arts. 655 y 656 **CPP**), sin perjuicio de la intervención del juez en las Investigaciones Preliminares (v. arts. 279, 283, 294, etc., por ejemplo, del **CPP**), o del llamado tribunal de la libertad, instaurado en 1984, en la fase de investigación (v. art. 309 **CPP**), o del Magistrado de Vigilancia en la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 677 y ss. **CPP**)[10].

Finalmente, también **Portugal** se ha sumado a la órbita de países que han optado por reformar a fondo la institución denominada el Ministerio fiscal. En este país, el Fiscal detenta en régimen de monopolio el ejercicio de la acción pública penal (art. 241 **CPP**, con fundamento en el art. 224.1 de la Constitución portuguesa de 1976[11]), que hay que completar con las disposiciones de los arts. 53, 262, 263, y 267 **CPP** y art. 3 de la **Ley Orgánica del Ministerio Público** portuguesa de 1986. La investigación del proceso penal es también competencia suya (art. 53.2, b) **CPP**), previéndose medidas alternativas a la persecución penal en su art. 281 y ss. El art. 270 especifica qué funciones puede delegar en la Policía Criminal. La intervención del juez de instrucción, basada en el art. 32.4 de la Constitución, se fija en los arts. 268 y 269 **CPP**. Finalmente, el fiscal comparte funciones de ejecución penal al lado del Tribunal (art. 469 **CPP**)[12].

Pues bien, visto el marco, es hora de entrar ya en el objeto principal de este escrito, a saber, analizar las razones que pueden avalar que el Ministerio Fiscal sea el competente para instruir las causas penales en España, así como las opiniones contrarias a ello, para dar nuestra opinión personal sobre el tema. Antes es necesario, sin embargo, al ser una institución procesal importada, analizar brevemente la situación jurídica en los principales países de nuestro entorno cultural, a saber, Alemania, Italia, Portugal, Francia, Estados Unidos e Inglaterra, dando unos apuntes relativos a algunos países latinoamericanos como Argentina y Costa Rica, que también son destinatarios de estas palabras.

2. La instrucción del proceso penal en el Derecho comparado europeo-continental.

Alemania, Italia y Portugal contemplan la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio

---

[7] Un resumen detallado de la posición del juez investigador alemán instruyendo el fiscal, en GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal alemán...**, págs. 73 a 75.

[8] Véase sobre estos acuerdos: BARAIIONA VILLAR, S., **La conformidad en el proceso penal**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 150 y ss.

[9] Véase la traducción de VILLA GOMEZ, M., **El nuevo proceso penal italiano**, Documentación Jurídica núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 41 y ss.

[10] Para la información sobre Italia v. CHIAVARIO, M., **La riforma del proceso penale. Appunti sul nuovo codice** (2ª ed.), Ed. UTET, Torino 1990, pág. 78 y ss., fundamentalmente.

[11] Véase GUTIÉRREZ-ALVIS Y ARMARIO, F., **La justicia, según la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976**, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, pág. 547 y ss., esp. págs. 566 y 567.

[12] Véanse los comentarios a todos esos preceptos en LOPES MAIA GONCALVES, M., **Código de Processo Penal anotado** (6ª ed.), Ed. Almedina, Coimbra 1994. Con carácter general, puede consultarse GIMENO SENDRA, J.V., **El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española**, Revista Justicia, 1990, núm. II, pág. 493 y ss.

Fiscal, derogando las normas que atribuían la competencia al juez instructor, como se apuntó **supra.**

En **Alemania**, la StrafprozeBordnung de 1877, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del fiscal en sus SS 160, ap. (1) que "Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhâlt, hat sie zu ihrer EntschlieBung darûber, ob die ôffentliche Klage zu erheben inst, den Sachverhalt zu erforschen"[13]. La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (S 163 **StPO**), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales[14].

Respecto a **Italia**, el Codice de Procedura Penale de 1988 ha derogado el de 1930 (el Código Rocco)[15]. Esta ley preveía la competencia exclusiva del juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la llamada instrucción sumaria, a cargo del ministro fiscal según el art. 389 (o del pretor para los delitos de competencia)[16].

El Código de 1988, en cambio, ha introducido como se anunció antes la instrucción del proceso penal, sin distinción entre formal o sumaria, a cargo del "Pubblico Ministero", disponiendo textualmente su art. 327.1 que "Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria"[17], concretándose a continuación esta facultad en los arts. 328 y ss.

En relación con **Portugal**, el Código de Processo Penal de 1987, que ha derogado el de 1929, contempla igualmente la investigación del proceso penal a cargo del ministro fiscal[18].

Su art. 53.2,b) dispone textualmente que "compete em especial ao Ministério Público: ... b) Dirigir o inquérito"[19], desarrollándose esta competencia en el art. 267 y ss. de dicho Código.

Sin embargo, por lo que hace referencia a **Francia**, el papel del juez de instrucción en el proceso penal del país vecino es uno de los más importantes de la Europa actual, correspondiéndole la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al "Procureur de la République"), de acuerdo con el art. 81 y concordantes del Code de Procédure Pénale de 1958, es decir, averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculpado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas[20].

---

[13] Véase la traducción en GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal alemán...**, cit., pág. 337.

[14] Así lo confirma expresamente PETERS, K., **StrafprozeB. Ein Lehrbuch** (4ª ed.). Ed. C.F. Muller, Heidelberg, 1985, págs. 182 y 183.

[15] Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO M., **Procedura Penal. Un Codice tra "storia" e cronaca**, Ed. Giappichelli, Torino, 1994, págs. 13 a 32.

[16] Véanse CORDERO, F., **Procedura Penale** (5ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano, 1979, págs. 432 a 439; FOSCHINI, G., **Sistema de Diritto Processuale Penale** (2ª ed.) Ed. Giuffrè, Milano, 1965, tomo II, págs. 128 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., **Tratatto di Diritto Processuale Penale italiano** (6ª ed., puesta al día por Conso y Pisapia), Ed. UTET, Torino, 1972, vol. IV, págs. 181 y 293; y PISAPIA, G.D., **Compendio di Procedura Penale** (2ª ed.), Ed. CEDAM, Padova, 1979, págs. 76, 77 y 172.

[17] Véanse CHIAVARIO, M., **La riforma del processo penale...**, cit., págs. 83 a 89; CARULLI / MASSA / PALUMBO, **Lineamenti del nuovo processo penale**, Ed. Jovene, Napoli, 1993, págs. 26 y ss.; DALIA / FERRAIOLI, **Corso de Diritto Processuale Penale**, Ed. Cedam, Padova, 1992, pág. 341 y ss.; FORTUNA / DRAGONE / FASSONE / GIUSTOZZI / PIGNATELLI, **Manuale practico del Nuovo Processo Penale** (3ª ed.), Ed. Cedam, Padova, 1993, pág. 95 y ss., y 153 y ss., NAPPI, A., **Guida al nuovo codice di Procedura Penale**, Ed. Giuffrè, Milano, 1992, pág. 30 y ss., PISANI / MOLARI / PERCHINUNNO / CORSO, **Appunti di Procedura Penale**, Ed. Monduzzi, Bologna, 1992, pág. 57 y ss.; y CORDERO, F., **Procedura Penale** (2ª ed.,), Ed. Giuffrè, Milano, 1993, pág. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G., **La Giurisprudenza della Corte Costitizionale sul processo penale, dall, entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991**, Corte Costituzionale, 1992, pág. 425 y ss.

[18] Con la particularidad siguiente: La Constitución portuguesa de 1976 fija la competencia para la instrucción del proceso penal a un juez (art. 32.4). El CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso penal dividida en dos fases, la primera de investigación (inquérito), obligatoria, a cargo del ministro fiscal (art. 262 y ss.), y la segunda, eventual, de instrucción (instrucao) a cargo del juez (art. 286 y ss.), división ajustada a la Constitución en el entender de la mejor doctrina, v. DE FIGUEIREDO DIAZ, J., **Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal**, en "Jornadas de Direitto Processual Penal. O novo Código de Processo Penal". Ed. Almeida, Coimbra, 1991, pág 23.

[19] Véase LOPEZ MAIA GONCALVES, **Código de Processo Penal...**, cit., págs. 128 y 129; de FIGUEIREDO DIAS, J., **Sobre os sujeitos processuais...**, cit. págs. 22 a 26; DA COSTA PIMENTA, **Introducao ao Processo Penal**, Ed. Almedina, Coimbra, 1989, págs. 59 a 61.

[20] Véase ROZÉZ, S., **Le Juge d'Instruction**, en "Strafrecht, Unternehnensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift fûr Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Prâsident des Bundesgerichtshofes" coordinado por VON GAMM, RAISCH Y TIEDEMANN), De. C. Heymanns, Kôln-Berlin-Bonn-München, 1988, pág. 175 y ss., pág. 177.

El Ministerio Público tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la "enquête préliminaire", es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito, de momento, en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual juez de instrucción[21].

En Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al Ministerio Público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un juez en la instrucción penal. Concierne, pues, precisar.

El cambio se fundamenta básicamente en dos aspectos de suma importancia:

1°) La instrucción por un juez es la institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible en el proceso penal propio de un Estado de Derecho que, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del juez de instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo formal o mixto, acercando la figura del juez instructor más al papel de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón[22], y;

2°) La necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y por cuanto como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el fiscal las ejecutaba también el juez instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento[23].

De esas ideas se ha hecho eco la Jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones instructorias y decisorias de los jueces de instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950[24], cuyos textos americanos equivalentes son los arts. 7.5 y 8.1 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969[25].

Es cierto, volviendo a Europa y particularmente Alemania, que el cambio de figura competente para desarrollar la instrucción penal hizo surgir dudas de inconstitucionalidad incluso antes de ser una realidad legal, por entenderse que la propuesta de nueva relación Ministerio Fiscal -juez investigador, que se introduciría definitivamente en 1974, podría violar la independencia judicial consagrada en el art. 97, ap. (1) de la

---

[21] Véase BRAUNSCHWEIG, A., **La procédure pénale en droit francais**, cit., págs. 1092 a 1095.

[22] Expresamente dicho en el art. 1, núm. 60 de la **1. StVRG** alemana citada: Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen aus dem durch uneingeschränkte Verfahrensherrschaft des Richter gekennzeichneten Inquisitionsprozeß ("en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez").

[23] Véase PETERS, K., **Strafprozeb. Ein Lehrbuch**, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1952, págs. 353 a 355; y CHIAVARIO, M., **La riforma del processo Penale...**, cit., pág. 83 y ss., especialmente preocupado por la intervención al mismo tiempo en la instrucción del nuevo proceso penal italiano por parte del fiscal, de la Policía Judicial e incluso del propio juez, con base en el art. 109 de la Constitución, y en el art. 56 y ss., 326, 327, 330 y 347 y ss. del CPP. En las págs. 89 a 91 analiza particularmente este autor las diferencias entre las funciones del fiscal y del juez, con fundamento en la distinción entre "actio" y "iurisdictio".

[24] Véanse las SS TEDH en los casos SCHIESSER, de 4 de diciembre de 1979, FD 24° A 31°, **Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983**, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1981, pág. 597 y ss.; PIERSACK, de 1 de octubre de 1982, FD 27° a 33°, en **Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983**, cit., págs. 869 y ss.; DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, FD 23° a 30°, en **Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987**, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1988, pág. 255 y ss.; y HUBER, de 23 de octubre de 1990, FD 37° a 43°, en **Boletín de Jurisprudencia Constitucional**, 1994, núm. 155, pág. 301 y ss. Sobre la posición del Fiscal, v. DOLZ LAGO, M.J., **Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Revista Poder Judicia, 1983, núm. 9, pág. 77 y ss.

[25] Véase PIZA ROCAFORT, R.E., **Mecanismos de protección de derechos humanos en Iberoamérica**. Revista costarricense de Ciencias Jurídicas, 1988, núm. 60, pág. 11 y ss.

Grundgesetz de 1949, por los condicionantes y el poder que significa para el fiscal, pero el Tribunal Constitucional Federal Alemán despejó esas dudas ya antes de esa fecha[26], habiéndose asumido sin ningún problema por la totalidad de la doctrina hoy, que, de hecho, considera mínimamente el tema, aunque en su momento sí hubo discusiones enconadas, fundamentalmente en torno a la disminución de garantías para el imputado y su abogado defensor que el cambio podía significar[27].

En realidad, la opción no es nueva en el Derecho comparado, pues se toma como modelo en todo caso, directa o indirectamente, el de los países anglosajones (el llamado "proceso angloamericano"), en donde ambos motivos están presentes en mayor o menor medida.

En concreto, el proceso penal del Reino Unido (fundamentalmente **Inglaterra** y País de Gales, y también aunque con menos importancia comparativa Escocia e Irlanda del Norte), advirtiendo ante todo sobre las grandes diferencias conceptuales, sistemáticas y estructurales existentes con el Derecho continental, se basa en la consagración más pura del principio acusatorio. Es y sería inconcebible, pues, que la instrucción del proceso penal inglés la realizara un juez e, incluso, como demuestra la historia, que se creara la Fiscalía o una figura semejante. El proceso penal inglés, formado generalmente por reglas no escritas[28], se divide en dos fases, una de persecución ("prosecution", investigación diríamos nosotros, que se desarrolla en la fase preparatoria o encuesta preliminar *"preliminary inquiry"*), y otra acusación (*"Arraigment"*), en la vista oral o juicio. Pues bien, en este proceso, la investigación se deja en manos de la Policía, que si ve elementos suficientes para someter a juicio a una persona, lo solicita así al juez formulando la imputación. Si la encuesta preliminar demuestra que hay elementos suficientes para formular una acusación, sin la que no existe proceso, ésta la puede realizar cualquiera, si bien en la práctica o es un abogado, o es la Policía, o es el llamado "Director de Persecuciones Públicas", todos en nombre de la Corona, en nombre propio o representando a un particular o a una institución u órgano, nunca un fiscal, porque no existe ni es necesario que exista[29].

Cuando la Europa Continental contempla el modelo inglés, pues, y decide cambiar el órgano competente para desarrollar la instrucción, lo hace pensando en una parte muy importante en que dicho modelo sí es realmente acusatorio, y que mantener al juez como órgano instructor es una manifestación inquisitiva.

Por lo que afecta a los **Estados Unidos de Norteamérica**, la influencia del Derecho inglés es evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente[30]. En U.S.A., la acusación del proceso penal está a cargo, no de una persona particular como en

---

[26] Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal alemán...**, cit., pág. 74. Es interesante también consultar el auto de BVerfG (Tribunal Constitucional Federal alemán) de 16 de abril de 1969, en la Revista alemana Neue Juristische Wochenschrift, 1969, pág. 1106.

[27] Véanse, por citar la doctrina de la época más importante, SCHMIDT, Eb., **Lehrkommentar zur StrafprozeBordnungm und zum Gerichtsverfassungsgesetz**, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, t. II, págs. 490 y 491; LÖWE / ROSENBERG, **Die StrafprozeBordnung un das Gerichtsverfassungsetz GroBkommentar** (23ª ed.), Ed. Walter de Gruyter, Belin-New York 1976, t. Y "Einleitung" (por K. SCHÄFER), págs. 222 y 223; KLEINKNECHT, Th., **StrafprozeBordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen** (31ª ed.), Ed. C.H. Beck'sche, München, 1974, pág. 496 y ss.; PETERS, K., **StrafprozeB. Ein Lehrbuch** (2ª ed.), Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1965, pág. 143; HANACK, E.W., **ProzeBhindernis des überlangen Strafverfahrens?**, Jurisstenzeitung 1971, pág. 707; LAMPE, J., **Ermittlungszuständigkeit von Richter un Staatsanwalt nach dem 1. StVRG**, Neue Juristische Wochenschrift, 1975, GÖSSEL, K. H., **Strafverfahrensrecht**, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin- Köln-Mainz, 1977, pág. 43 y ss.; ROXIN, C., **Strafverfahrensrecht** (15ª ed.), Ed. C.H. Beck'sche, München, 1979, pág. 374. No se olvide, como se destaca la doctrina citada, que la legislación alemana de reforma en esa época, es producto en parte importante de las prisas del legislador por contrarrestar procesalmente los perniciosos efectos sociales derivados de la existencia de la banda terrorista Baader-Meinhof.

[28] El *Common Law*, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los jueces. No obstante, también existen leyes escritas (Statute Law, formado por Acts del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G., **Der Gist des Englischen Rechts**, Ed. Rausch, Heidelberg, 1946, pág. 31 y ss. (hay trad. española, de VELA, "El espíritu del Derecho Inglés", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1958).

[29] Véanse PASTOR LÓPEZ, M., **El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)**, Revista de Derecho Procesal, 1967, núm. I, pág. 67 y ss., esp. 80, 110 a 117, y misma revista y año, núm. II, págs. 62 a 71; NESI, G., **Accusa e difesa nel procedimento penale inglese**, Ed. Giuffrè, Milano 1972, pág. 16 y ss.; y SCAPARONE, M., **Common Law e processo penales**, Ed. Giuffrè, Milano 1974, pág. 10 y ss.

[30] No se olvide que es un Estado Federal, régido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (Bil of Rights) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más del Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o *Federal Status*, una de las cuales, el llamado United States Code, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts, Las Federal Rules of Appellate Procedure y las Federal Rules of Evidence), y el propio de cada Estado (State Status).

Inglaterra, sino de una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (Assistant) del U.S. Attorney General, dependiente del Federal Department of Justice, que tiene encomendado, dentro de los límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su distrito, en los procesos penales federales, la función de perseguir (prosecution) el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría. La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el fiscal, quien comunica al juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (preliminary hearing), en la que normalmente el fiscal, con base en el material recogido por la Policía, debe convencer al juez de la verosimilitud de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusado ya formalmente, o no[31].

De la evolución jurídica producida en Norteamérica, el Derecho continental europeo saca en claro, además de conformar el modelo basado en el principio acusatorio, que hace innecesaria por inquisitiva la figura del juez instructor, que no hay reiteración de actuaciones procesales: Es la Policía quien investiga y proporciona sus materiales al Fiscal[32], y este decide iniciar el proceso penal o no con base en ellos, con el tamiz de la audiencia preliminar a efectos de solventar antes de la acusación formal cualquier impedimento, perjuicio o error. El juez, con el jurado, analiza esos materiales después y dicta la sentencia correspondiente.

3. Su influencia en América Latina.

Estas ideas han traspasado el Atlántico y están llegando a diversos países latinoamericanos, no curiosamente por influencia del poderoso vecino del norte, los Estados Unidos de Norteamérica, sino por medio de Europa y, principalmente del Derecho alemán. De todos ellos[33], vamos a fijarnos en la Argentina y en Costa Rica, aunque podríamos citar también a Guatemala[34], sin duda el más importante a nivel teórico-legal después de aquellos dos, Bolivia, Chile, Perú[35], Ecuador, Colombia o El Salvador[36], bien por haber incorporado esta reforma ya a sus ordenamientos procesales penales vigentes, bien por existir proyectos de reforma publicados en trámite de aprobación, que afectan fundamentalmente al Ministerio Público, figura a la que la doctrina conced e una importancia menor en América Latina que en Europa[37]. Situación

---

[31] Véanse WEIGEND, Th., **Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.**, en JESCHECK / LEIBINGER, "Funktion un Tätigkeit der Anklagebehörden im auslälandischen Recht", Ed. Nomos, Baden-Baden, 1979, pág. 587 y ss.; SCHMID, N., **Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführunf,** Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1986, pág. 36 y ss.; y FANCHIOTTI, V., **Lineamenti del Processo penale statunitense. Corso di Lezioni,** Ed. Giappichelli, Torino s/f, pág. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I., **El principio del proceso debido,** Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 91 y 92.

[32] Gráficamente decía KERN, E., **Gerichtsverfassungsrecht**, Ed. C.H. Beck, Müchen, 1965, pág. 227, que el fiscal es una Kopf ohne Hände ("cabeza sin manos"), de ahí que necesite la Policía.

[33] Información sobre las leyes de enjuiciamiento criminal latinoamericanas puede verse en RICO, J.M. / SALAS. L. (editores), **Legislación Penal Latinoamericana. Códigos Latinoamericanos del Procedimiento Penal,** Ed. Centro para la administración de justicia, Florida Internacional University de Miami (USA), San José de Costa Rica, 1991.

[34] Cuyo Código Procesal Penal, de 1993 (entrando en vigor en 1994), fue directamente inspirado por el gran jurista argentino Prof. Dr. Julio B.J. MAIER. Véase un comentario general en BARRIENTOS PELLECER, C.R., **Principios Generales del proceso penal guatemalteco,** Revista guatemalteca de Ciencias Penales "Justicia Penal y Sociedad", 1993, núms. 3-4, págs. 59 a 76; y, del mismo autor, **Derecho Procesal Penal guatemalteco,** De. Magna Terra, Guatemala 1995, pág. 296 y ss. La instrucción a cargo del fiscal se establece en su art. 309 y ss.

[35] El Código Procesal Penal peruano de 1991, recientemente entrado en vigor, prevé la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, apartándose del modelo tradicional de instrucción judicial regulado en el derogado Código de 1940, véase CATACORA GONZÁLEZ, M.S., **La instrucción y la investigación fiscal en el proceso peruano,** Revista peruana de Ciencias Penales de 1993, núm. 2, pág. 307 y ss.

[36] Sobre este país, véase MARTIN OSTOS, J. de los S., **Justicia Penal Centroamericana,** Ed. Universidad, Cádiz, 1995, págs. 43 a 46, y 109 a 112.

[37] BINDER, A.M., **Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal,** Revista costarricense de Ciencias Penales, 1994, núm. 9, págs. 17 y 18, entiende que las causas por las que el Ministerio Público no tiene el desarrollo científico que le debería corresponder en América Latina son estas tres: **a)** Falta de estudios sobre esta figura por estar íntimamente ligada al funcionamiento global del Estado y a su "atmósfera" institucional; **b)** Pobre actuación institucional, ya que no es el responsable principal de las políticas de persecución o impunidad; y **c)** Es una institución que genera desconfianza. Véanse también CRUZ CASTRO, F., **La función acusadora en el proceso penal moderno,** Ed. Ilanud, San José, 1991; GARITA VÍLCHEZ, A.I., (Coord.), **El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno,** Ed. Ilanud, San José, 1991, en donde se informa sobre la situación en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá; y parcialmente, de la misma coordinadora, **La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno,** Ed. Ilanud, San José, 1991, principalmente pág. 23 y ss.

particular es, a estos efectos, la de México[38].

El caso de la Argentina requiere ante todo ser conscientes de la compilación de tener este gran país también un Código Procesal Penal de la Nación o federal, y no en total 22 Códigos Procesales Penales de cada una de las Provincias en que se divide el Estado[39].

El Código Procesal Penal de la Nación[40], a pesar de ser de 1991[41], no ha adoptado el cambio que supone otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal y se ha mantenido dentro del sistema tradicional de hacer competente para ello sólo a un juez.

La Constitución Federal argentina de 1853, reformada en 1994 últimamente, no tiene ninguna disposición al respecto, tan solo se limita a consagrar la autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Fiscal, estableciendo como función principal del mismo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades (art. 120).

El art. 194 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que "el juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial...", pero el art. 196 permite que el juez encomiende la instrucción al Ministerio Fiscal tratándose de delitos de acción pública, sin añadir ningún presupuesto más, por tanto parece que discrecionalmente[42].

No todos los códigos provinciales siguen esta pauta, aunque siguen siendo una auténtica minoría. El más importante es el Código de Procedimientos Penales de la provincia de Córdoba de 1991, inspirador de los demás, y debido al Dr. José-Ignacio CAFFERATA NORES[43]. Así también, el nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán de 1991[44] consagra como una de sus principales novedades la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal de instrucción (arts. 301, II, 328 y 329), con la excepción de existencia de obstáculos fundados en privilegios constitucionales (inmunidad parlamentaria), en cuyo caso es competencia del juez instructor (art. 340), y la adopción de actos restrictivos de derechos fundamentales que también son competencia exclusiva suya (art. 269)[45].

Este es el único Código Procesal Penal argentino vigente en la actualidad que prevé la instrucción ordinaria del proceso penal a cargo del Ministerio Público. Otros Códigos, como el de Córdoba mismo, que, recuérdese, no ha entrado en vigor en este punto, o el de la provincia de Mendoza, prevén la instrucción del fiscal de forma excepcional, sólo para los delitos para los que está contemplado (los allí llamados correccionales) y de simple investigación, por medio del instituto

---

[38] La peculiaridad federal mexicana, con un Código Federal de Procedimientos Penales, un Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1931, y 17 Códigos estatales de Procedimientos Penales, que regulan un proceso penal prácticamente escrito en su totalidad, hace que, aunque coexistan las figuras del juez, que es al mismo tiempo instructor y sentenciador, y del Ministerio Público (v. arts. 21, 73 y 102 de la Constitución de 1917), éste sea en la práctica quien se encargue de la investigación, v. GARCÍA RAMÍREZ, S., **Derecho Procesal Penal** (2ª ed.), Ed. Porrúa, México 1977, págs. 123, 223 y 224, 335 a 340, 371 a 393, y 394 a 400.

[39] Agradecemos vivamente al Prof. Dr. D. Héctor -Carlos SUPERTI, Catedrático de la Universidad de Rosario, la valiosísima información que nos ha proporcionado sobre el Derecho Procesal Penal Argentino.

[40] Debido al Dr. Ricardo LEVENE (Hijo), a la sazón presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque sufrió numerosísimas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, debido en parte a la confrontación entre este Proyecto (apoyado por el Gobierno peronista de MENEM) y el del Dr. Julio B.J. MAIER (apoyado por el Gobierno radical de ALFONSÍN). Uno de los temas más controvertidos fue precisamente el de la instrucción a cargo del juez o del fiscal, triunfando finalmente las tesis de LEVENE.

[41] Hemos manejado la edición contenida en el libro de LEVENE (hijo) / CASANOVAS / Levene (Nieto) / HORTEL, **Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), comentado y concordado (2º ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. Puede verse un comentario general en GROPENGIESSER, H., El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina**, Revista colombiana Nuevo Foro Penal, 1992, núm. 58, pág. 473 y ss.

[42] Esta híbrida disposición es el resultado de la confrontación del Proyecto explicada anteriormente, de manera que las reformas al Proyecto LEVENE (partidario de la instrucción judicial), se basaron en el Proyecto MAIER (partidario de la instrucción a cargo del fiscal).

[43] Inspirado en el Proyecto MAIER, con quien trabajó. Sin embargo, no ha entrado en vigor todavía en el punto más conflictivo, a saber, el de la instrucción a cargo del fiscal, aunque sí en lo demás, debido a la fuerte resistencia jurídica que ha encontrado, por lo que rige el de 1939.

[44] Hemos manejado la edición del Fondo de Cultura Jurídica, donada por la Dra. Ángela LEDESMA, a quien agradecemos profundamente este detalle.

[45] El Código de Tucumán tiene el mismo texto del Proyecto de Córdoba, sin alteración de la "vacatio legis", por lo que está en vigor la instrucción a cargo del fiscal. Téngase en cuenta que la provincia de Tucumán fue intervenida en 1991 por el Poder Ejecutivo Nacional a causa de un grave conflicto institucional interno.

denominado legalmente de "citación directa", o instrucción sumaria, de origen italiano[46]. Pero se sigue trabajando en la Argentina en la línea de analizar a fondo si es posible otorgar la instrucción al Ministerio Público.[47]

En **Costa Rica** el todavía vigente Código de Procedimientos Penales de 1973[48], que se sustituyó al de 1910 tomando como modelo el Código de Procedimientos Penales argentino de la provincia de Córdoba[49], dispone en su art. 186, párr. Y que "el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción", Ministerio Público en caso de citación directa (art. 404), que es un proceso penal, allí catalogado de especial, para el enjuiciamiento de delitos menos graves o cometidos flagrantemente (art. 401)[50].

La doctrina que ha comentado estos preceptos se ha planteado una serie de argumentos en favor de sus tesis y criticando las contrarias[51].

Pero existe en Costa Rica en la actualidad un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de 1994[52], inspirado en el Derecho europeo, en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988[53], y en el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala citado, que se aparta radicalmente de la orientación tradicional costarricense, optando indubitablemente por la instrucción de las causas penales competencia del Ministerio Público en su art. 72, si bien las medidas restrictivas de derechos fundamentales sólo pueden ser adoptadas judicialmente (art. 240)[54]. Sería necesario además aprobar paralelamente una Ley Orgánica del

---

[46] Véase NÚÑEZ, R., **Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba** (2° ed.), Ed. Lerner, Córdoba, 1986, pág. 398 y ss.

[47] Por ejemplo, los trabajos que se están desarrollando en la actualidad para elaborar un Código de Procedimientos Penales en la Provincia de Santa Fe, más inclinado a mantener la instrucción judicial.

[48] Hemos manejado la edición concordada y anotada de Ulises ZÚÑIGA MORALES, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, 1993.

[49] El Código costarricense de 1973 fue redactado por el jurista argentino Alfredo VÉLEZ MARICONDE, el autor del Código de Córdoba de 1939 y del Código de la misma provincia argentina de 1970, v. LLOBET RODRÍGUEZ, J., **La reforma procesal penal. Un análisis comparativo latinoamericano-alemán**, Ed. Escuela Judicial, San José, 1993, pág. 13. El Código argentino de Córdoba se inspiró a su vez en los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (el llamado Código ROCCO, antes mencionado, obra de MANZINI). Véase MAIER, J.B.J., **La reforma del procedimiento penal en Costa Rica**, Revista Judicial de Costa Rica, 1989, núm. 47, pág. 101.

[50] Véase el comentario general sobre este proceso de MAIER J.B.J., **La reforma del procedimiento penal...**, cit., págs. 102 y 103; y las notas de GONZÁLEZ ALVAREZ / MORA MORA/ HOUED VEGA, **Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos Penales**, Revista Judicial de Costa Rica, 1989, núm. 47, pág. 48.

[51] Véase LLOBET RODRÍGUEZ, J., **Código de Procedimientos penales anotado y comentado (2a. ed.)**, Ed. Juricentro, San José, 1991, págs. 210 y 492. Agradecemos profundamente a este autor la valiosa información proporcionada sobre la situación jurídica en Costa Rica, antes de impartir allí un curso de postgrado en noviembre de 1994, así como por el inestimable material bibliográfico proporcionado, que de tanta utilidad nos ha sido para las referencias a este bellísimo país.

[52] Debido al magistrado Dr. Fernando CRUZ CASTRO, que con base en las discusiones dirigidas por este autor, y por los Dres. Luis Paulino MORA MORA y Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ, está siendo reelaborado en estos momentos.

[53] Elaborado por BERNAL, DE LA RÚA, PELLEGRINI Y MAIER. Hemos manejado la edición de Hammurabi, Buenos Aires, 1989. Su art. 68, II encomienda directamente al fiscal la competencia para dirigir la instrucción (procedimiento preparatorio). El art. 69 regula la objetividad de Ministerio Público en los siguientes términos: "En el ejercicio de su función, el ministerio público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal.
Deberá formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aun en favor del imputado."
Y el art. 250 establece el objeto de la investigación literalmente de esta manera: "En procura de la verdad, el ministerio público deberá 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."
Los autores del Código modelo justifican en la exposición de motivos del mismo el cambio de la clásica instrucción a cargo de un juez, por el de instrucción en manos del fiscal, con las siguientes palabras: "Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal -en combinación con otras reglas específicas posteriores-, por una parte, y, por otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función - ni siquiera protectora de la seguridad individual- y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento (absolución anticipada), incluso en beneficio del imputado... No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor... Precisamente porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión" (págs. 21, 22 y 23 de la edición citada).

[54] Su autor ya había expuesto antes estas ideas en CRUZ CASTRO, F., **La función acusadora en el proceso penal moderno**, De. Ilanud, San José, 1991, págs. 52 a 54; y las ha concretado, además de en el Proyecto citado, en CRUZ CASTRO, F., **Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica**, Revista costarricense de Ciencias Penales, 1994, núm. 8, págs. 46 a 48.

Ministerio Fiscal, inexistente de momento en Costa Rica[55], completándolo quizá con otras medidas[56].

4. El Ministerio Fiscal como órgano instructor; cuestiones organizativas.

El tema ha llegado hace tiempo a España[57], adquiriendo enseguida tintes polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente, estrictamente jurídica, esta delicada cuestión. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Sobre esta cuestión, importante, volveremos luego. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a quien defiende una posición u otra, siendo así que la justicia es una cuestión de Estado y no de partido. Nuestras palabras, muy al contrario, pretenden fundar rigurosamente una postura jurídica, fuera de todo contexto no jurídico, con la única meta de contribuir a una justicia mejor y más eficaz.

En este sentido, no vamos a considerar la situación legal vigente. En España instruye un juez instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882), salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal [58], función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando hayan concluido las necesarias investigaciones para solicitar del juez de instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso "diligencias previas" (arts. 785 bis y 789.1 y 3 **LECRIM**)[59]. Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados como es lógico, y así fue recogido expresamente en el art. 5, particularmente el párr. II, de

---

[55] La ley está pendiente de sanción parlamentaria. Téngase en cuenta que en Costa Rica el Ministerio Público está adscrito al Poder Judicial, no siendo por tanto un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, y que el Poder Judicial, dato muy importante para observar las posibilidades reales de actuación, dispone de acuerdo con el art. 177, II de la Constitución de 1949, de al menos un 6% del presupuesto de la República.

[56] En Costa Rica el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, con muy pocas excepciones (art. 5 del Código vigente, y art. 19 del Proyecto CRUZ), pero todavía no se han reconocido medidas alternativas a la persecución penal (los arts. 20 y ss. del Proyecto CRUZ sí lo hacen), ni es autoridad principal de la ejecución penal (art. 500 del Código vigente, y art. 483 del Proyecto CRUZ). Véase sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., **El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal**, Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, núm. 7, págs. 63 a 69.

[57] Véase, por todos, FAIRÉN GUILLÉN, V., **La reorganización del Ministerio Fiscal español**, en "Temas del Ordenamiento Procesal", De. Tecnos, Madrid, 1969, t. Y, págs. 516 y 517.

[58] El anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988, págs. 17 y 18.

[59] Véanse ORTELLS RAMOS, M., **Problemas de contenidos y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)**, en "Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado", De. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 111 y ss.; del mismo autor, **El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales**, Revista Justicia, 1989, núm. III, pág. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTÉS DOMÍNGUEZ, **Derecho Procesal, T. II**, Proceso Penal (3 E.D.), Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989, pág. 243 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., **La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal**, en "El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas". Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, t. II, pág. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E., **El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/ 1988, de 28 de diciembre) (2. ed.), E.D. Colex, pág. 99 y ss.**; **FERNÁNDEZ BERMEJO, M., El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/ 1988**, en "Cuadernos de Derecho Judicial. El Procedimiento abreviado", cit., pág. 237 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ A.M., **Las diligencias del Fiscal investigador, Revista Actualidad Penal**, 1993, t. Y, núm.15, de 12 - 18 de abril; LORCA NAVARRETE, A.M., **La Instrucción preliminar en el proceso penal : La actividad de la Policía Judicial**, Revista La Ley 1984, t. III, pág. 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS / VEGAS TORRES / ZARZALEJOS NIETO / GONZALEZ GARCIA / ARAGONESES MARTINEZ, **Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal**, Ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 159 y ss.; y VIVES ANTON t:s:, **Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes y de Reforma Procesal**, vol. II **La reforma del proceso penal**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 167 y ss.

su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido[60]. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores[61], de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando de esta cuestión[62].

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3. 4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la **LOPJ** y de la **LECRIM** DE 1988 (arts. 781 A 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estatuto de 1987[63]. La primera que toca el tema, 1988[64], 1989[65], 1990[66], 1991[67], 1992,[68] 1993[69] y 1994[70]. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la S TC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado.[71]

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a las Cortes por una constitución del fiscal al lado del juez instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/ 1995, de 22 de mayo, reformado por las Leyes Orgánicas 8/ 1995 y 10/1995), en una mayor presencia del fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V **LECRIM**, reformados por dicha ley), aunque la disposición final cuarta, autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español[72]. Expuestos sucintamente el Derecho vigente español, y los intentos de reforma atinentes, nos vamos a detener, sin embargo, en la exposición dogmática, por tanto, contemplando la reforma, mejora, o incluso cambio por otro, de un sistema de enjuiciamiento criminal, tanto de los argumentos que harían factible la modificación de la autoridad instructora penal, como la de los que la desaconsejarían dando nuestra opinión relativa a España en 1996 al final.

Vista la situación del Derecho comparado que más nos puede influir, anteriormente recogida, es insoslayable para un procesalista preguntarse si es conveniente que deje el juez instructor la competencia para la formación de las causas penales en fase de procedimiento preliminar, cediéndola en favor del Ministerio Fiscal, o al contrario, que siga la situación institucionalmente como está. Opiniones para una u otra decisión no faltan.

1º) Argumentos a favor de que instruya el juez:

Defender en España la situación actual es menos problemático que proponer el cambio, porque el planteamiento correcto del tema exige considerar primero qué naturaleza tiene el Ministerio Fiscal, y después, cuál es la naturaleza de la fase de instrucción del proceso penal español, y en ello se puede decir que hay opiniones doctrinales mayoritarias.

---

[60] Véase MARCHENA GÓMEZ, M., **El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 179.

[61] Art. 15.1-2a. de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucionalmente por la S TC 60/1995, de 17 de marzo.

[62] Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., **El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992**, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1995, cuaderno 3, págs. 480 a 483, y 488 y 489.

[63] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, pág. 15.

[64] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1989, págs. 20 y 21.

[65] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1990, pág. 17.

[66] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1991, págs. 18 a 20.

[67] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1992, pág. 17.

[68] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1993, págs. 25 a 27.

[69] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1994, págs. 19 y 20, si bien sin mencionar explícitamente la cuestión.

[70] Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, pág. 32, en donde ya matiza el fiscal general que "el grado de entusiasmo ante tal perspectiva parece variable en el seno de la Carrera Fiscal", dando una serie de razones justificativas de esa opinión a continuación.

[71] Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid, 1989, pág. 395 y ss., esp. 430 y 431.

[72] Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado**, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 145 a 147.

La afirmación de facilidad se basa, en relación con la primera cuestión , en que es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/ 1981, de 30 de diciembre), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5), y la Constitución española de 1978 no le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional. Al contrario, el fiscal general del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 **EOMF**). El Gobierno puede pedir al fiscal general del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 **EOMF**), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 **EOMF**), y todos los fiscales-jefes de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del fiscal general del Estado (art. 41 **EOMF**). Claro es que con estas citas y razones no se quiere decir que la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal.[73]

Menos pacífico es el tema de la naturaleza del sumario o de las diligencias previas del proceso penal español. Parece que está más extendida la opinión de que tiene naturaleza jurisdiccional atendidos los fines consagrados en el art. 299 **LECRIM**, puesto que son ejercicio de potestad jurisdiccional las siguientes resoluciones que se adoptan en la fase de instrucción: Medidas cautelares, restricciones de derecho sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de fuentes de prueba (v. gr., entrada y registro), admisión de la acusación (querella, procesamiento, sobreseimiento), y práctica anticipada de la prueba. Pero eso no quiere decir que todas las actuaciones que se practiquen en el sumario tengan naturaleza jurisdiccional, pues no lo son las actividades dirigidas a averiguar contra qué persona se puede formular la acusación, de qué hechos se le pueden acusar o de qué fuentes de prueba se dispone para fundamentar la acusación, claro es que después tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual en el fondo puede mantenerse que también estamos ante el ejercicio de la potestad jurisdiccional[74].

Si ello es así, dicho con carácter muy general, antes de entrar a considerar los argumentos en particular, atribuir la instrucción al fiscal podría pensarse que es inconstitucional, porque constitucionalmente no es el órgano que tiene la potestad jurisdiccional. Esta consecuencia no es sin embargo, como veremos, tan lógica como parece deductivamente.

Expuesto lo anterior, las opiniones favorables a que instruya un juez, es decir, a mantener las cosas como están actualmente en España, son las siguientes[75]:

a) La instrucción es oficio de juez, no de parte, y encomendársela al fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas sino que se extiende también a su valoración, "lo cual postula en el instructor la imparcialidad del juez, no la parcialidad de la parte"[76].

Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructoras al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio "en eat iudex ex officio", porque el fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte[77].

b) La fase de investigación no solo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querella, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados , por lo

---

[73] Véase sobre estas cuestiones ORTELLS RAMOS, M., **Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica, Revista de Derecho Procesal, 1990, núm. 2, págs. 230 a 233.**

[74] Véase también sobre los temas planteados en el texto: ORTELLS RAMOS, M., **Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...**, , cit., págs. 233 a 236.

[75] El último resumen de este tema puede verse en SANCHIS CRESPO, C., **El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal**, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 48 a 54.

[76] La frase entrecomillada y las contundentes opiniones anteriores manifestadas en el texto por CARNELUTTI, F., Poner en su puesto al Ministerio Público, en "Cuestiones sobre el proceso penal" (trad. Sentís Melendo). Ed. jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, págs. 216 y 217

[77] En Costa Rica, se adhiere a la opinión de CARNELUTTI, con frases similares a las recogidas en el texto, LLOBET RODRIGUEZ, J. , Código de Procedimientos Penales..., cit., pág. 488.

que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del juez.[78]

c) La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial[79].

d) El art. 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional[80].

e) Trasladar la competencia para la instrucción al fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del juez: De facto instruiría la Policía Judicial, habría disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales[81], hay peligro de impunidad para personas "Gubernamentales", etc., argumentos que han sido puestos de manifiesto por los propios jueces y fiscales[82], y por la doctrina[83], todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos[84].

2° Argumentos a favor de que instruya el fiscal:

Optar a favor del cambio, es decir, ser partidario de que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal, es una postura atractiva desde hace unos años por diferentes razones, atendidos los países europeos en que se ha instaurado la reforma, y sobre todo los países latinoamericanos. Las razones del cambio de titular de la instrucción del proceso penal pueden girar en torno a las siguientes cuestiones.

1) Por prever el Derecho Procesal del país afectado un proceso inquisitivo, escrito, en el que instruye y falla el mismo juez, con lo cual se daría el primer argumento anteriormente anunciado, de carácter dogmático, de justificación de un modelo acusatorio.

2) Sin duda es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente los jueces y fiscales, a un régimen democrático.

3) También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el fiscal y la Policía, y por otro, las mismas, generalmente, las del juez, como vimos ya al principio de este escrito.

4) Finalmente, es asimismo fácil de admitir cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la verdad y justicia[85].

---

[78] Esta es la base de la argumentación de: DE LA OLIVA SANTOS, A., **Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal. Ed. PPU**, Barcelona, 1988, págs. 70 y 71.

[79] Véase la argumentación en: FAIRÉN GUILLÉN, V., **El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988**, en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Edersa, Madrid, 1992, t. III, "La reforma procesal penal", págs. 149 a 187; también publicado en la Revista Tapia, 1989, núms. de enero-febrero, y de marzo-abril.

[80] ORTELLS RAMOS, M., **Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...**, cit., págs. 236 y 237.

[81] Véase 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", Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 376 a 379.

[82] Véase por ejemplo, PORTERO GARCIA / REIG REIG / MARCHENA GÓMEZ, **Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/ 1988 (Procedimiento abreviado)**, Ed. Librería Jurídica, Bilbao, 1989, págs. 48 y 49.

[83] Véanse ORTELLS RAMOS, M., **Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...**, cit., págs. 257 y 258.

[84] Véanse ANDRÉS IBÁÑEZ, P. / CONDE-PUMPIDO TOURON, C. / FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. / PÉREZ MARIÑO, V. / VARELA CASTRO, L., "La reforma del Proceso Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 102 a 113; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., **Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal.** Revista de Derecho Procesal, 1994, núm.2, pág. 256

[85] Véase este último argumento clave en la reforma alemana, de gran importancia dogmática, en ROXIN, C., **Strafverfahrensrecht** (23 ed.), cit., págs. 48 a 51. También se ha dicho de acuerdo con el sistema alemán que el fiscal es die objektivste Behörde der Welt ("la autoridad más objetiva del mundo"), v. WOLF, M., **Gerichtsverfassungsrecht aller Verfarenszwige** (6 ed.), Ed. C.H. Beck, Munchen, 1987, pág. 295, sobre la organización de la Fiscalía Alemana, v. los141 y ss. GVG. en GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal alemán...**, cit., pág. 480 y ss.

La fundamentación de esta opción se basa naturalmente en argumentos científicos, que giran en torno a la profunda crisis, se dice, en que se encuentra inmersa en estos momentos la clásica figura del juez de instrucción[86]:

a) El sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial [87]. En otras palabras, existe una profunda contradicción entre el significado conceptual de la palabra "Juez" y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no corresponde ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a justicia[88].

b) El juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la constitucional[89]. Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido todavía la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida[90].

c) El Ministerio Fiscal instructor agilizaría la justicia, argumento defendido por todas las Memorias de la Fiscalía General del Estado, anteriormente citado[91], y presente en el Derecho comparado, visto en páginas precedentes, puesto que de entrada se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales, unas practicadas por el juez instructor, y las mismas por el fiscal, comentada **supra.**

d) La instrucción por parte del juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, también aludido anteriormente, basada en el principio acusatorio[92] nos parece más endeble, pues al menos con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar; la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenado por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada; y, finalmente, el juzgador no puede ver alterada su imparcialidad por aportaciones de hechos o de prueba al proceso[93]. Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la "luz y taquígrafos" en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propia de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo[94], pero

---

[86] Véanse GIMENO SENDRA, J.V., en MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTÉS DOMÍNGUEZ/ GIMENO SENDRA, **El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/ 1988,** Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 94; y VIVES ANTON, T.S., **Comentarios a la Ley de Medidas...**, cit., vol. II, pág. 113.

[87] Véanse SERRA DOMÍNGUEZ, M., **El Ministerio Fiscal,** Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1979, págs. 644 y 645; del mismo autor, **La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario**, en "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 723 y 724. A esta opinión se adhiere en Costa Rica CRUZ CASTRO, F., **La función acusadora...**, cit., pág. 54. Sobre la naturaleza jurídica del sumario y la posición del fiscal, v. PASTOR LÓPEZ, M., **El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal,** Ed. Universidad, Valencia, 1979, págs. 59 a 72 y 152 a 155.

[88] Véase VIVES ANTON, T.S., **Comentarios a la Ley de Medidas...**, cit., vol. II, pág. 117.

[89] Véanse VIVES ANTON, T.S., **Doctrina constitucional y reforma del proceso penal**, Revista Poder Judicial, núm. especial II, págs.101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., **La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal**, Revista Poder Judicial, núm. especial II, págs. 84 a 87.

[90] Se adhiere a esta opinión en Costa Rica GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., **La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Notas sobre la función requirente del Ministerio Público**, Ed. IJSA, San José, 1992, págs. 50 a 53.

[91] Véase también CALVO SÁNCHEZ, M.C., **La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre**, Revista la Ley, 1990, t. II, pág. 1085 y ss.

[92] Con carácter general, para España, véanse últimamente ASENCIO MELLADO, J.M., **Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal**, Ed. Trivium, Madrid, 1991, págs. 14 a 26; ARMENTA DEU, T. , **Principio acusatorio y Derecho Penal**, Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 a 74; MARTÍNEZ ARRIETA, A., **La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio**, Ed. Comares, Granada, 1994, págs. 24 a 29; y RUIZ VADILLO, E., **El principio acusatorio,** Revista del Ministerio Fiscal, 1995, núm. 1, pág. 89 y ss. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal** , Ed. Bosch Barcelona, 1951, t. II, pág. 447 y ss.; v. también FAIRÉN GUILLÉN, V., **La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español**, en "Temas...", cit., t. II, págs. 1205 y 1206; y GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal español,** Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1993, pág. 13 y ss. Para Argentina, v. MAIER, J.B.J., **Derecho Procesal Penal argentino**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, pág. 206 y ss.

[93] Véase sobre esta cuestión MONTERO AROCA, J. **La garantía procesal penal y el principio acusatorio,** Revista La Ley, 1994, t. I, págs. 979 a 983; y del mismo autor, **El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual,** Revista Justicia, 1992, núm. IV, págs. 781 a 786.

[94] Véase RAMOS MÉNDEZ, F., **El proceso penal. Lectura constitucional** (3. Ed.), ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 31 y 32.

centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que juez instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término "acusatorio" a la europea, y en concreto, en el sentido español recién indicado, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

Por otro lado y como derivación de lo atrás indicado, pero éste es un tema importante que excede los límites de este trabajo, no tenemos nada claro que la aspiración ideal del proceso penal español sea tomar como modelo el proceso penal norteamericano, no únicamente por razones históricas y culturales, sino porque encontramos dudosamente satisfactorias para nuestro país algunas de las soluciones a las que allí se ha llegado, por ejemplo, los extensos poderes de la Policía, la consideración como prueba de la confesión del acusado, la amplitud de la "plea bargaining", la configuración del jurado puro, particularmente su sistema de selección, la organización del derecho de impugnación, etc[95]. De hecho, si sirve como ejemplo, el nuevo proceso penal italiano ha seguido estas pautas, y la doctrina del país transalpino no está nada satisfecha con ello[96]. Lo cual debería hacernos meditar mucho.

e) El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el fiscal, generalmente por medio de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial[97].

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve[98], llegando a proponerse, más allá incluso, que el fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta[99].

Expuestas las anteriores argumentaciones, nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso pena de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho[100].

---

[95] Véase RAMOS MÉNDEZ, F., **El proceso penal. Lectura constitucional** (3. ed. J.M. Bosch, Barcelona ,1993, págs. 31 y 32.

[96] Véanse en general, aparte de la bibliografía citada en este artículo, AMODIO / BASSIOUNI, **Il processo penale negli Stati Uniti d 'América**, E.d. Giuffrè, Milano, 1988 **passim;** Y SCHUNEMANN, B., **¿Crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo)**, "Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pág. 49 y ss. Más en concreto, v. VERCHER NOGUERA, A., **¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?** Revista la Ley, 1987, t. II, pág. 923 y ss.

[97] Véase por todos, CHIAVARIO, M., **Procedura penale. Un Códice tra...**, cit., espe. pag. 105 y ss. En Italia, según nuestras noticias, se ha formado ya una comisión nacional para el estudio de la reforma del proceso penal.

[98] Véase MAIER, J.B.J., **La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, págs. 25, 26, 46, 47, y 50 a 62;** SUPERTI, H.C., Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal. La investigación fiscal preparatoria. Revista argentina Derecho Penal, 1992, núm.1, págs. 70 y 71; y en España , VIVES ANTÓN, T.S., **Doctrina constitucional... cit., pág. 102.**

[99] Véase GIMENO SENDRA, J.V., **El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional.** Poder Judicial, núm. especial VI, pág. 274.

[100] A una conclusión parecida han llegado los autores entre los que no estamos, de las **Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un Procedimiento Penal Justo**, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía "Les mouvementes de réforme...", cit. Revue Internationale de Droit Pénal, 1993, págs. 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: "La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decida la admisión de la acusación contra el sospechoso." Es decir, que da igual que instruya el fiscal o el juez, lo importante son otras cosas.

La base de esta afirmación es ideológicamente clara, y radica en los siguientes puntos:

1.- El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho[101]. Obligado a ello no está sólo el juez, sino también cualquier otra autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al Ministerio Fiscal.

2.- No sería inconstitucional en Española que instruyera el Fiscal, porque el art. 117.3 de la Constitución española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional[102], lo que, por cierto, siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial[103].

Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia Policía Judicial (prevista constitucionalmente, v. art. 126 de la Constitución española de 1978), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.

3.- Teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el Ministerio Fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria y cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un juez fuera inexcusable [104].

Es en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para "comparar", es decir, informarnos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por haber optado por la instrucción a cargo del fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.

3. Nuestra posición:

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto ¿ Es conveniente pues que hoy, en 1996, en España, a la vista de lo dicho hasta ahora, instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o es mejor que siga instruyendo la autoridad judicial?

La respuesta, recordando que para nosotros el tema es bastante nimio, debe ser dada con mucha prudencia, permaneciendo abiertos a todas las ideas. Pensamos que

---

[101] V. TIEDEMANN, K., en ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal** (trad. ARROYO ZAPATERO y GÓMEZ COLOMER), Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 134, 225 y 226; GÓMEZ COLOMER, J.L., **El proceso penal español, Ed.** Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1993, pág. 7; Idem, **El proceso penal español para no juristas**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 44.

[102] Entiende, por contra, que sí sería inconstitucional la atribución de la instrucción al Ministerio Público, ORTELLS RAMOS, M., **Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...**, cit., pág. 236 y ss., en donde con profusión de argumentos técnico-jurídicos, que no dogmáticos, llega a la conclusión de que el art. 117.3 CE, al otorgar a los jueces y magistrados en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, y no siendo el Ministerio Fiscal órgano jurisdiccional, veta la posibilidad de que se le pueda conceder a este poder en la instrucción que sean inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional misma.

[103] Con ello, matizamos nuestra opinión respecto a la mantenida en una breve nota, redactada en tono coloquial e irónico, titulado **No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal**, Revista Jueces para la Democracia, 1987, núm. 2, pág. 9, pues en aquella época nos pareció muy brusco el cambio que se quería dar (recuérdese que el Anteproyecto de lo que luego sería la LO 7/ 1988, atribuía sin más la instrucción al fiscal), y quisimos oponernos a la falta de meditación del prelegislador con argumentos contundentes. En lo que no hemos cambiado, como decimos al final de este escrito, es en nuestra opinión contraria a que instruya el fiscal, el argumento de la inconstitucionalidad es lo que precisamos.

[104] Lo que es admitido por todos los autores que están a favor de que instruya en España el Ministerio Público,v. GIMENO SENDRA, J.V., **El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución española**, en "Constitución y Proceso", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 69; del mismo autor, y más genéricamente, **El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica**, en "Comentarios a la Legislación Penal", t. Y (Derecho Penal y Constitución), Edersa, Madrid, 1982, pág. 327 y ss., y CALVO SÁNCHEZ, M.C., **Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal**, Revista Justicia, 1990, núm. Y, pág. 68.

no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos[105]:

a) Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-1°, 35.1 y 36 EOMF, por lo que el fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su art. 124.2);

b) Mientras el fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial;

c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico;

d) Mientras siga instruyendo de facto la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los jueces en España, por otra parte, como decíamos que sucede en Alemania[106].

e) Mientras en España no superemos la ridícula cifra de un fiscal por cada 31.153 habitantes[107], con lo cual difícilmente se pueden ver en esta medida efectos aceleradores, que habrá que aumentar considerablemente, no sólo al pasarle las funciones instructoras, sino también porque el fiscal instructor no va a poder ser luego el fiscal acusador, si se quiere garantizar también el principio del fiscal no prevenido o imparcial, totalmente necesario ante la nueva función;

f) Mientras la formación y perfeccionamiento judiciales no se orienten a cotas más profesionales, a pesar de las importantes reformas que han supuesto el Reglamento núm. 1/1995, de la Carrera Judicial, y el Reglamento núm. 2/1995, de la Escuela Judicial, publicados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE del 13 de julio);

g) Mientras no sea ésta la única reforma para llegar al principio de la mejor justicia para todos; y

h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los fiscales.

Y, obsérvese, a pesar de todo seguirá siendo necesario un juez de la libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a la actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el juez y en otros el fiscal, como en España, o que el juez pueda delegar determinados requisitos de la instrucción en el fiscal, como hemos visto que ocurre en Argentina en algunas provincias, porque no hay presupuesto económico que resista la doble infraestructura exigida.

Se observa, por tanto, que provisionalmente somos contrarios a que instruya el fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas, pero de tal importancia que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría indefectiblemente fracasar una reforma de tal entidad.

Nos mantenemos, pues, en nuestra opinión expresada hace unos años[108], insistiendo ahora, para finalizar, en que en el fondo este tema nos parece de los menos graves que tiene planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad, como dijimos antes, es que el proceso penal español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100% exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésta es otra cuestión[109]:

Véase PASTOR LÓPEZ, M., **El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)**, Revista de Derecho Procesal, 1967.

---

[105] Véase las opiniones al respecto de GIMENO SENDRA, J.V., **Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal**, Revista Justicia, 1988, núm. IV, págs. 832 a 834.

[106] Véase las opiniones al respecto de GIMENO SENDRA, J.V., **Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial**, Revista Justicia, 1988, núm. IV, págs. 832 a 834.

[107] Y en Alemania, v. PETERS, K., **StrafprozaBrecht...** (4° ed.), cit., págs. 166 y 167.

[108] Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., **No es conveniente...**, cit., pág. 10.

[109] Prueba de ello es que, por poner sólo un ejemplo, todavía no tenemos un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra los derechos fundamentales, de obligada creación conforme al art. 53.2 de la Constitución, cubierto temporal y deficientemente por el previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, aunque el Gobierno se comprometió a presentar la correspondiente Ley Orgánica en el Parlamento e instaurarlo antes del 9 de junio de 1995, si hacemos caso a pie juntillas de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre (B.O.E del 9), por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, plazo que por supuesto ya ha sido suficientemente superado.

HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE Y UN CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL

Observaciones desde el punto de vista del Derecho penal internacional

Kai Ambos

I. Introducción

La casi total impunidad para los crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos, producidos en la antigüa Yugoslavia o en países con menor interés público como Colombia o Perú, Togo o Liberia -para mencionar sólo algunos casos- nos llaman a reflexionar sobre el desarrollo futuro de mecanismos de justicia penal internacional. Los esfuerzos en esa dirección[1], que se remontan a los tribunales de guerra de Nuremberg y Tokio, experimentaron un sorpresivo empuje político al finalizar la Guerra Fría con el establecimiento de los tribunales *ad hoc* para la antigüa Yugoslavia[2] y Ruanda[3]. Recientemente también se han realizado esfuerzos de codificación tanto en el plano sustantivo como en el

* Estoy muy agradecido a la Srta. Virginia Morris de la División de Codificación de las Naciones Unidas y al Prof. Dr. Christian Tomuschat de la Universidad Humboldt de Berlín, al Dr. Simon de la biblioteca de la ONU en Ginebra y a la Dra. Schlunck del Ministerio de Justicia Federal (Bonn) por la información que me proporcionaron para la confección de este trabajo. Asimismo, me encuentro en deuda con Alicia Gil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED/España) y con Gustavo A. Bruzzone de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) por haber traducido al castellano este trabajo originariamente publicado en el European Journal for International Law (EJIL), t. 7, (1996), pp. 519 a 544.

** Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico para Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. Br.). Asistente científico de la Universidad de Freiburg i. Br.

1 Los trabajos para el establecimiento de un TPIP comenzaron al final de los años 40 pero, prácticamente, se suspendieron entre 1954 a 1981 (sobre antecedentes y desarrollo ver: *J. Deschênes*, Towards international criminal justice, *Criminal Law Forum (en adelante: CLF), vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 249-278, 272 y ss.; P. Burns*, An international criminal tribunal: the difficult union of principle and politics, *CLF, vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 341 a 380, 351 y ss.). En el periodo de la postguerra, particularmente la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) así como los profesores H.-H. Jescheck (Freiburg, presidente honorario de la AIDP), O. Triffterer (Salzburg) y Ch. Bassiouni (Chicago) han continuado trabajando sobre este tema. Bassiouni, por ejemplo, ha propuesto su propio preyecto:* Draft Statute International Tribunal, *Toulouse (AIDP), 1993.*

2 En adelante "Estatuto de Yugoslavia". El texto puede ser encontrado en el documento de las Naciones Unidas (NU) S/25704, del 3/5/93, párr. 32 y ss. Fue aprobado por la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS) del 25 de mayo de 1993. Las "Reglas sobre procedimiento y prueba" fueron adoptadas por el Tribunal el 11 de febrero de 1994 (Documentos de las Naciones Unidas (NU-Doc.) IT/32, 14/3/1994; 33 ILM, 1994, p. 493 y ss.) con reformas más recientes del 23/4/96 (IT/32/Rev.8). Respecto de la designación de defensores ver las "directivas para la designación de defensores" (IT/73/Rev. 2, 30/1/1995). Respecto del Estatuto **ver, en particular,** *K. Oellers-Frahm*, Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, **en: ZaöRV 54/2 (1994), ps. 416 a 445;** *B. Graefrath*, Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit, **en: Hankel/Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg 1995, ps. 295 a 324;** *J. C. O'Brien*, The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the former Yugoslavia, **87 EJIL (1993), ps. 639 a 659 y** *R. Zacklin/ D. Shraga*, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *5 EJIL (1994), ps. 360 a 380. Respecto al primer caso práctico* **(Tadic y Nikolic) ver** *L. Vierucci*, The First Steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, **6 EJIL (1995), ps. 134 a 149;** *R. Maison*, **La décision de la Chambre de première instance N° I du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Nikolic, 7 EJIL (1996), 284 a 299; y** *más adelante nota 2. Acerca de los antecedentes políticos* **ver:** *D. Forsythe*, Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia, **CLF vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 401 a 422. En cuanto a las "Reglas" ver** *J.E. Schutte*, Legal and practical implications from the perspective of the host country, relating to the establishment of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, **CLF vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 423 a 450, 431 y ss.;** *D. Nsereko*, Rules of procedure and evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, **CLF vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 507 a 555. En lo concerniente al** *Dayton agreement (acuerdo Dayton)*: **7 EJIL (1996), ps. 147 a 244. Un análisis global se encuentra ahora en** *Bassiouni/Manikas*, The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *N.Y., 1996.*

3 Resolución del CS 955 (1994), NU-Doc. S/Res/955 (1994), 8 de noviembre de 1994. Las reglas de procedimiento y prueba fueron adoptadas el 29/6/95 (ITR/ 3/Rev. 1), una segunda revisión fue realizada a mediados de 1996.

procesal. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante "CDI") elaboró un proyecto de estatuto para establecer un tribunal penal internacional permanente ("TPIP") en 1994 ("Proyecto de Estatuto de la CDI"[4]) y comenzó a reelaborar su "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad" aprobándose una versión preliminar en 1991 (en adelante Proyecto de Código de 1991[5]) y la final en 1996 (Proyecto de Código de 1996[6]).

De acuerdo con el Proyecto de Estatuto de la CDI la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) en la 49ª. Sesión de 1994 decidió establecer una «Comisión ad-hoc para el establecimiento de un TPIP», la que se desarrolló en dos sesiones en 1994. En la 50ª Sesión de 1995 la AG decidió, sobre la base del informe[7] de la Comisión ad hoc, designar un "Comité Preparatorio para el establecimiento de un TPIP" ("Com. Prep.") que deberá preparar el texto de una convención para ser analizado por los representantes plenipotenciarios. En su primera sesión, llevada a cabo entre marzo y abril de 1996, la Com.Prep. consideró cuestiones materiales, de procedimiento y administrativas[8]; en su segunda sesión (agosto de 1996) tomó en consideración el Proyecto de Código de 1996 y se ocupó de un mayor número de cuestiones procesales y organizativas para concretar el establecimiento de un TPIP[9]. En el año en curso (1997) se encuentran previstas tres sesiones para seguir adelante con la discusión.

Paralelamente, y de forma independiente, un comité de expertos se reunió en Siracusa (Italia) en junio de 1995 para discutir un proyecto alternativo («Proyecto alternativo») al Proyecto de la CDI[10]. Este proyecto alternativo fue luego ampliado con un proyecto de "Parte general" donde, en veintiún artículos, se describen las previsiones más relevantes que una ley penal puede contener en una parte *general*[11]. Muchas de las propuestas fueron adoptadas por la Com.Prep.[12] e influyeron en la redacción de la versión final del Proyecto de Código de 1996. El *cuadro comparativo* que se agrega al final de este trabajo nos brinda una visión de las más importantes previsiones del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia, del Proyecto de Estatuto de la CDI y del Proyecto alternativo.

Las consideraciones que se habrán de desarrollar a continuación intentan ofrecer una visión respecto de algunos aspectos procesales y materiales que se presentan en los proyectos mencionados. Debido al tamaño reducido de este trabajo y al número de cuestiones que deben ser consideradas no ha sido posible examinar todos los

---

4 "Draft Statute for an International Criminal Court" (Informe de la *CDI* de los trabajos de la 46ª. Sesión, 2/5-22/7/94, Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), registros oficiales, 49ª. Sesión, suplemento N° 10 (A/49/10), pár. 42-91, ps. 29 a 161). Respecto del proyecto del "Grupo de Trabajo" ver *J. Crawford*, The ILC's Draft Statute for an international Criminal Tribunal, 88 AJIL (1994), ps. 140 a 152; lo mismo en, The ILC adopts a Statute for an International Criminal Court, 89 AJIL (1995), ps. 404 a 416. Adicionalmente, varios otros proyectos también han influido a la CDI (ver *Bassiouni*, supra nota 1, p. 3 y ss., 28 y ss., donde se enumeran, en total, 11 proyectos oficiales y 10 no oficiales).

5 "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", (Informe de la CDI sobre el trabajo de la 45ª. Sesión, 29/4 al 19/7/91, AG, registros oficiales, 46ª. Sesión, Suplemento N° 10, A/46/10, p. 238 y ss.). Ver *Bassiouni* (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Toulouse (AIDP) 1993; *C. Tomuschat*, Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts, en: Hankel/Stuby (supra nota 2), ps. 270-294; *T. McCormack/G. Simpson*, The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions, CLF vol. 5, N° 1, (1994), ps. 1 a 55.

6 *CDI*, 48ª. Sesión, 6/5 al 26/7/96, NU-Doc. A/CN.4/L.532.

7 Ver el Informe del Comité ad hoc para el Establecimiento de un Tribunal penal internacional permanente, AG, registros oficiales, 50ª Sesión, Suplemento N° 22 (A/50/22).

8 Proyecto de Informe en "General Principles of Criminal Law", NU-Doc. A/AC.249/CRP.9, 4/4/96; ver, asimismo, *Lehtonen, IELR, 1996, ps. 274 a 276.*

9 Ver el Informe del Comité de Preparación del Establecimiento de un Tribunal penal internacional permanente, AG, registros oficiales, 51ª. Sesión, Suplemento N° 22 (A/51/22 y Add. 1). Ver también los trabajos de prensa en: http://www.un.org/smlogo.gif (Internet).

10 Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max-Planck-Institute für auländisches und internationales Strafrecht en Freiburg i. Br. (MPI), Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional - Proyecto alternativo al de la CDI (Proyecto de Siracusa), preparado por un Comité de Expertos, Siracusa/Freiburg i. Br., julio de 1995.

11 El grupo se reunió, por una iniciativa generada en Siracusa (Italia) en diciembre de 1995 y en el M.P.I. de Freiburg i. Br. en enero de 1996 y trabajó sobre las líneas de los „elementos" de una Parte General incluidos en el *Proyecto alternativo*, supra nota 10 (comentario al Art. 33). Sus participantes fueron: Prof. Eser (Freiburg i. Br.), Prof. Triffterer (Salzburg), Prof. Koenig (Michigan, USA), Prof. Lagodny (Dresden), Dr. Ambos and Dr. Vest (ambos de Freiburg i. Br.). Una versión modificada del proyecto se puede encontrar en el citado Proyecto de Siracusa Siracusa/Freiburg/Chicago, 15/3/96, Art. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2. La versión original se puede obtener del autor. Ver también *Triffterer, Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts, ÖJZ 1996, ps. 321 a 343, pág. 326.*

12 Ver, principios generales, supra nota 9.

problemas con la profundidad necesaria. No obstante, es de esperar que las referencias bibliográficas estimulen al lector a investigar más allá.

II. El nivel procesal: observaciones sobre un TPIP.

A. Fundamento legal y jurisdicción

En principio, el *fundamento legal* de un TPIP puede establecerse de dos maneras diferentes: a) por un tratado internacional o, b) por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS). La ventaja del segundo camino -y que fuera el empleado para los casos de Yugoslavia y Ruanda- es evidente. Permite establecer un TPIP como órgano subsidiario del CS sólo con la aprobación de nueve de sus quince miembros, incluidos los cinco permanentes (art. 27 III de la Carta de las Naciones Unidas)[13]. De esta manera, no hay necesidad de largas negociaciones o interminables compromisos sustantivos[14]. No obstante, y pese a la practicidad de este punto de vista, el fundamento legal de esta clase de tribunal es cuestionable desde la perspectiva del Derecho internacional público[15]. Sin embargo, se puede argumentar seriamente que en caso de graves violaciones a los derechos humanos existe el deber y no sólo el derecho de perseguirlas (que puede ser realizado aun en contra de la voluntad del Estado involucrado si no demuestra intención de perseguirlas adecuadamente[16]). La legitimidad de un TPIP depende, básicamente, del reconocimiento que de su jurisdicción hagan el mayor número de Estados posibles. La aceptación global constituye un prerequisito indispensable que habrá de redundar en el efectivo cumplimiento de las sentencias que se dicten. Frente a estos antecedentes, el modelo del CS se presenta como una especie de medida de coerción que sólo se justifica en casos excepcionales que reclaman de una jurisdicción ad hoc para satisfacer una situación manifiesta de necesidad internacional (como ocurrió en el caso de Yugoslavia) o cuando la demanda proviene de un nuevo gobierno (como ocurrió en el caso de Ruanda). De hecho el establecimiento de un tribunal internacional ad hoc se puede fundar en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas con argumentos bastante convincentes[17]. Por otro lado, el modelo del tratado no prevé el establecimiento de un TPIP como un órgano de las NU, más bien -y en ello reside una importante diferencia-, requiere que ese tribunal se establezca como un órgano adicional al resto de los de las NU y sobre la base de un tratado (así como ocurre con la CIJ; comparar art. 7°, parágrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas con el art. 1.° del Estatuto de la CIJ)[18]. Con base en los recientes comentarios formulados por los representantes de las delegaciones ante el Comité ad hoc de las NU, parece claro que un tribunal de esas características sería

---

13 Respecto de la distinción entre procedimiento y otras cuestiones en el sentido del Art. 27 II y III de la Carta de las NU ver *Simma/Brunner*; sobre el Art. 27, notas marginales 11 y ss., en: Simma (ed.): Charta der Vereinten Nationen, Kommentar, München 1991. Resoluciones basadas en cap. VII, por ello, no son cuestiones de procedimientos de las mencionadas en el sentido del Art. 27 II, pero siempre requieren de la mayoría calificada del Art. 27 III de la Carta de las NU (*ibíd.*, nota marginal 13). Por otro lado, uno puede considerar el establecimiento de un órgano subordinado, en principio, como una decisión procesal, pero el Art. 29 sólo ofrece competencia organizativa y no sustantiva (*Hilf*, Art. 29, nota marginal 27 y *Bothe*, Art. 38, nota marginal 39 en: Simma, supra). Sólo el cap. VII otorga esta competencia tomando, igualmente, la cuestión en "otra" (cuestión) dentro del sentido del Art. 27 III.

14 Estos han sido los argumentos más importantes, en el caso de la antigua Yugoslavia en favor del modelo del CS. Ver *O'Brien*, supra nota 2 p. 643: "... un tratado puede ser incierto y lento..." o *Shraga/Zacklin*, supra nota 2, p. 361: "... llevaría años."También *R.A. Kolodkin*, An ad hoc international tribunal for the prosecution of serious violations of international humanitarian law in the Former Yugoslavia, CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), ps. 381 a 399, 385 y ss., 391: "... el establecimiento ... por el sentido de una resolución del Consejo de Seguridad se presenta para la mayoría de los analistas como la opción que mejor responde a las demandas legales y a las necesidades prácticas de la situación."

15 Es particularmente incierto determinar de dónde se deriva la competencia del CS para someter actos cometidos en el territorio de un Estado, y en el marco de un poder jurisdiccional, a un Tribunal penal internacional sin interrogar al Estado acerca de si acepta o no esa sumisión por la vía de un acto formal de cesión o transferencia (ver *S. Oeter*, Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens. Ein Beitrag zu den Fragen der kollektiven und individuellen Verantwortlichkeit für Verletzungen des Humanitären Völkerrechts, en: ZaöRV 53 (1993), ps. 2 a 48, 34 y ss.; *Oellers-Frahm*, supra nota 2, ps. 417, 418). Para críticas adicionales, desde el punto de vista serbio, ver *D. Cotic*, Introduction, CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), ps. 223 a 236, 233.

16 Ver *Oellers-Frahm*, supra nota 2, p. 417; *C. Tomuschat*, International criminal prosecution: the precedent of Nürnberg confirmed, CLF vol. 5, N° 2 y 3 (1994), ps. 237 a 247, esp. 241 y 242 (también para el establecimiento sobre la base del cap. VII de la Carta de las NU). Para más detalles respecto a las obligaciones de perseguir ver también *K. Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht (con sumario en inglés), Freiburg/Br. (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), 1997, pág. 163 y ss. [próximamente publicada en castellano por CIEDLA, Buenos Aires, ed. Dyke, Medellín, y por la Comisión Andina de Juristas, Lima).

17 Cf. *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Appeals Chamber), Decision in Prosecutor vs. Dusko Tadic, *2/10/95, en 35 I.L.M. 32 (1996), 32 y ss. (también HRLJ 1995, 437). Para un análisis crítico que se ocupa de la base legal ver: J.E. Álvarez*, Nuremberg revisited: The Tadic case, *7 EJIL (1996), 245 a 264.*

18 Ello, ciertamente, requiere de una modificación de la Carta de las Naciones Unidas (*Jaenicke*, en cuanto al Art. 7, nota marginal 1 y s., en: *Simma*, supra nota 13; *Schutte*, supra nota 2, p. 447).

establecido como un "órgano judicial independiente originado en un tratado multilateral"[19].

En segundo lugar, surge la pregunta acerca de la jurisdicción por razón de la materia del TPIP (*subject matter jurisdiction*) ¿Sólo deben estar incluidos aquellos crímenes que "pertenecen sin duda alguna al Derecho consuetudinario"[20] -como lo estatuyó el CS y con algo más de extensión como lo hizo la CDI y el Proyecto Alternativo (art. 20 parágrafo 1°.)- o sólo los delitos tipificados en los instrumentos internacionales?[21] En este punto existe una relación inversamente proporcional entre el número de hechos incluidos y el número de países aceptantes: a mayor cantidad de conductas incluidas bajo esa jurisdicción menor será el número de países que querrán aceptarla[22]. Este problema puede ser reducido remitiendo todos los delitos que (únicamente) se encuentran reconocidos por tratado a una jurisdicción ad hoc con la consecuencia de que las partes en el estatuto puedan, todavía, decidir si desean aceptar la jurisdicción del TPIP caso por caso. La jurisdicción más importante (inherente/originaria) exclusiva que implica una aceptación ipso facto de la jurisdicción del TPIP con el acto por el que se es parte del Estatuto debe limitarse a los crímenes más importantes que conciernen a la comunidad internacional. Esta es la posición de la CDI[23] y la de la mayoría de los Estados que participan en el actual debate[24]. Es prácticamente una salida de compromiso entre lo políticamente posible en lo inmediato y los objetivos legales a largo plazo: "Podemos comenzar con el establecimiento de un tribunal con un modesto esquema de jurisdicción, con la expectativa de que algún día se convierta en la clase de tribunal internacional que muchos de nosotros deseamos"[25]. La jurisdicción *ad hoc* tendrá la función de ir ganando la confianza de los Estados y de convencerlos de la necesidad de establecer un TPIP a fin de obtener la aceptación general de su jurisdicción a largo plazo[26].

No obstante, la mera referencia a instrumentar un tratado internacional no es convincente y encierra el riesgo de minimizar la función del tribunal[27]. Este método, la llamada "propuesta-tratado", puede incurrir en contradicciones si el carácter convencional de un crimen en particular se considera como la base o el indicio decisivo por su importancia. Hay crímenes que no se encuentran reconocidos por la comunidad internacional a pesar de su codificación en tratados internacionales como, por ejemplo: las actividades mercenarias, o, también, hay crímenes previstos en los tratados que son menos graves que otros no incluidos pero que, sin embargo, se encuentran reconocidos en el Derecho internacional consuetudinario. A pesar de ello, estos crímenes no incluidos en los tratados -de acuerdo con la "propuesta tratado" no estarían dentro de la jurisdicción del TPIP. Por ejemplo, Bassiouni incluye dentro de la jurisdicción "crímenes" convencionales *relativamente* menores y

---

19 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, párr. 15; cf. también *Crawford*, 1995, supra nota 4, ps. 409 y 410.

20 Doc. NU S/25704, par. 34. Esto incluye los delitos referidos en las notas 85 a 103. Uno debe recordar que el correspondiente Art. 2-5 del Estatuto de Yugoslavia no creó derecho sustantivo sino que sólo definió el alcance de la materia sujeta a la jurisdicción del Tribunal (*Tomuschat*, supra nota 16, ps. 242 a 243).

21 Así *Bassiouni*, supra nota 1, p. 33 y ss. Ver también Art. 20 par. 2 *Proyecto de la CDI* y Art. 20 del *Proyecto Alternativo*, supra nota 10, con anexo que omite incluir algunos delitos mencionados en los tratados en adición a los cuatro grupos de delitos (ver notas 87 y ss.).

22 Por ello, hubo consenso en la XIV Conferencia de Derecho penal internacional en que "la competencia de un tribunal de esa clase debería encontrarse limitada a los delitos internacionales políticamente menos importantes" (*O. Triffterer*, Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, en: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 30 (1989), ps. 83 a 128, esp. 123).

23 Ver parágrafo 2 del preámbulo del *Proyecto de la CDI*: "Enfatizando que un tribunal de esa clase es concebido para ejercer su jurisdicción sólo respecto de los delitos más serios que conciernen a la comunidad internacional como un todo;" (resaltado en el original; Informe de la *CDI*, supra nota 4, par. 91, p. 44).

24 Cf. Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 4, par. 54, 91; *Crawford*, 1995, supra nota 4, p. 410.

25 *Bassiouni*, supra nota 1, p. 19 (traducción del inglés). Ver también *ibid.*, p. 57 y ss., el comentario del Art. 19 del Proyecto Bassiouni; allí se sostiene, correctamente, que la jurisdicción exclusiva originaria es "la dificultad política más difícil de superar" (p. 59).

26 Ver *Bassiouni*, supra nota 1, p. 61: "Este enfoque crea un aliciente para los estados/partes a experimentar con la jurisdicción del tribunal y eventualmente a ganar la confianza necesaria para acudir más frecuentemente al Tribunal." (Traducción del inglés).

27 Cf. Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 81.

prácticamente irrelevantes como: "delitos contra la navegación civil internacional", "delitos de drogas"[28] y "comercio internacional de materiales obscenos", pero no incluye ejecuciones ilegales y desaparición de personas[29]. El argumento meramente formal acerca de que en los últimos tratados los crímenes mencionados en segundo lugar no se encontraban previstos es inconcebible; por su gravedad ya se encuentran comprendidos dentro del Derecho internacional consuetudinario y son materia de persecución y castigo[30]. Mas aún, delitos tipificados en instrumentos internacionales son frecuentemente muy vagos como para poder ser directamente aplicados en el Derecho nacional; es por ello que se requiere de un proceso interno de transformación[31]. Si uno desea incluir todos los crímenes reconocidos internacionalmente no se debe limitar a los tratados internacionales. Lejos de ello; es mucho más consistente extender la materia que se encontrará sujeta a la jurisdicción del TPIP sólo a aquellos crímenes cuyo reconocimiento por el Derecho internacional general, incluida la costumbre internacional, se encuentra fuera de toda discusión, con independencia de su tipificación en instrumentos internacionales[32]. Esta propuesta no implica una disminución cualitativa frente al aumento cuantitativo de la "propuesta-tratado"; en especial si los crímenes contra la humanidad, reconocidos en todos los estatutos, son interpretados de manera amplia. En conclusión, la propuesta combinada que realizan tanto la CDI como el Proyecto Alternativo (art. 20) se presenta como más convincente[33]. Adoptar esa propuesta es, por razones de certeza, seguramente, preferible a incluir en un anexo al estatuto que se dicte, la lista de los crímenes incluidos en los tratados[34].

Un punto posterior a considerar es el de la *relación entre el TPIP y las jurisdicciones nacionales*. La CDI sigue el "principio de complementaricdad" estableciendo en su preámbulo que el TPIP debe "ser concebido como complementario al sistema de administración de justicia nacional en aquellos casos en los que el proceso judicial no sea viable o no sea efectivo"[35]. Aunque el principio forma parte del contexto en el que el estatuto debe ser interpretado, sus consecuencias prácticas no son muy claras. Esta cuestión, que es central, sólo ha sido señalada de forma indirecta dentro del texto del proyecto[36] (art. 35). Consecuentemente, algunos Estados entienden que es "una fuerte presunción en favor de las jurisdicciones nacionales" y otros, no[37]. La pregunta clave es la de determinar en qué casos el TPIP habrá de "complementar" la jurisdicción nacional o, para utilizar las palabras de la CDI: ¿cuándo un procedimiento judicial no es "viable" o "efectivo"? La cuestión se encuentra íntimamente

---

28 Ver también el apéndice II en cuanto al Art. 20 e) del Proyecto de la CDI, incluso Art. 3 (1) de la Convención de Viena sobre Drogas de 1988 (Informe de la *CDI*, supra nota 4, parágrafo 91, ps. 155 a 157). Esta previsión no hace más que establecer una distinción respecto de las diversas conductas que abarcan desde el cultivo, la mera posesión y el tráfico, con consideraciones sobre la sustancia -drogas blandas o duras-. Más allá, las convenciones existentes en materia de drogas no contienen normas lo suficientemente claras para ser aplicadas (ver *K. Ambos*, Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien - eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung-, Freiburg/Br. 1993, p. 128). Someter los delitos de drogas a la jurisdicción de un TPIP no sólo conduciría a una devaluación del concepto de delito sino que, inmediatamente, a un congestionamiento de trabajo. (Cf. *Crawford*, 1994, supra nota 4, p. 146 y *Bassiouni*, en: igual, supra nota 1, ps. 98 y 99).

29 Los 24 "delitos" mencionados en el Proyecto de Bassiouni se basan en 316 instrumentos internacionales (*Bassiouni*, supra nota 1, p. 40). Respecto a la necesidad de distinguir entre delitos internacionales de una manera más limitada en este contexto, ver, también, *Triffterer*, supra nota 22, ps. 103 a 112 (criticando la ausencia de diferenciación en el proyecto de Bassiouni de 1980).

30 Ver referencias en la nota 16.

31 Ver *Crawford*, 1994, supra nota 4, p. 143.

32 Sin embargo, ello genera otros problemas debido a que el número y el contenido de los delitos internacionales reconocidos se encuentra altamente debatido. Por ello, el "Grupo de Trabajo" de la CDI fue de la opinión que "las posibles controversias sobre la identificación o contenido de los delitos alcanzados por la ley internacional requieren de un tratamiento con mayores precauciones que aquellas dadas a los delitos basados en tratados..." (*Crawford*, 1994, supra nota 4, p. 145).

33 La inclusión del "delito" de "agresión", sin embargo, se presenta como problemática. La disputa en torno a la definición de agresión impidió que la CDI pudiera trabajar por más de 20 años. Como la resolución correspondiente de la AG tampoco clarifica este punto, el Proyecto de la CDI determina que un reclamo sobre la base de una agresión requerirá de una resolución constitutiva del CS (Art. 23 par. 2 i.V.m. 20 par.1 (b); ver también *Crawford*, 1994, supra nota 4, p. 147; Graefrath, supra nota 2, p. 305 y ss. y más adelante nota 75.

34 Ver, por ejemplo, la lista del Art. 20 e) del Proyecto de la CDI referido a 14 tratados (Informe de la *CDI*, supra nota 4, par. 91, ps. 147 a 161).

35 Informe de la *CDI*, supra nota 4, par. 91, p. 44 (traducción del inglés).

36 Cf. Art. 31 de la Convención de Viena sobre los Tratados (Doc. NU. A/Conf. 39/11/add.2, 1971, p. 287).

37 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafos 29 a 37 (traducción del inglés).

relacionada con la de la jurisdicción de un TPIP por razón de la materia y con el papel que la jurisdicción nacional puede jugar en el caso concreto. Extremando las consecuencias del principio de complementariedad se puede afirmar que la jurisdicción del TPIP se reducirá a unos pocos delitos especialmente graves ("hard core crimes")[38]. En estos casos, la intervención del TPIP dependerá del funcionamiento del respectivo sistema de administración de justicia penal nacional. Si no funciona en absoluto, por ejemplo: si no existe la capacidad ni la voluntad de investigar seriamente, la jurisdicción del TPIP puede ser invocada. Si, en principio, la administración de justicia nacional "funciona", por ejemplo: si investigaciones, más o menos serias, son iniciadas, el problema que se presenta como de difícil solución es el de poder establecer la línea que separa una investigación "suficiente" de otra "insuficiente", ya que la segunda determinará la competencia del TPIP. En el comentario que la CDI realiza en el preámbulo se establece que "...se entiende que operará en aquellos casos donde no existan perspectivas... de que las personas sean llevadas efectivamente a juicio ante las cortes nacionales"[39]. Los Estados sólo señalaron que "la intervención del tribunal donde se encuentre funcionando un sistema de administración de justicia (pero) que es utilizado como una pantalla, requiere de consideraciones muy cuidadosas"[40]. De aquí se puede concluir que deberemos enfrentarnos a un TPIP[41] complementario o "suplementario", cualquiera que sea el verdadero significado del término.

B. Procedimiento y otras reglas[42]

Las reglas de procedimiento siguen el sistema acusatorio en tanto el órgano de persecución investiga y prepara la acusación. El tribunal, por su parte, interviene en una especie de procedimiento intermedio a más tardar tras la presentación de la acusación. En un modelo "tratado" se presenta la cuestión acerca de si el CS por sí, independientemente de un Estado miembro, puede iniciar procedimientos sobre la base de una medida enmarcada dentro del capítulo VII de la Carta de las NU[43]. Uno puede sentirse escéptico sobre la legitimidad de una acción de esa clase, pero, en principio, no puede ser absolutamente excluida si se desea evitar la creación paralela de tribunales *ad hoc* por el CS en aquellos casos donde entienda que el TPIP no ha tomado debida consideración de sus intereses[44]. La cuestión juega un papel importante para los procedimientos futuros ya que -por lo menos de acuerdo al Proyecto de la CDI (art. 23 par. 3)- un procedimiento que se originó debido a una situación enmarcada dentro del capítulo VII, no se habría iniciado sin la previa autorización del CS. Con carácter general la cuestión más importante a resolver consiste en lograr un equilibrio correcto entre la necesaria independencia del TPPI y el papel protagónico que el CS tiene en el mantenimiento de la paz y la seguridad a nivel internacional. Debe mencionarse que los estados han sido particularmente críticos sobre el ejercicio de una jurisdicción exclusiva por parte del CS en los casos de agresión (art. 23 par. 2 Proyecto de la CDI)[45].

En todos los otros casos el fiscal debe probar *prima facie* que existe un caso y el tribunal debe determinar la admisibilidad de la acusación. No obstante, la CDI no ha previsto una definición para saber cuándo nos encontramos, *prima facie*, ante un caso. Debe recordarse que la mera acusación representa una seria injerencia en los derechos de la persona afectada; por ese motivo, la interpretación de cuándo nos encontramos, *prima facie*, ante un caso debe ser restrictiva. Por ese motivo, correctamente, el Proyecto alternativo lo definió como un estado: „de credibilidad tal que pueda -si no es contestado por la defensa- ser base suficiente para condenar al acusado" (Art. 2 pár. 2, trad. del inglés). Esta definición es similar a la denominada sospecha vehemente

---

38 Sobre estos delitos ver infra nota 92 y ss.

39 Informe de la *CDI*, supra nota 4, parágrafo 91, p. 44 (traducción del inglés); ver también Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 42.

40 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 45.

41 *Crawford*, 1995, supra nota 4, p. 415.

42 Ver el debate en general en el *Comité ad hoc* (Informe, supra nota 7, parágrafo 128 a 194).

43 Ver Art. 25 par. 4 en conjunción con el Art. 23 Proyecto de la CDI; en forma similar en el *Proyecto alternativo*, supra nota 10. Para una visión crítica ver *Graefrath*, supra nota 2, p. 307 y ss.

44 Cf. *Crawford*, 1995, supra nota 4, p. 413; Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 120.

45 Ver recientemente la discusión en el *Comité ad hoc* (Informe, supra nota 7, par. 71, ps. 120 a 126).

("dringender Tatverdacht") utilizada en la Ordenanza Procesal Penal alemana ("Strafprozessordnung") como un requisito de la acusación.

Más adelante el Art. 37 parágrafo 4 del Proyecto de la CDI prevé el establecimiento de una "cámara de acusación" especial, que, sin embargo, no se encuentra en las previsiones generales relativas a las cámaras (Art. 9). La función de esta cámara consistiría en llevar adelante un proceso escrito de evaluación de pruebas. El resultado de este "sumario" o "expediente de pruebas" puede ser utilizado en el juicio posterior. Este procedimiento es peligroso para el acusado y por ello sólo debería ser admitido si existió asistencia jurídica[46].

El *orden de la etapa del juicio* tiene similar importancia. La lectura de la acusación y el informe así como el examen personal y la declaración del acusado se deben realizar antes de que se presenten las pruebas. La presencia del acusado es especialmente significativa para su defensa. Son posibles diferentes soluciones. El Proyecto de la CDI y -de manera más restringida- el del Poyecto alternativo permiten el juicio *in absentia* (Art. 37 par. 2)[47]; no así los estatutos para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Por razones prácticas, un juicio in absentia no puede ser prohibido de manera absoluta; ello, sin perjuicio de que las críticas legales y políticas que puedan suscitarse deben ser tomadas con la debida seriedad[48]. En todo caso, las excepciones sólo deben ser permitidas bajo circunstancias claramente establecidas. El papel correcto del tribunal -activo como en el sistema mixto -instructorio ("instruktorisch") o pasivo como en el sistema de partes ("adversarial system") puro- es otro tema de discusión[49]. Por último, debería llegarse a una combinación de los dos sistemas dominantes -el sistema de partes anglonorteamericano y el continental mixto-.

Todos los estatutos separan la *etapa de juicio* -concerniente a la culpabilidad del acusado- de la *etapa de sentencia* ("Schuldinterlokut"). Los que se encuentran a favor de esa clase de separación tienen en cuenta que ello evita que el tribunal -normalmente un jurado- decida respecto de la cuestión de culpabilidad incorrectamente influido por información relativa a las circunstancias personales del acusado (información que sólo es requerida a efectos del dictado de la sentencia); sin embargo, el TPIP no es un jurado y no puede sostenerse seriamente que ninguna información relativa a las circunstancias personales del acusado llegará a conocimiento de los jueces de un tribunal internacional o que esa clase de jueces puedan ser influidos negativamente por esta vía. Por ello, la división del juicio en dos etapas se presenta como innecesaria.

Dada la ausencia de normas internacionales referidas al *ámbito de las penas* uno debe referirse a la ley nacional[50]. Es altamente improbable que existan niveles comunes en el plano internacional. Por ello, la mera referencia al encarcelamiento o a la multa como clases de pena (cf. Art. 47 Proyecto de la CDI) sin especificar su duración o monto puede lesionar el principio de *nulla poena*[51]. En este contexto se presenta la cuestión general de la *ley aplicable*. Sólo habrá una solución satisfactoria si la ley aplicable en un caso particular se encuentra, o vinculada a la jurisdicción correspondiente al caso o, si el propio estatuto determinó claramente cuál es la ley

---

46 Art. 37 parágrafo 4 del *Proyecto Alternativo*, supra nota 10. Cf. Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 168.

47 El Art. 37 parágrafo 2 del Proyecto de la CDI admite un juicio *in absentia* sólo como excepción [(a) "por razones de seguridad o de enfermedad", (b) "el acusado continuamente impida la celebración del juicio", (c) „se ha fugado]. El Art. 37 par. 2 del *Proyecto Alternativo*, supra nota 10, es más restrictivo, admitiendo el juicio in absentia sólo si "(a) el acusado expresamente a eludido su derecho de comparecer; (b) ... continuamente impide el juicio; (c) luego del comienzo del juicio ... se ha fugado de su custodia legal ... o ha violado los términos de su caución."

48 De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de las NU, el Art. 14 (3) (d) de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prohíbe un juicio *in absentia* si todo se realizó para informar y notificar debidamente al acusado (ver Mbenge v. Zaire, N° 16/1977, Decisiones seleccionadas del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional, vol. 2, UN-Doc. CCPR/C/OP/2, at 76ff.; ver también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Colozza, v. Italy, 89 Eur. Ct. H.R., ser. A, 1985). Ver también el Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 164 a 167.

49 Ver la diferenciación en: *W. Perron*, Rechtsvergleichender Querschnitt, del mismo (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslandes, Freiburg (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) 1995, ps. 560 a 567.

50 Esto es evidente si, como en el caso yugoslavo, el estado afectado ha transformado los tratados internacionales en su derecho interno y ha establecido las correspondientes directrices para el dictado de sentencias. No obstante, desafortunadamente, el estatuto no se refiere a estas directrices para las sentencias sino sólo para la práctica en general (*Oellers-Frahm*, supra nota 2, p. 427).

51 El *Proyecto Alternativo*, supra nota 2, al menos prevé una sentencia mínima de no menos de un año y una multa apropiada. Ver también el Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 187 a 190. No obstante, la doctrina dominante considera que el principio de nulla poena sólo requiere el establecimiento de una pena genérica; una indicación concreta de la clase, extensión o monto no es necesaria (cf. *Triffterer*, Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht, en: Hankel/Stuby, supra nota 2, ps. 169 a 269, allí también 218 y 219).

aplicable. El CS ignoró esta cuestión en los estatutos de los Tribunales *ad hoc*. El Proyecto de la CDI lo ha previsto pero de manera poco satisfactoria. Es poco clara la referencia a "este Estatuto; los tratados aplicables y los principios y reglas del derecho internacional" (Art. 33 a), b)), si, por otra parte, la discusión en torno a la delimitación de la materia que se encontrará sujeta a jurisdicción, demuestra que el número de leyes criminales universalmente reconocidas es muy limitado. Aún menos convincente es la referencia a "... toda regla del derecho nacional... aplicable extensivamente" (Art. 33 c)): la cuestión es determinar con qué extensión la ley nacional es aplicable en un caso concreto[52]. El Proyecto alternativo al menos expone módicamente sus reparos del problema refiriendo, en este contexto, a las "cuestiones abiertas y elementos que deben ser regulados en una Parte General"[53].

Respecto de la *ejecución de la sentencia* se puede presentar la situación de que ningún estado quiera alojar al sentenciado ¿Quién querrá hacerlo con criminales como Karadzcic, líder de los serbio-bosnios o como el -recientemente fallecido- traficante de drogas colombiano Pablo Escobar? Para estos casos ningún estatuto presenta una solución convincente. A largo plazo es posible que la CDI establezca sus propias instalaciones penitenciarias en áreas extraterritoriales; no obstante, incluso bajo estas circunstancias, el país afectado deberá consentir los encarcelamientos dentro de su territorio[54].

La referencia a *liberaciones o previsiones de atenuación* de la pena a nivel nacional implica el peligro de poder burlar la sentencia impuesta por el TPIP. Por ese motivo, en el estatuto se deben incluir limitaciones derivadas del Derecho internacional. Una remisión absoluta de una sentencia en casos de graves violaciones a los derechos humanos no puede ser permitida[55]. En todo caso, las decisiones relativas a concesiones parciales de disminución de la pena deberían ser tomadas por el propio TPIP[56].

Más allá de los problemas teóricos y técnicos implicados, uno no debe perder de vista que el tema central en todo sistema procesal es de naturaleza político-criminal: garantizar el apropiado equilibrio entre los derechos del imputado, o acusado, y la eficiencia de la persecución. Afortunadamente, parece existir consenso entre los Estados involucrados en este debate para que ese equilibrio sea asegurado[57].

III. El nivel sustantivo: observaciones sobre un Código Penal Internacional

A. Parte General

El *concepto de delito* utilizado en el Proyecto de Código de 1991 fue una marcada indicación de su carácter político[58]. En lugar de establecer una definición clara el Art. 1° se refiere a "delitos (bajo la ley internacional)". El Proyecto de Código de 1996, aunque no establece una clara definición, constituye un avance porque se refiere a los crímenes definidos en la parte especial y estos delitos han sido sustancialmente reducidos. Amenaza de agresión, intervención, dominación colonial, mercenarios y comercio ilícito de drogas han sido excluidos [para más detalles infra parte B)].

La cuestión de cómo las *circunstancias subjetivas* de un acto criminal („motivos" en el lenguaje del Proyecto de Código de 1991 e "intención" en el de 1996) deben ser tratados, no ha sido resuelto en forma satisfactoria. Afortunadamente, el Proyecto de Código de 1996 eliminó el confuso art. 4 del Proyecto de 1991[59]. Los elementos subjetivos ahora se encuentran incluidos en las previsiones relativas a la responsabilidad individual

---

52 Para los comentarios críticos de los Estados cf. Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 52/53.

53 *Proyecto alternativo*, supra nota 10, comentario al Art. 33 (trad. del inglés). Estos elementos fueron volcados en términos concretos a comienzos de 1996 (*supra nota 11*).

54 Esta es la tendencia del Proyecto Bassiouni como se sostiene en el comentario al Art. 28: "El Tribunal podrá también alojar a sus condenados en sus propios centros de detención, que podrán ser establecidos por la Convención de conformidad con un acuerdo de alojamiento entre el Tribunal y el Estado donde el centro de detención se establezca" (*Bassiouni*, supra nota 1, p. 79).

55 Ver *Ambos*, supra nota 16, p. 209 y. s.

56 Art. 60 del *Proyecto alternativo*, supra nota 10.

57 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 132.

58 Para la discusión en el marco de la CDI ver el Informe de la *CDI*, supra nota 4, parágrafos 109 a 117; e Informe de la CDI sobre los trabajos de la 47ª. Sesión, 2/5 al 21/7/95, AG, registros oficiales, 50ª Sesión, suplemento N° 10 (A/50/10), par. 47.

59 En el Art. 4 dice: "La responsabilidad ... no se verá afectada por otros motivos ... que no se encuentren alcanzados por el delito".

por las que un individuo responde si él o ella "intencionalmente cometen esa clase de delito" [Art. 2 par. 3 (a)]. Ello significa que la responsabilidad presupone, al menos, el dolo general previendo además que ciertos delitos requieren de un dolo específico (en particular el delito de genocidio). Sin embargo, todavía persiste alguna duda ya que el art. 2 incluye una serie de previsiones que pueden conducir a atribuir responsabilidad meramente *objetiva* (por ejemplo: órdenes de comisión, omisión, ayudar, fomentar, participar directamente, incitar, atentar, etc.) sin aclarar si estas conductas requieren, también, de conocimiento y voluntad (dolo). Dado que hubo consenso en la CDI sobre la cuestión de que el dolo era un elemento necesario del delito y el desacuerdo existió únicamente sobre si ello debía ser expresamente explicitado, se puede argumentar que el requisito del dolo es evidente en sí mismo. En efecto, algunos miembros de la CDI consideran a los elementos subjetivos como una parte inherente de los crímenes internacionales y por ello no advierten la necesidad de establecer una norma explícita al respecto, mientras que otros desean incluirla explícitamente en la norma que regula la responsabilidad individual[60]. Así, la solución propuesta por el Proyecto de 1996 parece ser un compromiso en el sentido de que menciona expresamente el dolo general, pero no lo regula válidamente de manera independiente y general. Con respecto a la conducta *negligente* el nuevo art. 2 parece dejar claro que no debe ser punible. Esto se corresponde con el Proyecto alternativo que incluye como elementos mentales sólo al "conocimiento" y a la "intención" (Art. 33-7).

En el campo de las *eximentes (defences)* es llamativo que las cuestiones relativas a las órdenes superiores y responsabilidad de los mandos superiores requieran tres artículos (Art. 5 a 7), mientras que otras eximentes no son siquiera mencionadas. Esto se debe, parcialmente, a la experiencia práctica obtenida de los juicios por crímenes de guerra seguidos contra los nazis que mostraron claramente que la orden del superior es la defensa más utilizada[61]. Otras eximentes ni siquiera han sido consideradas por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (en adelante: Estatuto del TMI) ni por posteriores instrumentos internacionales[62]. Así, la historia legal ofrece argumentos de peso en favor de dejar al tribunal la decisión sobre la admisión de una eximente "de acuerdo con los principios generales del derecho a la luz de las características de cada delito" (Art. 14 del Proyecto de Código). Es claro que los defensores querrán -como lo hicieron en Nuremberg y en los juicios posteriores- alegar eximentes provenientes del derecho nacional. Entonces el tribunal tendrá que decidir sobre la validez general y la aplicación concreta de la eximente. La CDI, sin perjuicio de no mencionarlos en el proyecto, tiene cuatro eximentes en mente: defensa propia, intimidación o coerción, error de hecho y edad del imputado[63].

La división final entre eximentes (Art.14) y circunstancias atenuantes (Art.15) -introducida para evitar las críticas de la vieja disposición que mezclaba los dos conceptos[64]- tiene en cuenta que los fundamentos de la justificación pertenecen a los elementos constitutivos del delito mientras que los que rigen en materia de atenuación deben ser considerados en el marco de la sentencia. Una separación posterior entre las eximentes (en relación con la justificación y la excusa)[65] -aunque ha sido reconocida y discutida por la CDI[66]- no han sido consideradas necesarias. De esta manera continuarán existiendo los problemas estructurales causados por un enfoque que no establece una diferenciación entre justificación y excusa, por un lado, y consideraciones respecto de la sentencia por otro.

---

60 Ver 12.° Informe del *Relator Especial* (de la „Part I", Art. 1-14): Doc-NU A/CN.4/460 del 15/4/94 (46ª Sesión en 1994), par. 30 y ss.; Informe de la *CDI*, supra nota 58, par. 49. Sobre los elementos generales del delito ver *Triffterer*, supra nota 51, p. 219 y ss.; *Tomuschat*, supra nota 5, p. 286 y ss.

61 Ver para el *Juicio de Nuremberg* **contra los mayores criminales de guerra: US-GPO,** Nazi Conspiracy and Aggression, *Washington D.C. 1946-48, 9 vol.; para los doce juicios ante Cortes Militares de los USA* **en Nuremberg: US-GPO,** Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, *vol. I-XV, Washington D.C., 1950-1953; para otros juicios*: *UN-War Crimes Commission (Comisión de las NU para los Crímenes de Guerra),* Law Reports of Trials of War Criminals, *vol. I-XV, London, 1947-1949.*

62 Cf. *CDI*, supra *nota 6, p. 74 y. s. referidos a genocidio, Convenciones de Ginebra y sobre "apartheid".*

63 *CDI*, supra *nota 6, p. 3 y ss.*

64 *Eser*, en: Bassiouni supra nota 5, p. 48 y ss.; *Robinson* en: ibid., p. 199 y ss.; 12.° Informe del Relator Especial, supra nota 60, par. 135 y ss.

65 Ver *Eser/Fletcher* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse, comparative perspectives, 2 vol., Freiburg 1987 y 1988 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

66 Cf. Informe de la *CDI*, supra nota 4, parágrafos 176 a 190, esp. 179; *CDI*, supra *nota 6, p. 2.*

Con respecto a la *orden del superior* el Proyecto de 1996 enmendó el viejo y confuso art. 11[67] y tomó en cuenta una propuesta del „Drafting Committee" (basado en el art. 8 del Estatuto del TMI). El art. 5 excluye ahora la orden como una razón para la exención del castigo pero prevé la atenuación "si la justicia así lo requiere" ("if justice so requires"). El ajuste refleja el Derecho internacional convencional y consuetudinario en la materia[68]. Sistemáticamente, sin embargo, la eximente basada en la orden del superior se ha convertido en una circunstancia atenuante (cf. art. 15 del Proyecto de Código de 1996). El art. 6 mantiene la regla de responsabilidad de los mandos superiores (Art. 12 del Proyecto de Código del 1991) y el art. 7 excluye la doctrina del acto del Estado (Art. 13 Proyecto de Código de 1991, basado en el art. 7 del Estatuto del TMI).

Desde el punto de vista de los informes del relator especial la prohibición de *retroactividad (nullum crimen, nulla poena sine lege)*, con base en los tratados internacionales de derechos humanos[69] se encuentra fuera de toda discusión. De esta forma, finalmente ha sido adoptado por el Proyecto de Código de 1996 (Art. 13). No obstante, el sentido exacto del principio en el Derecho penal internacional no está totalmente claro[70]. El art. 13 parágrafo 2 del Proyecto de Código de 1996 establece que solamente podrá ser perseguido el acto criminal que sea punible en el momento de su comisión "de acuerdo con la ley internacional o nacional", con independencia de la existencia de un TPIP[71]. Queda todavía una cuestión abierta relativa a qué actos criminales, en concreto -especialmente respecto de los denominados crímenes contra la humanidad-, se encuentran incluidos en esta afirmación general[72]. De acuerdo con el parágrafo 2 del art. 13 la punibilidad de un acto en la ley nacional es suficiente. Esto es obviamente correcto ya que la incertidumbre sólo existe respecto de la aplicación de la ley internacional. Ciertamente el Derecho internacional contemporáneo no requiere de una detallada descripción escrita de una cierta conducta como criminal (como consideran los juristas del Derecho continental). Es suficiente que la ilicitud de una cierta conducta sea universalmente aceptada y, por ello, su castigo no será considerado ilegítimo. Ello fue reconocido en los juicios a los criminales de guerra nazis[73] y, recientemente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[74]. No obstante, al menos una previsión del Proyecto de Código colisiona con la prohibición de retroactividad[75].

Por otro lado, a la luz del principio de *nulla poena* nos debemos preguntar qué grado de claridad y definición deben tener las penas [76]. El art. 3 del Proyecto de Código de 1996 deja la determinación de la pena al criterio del TPIP sólo fijándole como límite o pauta de determinación, que "el castigo sea mensurado en relación a la clase y gravedad del delito".

El art. 7 del Proyecto de 1991 excluye la aplicación de *la prescripción*. Algunos Estados lo han criticado, manifestando que el concepto de delito del Proyecto de

---

67 Se encuentra previsto que el actuar bajo una orden no excluye la responsabilidad criminal si "en las circunstancias del momento era posible ... no cumplir con la orden".

68 Cf. *Ambos, supra nota 16, p. 294 y. s.*

69 Ver Art. 15 ICCPR, 7 ECHR, 9 ACHR, 11, II Declaración Universal de los Derechos Humanos y *Crawford*, 1995, supra nota 4, p. 414.

70 Respecto de la importancia del principio del *nullum crimen en el Derecho penal internacional ver la obra fundamental de O. Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, *Freiburg 1966; recientemente Ambos*, Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, Strafverteidiger 1997, ps. 39-43. *Respecto de los delitos en particular ver nota 87 y ss.*

71 Ver también *Swart*, en: Bassiouni, supra nota 5, p. 187.

72 Ver, por ejemplo, la nueva perspectiva empleada por *T. Meron*, International Criminalization of Internal Atrocities, 89 AJIL (1995), ps. 554 a 577, aplicando el principio del nullum crimen a un Art. 3 común y II Protocolo de las Convenciones de Ginebra (ps. 565 a 566).

73 Ver *UN-War Crimes Commission, supra nota 61, 1949, vol XV, ps. 166 a 170.*

74 Informe ECHR reports, series A, vol. 335-B y 335-C (*SW v. UK; CR v. UK); cf. Ch. Greenwood*, International Humanitarian Law and the Tadic case, *7 EJIL (1996), ps. 265 a 283, p. 281; Meron*, supra *nota 72.*

75 El art. 16 refiere al delito de agresión (ver también notas 33 y 103). El CS determina -de acuerdo con el Proyecto de Estatuto de la CDI- su existencia. Esta determinación, no obstante, debe tener lugar luego de la comisión de la agresión, por ej. elementos constitutivos del acto se producen retroactivamente (ver *A. Eser*, en: Bassiouni, supra nota 5, p. 45 y *Swart*, en: ibíd., ps. 188, 189; *Tomuschat*, supra nota 5, p. 278). Para la discusión crítica ver el Informe de la *CDI*, supra nota 58, parágrafo 67 a 70. Respecto de la violación del principio del nullum crimen por el Estatuto de Yugoslavia desde la perspectiva eslovena ver: *Dolenc*, supra nota 58, ps. 458 y 459.

76 Ver lo dicho en supra nota 51.

Código es demasiado extenso como para justificar la exclusión de la prescripción para todos los delitos regulados. El relator especial, por ese motivo, propone su eliminación[77]; el Proyecto de 1996 siguió esta propuesta. Desde el punto de vista del Derecho penal internacional esta decisión es problemática ya que la obligación de perseguir ciertos delitos internacionales puede implicar la exclusión de la prescripción[78]. Por ese motivo, en vez de eliminar el artículo, la solución que diferencia los delitos de acuerdo con su gravedad[79] se presenta como más convincente.

Las previsiones restantes se ocupan, en cierta medida, de cuestiones *procesales*. El art. 11 que establece *garantías procesales* se encuentra basado en el art. 14 del TPIP y es similar al art. 41 del Proyecto de la CDI. Esencialmente se garantiza el juicio justo (fair trial). La regulación del principio *ne bis in idem* en el Proyecto de Código de 1991 (Art. 9) ha generado muchas críticas. Ello se encuentra íntimamente ligado al principio de complementariedad antes mencionado debido a que, indirectamente, rige en la relación entre el TPIP y la jurisdicción local. Las críticas determinaron que el relator especial propusiera una reformulación basada en el art. 10 del Estatuto de Yugoslavia y el art. 42 del «Proyecto de Estatuto de la CDI»[80]. Esta propuesta fue tenida en cuenta por el Proyecto de Código de 1996 (Art. 12). El principio representa una indispensable protección para aquellas personas acusadas que ya han sido juzgadas por el TPIP; de esta manera no podrán ser juzgadas nuevamente por tribunales nacionales. Por otro lado no alcanza a personas que -por razones políticas- quedaron impunes ante sus tribunales nacionales y, efectivamente, merecen ser juzgadas. Las previsiones mencionadas resuelven el dilema garantizando una aplicación no restringida del principio *ne bis in idem* solamente en caso de una primer sentencia del TPIP; por otro lado, el TPIP puede proceder contra una persona juzgada por un tribunal nacional si ésta ha sido sentenciada sólo por delitos "comunes" en vez de delitos "internacionales"[81] o si el juicio no fue imparcial o si la acusación no fue seriamente presentada[82]. Adicionalmente, el art. 12 del Proyecto de Código de 1996 -teniendo en cuenta la propuesta de la CDI- autoriza otro juicio ante un *tribunal nacional* si el mismo hecho fue cometido dentro del territorio del Estado afectado o si el Estado fue la "víctima principal" del hecho [Art. 12 par. 2 (b)]. Se debe tener en cuenta los períodos previos de encarcelamiento para evitar condenas excesivas (Art. 12 par. 3). Esta previsión, de todas maneras, sólo se aplica al TPIP[83]. Por ello, sigue sin aclararse si los tribunales nacionales al iniciar un segundo proceso de acuerdo con el art. 12 par. 2 (b) deberán tener que tomar en consideración los períodos de encarcelamiento ya sufridos. La posición del acusado es -en relación con la incertidumbre que existe en este tema- extremadamente vulnerable.

---

77 12°. Informe del *Relator Especial*, supra nota 60, par. 81.

78 Explícitamente para el genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cfr. la correspondiente Convención de las NU del 26/11/68 (UNTS volumen 754, p. 73); ver también el 12.° Informe del *Relator Especial*, supra nota 60, parágrafo 78 y ss.

79 Ver *Bassiouni*, en: el mismo, supra nota 5, p. 163. La discusión inicial de la CDI también tomó esta dirección (cf. Informe de la *CDI*, supra nota 4, parágrafo 147/153, esp. 151, 152).

80 Ver 12°. Informe del *Relator Especial*, supra nota 60, par. 89 y ss. (104). Para un enfoque crítico respecto del art. 9 ver *Swart*, en Bassiouni, supra nota 5, p. 173 y ss.

81 La distinción entre delitos „ordinarios" e „internacionales", no obstante, no se encuentra en discusión ya que el art. 14 par. 7 ICCPR ya prohíbe un segundo juicio si el acusado fue sentenciado „de acuerdo a la ley y el procedimiento penal de cada país"; por ejemplo: de acuerdo con la ley penal nacional (ordinaria) (see *Crawford*, 1994, supra nota 4, p. 149; Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 179). Respecto al conflicto del art. 10 del Estatuto de Yugoslavia con la Constitución de Eslovenia ver *P. Dolenc*, A Slovenian perspective on the statute and rules of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, CLF vol. 5, No. 2-3 (1994), ps. 451 a 469. En favor de la regulación, ver *Nsereko*, supra nota 2, ps. 514, 515.

82 *Graefrath*, supra nota 2, ps. 301, 302 y 310/311. Esta clase de casos pueden también presentarse en el ámbito nacional en cuanto a remisiones de castigo, en particular amnistías, indultos y perdones, sean demasiado generosas. El art. 42 par. 2b del *Proyecto Alternativo*, supra nota 10, es por ello correcto al incluir estas medidas.

83 El art. 12 par. 3 establece: „ ... el tribunal ... tomará en cuenta la extensión de toda pena impuesta por un tribunal nacional ... que ya ha sido cumplida"; „el tribunal" en este sentido quiere decir el TPIP, no una „corte nacional" (= Art. 9 par. 5 del proyecto del Comité del Proyecto =UN-Doc. A/CN. 4/ L.506 del 22/6/95, de distribución limitada). Los miembros del Comité del Proyecto son: Alexander Yankov (chairman), Doudou Thiam, Husain Al Baharna, James Crawford, Gudmundur Eiriksson, Qizi He, Peter Kabatsi, Mochtar Kusuma-Atmadja, Igor Ivanovich Lukashuk, Guillaume Pambou-Tchivounda, Robert Rosenstock, Alberto Szekely, F. Villagran-Kramer, Edmundo Vargas Carreno y Chusei Yamada.

Debe señalarse que todas estas reflexiones suponen la existencia de un TPIP. Ante la ausencia de un TPIP el rango del principio *ne bis in idem* es poco claro: son tantos los Estados que no lo reconocen que no puede sostenerse su validez universal[84]. En casos en que sea posible una múltiple persecución, la protección suficiente de los imputados sólo puede ser lograda si los Estados afectados acuerdan en un nivel diplomático -con base en una investigación ya iniciada- dónde deberá desarrollarse el juicio y dónde deberá ser ejecutada la sentencia[85]. Por ello, un Código internacional debe contener un compromiso para efectuar consultas bilaterales a fin de evitar dobles juzgamientos; una detallada regulación del principio *ne bis in idem* debiera ser desarrollada y prevista en el Estatuto del TPIP.

Las cuestiones antes mencionadas se encuentran íntimamente relacionadas con el establecimiento de una *jurisdicción nacional* para crímenes internacionales y *cooperación internacional* entre los Estados y, entre un TPIP y los Estados. Mientras que el Proyecto de Código de 1991 omite esta cuestión el de 1996 contiene detalladas reglas al respecto. En principio, los Estados pueden perseguir a los sujetos que hayan cometido crímenes internacionales -con la excepción de la agresión- en forma independiente de un TPIP (Art. 8 del Proyecto de Código del 1996). Si no los procesan deben extraditarlos a otro Estado que reclame su jurisdicción (Art. 9, *aut dedere aut judicare*); no obstante, esto no cubre la transferencia o sumisión a un TPIP[86]. El Código Internacional puede servir como base legal para la extradición (Art. 10 par. 2).

B. Parte especial

Como fue mencionado más arriba, el Proyecto de Código no trae una definición precisa de delito pero remite a los delitos regulados en la parte especial. La reducción sustancial de los delitos de doce a cinco (agresión, genocidio, delitos contra la humanidad, delitos contra las NU y su personal y crímenes de guerra)[87] es la respuesta a amplias críticas como señaló el relator especial:

"... el Relator Especial propone una lista más restringida ... Ello es lo que la mayoría de los gobiernos desean. Para que un ilícito internacional se convierta en un delito comprendido en el código, no sólo debe ser extremadamente grave sino que la comunidad internacional debe decidir que se incluya."[88]

El criterio sustantivo para la reducción es que el delito, por un lado, sea reconocido por el Derecho internacional consuetudinario y, por otro, que suponga una amenaza a la paz y a la seguridad internacional. Conforme al último criterio, dos de los delitos, agresión y genocidio, poseen por su naturaleza ese grado de amenaza para la comunidad internacional. Los tres restantes (delitos contra la humanidad, delitos contra las Naciones Unidas y su personal y crímenes de guerra) se encontrarían comprendidos sólo si reconocen el requisito adicional de haber sido cometidos en forma sistemática o a gran escala (cf. Art. 18 a 20 del Proyecto de Código de 1996)[89].

Para el primer criterio, el Derecho internacional consuetudinario existente y los estatutos "oficiales"[90] se refieren a los siguientes cuatro grupos de crímenes

---

84 El 12°. Informe del *Relator Especial*, supra nota 60, parágrafos 97 y ss., en particular parágrafo 110, rechazando la aplicación de este principio. Ver también el Informe de la *CDI*, supra nota 4, par. 162 y Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 75/1ff.: sobre la validez del principio ne bis in idem en el derecho internacional público). El *Prof. H. Jung*, no obstante, observa un incremento en la internacionalización del principio (Zur "Internationalisierung" des Grundsatzes "ne bis in idem", en: Festschrift Schüler Springorum, Köln, 1993, ps. 493 a 502, 500).

85 Ver *Swart*, en: Bassiouni, supra nota 5, p. 180.

86 *CDI, supra nota 6, p. 51. Hay una clara distinción entre extradición (entre Estados) y transferencia o sometimiento (a un órgano internacional), ver por ejemplo el art. 53 del Proyecto de Estatuto del TPIP y el par. 3 de la "Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz" alemana (BGBl I 1995, 485) y la motivación oficial (BTDrs. 13/57, S. 8, 10).*

87 No obstante, el *apartheid* se encuentra incluido en el par. (f) del art. 18 bajo la discriminación institucional como un delito contra la humanidad y el *daño al medio ambiente* en el art. 20 par. (g) como un crimen de guerra. En cuanto al *terrorismo internacional* ver nota 85.

88 El 13°. Informe del *Relator Especial* (en "Parte II", Art. 15-26). UN-Doc. A/CN. 4/466 del 24/3/95 (47ª Sesión de 1995), par. 4 (trad. del inglés). No obstante, el Relator Especial propuso incluir al terrorismo internacional y al tráfico ilícito de drogas. Varios miembros de la CDI rechazaron considerar "el tráfico ilícito de drogas" como un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad (Informe de la *CDI*, supra *nota 58, par. 112 a 118, 135, 140); las críticas más importantes concernientes al "terrorismo internacional" consistieron en que su definición no era lo suficientemente precisa (ibid., par. 105-111, 138, 140). No obstante, el terrorismo internacional puede encontrarse comprendido por el art. 18 como un delito contra la humanidad cuando ese artículo refiere a su comisión por "cualquier grupo organizado".*

89 El requisito de: *manera sistemática utilizado implica una política preconcebida. El requisito de: a gran escala hace referencia a actos dirigidos contra una multiplicidad de víctimas tanto como el resultado de una serie de ataques o de un solo ataque masivo (CDI, supra nota 6, p. 94 y ss.).*

90 Art. 1-5 del *Estatuto de Yugoslavia* y Art. 20 del *Proyecto de la CDI* (supra notas 2 y 4). Ver también el sumario del Relator Especial de la discusión de la CDI (Informe de la *CDI*, supra nota 58, par. 130). En los delitos en particular ver *Triffterer*, supra nota 51, p. 176 y ss.; *Tomuschat*, supra nota 5, p. 278 y ss.; *McCormack/Simpson*, supra nota 5, p. 13 y ss.

internacionales: genocidio, agresión, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Uno puede subdividirlos en dos grupos[91]. El primero referido a los delitos que se reflejan en el Derecho internacional existente, con sólidas bases en los tratados internacionales y definiciones suficientemente claras para ser aplicados a casos concretos. Este grupo incluye al *genocidio* y a los *crímenes de guerra*. El segundo grupo se refiere a los delitos que hace tiempo existen en el Derecho internacional pero carecen de bases convencionales y de definiciones uniformes. Este grupo incluye a la *agresión* y a los *crímenes contra la humanidad*.

* El delito de *genocidio* (Art. 17 del Proyecto de Código de 1996) tiene una sólida base en los tratados[92] y se encuentra universalmente reconocido constituyendo una norma de *ius cogens*[93]. Hubo amplio consenso acerca de su inclusión en el código[94] y bajo la jurisdicción de un TPIP[95]. Todo ello implica que el genocidio es punible directamente en el marco del Derecho penal internacional[96]. Contra estos antecedentes existe una cuestión exclusivamente académica, consistente en discutir si el genocidio constituye una categoría independiente o si cae bajo el catálogo de los delitos contra la humanidad[97].

* Los *crímenes de guerra* incluyen, por un lado, las "violaciones graves" de la Convención de Ginebra y, por otro lado, (otras) "violaciones a las leyes y costumbres de la guerra". Las "violaciones graves" se encuentra en el art. 50 de la primera, art. 51 de la segunda, art. 130 de la tercera y art. 147 de la cuarta Convención de Ginebra incluyendo, entre otros, el "homicidio doloso" y la "tortura o trato inhumano"[98]. Las "violaciones a las leyes de las costumbres de la guerra" constituyen una categoría de derecho consuetudinario que incluye, por ejemplo, "el empleo de armas venenosas u otras armas calculadas para causar un sufrimiento innecesario" o la "desconsiderada destrucción de ciudades ... no justificadas por necesidades militares"[99]. Se encuentra altamente debatido si las leyes y las costumbres aplicables en conflictos armados deben incluir, también, aquellos conflictos armados *no internacionales*, destacándose el art. 3 de la Convención de Ginebra y el II Protocolo Adicional[100]. El Tribunal de Yugoslavia, invocó la práctica de Estados[101] que abarca desde la Guerra Civil española hasta los recientes conflictos de Somalia y Chechenia, argumentando en forma convincente que las leyes y las costumbres de la guerra en el sentido del art. 3 del estatuto también alcanzan al conflicto armado interno[102]. El art. 20 par. (f) del

---

91 Para confrontar una visión diferente referida al Proyecto de Código en su totalidad, ver *McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 13, 24, 42. El *Relator Especial* toma una aproximación similar (Informe de la *CDI*, supra nota 58, parágrafo 130-133).

92 La definición de genocidio corresponde al art. 2 de la "Convención sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio". Esta Convención es considerada la expresión del derecho internacional en la materia (*McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 13, 14).

93 *Meron*, supra nota 72, p. 558.

94 Informe de la *CDI*, supra nota 58, pars. 78-83, 130, 132.

95 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 59.

96 Cf. *Triffterer*, supra nota 48, ps. 188 a 190. La criminalidad también proviene del hecho de que varios países convirtieron este delito en derecho nacional (interno) [*ibid.*, p. 189; p. ej. § 220 a) del Código penal alemán (Strafgesetzbuch)].

97 Claramente, los delitos contra la humanidad se solapan en una considerable extensión bajo el genocidio; por ello, hay fuertes argumentos en favor de subsumir éste en aquéllos (cf. *Meron*, supra nota 72, p. 558; *Triffterer*, supra nota 48, ps. 188-190).

98 Las cuatro *Convenciones de Ginebra* entraron en vigencia el 21 de octubre de 1950 y tenían 188 Estados partes al 31/3/1997, tres más que la ONU. Los dos *protocolos adicionales* entraron en vigencia el 7 de diciembre de 1978; al 31/3/1997 el 1° vincula 147, el 2° 139 Estados (ver *internet*: http://www.ICRC.Org/icrcnews/2cde.htm).

99 Ver también los arts. 2 y 3 del *Estatuto de Yugoslavia*, supra nota 2, así como el 13° Informe del *Relator Especial*, supra nota 88, par. 110. Para un análisis crítico ver *McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 36 a 39; *Triffterer*, supra nota 48, ps. 177 a 187. Para el punto de vista de los Estados ver el Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 72 a 76. Para la discusión dentro de la CDI (ver su Informe, supra nota 58, parágrafos 98 a 103, 130, 132.

100 Ver especialmente *Meron*, supra nota 72, argumentando (p. 561), que "no existe justificación moral y una auténtica razón de persuasión, para tratar a los perpetradores de atrocidades en conflictos internos con mayor lenidad que aquellos involucrados en guerras internacionales." Ver también el Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 74.

101 El Tribunal, no obstante, entenderá como prácticas del Estado las "palabras" utilizadas (sus pronunciamientos "oficiales", los manuales militares y las decisiones judiciales) más que "escritos", ello debido a que es sumamente difícil -sino imposible- señalar con precisión el comportamiento actual de las tropas en el campo. (*Prosecutor vs. Dusko Tadic, supra nota 17, par. 99; ver también Meron*, The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law, *90 AJIL (1996), ps. 238-249, p. 239). Escéptico acerca de esta tendencia contraria a la interpretación tradicional de las prácticas del Estado, ver B. Simma*, International human rights law and general international law: a comparative analysis, *en: Academy of European Law (ed.), Collected courses of the Academy of European Law, vol IV (1995), libro 2, ps. 153 a 236, 216 y ss.*

102 *Prosecutor vs. Dusko Tadic, supra nota 17, par. 86 y ss. Cf. Meron, supra nota 101, p. 241-2; Greenwood, supra nota 74, p. 279/280.*

Proyecto de 1996 también incluye a los "actos cometidos en violación al Derecho humanitario internacional aplicable en conflictos armados de carácter *no* internacional" (sin resaltado en el original).

* Aparte de los ya mencionados problemas concernientes a *la agresión* [103], la determinación de qué debe entenderse por acto de agresión se encuentra altamente debatida. Más allá de que no se pueda distinguir claramente entre "guerra de agresión", "acto de agresión" o "amenaza de agresión", todos términos contenidos en los arts. 15 y 16 del Proyecto de Código de 1991[104]. El "Drafting Committee" define la agresión como "uso de fuerzas armadas por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otra manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas", limitando así las extensas definiciones utilizadas en el Proyecto de Código de 1991[105]. El art. 16 del Proyecto de Código de 1996 adopta la definición de agresión contenida en el art. 6 (a) del Estatuto del TMI sancionando a los líderes y organizadores que activamente participen u ordenen "la planificación, preparación, iniciación o apoyo de la agresión cometida por un Estado".

* Utilizando el título de *violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos* el art. 21 del Proyecto de Código del 1991 esencialmente extiende el concepto de *delitos contra la humanidad*, como se encuentran definidos en el art. 6 (c) del Estatuto del TMI, a todos los actos de esta naturaleza con independencia de las circunstancias en que han sido perpetrados[106]. Por ello, el Relator Especial propone emplear las categorías mejor conocidas de crímenes contra la humanidad[107] y el Proyecto de Código de 1996 las adopta en su art. 18. Por consiguiente, asesinato, exterminio, tortura, esclavización, persecución, discriminación institucionalizada, deportación, desaparición[108], violación y otras formas de abuso sexual y otros actos inhumanos se encuentran incluidos[109]. Igualmente, los contenidos de esta categoría no se encuentran en discusión y la doctrina ha desarrollado varias definiciones[110]. La CDI en su comentario del art. 20 del Proyecto de Estatuto realiza la siguiente definición: "...la definición de delitos contra la humanidad comprende actos inhumanos de diversa entidad incluyendo las violaciones *masivas* y *sistemáticas* perpetradas respecto de una parte o de toda una población *civil*. Lo que marca el contraste de esa clase de delitos reside en su *naturaleza sistemática y a gran escala*. Las formas particulares de actos ilegítimos ... son menos cruciales para la definición que los factores de *magnitud y política deliberada* así como que se hayan perpetrado *contra la población civil* en todo o en parte ... El concepto: 'dirigidos contra cualquier población civil', debe ser tomado como referido a hechos cometidos como parte de un ataque amplio y sistemático contra una población civil por motivos *nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos*. Los actos particulares a los que se refiere la definición son actos *deliberadamente cometidos* como parte de esa clase de ataque"[111].

---

103 Ver supra notas 33, 75 y el texto correspondiente.

104 Cf. *McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 24 a 29; *Triffterer*, supra nota 52, ps. 202 a 207; Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafos 63 a 71; para la discusión dentro de la *CDI* ver su Informe, supra nota 58, parágrafos 60 a 74, esp. 63, y 131, 132.

105 Comité Proyectista, supra nota 83, art. 15. No obstante, la versión final queda por ser vista. Para la definición original ver la Resolución de la AG 3314 (XXIX) del 14.12.1974 (Registros Oficiales, 29ª. Sesión, suplemento Nº 19, A/9619 y Corr. 1).

106 Cf. *McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 14, 15. Ver también *Prosecutor vs. Dusko Tadic, supra nota 17, par. 141: "establece la regla ... que los delitos contra la humanidad ... no requieren (tener) relación" a ningún conflicto en absoluto. Cf. Meron, supra nota 101, p. 242; Greenwood, supra nota 74, p. 282.*

107 13.º Informe del *Relator Especial*, supra nota 88, pars. 64-97; ver también Informe de la *CDI*, supra nota 58, parágrafos 87 a 97, 130, 133.

108 Ver el *UNGA-Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances (Res. 47/133 del 18/12/1992) y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas del 9/6/1994 (OEA/Ser.P, AG/doc.3114/94 rev.1 del 8/6/1994).*

109 Cf. art. 5 del *Estatuto de Yugoslavia*, supra nota 3, y art. 3 del *Estatuto de Ruanda*, supra nota 3.

110 *Jescheck*, por ejemplo, clasifica los delitos contra la humanidad con un subgrupo de los delitos contra el derecho internacional los que, de acuerdo con esta definición, representan delitos internacionales (EPIL, Instalment 8, 1985, p. 332). *Bassiouni* también los considera como "una categoría de delitos internacionales" refiriendo al art. 6 c) del Estatuto del TMI; al mismo tiempo critica el concepto por ser de una "estructura legal caótica con muchas cuestiones legales sin resolver" (Crimes against Humanity in International Criminal Law, Dordrecht 1992, at 47, 470, 480, 481). De acuerdo con Ferencz los delitos contra la humanidad no representan "incidentes aislados sino acciones de envergadura y sistemáticas, generalmente llevadas a cabo por autoridades oficiales que, por la dimensión de su brutalidad, convocan a la comunidad internacional al agredir y verse peligrar la conciencia humanitaria" (EPIL, Instalment 1, 1992, at 869, 870). Ver también *Triffterer*, supra nota 51, ps. 187 a 202; *McCormack/Simpson*, supra nota 5, ps. 14 a 24.

111 Sin resaltado en el original (Informe de la *CDI*, supra nota 4, par. 91, p. 76; trad. del inglés).

Esta definición -de acuerdo con el art. 18 del Proyecto de Código de 1996- es lo suficientemente clara y ciertamente constituye un paso adelante. No obstante, dentro del entramado del reciente debate en el "Comité ad hoc" de las NU se advirtió nuevamente que "ninguna convención contiene un reconocimiento general y una definición jurídica lo suficientemente precisa de delitos contra la humanidad"[112]. Ello muestra claramente que todavía se requiere una definición más precisa.

Sin perjuicio de los problemas pendientes, se puede identificar un extendido consenso acerca de la inclusión de estos delitos en un Código Penal Internacional y la jurisdicción (respectiva) de un TPIP[113]. La inclusión del nuevo art. 19 (delitos contra las NU y su personal) se presenta como la más sorprendente. La misma es consecuencia del incremento de ataques contra el personal de las NU que condujo a la Asamblea General a adoptar la correspondiente Convención[114] y al secretario general a demandar protección adecuada para su personal[115]. La previsión es ciertamente un signo político; uno se pregunta, no obstante, si efectivamente es realmente necesario dotar de un trato privilegiado al personal de las NU cuando los ataques en cuestión ya se encuentran incluidos en otros delitos y el personal de las NU se encuentra en las zonas de conflicto armado en la misma posición que el resto de la población civil.

IV. Perspectivas futuras

De momento, el futuro del *Estatuto* para la constitución de un TPIP y el establecimiento de un Código Penal Internacional es difícil de predecir. La Com.Prep. fue, como inicialmente se señaló, establecida con el propósito de combinar "discusiones posteriores en la elaboración de los textos, con miras a preparar un texto consolidado para la constitución de un TPIP como un nuevo paso tendente a ser considerado por una conferencia plenipotenciaria"[116]. Su primer proyecto se ocupó de "los principios generales de la ley penal"[117] combinado con el -ciertamente mejorado- Proyecto de Código de 1996 y trató tanto de incorporarlo en un Estatuto como de separar claramente las normas sustantivas de las procesales. En cualquier caso, la ley penal sustantiva requiere un mayor desarrollo que -a pesar de que es un esfuerzo difícil de llevar adelante el de redactar una parte general que convenza tanto a los juristas del Common Law como a los del Derecho continental- no será imposible[118]. Tomándolo como se encuentra, el Proyecto de Código de 1996 puede ser adoptado bajo la forma de una convención por la AG o por una conferencia de Estados, en la forma de una declaración de la AG o, como ya se mencionó, incorporándola en el estatuto. Aunque no exista un acuerdo formal en los aspectos de tiempo, una conferencia de Estados probablemente se llevará a cabo en 1998 luego de las tres reuniones de la Com.Prep. en 1997[119].

En todo caso una parte general relativamente sólida requerirá un análisis detenido de la jurisprudencia y los esfuerzos de codificación desarrollados desde Nuremberg, y que deberá apoyarse en un estudio legal comparativo para establecer los elementos estructurales fundamentales del Derecho internacional penal sustantivo moderno. Una investigación de esa clase llevará tiempo y es posible que sea un error político esperar sus conclusiones.

Finalmente, a pesar de la euforia que rodea ciertos desarrollos políticos positivos, no debe perderse de vista que la *internacionalización* del Derecho penal, en particular la creación de mecanismos de justicia penal internacional, sólo alcanzará sus expectativas si las competencias respectivas e, incluso, si las obligaciones de perseguir ciertos actos definidos como "crímenes internacionales", son *internalizadas*; por ejemplo:

---

112 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 78 (trad. del inglés). Cfr. también Informe de la *CDI*, supra nota 58, parágrafo 88.

113 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafos 59, 63, 72, 77; Informe de la *CDI*, supra nota 58, pars. 130, 140.

114 Resolución de la AG 49/59, del 9/12/1994.

115 Informe de la *CDI, supra nota 6, p. 104 ys.*

116 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 257 (trad. del inglés).

117 *Supra nota 8.*

118 Desde una óptica escéptica, ver también *Tomuschat*, supra nota 5, p. 291; *McCormack/Simpson*, supra nota 5, p. 46; ver, por otro lado, el punto de vista aparentemente optimista de *Crawford*, 1995, supra nota 4, p. 415.

119 Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, par. 252; Informe de la Com. Prep *supra nota 9, parágrafos 368, 370.*

reconocidas y aceptadas por los fiscales, los acusados y las víctimas como materialmente válidas y legalmente justas[120]. Los particulares, como opuestos al Estado, no pueden iniciar procedimientos ante un TPIP[121]. Por ello, el mantenimiento y mejoramiento de los mecanismos de protección existentes, como los procedimientos de quejas individuales basados en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos (Protocolos adicionales), remedios del derecho civil[122] y cooperación interestatal en materia penal[123], pueden servir en ciertos casos a la causa de los derechos humanos mucho más que lo que ofrecen "soluciones empaquetadas" del Derecho penal internacional; soluciones que, con demasiada frecuencia, tienden a fallar debido a la ausencia de voluntad política por parte de la comunidad de Estados para hacerlas operativas.

---

120 Respecto de la discrepancia entre "internacionalización" e "internalización" en el contexto exclusivo de los derechos humanos ver *Simma, supra nota 101, p. 191.*

121 En este sentido, la cruel ironía de la protección internacional de los derechos humanos, como fue señalado por *Reisman/Koven Levit es mantenida sin perjuicio del reconocimiento de responsabilidades individuales (Reflections on the problem of individual responsibility for violations of human rights), en: Cançado Trindade (ed.), The modern world of human rights. Essays in honor of Thomas Buergenthal, San José (IIDH) 1996, ps. 419 a 436, p. 421).*

122 Ver *S. Walther*, "Private" Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen: Grenzüberschreitende Denkanstöße zum internationalen Strafrecht, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (eds.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, ps. 229 a 247.

123 En cualquier caso, el principio de complementariedad implica la delincuencia internacional y el nivel de cooperación judicial entre los Estados no perderá su importancia (ver por ejemplo la discusión en el *Comité ad hoc*: Informe, supra nota 7, pars. 39-51, 195-243).



MUJERES: *Francisco Zúñiga.*

DOCTRINA NACIONAL

PROCESO, DEMOCRACIA Y HUMANIZACIÓN[1]

Juan Marcos Rivero Sánchez
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

1. Racionalidad procesal y humanización. 69
2. El significado de humanizar el proceso. 70
2.1. Proceso y dignidad. 70
2.2. Proceso y vida moderna. 71
2.3. El hombre frente al proceso. 71
3. Humanización y comunicación forense. 72
4. Se requiere una concreta humanidad. 73
5. Una cuestión de legitimación. 74
6. Humanización y derechos humanos. 75
7. El trasfondo socioeconómico de la humanización. 75
7.1. La transformación del Estado liberal. 75
7.2. La diversidad de la sociedad moderna. 75
7.3. La masificación de la justicia. 76
8. Criterios mínimos para humanizar el proceso. 76
8.1. Personalización. 76
8.2. Tecnificación. 77
8.3. Principios conducentes a la humanización. 77
8.4. Sencillez de forma y rapidez de los procedimientos. 80
8.5. Instrucción de la población. 80
9. A manera de conclusión. 80

1. Racionalidad procesal y humanización

Repetidamente se ha señalado[2] que cuando una persona es lesionada en sus intereses puede adoptar una de las siguientes reacciones: a) resignarse, b) repeler la agresión o agravio con sus propias fuerzas, c) imponer al supuesto agresor la propia solución del conflicto -o plegarse a la de aquél, si se está en posición de inferioridad- y d) confiar la decisión del pleito a un tercero imparcial. Resignación, autotutela, autocomposición y heterocomposición son en consecuencia distintas respuestas a un mismo problema:

---

[1] Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und-Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992.

[2] Véase en este sentido: Fairén Guillén (Víctor), La Humanización del proceso, en: Towards a justice with human face. The first international congress on the law of civil procedure, Kluwer-Antwerpen/Deventer, 1978, p .191. En igual sentido ver: Gilles (Peter), Optisches Zivilproze Brecht, Herne/Berlin, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1977, Schaubild Nr.1.

el de la insatisfacción de una o más personas debida a la vulneración de sus intereses jurídicos[3]. Con todo la resignación no entraña en realidad ninguna solución, dado que el daño causado no encuentra reparación. Significa una continuación -e incluso agravación- de la injusticia, pues el agraviado renuncia a la posibilidad de hacer valer sus derechos. La autotutela conduce por su parte a excesos indeseables, por lo que se encuentra hoy en general rigurosamente prohibida, salvo en los casos de excepción expresamente previstos por el ordenamiento jurídico.

La autocomposición puede dar entrada a soluciones egoístas, impuestas por la superioridad de medios de una de las partes. La heterocomposición, en cambio, se basa en la idea de introducir criterios de equidad, mesura y racionalidad en la solución de un conflicto. Aquí se está ante la figura del arbitraje si son las mismas partes interesadas las que se ponen de acuerdo para designar al tercero que habrá de resolver la controversia y se someten a su decisión. Pero si el tercero es un funcionario nombrado por el Estado conforme a la Constitución y las leyes, dotado de competencia general para resolver un número indeterminado de casos y con potestad de imponer sus decisiones, se estará propiamente ante un proceso[4]. Mucho se ha discutido sobre la contribución real que presta el proceso a la solución de los conflictos sociales. No es extraño que los funcionarios de la administración de justicia le asignen un papel preponderante en esta tarea, en tanto que sociólogos, sicólogos[5] e incluso algunos juristas cuestionen dicha valoración[6]. No obstante, existe acuerdo en la idea de que la inversión del proceso marca un decisivo proceso de las relaciones humanas y de la cultura en general[7], por cuanto pone a disposición de los hombres un mecanismo racional para la solución de los conflictos sociales. El carácter racional del proceso se revela en la circunstancia de que pone fin a los métodos violentos, abusivos o egoístas de solución de los conflictos que se presentan en la comunidad y fuerza[8] a las partes en desacuerdo a que ventilen sus diferencias por medio de la exposición ordenada de los hechos y el derecho que asiste a cada una, a fin de que pueda el juez tomar la decisión adecuada a la litis[9]. En la apuntada racionalidad del proceso se revela también su carácter humanizante: se trata de un instrumento hecho por los seres humanos para la solución de problemas humanos. Resulta entonces indispensable indagar si, por qué y en qué sentido resulta todavía necesario hablar de humanización del proceso.

2. El significado de humanizar el proceso

Cuando se habla de humanizar el proceso debe tenerse cuidado de no confundir las diversas acepciones que en la literatura jurídica se ligan a este término. En realidad es posible distinguir con claridad tres significados diversos de esta palabra: 1) humanizar significa *respetar* la dignidad humana en el proceso; 2) humanizar es *actualizar* el proceso para adecuarlo a la vida moderna; 3) humanizar es *acercar* el proceso al ser humano.

2.1. Proceso y dignidad

La humanización del proceso se presenta, primeramente, como antítesis de la barbarie, de la crueldad, del menosprecio de la persona humana y de su dignidad[10]. Se trata en realidad de una vieja exigencia. Originariamente deben buscarse sus raíces en los primeros movimientos culturales tendentes a la mitigación de los excesos perpetrados en los procesos penales en contra de las personas a ellos sometidas. En

---

[3] Así, Fairén Guillén, Víctor, op. cit., p.191.

[4] Ibíd., pp. 191-192.

[5] Ver así: Gottwald (Peter), Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren, en: Zeitschrift für Zivilproze Brecht, Volumen 95, cuaderno 3, julio de 1982, p. 245.

[6] Es común que los juristas en la actualidad se cuestionen si los procedimientos judiciales son efectivamente adecuados para la solución de los conflictos privados, si existe efectivamente un libre acceso a los tribunales de justicia para todos, etc. Ver así: Gottwald (Peter), op. cit., s. 246.

[7] Así Gottwald (Peter), op. cit., s. 247. En igual sentido: Jauernig (Othmar), Zivilproze Brecht, 23.ª edición, München, Editorial C. H. Beck, 1991, s. 2.

[8] Es claro que de conformidad con el principio dispositivo las partes pueden decidir si someten o no la controversia que afecte sus intereses privados a conocimiento de los tribunales y pueden del mismo modo terminar el proceso anormalmente, por medio de una transacción o conciliación. Pero en el tanto en que las partes estén vinculadas por un litigio ante los tribunales de justicia, se encuentran sometidas a la específica racionalidad procesal.

[9] Sobre el carácter humanizador del proceso, ver en este sentido: Gelsi Bidart (Adolfo), La Humanización del proceso, en: Towards a justice with human face, op. cit., p. 249.

[10] Así: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 196.

la obra de *Beccaria* se encuentra por lo demás uno de los primeros -y principales- intentos por hacer del proceso algo humano en el sentido apuntado[11]. La idea de un proceso en que se respete la dignidad al lado de garantías procesales básicas como la del derecho a ser oído en juicio goza hoy en día de reconocimiento internacional, como lo confirman los preceptos -preferentemente orientados a lo penal, pero que encuentran también aplicación en el terreno del proceso civil[12]-, contenidos en los artículos 5 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[13], 3 y 6 de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales[14] y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica[15].

2.2. Proceso y vida moderna

En un segundo sentido humanizar significa tanto como actualizar el proceso para adaptarlo a las necesidades y características de la vida humana de hoy[16]. El problema básico a resolver aquí es el del carácter *retrasado* del proceso. Se hace énfasis en el hecho de que el código procesal debe adecuarse a los adelantos de la vida moderna a fin de que no venga a menos su carácter funcional. En este sentido se habla de humanización, por ejemplo, en el nuevo Código Procesal costarricense[17].

2.3. El hombre frente al proceso

Humanizar en sentido estricto significa *crear una justicia con rostro humano*[18]. Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, entraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial[19]. El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso Kafkiano[20]. Esta situación puede inducir a muchos a tolerar el agravio sufrido, antes que acudir a los tribunales en procura de una reparación. Ello origina en la población un *malestar*[21], en el sentido en que Freud introdujo el término en la literatura científica, es decir, como descontento o insatisfacción con un fenómeno social. El origen de este malestar en (e incluso dentro de) la

---

[11] Ver así: Calamandrei. "Prefazione" a la obra de Beccaria, "Dei delitti e delle pene", 2.ª ed. Firenze, Felice Le Monnier, 1950, p. 73 y s. Citado también por Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 196.

[12] Ibid., p. 204.

[13] Art. 5: "Ninguna persona será sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Art. 10: "Toda persona tiene derecho, en régimen de igualdad, a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá ya de sus derechos y obligaciones, ya del fundamento de toda acusación dirigida contra aquélla en materia penal".

[14] Art. 3: "Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes". Art. 6: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y en plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá por medio de respuestas sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser hecho públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la persona y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exigen o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales, la publicidad implicaría inconvenientes a los intereses de la justicia".

[15] Art. 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las 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 o de cualquier otro carácter".

[16] Ver por ejemplo: Sentís Melendo, "Humanización del proceso", en: "Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires, EJEA, I, p. 219 y ss. (También citado por Fairén Gillén (Víctor), La humanización del proceso, op. cit., p. 197.

[17] V. Nota N° 36, infra.

[18] Así: Wassermann (Rodolf), Justiz mit menschlichem Antlitz-Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot. En Menschen vor Gericht, Neuwied und Darmstadt, Editorial Hermann Luchterhand, 1979, p. 13. En igual sentido: Guilles (Peter) Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche internationalen Kongre für Zivilproze Brecht in Gent 1977, Kronberg, Editorial Athenäum, 1977, p. 147. También: Wenzel (Gehard), Menschlichere Justiz, Deutsche Richterzeitung, 1980, p. 161.

[19] Wassermann, op. cit., p. 16.

[20] Ver en este sentido Fairén Guillén (Víctor), La humanización del proceso, op. cit., p. 197, quien a su vez hace referencia a las observaciones de Sentís Melendo.

[21] Véase así: Wassermann, op. cit., p. 17. En igual sentido: Gottwald, op. cit., p. 250.

administración de justicia se relaciona con *el olvido del factor humano* en los procedimientos judiciales[22]. La humanización en sentido estricto es, pues, una reacción en contra de ese olvido. Como ya lo observara *Wassermann*[23], es necesario que la justicia se torne más humana, comprensible y accesible.

Las observaciones que siguen se refieren, en general, al postulado de la humanización procesal en el sentido estricto que se le ha dado aquí a la palabra[24].

3. Humanización y comunicación forense

Distanciamiento, incomprensibilidad, formalismo, burocratismo y lentitud, son reclamos que de ordinario se le hacen a la administración de justicia cuando se aborda el tema de la humanización del proceso. Pero también se hace necesario tomar aquí en consideración el problema del alejamiento del conflicto de los actores originales merced a la intervención del aparato judicial. Por medio del proceso se sustrae el conflicto del terreno estrictamente privado y es profesionalizado y racionalizado gracias a la intervención de abogados y jueces[25]. Y este conflicto racionalizado y profesionalizado tiene a menudo poco que ver con el originario enfrentamiento emocional de las partes. El litigio se convierte así en un *metaconflicto*[26]. Como bien ha sido apuntado[27], tan pronto como se mira el litigio desde una *perspectiva jurídica*, termina el diálogo real entre las partes: No son estas las que se enfrentan en realidad en los tribunales, sino sus abogados. Todos estos factores dificultan, a veces de manera duradera, la comunicación procesal. En efecto, el hecho de que ante los tribunales intervengan sujetos en diversas posiciones, ya sea de parte o de autoridad, convierte al proceso en un *sistema de comunicación*, en el que se intercambian diversas informaciones por medio del lenguaje[28], circunstancia esta que se acentúa en el contencioso, por la contraposición de intereses que en él tiene lugar. Como la adecuada defensa de estos intereses depende de la habilidad de las partes y de sus abogados para orientarse adecuadamente en el sistema de comunicación judicial, no es entonces una casualidad el que se estime actualmente que la tarea principal de la humanización consista en hacer del diálogo una realidad en el proceso, por medio de una efectiva participación de todos los sujetos que en él intervienen[29]. Es en este sentido que la comunicación forense se considera como el problema central de la humanización del proceso[30]. No es por lo demás extraño que uno de los principales obstáculos que se oponen a esta tarea sea de carácter lingüístico. El alto grado de especialización del lenguaje jurídico, el carácter arcaico que de ordinario presenta o las inversiones del significado ordinario de las palabras a las que es también a veces propenso, lo hace entendible, en tesis de principio, tan sólo para los juristas. Para la comprensión del común de las gentes representa una barrera infranqueable[31]. Con razón se ha hablado repetidamente del carácter *antidemocrático* de la terminología jurídica[32], en cuanto deja a las personas comunes a merced de los juristas, esto es, sin posibilidad real de comprender lo que se hace en el proceso ni de intervenir afectivamente en él. La posibilidad de crear una terminología cercana al pueblo o de comprensión general ha sido puesta repetidamente en duda. Ello debido a la dificultad de regular un mundo altamente complejo

---

[22] Wassermann, op. cit., p. 17.

[23] Ibíd, p. 21.

[24] Es decir, como lucha contra el olvido del factor humano en el proceso.

[25] Así: Gottwald, op. cit., p. 248.

[26] Ibíd., p. 248.

[27] Ibíd., p. 248.

[28] Así: Wassermann, op. cit., p. 33. También: Gelsi Bidart, op. cit., p. 264.

[29] Ver: Gelsi Bidar, op. cit., p. 264: "En consecuencia, la humanización radica en acentuar la necesaria estructura diagonal del proceso, para que todos los sujetos participen realmente en el desarrollo progresivo del mismo y constituyan efectivamente una comunidad jurídica (sujetos que colaboran en la determinación de la situación jurídica y de la solución de derecho que la misma plantea)".

[30] Así, Wassermann, op. cit., p. 25.

[31] Ver: Menne (Heinz), Sprachbarriere und Rationalisierung im Zivilproze, Zeitschrift für Zivilproze, 88 (1975), p. 263.

[32] Ibíd., p. 34.

como el moderno con un derecho simple o, incluso, simplista. La naturaleza altamente abstracta de las modernas leyes, en las que se vierten conceptos cada vez más técnicos, es una exigencia de nuestros días. No parece posible, por otra parte, el desarrollo de la ciencia jurídica sin un lenguaje científico adecuado a sus necesidades de expresión. Pero lo dicho no excluye que el postulado de la humanización le imponga al juez el deber de expresarse de la manera más clara posible, de forma tal que todos aquellos que intervienen en el proceso puedan entender cabalmente el contenido esencial de sus resoluciones[33]. Ello conduce a dar preferencia, siempre que sea posible, al empleo de palabras de uso común, las que, a diferencia de la terminología técnica, pueden ser comprendidas por el común de las gentes. Dicho deber, que rige en cada una de las etapas procesales, cobra particular importancia en el momento de dictar sentencia, donde la finalidad de decidir el derecho que corresponde a cada quien sólo queda plenamente cumplida en la medida en que la decisión del juez sea comprendida por todos.

4. Se requiere una concreta humanidad

La preocupación por hacer del hombre el centro de la especulación jurídica, calificada como "humanismo jurídico"[34], debe, en consecuencia, conducir aquí hacia una reglamentación del proceso de conformidad con la realidad, naturaleza y condición concretas del hombre. No debe confundirse el humanismo jurídico que aquí se pregona con el antropocentrismo hermético, que considera como valioso para el ordenamiento jurídico tan solo al hombre y sus intereses, descuidando con ello el valor intrínseco de la naturaleza y del ambiente. Contra este carácter antropocéntrico, que domina lamentablemente parte de la doctrina jurídica, ha reaccionado con vigor el relativamente moderno derecho ambiental. Lo que interesa es más bien resaltar la circunstancia de que el proceso se debe adaptar al hombre y no éste a aquél. La condición y naturaleza humana son conceptos que no ha inventado el legislador. Este puede regularlos y desarrollarlos en los respectivos textos legales, mas no así alterarlos. Las normas jurídicas que no toman en cuenta esto acusan de inmediato una pérdida de significado y eficacia. El problema consiste en determinar cuáles son las concretas características del hombre que deben ser tomadas en consideración para la reglamentación del proceso. Es cierto que existe un cúmulo de caracteres que determinan de manera más o menos general la vida del hombre moderno, tales como la constante tecnificación, la rapidez con que acontecen los cambios en los diversos terrenos del actuar humano y la consecuente sensación de inseguridad vital que de ello deriva[35]. Estos caracteres deben ser ciertamente objeto de análisis[36]. Pero al lado de ellos deben valorarse las concretas situaciones sociales y culturales en que viven los sujetos destinatarios del ordenamiento jurídico, pues ellas determinan la forma en que los hombres perciben la realidad, así como su lenguaje y comportamientos. La sociología del conocimiento y especialmente la teoría de la realidad como construcción social, ponen de manifiesto la circunstancia de que la interacción de los hombres con su entorno social, es decir con la familia, escuela, trabajo, etc., fija la forma en que éstos perciben la realidad[37]. No es extraño, en consecuencia, que también la posibilidad de participar de manera eficaz en el diálogo judicial esté condicionada por la pertenencia a un determinado grupo social[38]. Por ello se ha señalado que el juez, en el momento de conducir el debate o de redactar las resoluciones judiciales, debe tener siempre presente el componente humano concreto que es destinatario de sus comportamientos[39]. De acuerdo con el postulado de la

---

[33] Ibíd., p. 34.

[34] Así: Gelsi Bidart, op. cit., p. 247.

[35] Ibíd., p. 253.

[36] La Comisión redactora del nuevo Código Procesal Civil costarricense se pronunció significativamente en favor de tomar en cuenta algunos de estos caracteres generales de la vida humana en la nueva reglamentación. Señala en este sentido que "Adecuando los mecanismos procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de prueba documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad de uso de la taquigrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización". Ver así: Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos. op. cit., p. 25.

[37] Ver así: Berger-Luckmann, Die gesellschäftliche Konstruktion der Wirklichkeit - Eine Theorie der Wissenssoziologie, 1969. En igual sentido: Kübler (Friedrich), Über die praktischen Aufgaben zeitgemäber Privatrechtstheorie, Karlsruhe, 1975, p. 24.

[38] Wassermann, op. cit., p. 34.

[39] Ibíd., p.34.

humanización puede afirmarse entonces que el juez sólo procede adecuadamente en la medida en que tenga presente la capacidad de comprensión del destinatario de sus actuaciones y resoluciones[40]. Pero estas observaciones son además una advertencia para el legislador, en el sentido de que éste debe evitar por todos los medios posibles el caer en la trampa de copiar acríticamente legislaciones extranjeras, generalmente europeas, sin tomar en cuenta la realidad sociocultural propia. Este es un problema muy extendido en los distintos países latinoamericanos, en los que la técnica de copiar codificaciones es vista, ilusoriamente, como factor de modernización. Y finalmente, la advertencia vale también para el procesalista teórico, pues también los institutos dogmáticos responden a las realidades socioeconómicas de los países en que han sido elaborados, por lo que la conveniencia de aplicarlos en diversos contextos debe ser siempre analizada a partir del efecto que puedan tener en el componente humano nacional. En síntesis, tanto jueces, legisladores, abogados o teóricos del derecho deben tener presente que la transferencia de conocimiento y, en lo que aquí interesa, del conocimiento jurídico, no es nunca un fenómeno *ideológicamente* neutral. En realidad toda ley, sentencia o construcción doctrinaria se apoya en un determinado modelo social[41], el cual refleja el conjunto de representaciones que las instancias encargadas de crear, aplicar o interpretar el derecho se forman de los hombres, la sociedad y el Estado[42]. La medida en que las instituciones procesales van a tener eco en la población es, por otra parte, algo que atañe directamente al carácter democrático de un Estado.

5. Una cuestión de legitimación

El fenómeno de la deshumanización implica que la administración de justicia pierda *funcionalidad*. Este problema no puede pasarse por alto, ya que se traduce en una falta de legitimación[43], entendida aquí en el sentido que le atribuyó Max Weber al término, esto es, como explicación del por qué y bajo qué circunstancias la estructura y sistema del orden social existente es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen y se posibilita su existencia misma[44]. El concepto de legitimación es en realidad una palabra clave de la sociología política, que designa la base de confianza sin la cual la estructura del orden social y de las instituciones que lo componen no son capaces de mantenerse y desarrollarse[45]. En tanto que la facultad de juzgar fue atribución exclusiva de un monarca o gobernante impuesto y colocado y sobre el pueblo, bien poco podría importar lo que los subordinados pudieran pensar sobre la forma de impartir justicia[46]. La progresiva democratización de los poderes del Estado, sin embargo, obligó a desechar el aislamiento en que estaba colocado el titular de la potestad de decir el derecho con respecto a la sociedad. A partir de este momento pasa a ser base fundamental de la administración de justicia la confianza que el común de los hombres deposite en ella y la opinión que los integrantes de la sociedad se formen sobre su idoneidad para cumplir adecuadamente el encargo social que le ha sido confiado. Será indispensable en adelante que la administración de justicia encuentre eco en la conciencia del pueblo. Con ello no se quiere decir que los tribunales estén compelidos a acceder a todo lo que reclamen los diversos componentes del complejo social, porque ello equivaldría claramente a sacrificar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación y funcionamiento[47]. Se trata, por una parte, de remover todo aquello que la hace extraña y ajena al modo de ser del común de los hombres. Pero sobre todo importa aquí hacer realidad en lo que concierne al Poder Judicial el postulado democrático de participación efectiva.

---

[40] Ibid., p.34.

[41] La introducción del concepto de modelo social se debe en buena parte al artículo del Prof. Franz Wieacker intitulado: Das sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, el cual fue publicado por primera vez en el año 1953. Actualmente se encuentra recopilado en el libro del mismo autor denominado: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M., 1974, p. 9 y ss.

[42] Ver así: Westermann (Harm Peter), Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht. En: Archiv für die civilistische Praxis, 178 (1978), p. 158.

[43] Así, Wassermann, op. cit., p. 18.

[44] Así: Weber (Max), Wirtschaft und gesellsachft, 4. Edición, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol.II, 1956, p. 551 y ss.

[45] Ver: Kübler (Friedrich), op. cit., p. 28.

[46] Así: Wassermann, op. cit., p. 18.

[47] Ibid., p. 20.

6. Humanización y derechos humanos

El reconocimiento por parte del Estado y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de diversas *tipologías* de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de las constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados o declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada. Pero también debe hacerse notar, que los derechos humanos traen a escena al *hombre concreto*, con sus aspiraciones y necesidades. Es éste el que es portador del valor de la dignidad y titular de esos derechos fundamentales, nunca un ser ideal o abstracto. Los derechos humanos introducen así un punto de conexión entre el sistema jurídico y la realidad humana a la que éste debe servir[48], provocando así el deber de humanizar el derecho por medio de la valoración, no del hombre abstracto, sino del ser humano de carne y hueso, en las situaciones en que éste se encuentre. En lo que toca a las situaciones procesales se sigue de lo anterior el deber de regular y conducir el proceso en un *estilo humano*, interpretando las normas, cuando ello sea necesario, de conformidad con lo que convenga a la humanización del proceso.

7. El trasfondo socioeconómico de la humanización

La necesidad de humanizar el proceso, haciéndolo más comprensible y cercano al hombre común, se ha incrementado gracias a la aparición de tres fenómenos que pueden observarse en los ordenamientos jurídicos no solo de los países industrializados sino también de los que se encuentran en vías de desarrollo.

7.1. La transformación del Estado liberal

La transformación del Estado liberal en un Estado social de derecho es un fenómeno complejo, que se presenta con diversos matices según sea el contexto sociopolítico en que haya tenido lugar. Interesa mencionar aquí solamente el hecho, ya destacado por otros[49], de que esa transformación se ha acompañado normalmente de una fuerte mobilización popular, principalmente de clases o grupos sociales antaño marginados o discriminados, los cuales demandan una mayor participación en la distribución de la riqueza y una mayor democratización de la vida colectiva[50]. Estos movimientos generaron una crisis de legitimación del Estado liberal, que conduce a la aparición de la legislación de carácter social[51]. Esta persigue, en general, una *igualdad real* de todos los miembros del conglomerado social, lo que se trata de lograr otorgándole a las personas menos favorecidas social o económicamente un número determinado de derechos, de los que carecían en las leyes de corte liberal, orientadas hacia el principio de igualdad formal. La circunstancia de que los sujetos beneficiados con esta legislación deban acudir a la administración de justicia en procura de protección para sus derechos implica una constante presencia en los tribunales de los sectores que integran por lo general el grueso de la población. Estas personas esperan una respuesta judicial concreta, sencilla, libre de formalismo y complicaciones innecesarias y sobre todo rápida, a sus pretensiones. En última instancia se trata de puntos en los que están en juego aspectos básicos para la subsistencia del individuo: techo, trabajo, etc. La administración de justicia se encuentra así ante un desafío, porque debe garantizar a la población destinataria de la nueva legislación la posibilidad de hacer valer efectivamente sus derechos y a la vez tiene que mostrarse como la sede idónea para resolver los nuevos problemas.

7.2. La diversidad de la sociedad moderna

La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de

---

[48] Gelsi Bidart. Para la Humanización del proceso penal. Ponencia presentada "Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina. Incontro preparatorio", Roma, 1990, p. 4.

[49] Así: De Souza Santos (Boaventura). A participacao popular na administracao da justica nos países capitalistas democráticos. En A participacao popular na administracao da justica, Lisboa, Livros Horizonte, 1982, p. 90.

[50] Ibid.

[51] Costa Rica no constituye en cuanto a este punto una excepción. En efecto, las tres crisis mundiales que han tenido lugar en el siglo 20 (la Primera Guerra Mundial -1914-1918 -, la Depresión que se originó en 1929 y la Segunda Guerra Mundial -1939-1945-) tuvieron un efecto decisivo para la economía costarricense y alteraron de manera general el curso político y social del país. El modelo del Estado liberal se haría entonces insuficiente para dar respuesta a todos los desafíos que la nueva época traía consigo. La exigencia de cambio, que es sentida en todos los campos, tuvo una clara manifestación en el aspecto jurídico, principalmente con la promulgación del Código de Trabajo, la incorporación de una sección de garantías sociales en la Constitución Política de 1871 y la adopción de un nuevo texto constitucional en 1949. Sobre el punto ver: Gutiérrez (Carlos José). El funcionamiento del sistema jurídico. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1979, pp. 47-48.

los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno este que tiende hacia la formación de la *ciudad universal*[52]. La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquéllos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales.

7.3 La masificación de la justicia

Cappelletti ha señalado[53] que la sociedad moderna se caracteriza por la presencia de fenómenos que tienen lugar en masa, como la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios, todo lo cual genera una masiva conflictividad. El crecimiento de la litigiosidad produce la saturación de los tribunales de justicia, los que, gracias al masivo reclamo de sus servicios, tienden a burocratizarse. Con ello se fomenta el alejamiento de la administración de justicia del ciudadano común.

Las medidas que persiguen la simplificación de los procedimientos y, en general, la creación de una justicia más próxima al hombre común, son una respuesta a los tres fenómenos antes enunciados.

8. Criterios mínimos para humanizar el proceso

Debe aclararse que no existen *recetas* absolutas para hacer el postulado de la humanización una realidad. Más bien debe tenerse presente que la selección y adopción de medidas concretas depende de las características y requerimientos propios de cada ordenamiento jurídico. Con todo, es posible señalar algunos *criterios generales*, cuya observancia *conjunta* puede mejorar, en tesis de principio, el diálogo forense y darle al proceso un carácter más humano.

Así por ejemplo, en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, que tuvo por tema precisamente el de la creación de "una justicia con rostro humano", celebrado en 1978 en Gent, Bélgica, se consideró que el postulado de la humanización implica la creación de procedimientos orales, eliminación de formalidades innecesarias, simplificación de la ley sustantiva, asegurarle una debida publicidad a las audiencias orales, procurar la comparecencia personal de los litigantes a dichas audiencias y en general establecer procedimientos de conciliación y mediación[54].

En diversos ordenamientos jurídicos europeos y especialmente en la República Federal Alemana se ha considerado además que el postulado de la humanización supone la realización efectiva de diversas aspiraciones, tales como: a) Protección jurídica igual para todos, b) igualdad real de oportunidades para las partes en el proceso, c) facilitación del acceso a la justicia, d) mejoramiento de la información relacionada con los mecanismos de protección jurídica, e) eliminación de las barreras de comunicación en el proceso, f) introducción de una mayor transparencia y claridad en el proceso, g) aumento de las oportunidades de participación individual en el proceso, h) aceleración y simplificación de los procedimientos, i) aumento de la eficiencia procedimental y j) disminución de los costos privados y sociales de la protección jurídica[55].

Interesa ahora hacer especial referencia a algunos aspectos que se estiman de particular interés para lograr la constitución de un proceso humano.

8.1. Personalización

Se trata de promover la intervención personal y directa de todos aquellos que intervienen en el proceso, a fin de convertirlos en verdaderos protagonistas del litigio y combatir su alejamiento y desinterés en él[56]. La imagen macabra de un proceso en el que los litigantes se comunican tan solo por medio de una computadora que a la vez es la encargada de resolver el litigio, es la antítesis por excelencia de un proceso humano. Se requiere en este sentido un aumento efectivo de las

---

[52] Así: Cappelletti (Mauro): Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam - Casa editrice Dott. Antonio Milani, Volume XXX (II serie) - Anno 1975, p. 366.

[53] Cappelletti, op. cit., p. 365.

[54] Así: The first International Congress on the Law of Civil Procedure "Towards a justice with human face". Summary Report. op. cit., p. 526.

[55] Giles (Peter), Die Berufung..., op. cit., p. 148.

[56] Así: Gelsi Bidart, La humanización del proceso, op. cit., p. 262.

oportunidades de participación personal en todas las etapas procesales. Uno de los principales obstáculos que se presenta en este punto es, como ya ha sido puesto de manifiesto, la tendencia a delegar en otros la propia actuación, ya sea por medio del apoderamiento de las partes[57] o la delegación del juez en sus funcionarios[58].

8.2. Tecnificación

La introducción de un mayor grado de humanización supone, en segundo término, la tecnificación del proceso, criterio este que conlleva dos exigencias diversas. En primer lugar implica un mejoramiento de las aptitudes personales del juez para dirigir y conducir el proceso en un *estilo dialogal*[59]. Resulta indispensable que el juzgador conozca en cierta medida las contribuciones que algunas disciplinas metajurídicas como la psicología, la sociología, la lingüística, la medicina, etc., han hecho y hacen para el entendimiento de los procesos de comunicación humana. Por otro lado se hace necesaria la tecnificación *jurídica* del proceso[60]. Esta exigencia, en cuanto a las partes, se traduce en la necesidad de la defensa técnica de sus intereses -o asistencia letrada-, lo que vale tanto como desechar la posibilidad de defenderse por sí mismo en un litigio, sin ser profesional en derecho[61]. En cuanto al tribunal, según un sector de la doctrina[62], que estimamos correcto, supone su integración por profesionales en leyes, capaces de dirigir y orientar el diálogo forense de manera adecuada y no por peritos en diversas materias. La tecnificación procesal, así entendida, se opone por lo demás a la existencia del llamado jurado popular[63]. Con todo, no falta quien considere que la presencia de *jueces populares* es un factor de humanización[64]. No obstante, debe recalcarse que la tecnificación del tribunal es garantía de que el litigio será resuelto por conocedores de la ley, según criterios elaborados por la ciencia jurídica, lo que conduce a un mayor grado de objetividad y certeza en la aplicación del derecho y decisión de la controversia[65]. Objetividad y certeza que como antítesis de la arbitrariedad, conducen a una mejor solución del problema[66]. Pero resulta indispensable recalcar aquí que la tecnificación del proceso, si no va acompañada de un aumento efectivo de las posibilidades de participación personal de las partes puede más bien contribuir a la deshumanización, al convertir al litigio, como ya se indicó, en un *metaconflicto*. Debe recordarse una vez más que la humanización resulta sólo de la observancia *conjunta* de los criterios que tienden a realizarla, no de la aplicación dogmática de uno solo de ellos.

8.3. Principios conducentes a la humanización

Debe además subrayarse la importancia que para la tarea de humanizar el proceso tiene la observancia coordinada y armónica de determinados principios. Se trata aquí de la oralidad, inmediación, y concentración. En efecto, la introducción de la oralidad en el proceso es tendencia generalizada en muchos ordenamientos jurídicos modernos. Se trata de un principio que,

---

[57] Se ha señalado que el apoderamiento de las partes responde a la necesidad de tecnificar el proceso y que no es incompatible con el principio de personalización, siempre y cuando se admita la convocatoria de las partes para: a) su interrogatorio; b) procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes concuerdan; y c) la solución concesional del conflicto. Así lo afirma expresamente Gelsi Bidart, La humanización del proceso, op. cit., pp. 262-263. En este aspecto, "La humanización consiste en dar intervención directa y personal a quienes pueden -inmejorablemente- relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen todos los aspectos del problema, como solo los interesados en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta". Ibíd., p. 263.

[58] "Con relación al Tribunal, personalizar significa tanto como judicializar, vale decir, imponer la actuación del hombre-juez y no su actuación a través del juez delegado del Colegio o, lo que es peor, del Tribunal por medio de funcionarios de la oficina." Así: Gelsi Bidart, La humanización del proceso, op. cit., p. 263.

[59] Así: Wassermann, op. cit., p. 29.

[60] Así: Gelsi Bidart, La humanización del proceso, p. 236.

[61] Ibíd., p. 263.

[62] Ibíd., p. 263.

[63] Ibíd., p. 263.

[64] Así: De Lima Cluny (Pedro). O Juiz popular-Factor de humanizacao. En: A participacao popular na administracao da justica. Op. cit., p. 57 y ss.

[65] No en vano se ha señalado que el éxito de la humanización del Poder Judicial depende esencialmente de las cualidades y facultades del órgano encargado de decir el derecho. "La calidad de la judicatura fomenta la de la administración de justicia". Así Wolf (Manfred). Ausbildung, Auswahl und Ernennung der Richter. En : Humane Justiz, op. cit., p. 73.

[66] Ver en este sentido: Gelsi Bidart. Intervención en el diálogo sobre el código penal-modelo para Iberoamérica. En: Un "Códice tipo" di procedura penale per L'America Latina, 1990, p. 205: "La sentencia es un acto técnico-jurídico que no ha de encomendarse a quienes carecen de formación al respecto y que, además, con mayor facilidad que el juez togado, pueden sucumbir a tentaciones de parcialidad."

históricamente considerado, es reflejo del modelo procesal liberal[67]. En su sentido más puro significa que sólo lo que haya sido expuesto y presentado oralmente en el debate puede ser admitido como fundamento de la sentencia[68]. Originalmente se pretendió con este postulado[69]: 1) evitar que la parte que no supiera leer ni escribir resultara perjudicada, 2) conceder a las partes la oportunidad de discutir y rebatir verbalmente todo aquello que se relacione con el litigio ante el tribunal competente, 3) acelerar el curso del proceso y 4) otorgar a la opinión pública la oportunidad de controlar la actividad de los tribunales de justicia (en este sentido es el principio de publicidad hermano de la oralidad). En la actualidad no se discute si debe ser un proceso totalmente escrito o totalmente verbal. Ambas posiciones extremas resultan inaceptables. Contra la conveniencia de concebir un proceso totalmente escrito hablan fundamentalmente dos razones: a) la lentitud y pesadez con que transcurren los procedimientos escritos[70] y b) que el mero intercambio de opiniones por escrito va en detrimento de una fluida comunicación procesal[71]. A la existencia de un proceso totalmente oral se oponen las siguientes circunstancias[72]: a) que resulta imposible que el juez retenga en la memoria los detalles de todos y cada uno de los muy variados litigios que se presentan a su consideración, circunstancia esta que se agrava por la duración de los procesos que en la mayoría de los casos es bastante considerable, b) la posibilidad de que se introduzca un margen de inseguridad en el proceso en lo concerniente a la ejecución y contenido de las diversas actuaciones de los sujetos procesales así como de las resoluciones judiciales, c) que no es aconsejable una desvalorización total de la prueba documental, como sucedería en caso de una aplicación irrestricta del principio de publicidad y d) que en la fase ejecutiva del proceso la importancia y utilidad de la oralidad decrece, cuando no desaparece por entero[73]. Por ello se orientan los derechos procesales modernos hacia un sistema mixto: preparación escrita y debate oral[74]. Se trata, por tanto, de determinar qué segmentos del proceso conviene desarrollarlos en forma escrita y cuáles otros en forma oral. Con todo, no debe ponerse hoy en duda que la introducción de la oralidad, por medio del establecimiento de un debate oral, contribuye en gran medida a mejorar el sistema de comunicación procesal, que supone el contacto directo de cuantas personas intervienen en el litigio. En este sentido apunta la posibilidad de exponer verbalmente los hechos y el derecho propios y rebatir de igual forma los del contrario, así como la oportunidad de eliminar las contradicciones y falta de claridad que se puedan presentar en el discurso de los sujetos procesales sin pérdida de tiempo[75]. Todo ello le impone a la discusión, agilidad y rapidez. Además no debe perderse de vista en este sentido que gracias a la oralidad puede formarse el juez una impresión directa de los intervinientes en el proceso, así como de la disposición de ánimo y cualidades éticas con que éstos actúan[76]. La existencia de procesos totalmente escritos contraviene por tanto el postulado de la humanización. Incluso la doctrina ha llegado a afirmar que "la humanización del proceso escrito no puede consistir sino en sustituirlo *in totum* por el proceso oral..."[77], manifestación esta que

---

[67] Así: Wassermann, Der soziale Zivilproze, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978, p. 41.

[68] Así: Baumann (Jürgen). Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozebrechts. 2 da. Edición. Stuttgart. Editorial W. Kohlhammer, 1979, p. 55. En igual sentido: Arens (Peter). Zivilprozebrecht. 4.ª Edición. München. Editorial C.H. Beck, 1988, p. 17.

[69] Así: Baumann (Jürgen), op. cit., p. 55.

[70] Así: Jauernig, op. cit., p. 88.

[71] El principio de la escritura orienta el curso del proceso de manera sucesiva y monogal, lo que impide "la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunto de los mismos, a través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso". "El proceso en que predomina la escritura, en que ésta no es elemento complementario (preparación de la audiencia: registración indispensable) sino modo de expresión fundamental de los sujetos, trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad". Así: Gelsi Bidart. La humanización del proceso, p. 297.

[72] Ver: Jauernig, op. cit., p. 88. En igual sentido: Baumann (Jürgen), op. cit., pp. 55-56.

[73] Así: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 221.

[74] Ibíd., p. 220. También, Baumann (Jürgen), op. cit., p. 56. Además: Heinz Schwab (Karl). Beschleunigung des Verfahrens. En: Humane Justiz, op. cit., p. 31.

[75] Así: Jauernig, op. cit., p. 88.

[76] Ver en este sentido las observaciones y la bibliografía a que hace referencia: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., pp. 212 y 213.

[77] Así: Gelsi Bidart, la humanización del proceso, op. cit., p. 295.

debe entenderse, no en el sentido de establecer un proceso absolutamente oral, por las inconveniencias apuntadas, sino más bien como llamado al establecimiento de una fase de juicio oral. Por lo demás, el adecuado funcionamiento del principio de la oralidad supone normalmente : 1) Inmediación. Se trata de que el juzgador entre en contacto directo, íntimo e inmediato con las alegaciones y material probatorio que sean presentados en el debate, de que *hable directamente* con los partícipes de la litis, a fin de que recoja de esta forma las impresiones que habrán de determinar su ánimo y plasmarse luego en sentencia[78]. Por ello el principio de la inmediación debe regir dos momentos diversos: el de la práctica de la prueba y el de la elaboración de la sentencia, siendo así conveniente que el tribunal sentenciador sea además el que evacua las pruebas[79]; 2) Concentración. La eficacia de la inmediación se pierde con el tiempo. Las impresiones del debate tienden a desaparecer a las pocas horas y los recuerdos se tornan inexactos. Por ello resulta necesario concentrar los actos procesales en la menor cantidad posible y en el lapso más corto que pueda concebirse, esto es, en una sola audiencia o, de ser necesario, en varias muy próximas, a fin de que los recuerdos no se borren de la mente del juez[80]. Queda ahora por analizar el problema de la publicidad del proceso. Como ya se dijo, oralidad y publicidad funcionan como principios hermanos. La publicidad es generalmente consecuencia de la oralidad, ya que resulta difícil combinar el carácter público de un proceso con su naturaleza escrita[81]. Su finalidad es la de reforzar la confianza del pueblo en la administración de justicia, ya que es conforme a la naturaleza de los hombres el desconfiar de los procesos que se realizan a puerta cerrada[82]. En el carácter de instrumento para acercar la justicia al pueblo se ha querido ver el valor de la publicidad para la humanización del proceso[83]. No obstante, debe señalarse que la importancia de este principio en el proceso civil es notablemente menor que la que pueda tener, por ejemplo, en el penal, laboral o agrario, ya que la naturaleza de los casos que se ventilan en el primero sólo muy raramente despierta el interés de la colectividad[84]. Además, no puede perderse de vista el hecho de que la presencia de terceros en el debate en que se discuten asuntos de carácter estrictamente privado tendría el efecto de alejar la discusión de esos conflictos de los tribunales de justicia[85]. Finalmente, debe destacarse que la puesta en funcionamiento de los anteriores principios supone normalmente un aumento del personal judicial para dar adecuada atención a todas las audiencias que se presenten y evitar situaciones de *estrés procesal*[86]. Ello hace que a menudo la lucha por la oralidad asuma un carácter económico -y no pocas veces político-, bajo la forma de búsqueda del presupuesto necesario para tal fin[87].

---

[78] Así: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 221.

[79] Ibíd, p. 223.

[80] Sobre el principio de concentración véase en este sentido: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., pp. 223-227.

[81] Habscheid. Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé. En: Towards a justice with human face, op. cit., p. 63.

[82] Así: Jauernig, op. cit., p. 89. También: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 228.

[83] Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p.228.

[84] Jauernig, op. cit., p. 90.

[85] En efecto, es difícil para las partes y testigos comprender por qué sus problemas privados deben ventilarse ante un "público cuestionable", tan sólo por el hecho de encontrarse en un tribunal de justicia. El derecho a la tutela de la intimidad parece en estos casos chocar con el principio de publicidad. Así: Jauernig, op. cit., p. 90.

[86] El concepto de estrés procesal lo utiliza: Fairén Guillén (Víctor), op. cit., p. 229.

[87] Véanse en éste sentido las razones para la renuncia a la introducción de la oralidad en el nuevo Código de Procedimientos Civiles costarricense, de la correspondiente Comisión Redactora. Entre otras razones, se indica que "...tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de procesos, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse por la tarde, salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otras audiencias. Eso significaría un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis." Así: Comisión Redactora. Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos, op. cit., p. 29.

8.4. Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos

El legislador debe eliminar a la hora de reglamentar el proceso todos aquellos formalismos innecesarios, que enturbian la transparencia del curso procesal y lo hacen incomprensible para el común de los hombres[88]. A su vez, debe procurar la simplificación de los procedimientos, con miras al establecimiento de un mayor grado de celeridad en el actuar judicial[89]. Pero debe tenerse presente que la introducción de procedimientos más sencillos y rápidos debe hacerse sin perjuicio del derecho de defensa en juicio, que es elemento esencial del concepto del debido proceso.

8.5. Instrucción de la población

El éxito que pueda tenerse en la tarea de hacer del proceso algo más humano, más cercano al hombre común, depende en mucho de que se tomen medidas concretas para mejorar el conocimiento que tienen las personas de sus derechos y de los medios legales para hacerlos valer[90]. No es suficiente por lo demás que el ciudadano se limite a hacerse representar por su abogado en juicio. Más bién debe estar consciente de su rol de sujeto del proceso y prepararse mejor para participar activamente en la formación del diálogo judicial[91].

9. A manera de conclusión

La lucha por la humanización es una de las exigencias del llamado *proceso social*[92], cuya importancia no puede minimizarse en ningún Estado que se precie de ser democrático. Lo importante en esta tarea no es ver los pasos que ya se han dado por constituir un proceso más cercano al hombre común. Más valioso es preguntarse qué falta por hacer en este sentido en cada ordenamiento jurídico. Actualmente se habla, por ejemplo, de la importancia que puede tener la informática para acelerar la labor de los tribunales y de la necesidad de que los edificios en que se imparte justicia se construyan de forma tal que inviten al diálogo y pierdan la naturaleza intimidatoria que de ordinario tienen[93]. Una mayor resonancia social de la administración de justicia será, en definitiva, el premio del empeño por humanizar el proceso. Por lo demás, puede aplicarse a los jueces la sentencia de Goethe: "Soll er strafen oder schonen, mus er Menschen menschlich sehn"[94].

---

[88] Así: Gelsi Bidart, la humanización del proceso, op. cit., p. 265.

[89] Una administración de justicia con carácter humano supone la rápida tramitación de los asuntos judiciales en conexión con las garantías de una decisión adecuada y justa. Así: Wolf (Manfred), Juristen und andere Rechtspflegeberufe. En: Humane Justiz, op. cit., p.117.

[90] Wassermann, op. cit., p. 35.

[91] Ibid., p.36. Interesante es la experiencia de los llamados "cursos de extensión universitaria", que sobre temas jurídicos -entre otros-, ha puesto la Universidad de Costa Rica desde hace algún tiempo al servicio de la población. Estos cumplen un papel importante en la tarea de humanizar el proceso por medio de la concientización de los ciudadanos con respecto a sus derechos y su rol ante los tribunales de justicia.

[92] Así Wassermann, Der soziale Zivilproze, op. cit., p. 92.

[93] Ver: Makowka (Roland), Gefahren für eine effektive Anwendung des Rechts, Deutsche Richterzeitung, abril, 1991, 128. Ver además: Laage (Gehart), Gerichtsbauten -Bollweke der Einschüchterung- En: Menschen vor Gericht, op. cit., p. 169.

[94] "Ya sea que se castigue o indulte, debe mirar a los hombres humanamente". Goethe, en: "Der Gott und die Bajadere". Citado por Wassermann, en: Justiz mit menschlichem Antlitz, op. cit., p. 37. (Traducción libre).



ARREO: *Francisco Amighetti.*

EL SECRETO BANCARIO Y EL «LAVADO DE DINERO» EN COSTA RICA

(Análisis y perspectivas de un problema social)

Mánfred Sáenz Montero
Abogado del Banco Nacional de Costa Rica.

ÍNDICE

CONTENIDO **PÁGINA**

ÍNDICE 81

I) INTRODUCCIÓN 82

II) EL SECRETO BANCARIO 82

II.a. Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario 82
II.b. Fundamento constitucional del secreto bancario 84
II.c. Límites al secreto bancario 85
II.d. Síntesis sobre el secreto bancario 87

III) LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES 87

III.a. Justificación para la represión del "lavado de dinero" 87
III.b. Concepto de legitimación de capitales 88
III.c. Fases de la legitimación de capitales 90
III.d. Síntesis sobre la legitimación de capitales 92

IV) LA REPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES Y EL SECRETO ¿CONCEPTOS ANTAGÓNICOS? 92

IV.a. Los intereses contrapuestos 92
IV.b. La apertura reglada del Secreto Bancario 93
IV.c. La represión del "lavado de dinero" respetando las garantías individuales 94

V) CONCLUSIONES 95

VI) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 96

I) INTRODUCCIÓN

El fenómeno social -en ocasiones definido por el legislador como delictivo- de la legitimación de capitales provenientes de hechos ilícitos (llamado comúnmente "lavado de dinero"), es tan antiguo como el delito mismo. Este fenómeno delictivo -llamémosle así en concordancia con el ordenamiento jurídico costarricense- existe desde que el delito fue creado como tal, genéricamente hablando.

Por ello, la discusión en torno al panorama legal del secreto bancario y el "lavado de dinero" se remonta a los orígenes mismos de la banca moderna. Es cierto que esta polémica se ha visto rejuvenecida y revigorizada por las tendencias mundiales de las últimas décadas, de luchar contra el tráfico ilícito de drogas estupefacientes, sustancias psicotrópicas y actividades conexas, entre ellas la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

Una controversia muy similar a la que el fenómeno jurídico-social del "lavado de dinero" plantea, la encontramos en la literatura jurídica y económica relacionada con el secreto bancario y el problema fiscal o tributario. Sin embargo, la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico presenta aristas muy interesantes y diversas que enriquecen su análisis y discusión respecto del secreto bancario.

Esta discusión actualmente dista de ser un tema exclusivo de los operadores del proceso penal o de las autoridades represivas en general, ya que -quiéralo o no- el banquero moderno[1] está obligado a involucrarse en este polémico tema. Ello es así, porque hoy en día en el mundo de los negocios bancarios es imposible obviar el fenómeno de la legitimación de capitales ("money laudering" como en inglés se le conoce), puesto que las personas dedicadas a esta actividad utilizan -y cada vez con mayor intensidad- los servicios y productos bancarios que las instituciones bancarias y financieras no bancarias ofrecen.

Las consecuencias negativas de esta actividad -delictiva siempre que así lo defina la Ley Penal respectiva- en los sistemas financieros internacionales y en el nuestro en particular son muchas y de muy variada intensidad. En la medida que un "lavador de dinero" utilice las entidades bancarias y financieras no bancarias, ello podría socavar sus bases económicas, de igual forma podría dañar en forma irreparable la credibilidad y buen nombre de la institución a nivel nacional e internacional, e inclusive ser objeto de sanciones -penales o no- aplicadas por organismos supervisores nacionales y por la comunidad financiera internacional.

Por estas razones, las entidades bancarias y financieras no bancarias deben interesarse en el tema del "lavado de dinero" y la forma de prevenirlo, lo cual les conducirá irremediablemente a contraponer esta lucha preventiva con el instituto jurídico del secreto bancario, y en la necesidad de obtener una solución a la contraposición de intereses.

Precisamente, en el marco de este -si se quiere- conflicto de intereses deseamos contraponer los temas del "lavado de dinero" y el secreto bancario, mediante su análisis y definición -sin pretensión alguna de dar por agotada la discusión-, para presentar finalmente nuestra posición e inclusive recomendación.

II) EL SECRETO BANCARIO

II.a.Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario.

El secreto bancario o (reserva bancaria) es uno de los principales deberes que surgen de las relaciones comerciales -perfectas o imperfectas- entre los bancos y sus clientes, que obligan a las entidades a guardar silencio, es decir, a no divulgar o revelar aquella información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o ha estado a punto de realizar con sus clientes. Es importante aclarar que el deber de discreción surge desde el momento en que el cliente deposita en un banquero su confianza y le revela sus planes y proyectos para adquirir o utilizar los productos o servicios bancarios, sin que sea necesario que se perfeccione algún negocio entre ambos. En tal sentido nos indica MARTÍNEZ NEIRA:

"...Corresponde en efecto a un deber jurídico del banquero, de carácter profesional, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, a la confidencialidad, al respeto de la individualidad de la persona, que protegen las constituciones políticas y que forman parte de los derechos humanos.

[1] Con la expresión "banquero" nos referimos en general a los funcionarios responsables del funcionamiento de las entidades bancarias y financieras no bancarias.

En la relación comercial que se establece entre el banco y su clientela hay un elemento de confidencialidad muy grande que surge de la misma naturaleza de su actividad. Quien acude a él no sólo confía sus dineros, sino igualmente sus secretos, planes y cuestiones más íntimas, asistido por la convicción personal de que el banquero guardará sigilo acerca de los mismos. De allí que se afirme que la reserva bancaria es propiamente dicha una especie de reserva profesional..." (MARTÍNEZ NEIRA (B), 1994, pp. 306-307) (la negrita es nuestra).

Ahora bien, es una realidad innegable que encontraremos tantas definiciones de secreto bancario como autores consultemos, sin embargo y para nuestros efectos, consideramos muy apropiado el concepto que ensaya el autor CARLOS GILBERTO VILLEGAS:

"...Es el deber impuesto a los bancos y demás entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos.

Es una obligación que está implícita en la relación de confianza existente entre el banco y el cliente. Obligación de antigua data y que constituye la esencia de esa relación. Desde tiempos remotos, el banquero, y luego la banca, fue el confidente y consejero de quienes operaban con él.

Se trata de un elemento necesario a la actividad porque es inherente a su naturaleza y al propio interés de la profesión de banquero. Porque para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y de la composición patrimonial del cliente; y en segundo lugar, la seguridad, para éste, de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados..." (VILLEGAS (A), 1988, p. 159) (la negrita es nuestra).

Podemos apreciar a partir de las definiciones de MARTÍNEZ NEIRA y VILLEGAS, que el secreto o reserva bancaria no es un deber -ni mucho menos un concepto- que viene dado por el sistema jurídico que regula la actividad financiera de un país, todo lo contrario, es una característica inherente a la actividad bancaria en sentido amplio. Ello significa que no se puede hablar de actividad bancaria y financiera no bancaria sin aceptar como un elemento intrínseco el secreto bancario, ya que la confianza que el cliente tiene en el banquero para depositar en él sus planes y proyectos es -en nuestro criterio-, la piedra angular de toda la actividad bancaria.

En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores han oscilado en decir que su origen es contractual, para otros surge como resultado de un uso o costumbre, un tercer grupo encuentra el sustento del secreto bancario en una relación extracontractual o cuasidelictual referida a los daños que pudieran producirse si se revelara la información brindada por el cliente. Y, finalmente, otros autores esgrimen la que consideramos la tesis más adecuada, en el sentido de que el secreto bancario se deriva -como una manifestación más- del secreto profesional. Sobre este particular VILLEGAS nos explica:

"...Para nosotros, el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional. "El fundamento de esta obligación debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general", expresa Supervielle Saavedra. Y citando a Gulphe, en nota al pie, agrega: "No se discute la existencia, en el plano moral, de una obligación al silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es en el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión. La ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, está acompañada de una sanción penal".

Se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Está sobrentendido el interés que tiene todo cliente en que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general. Es evidente, también, el perjuicio que puede acarrearle la revelación de esas informaciones..." (VILLEGAS (A), 1988, pp. 160-161).

Por lo anterior, es que hemos afirmado que la existencia del secreto bancario no está condicionada al marco jurídico de un sistema financiero en particular, puesto que es un deber inherente a la actividad bancaria y financiera no bancaria. Estas consideraciones nos permiten concluir sin temor a equivocarnos, que el secreto bancario en Costa Rica no está circunscrito exclusivamente a la cuenta corriente bancaria, en cuya regulación encontramos en el artículo 615 del Código de Comercio una norma expresa donde se consagra la reserva bancaria:

"...Artículo 615.- Las cuentas corrientes bancarias inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización

escrita del dueño, por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras. Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por autoridades fiscales..."

Pero afirmar, a partir de esta norma mercantil, que en Costa Rica el secreto bancario opera únicamente en cuanto a la cuenta corriente bancaria, implica un desconocimiento total de la esencia misma de este instituto jurídico. Ello es así, porque hemos podido apreciar como el elemento de la confidencialidad (reserva o secreto) es connatural y consustancial a toda actividad bancaria y financiera no bancaria, indistintamente que el sistema jurídico lo reconozca o no, ya que -y en esto hay que ser claros- no podría realizarse actividad bancaria alguna si el cliente no tiene certeza de que la información que deposite en el banquero allí permanecerá. De forma tal, que no es cierto que la confidencialidad de los documentos en el Sistema Bancario Costarricense se circunscriba a la materia de cuentas corrientes en perjuicio del resto de la actividad bancaria y financiera no bancaria.

II.b. Fundamento constitucional del secreto bancario.

Como ya lo adelantábamos, en el ordenamiento jurídico costarricense sólo existe una norma legal que expresamente consagra la inviolabilidad del secreto bancario (artículo 615 del Código de Comercio), sin que ello signifique -como ya lo hemos dicho- que el resto de la actividad bancaria no esté protegida por el secreto bancario. Sin embargo, no podemos hablar sólo de una norma legal, ya que encontramos en los dos primeros párrafos del artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica el sustento necesario para afirmar que el secreto bancario comprende toda la actividad bancaria y no solamente la cuenta corriente bancaria, en la medida que se garantiza el "derecho a la intimidad", intimidad -de los clientes- que es protegida mediante el secreto bancario:

"...Artículo 24.- **Se garantiza el derecho a la intimidad** y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de los dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento..." (la negrita es nuestra).

A partir de esta disposición la jurisprudencia constitucional ha reconocido que toda la actividad bancaria y financiera no bancaria está protegida por el secreto bancario, específicamente la Sala Constitucional mediante el Voto Nº 578-92 de las 10.45 horas del 28 de febrero de 1992, estableció:

"...En general toda la actividad bancaria que involucre contratos, solicitudes y cualquier otro tipo de relación con particulares -como clientes-, está, por su naturaleza, amparada al secreto bancario.

Las operaciones que efectúan los particulares con los bancos -como sujetos de derecho privado- constituyen tanto en su obtención como en la forma y el modo de su constitución y servicio, documentos privados que están amparados a la protección que establece el artículo 24 Constitucional -salvo que por su naturaleza deban constar en documentos públicos o en registros, también públicos, de los cuales, y sin intervención del banco, se podría obtener la información que ellos contengan-, así que el banco no puede suministrarla sino en los casos y en la forma que aquel artículo prevé para ello..."

Si bien es cierto que del texto del artículo 24 Constitucional -citado- no se desprende ni regula expresamente lo concerniente al denominado secreto bancario, tal y como se le conoce técnicamente en el Derecho Bancario -según lo hemos visto ya-, y así lo ha reconocido la propia Sala Constitucional en el Voto Nº 3929-95 de las 15.24 horas del 18 de julio de 1995, sí protege el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados, que son el sustento del secreto bancario en la medida que constituye una especie del secreto profesional. Así lo ha comprendido CÓRDOBA ORTEGA al comentar la jurisprudencia de la Sala en cuanto a esta norma de la Carta Magna, y en particular el Voto Nº 5376-94 del -único y- máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional:

"...El derecho a la intimidad ha sido definido por la Sala como" "...derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado..." Como una de sus manifestaciones expresamente contempladas en la Constitución Política se encuentra la inviolabilidad de los documentos privados. Esta garantía protege la confidencialidad de los documentos e informaciones privadas, impide a los particulares el acceso a ellos y prohíbe a las instituciones los privados (sic) su suministro a terceros. **En este sentido, el secreto bancario entendido genéricamente como deber impuesto a las entidades**

financieras de no revelar informaciones que posean de sus clientes y las operaciones de negocios que realicen con ellos, constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad y a la vida privada. Por lo que los documentos e informaciones que un cliente haya proporcionado a un Banco y las operaciones o negocios que haya pactado con él, se encuentran protegidos por el secreto bancario..." (CÓRDOBA ORTEGA, 1996, p. 101) (la negrita es nuestra).

En síntesis, en la medida que la Carta Magna costarricense y la jurisprudencia constitucional reconocen la protección a la intimidad, libertad e inviolabilidad de los documentos privados, encontramos en estos pilares el sustento necesario para la aplicación plena del instituto jurídico denominado secreto bancario o reserva bancaria a toda la actividad bancaria y financiera no bancaria, sin interesarnos si entre el banquero y el cliente se perfeccionó algún tipo de negocio mercantil.

II.c. Límites del secreto bancario.

Así como extraemos del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados -consagrados en el artículo 24 Constitucional- el sustento necesario para la vigencia y aplicación del secreto bancario, a toda la actividad bancaria y financiera no bancaria en Costa Rica, también encontramos en la Carta Magna límites al derecho a la intimidad -y en consecuencia al secreto bancario- enumerados taxativamente:

"...Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, **la ley**, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de los dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, **fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados**, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, **la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación** e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del **Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República** podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, **determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública** podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación..." (la negrita es nuestra).

De tal forma, el derecho a la intimidad e inviolabilidad de los documentos privados -y por ende el secreto bancario-, podrá estar limitado por **leyes especiales** que deberán ser aprobadas por dos tercios del total de los diputados de la Asamblea Legislativa, las cuales sustentarán la actividad de:

i) Los Tribunales de Justicia en materia de registro, secuestro o examen de documentos privados, y para la intervención de cualquier tipo de comunicación;

ii) El Ministerio de Hacienda, para la revisión de libros de contabilidad y sus anexos para fines estrictamente tributarios;

iii) La Contraloría General de la República, para la fiscalización de la correcta utilización de los fondos públicos; y

iv) La Administración Pública -en sentido amplio-, para la revisión de los documentos que la ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia, para conseguir fines públicos.

Ahora bien, para nuestros efectos circunscribiremos el análisis a la actividad que desarrollen los Tribunales de Justicia, ya que al tratar en forma conjunta el tema de la legitimación de capitales, nos interesa confrontar el secreto bancario con la actividad que realizan las agencias represivas (policías, fiscales y jueces). Para ello recordemos que el párrafo segundo del artículo 24 Constitucional establece que será una ley especial -aprobada por dos tercios del total de diputados de la Asamblea Legislativa-, la que "...**fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el**

secuestro, registro o examen de los documentos privados..."

Sobre este particular, por "Tribunales de Justicia" debemos entender únicamente los Tribunales -en sentido amplio- que conocen de la materia penal, es decir, aquéllos a los que le corresponde la aplicación del Código Penal y de Procedimientos Penales, ya que el secuestro, registro o examen de documentos privados son medios de prueba aplicables únicamente en lo penal, tal y como lo establecen los artículos 209, 210, 216 y 217 del Código de Procedimientos Penales.

La "ley especial" a que se refiere el segundo párrafo del artículo 24 Constitucional como un límite al secreto bancario en cuanto a los Tribunales de Justicia, en nuestro medio es la "Ley de Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones" (Nº 7425 del 1.º de agosto de 1994, publicada en "La Gaceta" Nº 171 del 8 de setiembre de 1994), en la que se dispone expresamente que cualquier perturbación a la intimidad -en cualquiera de sus manifestaciones- debe ser como consecuencia de la orden de un "juez competente". A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 1.º de dicho cuerpo legal:

"...**Artículo 1.- Competencia.** Los **Tribunales de Justicia** podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para efectos de esta Ley, se considerarán documentos privados; la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los vídeos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizada con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo..." (la negrita es nuestra).

La expresión utilizada por esta ley de "**Tribunales de Justicia**" podemos equipararla a "**juez competente**", pero en uno u otro caso debemos entender que el legislador en consonancia con la Carta Magna se refiere a una autoridad jurisdiccional que tramite o conozca de un proceso penal en el que se requiere información privada resguardada por el secreto bancario, y de acuerdo con la Legislación Procesal Penal vigente podría tratarse de una alcaldía en funciones de Juzgado de Instrucción por ministerio de ley, un Juzgado de Instrucción, Juzgado Penal, Tribunal Superior (de Juicio o de Apelaciones), Tribunal Superior de Casación Penal o la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ya que tales órganos jurisdiccionales conocen de la materia penal, en la esfera de su competencia.

Sobre este tema en particular del "juez competente" diferimos del autor HERNÁNDEZ VALLE, para quien no existe distingo alguno en cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional y al entender que la Carta Magna sólo autoriza la promulgación de una ley para limitar -en nuestro caso- el secreto bancario, al explicar:

"...iii. **Secuestro, examen y registro de los documentos privados por parte de los tribunales de justicia.**

Esta potestad excepcional de secuestro, examen y registro de documentos privados se otorga sólo a los jueces, sin importar la materia de su jurisdicción.

En la actualidad existen numerosas leyes que confieren tales facultades a los jueces; sin embargo, la reforma constitucional del artículo 24 pareciera exigir que todos esos casos se incluyan en un mismo texto normativo, pues habla en singular de "la ley", además que la misma deberá aprobarse y reformarse por dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa..." (HERNÁNDEZ VALLE, 1994, p. 397).

En apoyo de nuestra posición, podemos citar al Dr. CAIROLI MARTÍNEZ quien al comentar la legislación y jurisprudencia uruguayas analiza una forma común que utilizan algunos tribunales uruguayos no penales -tal y como sucede en Costa Rica-, para burlar el secreto bancario:

"...La sentencia se dictó casando el fallo de segunda instancia de un Tribunal Civil que había procedido a bloquear la cuenta de un cliente de una Institución bancaria de plaza, sin que se le proporcionara el número de ella, aunque sí se le daban datos para rastrear esa cuenta.

La Corte dijo, en la oportunidad de anular la sentencia de segundo grado, que 'es evidente que el Banco...como cualquier institución financiera, internamente conoce los números de cuenta de los depósitos de sus clientes, a los que puede llegar incluso con el único dato de su nombre, o por la fecha del depósito', 'pero de acuerdo con los datos proporcionados, el Banco no podía ir más allá de constatar que la cuenta individualizada estaba cancelada. Otra operación, como la referida en la demanda a f. 5 vto., el tipiado por número de expedientes, y/o por titulares, no suponía sino una averiguación incompatible con el deber de sigilo'. 'Se puede pedir el embargo del depósito efectuado en una cuenta bancaria, siempre que el mismo se encuentre debidamente individualizado,

pero la referida petición no puede mudar de naturaleza y convertirse en un procedimiento de averiguación, porque ello implicaría la violación del secreto bancario, siendo nuestra legislación...una de las más estrictas respecto a su protección. De haberse procedido como lo pretendía el actor, la investigación habría revelado indebidamente que además de la cuenta individualizada en el oficio que ordenaba el embargo (ya cancelada), existía otra que no era conocida por el acreedor'.

En consecuencia, para que se cumpla con un pedido de embargo sobre una cuenta, la solicitud debe ser acompañada de todos los elementos de individualización, esencialmente del número de ella, como modo de que no sea un procedimiento averiguación..." (sic) (CAIROLI MARTÍNEZ, 1996).

Por todo lo anterior, como límite al secreto bancario dentro del ordenamiento jurídico costarricense, en lo que se refiere a los "Tribunales de Justicia" -párrafo segundo del artículo 24 de la Carta Magna-, solamente los Tribunales Penales -en sentido amplio- están constitucional y legalmente autorizados para ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, es decir, sólo los Tribunales Penales podrán en los casos que la "**Ley de Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones**" indique, quebrantar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados y, consecuentemente, el secreto bancario. Logrando con ello tener acceso a la información de la actividad bancaria y financiera no bancaria de los clientes, según la orden respectiva. Asimismo, como corolario, podemos concluir que todos los demás Tribunales de Justicia que no conocen de la materia penal, no están autorizados por el ordenamiento jurídico para quebrantar el secreto bancario y consecuentemente no podrán conocer la información amparada por este instituto jurídico.

II.d. Síntesis sobre el secreto bancario.

Si bien es cierto no hemos esbozado nuestro concepto sobre "secreto bancario" ya que ese no es el objetivo que perseguimos, sí hemos compartido expresamente nuestra posición con lo dicho por autores como MARTÍNEZ NEIRA (B, 1994) y VILLEGAS (A., 1988), en el sentido de entender al secreto o reserva bancaria como un deber jurídico inherente al ejercicio de la profesión de banquero, consistente en la obligación de guardar sigilo respecto de la información que los clientes -y aun los que no llegaron a serlo- depositaron en la entidad bancaria o financiera no bancaria como motivo de dicha actividad, debido a la confianza depositada por el cliente en la institución respectiva.

Dicho deber de sigilo o silencio respecto de terceros es inherente a la actividad bancaria o financiera no bancaria, de ahí que no consideramos indispensable que una ley regule o mencione al secreto bancario, puesto que sin esa mención dicho instituto jurídico existirá, pero esto no significa que estemos en contra de su eventual regulación. Este carácter implícito del secreto bancario hace que no podamos concebir la actividad bancaria y financiera no bancaria, sin la existencia de la confianza del cliente y el deber de silencio por parte del banquero. Asimismo, ha quedado claro que el sustento jurídico del secreto bancario -como una manifestación del secreto profesional- reside en el derecho que tiene toda persona a un ámbito de intimidad, en el que nadie pueda ingresar sin su consentimiento, es decir, en un espacio reservado y confidencial.

Ahora bien, aunque en Costa Rica la Constitución Política reconoce este derecho a la intimidad y de ahí extraemos el sustento para la vigencia del secreto bancario, no se trata de un derecho absoluto, por el contrario, la propia Carta Magna señala que en casos muy calificados ese derecho cederá, y en consecuencia bajo ciertas hipótesis el secreto bancario podrá ser quebrantado.

Esto nos plantea el "quid iuris" de estas reflexiones, ya que el problema no se resume en estar a favor o en contra de la vigencia absoluta del secreto bancario, sino, en sustentar y comprender el porqué de una u otra posición. Y, digámoslo desde ahora, no somos partidarios de una vigencia absoluta e irrestricta de dicho instituto jurídico, por el contrario consideramos conveniente y necesario que esté limitado en situaciones muy particulares, como en el caso del "lavado de dinero". Sin embargo, antes de iniciar esta exposición, tratemos de comprender el fenómeno jurídico-social de la legitimación de capitales.

III) LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

III.a. Justificación para la represión del "lavado de dinero".

Aunque para los técnicos en derecho la represión de la legitimación de capitales provenientes del "lavado de dinero" está sobradamente justificada, se trata de un tema no siempre del dominio de los banqueros y por ello es que brevemente examinaremos tal justificación.

Lo primero que debemos comprender es que el "lavado de dinero" representa -si se quiere- la etapa final de toda la actividad del tráfico ilícito de estupefacientes, ya que en este momento el narcotraficante pretende ocultar sus jugosas ganancias económicas y hacerlas aparecer como lícitas, tal y como lo afirma HERNÁNDEZ RAMÍREZ:

"...La legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico constituye la infraestructura financiera del gran negocio del Narcotráfico; dentro de esta empresa, el 'Legitimador' se ocupa de legalizar sus haberes y de reconvertir las ganancias. Se dice, en este sentido, que la actividad de 'lavado de capital' no es sino la parte más importante de la actividad global del tráfico de drogas..."(HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p.11).

Esas cuantiosas ganancias producto del tráfico ilícito de drogas -como luego se verá- son inyectadas dentro del flujo normal del sistema financiero de un país, perturbando su normal desarrollo puesto que se trata de capitales obtenidos al margen de la legalidad, y para ocultar su origen recurren a toda clase de mecanismos, desde la extorsión y el soborno, hasta otros mucho más sofisticados desde el punto de vista financiero. De ahí que coincidamos plenamente con lo dicho -sobre este particular- en el Preámbulo de la "**Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas**" de 1988:

"...el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles..." (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p.145).

En idéntico sentido se expresa el ya citado autor HERNÁNDEZ RAMÍREZ, al señalar que:

"...'El lavado de capitales' representa la etapa central dentro de la empresa del narcotráfico, de donde se derivan dos acontecimientos, necesarios para el dueño del capital: primero, se disfraza el origen ilícito de los fondos y; segundo, se ayuda a lograr su impunidad.

El campo de acción del 'Legitimador' es la estructura económica del país, allí invierte, el capital obtenido en el 'tráfico', en negocios lícitos. Se produce así, una influencia negativa en la vida económica financiera, la corrompe y la contamina, pues sus únicos motivos son: incrementar las ganancias y potenciar la organización narcotraficante..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p.11).

Ante esta real -y en algunos casos ya materializada- posibilidad de contaminar todo un sistema financiero con el flujo de dineros provenientes del narcotráfico, es que encuentra justificación su represión penal, por lo cual hacemos eco de las palabras de BERNAUS & MONTEVERDI:

"...La droga constituye un verdadero problema social que debe ser atendido por todos los países del mundo, nadie puede desligarse del control de la misma, su producción, su venta aun para fines terapéuticos.

La droga no sólo constituye un problema para aquéllos que la consumen, el meollo de la cuestión no radica sólo en ese aspecto, todo el submundo de la droga debe ser atendido con mucha seriedad, cualquier aspecto que descuidemos tendrá en el futuro graves consecuencias.

El tráfico y consumo de las drogas no constituye el único conflicto: el poderío económico que representa en el orden nacional e internacional, sus influencias en el mundo de la política y sus gigantescas operaciones de carácter financiero, los golpes de estado, en especial en los países americanos, donde los pueblos viven en la miseria. No podemos cerrar los ojos, pensando que estamos alejados de los países productores: la experiencia y los distintos procedimientos que realizan las fuerzas policiales, demuestran todo lo contrario..." (BERNAUS & MONTEVERDI, 1996, p. 14).

Ahora bien, pese a que el aspecto estrictamente técnico-jurídico puede que sea desconocido por el banquero moderno, en algunas latitudes sí hemos sido testigos de las nefastas consecuencias del "lavado de capitales" y por ello es que las entidades bancarias y financieras no bancarias deben interesarse por este confuso pero interesante tema, por el momento procedamos a estudiar el concepto de este fenómeno jurídico-social.

III.b. Concepto de "legitimación de capitales".

En términos simples podemos definir la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos, como aquella actividad o conducta desplegada por el "legitimador" (o "lavador") para encubrir u ocultar el origen ilícito de una fuente de ingresos o de bienes en general, o la utilización de los mismos, cuando son el producto de un ilícito penal. Se trata de todo un proceso tendente a LEGITIMAR esos ingresos o bienes obtenidos como producto de hechos delictivos. En este sentido SAINT-DENIS indica:

"...Definido simplemente, el lavado de dinero es el proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es

convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal..." (SAINT-DENIS, 1991, p. 2).

Cuando hablamos de "lavado de dinero" -como comúnmente se conoce esta actividad-, lo relacionamos inmediatamente con los bienes provenientes del narcotráfico. Sin embargo, debe quedar claro que no sólo se legitiman capitales procedentes del tráfico de drogas, ya que el tráfico ilegal de armas, la trata de blancas, la evasión de impuestos, las defraudaciones en sentido amplio, del robo de vehículos, tráfico de diamantes, tráfico de obras de arte robadas, y cualquier otra conducta delictiva, generalmente produce bienes que necesitan ser "lavados".

Aunque en otras latitudes se sanciona penalmente la legitimación de capitales provenientes de cualquier hecho delictivo, en Costa Rica únicamente se tipifica como delito el "lavado de dinero" producto del narcotráfico, lo cual coincide con nuestro objeto de estudio. En este sentido, el artículo 17 de la **"Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas"**, establece: "...Artículo 17.- Se impondrá prisión de ocho a veinte años a quien interviniera **en cualquier tipo de contrato, ya sea real o simulado, de enajenación, de inversión, de pignoración, de cesión, de conversión, de transferencia, de guarda, o de encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, cosas, valores, títulos o bienes** provenientes de los hechos delictivos tipificados en esta ley o del beneficio económico obtenido de dichos delitos, siempre que hubiera conocido ese origen y **tienda con esas acciones a ocultar o encubrir el origen de los recursos, o a eludir las consecuencias jurídicas de esas acciones**, independientemente del lugar donde esos actos ilícitos se hubieran cometido.

El favorecimiento personal del delito establecido en este artículo, será sancionado con la pena señalada para el autor. Cuando el tráfico de drogas o los delitos relacionados con esa actividad, aun los referidos a las conductas tipificadas en este artículo, se hayan ejecutado en el extranjero, su respectiva demostración podrá acreditarse por cualquier medio de prueba, siempre que se respeten las garantías establecidas en la legislación nacional y en las convenciones internacionales aceptadas por Costa Rica en protección de los derechos del imputado.

Los bancos del Sistema Bancario Nacional deberán rendir los informes relacionados con las conductas tipificadas en el presente artículo, los cuales les soliciten el Ministerio Público o los jueces de la República, aun en la fase de instrucción preparatoria.

Los jueces podrán también ordenar que les sea entregada cualquier documentación o medio de prueba que los bancos tuvieran en su poder, cuando ello fuera necesario para una investigación.

La resolución que acuerde lo anterior deberá fundamentar, debidamente, la necesidad del informe o del aporte del medio probatorio..." (la negrita es nuestra).

De tal forma, el ordenamiento jurídico-penal costarricense tipifica como delictiva aquella actividad realizada por medio de instrumentos jurídicos -simulados o reales- tendentes a encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino o la circulación de bienes -en sentido amplio- provenientes del narcotráfico, ocultando el origen de dichos recursos para evadir las consecuencias jurídicas de la comisión de otros ilícitos penales. De igual forma, encontramos una definición bastante precisa -y muy similar a la adoptada por nuestra legislación- de este fenómeno delictivo en la **"Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas"** -también conocida como la **"Convención de Viena"**[2]-, al identificar -en el artículo 3 párrafo 1) inciso b)-, como "lavado de dinero":

"...i) la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a)

[2] La Convención de Viena de 1988 actualmente es Ley de la República en Costa Rica, según la Ley Nº 7198 promulgada por la Asamblea Legislativa.

del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos..." (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 149).

De tal forma, la acción de legitimar capitales provenientes del narcotráfico consiste en ocultar o encubrir el origen de los bienes -en sentido amplio- producto de dicha actividad ilícita, con la finalidad de evadir la acción de las agencias represivas (policías, fiscales y jueces) y así poder disfrutar de su poderío económico. De ahí que se afirme que el bien jurídico tutelado -al menos en Costa Rica por la estructura del tipo penal respectivo- es la administración de justicia, aunque esto no significa que la conducta desplegada por los "lavadores de capitales" no afecte intereses mucho más amplios -independientemente de la clasificación técnico-penal-, como la economía nacional, la buena administración pública y otros más:

"...Así las cosas, el delito de Legitimación de Capitales Provenientes de Narcotráfico es una infracción contra la Administración de Justicia, puesto que el sujeto activo tiene la pretensión de ocultar o encubrir el origen de los recursos económicos logrados por la comisión de delitos de tráfico de drogas o de delitos relacionados con esa actividad; ya sea para legitimar esos capitales o para ayudar al narcotraficante (sujeto encubierto) a eludir las consecuencias jurídicas de su delito (delito encubierto)..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p. 30).

Finalmente, tal y como ya lo hemos visto, el tema de la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos es de interés mundial, tanto para los países como para los organismos financieros internacionales, ya que sus consecuencias son nefastas como ya sabemos. Por ello, a las entidades financieras -nacionales o internacionales- les interesa -o debiera interesar- este tema, porque además de socavar sus bases económicas, ya que el participar en esta actividad -aunque sea por simple negligencia- puede acarrear sanciones a nivel nacional -según la legislación interna- que implicarían hasta la pérdida de la licencia como banco, o a nivel internacional sanciones económicas que restringirían las relaciones comerciales con el "banco castigado", lo cual podría implicar su cierre en algunos casos.

III.c. Fases de la legitimación de capitales.

Una vez que tenemos claro en qué consiste la legitimación de capitales (o "lavado de dinero"), procedamos a examinar cuáles son las fases en que se desarrolla tal actividad, para comprender de mejor forma este fenómeno delictivo. La comprensión de las fases en que se realiza el "lavado de capitales" no solo permite visualizar cómo y por qué son utilizadas las entidades bancarias y financieras no bancarias en esta ilegal actividad.

En cuanto a la actividad propiamente de "lavado de dinero" y para efectos de continuar con estas breves explicaciones, debemos indicar que en este proceso de legitimación han sido identificadas claramente tres etapas distintas[3], que son:

i) Fase de colocación o conversión.

ii) Fase de encubrimiento u ocultación.

iii) Fase de integración o creación de legitimidad.

Aunque -debe quedar claro-, nuestra intención en este momento no es exponer las formas más comunes y conocidas que utilizan los "lavadores" para legitimar los capitales provenientes del narcotráfico, pues sólo deseamos explicar distintas fases o etapas de este fenómeno jurídico-social.

i) **FASE DE COLOCACIÓN O CONVERSIÓN:** En este momento el narcotraficante enfrenta un serio problema, ya que como consecuencia de la venta "al menudeo" de la droga, acumula grandes sumas de dinero en billetes de baja denominación que por el peso y la cantidad se tornan inmanejables, por ello necesita deshacerse del dinero en efectivo.

Se ha establecido que el "lavador" no tiende a "deshacerse" del dinero en efectivo en los países donde trafica, de ahí que recurra a múltiples mecanismos para trasladar el dinero efectivo a entidades bancarias o financieras no bancarias -generalmente a los conocidos "paraísos fiscales"-, tal y como lo explica SAAVEDRA ROJAS:

"...De manera regular la conducta aquí descrita es el cambio o mutación del dinero obtenido, por bienes o servicios, pero no necesariamente la convertibilidad debe

[3] Además de la denominación de las etapas que explicaremos, también se les identifica como etapas de colocación, recubrimiento con capas, e integración del proceso de lavado de dinero. Otro autor habla de fases de inversión, acumulación e integración (ver HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 123-128). Sin embargo, los nombres no son lo importante, sino la comprensión de las etapas en sí.

entenderse en sentido tan restringido, porque puede ser igualmente referida de un bien a otro, sea cual fuere la forma contractual escogida para hacerla o encubrirla; puede ser por contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros, es decir, de los clásicos testaferros..." (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 38).

En síntesis, esta fase se caracteriza por la conversión de grandes cantidades de dinero en efectivo en otras formas de dinero o activos, o cualquier otro instrumento financiero, siempre que con ello se solvente el problema de las grandes cantidades de efectivo que el narcotráfico genera, facilite el manejo del mismo y se oculte el origen del dinero o capitales.

ii) **FASE DE ENCUBRIMIENTO U OCULTACIÓN**: Una vez que el "lavador" ha logrado deshacerse del dinero en efectivo, y ha trasladado ese capital producto del narcotráfico a un lugar distinto de su origen ilícito, empieza la segunda fase. En esta etapa del proceso, una vez que el dinero efectivo ha sido convertido en instrumentos o activos que permiten su fácil manejo, se oculta o separa la fuente ilegal de las ganancias ilícitas, generalmente mediante complicadas transacciones financieras, o bien utilizando los más variados e insólitos mecanismos, cuyo límite será el ingenio de las personas dedicadas a esta actividad delictiva, recurriendo -casi siempre a las entidades bancarias y financieras no bancarias-.

En este punto, recurrimos a la explicación de HERNÁNDEZ RAMÍREZ que consideramos muy apropiada:

"...si la fase de inversión fue exitosa, con esta segunda etapa el encubrimiento se hará cada vez más difícil de detectar.

Los métodos más importantes para desarrollar esta etapa de acumulación son:

a- El numerario convertido en instrumento de pago.

b- Compra de bienes materiales adquiridos con dinero efectivo que luego son vendidos.

c- Transferencia electrónica de fondos (probablemente éste sea el mejor método y el más utilizado).

En esta segunda fase el encubridor tiene en sus manos un importante instrumento para ocultar el origen ilícito del capital: los paraísos fiscales del sistema bancario internacional. **En ese grupo de entidades bancarias el secreto bancario está garantizado y existen disposiciones muy estrictas y rigurosas que impiden su detección, seguimiento e investigación...**" (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 125-126). (la negrita es nuestra)

Al término de esta etapa el "legitimador" ("lavador" o "encubridor") no sólo ha separado el dinero de su fuente u origen ilícito, sino que ha borrado -en ocasiones de forma muy hábil- el rastro contable de dicho origen, encubriéndolo mediante complicadas y variadas transacciones financieras, o bien -por ejemplo- adquiriendo bienes en distintos países según sus intereses. Pero lo anterior no es suficiente para el "legitimador de capitales", ya que en ese preciso instante inicia la tercera y última fase, que -en nuestro criterio- es la más perjudicial para los sistemas financieros nacionales e internacionales.

iii) **FASE DE INTEGRACIÓN O CREACIÓN DE LEGITIMIDAD**: En esta última etapa el "lavador" de dinero trata de dar la fachada o apariencia de legitimidad al dinero que ha encubierto. Se le conoce como de integración porque en este momento el "lavador" generalmente hace grandes inversiones (compra de joyas, obras de arte, todo tipo de bonos, etc.), o se implementan grandes proyectos de inversión de capital, es decir, inyecta el "dinero limpio" en los sistemas financieros nacionales e internacionales.

En este momento el objetivo del "legitimador" no sólo es encubrir -porque ya lo ha logrado- el origen o fuente del "dinero sucio", se trata de invertir -de muy diversas formas- el "dinero limpio" ("lavado") en la(o las) economía(s) escogida(s), para que una vez integrado a un sistema financiero en particular esas ganancias aparenten ser lícitas, fundiéndose y confundiéndose con el resto de las actividades lícitas de la economía infiltrada.

En lo tocante a las formas en que un "lavador de dinero" invierte los dineros provenientes del narcotráfico, en esta última etapa, HERNÁNDEZ RAMÍREZ nos explica:

"...Los métodos más empleados para realizar el proceso de integración son:

a- Técnica de préstamo-retorno o autogarantizado. El encubridor tiene su dinero depositado en un banco en el extranjero, entonces solicita un préstamo a ese banco para realizar una inversión en su país, luego lo reembolsa como si fuera una transacción legal. De esta forma puede realizar un sinnúmero de operaciones de préstamo sin despertar sospecha.

b- Inversión directa. Se utiliza una Sociedad "pantalla" constituida en el extranjero y se invierte por medio de ella.

c- Compraventa de bienes inmuebles. Utilizándose en cada operación el sistema de doble facturación, el precio del bien objeto del contrato es muy inferior al precio fijado en la formalización de la venta, luego la diferencia del precio se deposita en una cuenta bancaria.

d- Utilización de falsas facturas de importación y/o exportación.

Según un estudio internacional sobre el tema y otras fuentes, los puntos de coincidencia de los distintos métodos utilizados para ocultar el origen ilícito del Capital del Narcotráfico, son:

- Creación de empresas "testaferro" y apertura de cuentas bancarias.
- Conversión de billetes de bajo valor por otros de mayor denominación.
- Depósito de cantidades inferiores a las que necesitan presentación de documentos exigibles por la legislación monetaria del país referente a transacciones en efectivo.
- Empleo de documentos falsos para justificar los depósitos y transferencias de fondos entre compañías de importación y exportación.

El legitimador del capital del narcotráfico puede hacer uso de cualquiera de las tres etapas citadas, la complejidad del proceso también hace que este tipo de delincuente se especialice en cualquiera de ellas..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 126-128).

Debido a que en esta fase el "lavador" introduce el dinero producto del narcotráfico dentro del desarrollo normal de un sistema financiero en particular, es por lo que opinamos que es la más perjudicial para la economía de un país o una región, puesto que tiende a confundirse con las actividades lícitas, y a corromper las estructuras administrativas, comerciales y la sociedad misma.

III.d. Síntesis sobre la legitimación de capitales.

A lo largo de este aparte se ha expuesto en qué consiste la "legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos" -como el narcotráfico-, en palabras sencillas es aquella actividad desplegada para ocultar o encubrir el origen o fuente -ilícita- de esos recursos económicos, utilizando para ello todas las herramientas que un sistema financiero facilita para el desarrollo de las actividades comerciales lícitas. Se explicó como esta actividad delictiva, contamina y corrompe sistemas financieros por completo y la sociedad misma, donde sea que se lleve a cabo, de ahí que es imprescindible su represión penal. De igual forma, a lo largo de la exposición de las distintas fases del "lavado de dinero", hemos podido apreciar como son predilectos por los lavadores aquellos sistemas financieros (paraísos fiscales) en donde la vigencia del secreto bancario es absoluta, ya que ello les facilita en grado sumo el encubrimiento del origen de los fondos, lo cual pone en evidencia el conflicto que existe entre la vigencia absoluta del secreto bancario, y la investigación y represión de la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico como una conducta delictiva independiente.

IV) LA REPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES Y EL SECRETO BANCARIO ¿CONCEPTOS ANTAGÓNICOS?

IV.a. Los intereses contrapuestos.

Al momento de contraponer la represión de la legitimación de capitales y el secreto bancario debemos cuestionar, ¿son, realmente, conceptos antagónicos? La respuesta -en nuestro criterio- la podemos encontrar al definir cuáles son los intereses -jurídicamente hablando- que sustentan ambos conceptos.

Tal y como lo expusimos anteriormente, el secreto o reserva bancaria hace efectivo el derecho -fundamental- a la intimidad que todos tenemos, al impedir que la información depositada por el cliente en la banca en virtud de la confianza que le merece el banquero, sea conocida por terceros sin su consentimiento. Por su parte, al menos de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal costarricense, el bien jurídico tutelado por el delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, es la administración de justicia, en la medida que esta conducta delictiva -como se ha visto- tiende a encubrir el origen ilícito del capital producto del narcotráfico, procurando el narcotraficante el goce de esos recursos.

De tal forma, al contraponer la vigencia absoluta del secreto bancario y la represión de la conducta delictiva de legitimación de capitales, estamos confrontando un interés individual, como lo es el derecho a la intimidad, con un interés colectivo, consistente en la potestad de un Estado por mantener y aplicar el ordenamiento jurídico. Es decir, se nos plantea la bizantina discusión entre cuál es el interés que debe prevalecer, el individual o el colectivo.

Es claro que las entidades bancarias y financieras no bancarias son -y en realidad deben serlo-, muy celosas de cualquier intento por irrespetar o quebrantar el secreto bancario. Esta actitud no es criticable si hemos afirmado que la reserva bancaria es inherente a la actividad

bancaria y financiera no bancaria, a tal extremo que si el cliente pierde la confianza en su banquero, la banca como tal desaparecería. Sin embargo, este discurso no puede llevarse al extremo de pretender una aplicación absoluta del secreto bancario, en aras de defender un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad o confidencialidad.

Si aceptamos que el "narcodinero"[4] contamina y corrompe los sistemas financieros en donde es introducido, e inclusive la sociedad misma, es de vital importancia reprimir ese tipo de conductas, en función de salvaguardar un interés colectivo superior por medio de la Administración de Justicia. Es decir, la colectividad social representada por el Estado, por medio de la Jurisdicción procura mantener la vigencia del ordenamiento jurídico respectivo, sancionando penalmente conductas como la legitimación de capitales. En este sentido:

"...La mencionada conducta del encubridor del narcotráfico entorpece la función averiguadora y sancionadora de los delitos realizados por la delincuencia del narcotráfico. Tal función con rango constitucional, le corresponde al Poder Judicial realizarla, específicamente a los Tribunales de Justicia poseedores de la jurisdicción en materia penal.

Destacado así, el bien jurídico del art. 17 (legitimación de capitales), conviene admitir con Maggiore que 'en sentido técnico, el término 'Administración de Justicia' tiene el mismo significado que 'Jurisdicción', es decir, indica el poder del Estado que tiene por objeto el mantenimiento y la actuación del Ordenamiento Jurídico. De forma que 'incluye todas las formas de actividad que tengan alguna relación con el fin último de la justicia'.

La función de la Administración de Justicia es realizada, por el Estado, por medio de los miembros del Poder Judicial y por medio de los distintos instrumentos y acciones de carácter procesal..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 30-31).

Ahora bien, no podemos perder de vista, que si un sistema financiero es infiltrado y en consecuencia contaminado por el "narcodinero", su credibilidad, prestigio y confianza se verán seriamente afectados, de forma tal que ahuyente a los inversionistas -valga decir lícitos-. Esta situación, irremediablemente podría marcar el fin de un sistema o de una entidad bancaria o financiera no bancaria en particular, tal y como ocurriría si los usuarios de tales servicios pierden la confianza en la confidencialidad de sus banqueros.

IV.b. La apertura reglada del secreto bancario.

Lo dicho anteriormente plantea un serio problema, si no dejamos de aplicar en forma irrestricta el secreto bancario y nos oponemos a su apertura, nuestros sistemas financieros seguirán siendo utilizados por los "lavadores de dinero" para conseguir sus propósitos. Por ello, es que proponemos que la reserva bancaria se abra para facilitar la investigación y represión de la actividad delictiva conocida como legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

No obstante, una apertura de tal naturaleza no puede llevarse a cabo en forma intempestiva, ya que si bien es cierto hemos afirmado anteriormente que la existencia del secreto bancario no depende de que así lo consagre un ordenamiento jurídico en particular, pues se trata de una característica o atributo inherente a la banca misma, estimamos que cualquier apertura debe ser reglada por una ley que armonice el derecho a la intimidad y el interés colectivo de administrar justicia.

Una ley que permita a las agencias represivas (policías, fiscales y jueces) tener acceso a la confidencial información en poder de las entidades bancarias y financieras no bancarias, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos, en el entendido que se tratará de una ley solamente aplicable por los jueces penales:

i) Debe reconocerse el derecho a la intimidad y confidencialidad como un derecho fundamental de las personas, en donde el secreto bancario es una manifestación más de esa garantía individual.

ii) Únicamente los jueces, o bien las autoridades jurisdiccionales, podrán autorizar la apertura del secreto bancario en vista de que se trata de una restricción al ejercicio de una garantía individual.

iii) Establecer la obligación para los jueces de fundamentar las resoluciones en las que se ordene a una entidad bancaria y financiera no bancaria, brindar información confidencial de sus clientes protegida por el secreto bancario.

iv) Especificar claramente bajo cuáles supuestos y bajo qué tipo de circunstancias podrá un juez, ordenar a una entidad bancaria o financiera no bancaria facilitar información confidencial.

v) Establecer sanciones tanto civiles como penales, para los funcionarios que divulguen la información bancaria (confidencial) obtenida al amparo de esa ley, a personas no obligadas a guardar sigilo o reserva sobre su contenido, para garantizar efectivamente el derecho a la intimidad y confidencialidad.

vi) Crear los mecanismos procesales pertinentes, para que en aquellos casos en que la orden emanada de

un juez no cumpla con las exigencias de esa ley, la entidad bancaria o financiera no bancaria -en salvaguarda del derecho a la intimidad tutelado por el secreto bancario- pueda impugnar tal resolución ante el Órgano Jurisdiccional de segunda instancia.

Porque aceptamos que el instituto jurídico conocido como secreto bancario es fundamental para el desarrollo de cualquier actividad bancaria o financiera no bancaria, es que estamos de acuerdo con su apertura para la represión del delito conocido como la legitimación de capitales, siempre y cuando se haga al amparo de una ley que reconozca el derecho a la intimidad y respete las pautas antes expuestas.

En apoyo de nuestra tesis sobre la apertura del secreto o reserva bancaria, recordemos que los países que han suscrito y aprobado internamente sin reservas la **"Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas"** de 1988, conocida como la "Convención de Viena", adquirieron la obligación de facilitar la información necesaria para la represión del "lavado de dinero" sin poder invocar el secreto bancario, tal y como lo establecen los párrafos 2 y 3 del artículo 5 de dicha Convención:

"...2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario..." (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 153).

Al traer a colación la Convención de Viena en este aspecto, no pretendemos en modo alguno recurrir a un argumento de autoridad, lo que deseamos es subrayar que internacionalmente se ha reconocido la importancia de abrir el secreto bancario para la represión del lavado de dinero, salvaguardando un interés colectivo superior, tal y como lo explicamos antes.

IV.c. La represión del "lavado de dinero" respetando las garantías individuales.

A la vez que propugnamos una apertura -reglada- del secreto bancario para facilitar la investigación y represión de esta perjudicial actividad delictiva como lo es la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, siempre garantizando al máximo el derecho a la intimidad y confidencialidad como garantía individual. Debemos preocuparnos, porque la represión -en el ámbito penal y procesal penal- se haga respetando no sólo aquel derecho, sino todas las garantías individuales, pues como dice WESSELS citado por HERNÁNDEZ RAMÍREZ:

"...la función del Derecho Penal consiste en proteger los valores elementales fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica. Como ordenamiento de protección y paz, el derecho penal sirve a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p. 17).

Pero el Estado con el fin de proteger la vida en común no puede desconocer y pisotear las garantías individuales, pilar de nuestros sistemas de derecho, de ahí que hayamos afirmado que nos encontrábamos -una vez más- en presencia de la discusión sobre la prevalencia del interés general sobre el interés individual o particular, y de la necesidad de que en la represión de el "lavado de dinero" se protejan los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, el profesor NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO nos explica que: "...no sólo el interés de persecución penal anima a los órganos del Estado a adoptar en el proceso medidas restrictivas de derechos fundamentales. Existen otros motivos que justifican la limitación de los mismos en el proceso penal.

Entre estos últimos cabe citar el interés del Estado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos o de otros valores constitucionalmente protegibles y el interés por el correcto desarrollo del proceso y el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales. En todos estos casos el interés del Estado y los intereses de los ciudadanos cuyos derechos sean restringidos deben ponderarse y limitarse recíprocamente en aplicación del principio de proporcionalidad..." (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 245).

En síntesis, así como indicamos al inicio de este documento que el tema de la legitimación de capitales

desde su perspectiva técnico-penal, no era del dominio del los banqueros hoy en día, pero que debía serlo al menos en lo básico. También debe ser una preocupación de los banqueros que en la represión del "lavado de dinero proveniente del narcotráfico", sean respetadas las garantías individuales de todas las personas, allí se encuentra incluido el derecho a la intimidad y confidencialidad, que da sustento al secreto bancario. Por tanto, si el Estado respeta los derechos fundamentales de las personas, deberá respetar el secreto bancario en los términos ya expuestos.

V) CONCLUSIONES

a. Para nosotros el secreto bancario (o reserva bancaria según sea el autor consultado), es un instituto jurídico inherente a la actividad bancaria o financiera no bancaria, que existe sin necesidad de que una ley especialmente lo reconozca. Y, consiste en la obligación de las entidades de guardar sigilio o reserva respecto de la información dada a conocer por sus clientes en razón de su profesión de banqueros y la confianza depositada en ellos, en salvaguarda del derecho fundamental de la intimidad y confidencialidad de las personas.

De tal forma, el secreto bancario es una manifestación específica del secreto profesional, en virtud de su obligación de guardar silencio, pero a la vez, igualmente consiste en un instituto jurídico tendente a tutelar la intimidad de las personas, en especial la de sus clientes.

b. En Costa Rica el secreto bancario está constitucionalmente garantizado, en virtud de que la Carta Magna reconoce expresamente el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de los documentos privados, lo cual da sustento a la aplicación de la reserva bancaria por parte de las entidades bancarias y financieras no bancarias costarricenses.

Asimismo, en el Ordenamiento Jurídico Costarricense el derecho a la intimidad -y en consecuencia el secreto bancario- admiten constitucionalmente límites a su vigencia, señalados expresamente por la Constitución Política. En el caso de los Tribunales de Justicia -al igual que los otros casos-, debe ser una ley especial -aprobada por votación calificada- la que autorice las limitaciones al ejercicio del derecho a la intimidad, de igual forma, solamente están autorizados los jueces penales para la aplicación de tal limitación.

c. La legitimación de capitales no es un fenómeno exclusivo del narcotráfico, puesto que muchas otras actividades delictivas producen bienes que deben ser legitimados, o bien, "lavados". Ahora bien, el "lavado de capitales" es aquella actividad desplegada por el "legitimador" o "encubridor" para ocultar o encubrir el origen ilícito de una fuente de ingresos o bienes, y asegurar así el disfrute o goce de los mismos.

Esta actividad delictiva del "lavado de activos o capitales", contamina y corrompe los sistemas financieros, entidades, autoridades, y sociedades en general, en las que se lleva a cabo, pues se produce un flujo de bienes y riqueza que no es producto de actividades lícitas, que altera los indicadores económicos y financieros de todo un sistema, y le hace dependiente a ese flujo de "narcodinero" para evitar la caída de los índices económicos. Esto último es de suma importancia y gravedad, pues es evidente que al infiltrarse el "narcodinero" en un sistema financiero confundiendo el "lavador" las actividades ilícitas con otras lícitas, y provocando inclusive "alianzas" entre los capitales lícitos y estos "dineros lavados", la consecuencia casi inevitable es la dependencia de las actividades lícitas del dinero producto del narcotráfico.

d. Ante esta cruda realidad, debemos enfrentarnos a la disyuntiva de pretender defender el secreto bancario en su expresión más absoluta e ilimitada, con el argumento de que con ello se defiende la actividad bancaria y financiera no bancaria, o bien, abrir en forma regulada el secreto bancario para facilitar la investigación y represión de esta nefasta actividad delictiva que se conoce comúnmente como el "lavado de dinero producto del narcotráfico.

Si bien es cierto en la contraposición de ambas posiciones estamos enfrentando un interés individual representado por el derecho a la intimidad, y un interés colectivo reproducido en la potestad del Estado de ejercer la jurisdicción penal. Consideramos que realmente está en juego la existencia misma de los sistemas financieros -nacionales e internacionales-, al tratar de reprimir el "lavado de activos".

Es innegable, que querámoslo o no, los "lavadores de capitales" continuarán utilizando nuestras entidades bancarias y financieras no bancarias, y ello podría provocar una dependencia de tales bienes, causando la caída de nuestros sistemas financieros. De ahí que consideramos que en la lucha por reprimir esta actividad delictiva, y en la apertura reglada del secreto bancario en función de tal objetivo, está en juego la supervivencia de nuestras instituciones bancarias y financieras no

bancarias, por lo cual estamos totalmente de acuerdo con una coordinación entre los banqueros y las agencias represivas (policías, fiscales y jueces).

e. Finalmente, a la interrogante ¿son conceptos antagónicos la aplicación del secreto bancario y la represión de la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico?, debemos responder que antes de ser antagónicos son complementarios. Puesto que está en juego la sobrevivencia de nuestros sistemas financieros, ya que si no afrontamos en conjunto este fenómeno delictivo del "lavado de activos", las entidades financieras y financieras no bancarias podrían terminar dependiendo del dinero producto del narcotráfico.

VI) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1) **ACUÑA BLANCO** (Ewald) y otros. **La Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico en Costa Rica**. San José-Costa Rica. Poder Judicial, 1995 (documento sin editar).

2) **ANDLEMAN** (David A.) **"La Narcoeconomía"**, en: Revista RUMBO, Nº 589 del 1.º de abril de 1996, pp. 10-14.

3) **ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA. Uso indebido de la Banca (propuesta de autorregulación)**. Buenos Aires-Argentina, abril de 1996. Documento preparado por la Comisión Técnica Asesora responsable de ese tema para la Asociación Bancaria de la República de Argentina.

4) **ASOCIACIÓN BANCARIA DE PANAMÁ. Guía a los Bancos para prevenir el uso indebido de sus servicios**. Asociación Bancaria de Panamá, septiembre de 1993, 2.ª edición. (A)

5) **ASOCIACIÓN BANCARIA DE PANAMÁ. Acuerdo Interbancario Nº 34 "Por el cual se establece el Reglamento para la Prevención del Uso Indebido de los Servicios Bancarios"**. Asociación Bancaria de Panamá. septiembre de 1995, 1.ª edición. (B)

6) **AUBERT** (Maurice), **KERNEN** (Jean Philippe) & **SCHÖNLE** (Herbert) **El Secreto Bancario Suizo**. Madrid-España, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, traducción española a la 2.ª edición francesa.

7) **AYESTAS ESCOBAR** (Gustavo) **Propuestas para la evaluación de los activos crediticios de las instituciones de intermediación financiera**. Cartagena-Colombia, agosto de 1991. Documento elaborado para la "VIII Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe".

8) **BARATTA** (Alessandro) *"Introducción a una Sociología de la Droga"*, en: **RIVISTA INCHIESTA**, Anno XVIII Nº 79-80, Gennaio-Giugno 1988, Edizioni Dedalo (pp. 79-88).

9) **BERNAUS** (José Félix) & **MONTEVERDI** (Pablo) **Estupefacientes (Aspectos Jurídicos y Médico-Legales)**. Buenos Aires-Argentina. Editorial Abeledo-Perrot, 1996, 1ª edición.

10) **BOLLINI SHAW** (Carlos) & **GOFFAN** (Mario) **Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles**. Buenos Aires-Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1995, 1.ª edición.

11) **CAIROLI MARTÍNEZ** (Milton H.) **"Reflexiones sobre el delito de revelación de secreto bancario"**, Conferencia dada en el marco del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, organizado por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), celebrado del 22 al 24 de mayo de 1996 en la ciudad de Montevideo, Uruguay.

12) **CALVO GAMBOA** (Ricardo) **"La nueva legislación panameña sobre lavado de dinero"**, en: "Banca, Bolsa y Seguros", Revista de la Asociación de Derecho Bancario, Nº 9, setiembre-octubre, 1991.

13) **CARRILLO FLÓREZ** (Fernando) & **PINZÓN SÁNCHEZ** (Jorge) **Sector Financiero y Delincuencia Económica**. Bogotá-Colombia, Editorial TEMIS Librería, 1985, 1.ª edición.

14) **COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS** (OEA) **Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos**. Documento considerado y aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su Vigésimo Segundo período ordinario de sesiones celebrado en Las Bahamas del 18 al 23 de mayo de 1992.

15) **CÓRDOBA ORTEGA** (Jorge) et al. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. & Programa para el Desarrollo Legislativo. San José, Costa Rica. 1996, 2.ª edición.

16) **DOBLES OVARES** (Víctor Alfonso) **Código de Procedimientos Penales (anotado, concordado y actualizado con jurisprudencia constitucional)**. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica, 1994, 1.ª edición.

17) **FEDERACAO BRASILEIRA DAS ASSOCIACOES DE BANCOS** (FEBRABAN). **Aqui nao! (Sugestoes para Prevenir o Uso indevido dos Bancos na Lavagem de Dinheiro Proveniente do**

Narcotráfico e Outras Atividades Ilícitas. Brasil. Instituto Brasileiro de Ciencia Bancária, 1996.

18) **GALLI** (Susan) "**Procedimientos para cumplir con las disposiciones internacionales en relación con el lavado de dinero**"; Conferencia dictada el día 18 de julio de 1996 en las instalaciones del Hotel Europa Zurquí, auspiciada por CITIBANK, S.A. y coorganizada por la Asociación Bancaria Costarricense.

19) **GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO** (Nicolás) **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid-España, Editorial COLEX, 1990, 1.ª edición.

20) **HERNÁNDEZ RAMÍREZ** (Guillermo) **El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la Legislación Penal Costarricense**. San José-Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1993, 1.ª edición.

21) **HERNÁNDEZ VALLE** (Rubén). **El Derecho de la Constitución, Vol. II**. San José, Editorial Juricentro, 1994, 1.ª edición.

22) **JINESTA LOBO** (Ernesto) "**Contratos Bancarios**", en: "Banca, Bolsa y Seguros", Revista de la Asociación de Derecho Bancario, N° 5, enero-febrero, 1991.

23) **Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas**. San José-Costa Rica, EDITEC Editores, S.A., 1991, 1.ª edición.

24) **LLOBET RODRÍGUEZ** (Javier) **Código de Procedimientos Penales (anotado y comentado)**. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1991, 2.ª edición.

25) **MAIRENA** (José) "**Lave y use. (En Costa Rica el lavado es un delito impune y creciente)**", en: Revista RUMBO, N° 589 del 1.° de abril de 1996, pp. 16-17.

26) **MANAVELLA C.** (Carlos A.) "**Intervención de las comunicaciones telefónicas en procedimientos policiales**", en: "IVSTITIA" Año 9, N° 107-108, noviembre-diciembre, 1995.

27) **MARTÍNEZ NEIRA** (Néstor Humberto) **Régimen contra Lavado de Activos en Colombia**. Bogotá-Colombia, Publicación del Ministerio de Justicia y Derecho de la República de Colombia. Julio de 1995. (A)

28) **MARTÍNEZ NEIRA** (Néstor Humberto) **Sistemas Financieros (Fundamentos jurídicos y económicos para la iniciación de su estudio en América Latina)**. Bogotá-Colombia. BIBLIOTECA FELABAN, 1.ª edición, 1994. (B)

29) **PUYANA RAMOS** (Guillermo) "**El sector financiero y la lucha contra el lavado de activos**", en: BOLETÍN JURÍDICO FINANCIERO, N° 839 del 4 de diciembre de 1995, publicación de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.

30) **ROJAS ASTÚA** (Bolívar) **Breve análisis de las herramientas contables utilizadas en el esclarecimiento de los "Delitos de Cuello Blanco"**. Documento poligrafiado con motivo del CURSO PARA LA FORMACIÓN DE FISCALES, DELINCUENCIA NO CONVENCIONAL; 7 de agosto de 1991.

31) **RUIZ GARCÍA** (José Ramón). **Secreto Bancario y Hacienda Pública (El deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria)**. Madrid, España. Editorial CIVITAS, S.A., 1988, 1.ª edición.

32) **SAAVEDRA ROJAS** (Édgar) & **DEL OLMO** (Rosa) **La Convención de Viena y el Narcotráfico**. Bogotá-Colombia, Editorial TEMIS, 1991, 1.ª edición.

33) **SAINT-DENIS** (Paul) "**Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero**". Conferencia dictada en el marco del Cuarto Seminario Regional "Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia Penal", realizado en San José de Costa Rica del 15 al 27 de julio de 1991.

34) **VELÁSQUEZ V.** (Fernando), **BARBERO SANTOS** (Marino), **SAAVEDRA ROJAS** (Édgar), **GONZÁLEZ ZORRILLA** (Carlos), **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA** (Juan) & **MUÑOZ CONDE** (Francisco) **Drogas (Problemática actual en España y América)**. Bogotá-Colombia. Editorial TEMIS, 1989, 1.ª edición.

35) **VILLEGAS** (Carlos Gilberto) **La cuenta corriente bancaria y el cheque**. Buenos Aires, Argentina. Editorial DEPALMA, 1988, 2.ª edición actualizada. (A)

36) **VILLEGAS** (Carlos Gilberto) **Régimen Legal de Bancos**. Buenos Aires, Argentina. Editorial DEPALMA, 1987, Reimpresión a la 2.ª edición. (B)

DE UN DERECHO TUTELAR A UN DERECHO PENAL MÍNIMO/GARANTISTA: NUEVA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Carlos Tiffer Sotomayor
Profesor de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO

Página

1. Breves antecedentes históricos 98

1.1. Antes de la Convención sobre los Derechos del Niño. La concepción tutelar del Derecho de Menores 99
1.2. Después de la Convención sobre los Derechos del Niño. La concepción punitivo-garantista del Derecho Penal de Menores. 99
2. Principios generales contenidos en la Ley de Justicia Penal Juvenil 100
3. Derechos fundamentales de los menores de edad en la Ley de Justicia Penal Juvenil 101
4. La jurisdicción penal juvenil 102
5. Las partes en el proceso penal juvenil 102
6. El proceso penal juvenil 103
7. La conciliación en el proceso penal juvenil 104
8. Cuadro o catálogo de sanciones 104
9. La ejecución de las sanciones penales juveniles 106
10. Consideraciones finales 107

1. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Derecho de Menores es de reciente creación, su historia se circunscribe a más o menos 100 años de existencia. A pesar de ello, resulta importante analizar su evolución aunque sea en forma breve para, de esta manera, tener el panorama claro acerca del estado actual de esta disciplina jurídica. Para ello, se utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño como punto de referencia, debido a que ha sido este instrumento del Derecho Internacional el que ha provocado la coyuntura que hoy vive el Derecho de Menores a nivel internacional.

En este sentido, se hace necesario distinguir dos fases dentro de la evolución histórica de esta rama del Derecho: *Antes* y *Después* de la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera fase abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la CDN[1] en

[1] En adelante léase: CDN como Convención sobre los Derechos del Niño.

el año de 1989, manteniendo su influencia, incluso, durante la presente década. La segunda fase se inicia con la promulgación de la Convención y como ha ido impulsando a la gran mayoría de las nuevas legislaciones internas en esta década de los 90, en la que se han generado importantes procesos de cambio, no solo en lo político-económico, sino también en lo jurídico.

1.1. Antes de la Convención de los Derechos del Niño. La concepción tutelar del Derecho de Menores.

No fue sino hasta el año de 1899 cuando, con la creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago, Illinois, se empezó a comentar la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal.[2] Con este objetivo, se inició la labor de creación de una jurisdicción especializada, totalmente diferente a la concepción del Derecho Penal de adultos y con una marcada tendencia tutelar y proteccionista. Los menores de edad estaban "fuera" del Derecho Penal, según opinión generalizada de doctrina tutelar.[3]

Este modelo tutelar se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores de Latinoamérica, empezando con la Ley Agote de 1919 en Argentina[4], y continuando con las legislaciones del resto de países latinoamericanos, incluyendo a Costa Rica que, en 1963, emite la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores con el fin de adaptarse a la corriente vigente en aquella época.[5]

La gran mayoría de esas legislaciones se mantienen aún vigentes, a pesar de que contienen una estructura y una concepción totalmente incompatibles con los principios que se establecen en la CDN suscrita por la totalidad de países latinoamericanos.[6]

La concepción tutelar del derecho de menores se fundamenta en la llamada «Doctrina de la Situación Irregular», según la cual, el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho[7]. La figura del juez es una figura «paternalista», que debe buscar una solución para ese menor -objeto de protección- que se encuentra en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fin la recuperación social del menor. Con ello, lo que se está afirmando es que ese menor es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación en la sociedad.[8]

1.2. Después de la Convención sobre los Derechos del Niño. La concepción punitivo-garantista del Derecho Penal de Menores.

Con el transcurrir del tiempo, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores producto de la concepción tutelar, por lo que, como respuesta, surgió una nueva concepción del derecho de menores. Esta nueva concepción denominada "Doctrina de la Protección Integral" encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto, es un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.[9]

A nivel positivo, esta concepción ha quedado plasmada en diversos instrumentos internacionales, siendo el más importante de ellos la CDN, que define por

---

[2] Ver Giménez-Salinas y Colomer E., ***Evolución del tratamiento penal de la infancia delincuente y su panorama en la Europa actual***, España; además García Méndez E., ***Legislaciones infanto-juveniles en América Latina***, en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros, la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, p. 25 y ss.

[3] Montero Aroca, Cuello Calón.

[4] García Méndez E., ***Legislaciones infanto-juveniles en América Latina***, en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros, la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, p. 25 y ss.

[5] Una visión histórica sobre la regulación en Costa Rica de menores de edad, ver Granados M., ***La historia como rescate de una identidad despedazada: Interpretación histórica de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX***, en Revista ILANUD, Nos. 23-24, San José, 1988-1989, pp. 95-126; sobre la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores ver el excelente trabajo de Burgos Mata A., ***Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, comentada y anotada***, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 1995.

[6] Ver tabla de comparación de la doctrina de menores en América Latina en Tiffer Sotomayor C., ***Ley de Justicia Penal Juvenil, comentada y anotada***, Editorial Juritexto/ILANUD/CCE, San José, 1996, p. 204.

[7] Sobre una definición de la "situación irregular" ver Carranza E., Maxera R., ***El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina***, en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros, la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, pp. 63-82.

[8] Es clara la confusión de la función jurisdiccional en el modelo con funciones públicas de carácter asistencial o social.

[9] En este mismo sentido véase Valencia Corominas J., ***Derechos Humanos del Niño***, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990.

primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos.

En lo referente a los menores de edad que han infringido la ley penal, los artículos 37 y 40 disponen la posibilidad de que sean sujetos de la ley penal, pero garantizando sus derechos fundamentales como personas y por su especial condición de ser menores de edad.

Esta nueva concepción considera que el joven o adolescente está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo, sea éste social, psíquico o jurídico. En cuanto al Derecho Penal Juvenil, consecuencia de esta concepción se ha adoptado una concepción denominada como punitivo-garantista, debido a que se le atribuye al menor de edad una mayor responsabilidad, pero, a su vez, le son reconocidas una serie de garantías sustantivas y procesales que no eran siquiera pensadas dentro de la concepción tutelar.

Los rasgos más característicos de este nuevo modelo son el mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, se da un refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes y una mayor responsabilidad de los jóvenes y adolescentes por sus actos delictivos. Se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal y se establece una amplia gama de sanciones como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos y la reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad. Por otra parte se le da mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma. Lo mismo que se busca la desjudicialización al máximo posible por medio de controles formales, como el principio de oportunidad, la conciliación entre el autor y la víctima, la suspensión del proceso a prueba y la condena de ejecución condicional sin limitaciones.

2. PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

La LJPJ[10] está compuesta por normas de carácter material, formal y de ejecución. Para definir la orientación de esas normas la ley desarrolla una serie de principios generales que vamos a resumir por razones de espacio.

La ley se apoya en un nuevo modelo, diferente a la tradicional concepción tutelar, denominado modelo punitivo-garantista o de responsabilidad. Este nuevo modelo de justicia juvenil le atribuye a los jóvenes delincuentes una responsabilidad en relación con sus actos, pero a la vez, les reconoce las garantías de juzgamiento de los adultos, así como otras consideradas especiales por su condición de menores de edad.

Los sujetos a quienes se dirige la ley son los menores de edad, con edades entre los 12 años y hasta menos de 18 años. Para la intervención judicial, se diferencia este grupo en menores de edad mayores de doce años, pero menores de quince años; y los menores de edad mayores de quince años, pero menores de dieciocho años. Este ámbito de aplicación según los sujetos, se ajustó a las disposiciones de las Naciones Unidas, contenidas especialmente en la CDN, las Reglas de Beijin, y la tendencia latinoamericana[11].

El principio de justicia especializada constituye uno de los aspectos fundamentales que contempla la ley. Se ha propuesto una justicia especializada, es decir, una jurisdicción penal juvenil, compuesta por Juzgados Penales Juveniles y un Tribunal Superior Penal Juvenil[12]. Se crean con la ley un cuerpo especializado de fiscales y abogados defensores especializados en la materia penal juvenil, lo mismo que una policía especial para menores de edad para la etapa de investigación. Así mismo, en la etapa de ejecución, se crea el Juzgado de Ejecución de las Sanciones.[13]

---

[10] En adelante léase: LJPJ como Ley de Justicia Penal Juvenil. En este sentido nos referimos a la LJPJ como una ley penal completa.

[11] Art. 1 y art. 40.3.a CDN, 2.2 Reglas de Beijin. En relación con los países latinoamericanos la edad prevista para la intervención jurisdiccional, es de 12 años en países como Brasil, Guatemala, Colombia, Ecuador; en otros países la intervención se da desde los 10 años, como es el caso de Nicaragua, ó 11 años, como es el caso de México.

[12] En la sesión de Corte Plena de fecha 22 de octubre, además de establecerse la conformación del Tribunal Superior Penal Juvenil, conforme a lo establecido en la LJPJ en el art. 30, se creó una sección en el Tribunal Superior de Casación Penal a la cual le corresponderá conocer de los recursos de casación y revisión que en materia de justicia penal juvenil se presenten.

[13] La justicia especializada busca evitar al máximo las consecuencias estigmatizantes y negativas de la justicia penal de adultos. Además, se apoya en los conocimientos de la psicología del desarrollo, sobre la necesidad de experimentar de los adolescentes y jóvenes, con los límites de las normas morales, religiosas, sociales y desde luego jurídicas, que deberían ser suficiente fundamento para una justicia especializada, con mayor tolerancia y mínima intervención judicial.

El fin de la sanción penal juvenil es eminentemente pedagógico, y el objetivo fundamental del amplio marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que le permitan al menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad. Sin embargo, se toma en cuenta que la sanción comporta además un carácter negativo, en el tanto limita derechos del individuo, y en este sentido responde también a los criterios de la prevención general.

Por último, la ley se orienta bajo la concepción de la intervención mínima, es decir solo se interviene cuando resulte necesaria la intervención judicial[14]. Esto se refleja en la previsión de formas anticipadas para la terminación del proceso como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, en soluciones procesales como el principio de oportunidad reglado y la condena de ejecución condicional sin limitaciones.

También se manifiesta en la amplia variedad de sanciones que se contemplan en la ley. Esto permite que la sanción privativa de libertad en un centro especializado se fije sólo con carácter excepcional y como último recurso para casos graves. Prevalecen las sanciones socioeducativas, como por ejemplo la amonestación y la advertencia; la libertad asistida; la prestación de servicios a la comunidad o la reparación de los daños a la víctima. También prevalecen, antes que la aplicación de las sanciones privativas de libertad, las órdenes de orientación y supervisión, como por ejemplo la obligación de instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él, o el abandonar el trato con determinadas personas.[15]

3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD EN LA LJPJ

La LJPJ desarrolla ampliamente los derechos y garantías fundamentales que le asisten a los adolescentes durante todas las fases de aplicación de la ley.[16] En este sentido se reconocen aquellos derechos y principios contenidos en la CDN, en la normativa internacional referente a menores de edad, la Constitución Política y en las demás leyes que se relacionan con la materia de esta ley.

En el campo del derecho material, la ley contiene el principio de legalidad, que comprende no sólo el principio de tipicidad penal, sino también el de legalidad de las sanciones. Así mismo, el derecho de igualdad y no discriminación, contenido en la Constitución Política.

También, y en relación con las sanciones, contiene el principio de racionalidad y proporcionalidad de las sanciones y el principio de determinación de las mismas. Así mismo, contiene el derecho a la seguridad jurídica de conocer exactamente cuál es el tipo y la extensión de la sanción que se aplica. Se prohíbe en forma expresa cualquier sanción indeterminada.

En el campo del derecho procesal, la ley abarca las normas comunes que le asisten a los adultos en el proceso penal, como lo son la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, el derecho de abstenerse de declarar, el principio del «non bis in idem», el principio de aplicación de la ley y la norma más favorable, el derecho de defensa, el principio de prohibición de reforma en perjuicio y el principio del contradictorio. En relación con estos principios y derechos hay que tomar en cuenta que la mayoría de ellos no eran considerados como tales por la legislación tutelar anterior.

También, en el campo del derecho procesal, la ley contiene otras normas que, por la especialidad de la materia, se les reconocen a los menores de edad. Así se contemplan el principio de la justicia especializada, que comprende no solo tribunales exclusivos para la materia relativa al juzgamiento de los menores de edad, sino también la especialización de los demás sujetos que intervienen en el proceso, como por ejemplo los fiscales y los defensores.

Por otra parte, está el principio de confidencialidad y el derecho de privacidad, que son normas que se imponen al principio de publicidad procesal del derecho penal de adultos, y que protegen la vida privada del menor de edad e incluso la de su familia, en relación con el proceso, por las consecuencias estigmatizantes y negativas que pueden provocar.

Por último, también se contempla un proceso más expedito o sumario, plazos más cortos y mayores garantías que a los adultos. Un proceso sin formalidades y con la mayor oralidad posible.

---

[14] Este principio está contenido en la CDN, que recomienda, como apropiado y deseable que todos los Estados adopten medidas para tratar los conflictos de los niños sin recurrir a procedimientos judiciales (art. 40.3.a).

[15] Ver art. 121 de la LJPJ.

[16] En detalle, ver Título primero, capítulo II de la LJPJ.

La ley, en relación con la fase de ejecución[17], incluye también el principio de justicia especializada, según el cual se crea el órgano judicial encargado de la ejecución de las sanciones penales juveniles, y de velar por el respeto de los derechos de los menores de edad.

Por otra parte, contiene el derecho al internamiento en centros especializados, el cual consiste en la creación de áreas físicas y la disposición de personal técnico idóneo para el trabajo con menores de edad, así como la separación e individualización de un plan de ejecución, derechos y garantías durante la fase de cumplimiento de la sanción.

4. LA JURISDICCIÓN PENAL JUVENIL

La LJPJ, según el principio de justicia especializada, crea diferentes órganos jurisdiccionales que son los encargados, durante el proceso y la fase de ejecución, de aplicar la ley.[18]

De esta forma se crean los Juzgados Penales Juveniles (al menos uno en cada provincia) que son los encargados de conocer, directamente, las causas penales en las que menores de edad se encuentren involucrados[19]. Así mismo, entre sus funciones más importantes están la de decidir sobre la procedencia de la acusación; la aplicación de las medidas provisionales; la aprobación de la conciliación; decidir sobre las formas anticipadas de conclusión del proceso, y resolver, en definitiva, las acusaciones del Ministerio Público.

Por otra parte, se crea el Tribunal Superior Penal Juvenil, con competencia en todo el país. A este tribunal se le asigna una función exclusiva para resolver los conflictos de competencia que surjan por la aplicación de esta ley y los recursos legales que las partes utilicen.[20]

En cuanto a la competencia para conocer de los recursos extraordinarios, como la casación y la revisión, la ley designa al Tribunal Superior de Casación Penal, con jurisdicción en todo el país, para que conozca sobre ambos tipos de recursos.[21]

Por último, en razón del principio de justicia especializada, la ejecución de las sanciones penales juveniles está a cargo de órganos especializados en materia juvenil. Se sigue en la ley el sistema de control jurisdiccional de la legalidad de las sanciones. Se trata, por tanto, de un órgano ajeno e independiente al órgano que ejecuta la sanción, pero que tampoco es el mismo que dictó la sentencia. Tiene como característica fundamental el hecho de ser un órgano con carácter jurisdiccional.[22]

5. LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

El proceso está concebido como un proceso de partes.[23] Con una participación importante dentro de la relación procesal se encuentran, en un primer término, los destinatarios de la ley, los menores de edad. Según la ley son todas la personas con edades comprendidas entre los 12 años y que no hayan cumplido los 18 años de edad, y a los cuales se les atribuye la comisión o participación en un hecho delictivo[24]. Es muy importante la presencia del menor de edad durante el proceso, ya que se prohíbe su juzgamiento en ausencia.

Otro de los sujetos principales dentro de la relación procesal es el defensor del menor de edad. El defensor debe ser abogado, y es quien garantiza los derechos del menor de edad y el debido proceso, desde la fase de investigación, el proceso y hasta que se ejecute la sanción. Su participación está prevista para todo tipo de delitos, independientemente de su gravedad. Se trata de una participación necesaria. Por su importancia, se le garantiza al menor de edad la posibilidad de la defensa pública especializada, sin que esto implique la denegatoria del derecho a elegir defensor particular. Se contempla también el principio de libertad de elección del defensor.

---

[17] Aunque en la fase de ejecución se requiere de una ley específica, que regule las relaciones jurídicas entre el sentenciado y los órganos estatales encargados de la ejecución, en la LJPJ se trata de establecer los derechos mínimos de los sentenciados, especialmente durante la ejecución de la sanción privativa de libertad.

[18] Arts. 28, 29, 30, 135 y 136 de la LJPJ.

[19] Actualmente existen Juzgados Penales Juveniles en las siete provincias y en Pérez Zeledón.

[20] Este tribunal inició funciones el 1.º de noviembre de 1996.

[21] Una nueva sección fue creada el 22 de octubre de 1996 y conoce, entre otras funciones, los recursos de casación en materia penal juvenil. Inició funciones el 1.º de noviembre de 1996.

[22] Mientras este Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles no se cree, estas funciones le competen al Tribunal Superior Penal Juvenil.

[23] Sobre los sujetos que pueden intervenir en el proceso penal juvenil, véanse los artículos 31 a 43 de la LJPJ.

[24] Este hecho delictivo debe ser un delito previsto en el Código Penal o leyes especiales, lo mismo que cualquier contravención o infracciones a la Ley de Tránsito.

En consecuencia, del principio de justicia especializada y del principio del contradictorio, se establece en la ley la participación esencial del Ministerio Público especializado. Este órgano realiza los actos que tradicionalmente le han sido asignados en el proceso penal de adultos, es decir, su deber es dirigir la investigación, la búsqueda y presentación de las pruebas de cargo, con el auxilio de la Policía Judicial Juvenil. Es decir, realizar y mantener la acusación cuando lo considere necesario. Así también, es este órgano el que tiene la facultad de hacer uso del principio de oportunidad reglado.

El ofendido es considerado sujeto de derecho, y por ello se le concede una participación más amplia que en el proceso penal de adultos. Es la persona directamente afectada, o bien el representante de quien sufrió el daño. Su participación está garantizada en casi todas las etapas del proceso ya sea como testigo, como parte necesaria en la conciliación, en el desistimiento, puede estar presente en la etapa de juicio, y puede utilizar los recursos necesarios para salvaguardar sus intereses. Puede participar con o sin representación legal.[25]

Por otra parte, en el proceso penal juvenil, pueden intervenir otros sujetos, como por ejemplo los padres o representantes del acusado y del Patronato Nacional de la Infancia.

Los padres o representantes del menor de edad pueden coadyuvar en la defensa, o ser testigos calificados que complementen las opiniones de los psicólogos o trabajadores sociales. La participación de estos sujetos es solamente posible, es decir, sólo cuando se considere conveniente para el menor de edad y ellos mismos así lo deseen.

La participación del Patronato Nacional de la Infancia tiene un carácter subsidiario en el proceso penal juvenil. Su función es la de brindar una posible ayuda asistencial en los casos en que un menor de edad lo requiera, especialmente cuando se trate de menores de edad víctimas de un delito.

6. EL PROCESO PENAL JUVENIL

El proceso penal juvenil se lleva a cabo por medio de diferentes etapas.[26] Primero se realiza una etapa preliminar, no jurisdiccional, por medio de los órganos policiales o del Ministerio Público. Esta etapa concluye con una acusación formal, en los casos en que el Ministerio Público lo considere procedente. No se ha fijado un plazo para la conclusión de la etapa preliminar.[27]

Como primera etapa jurisdiccional se ha previsto la posibilidad de la conciliación entre las partes, que puede constituir, en caso de arreglo, una forma anticipada de conclusión del proceso. Cuando la conciliación no procede o no se produjo, se inicia una segunda etapa[28]. El primer acto es la declaración indagatoria del acusado. Luego de lo anterior, el juez penal juvenil resuelve, con las pruebas presentadas por el Ministerio Público, la procedencia o no de la acusación.

Sólo en caso de que admita la procedencia de la acusación continuará el proceso. Se podrá ordenar la detención provisional del joven o adolescente sólo en casos graves y excepcionales, lo mismo que la imposición provisional de alguna orden de orientación y supervisión, según cada caso en particular.

Se ha fijado en esta segunda etapa la posibilidad del sobreseimiento, lo mismo que la suspensión del proceso a prueba, como formas de conclusión anticipada del proceso. El sobreseimiento es definitivo y pone fin al proceso; y la conclusión anticipada del proceso es provisional y está sujeta al cumplimiento de una de las órdenes de orientación y supervisión que puede imponer el juez. Esta segunda etapa tiene una duración máxima de dos meses, con posibilidad de prórroga de dos meses más para casos extremos.

Una tercera etapa se inicia posteriormente a la resolución que admite la procedencia de la acusación. Se inicia la etapa de juicio. El juez, en esta etapa, invita al menor de edad a que rinda declaración oral sobre los

---

[25] Los intereses de la víctima y su participación en el proceso penal juvenil están previstos además como uno de los principios rectores en el art. 7 de la LJPJ.

[26] Las normas que hacen referencia a estas etapas están contenidas en Título tercero, acerca de los procedimientos, de la LJPJ.

[27] Se pensó dejar abierto el plazo para la etapa preliminar por la variedad de casos, algunos que pueden resultar más complejos que otros requerirán mayor tiempo de investigación. Sin embargo, en todo caso cualquier persona que esté sujeta a una investigación por parte del Ministerio Público puede pedirle al juez penal juvenil que le señale un plazo para que concluya la investigación.

[28] Lamentablemente la regulación de la conciliación fue modificada del proyecto de ley, y solo procede para cuando sea posible en la justicia penal de adultos (art. 64 LJPJ), con ello se privó a la justicia penal juvenil de la utilización de uno de los instrumentos más útiles y modernos de resolución de conflictos siempre a base de una denuncia penal.

hechos que se le acusan. Así mismo, es el momento en el cual, deben presentarse las pruebas ofrecidas por las partes. La etapa de juicio se caracteriza por la oralidad y la privacidad e inmediatez. Esta etapa debe ser lo menos formal posible, pero respetando las garantías procesales para un juicio imparcial y objetivo.

El debate se realiza en una sola audiencia en la que el juez debe determinar la culpabilidad o no del menor de edad. En los casos en los cuales se ha constatado la culpabilidad, se deberá determinar el tipo de sanción a imponer, su duración y su forma de ejecución, en una sentencia debidamente fundamentada.

Contra esta sentencia es posible interponer el recurso de casación y posteriormente, como último está previsto el recurso extraordinario de revisión.

7. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

Con el objeto de dar mayor participación a la víctima y una búsqueda efectiva para solucionar el conflicto, la ley contiene el instituto de la conciliación. Constituye otra de las formas de terminación anticipada del proceso, y se trata con ello de reconocer el protagonismo que corresponde al acusado y a la víctima de la infracción o el delito.

Lo que se busca es que el conflicto surgido por el acto infractor sea solucionado breve y eficazmente, manteniendo el axioma de que la justicia penal debe ser utilizada como *ultima ratio* para la solución de los conflictos.

La conciliación es una posible solución jurisdiccional y se materializa por medio de un procedimiento[29], que se inicia con la convocatoria a una audiencia que hace el juez, hasta diez días después de formulada la acusación. Lo anterior no excluye la posibilidad de que la conciliación se pueda realizar en cualquier otro momento antes de que sea dictada la resolución final en primera instancia.

A la audiencia de conciliación deben asistir las partes necesarias que indica la ley, es decir, el menor de edad y el ofendido, debidamente asesoradas. Pueden asistir además, los padres o representantes del menor de edad, esto por las posibles consecuencias patrimoniales que surjan de la conciliación y su necesario respaldo. Por último es posible la participación del Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que tutele los intereses de los menores de edad que intervengan.

La conciliación procede en todos aquellos casos en que es admisible para la justicia penal de adultos (Código Penal, 1970) por lo tanto, en la actualidad, solo procede en los pocos casos de los delitos de acción privada.[30]

En la audiencia oral se discuten y reconstruyen los hechos con los testimonios de ambas partes y, si es necesario, de otras personas. Es decir, «interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor».[31]

Por su parte, el juez penal juvenil, debe ir orientando la discusión y ejerciendo su capacidad de convencimiento con la finalidad de lograr el acuerdo, procurando que con el mismo no se perjudiquen los derechos fundamentales del acusado. Sin embargo, dependerá de las partes la actitud de armonizar y de ajustar intereses, en lugar de buscar la venganza.

En el caso de que el menor de edad incumpla injustificadamente las obligaciones que se pactaron en el arreglo conciliatorio, se continuará con el procedimiento por la vía penal, independientemente de que el incumplimiento sea de una obligación de carácter patrimonial o no patrimonial.

En el caso de que se cumpla con las obligaciones pactadas en el acuerdo de conciliación, se extinguen las acciones legales derivadas del hecho delictivo. El juez lo hará constar de esa forma en una resolución que da por terminado el proceso.

8. CUADRO O CATÁLOGO DE SANCIONES

De acuerdo con la orientación del modelo punitivo garantista, en el derecho juvenil se establece no solo un marco de legalidad con respecto a la forma en que el juez debe aplicar las sanciones, sino que también, se establece un amplio catálogo de las mismas. Esto con el fin de que se apliquen, según cada caso particular, bajo los criterios de la intervención mínima, la racionalidad y la proporcionalidad.

---

[29] Las normas que se refieren a la conciliación se ubican en los artículos 61 a 67 de la LJPJ.

[30] En cuanto a la conciliación, su uso actual será muy reducido ya que por reforma al proyecto de ley original, se estableció que la conciliación procedía sólo cuando era aplicable en la justicia de adultos, por ejemplo injurias, difamación, calumnias, etc., lo que reduce la utilización práctica de este importante control informal.

[31] Issa El Khoury Jacob (Henry). ***A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales***, p. 11.

La ley contiene tres tipos de sanciones, a saber: sanciones educativas; sanciones de orientación y supervisión; y sanciones privativas de libertad.[32]

Las sanciones educativas contemplan la amonestación y la advertencia, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad y la reparación de los daños causados a la víctima. Ante el requerimiento de la pluralidad de sanciones, y con el fin de que prevalezca el principio de la intervención mínima, el juez penal juvenil puede aplicar las sanciones educativas en aquellos casos en los que el bien jurídico afectado no sea de carácter fundamental o, aun en ese caso, cuando la afectación ha sido leve y se considere que, por las condiciones personales del sujeto, este tipo de sanciones son las más adecuadas.[33]

El período máximo de duración de estas sanciones es diferente en cada una de ellas. En el caso de la libertad asistida, ese período es de dos años; en el caso de la prestación de servicios a la comunidad es de seis meses; y en el caso de la reparación de daños, cuando se confirme la reparación del daño, por parte del juez.

Las sanciones de orientación y supervisión se componen de diversas obligaciones que le son impuestas al menor de edad y que pueden consistir en: obligación de instalarse o cambiar de un lugar de residencia determinado; abandonar el trato con determinadas personas; eliminar la visita a bares o discotecas o centros de diversión determinados; matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; adquirir un trabajo; abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

El fundamento de este tipo de sanciones, al igual que con las sanciones educativas, se encuentra en el objetivo de evitar la imposición de una sanción más grave. En las sanciones de orientación y supervisión, la familia del menor de edad debe, en los casos en que así sea posible, tener una amplia participación en razón de ser ellos los que se encuentran en contacto casi permanente con el menor de edad. Además, poseen, por disposición constitucional, la responsabilidad en la guarda, crianza y educación de sus hijos. Estas órdenes buscan detener una posible carrera delictiva y ajustar el comportamiento de los menores de edad. El período máximo de duración de este tipo de sanciones es de dos años.

Por último, la ley dispone acerca de las sanciones privativas de libertad. Se regulan tres tipos de internamiento, a saber: el internamiento domiciliario, el internamiento en tiempo libre y el internamiento en centro especializado.

Este último tipo de sanciones tiene un carácter excepcional o de *ultima ratio*, y su imposición debe ser la respuesta a conductas que lesionan, de manera grave, bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, expresamente previstos por la ley.[34]

El internamiento domiciliario es el internamiento, en forma permanente, en el domicilio familiar, o en su defecto, en la casa de algún otro familiar o en una vivienda o ente privados. Este tipo de internamiento requiere, en principio, de la participación activa y responsable de los miembros del grupo familiar, en el tanto en que son ellos los responsables inmediatos de que la sanción se ejecute de la forma en que se prevé. La duración máxima de este tipo de internamiento es de un año.

El internamiento en tiempo libre es una forma de semilibertad en la que el menor de edad permanece internado en un centro especializado sólo durante el *tiempo libre*[35] y en las mismas condiciones que los jóvenes y adolescentes que se encuentren en el centro penitenciario de forma permanente. La duración de esta sanción no puede exceder de un año.

La sanción privativa de libertad en centro especializado sólo procede ante supuestos expresamente declarados en la ley. Es el caso de los delitos dolosos

---

[32] Las sanciones penales juveniles y sus definiciones se encuentran en los arts. 121 a 132 de la LJPJ.

[33] Este tipo de sanciones, así como las órdenes de orientación y supervisión encuentran su fundamento en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (art. 18), que dispone que, a fin de evitar el internamiento en centros penitenciarios se disponga de diversidad de sanciones que no conlleven la privación de libertad en esa clase de centros.

[34] Estas sanciones responden a la filosofía de intervención mínima de la justicia penal juvenil. Su imposición debe atenerse, de forma muy estricta, al principio contenido en el artículo 25 de la misma LJPJ, sobre la racionalidad y proporcionalidad de las sanciones.

[35] La ley define "tiempo libre" en el artículo 130: "... Se considera tiempo libre aquel durante el cual el menor de edad no deba cumplir con su horario de trabajo ni asistir a un centro educativo".

sancionados en el Código Penal o en leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años (por ejemplo, el delito de violación, el homicidio y el robo agravado). Procede también en el caso en que haya un incumplimiento injustificado de las sanciones educativas o las sanciones de orientación y supervisión impuestas, lo mismo que debe proceder igualmente cuando se incumpla el internamiento domiciliario y durante el tiempo libre (arts. 123 y 131 LJPJ). El monto máximo de la sanción de internamiento en centro especializado es de diez años, en el caso de los adolescentes (+12 años, -15 años), y en el caso de los jóvenes (+15 años, -18 años), es de quince años[36].

9. LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES

La LJPJ contempla normas sobre la ejecución, en especial, sobre la ejecución de la sanción privativa de libertad en centro especializado.[37]

La ejecución de las sanciones debe cumplir con un fin eminentemente pedagógico y no debe restringir más de los derechos que se restringieron en la sentencia condenatoria. La sanción privativa de libertad tiene un carácter de excepcional y debe ser impuesta por el menor tiempo posible.

Se establece en la ley que el internamiento en centro especializado deberá llevarse a cabo en centros de detención especializados para menores de edad y con personal capacitado para el trabajo con menores de edad. En relación con estos centros, como regla general, se prohíbe la portación y uso de armas de fuego por parte de los funcionarios que allí laboran.[38]

La ejecución de la sanción privativa de libertad se realiza mediante un plan individual para cada menor de edad, con el fin de que se cumpla con los fines propuestos, así como la reinserción del menor en su familia y en su comunidad. Para este plan de ejecución se toman en cuenta programas públicos o privados en los cuales pueda participar el menor de edad. Deben incluirse también, las actividades educativas o formativas en las que él pueda participar. Así mismo, resulta importante la posibilidad de participación de la familia del menor de edad.

El Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, es el órgano competente para supervisar el cumplimiento de los objetivos que se fijan en la ley así como cualquier incidente que se suscite durante la ejecución. Una de las funciones más importantes que se le asignan en la ley al juez de ejecución de las sanciones es la evaluación, al menos una vez por semestre, de las sanciones penales juveniles.

En la LJPJ se detallan, además, los derechos mínimos que tiene el menor de edad durante la fase de ejecución en centros especializados. De esta forma, se positivizaron en la ley los derechos básicos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y moral, así como los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. También se fija en la LJPJ el derecho a permanecer, durante la ejecución de la sanción, preferiblemente en el medio familiar; así como el derecho a recibir servicios de salud, educativos y sociales, adecuados a su edad y necesidades.

Por otra parte, se garantiza el derecho a recibir información sobre los reglamentos internos de la institución, especialmente sobre aquellas normas que se relacionan con el comportamiento y la vida en el centro, y las medidas disciplinarias que puedan ser aplicadas. También el interno tiene el derecho de recibir información acerca de sus derechos en relación con los funcionarios penitenciarios, acerca del contenido del plan individual de ejecución de la sanción y sobre las formas y medios de

---

[36] Originalmente en el proyecto de ley se había establecido un máximo en la sanción privativa de libertad en centro especializado de 3 años para los mayores de 12 y menores de 15 años y de 5 años para los mayores de 15 pero menores de 18 años. Vemos que el aumento de las penas que llevó a cabo el legislador es desproporcional, injusto e irracional, y no concuerda con la filosofía que inspiró la creación de la ley. Consecuentemente, la LJPJ, puede ser considerada, en este rubro, como una de las leyes más represivas de la región. Por ejemplo, en el caso del Código de Menores de Ecuador, la duración máxima de esta sanción es de cuatro años; en el caso de la Ley del Menor Infractor de El Salvador la duración máxima es de tres años, al igual que en el caso del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Esto a su vez, conforme a las disposiciones de la CDN (art. 37, inc.b) y las Reglas de Beijin (art.19), en las cuales se promueve la restricción del internamiento penitenciario tanto en calidad, esto es, como último recurso, así como en cantidad, es decir, por el menor tiempo posible.

[37] La ejecución y el control de las sanciones penales juveniles se prevé en los artículos 133 a 142 de la LJPJ, sin embargo, se considera que la ejecución en general, y la de las sanciones penales específicamente, debería ser objeto de una regulación especial, preferiblemente en una ley en la que se contemplen en detalle los principios generales y los derechos de los menores de edad durante la ejecución, las autoridades que intervienen en esta etapa, su competencia y funciones, así como los procedimientos y recursos durante esta etapa. Resulta además fundamental la definición y forma de ejecución de cada una de las sanciones que prevé la LJPJ, especialmente de las sanciones privativas de libertad en un centro especializado. Lo anterior por ser este el tipo de sanción que más derechos puede afectar.

[38] Sin embargo, y para casos excepcionales y de necesidad, el uso de armas de fuego dentro de los centros especializados de detención para menores de edad puede ser autorizado mediante un reglamento.

comunicación con el mundo exterior, así como el régimen de visitas y permisos de salida. Se garantizan los derechos de petición y respuesta.

El menor de edad tiene derecho a que se le mantenga separado, en cualquier caso, de los delincuentes adultos, así como a cumplir el internamiento en un centro especializado para menores de edad y a no ser trasladado arbitrariamente. Tiene el derecho de no ser incomunicado en ningún caso, ni sometido a régimen de aislamiento, ni a que se le impongan penas corporales.

Por último, el menor de edad tiene derecho a que, próximo a egresar del centro, sea preparado para su salida. Debe por tanto brindársele asistencia de especialistas y, de ser posible, con la colaboración de sus familiares.

10. CONSIDERACIONES FINALES

Sin lugar a dudas, en la ley está presente una nueva concepción de política criminal. Se transforma el modelo tutelar paternalista por una orientación punitivo-garantista. Se entiende al joven o adolescente como un sujeto, no sólo titular de derechos legales y sociales, sino como un sujeto responsable por sus actuaciones frente a la ley penal.

La idea de la responsabilidad del joven y del adolescente está fundada en la convicción de la comprensión de la ilicitud del hecho. Actualmente, sería muy difícil sostener que un joven o adolescente de 12 a 18 años, tiene una incapacidad, o una falta de madurez para comprender la ilicitud del hecho.

Sin embargo, el juzgamiento de la comisión de un hecho delictivo cometido por un menor de edad debe ser un asunto especializado de la justicia penal juvenil. Por eso, desde la fase de investigación del delito, intervienen órganos como la Policía Judicial Juvenil, un Ministerio Público con fiscales especializados, una Defensa Pública, también, con defensores especializados. Se crearon Juzgados Penales Juveniles, así como una segunda instancia, también especializada, que es el Tribunal Superior Penal Juvenil.

Como principio básico para la intervención jurídico-penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo, lo cual no estaba claramente establecido en la Ley Tutelar. Infracción que debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que se cometió el hecho. De un derecho de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho penal juvenil de culpabilidad por el hecho con una intervención judicial mínima. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad, y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad.

La ley que hoy está vigente, recoge las garantías procesales internacionalmente admitidas para adultos, como por ejemplo: el principio de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, derecho de defensa, doble instancia, etc. Además de aquellas garantías especiales que corresponden, por la condición de jóvenes y adolescentes, como por ejemplo: trato diferencial, justicia especializada, reducción de plazos de internamiento y mayores beneficios institucionales que los adultos.

La reacción judicial ante la comisión de un hecho delictivo es denominada sanción y no medida. El derecho penal de medidas responde a un derecho penal de autor y de peligrosidad. Por el contrario, la sanción o pena negativa es la reacción normal ante la comisión de un delito. Sin embargo, la sanción tiene un fin predominantemente pedagógico. Por medio de la sanción se procura alcanzar una meta inconfundible: preparar al joven o adolescente para ser una persona responsable, apta para la normal convivencia y su reinserción social.

Permítaseme hacer una última reflexión:

Para comprender correctamente el fenómeno de la delincuencia juvenil, debemos rechazar de plano cualquier análisis o explicación simplista. La delincuencia en general, y en particular la que cometen los jóvenes y los adolescentes, no se origina en la Asamblea Legislativa, ni en este gobierno en particular, ni tampoco en la falta de legislación. El origen es más lejano, profundo y complejo. La delincuencia *no* surge en el vacío, es el resultado de diversos factores de riesgo y respuesta social. En la complejidad de las estructuras sociales, económicas y familiares de toda sociedad es donde se encuentra su explicación.

A pesar de que la vigencia de la LJPJ es de apenas seis meses, los resultados, pese a las dificultades materiales y estructurales que se han presentado, son positivos.[39] El número de menores de edad que se encontraban bajo una concepción tutelar con una "medida de internamiento" ha

[39] Desde la vigencia de la LJPJ, a partir del 01.05.96, han existido problemas prácticos para la aplicación de la ley en todas sus dimensiones. Principalmente debido a la falta de recursos económicos no girados al Poder Judicial. Del presupuesto presentado (708 millones de colones) el Poder Central sólo giró inicialmente cerca del 50% (350 millones de colones). Sin duda esta falta de recursos económicos oscurecen todos los principios fijados en esta ley.

disminuido considerablemente. Mientras que bajo los criterios de la LJPJ tanto la detención provisional como la sanción privativa de libertad se han utilizado menos y solo para conductas delictivas consideradas graves y para cumplir fines eminentemente procesales. También es positivo el uso que se le ha dado a los medios informales de control como el principio de oportunidad y la suspensión del proceso a prueba.

Debe quedar muy claro que con la Ley de Justicia Penal Juvenil no se va a terminar la delincuencia, como muchos equivocadamente podrían pensar. Lo que se tiene es una legislación más ágil y moderna, acorde con la realidad social actual de nuestro país. Una legislación que se espera aumentará la efectividad del sistema de Justicia Penal, sobre todo evitando la impunidad y juzgando con el respeto y las garantías procesales reconocidas internacionalmente.

De ahí que sea tan importante no sólo una respuesta represiva, como la que representa la Ley de Justicia Penal Juvenil, sino también la acción preventiva. Más política social y menos política criminal sería una buena fórmula. Para que ambas reacciones, represión y prevención, sean aplicadas en forma integral, interdisciplinaria e interinstitucionalmente, tanto a nivel público como privado. Esto, creo, sería una respuesta seria, realista y madura a la búsqueda de la ansiada seguridad ciudadana. Ese es el desafío que se nos presenta.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO (Enrique). **Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la Ley Penal**, Revista ILANUD, Año 6, N° 17-18, San José, 1983.

CARRANZA (Elías). **La Prevención y el Tratamiento de la Delincuencia Juvenil y la Participación de la Comunidad**, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, 1989.

CARRANZA (Elías). **Criminalidad ¿Prevención o Promoción?**, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1994.

DÜNKEL (Frieder), MEYER, Klaus. **Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug**, Stationäre Maßnahmen der Jugend Krimanal rechtspflege im international Vergleich, Teilband 1 und 2, Max-Planck-Institut, Freiburg, i.Br. 1985.

DÜNKEL (Frieder). **Freiheitsentzug für Junge Rechtsbrecher**, Forum Verlag Godesberg GmbH, Bonn, 1990.

GARCÍA MÉNDEZ (Emilio). **La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del Menor como Objeto de Compasión-Represión a la Infancia-Adolescencia como Sujetos de Derechos**, Revista Foro Penal, N° 57, julio, 1992.

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER (Esther). **Principios Básicos para un Nuevo Derecho Penal Juvenil**, España, Jornadas de Estudio, texto presentado en San Sebastián el 8 de septiembre, 1984.

GRANADOS (Mónica). La historia como rescate de una identidad despedazada: interpretación histórica de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX. Revista ILANUD, Nos. 23-24, San José, 1988-1989.

ISSA EL KHOURY JACOB (Henry). **A la Armonía por la Palabra: La Solución Negociada de Conflictos Penales**, Convenio Corte - AID, San José, 1995.

KAISER (Günther). **Kriminologie**, Grosses Lehrbuch, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg - Karlsruhe, 1980.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, Ley N° 3260, del 21 de diciembre de 1993, reformada por la Ley N° 3554 del 23 de julio de 1965, y por la Ley N° 7383, del 16 de marzo de 1994.

Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley No.7576, del 8 de marzo de 1996. Publicada en La Gaceta N° 82 del 30 de abril de 1996.

Ministerio de Justicia de El Salvador, **La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad**. Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995.

ONU, **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

ONU, **Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores «Reglas de Beijin»**, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985, Resolución 40/33.

ONU, **Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad**, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/113.

ONU, **Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil «Directrices de Riad»**, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/112.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos), DÜNKEL (Frieder). **Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berüksichtingung des Jugendrechts und**

der Sanktionpraxis in Costa Rica, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlín, 1989.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Derecho Penal de Menores y Derechos Humanos en América Latina.** Revista de Ciencias Penales, Nº 10, San José, 1995.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y Concordada**, Editorial Juritexto/ ILANUD/Unión Europea, San José, 1996.

UNICRI - ILANUD. **Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina**, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.

UNICEF. **México: de las palabras a los hechos**, en Estado Mundial de la Infancia 1993, J&J Asociados, Barcelona, 1993.

UNICEF. **Brasil: Movimiento en favor de la Infancia**, en Estado Mundial de la Infancia 1993, J&J Asociados, Barcelona, 1993.

VALENCIA COROMINAS (Jorge), **Derechos Humanos del Niño**, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990.

VIÑAS (Raúl Horacio). **Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores**, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1983.

ZAFFARONI (Raúl). **Legislación Tutelar**, en Sistemas Penales y Derechos Humanos. **Informe** preliminar, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.



DESCANSO: *Teodorico Quirós.*

DELINCUENCIA JUVENIL Y SEGURIDAD CIUDADANA[1]

Daniel González Álvarez
Magistrado de Casación Penal
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, UCR.

1.- LA DELINCUENCIA JUVENIL

De muchas maneras las comunidades han denominado los grupos de jóvenes y adolescentes calificados en «riesgo social» por sus actitudes, costumbres, situación de vida. Esos nombres varian: pandillas, barras, huelgas, maras, chapulines, gamberros, hooligan, etc.; pero tienen en común dos cosas: por un lado la preocupación y la alarma social que provocan, y por otro la falta de distinción entre lo que constituye una actividad delictiva propiamente dicha y un comportamiento simplemente desviado de las costumbres y tradiciones, o lo que es peor, «desviado» por los condicionamientos socioeconómicos en que se encuentran y la ausencia de una familia.

El problema ha alcanzado una magnitud tal que pretende motivar y determinar la totalidad de la incipiente política criminal referida a los menores de edad. Esto es grave en virtud de que el problema delincuencial es bastante más heterogéneo y además que muchas de las conductas y actitudes de esos grupos no son delictivas, lo cual debiera descartar la intervención represiva del Estado.

En estas líneas pretendemos exponer algunas ideas relativas a la reacción que esos grupos generan en la sociedad, como respuestas dirigidas a resolver un conflicto con el fin de implantar una mayor «seguridad ciudadana».

Tenemos claro que «seguridad ciudadana» es un concepto bastante difuso, y que hoy se utiliza con muy diversos propósitos, como en épocas pasadas se utilizaron los conceptos de «seguridad nacional» y «seguridad del Estado» en el plano ideológico, que pretendieron constituirse en la razón de ser de la política criminal y justificaron una gran cantidad de atropellos a los derechos humanos.

Cuando se habla de las pandillas y grupos juveniles, «seguridad ciudadana» se utiliza, por lo general, como sinónimo de seguridad física en las calles y las casas, olvidándose que un verdadero concepto del vocablo debiera incluir también otras libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los derechos políticos, los derechos económicos y los derechos sociales, los cuales nunca se ven afectados -ni amenazados- por la existencia de esos grupos.

Sin embargo, hay un verdadero «estado de guerra» generado por la existencia y el accionar de los grupos juveniles, en especial los que se dedican a realizar hechos delictivos, y en esa misma proporción, como veremos, algunos llegan a justificar actuaciones estatales alejadas de los derechos humanos.

La situación se ha agravado porque los ciudadanos han sido culturizados hacia la solución represiva como único medio capaz de defensa ante estos peligros para la seguridad. Se trata de un «estado de guerra» provocado psicológicamente por una percepción distorsionada o exagerada de la realidad, en la que no hay concordancia con el verdadero índice de criminalidad.

Hay razón por la alarma social que provocan ciertos delitos que van en constante aumento, como los delitos contra la propiedad, sin embargo, algunos de éstos provocan mucha alarma social no obstante su nivel relativamente bajo de violencia, como ocurre con los

---

[1] Conferencia pronunciada en el "Taller para Directores e Instructores de las Academias Policiales de Centroamérica", I.I.D.H. Academia de Policía de Panamá. Publicada en "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, tomo B, segundo semestre de 1996.

arrebatos de bolsos y carteras, sólo porque son realizados por menores de edad organizados en grupos.

Paralelamente, hay delitos que han aumentado en forma exagerada en relación con años anteriores, que afectan derechos básicos como la vida, pero que no provocan una alarma social en proporción a esa gravedad. Tal es el caso de los accidentes de tránsito o de la circulación, que generan una gran cantidad de muertos (en muchos países en cantidades bastante mayores que los homicidios dolosos) y sin embargo, no provocan una reacción y preocupación equivalente con los resultados.

En igual sentido podemos citar los delitos no convencionales (ecológicos, abuso de poder económico y abuso de poder público) cuyos resultados tienen serias repercusiones en los derechos básicos de todos los ciudadanos, pero no llegan a provocar una reacción proporcional con esos resultados, a diferencia de los asaltos en las calles.

La criminología distingue entre **delito** (constituido por el volumen real de la criminalidad y sus repercusiones) y **temor al delito** (constituido por la percepción de la criminalidad y el riesgo de ser victimizado). La percepción de la criminalidad y el temor a ser víctima de un delito agiganta y distorsiona la realidad, con un efecto multiplicador desproporcionado, sobre todo tratándose de hechos realizados por grupos de jóvenes y adolescentes, lo cual aumenta la posibilidad de adoptar políticas equivocadas e inconstitucionales en aras de la prevención general.

De ahí entonces que haya un sentimiento generalizado en la ciudadanía para resolver el problema de la delincuencia infantil y juvenil por medio de la confrontación y el castigo.

En Costa Rica, cuya población se precia de ser pacifista, en 1992 una encuesta publicada en uno de los diarios de mayor circulación reveló que más del 70% de los encuestados estaban de acuerdo con la pena de muerte. En 1994 hubo muestras públicas de apoyo (cartas en periódicos, recolección de dinero para la defensa, etc.) para policías acusados de torturar y asesinar a un joven detenido, quien era sospechoso de haber agredido a un compañero de los policías. En 1995, en un programa de televisión (En la Mira) se hizo una consulta telefónica en que más del 40% de los consultados se mostraron de acuerdo con escuadrones de la muerte, lo anterior luego de encontrarse un cuerpo sin cabeza y manos y de acusarse a policías judiciales del hecho.

En otros países latinoamericanos todavía operan grupos paramilitares dedicados a «limpiar» de delincuentes juveniles las calles, según denuncian los cables internacionales, de ahí que clasificamos las respuestas al problema conforme lo hacemos de seguido.

2.- LAS RESPUESTAS INCONSTITUCIONALES FRENTE A LA CRIMINALIDAD JUVENIL (LOS RADICALES)

En muchos países latinoamericanos, de manera directa los menos, por tolerancia, indiferencia o complicidad los más, se sostiene que la criminalidad juvenil sólo es posible enfrentarla recurriendo a métodos violentos, con el fin de defender a la sociedad.

Es así como se plantea la necesidad de organizar grupos paramilitares, compuestos por miembros de las fuerzas armadas, policías, grupos privados de vigilancia, comerciantes y otros ciudadanos, dedicados a actuar en forma clandestina, con el fin de aplicar ajusticiamientos sobre aquellos jóvenes a quienes el grupo «juzga» como personas indeseables para la sociedad. Tal es el grado de tolerancia e impunidad con que operan, incluso hoy, que en algunos casos ni siquiera se preocupan por hacer desaparecer los cuerpos.

Otros, al menos en forma más abierta que los anteriores, pero tan radicales como ellos, estiman que a los «delincuentes» no deben reconocérseles derechos, y que en consecuencia deben ser juzgados en procesos sumarísimos, con aplicación irrestricta de la prisión preventiva, invirtiendo el principio de inocencia y sustituyéndolo por el de presunción de culpabilidad, sin costear servicios de abogado defensor, y aplicando penas muy severas que saquen de circulación por largo tiempo a estos delincuentes.

Algunos pretenden que los jueces desconozcamos esos derechos en la práctica, pero sin modificar la Constitución, ni la adscripción a convenciones internacionales de derechos humanos, criticando a los funcionarios judiciales por su excesivo garantismo en beneficio de los «delincuentes».

Esta última posición encuentra mucha resonancia en la opinión de la gente, en los medios de comunicación, en los órganos represivos (policías, fiscales), e incluso en los mismos tribunales. Hay una marcada tendencia a creer que «**sistema duro y represivo**» es sinónimo de «**sistema penal eficiente**», cuando en realidad la historia nos demuestra totalmente lo contrario.

En efecto, en la práctica los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, no han sido los sistemas más eficientes para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que por el contrario aumentan la criminalidad y la impunidad.

El mejor ejemplo, para no salir de nuestra región, lo constituyen los sistemas penales típicos de las dictaduras militares latinoamericanas, los que -con notables excepciones- legitimaron esos sistemas de poder, convalidaron sus actuaciones y permitieron los mayores abusos que podamos imaginarnos sobre los ciudadanos. Iniciaron con la delincuencia común (supuestamente), pero pronto ampliaron sus actuaciones sobre los grupos que afectaban la «seguridad del Estado» y la «estabilidad social», persiguiendo sindicalistas, dirigentes, opositores, simples ciudadanos, y así surgieron miles de desaparecidos, fosas comunes, el genocidio, para citar solamente lo más grueso.

Debemos preguntarnos si ¿esos sistemas penales caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, que funcionaron paralelamente con grupos clandestinos dedicados a exterminar personas (supuestamente delincuentes, indigentes, opositores, críticos, etc.), representaron (y representan) una alternativa viable para defender los derechos básicos de los ciudadanos? Desde luego que la respuesta es negativa, pues **«la seguridad ciudadana»** (entendida, ahora sí, como el conjunto de los derechos básicos de los ciudadanos, incluidas las libertades políticas, económicas y sociales) nunca se vio tan comprometida y disminuida que en esos sistemas. Debemos aprender de la historia, la cual nos enseña que los sistemas represivos de esa naturaleza no constituyen un medio eficaz para disminuir la criminalidad y menos para proteger los derechos humanos. Por el contrario, ellos dieron (y dan) espacio a un mayor margen de impunidad porque el genocidio fue patrocinado directamente por las estructuras de poder público, con la complicidad de los órganos encargados de reprimirlos, incluyendo a los tribunales.

Algunos ciudadanos creen en esas alternativas como único medio para combatir una creciente criminalidad, sobre todo ante la ineficacia de los cuerpos represivos para disminuirla, pero equivocadamente estiman que el empleo de esos métodos inconstitucionales no los llegará a afectar a ellos, cuando la experiencia demuestra totalmente lo contrario.

El problema se ha acrecentado al estimar una gran mayoría que el garantismo judicial es sinónimo de impunidad, cuando la verdad es que todo depende del trabajo eficiente de la policía y del Ministerio Público en la recopilación de los elementos de prueba que permitan incriminar a una persona como autora de un hecho delictivo. Si hay suficientes y eficientes elementos de prueba de cargo, independientemente de los derechos acordados al acusado para el ejercicio de su defensa, existirá una condena.

Las garantías procesales no constituyen un obstáculo para una correcta aplicación de la ley penal. El proceso está conformado por un conjunto de reglas cuyo denominador común lo forma la idea de resolvero transformar un conflicto en otro con menor contenido de violencia, y es un medio para prevenirse de la arbitrariedad y de la ineficacia de los órganos represivos. Estos últimos eluden su deber cuando pretenden que los tribunales apliquen la pena sin tramitar adecuadamente un proceso, en el cual se examinen los elementos de prueba válidos que se hubieren recopilado para averiguar la verdad.

3.- LAS RESPUESTAS TRADICIONALES AL PROBLEMA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (LOS CONSERVADORES)

Dentro del marco constitucional y en forma bastante más moderada que las anteriores corrientes, algunos sectores (dentro de los cuales se ubican en su mayoría los mismos órganos represivos del Estado y los Tribunales, así como los medios de comunicación colectiva) proponen las «soluciones» tradicionales al problema de la delincuencia en general, y de la delincuencia juvenil en particular.

Estas respuestas tradicionales están inspiradas en la idea de «endurecer» el sistema penal dentro de los límites constitucionales, con algunas medidas que son las que siempre se han utilizado con mayor frecuencia para combatir la criminalidad:

-aumentar y militarizar a la policía
-aumentar y endurecer las penas
-aumentar el número de personas detenidas

a. El aumento y la militarización de la policía:

Es cierto que es necesaria una mayor presencia de los cuerpos de policía civil en las calles. Con ello se previenen hechos delictivos y se facilita una intervención rápida para impedir mayores consecuencias, se logra prestar algún auxilio a las víctimas, y además permite realizar de manera más eficiente la labor de aseguramiento y recolección de pruebas, así como también propicia la identificación y detención de los presuntos agresores, entre otras cosas.

Sin embargo, el aumento del número de policías o su militarización, no se traducen necesariamente en una mayor «seguridad ciudadana».

En primer término porque una gran cantidad de delitos de los que provocan alarma social no se realizan

en las calles, pues ocurren en ámbitos de intimidad, al interno incluso de las familias o en oficinas y lugares cerrados.

En segundo lugar, porque la eficiencia del sistema depende del buen funcionamiento de la totalidad de sus componentes (policía, fiscales, jueces, sistema penitenciario, etc.) y el subcomponente policial no actúa mejor cuando aumenta su número o cuando utiliza métodos militarizados en sus actuaciones contra la criminalidad.

En tercer lugar, como ha puesto en evidencia la criminología, no tiene sentido pretender reducir la violencia callejera (en especial las agresiones y los homicidios) aumentando el número de personas armadas en las calles. Como muy bien se afirma **«...en los países que transitan por esa vía errada no se ha reducido la criminalidad, y se ha generado en cambio un fenómeno circular: los delincuentes sancionados por el sistema penal pertenecen en forma desproporcionada a los grupos más pobres de la población, y la numerosa policía que los persigue, con salarios miserables, pertenece también al mismo estrato. Y ambos grupos interactúan multiplicando una violencia espantosa que, obviamente, no puede detenerse sino multiplicarse cada vez más de esa manera» (Carranza, Elías. Criminalidad ¿Prevención o promoción? Euned, San José, 1994, p. 74).**

Lo anterior no significa, desde luego, que descartemos la necesaria intervención policial. Por el contrario, creemos que es indispensable para una adecuada y correcta aplicación de la ley penal, sin embargo, la forma de mejorar su intervención no se reduce a un problema numérico, ni a militarizar sus actuaciones, sino a la profesionalización y a un mejoramiento de la totalidad de las condiciones laborales y sociales en que se encuentra la policía, incluyendo aspectos como el salario, la capacitación, instrumentos de trabajo, etc., como lo apuntamos más adelante.

b.- El aumento y el endurecimiento de las penas:

Otra de las respuestas que solemos encontrar con mayor frecuencia para combatir la criminalidad en general, es la de aumentar y fortalecer la dureza de las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, con la esperanza de que constituyan una forma de desestimular la conducta proclive al delito. Los penalistas denominan ésta la función de prevención general o intimidación, reservada a la pena incluida en el tipo penal.

Si bien en materia de menores los montos de la pena de prisión previstos en cada figura delictiva no tienen aplicación directa, la verdad es que siempre tienen alguna incidencia porque los tribunales de menores tienden a establecer el tipo de «medida tutelar» en proporción con la gravedad del hecho y con la gravedad de la pena prevista para los adultos en la ley, más que a las necesidades de tratamiento y atención que requiera el menor.

De acuerdo con esta idea, las personas (menores o mayores) no van a cometer hechos delictivos si la pena prevista en la ley para esos delitos es dura y grave. Se tiene la creencia que existe una relación directa entre cantidad y gravedad de la pena por un lado y no inclinación hacia el delito, por otro. Vemos una tendencia en algunos países de América Latina a aumentar las penas de prisión, haciéndolas más largas en el tiempo, así como también a regresar a la pena de muerte (al menos a formalizarla en la legislación).

Nuevamente los criminólogos se han encargado de desencantarnos. Por medio de la «teoría de la indiferencia de las sanciones», las investigaciones han mostrado que cualquiera que sea la sanción prevista en la ley (prisión, muerte, inhabilitación, prueba, trabajo, servicio comunal, multa, etc.) ninguna en especial ha tenido incidencia o eficacia en generar menos niveles de delincuencia que otra por el solo hecho de encontrarse prevista en abstracto y con independencia de su aplicación real. Las razones por las cuales las personas deciden realizar hechos delictivos son otras, y la pena prevista en la ley cuenta solo algunas veces para determinar los costos del hecho (riesgo), como ocurre en materia de drogas, homicidio, o en delitos como el aborto.

En realidad no existe una relación directa entre gravedad de la sanción y desestímulo del hecho. Baste citar el caso de la lucha contra el tráfico de drogas y el «lavado» de dinero para comprenderlo. En esta materia hemos aumentado y endurecido desproporcionadamente las penas, sin embargo, ello no se ha traducido en una reducción de la actividad que se quiere reprimir. También en otras áreas hemos incurrido en el mismo error, como ocurrió en Costa Rica donde recientemente se aumentaron las penas de prisión a 50 años, pero ello no ha tenido ningún efecto positivo para disminuir la delincuencia, sino por el contrario comienza a agravar la solución o la redefinición del conflicto. En los países que han adoptado la pena de muerte tampoco encontramos índices de criminalidad y violencia menores que en los países que no la tienen.

Por lo anterior, tampoco el camino del aumento y del endurecimiento de las penas ha sido eficaz para disminuir o atenuar los índices de criminalidad.

c. El aumento en el número de menores presos en prisión preventiva o sentenciados:

Al igual que el aumento y el endurecimiento de la pena, el aumento en el número de personas detenidas constituye una de las respuestas más populares para combatir la criminalidad. Popular porque existe una generalizada creencia -sobre todo en sectores externos al sistema penal- de que a mayor cantidad de personas detenidas menor índice de delincuencia existirá en el país.

Esta posición tiene dos vertientes. Por un lado se propugna un mayor uso de la prisión preventiva con el fin de «sacar de la circulación» lo más pronto posible a menores que se estima son presuntos violadores de la ley penal desde el inicio de cualquier procedimiento judicial; y por otro también se propugna que la «medida tutelar» definida en sentencia, cuando se determina que el menor efectivamente realizó el hecho delictivo, se aplique en centros cerrados, de manera que también se impida su libre circulación en las calles, para lo cual deben desconocerse todo tipo de beneficios de salida y permisos.

Esta es la respuesta que con mayor frecuencia clama la policía frente a los tribunales. Su queja constante es que ellos detienen a los presuntos delincuentes y los jueces los dejan en libertad, lesionando así -en su opinión- la seguridad de los ciudadanos. Los ciudadanos también tienen una gran confianza en la prisión (preventiva o no), pues creen que es posible por ese medio frenar los índices de delincuencia, y por lo general se pronuncian contra todos los programas dirigidos a racionalizar el uso de esa medida represiva, como resultan ser las medidas sustitutivas, la libertad bajo palabra, la prueba, la excarcelación, etc.

En realidad no existe ningún estudio técnico que permita afirmar que a mayor cantidad de personas en prisión habrá menor cantidad de delitos, pero sí hay estudios que señalan que los países que han aplicado desproporcionadamente la prisión preventiva no han disminuido los índices de criminalidad, y han multiplicado sus problemas.

En efecto, cuando se hizo el estudio sobre «**El preso sin condena en América Latina y el Caribe**» (CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Raúl; Ilanud, San José, 1983, pág. 22) Paraguay mantenía un 94.25% de presos sin condena en proporción a la población total privada de libertad, Bolivia el 89.70% y El Salvador el 82.57%, sin que a la fecha hayan mejorado esas cifras; pero ninguno de esos países ha logrado disminuir los índices de criminalidad y por el contrario en la actualidad están empeñados en modificar totalmente la legislación penal con el fin de buscar nuevas respuestas para resolver este grave problema, con fórmulas menos rígidas y más modernas que la represión indiscriminada. En este sentido también debiéramos aprender de la historia, pero lamentablemente parece ser que tampoco es así.

Además de lo anterior, la prisión no constituye un medio eficiente para lograr la reeducación, la resocialización o la rehabilitación de una persona, ni siquiera sirve para reafirmar en ella la práctica de una vida sin violación de la ley. Por el contrario, los penitenciaristas han insistido en que la finalidad rehabilitadora no pasa de ser una aspiración difícil de alcanzar no sólo por la falta de recursos y el medio en que habría que desenvolverse, sino también por la naturaleza misma del encierro carcelario, donde las relaciones son impuestas. Enseñar a alguien en la cárcel a vivir en sociedad es como enseñarlo a nadar segregándolo del agua.

Por otra parte, la prisión tiene un altísimo costo. Es una de las respuestas más caras con que cuenta el sistema penal. Sin tomar en consideración la afectación económica que se produce en la persona privada de libertad y su familia, porque no puede trabajar, nos señalaban en el Ministerio de Justicia de Costa Rica que en 1990 el costo mensual de mantenimiento de un reo en prisión ascendía a 312 dólares (USA).

Como muy bien se afirma «...ni para adultos ni para menores de edad exacerbar el uso de la prisión parece ser la solución recomendable. En materia de menores UNICEF ha determinado que en América Latina los institutos de internación alcanzan a cubrir solamente el 4.5% del fenómeno de los llamados menores de edad en «situación irregular». De lo que se desprende que, además de sus desventajas y efectos negativos (tales como el de «prisonización» y «rotulamiento» de los niños), los institutos de internamiento no son la solución posible hacia la que los países en vías de desarrollo podrían orientarse» (**CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita. El Control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina**, en «La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal», Ed. Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, p.78).

En resumen, tampoco la prisión ha constituido un medio eficaz para disminuir los índices de criminalidad, ni para resolver los conflictos provocados por los hechos delictivos, aunque constituye la respuesta más buscada por los ciudadanos para esos fines.

4.- LAS RECOMENDACIONES TÉCNICAS

En contraposición con las respuestas inconstitucionales (radicales) y las tradicionales (conservadoras) existe toda

una gama de recomendaciones y directrices giradas por los sectores profesionales vinculados directamente con el tratamiento de los menores en riesgo (psicólogos, educadores, trabajadores sociales, abogados, psiquiatras, sociólogos, criminólogos, religiosos, orientadores, etc.), cuyo propósito ha sido dirimir los conflictos provocados con la delincuencia juvenil, disminuir o atenuar este tipo de problemas y dar tratamiento y orientación a los menores, todo dentro del orden constitucional, los derechos humanos, y con profundo respeto para todos los seres humanos involucrados en el conflicto.

Para exponer esas «recomendaciones técnicas» creemos conveniente utilizar principalmente las directrices de **Naciones Unidas**, recogidas en cuatro textos internacionales de aplicación constante en esta materia:

-Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, aprobadas por la Asamblea General de las N.U. mediante resolución 45/112 por recomendación del VIII Congreso de N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente).

-Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Proyecto de resolución presentado a la Asamblea General de las N.U. por el VIII Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente).

-Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, Proyecto de resolución presentado a la Asamblea General por el VII Congreso de las N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente).

-Convención sobre los derechos del niño (Aprobada en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989).

Dichos textos constituyen el mejor testimonio y el más adecuado conjunto de ideas que podamos encontrar para resolver este grave problema de la delincuencia juvenil, en especial para dar alguna respuesta serena, profesional y efectiva frente a la cada vez mayor cantidad de voces que solicitan resolver el conflicto recurriendo a una mayor violencia, como de hecho está ocurriendo en nuestros países.

a. La prevención antes que la represión:

Esta parece ser la regla básica en materia de menores, a la que debiéramos dedicarle mayores esfuerzos institucionales. La mejor forma de prevención contra la delincuencia juvenil es la de impedir que surjan delincuentes juveniles, para lo cual se requieren adecuados programas de asistencia social, económica, educacional y laboral.

Mientras, respecto de otros sectores de la criminalidad, el Estado realiza importantes esfuerzos para prevenirla, en materia de menores observamos una actitud bastante más pasiva. En efecto, vemos que las instituciones públicas y privadas dedican gran parte de su tiempo para prevenir delitos forestales, con adecuados mecanismos y programas de control que alerten sobre la deforestación; apreciamos también preocupación respecto de los delitos ecológicos en general, donde se discute de los mejores y más eficaces métodos para producir sin contaminar; observamos que en materia económica la comunidad busca prevenirse de los abusos de poder de las empresas; que existen programas para prevenir accidentes de tránsito y evitar los delitos en la circulación de vehículos, etc.

Pero cuando llevamos este discurso al tema de los menores de edad parece que la situación es distinta, porque se piensa más en la represión y en la necesidad de someter a castigo a los potenciales delincuentes.

Es obvio que debemos prevenir la delincuencia juvenil, y en esto no creo que haya disidentes. El problema está en ver si estamos dispuestos a intentarlo, y más aún, a transformar ese deseo en una verdadera política de gobierno en todas sus implicaciones, pues requiere de la participación de una gran cantidad de sectores, tanto públicos como privados. La prevención verdadera implica el desarrollo de políticas y programas que permitan una mayor distribución de la riqueza, más adecuados programas de asistencia social, el fortalecimiento de la educación en todos los niveles como una prioridad, oportunidad de trabajo, en fin, mejores oportunidades de vida en todos los sentidos y para todos.

El tema de la prevención aparece claramente recomendado en las **Directrices de Riad (Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil):**

«Artículo 5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de contar con políticas progresistas de prevención de la delincuencia...Esas políticas y medidas deberán comprender lo siguiente:

a) Suministro de oportunidades, en particular educativas, para tender las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están latentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan un cuidado y una protección especiales;

b) doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los

procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien;

c) Una intervención oficial cuya principal finalidad sea velar por el interés general del joven y se inspire en la justicia y la equidad...»

«Artículo 9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que comprendan, entre otras cosas, lo siguiente:...

d) Políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación;

e) Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil;

f) Participación de la comunidad a través de una amplia serie de servicios y programas;

g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y locales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de represión, en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes;

h) Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a la víctima;

i) Personal especializado en todos los niveles.»

«Artículo 10. Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.»

b. Minimizar el uso del sistema de justicia tradicional:

Otra de las importantes recomendaciones deducidas de los principales instrumentos de Naciones Unidas es la necesidad de reducir al máximo la utilización del sistema de justicia tradicional, con el objeto de resolver los conflictos generados con la delincuencia juvenil, de manera que se utilicen principalmente otras vías y medios para lograrlo, antes de que intervenga el juez.

Esta minimización del uso del sistema de justicia ordinaria tiene varias implicaciones y puede obtenerse utilizando diferentes mecanismos y alternativas.

b1.-Minimizar la intervención estatal

En primer término implica la necesidad de reducir la intervención de todos los subsectores del sistema represivo del Estado, tales como la policía, el Ministerio Público, los jueces y el sistema penitenciario, así como de otros sectores del Estado, dándole mayor intervención a otros grupos de la vida social en la solución del conflicto y en la búsqueda de alternativas viables, como la familia, la escuela, la comunidad, las asociaciones, etc.

En parte lo señalan claramente las Reglas de Beijing (**Reglas Mínimas de N.U. para la administración de justicia de menores**) al disponer:

«Artículo 1.3: ...al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.»

«Artículo 11.1: «Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.»

También los arts. 11.2 y 11.3 de ese mismo texto facultan a la propia policía, al Ministerio Público y a otros organismos que se dediquen a estos problemas, e incluso a **la propia comunidad** para que **«fallen dichos casos discrecionalmente»**.

En el mismo sentido podemos citar las Directrices de Riad (**Directrices de N.U. para la Prevención de la Delincuencia Juvenil**) al disponer:

«Artículo 2. Para tener éxito, la prevención de la delincuencia juvenil requiere, **por parte de toda la sociedad**, esfuerzos que tiendan a garantizar un desarrollo armonioso de los adolescentes, que respete y promueva su personalidad a partir de la primera infancia.»

En el marco de estas ideas también se plantea la necesidad de reducir el campo de acción del sistema de administración de justicia penal (despenalización) y a su vez señalar en forma clara su campo de competencia (racionalización). También en materia de menores es posible plantear el problema de la «despenalización» entendida como una reducción del campo de intervención

del Estado en los conflictos penales. Su propósito consiste en reservar al sistema de administración de justicia los casos realmente relevantes, dejándole a los demás (escuela, hogar, comunidad, lugar de trabajo, etc.) la tarea de resolver los conflictos menores y de orientar al menor.

Desde ese punto de vista «despenalización» consistirá en materia de menores en una adecuada racionalización del uso del sistema oficial.

b2. Minimizar y hasta eliminar el uso de la prisión preventiva y el encarcelamiento

Todos los textos de Naciones Unidas que citamos supra recomiendan la necesidad de usar el encarcelamiento como una regla excepcionalísima tratándose de menores de edad.

Las razones son obvias y se desprenden de las consideraciones que hemos hecho antes sobre el encarcelamiento.

Las **Reglas de N.U. para la protección de los menores privados de libertad** señalan:

«Artículo 17 ...En la medida de lo posible deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales, la detención antes de la celebración del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias...»

Las **Reglas mínimas de N.U. para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing)** disponen:

«Artículo 13.1: Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso durante el plazo más breve posible.»

«Artículo 13.2: Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o institución educativa.»

«Artículo 17.1.b: Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.»

«Artículo 17.1.c: Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona...»

En similar sentido, las **Reglas de N.U. para la protección de los menores privados de libertad** señalan:

«Artículo 1: El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento debería usarse como último recurso.»

Y también la **Convención de los Derechos del Niño** estatuye:

«Artículo 37.b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.»

c. Flexibilizar y diversificar la reacción penal:

El sistema penal de adultos instauró la rigidez como sinónimo de garantía, para prevenirse de la arbitrariedad. De acuerdo con el principio de legalidad no es posible imponer una sanción penal si esta no se encuentra prevista con anterioridad en la ley para el tipo de delito realizado. En consecuencia, para cada hecho ya está predeterminada la reacción penal correspondiente, y el juez sólo puede hacer algunos ajustes para el caso concreto, sobre todo determinar el tiempo en que se aplicará la medida entre los límites ya establecidos por el legislador.

El sistema de justicia de menores debe prevenirse también de la arbitrariedad, y es necesario sobre todo exigir el cumplimiento del principio de proporcionalidad, de manera que la «medida tutelar» que se llegue a adoptar en el caso concreto guarde relación con el disvalor de la conducta delictiva atribuida al menor, para que constituya un límite a la intervención del Estado.

Sin embargo, no obstante lo anterior, dos de las características básicas de la justicia de menores es que exista una amplia gama de respuestas posibles frente al caso concreto, con el fin de escoger la más adecuada a las necesidades del menor; y por otro, que esa medida sea flexible, se pueda ajustar y acondicionar periódicamente a las circunstancias del menor, según las condiciones, el avance y el progreso en el tratamiento o en la ejecución de la medida.

Se trata de cumplir con el principio de «personalización de la medida tutelar», según el cual la reacción debe ser proporcional a la gravedad del caso (límite), pero al mismo tiempo adaptarse a las condiciones y necesidades del menor.

Al mismo tiempo se requiere de la adopción de medidas alternativas de solución de conflictos, así como medidas sustitutivas a las respuestas tradicionales, con el fin de permitirle a los funcionarios estatales la posibilidad de escoger, entre una gruesa gama de opciones, la medida que mejor se adapte a las condiciones objetivas y subjetivas del caso.

Estas ideas surgen de las **Reglas Mínimas de N.U. para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)**, al disponer:

«Artículo 6.1: Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.»

«Artículo 18.1: Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales se pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes.»

d. Aplicar a los menores infractores todos los derechos previstos para los adultos:

Exigir que a los menores se les reconozcan -al menos- los derechos y las garantías previstas para los adultos, parece ser una verdad que no requiere de justificación. Sin embargo, es la práctica la que se encarga de establecer esa necesidad, pues se discute y se avanza mucho sobre los derechos de los acusados adultos, pero se niegan cuando se relacionan con menores, con base en supuestas exigencias de rehabilitación.

Como muy bien se afirma, «1) Tanto la tutela como el castigo reclaman un sistema de garantías;...2) Como las garantías no son unitarias ni se procede por simple acumulación, sino que se estructuran desde la finalidad de protección y según el tipo de respuesta estatal, existirá una estructuración diferente, ya no sólo si se trata de tutela o castigo, sino por cada tipo de tutela y por cada tipo de castigo» (**Binder, Alberto. Menor infractor y proceso... ¿penal?: un modelo para armar.** En «La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal», Ed. Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, p. 95).

Sobre esos extremos **Las reglas mínimas de N.U. para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing)**, disponen:

«Artículo 7.1: Se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como la presunción de inocencia, el derecho a que se le notifiquen las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.»

«Artículo 27.1: En principio, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva.»

En igual sentido pueden consultarse los artículos 12, 13, 14 y 18 de las **Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.**

En general, sobre los derechos de los niños y adolescentes véanse los artículos que forman la Primera Parte de la **Convención sobre los derechos del niño** (arts. 1 a 41), y sobre sus derechos procesales, entre otros, véanse los siguientes:

«Artículo 37: d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción .»

«Artículo 40: 2. b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tenga, por lo menos, las siguientes garantías:

i) A que se le presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

ii) A ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente por intermedio de sus padres o su representante legal, de los cargos que pesan contra él...»

iii) A que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente,...»

iv) A no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable,...»

e. Profesionalizar y especializar a la policía de menores:

Los sectores que buscan mayor eficiencia en los órganos encargados de la represión penal debieran centrar más sus expectativas en la profesionalización y la especialización de los policías encargados de la delincuencia juvenil, al menos con mayor intensidad que aquélla con la cual propugnan medidas más represivas y severas.

En efecto, la eficiencia del sector policía no se logra con mayor drasticidad y violencia, como algunos pretenden, sino en la posibilidad de mejorar su situación en todos los niveles. Debe mejorarse el aspecto técnico, para lograr una mayor efectividad y eficacia, en la medida en que actúen profesionalmente, en cumplimiento del orden legal y constitucional. Debe complementarse su preparación con conocimientos de cívica, e informarlos mejor sobre los derechos de los ciudadanos. La situación económica del policía debe mejorarse, pagando salarios adecuados, con el fin de atraer personal mejor preparado y para darle mayor estabilidad económica a la familia del policía. Debe crearse la carrera policial, con cierto grado de permanencia, para evitar las destituciones masivas y las contrataciones masivas generadas con cada renovación de los órganos políticos del Estado, así como también para mejorar la selección y el ingreso a la institución. Deben crearse mecanismos permanentes de control y disciplina, para evitar los abusos, o al menos ponerlos al descubierto y aplicar los correctivos. Señalábamos que el abuso del poder policial es un problema muy grave, pero más grave es aún el sistema que no reacciona frente a la existencia de los abusos, que los disimula, los oculta, los protege o los ignora. Ningún sistema se encuentra vacunado contra los abusos, pero estos deben ser puestos en evidencia, señalados al público, así como también debe perseguirse a sus autores.

En materia de menores -como en ningún otro caso- se requiere de la especialización. Agentes con capacidad y conocimiento para tratar a los niños y niñas en riesgo social, a los infractores, a aquellos jóvenes agresivos de las calles, con el fin de buscar adecuadas medidas para no aumentar el conflicto ya provocado por la sola existencia de los menores.

Esa especialización la refiere directamente **Las reglas mínimas de N.U. para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing):**

«Artículo 12.1: Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.»

Estas y muchas otras medidas se encuentran recomendadas en los textos que venimos citando, en relación con la delincuencia juvenil, las cuales sugieren respuestas más adecuadas, profesionales y con alguna posibilidad de éxito. Para no equivocarnos, sobre todo adoptando medidas dirigidas exclusivamente a la represión desproporcionada, debemos mirar las experiencias pasadas y presentes de nuestros vecinos, y también es necesario contar con mejor y mayor información sobre los problemas que se han enfrentado.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN: transformar el proceso judicial en un instrumento más eficiente para redefinir el conflicto.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, es indispensable que el proceso judicial relativo a los menores de edad constituya una verdadera alternativa de solución. Que no sea parte de un problema, sino de una solución, y que el objetivo esté centrado en buscar una alternativa viable y aceptable para las partes en conflicto, más que en buscar la represión y el castigo.

El proceso de menores tiene que comenzar por sincerarse. En muchas ocasiones el lenguaje encubre y oculta la realidad: llamamos a los menores infractores «niños o adolescentes en riesgo social», pero no imputados de delito, ni acusados; a quienes les aplicamos «medidas» pero no penas privativas de libertad; que todo su abordaje se realiza para «protegerlos» y «tutelarlos», pero no para castigarlos; y que su minoridad justifica adoptar respuestas excepcionales, sin proporcionarlas al hecho del cual se les acusa, sino a su «situación social». Estos sistemas procesales toman al menor como un objeto de protección, y no como un verdadero sujeto de derechos, al extremo de que con ese lenguaje se han ocultado serias violaciones a los derechos que debe tener cualquier ser humano por el solo hecho de serlo.

El proceso debe desterrar ese lenguaje, pues ha servido para no reconocer que los menores tienen al menos los mismos derechos de los adultos cuando son acusados de delito, lo cual ha llevado a que las «medidas tutelares» sean peores que las penas privativas de libertad, porque frente a ellas no se tienen las garantías previstas para los adultos, en especial la proporcionalidad frente al hecho, tipicidad, culpabilidad, apelación, fundamentación, transparencia, etc. En este esquema se suele confundir flexibilidad con arbitrariedad.

Ninguna utilidad práctica tiene la represión. Con ella todos pierden: la víctima, porque no se recupera de los derechos lesionados; el infractor, porque ningún beneficio le aporta, ni implica una razón para cambiar su comportamiento o actitud; la sociedad, porque se genera un nuevo conflicto, algunas veces más violento que la propia infracción.

Nos queda una posibilidad: atenuar, disminuir o canalizar un conflicto por otro de menor violencia, y a lo mejor intentar alguna solución de reorientación, que

permita reafirmar en el menor una actitud de mantener un comportamiento menos agresivo, sin lesionar los derechos de los demás, de mayor provecho para él y mayor tolerancia para con los otros.

En alguna medida estas ideas se desprenden de **Las reglas mínimas de N.U. para la administración de la justicia de menores (REGLAS DE BEIJING),** al disponer:

«Artículo 1.4: La justicia de menores se ha de concebir como un aparte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.»

Como bien lo ha señalado el profesor Binder, debemos preguntarnos si «¿tendrá el proceso de menores capacidad para dar respuesta a estos movimientos de política criminal? Todavía no podemos saberlo. En primer lugar, debe quedar claro que no podrá hacerlo si el proceso se estructura sobre una base rígida y secuencial. La «flexibilidad» aparece como una condición de adaptabilidad ... En segundo lugar, la idea «participativa» aparece como una condición de certeza en las decisiones. Esta idea de participación se expresa en la necesidad de recuperar a los sujetos procesales reales (menor infractor y víctima) y facilitar la comunicación procesal... En tercer lugar, el proceso debe clarificar, no oscurecer: lo que sea castigo que se manifieste como castigo; lo que sea tutela que se manifieste como tal... En cuarto lugar, el proceso debe facilitar la estructuración de las garantías... En quinto lugar el proceso debe fortalecer la reducción del castigo.» **(Binder, Alberto.** Op. ult. cit., pp. 96-97).

El Sistema Penal, y en general la justicia ordinaria, se ha quedado al margen para resolver los grandes problemas sociales que demandan los ciudadanos y los actuales cambios estructurales. En América Latina asistimos a una total pérdida de confianza de la justicia penal y de la justicia en general. Es nuestra obligación al menos intentar restablecer ese costoso mecanismo que constituye el proceso para resolver nuestros conflictos de una manera civilizada, pacífica, sin generar mayor violencia. Sólo así podremos recuperar un poco esa confianza perdida.

6.- UN COMENTARIO FINAL: La Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, un ejemplo técnico y conservador.

Muy recientemente Costa Rica aprueba una nueva legislación penal dirigida a los menores de dieciocho años de edad (Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 publicada en La Gaceta N° 82 del 30 de abril de 1996).

En principio podemos afirmar que el texto recoge los principales postulados técnicos al establecer, finalmente, una serie de reglas y garantías según las cuales rigen también para los menores de edad (de doce a dieciocho años) todas las garantías previstas para el juzgamiento de los adultos, y además las que les correspondan por su condición especial de menores.

La nueva legislación señala en forma expresa que el juzgamiento de los menores de edad se rige, entonces, por una serie de principios rectores tales como el derecho a la igualdad y a no ser discriminados, el principio de justicia especializada, el principio de legalidad, el principio de lesividad, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, derecho a no declarar, el principio del *non bis in idem*, aplicación retroactiva de la ley más favorable, derecho a la privacidad, principio de confidencialidad, principio de inviolabilidad de la defensa, derecho de defensa, principio de racionalidad y proporcionalidad, etc.

Estas garantías y principios son desarrollados en todo el articulado de la ley, de manera que se destierran viejas prácticas como la que permitió durante mucho tiempo la aplicación de "medidas cautelares" frente a menores de edad que no habían delinquido, por el solo hecho de encontrarse en "riesgo social".

Ahora, de acuerdo con los nuevos postulados, ninguna intervención podrá tener la justicia juvenil si no se acredita que el menor ha realizado una conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado penalmente.

Esa ley también obligó a crear fiscales del Ministerio Público especializados y dedicados exclusivamente al ejercicio de la acción en la justicia penal juvenil, así como también debieron crearse cuerpos de defensores públicos para que atendieran a los menores acusados, que se adscribirán a los tribunales especializados en menores de edad.

En consecuencia, al separar muy bien la función jurisdiccional de aquella que corresponde al Ministerio Público también se consolida un proceso marcadamente acusatorio, con jueces dedicados en forma exclusiva a garantizar el respeto de los derechos fundamentales en la justicia de menores.

Podríamos continuar señalando las bondades técnicas de la nueva legislación, porque en verdad las tiene, tanto procesales como sustantivas (véase en tal sentido **TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada**. Ilanud, Unión Europea, editorial Juritexto, San José, 1996); sin embargo, debemos mencionar lamentablemente que una vez que el proyecto había sido discutido y presentado al parlamento,

los diputados optaron por aumentar las penas previstas para los menores, de tal manera que éstas ascienden hasta diez años de prisión para las personas de doce a quince años de edad; y hasta quince años de prisión para los sujetos de quince a dieciocho años de edad, evidenciándose así un carácter esencialmente represivo en comparación con las legislaciones latinoamericanas y europeas.

Esas penas desproporcionadas se decretaron principalmente atendiéndose la opinión de los ciudadanos y de los medios de comunicación, que claman por la adopción de las medidas que hemos denominado tradicionales y conservadoras, en la creencia de que el aumento y el endurecimiento de las penas tiene un efecto disuasivo muy eficaz para frenar la ola de criminalidad juvenil, sobre todo los asaltos callejeros y la creación de bandas o pandillas juveniles organizadas para cometer delitos.

Desde luego que tanto los sectores técnicos y en especial la Corte Suprema de Justicia, se habían pronunciado porque las penas previstas en la legislación para los menores de edad no sobrepasaran en ningún caso los diez años de prisión. La recomendación y las consultas no fueron atendidas.

De nuevo un ejemplo más de una respuesta técnica acompañada de criterios tradicionales y conservadores, lo que lamentablemente no constituye un adecuado mecanismo para resolver el problema de la criminalidad juvenil.



HOMBRE Y MUJER: *Manuel de la Cruz González.*

COMENTARIO DEL LIBRO

Hans Joachim SCHNEIDER, Kriminologie der Gewalt, S. Hirzel Verlag Stuttgart-Leipzig, 1994, 240 páginas.

Eugenio Raúl Zaffaroni.

El Prof. Schneider, catedrático en la Universidad de Mûnster e infatigable trabajador en el campo criminológico, presenta en este libro -con el título de **Criminología de la violencia**- un panorama sintético pero altamente instructivo y bien estructurado de la violencia criminal, con considerable información fáctica y bibliográfica.

La obra se divide en tres partes: 1) problemas generales; 2) problemas particulares; 3) prevención y control.

Como marco general proporciona el siguiente concepto de violencia: "violencia es el efecto físico intencional sobre el ser humano, considerado socialmente ilegal, que consiste en un daño físico, psíquico o social; violencia también es la destrucción de una cosa" (pág. 14).

Dentro de este marco conceptual, que puede ser considerado estrecho, pero cuyo acotamiento luego explicará, observa agudamente que la violencia cotidiana, esto es, en la familia, en el trabajo y en círculos de amigos y conocidos, es la más extendida y la más peligrosa. La cifra negra tiende a reducirse en razón directa a la magnitud de la violencia y a la distancia social entre víctima y victimario, por lo cual la cifra oficial registrada se acerca mucho más a la realidad en hechos muy graves y entre desconocidos y viceversa, lo que permite que la violencia cotidiana permanezca oculta.

Clasifica diez teorías que pretenden explicar la violencia: la freudiana, la etológica, la de la agresividad psicopática, la frustración-agresión, las socio-estructurales, las subculturales, la del aprendizaje, la de la socialización, la de la neutralización y la interaccionista simbólica (pág. 17).

En cuanto al desarrollo histórico afirma Schneider que la sensibilización respecto de la violencia es un proceso que debe repetir cada generación, que nuevamente debe aprender a resolver pacíficamente sus conflictos. En cuanto a la evolución de la violencia desde la segunda guerra mundial, afirma que se observó cierto crecimiento en los países centrales, pero menos marcado de lo que los medios masivos parecen indicar. Este relativo aumento lo observa más agudo en los primeros años de la posguerra, lo que atribuye a tres factores: al mal ejemplo que los Estados dieron con la guerra; a la modernización de la sociedad, provocadora de frustraciones y carencias; y al crecimiento del porcentaje poblacional de gente joven como resultado de la expansión económica de posguerra (pág. 28).

Una importantísima reflexión de Schneider es que el proceso civilizatorio no está necesariamente unido a una creciente conciencia sensibilizadora frente a la violencia, aunque la aparición de grupos y organizaciones de víctimas y otros factores hayan reforzado considerablemente la misma. "Pese a esta creciente conciencia del problema, siempre permanece viva en la población la creencia en la violencia como medio de solución de conflictos, especialmente en la eficacia de la represión estatal. La República Federal (Alemana) es uno de los países de Europa más amigos de la represión" (pág. 29).

En nota observa el autor que el miedo al delito no tiene nada que ver con el cuidado racional frente a la criminalidad, puesto que se inserta como fenómeno afectivo-emocional entre los miedos nacionales a la guerra, a la desocupación, a la inflación o a la destrucción del ambiente. Sintetiza los modelos que han pretendido explicar este miedo abstracto a la criminalidad en tres estructuras teóricas: la de victimización (fundada en la experiencia directa o indirecta, que descarta por la insuficiencia para explicar la diferente vivencia de la víctima y de un tercero); la de la calidad de vida (desorganización y quiebra social, clima social de intranquilidad amenazante); la del pánico

moral (generado por políticos, medios, justicia, etc., y orientado contra ciertos grupos marginales).

En cuanto a la criminalidad violenta de extranjeros en Alemania, recuerda que la estadística oficial señala para 1992 que del total de hechos violentos del año el 39,9% ha sido cometido presumiblemente por extranjeros, en tanto que éstos representan sólo el 7,6% de la población. No obstante, observa que esta sobrerepresentación tiene algunas explicaciones que deben tenerse en cuenta a efectos correctivos: a) una gran parte de los sospechosos extranjeros son transeúntes, no registrados en el 7,6% de la estadística oficial; b) a diferencia del resto de la población, entre los extranjeros predominan los hombres jóvenes, que son los más vulnerables a esta clase de hechos en cualquier población; c) el sistema penal (filtro penal) detecta mucho más fácilmente a los extranjeros que a los nacionales. En cuanto a teorías explicativas de la criminalidad violenta de extranjeros, las agrupa en socio-estructurales de la postergación de oportunidades, en las del "labeling" y en las del conflicto cultural.

En cuanto a la victimización de extranjeros por hechos de violencia criminal, Schneider menciona las siguientes teorías: la que considera que los autores son producto de un defecto de socialización (hogares destrozados, incapacidad de verbalización, etc.); la teoría de la privación relativa en el plano socioeconómico, al que le correspondería una frustración psíquica; la del concepto de crimen de odio, que sería una exacerbación del etnocentrismo en forma de prejuicio del que la víctima sería un objeto simbólico; la que sostiene que es el producto de una crisis de identidad producida por el proceso de unidad europea, que quiebra la anterior identidad sin haber llegado aún a construir una nueva; y la que simplemente atribuye el hecho a la discriminación y cosificación de los extranjeros (teoría de la marginación social de los extranjeros).

En cuanto a los factores biológicos de la criminalidad violenta en general, tan divulgados por los medios masivos por medio de las opiniones de algunos académicos que resucitan viejísimas concepciones lombrosianas por vía de la genética, Schneider coloca las cosas en su respectivo lugar: "Se afirma en general una predisposición genética a la conducta agresiva, pero no se ha probado. Los daños cerebrales y los factores hormonales tienen -si acaso en general- sólo una débil influencia indirecta como causa de la violencia" (pág. 47). En cuanto al peso de los tóxicos, destaca la preponderante significación del alcohol (pág. 47).

En definitiva, Schneider pone el acento en la importancia de un general clima social de violencia y en nota menciona el curioso experimento de un automóvil viejo dejado en el Bronx y otro en Palo Alto, siendo el primero destruido e incendiado en pocos minutos, en tanto que el segundo permaneció intacto varios días. No menos importante es el párrafo que dedica a la interacción entre la violencia legítima y la ilegítima y su mención de la teoría de la "brutalización", que explica el crecimiento de la violencia en sociedades con alta violencia represiva y el aumento de los homicidios en la posguerra europea (pág. 51).

No sería posible detenernos aquí en todos los problemas especiales de la violencia que Schneider considera en la segunda parte de su libro (págs. 57 a 200), donde se ocupa de temas tan cercanos como la violencia en los medios, los homicidios, la violación, la violencia institucional, familiar, deportiva, juvenil, tumultuaria, terrorista y el suicidio. La simple mención de esta amplia temática y la extraordinaria capacidad de síntesis del autor nos pone en la pista de la importancia de la obra.

La tercera y última parte de la misma (págs. 203 a 225) está dedicada a la evitación y al control de la violencia. Como recomendaciones para todos los niveles sociales, Schneider propone partir del concepto orientador reducido que proporcionó al comienzo (identificación de violencia con fuerza física) y eliminar cualquier ampliación o espiritualización, porque produciría vaguedad y conduciría a su extensión. Creemos que esto obedece a la frecuente asimilación de la violencia física con otras formas de violencia social (marginación, diferentes injusticias sociales, etc.), que llevan a la justificación de la violencia física.

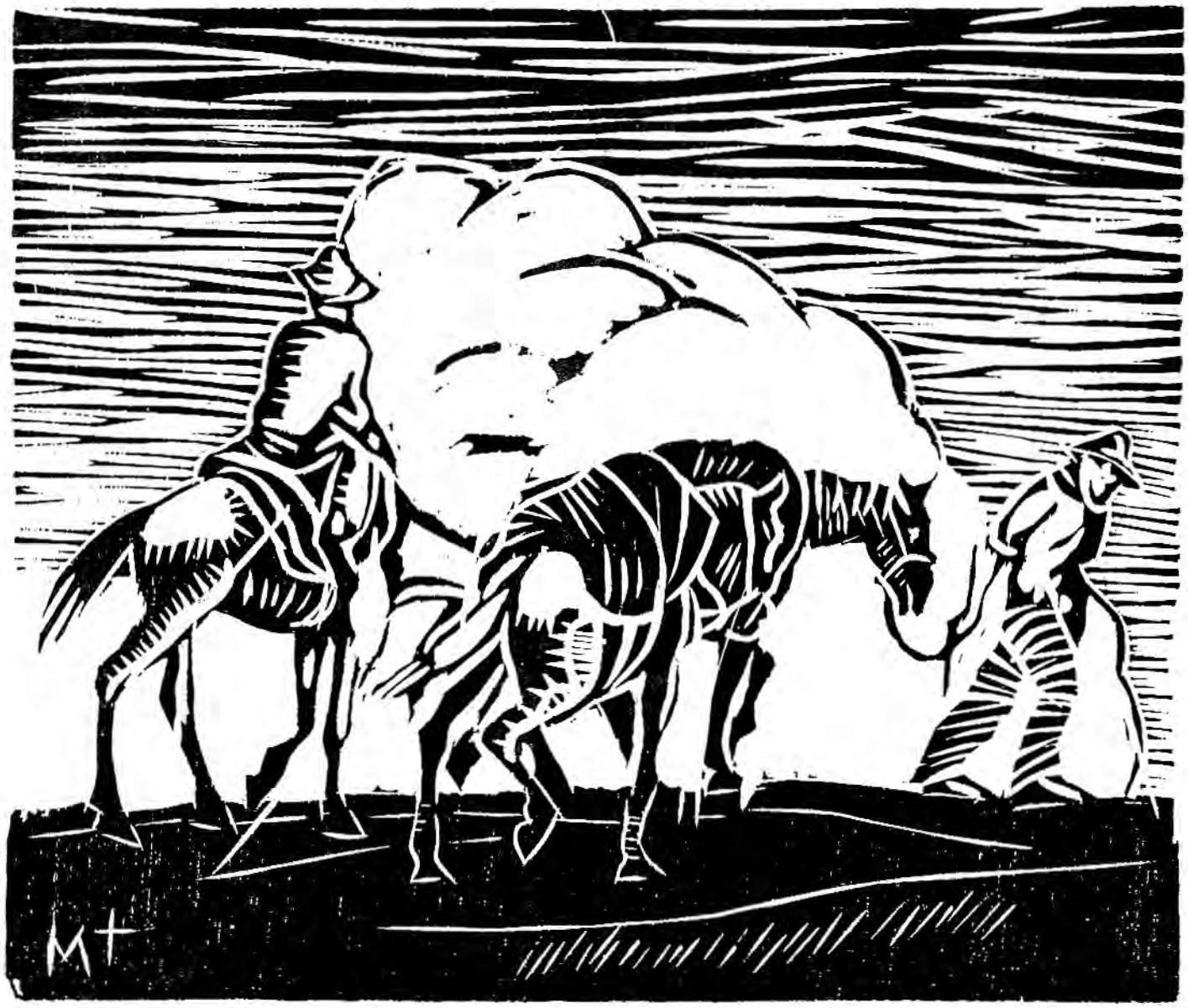
Sobre este concepto limitado, el autor recomienda integridad en cuanto a orientación de valores pacíficos por parte del Estado y de sus representantes, el reforzamiento de la figura de los políticos y de otras personas que cumplen roles simbólicos, la comunicación permanente de los políticos con los ciudadanos, etc. En síntesis, creemos que estas recomendaciones son sanos criterios republicanos que frecuentemente vemos negar a los políticos oportunistas y clientelistas, que, obviamente, no son sólo latinoamericanos. El monopolio estatal de la violencia, si bien debe tender a reforzarse, no debe ser manejado arbitrariamente, sino sólo conforme al principio de "última ratio", esto es, cuando fracasen los restantes medios no violentos de solución de los conflictos. "Se debe evitar -precisa Schneider- cualquier sobrevaloración del control

violento por medio de la policía, los jueces y la ejecución penal" (pág. 204). La investigación criminológica considera que debe detenerse preferentemente sobre la violencia cotidiana, hasta volverla visible.

No menos interesantes son las recomendaciones de Schneider sobre los medios masivos. Si bien no las podemos transcribir "in extenso", lo cierto es que aconseja la reducción de la proyección de violencia y, sobre todo, de la proyección de la solución violenta de conflictos como preferencial. En la primera parte del trabajo había destacado la sobrevaloración de la solución punitiva (violenta) del conflicto como generadora de un círculo que, por medio de los políticos, influye en la legislación penal en forma negativa.

El último capítulo, de recomendaciones para el ámbito de lo social, contiene indicaciones para la familia, las instituciones, los deportes, la evitación y control de la violencia colectiva y la protección, ayuda y tratamiento a las víctimas.

En general, puede considerarse que el presente libro es una suerte de manual indispensable para cualquier programador de política criminal y especialmente para los operadores políticos, que frecuentemente ignoran estas realidades, en homenaje al clientelismo y a la publicidad internacional de la eficacia milagrosa del sistema penal.



CARBONEROS: *Manuel de la Cruz González.*

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Centro Electrónico
de Información Jurisprudencial

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A- DERECHO PENAL

1. ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS - La agravante no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia.

2. AGENTE ENCUBIERTO - Carácter de su intervención - Varias ventas de droga no configuran concurso real.

3. AGENTE ENCUBIERTO - Requisitos para valorar su intervención en venta de drogas.

4. COMISO - Imposibilidad de ordenarlo si el propietario no ha sido llamado al proceso.

5. COMISO - Presupuestos para que pueda practicarse sobre dinero efectivo.

6. CONCURSO IDEAL - Estafa y uso de documento falso.

7. CONCURSOS - Análisis sobre la penalidad en los distintos tipos.

8. DELITO CONTINUADO - Criterios para distinguirlo del concurso material de delitos.

9. ESTAFA - Acuerdo con la policía para detener al imputado impide lesión y puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

10. ESTAFA - Hipotético conocimiento de víctima sobre ilicitud de negocio propuesto no excluye ni justifica responsabilidad penal.

11. EXTORSIÓN - Distinción entre consumación formal y material.

12. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO EQUIPARADO - Modificación del monto en un certificado de prenda que se pretendió hacer valer judicialmente.

13. FAMILIA DE HECHO - La tutela efectiva que existe en la propia Constitución Política permite que quienes así conviven puedan ser acreedores alimentarios legales entre sí.

14. HOMICIDIO CALIFICADO - Necesario conocimiento de la indefensión para configurar agravante de alevosía.

15. HURTO - La cuantía y la penalidad se determinan de conformidad con la fecha en que hayan sucedido los hechos y no debe actualizarse cada año.

16. LEGÍTIMA DEFENSA - Consideraciones sobre sus presupuestos.

17. LEGÍTIMA DEFENSA - Exceso provocado por agresiones continuas anteriores.

18. LESIONES GRAVES - Definición del término "incapacidad" según mes calendario.

19. PECULADO - Para su configuración no resulta imprescindible en todos los casos que el dinero entregado en custodia sea de carácter público.

20. PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Es legítimo el arresto provisional para evitar perturbación de tranquilidad y traslado a la autoridad correspondiente.

21. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD - No concurre en forma independiente con el robo agravado cuando está motivada por el ánimo de la sustracción.

22. RESPONSABILIDAD CIVIL - Alcances cuando se deriva de un accidente de tránsito.

23. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL ESTADO - Inexistencia cuando la actividad dañosa se realiza al margen de las funciones del cargo.

24. ROBO - La agravante del uso de arma implica que el objeto utilizado alcance poder intimidatorio contra la persona ofendida.

25. ROBO Y EXTORSIÓN - Diferencia entre ambas figuras.

26. ROBO Y LESIONES - El robo simple no excluye la posibilidad de configurar un delito adicional de lesiones.

27. TENTATIVA DE ESTAFA - Declaración falsa ante juez civil utilizada como medio para engañar - Inexistencia de concurso ideal con el delito de perjurio.

28. TENTATIVA DE EXTORSIÓN - Necesario nexo causal entre la intimación y la entrega del bien.

29. TENTATIVA DE HOMICIDIO CALIFICADO - Concurso ideal con lesiones graves.

30. TENTATIVA EN DELITOS DE PELIGRO - Posibilidad de que exista en algunos supuestos.

31. USO DE DOCUMENTO FALSO - Alteración de pasaporte estadounidense no excluye responsabilidad ni elimina dolo.

32. USO DE DOCUMENTO FALSO CON OCASIÓN DE ESTAFA - Solicitud de tarjeta de crédito a nombre de otro.

33. USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA - Resultado pluriofensivo que configura un concurso ideal de ilícitos.

34. VIOLACIÓN AGRAVADA - Colaboración necesaria constituye complicidad y no coautoría.

35. VIOLACIÓN DE DOMICILIO - Ingreso a local comercial - Tutela del ámbito de intimidad.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

36. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA - Cónyuge no necesita condición de heredera.

37. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA - Omitir la pretensión concreta en el recurso de casación impide a la Sala pronunciarse en ese aspecto.

38. ALLANAMIENTO - Validez de práctica en varias habitaciones de un hotel pese a una sola orden.

39. DERECHO DE ABSTENCIÓN - Imposibilidad de ser utilizado en perjuicio del encartado.

40. DERECHO DE ABSTENCIÓN Y ARREPENTIMIENTO - La falta de arrepentimiento no puede hacerse derivar del derecho de abstención.

41. EXTENSIÓN DE REQUERIMIENTO POR JUEZ INSTRUCTOR - El principio de indivisibilidad de la acción penal lo faculta para traer a proceso a otra persona, si se infiere su participación después de efectuado el requerimiento.

42. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN - Existencia del vicio por incluirse razonamientos de resolución anterior declarada nula.

43. IN DUBIO PRO REO - Aplicación en caso de decomiso de droga dentro del colchón de la cama utilizada por el imputado.

44. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA - La prueba obtenida por este medio puede válidamente involucrar a otras personas.

45. NULIDAD DE SENTENCIA - Omisión sobre dictamen pericial referido a la droga decomisada al imputado es violatorio de derechos fundamentales.

46. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL - Validez de intervención de juez de instrucción previa declaración de incompetencia.

47. PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO - Vinculación del tribunal de reenvío.

48. RECURSO DE CASACIÓN - El hecho de que el defensor no lo formule no significa necesariamente negligencia en el ejercicio del cargo.

49. RECURSO DE CASACIÓN - Obligaciones del recurrente.

50. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SOBRESEIMIENTO - Necesario cumplimiento previo del trámite de la apelación.

51. RECURSO DE REVISIÓN - Cumplimiento de condiciones mínimas para su interposición.

52. RECURSO DE REVISIÓN - El actor civil carece de facultades para interponerlo.

53. RECURSO DE REVISIÓN - Fallos condenatorios que consideraron una circunstancia agravante desvirtuada luego por una absolutoria en favor de supuesto partícipe.

54. RECURSO DE REVISIÓN - Imposibilidad de plantear nuevos motivos al contestar la audiencia que da trámite al recurso.

55. RECURSO DE REVISIÓN - Inadmisibilidad cuando existan otras vías para obtener la reparación que se reclama.

56. SOBRESEIMIENTO OBLIGATORIO - Requisitos.



TUNAS: *Carlos Salazar Herrera.*

DERECHO PENAL

1. ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS - La agravante no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia.

"Considera esta Sala de casación que efectivamente el a quo cometió un error in iudicando al calificar la conducta del imputado como constitutiva del delito de Corrupción agravada de menores, ya que no se cuenta con elementos de juicio suficientes para adquirir la certeza de que el dolo del acusado fuera el de promover la corrupción de la menor ofendida, siendo que -por el contrario- algunas circunstancias del hecho parecen incompatibles con tal posibilidad, como lo es que aquél procedia a tocarla libidinosamente en sus áreas genitales cuando ella estaba dormida. Ante la duda, debe estarse a lo más favorable para el reo, a saber, interpretando que su dolo se reducía únicamente al de abusar deshonestamente de ella, pues no cabe duda alguna de que el hecho de haberse presentado al cuarto donde dormía la hija de su concubina, para tocarle las nalgas y vulva, revela con absoluta certeza que sabia y queria aprovecharse injusta e indebidamente del cuerpo de la niña -aprovechando su inadvertencia e inexperiencia-, haciéndolo objeto de trato sensual o lascivo, desde un punto de vista objetivo, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de nuestra sociedad, sin que se hayan acreditado especificas circunstancias culturales que excluyeran la vigencia de tal norma de trato, o en general la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad por su conducta, la cual realizó más de una vez en idénticas circunstancias. Decimos que esta es la interpretación más favorable para el imputado porque el dolo de la Corrupción de menores no es incompatible con el de los Abusos deshonestos, sino que si en este caso se estimara que su intención era la de promover la corrupción de la ofendida, cada uno de los tocamientos que hizo sobre su cuerpo podrían calificarse como actos sexuales prematuros (en atención a la edad y grado de discernimiento de aquélla), dando lugar a un concurso ideal heterogéneo entre los delitos de Corrupción de menores y Abusos deshonestos, según la interpretación y aplicación que ha hecho esta Sala de estas figuras penales (al respecto véase la sentencia V-328-F de las 9.45 horas del 28 de junio de 1996). Pero además debe señalarse que los Abusos deshonestos cometidos por el imputado J.M.M. son Agravados, conforme a la relación que resulta de los artículos 161 párrafo 2º y 158 del Código Penal, porque se acusó y acreditó que las agresiones sexuales sucedieron con ocasión de que la madre de la ofendida de hecho hizo vida en común con el imputado y de que estos tres cohabitaban bajo la misma casa, con lo cual -de hecho- el encartado asumió cuando menos la custodia de la menor ofendida. Al respecto cabe señalar que la materialización de la agravante prevista en el artículo 158 del Código Penal puede ser una relación de hecho, de carácter meramente circunstancial, incluso espontánea o pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho (en este sentido véanse, por ejemplo, las resoluciones de esta Sala Nº 544-F de las 10.30 horas del 30 de setiembre de 1993 y V-41-F de las 9.20 horas del 28 de enero de 1994). Finalmente, debe además señalarse que en realidad se trata de un concurso material homogéneo de delitos de Abusos deshonestos, ya que se acreditó que hubo más de una agresión, en el transcurso de quince días, aunque no precisó exactamente cuántas veces, lo cual supone, cuando menos, la certeza de dos delitos en concurso cuya penalidad debió disponer el Tribunal de mérito en aplicación del artículo 76 del Código Penal. Por todo lo expuesto resulta jurídicamente inaceptable absolver al imputado, pero por aplicación del principio de no reforma en perjuicio, la pena de cuatro años de prisión impuesta por el a quo debe mantenerse incólume, siendo imposible disminuirla como lo pretende el recurrente."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 197 de las 9.50 hrs. del 28 de febrero.

2. AGENTE ENCUBIERTO - Carácter de su intervención - Varias ventas de droga no configuran concurso real.

"[...] la Sala Constitucional ha afirmado que "...el delito experimental no puede dar base a un juzgamiento con consecuencias penales independientes, pues como se dijo, es un experimento. Se ha señalado además que si puede ser elemento probatorio para acreditar otro hecho, puntualizando que en todo caso nunca podría ser única prueba. Esta última afirmación merece ser clarificada ... por el principio de libertad probatoria que rige en nuestro medio, dependerá del caso concreto, y de la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, determinar si es suficiente la prueba para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho ... Así, si dentro de un operativo policial realizado con agentes encubiertos, la única prueba existente es precisamente el experimento o lo realizado por el agente encubierto, corresponderá a los jueces penales en el caso concreto determinar si esa prueba es suficiente para acreditar el hecho delictivo que se investigaba, en el entendido de que nunca podría condenarse por el hecho experimental ..." (voto Nº 5573-96, de las 11.06 horas del 18 de octubre de 1996, folio 751 frente, línea 20 en adelante). Según se desprende del extracto transcrito, así como de la jurisprudencia de la Sala Tercera, es claro que la actuación de un agente encubierto -en ciertos casos- no resulta punible en sí misma por cuanto -al estar controlada toda la situación por parte de las autoridades policiales- no corre peligro el bien jurídico tutelado. En estos supuestos la actuación del agente encubierto constituye un elemento probatorio que se puede utilizar para acreditar una conducta delictiva a la cual ya se estaba dedicando la persona involucrada, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Partiendo de estas consideraciones, en el caso que nos ocupa resulta evidente el error de fondo en el que se incurrió, pues los juzgadores dictan sentencia y establecen la respectiva calificación jurídica con fundamento en los suministros de droga a los policías, estimando de manera errónea -en el caso de Z.P., Á.M. y S.P.- que se habían cometido varios delitos en concurso material. En realidad, con toda la acción policial que se desplegó, a partir de la cual se consiguió que los imputados en repetidas ocasiones les hicieran entregas de droga y de dinero producto de su venta, así como el decomiso de cierta cantidad de crack -y también dinero y joyas producto de su venta-, se cumplieron los fines de investigación propuestos, esto es, se logró "... poner al descubierto las operaciones o actividades de tráfico de drogas que se estaban realizando ilegalmente en la zona ..." (folio 444, líneas 6 y 7), es decir, se comprobó que las imputadas traficaban con crack. Así las cosas, según la relación de hechos probados, considerada de manera integral, las imputadas incurrieron por igual en un único delito de tráfico de drogas cuyo destino eran los consumidores, de lo

cual se deduce lo impropio de haber establecido la existencia -en cuanto a una misma persona- de varios delitos en concurso material. El criterio que aquí se externa ha sido reiterado en la jurisprudencia de esta Sala: "... el Tribunal tuvo por acreditado -entre otros aspectos- que la imputada vendió en una ocasión una piedra de "crack" a un informante y en cuatro ocasiones más la misma cantidad a un agente policial encubierto ... las diferentes ventas realizadas por la encartada, más que configurar ilícitos independientes -como de la resolución se interpreta-, tienen una finalidad probatoria: poder demostrar la actividad ilícita que se está realizando; se mantiene así la unidad de acción -no obstante su extensión en el tiempo- y produce una lesión única al bien jurídico tutelado, razón por la que tampoco resulta aplicable en la especie, la figura del concurso material de delitos. Pero siempre se trataría de un solo hecho, aun en aquellos supuestos en que se lograra demostrar diferentes ventas a particulares o sea, sin la intervención de autoridades policiales ..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 190-F-96 de las 8.35 hrs. del tres de mayo de 1996. Lo anterior exige que la Sala recalifique los hechos atribuidos a las imputadas como constitutivos de un único delito."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 301 de las 9.55 hrs. del 4 de abril.

3. AGENTE ENCUBIERTO - Requisitos para valorar su intervención en venta de drogas.

"Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aun cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 398 de las 16.35 hrs. del 29 de abril.

4. COMISO - Imposibilidad de ordenarlo si el propietario no ha sido llamado al proceso.

"Conforme a los artículos 39 y 45 de la Constitución Política, 103, inciso 3) y 110 del Código Penal, 1º, 146, 471 inciso 2) y 535 del Código de Procedimientos Penales, los que se estima han sido quebrantados, se reprocha que la sentencia debe ser anulada al encontrarse viciada de nulidad absoluta por violar el derecho de defensa. En apoyo del reclamo, se razona que el tribunal ordena el comiso de un bien (el vehículo Datsun, placas [...]) propiedad de un tercero, dentro de un proceso en el que no se le permitió a éste el ejercicio previo de su defensa, por lo que estamos "... dentro de un caso de expropiación ilegal..." (folio 261, líneas 5 y 6). El motivo debe declararse con lugar conforme se dirá. Del estudio del expediente se deduce que la propietaria registral del vehículo pick up Datsun, placas [...], no figuró dentro del proceso, a pesar de que en sentencia se ordena el comiso de éste, con lo que se afectó el derecho de defensa. No es posible que se ordene la incautación de un bien cuyo propietario no ha sido llamado ni oído como parte en el proceso -debido a lo cual ha estado en absoluta indefensión- pues ello atentaría contra la garantía recogida en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. En un caso semejante al que nos ocupa, esta Sala indicó lo siguiente: "... la Sala concluye en la existencia de un manifiesto caso de indefensión respecto de la sociedad representada por el recurrente, nulidad incluso declarable de oficio por violentar el debido proceso legal en su aspecto de la debida oportunidad de defensa. Efectivamente, sin bien es cierto en el hecho probado 20) se acredita que la finca inscrita registralmente bajo la matrícula ... es propiedad de ... es también cierto que tal finca fue embargada por el Instructor ... decretándose su comiso en la sentencia recurrida, sin que nunca se diera la oportunidad de defensa al representante de la sociedad en cuestión ... La indefensión fue pues, absoluta y, como se dijo, violatoria del debido proceso legal al vulnerarse los artículos 39 y 41 de la Constitución Política ..." (sentencia Nº 318-F-94, de, las diez horas con veinticinco minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro). Por otra parte, y a efecto de analizar el fundamento de la decisión judicial, el fallo -además de referir que los encartados A.S. y S.T. transportaron la cocaína decomisada en el referido automotor- no establece vínculo alguno entre éstos y S.P.V.V., propietaria de aquél, con el objeto de establecer la relación de ésta con los autores del ilícito, lo que eventualmente justificaría la aplicación de la norma sustantiva del artículo 31 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En consecuencia, lo procedente es anular la sentencia impugnada pero únicamente en cuanto decretó el comiso del vehículo mencionado y, por estimarse que en esta situación concreta concurrió una nulidad absoluta, debe el a quo ordenar su inmediata restitución a quien corresponda."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 821-F de las 11.50 hrs. del 23 de diciembre.

5. COMISO - Presupuestos para que pueda practicarse sobre dinero efectivo.

"En el único motivo del recurso por el fondo el defensor público alega la inobservancia del artículo 31 de la Ley Nº 7233 "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas" por cuanto el comiso decretado por el tribunal de mil quinientos dólares es ilegal y contrario al artículo 40 de la Constitución Política. Se afirma que este dinero es personal y provenía de una operación bancaria no teniendo ninguna relación con el delito. Lleva razón el impugnante, por cuanto en autos no se acreditó que ese dinero proviniera directamente de la actividad delictiva, y más bien el encartado reconoció que lo iba a utilizar para mantenerse en Alemania, que era su destino cuando fue detenido. La Sala considera que solamente se puede decomisar dinero cuando queda plenamente demostrado que es parte de la misma actuación ilícita, ya sea porque fue suministrado antes de la comisión del delito para facilitar su ejecución o con posterioridad a éste como resultado del mismo. Es cierto que el artículo citado en relación con el 110 del Código Penal establece que serán objeto de comiso los objetos, instrumentos, los equipos, vehículos, bienes muebles o inmuebles que sirvieron de medio para la ejecución del delito, sin mencionarse explícitamente dinero o valores. Sin embargo, no cabe la menor duda que el dinero en un sentido amplio es una especie de los bienes muebles, quedando en consecuencia comprendido dentro de las cosas susceptibles de comiso, siempre que se demuestre sin duda alguna que éste forma parte de la organización o de la actividad delictiva y que su propósito es servir como un medio para alcanzar el fin ilícito; o bien, cuando éste proviene directamente del delito. Por ello, se estima que el a quo aplicó erróneamente dicho artículo, razón por la cual debe acogerse el recurso. En consecuencia, se anula la sentencia parcialmente en cuanto a este extremo se refiere y se ordena la devolución al imputado de la indicada suma."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 757-F de las 9.30 hrs. del 6 de diciembre.

6. CONCURSO IDEAL - Estafa y uso de documento falso.

"En el primer alegato reclaman ambos recurrentes, aplicación indebida de los artículos 363 en relación con el 21 y 75 del Código Penal, ya que dicen que el delito de Uso de Documento Falso -conforme a los hechos acreditados- resulta subsumido por el tipo penal de Estafa, por lo que resulta errónea la adecuación hecha por el a quo, en dos tipos diferentes en concurso ideal. El motivo no procede. Esta Sala ha estimado antes, que: "...para determinar la unidad de acción ha de estarse a: a) la existencia de la vinculación fenoménica (temporal y espacial) que describe la norma; y, b) la existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo." (Sala Tercera, V-101-F de las 9.00 horas del 3 de marzo de 1995). En este caso, conforme a los hechos acreditados se aprecia que la Estafa y el Uso de Documento Falso surgieron a la vida jurídica como producto de una acción única, pues el documento apócrifo fue el medio utilizado a través del cual se indujo a error a los personeros de la empresa Líneas Aéreas Costarricenses S.A., logrando traspasar así dos mil acciones con la finalidad de defraudar a la S.A.G. y por consiguiente, al ofendido O.G.A., por lo que la finalidad buscada, siempre fue la misma. Así las cosas, en la especie aunque se trata de una sola acción, por su medio se incurrió en conductas distintas de Estafa y Uso de Documento Falso, cometidas en concurso ideal es decir, mediante acción única, ilícitos que ni se subsume alguno dentro del otro, ni tampoco se excluyen uno y el otro entre sí. Al respecto debe observarse, que los delitos citados han sido ubicados en títulos o apartes distintos del Código Punitivo y protegen bienes jurídicos de diversa índole, a saber, el derecho a la propiedad sobre los bienes de cada persona y la fe pública de los documentos en la sociedad. En consecuencia, no estando presente un concurso aparente de normas, corresponde declarar sin lugar el motivo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 800-F de las 10.00 hrs. del 23 de diciembre.

7. CONCURSOS - Análisis sobre la penalidad en los distintos tipos.

"III.- A efecto de revisar la fijación de la pena resulta oportuno hacer las siguientes consideraciones: A) Sobre la penalidad del concurso ideal. Según el artículo 75, para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla. Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí (artículo 21), como sucede en este caso, en cada una de las oportunidades en que el imputado usó un documento falso para estafar. El delito más grave es el de Uso de Falso Documento, para el que se dispone una pena de uno a seis años de prisión (artículo 363). De ahí que para los hechos enumerados del 1) al 5) en el considerando anterior, los concursos ideales deben sancionarse cada uno con una pena de uno a seis años de prisión, por lo menos, ya que la ley faculta al juez para aumentarla. B) Sobre la penalidad del delito continuado. El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación con los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui géneris a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una "universalidad natural" (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morsa a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la "universalidad del taller"; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación... en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal

resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (ibidem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2.ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidarista, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia -mucho menos el contenido concreto- de una misma finalidad perseguida por el imputado, condición necesaria para esta figura. Nótese que los dos delitos continuados se fundaron simplemente en "que se afectaron bienes de la misma naturaleza en una unidad de acción por parte del mismo acusado" (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco Estafas consumadas o tentadas, siendo que el delito continuado supone necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar. C) Sobre la penalidad del concurso real o material. Señala el artículo 22 del Código Penal que «Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos». Para este concurso, que puede ser homogéneo o heterogéneo, «...se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo» (artículo 76). Como se dijo anteriormente, en el presente caso se acreditó la existencia de cinco Estafas consumadas o tentadas, cada una de ellas en concurso ideal con el delito de Uso de Documento Falso, de lo cual se concluye -una vez excluida la aplicación de la penalidad del delito continuado- que hay un concurso material entre los cinco concursos ideales indicados. También se señaló que para cada uno de los cinco concursos ideales la pena aplicable sería, por lo menos, de uno a seis años de prisión. Tomando en cuenta que el imputado es una persona joven, de escasos recursos económicos, de baja escolaridad, que carece de juzgamientos anteriores y que algunos de los hechos que se le atribuyen quedaron en estado de tentativa, esta Sala considera que a los hechos enumerados en el Considerando II de esta resolución como 2), 3) y 4) debe aplicarse el extremo menor de la pena imponible, es decir, un año de prisión. Al hecho enumerado como 1) corresponde aplicar dos años de prisión, porque en ese caso el imputado, haciendo uso de un documento falso, indujo en error a la agencia bancaria para apoderarse efectivamente de una suma considerable de dinero propiedad de la asociación referida. También debe imponerse dos años de prisión en el hecho 5) pues, a pesar de que la Estafa no se consumó, durante su ejecución sí se consumaron tres delitos de Uso de Documento Falso, de los cuales cabe destácar el uso de una falsa cédula de identidad. En estos dos últimos casos (1 y 5), para fundamentar la imposición de una pena por encima del extremo menor, debe agregarse la consideración que se ha hecho del injusto desprecio evidenciado por las conductas del imputado hacia los bienes jurídicos tutelados en cada caso, particularmente el modo en que indujo a error sobre su identidad, haciendo uso de una cédula falsa o aprovechándose de la circunstancia que se comenta en el Considerando IV de esta resolución. La suma de estas penas da como resultado siete años de prisión, pero en función de las reglas del concurso material, la pena total que deberá descontar el encartado es de SEIS AÑOS DE PRISIÓN (ya que no puede exceder el triple de la mayor), lo cual se declara en esta sentencia, casando el fallo impugnado para resolver el caso de conformidad con la ley sustantiva aplicable, en los términos que se han indicado."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 769-F de las 10.30 hrs. del 6 de diciembre.

8. DELITO CONTINUADO - Criterios para distinguirlo del concurso material de delitos.

"Finalmente, respecto a todos los delitos imputados, se acusa la inobservancia de los artículos 76, 77 y 216 del Código Penal, porque no se dispuso la penalidad de su conducta conforme a las reglas del delito continuado, sino acorde con las reglas del concurso material, reprochando las razones que expuso el Tribunal de mérito para ello, a saber: porque se afectó a diferentes ofendidos y porque los hechos se realizaron sin continuidad en el tiempo, sino a lo largo de dieciocho meses. Agrega el recurrente que todos los delitos obedecieron a una misma finalidad, tanto así que el propio a quo aseveró que ellos se vinculan por el "modus vivendi" del acusado. Por estas razones solicita que la pena le sea reducida a dieciséis años de prisión. Estiman los suscritos que el reclamo no es atendible, por las siguientes razones. El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación con los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui géneris a las reglas del concurso material. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de

homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una "universalidad natural" (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morsa a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la "universalidad del taller"; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2.ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283. En este sentido véase la resolución de esta Sala V-796-F de las 10.30 horas del 6 de diciembre de 1996). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado, pues los delitos atribuidos al encartado exceden esa hipótesis, porque se evidenció que sus conductas obedecen a una habitualidad delictiva, a un modus vivendi -como lo aseveró el a quo-, cuyo único denominador común es el afán del encartado por enriquecerse ilegítimamente mediante la estafa indiscriminada de personas. El hecho de que los delitos en concurso siguieran un patrón o modo común (modus operandi) en cuanto a la simulación de hechos falsos mediante los cuales se quiso inducir a error a las víctimas para obtener un beneficio patrimonial antijurídico, no implica por sí solo que se esté en presencia de un delito continuado. De los criterios enunciados por el Tribunal de mérito para descartar la existencia de un delito continuado, cabe destacar el que alude a la pluralidad de ofendidos, a efecto de aclarar que un delito continuado eventualmente podría afectar a uno o varios sujetos, siempre y cuando los delitos en concurso sean la ejecución de un plan preconcebido, condición que no se presenta en la especie."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 787-F de las 9.50 hrs. del 13 de diciembre.

9. ESTAFA - Acuerdo con la policía para detener al imputado impide lesión y puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

"En relación con el caso del ofendido J.C.R.Ch., se acusa la errónea aplicación del artículo 216 del Código Penal, porque nunca existió posibilidad de inducción a error ni perjuicio patrimonial, ya que el ofendido supo desde un principio que lo pretendían estafar, lo cual incluso excluye la tentativa de este delito. El reclamo es de recibo, pues si desde un principio el señor R.Ch. se dio cuenta de que el imputado trataba de estafarle del mismo modo que lo habían hecho con un amigo suyo, razón por la cual contactó a la policía, con quien participó en un operativo en que se detuvo al imputado cuando recibió del ofendido el dinero convenido, debe convenirse con el recurrente en que la conducta es atípica, porque no se lesionó ni puso en peligro el bien jurídico tutelado, ya que mediante la simulación de hechos falsos realizada por el encartado resultaba imposible inducir a error al ofendido R.Ch., en vista del conocimiento que este tenía del ardid, lo cual implica que deba estimarse la conducta como atípica, tal como lo ha señalado la mayoría de esta Sala en casos análogos (en este sentido véase la resolución V-559-F de las 9.35 horas del 15 de octubre de 1993), solución en la que incluso coincide la representación del Ministerio Público (cfr. su memorial a folio 1284)."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 787-F de las 9.50 hrs. del 13 de diciembre.

10. ESTAFA - Hipotético conocimiento de víctima sobre ilicitud de negocio propuesto no excluye ni justifica responsabilidad penal.

"En este capítulo del recurso por vicios in iudicando, respecto al caso del ofendido N.A.S., se acusa la errónea aplicación del artículo 216 del Código Penal, ya que el ofendido sabía que los actos que se realizaban eran presuntamente ilícitos (que se trataba de un "chorizo"), por lo cual no podría alegarse la existencia de un engaño en su perjuicio. Este reproche debe declararse sin lugar, pues tratándose del delito de Estafa previsto en el artículo 216 del Código Penal, el hipotético conocimiento que pudiera tener la víctima sobre la ilicitud del negocio que le propone el autor, no excluye, justifica ni atenúa la responsabilidad penal para el último, en tanto permanezca incólume el error al que se induce o en el que se mantiene al sujeto pasivo, por los medios descritos por la ley, para obtener el autor un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesionando el patrimonio ajeno."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 787-F de las 9.50 hrs. del 13 de diciembre.

11. EXTORSIÓN - Distinción entre consumación formal y material.

"El imputado V.A. reclama, como vicio in iudicando, que los jueces de instancia aplicaron erróneamente el tipo previsto por el numeral 214 del Código Penal a una conducta atípica, pues de los hechos probados se extrae que él "... solamente intervino como mediador entre el ofendido y las personas que hurtaron su vehículo ... la afirmación de que para recuperarlo debe pagar la suma de doscientos mil colones, de lo contrario sería desmantelado, necesariamente lo está haciendo en virtud de que eso fue lo que le dijeron las personas que tenían dicho vehículo en su poder ... la amenaza no se podría hacer en nombre de otra persona, por cuanto no habría adecuación típica ..." (folio 165, líneas 11 a 28). El reclamo no resulta atendible. La conducta descrita en los hechos probados de la sentencia, según la cual el

imputado V.A. transmitió al ofendido la amenaza de que -para poder recuperar su vehículo- debía pagar doscientos mil colones a los sujetos que lo hurtaron, reforzándola posteriormente al indicarle que tenía que apresurarse a conseguir dicha suma pues si así no lo hacía aquél sería desmantelado, claramente se encasilla en la figura del artículo 214 del Código Penal. De los hechos probados del fallo de instancia se deduce que mediante una amenaza grave (en primer término que ese era el único medio para recuperar su vehículo, y luego que debía apresurarse pues de lo contrario éste sería desmantelado) el ofendido fue obligado a realizar una disposición patrimonial perjudicial para sí, y en virtud de ello el referido V.A. obtuvo un lucro injusto. Según lo expone la doctrina, los delitos de resultado cortado, entre los cuales se clasifica la extorsión, se caracterizan porque se puede distinguir fácilmente la "consumación formal", que se produce cuando el sujeto pasivo ha realizado la disposición patrimonial, de la "consumación material", que se produce en el momento en el cual el agente activo obtiene el beneficio patrimonial (en ese sentido véase el voto de esta Sala, Nº V-556-F-96, de las 8.55 hrs. del 27 de setiembre de 1996). Es claro que con su conducta el imputado V.A. cumplió todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito, ello al intervenir decisivamente en la lesión del bien jurídico tutelado, consumándose así la extorsión. Según lo expuesto, no lleva razón la defensa al afirmar que los hechos probados describen una conducta atípica, de modo que la aplicación del artículo 214 citado es correcta, lo cual justifica rechazar el reclamo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 88 de las 10.15 hrs. del 7 de febrero.

12. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO EQUIPARADO - Modificación del monto en un certificado de prenda que se pretendió hacer valer judicialmente.

"El representante del actor civil, Lic. B.Q., señala que el instructor, lo mismo que el voto de mayoría del Tribunal de Apelaciones, inobservaron las reglas relativas a la prescripción, pues en la especie, en que se acusa que el encartado modificó el monto real de un certificado de prenda y pretendió hacerlo valer judicialmente, la calificación plausible es de una falsificación de documento en concurso ideal con el delito de estafa, cuyo extremo mayor de la pena es de diez años, y no únicamente de falsedad ideológica, como se ha venido calificando, y que sirvió de base para que los citados órganos dispusieran la prescripción de la acción persecutoria. El recurso debe ser declarado con lugar. Como certeramente lo señaló el voto de minoría del juez A.S. (folio 102), de ser ciertos los hechos endilgados, se podría estar en presencia de un delito de falsificación de documento equiparado (artículo 361 del Código Penal) en concurso ideal con una tentativa de estafa (artículo 216). Falsificación de documento equiparado en tanto se puede haber tratado de la alteración del documento, y no de la inserción de declaraciones falsas (declaraciones que, en un documento del género aludido, corren a cargo del deudor), que sería propia de la falsedad ideológica. Luego, el perjuicio que como elemento objetivo del tipo contemplan las descripciones de los delitos de falsedad, se refiere únicamente al daño que por sí misma puede causar la acción al lesionar la fe pública, mas no a la lesión adicional que, por ejemplo, puede acarrear al patrimonio de otra persona, como sería en el presente asunto. En este, el engaño eventualmente causado al juez civil habría podido redundar en el daño al patrimonio del presunto ofendido, configurándose así una estafa procesal o triangular, en que se engaña a un tercero que no es la víctima o titular del patrimonio. Sin embargo, a diferencia del recurrente, no estima la Sala que pudo haberse consumado el mismo, pues si bien pudo haber mediado el engaño o ardid, lo cual nos colocaría en el momento ejecutivo de la acción, por la reacción tempestiva del ofendido, pudo no haber existido perjuicio patrimonial efectivo, lo que dejaría la acción en grado de tentativa. Así las cosas, debe concluirse que, de ser constatados los hechos achacados, estos podría ser constitutivos de un concurso ideal entre falsificación de documento equiparado y tentativa de estafa, por lo que el extremo máximo de la pena ordinaria (sin tomar en cuenta el tanto adicional por el concurso), y en consecuencia de prescripción, sería de diez años de prisión, y no de seis, lo cual implica que la acción no está prescrita."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 391 de las 16.00 hrs. del 29 de abril.

13. FAMILIA DE HECHO - La tutela efectiva que existe en la propia Constitución Política permite que quienes así conviven puedan ser acreedores alimentarios legales entre sí.

"En este capítulo del recurso se acusa, como vicio in iudicando, la inobservancia de los artículos 128 del Código Penal de 1941, 156, 229, 230 y 232 del Código de Familia, al acogerse en sentencia la acción civil resarcitoria en favor de la actora civil L.R.D., porque para la fecha del hecho (a saber, 9 de setiembre de 1994) no se había aprobado legalmente el derecho a pedir pensión alimenticia a los convivientes de hecho -como lo eran ella y el ofendido-, pues tal derecho se estableció posteriormente, mediante Ley Nº 7532 del 8 de agosto de 1995, de manera que no se le podía considerar a ella "acreedora alimentaria legal" del ofendido a la fecha en que los hechos acontecieron. Considera esta Sala que el reclamo no es de recibo. Si el artículo 128 del Código Penal de 1941 prevé una indemnización para los "acreedores alimentarios legales" que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar en la fecha de la comisión del hecho punible, entre tales acreedores pueden considerarse incluidos los convivientes de hecho. Esto así, por cuanto la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado, clara y reiteradamente -con carácter vinculante erga omnes-, que conforme a nuestra Constitución Política, la unión de hecho es fuente moral y legal de familia: «...para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia...; ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia... La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria... En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección...» (el subrayado es suplido, Sala Constitucional, Nº 1151-94 de las 15.30 horas del 1.º de marzo de 1994. En igual sentido véanse sus resoluciones Nº 1152-94 de las 15.33 horas, Nº 1153 de las 15.36 horas y Nº 1155-94 de las 15.42 horas, todas del 1.º de marzo de 1994). De ahí que no pueda estimarse que el precitado artículo 128, proveniente de una legislación anterior a nuestra Constitución Política de 1949, actualmente (o para la fecha en que ocurrió el hecho punible aquí investigado) excluya a quienes son acreedores alimentarios conforme a una unión familiar de hecho, pues la ley no puede coartar las garantías constitucionales previstas en favor de la familia. La efectiva tutela jurídica de la familia de hecho no depende esencialmente de la Ley Nº 7532 de 1995, que solamente vino a reglamentar en el Código de Familia algunos aspectos propios de la unión de hecho, como por ejemplo señalar cuáles son los efectos patrimoniales del vínculo, cómo se la reconoce judicialmente,

cuáles son los efectos de su disolución, la presunción de paternidad, etc., puesto que en realidad, a partir de la vigencia de nuestra Constitución Política, debe entenderse que el artículo 128 del Código Penal de 1941 protege también a la familia de hecho y que quienes así conviven pueden ser acreedores alimentarios legales entre sí. Esta conclusión la corroboran los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por Ley Nº 4534 del 23 de febrero de 1970), según el cual "La familia es el elemento fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley Nº 4229 del 11 de diciembre de 1968), cuando dice que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; del mismo modo que los artículos 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948) y 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (9.ª Conferencia Internacional Americana del 5 de mayo de 1948) confirman el derecho de toda persona a constituir una familia y de recibir protección para ella. Por eso, una interpretación del artículo 128 como la que sugiere la recurrente violenta la inteligencia de todas estas normas fundamentales, cuya vigencia no solo es anterior a la fecha de comisión del hecho punible, sino además jurídicamente superior a lo que dispone la simple legislación civil, como lo es ese artículo 128 del Código Penal de 1941, que no es otra cosa que una regla sobre responsabilidad civil. A mayor abundamiento, debe señalarse que, respecto a las fuentes del Derecho, el propio Código Civil señala que "Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley..." (artículo 1.º), así como, respecto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, dispone que "La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley...", en tanto que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los administradores de justicia interpretar o aplicar la ley de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 35 de las 9.15 hrs. del 24 de enero.

14. HOMICIDIO CALIFICADO - Necesario conocimiento de la indefensión para configurar agravante de alevosía.

"Del estudio del fallo recurrido, se desprende claramente que los hechos que condujeron a la apertura de este proceso, -en síntesis- refieren que el 16 de julio de 1996 el ofendido S.Mc.L. interceptó al sentenciado W.R. cuando caminaba por el centro de Cahuita, Provincia de Limón, para reclamarle por unas amenazas que unos momentos antes había proferido este último, hacia un familiar del primero: "Que el imputado, al tener al ofendido cerca de sí, procedió a sacar una pistola calibre 3.80 lorcing (sic) que portaba, ante lo que el ofendido sujetó al imputado de las dos manos, produciéndose un forcejeo entre ellos y llegando en ese momento dos guardias civiles, uno de los cuales, de nombre W.R.A., sostuvo al ofendido por detrás, lo que aprovechó el imputado para disparar el arma en cuestión contra la humanidad del ofendido, penetrándole un proyectil en su abdomen, y traspasándolo, para alojarse en la mano derecha del guardia que lo sujetaba" (confrontar folio 113 frente). La lesión causada a H., puso en peligro su vida y le fue prescrita una incapacidad de dos meses y medio para realizar sus labores habituales, además de un 10% de pérdida de la capacidad general orgánica, mientras que la causada a R.A., le produjo una pérdida del 2% de esa capacidad, incapacitándole por tres meses para sus labores habituales. Ya ha dicho esta Sala que: "...no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias...no se puede calificar el homicidio por la sola circunstancia objetiva de que la víctima está en situación de indefensión, circunstancia que puede ser ajena por completo y aun contraria a la voluntad del autor e invencible, sino que además se requiere el haber buscado dolosamente esa situación o haberse aprovechado de ella en determinado momento, para evitar totalmente o minimizar a un grado inocuo la defensa de la víctima que es capaz y está en condiciones de oponerla o la defensa de un tercero que puede o debe hacerlo..." (Sala Tercera, resolución Nº 127-F de las 9.15 horas del 10 de marzo de 1.995). Al respecto debe apuntarse, que los hechos no sólo permiten interpretar que el justiciable aprovechó la ventaja que le proporcionó la acción ejecutada por el guardia civil a su oponente S.Mc.L., para actuar sin peligro para su persona y sin que pudiera evitarlo el ofendido, pues véase que W.R. desde el primer momento sacó el arma que portaba para luego del forcejeo inicial con H., proceder a dispararla contra el perjudicado aprovechando que lo sujetaba R.A. y en consecuencia, estando S.Mc.L. inhabilitado para defenderse. Así las cosas, queda claro que al efectuar W.R. el disparo, S.Mc.L. se encontraba indefenso como resultado de la intervención de R.A., por lo que el justiciable aprovechó el estado de desventaja en que se encontraba la víctima, para sin defensa posible por parte de este último o de un tercero, ejecutar la acción originaria de la causa. En razón de lo expuesto, se declara sin lugar el reparo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 358 de las 12.10 hrs. del 18 de abril.

15. HURTO - La cuantía y la penalidad se determinan de conformidad con la fecha en que hayan sucedido los hechos y no debe actualizarse cada año.

"En el único motivo, alega el impugnante violación del artículo 2 de la Ley Nº 7337 del 14 de mayo de 1993, mediante la que se reformó el artículo 209 del Código Penal y errónea aplicación de este artículo y del 12, ambos del Código ibidem, pues alega que conforme al contenido del fallo, el justiciable cometió el delito de hurto agravado de mayor cuantía y el tribunal lo condenó -por ese mismo ilícito- pero en menor importe, al no considerar para la configuración del tipo, el monto sustraído en relación con el salario base vigente durante todo el año 1995, época en la que se cometió el suceso atribuido al acusado, por lo que solicita se verifique la corrección solicitada y se imponga al convicto un año de prisión. El reclamo es procedente. En la resolución objetada, se estableció -en lo fundamental- que el 9 de setiembre de 1995 el imputado L.V.J.S. -de común acuerdo con los menores G.O.J. y C.R.P.- y aprovechando que todos laboraban en el negocio comercial S.M.S.A., procedieron a sustraer -sin emplear fuerza sobre las cosas- la suma de trescientos diez mil colones (¢310,000.oo) en dinero efectivo, que se encontraba en una de las cajas registradoras de la empresa, dinero que sacó L.V. del negocio una vez finalizada su jornada laboral y que procedieron a repartir entre el trío, una vez se encontraron en los alrededores de un parque público. El Tribunal decidió que conforme a los hechos citados, se configuró el delito de hurto agravado, aunque para fijar la pena imponible, consideró el salario base vigente al momento de juzgarse los hechos o sea, la suma de sesenta y cinco mil ochocientos colones (¢65.800,oo) y sobre esa base estimó que la pena aplicable oscilaba entre tres meses y tres años de prisión. Ahora bien, como apropiadamente lo señala el recurrente y lo han indicado tanto esta Sala como la Sala Constitucional, (confrontar respectivamente votos 416-A-93, de las 10.50 horas del 30

de setiembre de 1993 y 2460-95, de las 16.06 horas del 16 de mayo de 1995), tratándose de asuntos ocurridos con posterioridad a la reforma operada por la Ley 7337 de 5 de mayo de 1993, la cuantía será determinada empleando "el monto equivalente al salario base mensual del 'oficinista 1' que aparece en la relación de puestos de la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, aprobada en el mes de noviembre anterior a la fecha de consumación del delito." Y además que, "Las modificaciones ...que se hicieren en un futuro al salario base del 'Oficinista 1' citado, no se considerarán como variación al tipo penal..." En ese entendido, la cuantía y por ende la penalidad de cada asunto concreto, se determina de conformidad con la fecha en que acaecieron los hechos y no debe actualizarse cada año sucesivo. En este asunto, en virtud de lo expuesto, no resultaba aplicable modificar el salario base mensual del "oficinista 1" fijado a raíz de la aprobación de la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, al finalizar el mes de noviembre de mil novecientos noventa y seis. En consecuencia, habiéndose determinado que lo sustraído ascendió a la suma de trescientos diez mil colones (¢310.000,oo), se está en presencia de un hurto agravado de mayor cuantía, (artículo 209 del Código Penal). El error del a quo (ver folio 113 frente) consistió en partir del salario base aplicable durante el presente año (1996) lo que resulta improcedente, pues no es válido revisar la penalidad y por ende la competencia año tras año, según las variaciones que se vaya introduciendo al salario base del "Oficinista 1". En esa tesitura, considera esta Sala que lleva razón el representante del Ministerio Público cuando estimó que la pena imponible fluctuaba entre 1 y 10 años de prisión, pues de acuerdo con la lista de hechos probados, la sustracción del dinero aconteció en 1995, momento en que el salario base vigente del "Oficinista 1" era de cincuenta y cinco mil ochocientos colones (¢55.800,oo) y en consecuencia, la suma de cinco salarios base asciende a doscientos setenta y nueve mil colones (¢279.000,oo), cantidad inferior a la sustraída por el acriminado. Por lo expuesto, procede declarar con lugar el recurso de casación por el fondo, casar la sentencia en cuanto impuso al justiciable una pena de tres meses de privación de libertad por el delito de hurto agravado y en su lugar, imponerle un año de prisión que descontará conforme lo ordenó el fallo recurrido. La pena se establece en ese monto, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos, la forma en que se ejecutó el delito, las condiciones personales del convicto, así como todos los restantes aspectos considerados en sentencia por el a quo, al amparo de los artículos 71 y 73 del Código Penal. En lo demás, así como en cuanto al beneficio acordado en pro de J.S., se mantiene incólume el fallo recurrido."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 806-F de las 10.30 hrs. del 23 de diciembre.

16. LEGÍTIMA DEFENSA - Consideraciones sobre sus presupuestos.

"Por razones de economía procesal, se entra a conocer del recurso por el fondo, interpuesto por el defensor del imputado. En él se alega que, con fundamento en los hechos que el Tribunal tuvo por demostrados, de parte de su defendido existe una conducta típica, pero no antijurídica, pues "se puede apreciar claramente que él actuó bajo la figura o tipo permisivo de Legítima Defensa o Defensa necesaria como la llama alguna parte de la doctrina; y por lo tanto no cometió delito alguno, toda vez que se (sic) acción se encontraba justificada por el Derecho. Para determinar si efectivamente existe el vicio acusado, debe recurrirse a los hechos probados de la sentencia, los que establecen: "A) Que el día veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, al ser las dieciséis horas, el acusado J.S.R. se encontró en el centro de la localidad de Cañas, con el ofendido R.B., quien trató de quitarle unos anteojos que el acusado llevaba, lo que ocasionó un forcejeo entre ambos, y dentro del mismo el acusado sacó una cuchilla, con la cual le propinó tres heridas en el pecho al ofendido. B) Que el ofendido sufrió heridas punzocortantes que pusieron en peligro su vida y que le produjeron una incapacidad temporal de ocho semanas". Ya en los razonamientos y para oponerse a la Legítima Defensa alegada, el a quo señala, con fundamento en la declaración del imputado, lo siguiente: "De su propio dicho se entiende que los anteojos no estuvieron en riesgo de perderse y aunque así hubiera sido no se justifica la agresión. Por otra parte el acusado nos dice que el ofendido le dio una patada en los testículos, ello puede dar pie para una pelea cuerpo a cuerpo pero nunca para propinar heridas como las que se propinaron. Esa patada no da pie para hablar de legítima defensa como lo hace el defensor, en contradicción con lo que el mismo acusado ha dicho, cuando reconoce que se excedió". En primer término cabe acotar que esas argumentaciones del a quo son omisas y contradictorias, como se puntualiza de seguido. Es omisa la fundamentación cuando se asegura, sin explicación alguna, por qué si los anteojos estaban en riesgo de perderse, no se justifica la "agresión" (tal vez debió decirse la defensa). Se ignora el pensamiento de los juzgadores para concluir de esa forma. Es contradictoria la argumentación, si acepta que la respuesta (defensa) ante la patada en los testículos que sufrió el imputado, es excesiva, pues ese exceso en la defensa, (artículo 29 del Código Penal), implica la existencia de la defensa, sólo que, como ese excedente no es justificado, se puede atenuar la pena (artículo 79 ibídem) del hecho ocasionado en demasía. Es omisa la conclusión del Tribunal en punto a por qué una patada en los testículos, sólo puede dar lugar a una pelea cuerpo a cuerpo. Tampoco se conoce el iter lógico desarrollado por el a quo. Dejando de lado esas equivocaciones (que darían base para un recurso por la forma), considera la Sala, con fundamento en los mismos hechos probados que tuvo el Tribunal, que el recurso debe declararse con lugar, pues se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 del Código Penal. El imputado actuó en defensa de su persona y de derechos propios, pues el ofendido "trató de quitarle unos anteojos que el acusado llevaba, lo que ocasionó un forcejeo entre ambos". Es decir, que el imputado fue agredido ilegítimamente por el perjudicado, inicialmente pretendiendo apoderarse de sus anteojos, conducta que podría ser constitutiva de un hecho delictuoso (por lo que tenía derecho de defenderse de ese ataque ilegítimo a su patrimonio) y luego, cuando seguidamente se produce un forcejeo entre ambos (ataque a su integridad personal). Así se cumple la primera de las condiciones. Respecto al segundo requisito (necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión), el a quo hace ver que en el forcejeo ("dentro del mismo"), el acusado sacó una cuchilla, con la cual le propinó las heridas al ofendido. De ello se deduce que el imputado no tenía otra posibilidad de defensa que la que empleó, ante los dos ataques o agresiones sucesivas que sufrió, lo que también hace que desaparezca el exceso en la defensa. No exige nuestra legislación ni la doctrina, una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión; tampoco igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa; se admite que la defensa pueda efectuarse con los medios que, en el momento y dadas las circunstancias se cuenten. Al respecto téngase presente que esa condición "no puede interpretarse ni como igualdad de armas ni como reacción proporcionada al ataque. No como lo primero, porque, pues el medio utilizado para defenderse, si es el único disponible, es indiferente; tampoco como lo segundo, porque no se puede fundamentar la legítima defensa en la Ley del Talión, de modo que se autorice al agredido para ser lesionado a cometer lesiones, pero no homicidio, y al agredido para ser muerto a cometer homicidio, pero no lesiones" (Sala Tercera, número 176-F de 8.50 horas del 10 de julio de

1987, citada en la número 234-F de 10.10 horas de 28 de abril de 1995). Y ello es lo que ocurre en la especie. También se ha exigido, como requisito básico de esta causal de justificación, que el hecho no pueda evitarse de una manera diferente a la utilizada para repeler la agresión, pero "no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes" (ver de esta misma Sala, sentencias 218-F de 9.00 horas de 18 de agosto de 1990 y 562-F de 9.20 horas de 20 de noviembre de 1992). Ante los ataques sucesivos que sufrió el imputado, su única posibilidad de actuación era defenderse en la forma que lo hizo. Por lo expuesto, debe acogerse el reclamo por el fondo y resolviendo el asunto con arreglo a la ley aplicable (artículo 28 del Código Penal), se absuelve de toda pena y responsabilidad a J.S.R.V., por el delito de Homicidio Simple en Grado de Tentativa, que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de R.B.A."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 741-F de las 9.00 hrs. del 28 de noviembre.

17. LEGÍTIMA DEFENSA - Exceso provocado por agresiones continuas anteriores.

"Como único motivo por vicios in iudicando, la representante del Ministerio Público alega la falta de aplicación del artículo 111, y errónea aplicación de los artículos 28 y 29 párrafo final del Código Penal, "... por cuanto en ellos (los hechos probados) no se describe ni una legítima defensa, ni mucho menos un exceso en la defensa no punible ... de estos hechos se desprende que quien agrede es el imputado y no el ofendido, de ahí que para que opere la eximente en cuanto a la responsabilidad penal del artículo 29 párrafo 2 del Código penal, es requisito sine qua non que se den los presupuestos contemplados en el artículo 28 del mismo cuerpo de leyes ... hace falta un presupuesto fundamental para que la conducta sea excusable, y ello es la agresión ilegítima, la que no se encuentra descrita ..." (folio 148 vuelto, línea 22 en adelante). El reclamo es defectuoso, y por lo mismo, improcedente. Al desarrollar su alegato por vicios in iudicando, quien recurre toma en consideración únicamente la relación fáctica descrita a partir del folio 132 frente, línea 8, y hasta el folio 132 vuelto, línea 10, desconociendo el resto del fallo donde la misma viene a ser ampliada y aclarada por los juzgadores. El reparo por vicios de fondo así planteado resulta inconsistente, pues -tal y como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala- la sentencia es un todo, una unidad conceptual, y como tal en su extensión puede contener otros hechos probados más allá de los especificados bajo ese acápite, sin perder por ello su valor (Votos Nº 346-F, de las 9.00 hrs. del 11 dic. de 1987; Nº 007-F, de las 10.15 hrs. del 4 enero de 1991; Nº 274-F, de las 14.00 hrs. del 14 junio de 1991). Si bien es cierto en el extracto que cita la fiscalía se indica que fue el acusado quien agredió al occiso, sin que se señale la existencia de una agresión ilegítima de parte de éste que motivara la reacción de aquél, es lo cierto que en los considerandos de fondo se explica de manera abundante la concurrencia de las circunstancias que se echan de menos, es decir, la existencia de una agresión ilegítima de parte de J.M.F. en contra de D.R.M.F. (esposa del imputado, quien en ese momento se encontraba en período de gestación), y también en contra de este último, quien no sólo los amenazó con el cuchillo que portaba (el que fue decomisado por las autoridades), sino que acometió con el mismo de forma ilegítima al ser sorprendido sustrayendo un televisor propiedad de aquéllos, conducta inaceptable que venía reiterándose desde hacía varios meses. Por otra parte, y esto aparece claramente explicado a partir de la línea 3 del folio 137 vuelto, de manera acertada el tribunal de mérito consideró que todo el cuadro de agresión física y verbal desplegado por el occiso en contra de su familia, justificó razonablemente el exceso de la defensa en la actuación de G.Ch., quien -luego de propinarle a su agresor un primer machetazo en actitud defensiva- "perdió el control", y a consecuencia de ello lo hirió en diferentes partes del cuerpo. Se trata de un evidente exceso en la defensa inmediata de su propiedad y de la integridad física suya y de su esposa, exceso provocado por las continuas agresiones recibidas del ofendido durante varios meses atrás, al extremo de producir una excitación y una perturbación de la conciencia que las circunstancias hacen excusable, conforme lo señala el artículo 29 párrafo segundo citado. Así las cosas, al no deducirse ningún defecto de fondo que justifique casar la sentencia, se declara sin lugar el motivo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 383 de las 15.20 hrs. del 29 de abril.

18. LESIONES GRAVES - Definición del término "incapacidad" según mes calendario.

"En el primer motivo de su recurso, el defensor O.M. reclama violación del artículo 124 y falta de aplicación del 125, ambos del Código Penal, en los hechos en daño de R.V.B., por los cuales fue sancionado su representado, toda vez que la incapacidad sufrida por el ofendido no excedió de un mes, conforme lo exige el primer numeral, sino de treinta días, y que, a pesar de tratarse del mes de febrero, no puede interpretarse, en perjuicio del imputado, que este sea un mes a los efectos de la ley, pues normalmente tiene sólo veintiocho días. El reproche no es de recibo. El término contemplado por el artículo 124 no puede ser fijado arbitrariamente, indicando que es de treinta o, aun más favorable al acusado, treinta y un días, puesto que esto llevaría a tener que hacer una sumatoria de "un mes" que en realidad no lo sería. Véase por ejemplo el caso que nos ocupa, en el cual de conceptuar un mes como treinta días, según lo estima el defensor, el mes posterior a los hechos, acaecidos el 10 de febrero, se cumpliría el 12 de marzo. En cuanto al punto, bien señala la doctrina que el término no se refiere a treinta días, sino a un mes calendario (ver Rivero y otro, "Análisis de la Tutela de los Valores de la Personalidad", Juricentro, 1989, p. 89). Otro tanto, en lo atinente al giro normal del vocablo, consigna el Diccionario de la Real Academia Española. En consecuencia, el reclamo planteado no es acogible."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 766-F de las 10.15 hrs. del 6 de diciembre.

19. PECULADO - Para su configuración no resulta imprescindible en todos los casos que el dinero entregado en custodia sea de carácter público.

"Reclama acto seguido la gestionante en relación con el considerando XIII del fallo, en cuanto a los hechos ocurridos en perjuicio del Banco de Costa Rica, errónea aplicación del artículo 352 del Código Penal, así como falta de aplicación del 223 ibidem, pues dice que no se demostró que el dinero entregado por la señora O.M.M.G. fuera público y que su entrega al imputado fuera en razón de su cargo, sino que más bien, fue por la confianza que tenía en él y además, siendo bienes que nunca entraron a las arcas del banco, no se configuró el delito de Peculado y más bien apunta que su conducta encuadra en la figura prevista en el artículo 223 del Código Penal. El reparo no resulta atendible. Conforme al contenido del reclamo, la impugnante pretende desconocer parcialmente los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados en el fallo. En efecto, el a quo logró determinar que el imputado A.V.R., aprovechándose de su función -pues laboraba como oficinista en el Banco de Costa Rica, Sucursal cercana a la Corte Suprema de Justicia-, ofrecía a algunos clientes conocidos realizar ciertos trámites de inversión o renovación de títulos sin hacer filas de espera, razón por la que tanto en relación con los hechos ocurridos respecto a la señora M.G., como en el caso de la señora C.P.R., se determinó que no se trató de entrega alguna de dinero

por la simple confianza existente, sino "que el imputado recibió a nombre del Banco de Costa Rica y, en razón de su cargo, bienes y valores de las ofendidas para que les hiciera un trámite dentro de la institución, el cual no se realizó sino que por el contrario, procedió a distraerlos para sí mismo" (confrontar folio 518 vuelto, líneas 16 a 21). Por último, como apropiadamente lo señaló el Tribunal para la configuración del delito de Peculado (artículo 352 del Código Penal), no resulta imprescindible -en todos los eventos-, que el dinero entregado en custodia sea de carácter público, pues sobre ese aspecto en discusión, esta Sala ha estimado ya, que: "Del contenido de la norma se infiere sin duda alguna, que independientemente de la procedencia del dinero, basta que por alguna de las razones señaladas esos bienes sean confiados al funcionario público y éste los sustraiga o distraiga, para que se esté en presencia del ilícito... para configurar el delito basta -como en este caso-, con que los bienes estén bajo la administración, percepción o custodia del funcionario público en razón de su cargo, situación de la que se aprovechó el sujeto activo para distraerlos o sustraerlos, pues aunque los bienes provengan de particulares una vez que ingresan a la esfera de la Administración Pública -independientemente de la razón o circunstancia-, el funcionario a quien le sean encomendados tiene para con ellos los mismos deberes y responsabilidades que con los que pertenecen a la Administración propiamente dicha, razón por la cual el tipo penal no señala expresamente que los bienes deban constituir fondos públicos, como lo pretende el recurrente". (Así, Sala Tercera, V-569-F de las 8.55 horas del 21 de diciembre de 1994). En consecuencia, se declara sin lugar el reclamo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 792-F de las 9.15 hrs. del 23 de diciembre.

20. PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Es legítimo el arresto provisional para evitar perturbación de tranquilidad y traslado a la autoridad correspondiente.

"Como segundo motivo se alega falta de fundamentación, con quebranto de los artículos 106, 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales, porque "no se motiva la totalidad de conclusiones que el a quo enunció como hechos probados". Más adelante se agrega que "por ninguna parte de la sentencia encontramos un fundamento, un razonamiento lógico de por qué para imponer el orden se requería de privar a alguien de su libertad personal". Obviando la confusión de motivos (ausencia de fundamentación con violación a sana crítica), que daría lugar al rechazo del reclamo, aplicando el numeral 477 ibidem, el reproche debe declararse sin lugar, por lo siguiente. En cuanto a la falta de fundamentación, porque no existe ese vicio: el Tribunal razona, con base en las declaraciones coincidentes de J.H. y W.M. y parcialmente el testimonio de R.S.E., que la actuación del primero fue tendente a "imponer orden en la Aduana ubicada en el Aeropuerto Juan Santamaría, que para ello llamó la atención al señor V.G., el cual se molestó y no quiso acatar la solicitud que le hiciera el imputado y cuando éste trató de pedirle su cédula y licencia con el objeto de confeccionarle el parte respectivo, el señor C.R. se molestó y se negó a hacerlo, por lo que fue aprehendido por don J. con el único fin de llevarlo ante alguna autoridad, identificarlo, confeccionar los partes correspondientes y una vez realizado ello, dejarlo en libertad. Nunca su actuación fue motivada por el deseo puro y simple de privar de su libertad a don V.C. tampoco actuó con abuso de autoridad" (folio 169 vuelto). Si la pretensión es alegar que los razonamientos que se extraen de esas probanzas, son ilógicos, tampoco se puede acoger el reproche, puesto que la conclusión a que se arriba, está apegada a esas reglas de la sana crítica y a la normativa constitucional. No debe dejarse de lado que, según los hechos probados, ante la negativa del ofendido de identificarse, el imputado lo aprehendió, trasladándolo inicialmente a la Policía Portuaria, pero como ahí no tenían fórmulas de parte, lo llevó a la Comandancia de Alajuela, oficina en la que V.C. entrega sus documentos personales y una vez confeccionados los partes respectivos, traslada al señor C. a los Tribunales de Justicia, a pedido de la citada Comandancia, porque no tenían vehículo. Según ha determinado la Sala Constitucional, "el artículo 37 Constitucional, faculta la detención de las personas sólo en los casos en que se tengan indicios comprobados de que se ha cometido un hecho delictivo y que en el mismo tuvo participación culpable dicha persona. La detención a la que se sometió a ... resulta contraria a la norma de la Constitución Política, pues al hacer referencia el constituyente a "delito", lo hace en el sentido estricto del término, sea excluyendo las contravenciones. El proceder correcto de las autoridades encargadas del orden público debió ser, llevar de inmediato al detenido ante la autoridad judicial que conoce de las faltas y contravenciones, o identificarla debidamente y ponerla en libertad, citándola para que se presentara ante aquella autoridad". *(sic)* (Resolución 1239-91 de 8.42 horas de 7 de marzo de 1991; en igual sentido N° 1246-91 de 8.56 horas de citado 7 de marzo). En relación con este tema, esta Sala Tercera dispuso: "La normativa constitucional permite la detención de los ciudadanos cuando se cuente con indicios comprobados de que se ha cometido un delito y que la persona tuvo participación en él; esta detención implica el ingreso del sujeto a celdas de las dependencias policiales o administrativas correspondientes. También existe otro supuesto de detención temporal que más bien consiste en un arresto provisional, cuando, como en el presente asunto, un sujeto perturba la tranquilidad de otros ciudadanos -incluso dentro de una propiedad privada- haciéndose necesario que se finalice la perturbación y se traslade al sujeto ante la Alcaldía o la oficina policial para que se le identifique y tramite los procedimientos que corresponda, sin que se le prive de su libertad mediante el encierro en un establecimiento dispuesto al efecto" (Sentencia 266-F-95 de 10.00 horas del 12 de mayo de 1995). Esos requisitos jurisprudenciales han sido cumplidos en el presente asunto, por lo que se declara sin lugar el reclamo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 785-F de las 9.40 hrs. del 13 de diciembre.

21. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD - No concurre en forma independiente con el robo agravado cuando está motivada por el ánimo de la sustracción.

"Falta de aplicación de los artículos 80, 82 inciso 2), 83; aplicación indebida de los artículos 191, 207 inciso 7) y 208, todos del Código Penal. De conformidad con el artículo 471 párrafo 1.° del Código de Procedimientos Penales, el defensor particular del imputado C.D.R.B. reprocha como un vicio in iudicando, que al recalificarse los hechos durante el debate al delito de privación de libertad sin ánimo de lucro, la acción penal se encuentra prescrita. Por las razones que se dirán, el reparo debe ser declarado sin lugar. Si bien por una parte es cierto que en debate se recalificaron los hechos y se estimaron constitutivos de los delitos de privación de libertad sin ánimo de lucro y hurto agravado de menor cuantía, artículos 191 y 209 inciso 7) del Código Penal; así como también por otra parte es cierto que el expediente estuvo paralizado durante cuatro años y medio, erróneamente archivado en el Juzgado 3.° de Instrucción de San José (ver constancia de folio 255), la verdad es que, de acuerdo con los hechos probados de la sentencia, la referida prescripción de la acción penal no ha operado, por las razones que se dirán. Después de evacuada la prueba durante el debate se logró establecer que "... que en fecha 18

de febrero de 1988 ... a la casa de habitación del señor A.C.A. ... se hizo presente el aquí imputado ... en asocio de dos personas más no determinadas y ... con la voluntad de privarle de su libertad a fin de que no les impidiera registrar ese domicilio, procedió a esposar de una de sus muñecas a M.M.M., a quien lo esposó al brazo de un sillón ... que luego de lo anterior, de una de las habitaciones traseras de la citada casa de habitación, y mientras R.B. vigilaba a M.M. para posibilitarle a sus acompañantes el registro del inmueble, éstos lograron encontrar las siguientes armas ... se apoderaron de las armas y equipo supracitado ..." (folio 313 frente, línea 17 en adelante). Es claro que, según la anterior descripción fáctica, el imputado R.B. y los dos sujetos no identificados, actuando en coautoría por tener los tres pleno dominio del hecho, se presentan a la casa del señor A. y logran esposar al vigilante de la vivienda con el fin de poder sustraer los bienes que se hallaban en la misma. El acto de esposar una de las manos del guarda y sujetarlo a un sillón, constituye, en sí mismo, no sólo una forma de privarlo de libertad sino también un ejercicio de violencia física en los términos del artículo 212 inciso 3) del código de fondo citado, aun cuando para conseguirlo no haya mediado maltrato físico o verbal como lo indica el fallo (folio 317, líneas 8 a 10). Se produce violencia sobre las personas todas las veces en que se vence físicamente la voluntad o la resistencia de quien se opondría a la sustracción, utilizando métodos idóneos para ello como la agresión física, el arrebato y otras formas evidentes de violencia, pero desde luego también se produce cuando se utilizan amenazas con o sin armas, o se emplean otras formas para coartar físicamente a la persona, sin que se llegue a lesionarla física o verbalmente, como sería sujetarla por las muñecas con manillas de hierro o esposas, al extremo de imposibilitar la defensa de los bienes que custodia o posee, e incluso la defensa de su propia integridad física. "...Violentar envuelve un sentido más amplio que forzar. Forzar es una acción puramente física; violentar se aplica también a las acciones morales, como a la voluntad, a los deseos y a las propensiones" (Samuel Gili Gaya, en Diccionario de sinónimos, Vox, Barcelona, 1984, p. 353). Tal fue la situación que ocurrió en autos según describen los hechos probados de la sentencia. Estos hechos en realidad constituyen el delito de robo agravado previsto por los artículos 213 inciso 3) en relación con el 212 inciso 3) y 209 inciso 7), todos del Código Penal, y no los delitos de privación ilegítima sin ánimo de lucro y hurto agravado de menor cuantía en concurso material (artículos 191 y 209 del Código Penal) como lo razonó el tribunal de juicio. Debe agregarse que el delito de privación ilegítima de libertad no concurre en forma independiente, sino que se encuentra subsumido en el delito de robo agravado, porque la privación de libertad estuvo animada en el deseo de sustraer los bienes, es decir hubo un ánimo de lucro, lo cual descarta el tipo penal previsto en el artículo 191 ibídem y tampoco se dan los supuestos del secuestro extorsivo. Por todo lo expuesto y con ocasión del alegato por prescripción, debe esta Sala recalificar los hechos acusados al delito de robo agravado, sin que pueda agravar la pena impuesta, ni desconocer los beneficios acordados, en virtud de la prohibición de la reformatio in peius. Para tales efectos debe tomarse en cuenta, además, las potestades del Tribunal para calificar correctamente los hechos acusados, en la sentencia definitiva, conforme, artículo 397 del Código Procesal Penal. Con base en lo anterior -y según lo disponen el numeral 82 inciso 2), en relación con el 213, ambos del código de fondo citado- la acción penal por dicha delincuencia no está prescrita, toda vez que la figura del robo agravado está sancionada con una pena de cinco a quince años de prisión. En el caso que nos ocupa, donde los hechos ocurren el día 18 de febrero de 1988 y suponiendo que no haya mediado ningún acto procesal que hubiera interrumpido dicho término, lo cual no ocurre en la especie (artículo 3 de la Ley N° 5712), la acción penal prescribiría en doce años, término que aún ni siquiera ha transcurrido. Por lo expuesto no lleva razón la defensa en su primer motivo por el fondo, toda vez que la prescripción no ha operado. Esta recalificación del cuadro fáctico que aquí se ordena, no viene a afectar de ninguna manera la garantía procesal de la no reformatio in peius, pues la misma no abriga la calificación jurídica. Así lo ha sostenido esta Sala y lo ha ratificado la Sala Constitucional al afirmar que "... el instituto de la no reformatio in peius no se ve afectado con la actuación de la Sala Tercera de la Corte, en razón de que en nuestra normativa procesal penal tiene alcances muy reducidos, sólo relacionados con la especie o cantidad de la pena impuesta y los beneficios acordados, de donde se debe concluir que la Sala bien pudo modificar la calificación sin lesionar la garantía constitucional del debido proceso. Lo que no podía hacer, y no lo hizo, es aumentar la pena impuesta por el tribunal sentenciador, aunque estimara -como lo hizo- que la calificación legal que corresponde al hecho era diferente ..." SALA CONSTITUCIONAL, voto N° 59-91, de las 14.10 hrs. del 11 de enero de 1991."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 253 de las 9.30 hrs. del 14 de marzo.

22. RESPONSABILIDAD CIVIL - Alcances cuando se deriva de un accidente de tránsito.

"En el único extremo, alega violación del artículo 39 de la Ley de Tránsito, por estimar que la condena solidaria dispuesta por el a quo hasta por el monto del valor del vehículo, crea una obligación personal del propietario del automotor, cuando lo pertinente era la creación de una garantía real a favor de la parte ofendida, respecto al vehículo únicamente. El reclamo resulta pertinente. En el presente asunto, se condenó solidariamente a los demandados civiles R.S.O. y B.O.S. a pagar los montos del resarcimiento civil en pro del actor civil V.B., "respondiendo la demandada civil O.S. únicamente por el valor del vehículo 185086 (sic), en razón de ser ella la dueña registral de dicho automóvil conforme se acredita con la certificación registral de folio 146" (confrontar folio 335 frente, líneas 23 a 26). Posteriormente, realizó el Tribunal un análisis adecuado del contenido del artículo 39 de la Ley de Tránsito vigente al momento de los hechos (ver folio 336 frente, línea 5 y siguientes), que determinó la procedencia del gravamen sobre el vehículo con el que se causó daño. Sin embargo, incorrectamente el a quo señaló de manera expresa, que la condenatoria es solidaria respecto a la demandada civil O.S., cuando lo pertinente es que -al no haberse acreditado que el encartado condujera el vehículo sin licencia-, únicamente se afecte el automóvil mediante el gravamen respectivo. En efecto, el artículo 38 de la Ley de Tránsito vigente al momento de ocurrir el suceso origen de la causa, disponía -en lo pertinente- la responsabilidad del propietario o dueño del vehículo "...que permitiera que una persona carente de la respectiva licencia lo conduzca...", mientras que el artículo 39 de la misma normativa señala -como apropiadamente se ha venido alegando- un gravamen legal sobre el automotor o sea, una garantía real para el eventual pago por el daño causado y no la responsabilidad civil solidaria -obligación personal- del propietario del vehículo. En consecuencia, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo y casar la sentencia impugnada en lo que fue objeto del recurso. Se anula el fallo en cuanto condenó a B.O.S. a pagar la reparación civil en forma solidaria al ofendido J.V.B. y en su lugar se resuelve, que el vehículo placas [...] permanece gravado para responder por el pago de la indemnización fijada por el a quo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 167 de las 15.30 hrs. del 27 de febrero.

23. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL ESTADO- Inexistencia cuando la actividad dañosa se realiza al margen de las funciones del cargo.

"En el único motivo de su recurso por violación de la ley sustantiva -que por economía procesal se entra a resolver antes que los defectos formales impugnados- el representante del Estado (demandado civil en esta causa) alega la errónea aplicación de las normas de fondo que regulan la responsabilidad civil solidaria que le impuso a aquél el tribunal de mérito (ver fs. 258 y 267 y ss.). Según su criterio, al acreditarse que el imputado realizó el ilícito cuando se encontraba fuera de servicio (ver análisis de fondo de la sentencia al folio 251 fte. y vto. en relación con el cuadro fáctico acreditado) no podía responsabilizarse al Estado solidariamente al pago de las respectivas indemnizaciones, ya que inclusive debió estimarse que este último también resultó ofendido (ibíd.). Señala el impugnante que se demostró que el imputado E.G.A. (que a la fecha de los hechos era Auxiliar de Investigación del OIJ en la sede regional de Cartago) acudió a dicha oficina -estando fuera de servicio- y sin autorización alguna sustrajo las llaves y un vehículo oficial con el cual se dirigió a donde se encontraba una exnovia suya en compañía del ofendido, a quien le disparó con su arma de reglamento después de una discusión con la primera. Agrega que lo anterior determina que el encartado -quien además de la perturbación emocional usó indebidamente el arma que se le había entregado para el cumplimiento de sus deberes- actuó de modo "personalísimo", usando de manera abusiva bienes del Estado y sin que este tuviera ningún vínculo con tal conducta. Efectivamente le asiste razón al impugnante. Esta Sala ha dicho que si la actividad dañosa realizada por el imputado lo fue al margen de las funciones de su cargo o con ocasión de ellos, es decir, si en su actuación ilícita no obró en ningún momento por cuenta de la Administración, no se puede atribuir al Estado responsabilidad civil alguna (ver V-363 de las 9.20 hrs. del 12 de julio de 1991). Para poder establecer tal responsabilidad debe acudirse al artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública (relativo a la responsabilidad de la Administración por conducta ilícita) y no al 190 ibíd. que se refiere a otros supuestos en sus disposiciones generales. En el presente caso no cabe duda que G.A. actuó por sí mismo en los hechos delictivos que se investigaron (y por los cuales resultó penalmente condenado y despedido de su trabajo), sin que el Estado tuviese en ellos ninguna conexión o vinculación, por lo que no podría extenderse la obligación de reparar o indemnizar de modo solidario hacia aquél. Así pues, se declara con lugar el recurso por violación de la ley sustantiva. Se casa la sentencia en lo que fue materia de impugnación y resolviendo el fondo del asunto se declara sin lugar la responsabilidad civil solidaria del Estado que le fue impuesta por el tribunal de mérito. En todo lo demás se mantiene incólume el fallo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 248 de las 9.05 hrs. del 14 de marzo.

24. ROBO - La agravante del uso de arma implica que el objeto utilizado alcance poder intimidatorio contra la persona ofendida.

"Recurso interpuesto por el Lic. F.G.V.Z., Fiscal Décimo de Juicio del Ministerio Público. Recurso por el fondo: Reclama como único motivo, inobservancia o errónea aplicación del artículo 213 inciso 2) del Código Penal, pues alega que se tuvo por demostrado en el fallo que el encartado utilizó una pistola de gas con el propósito de intimidar o amedrentar a sus víctimas, la cual si bien no es un arma de fuego, sí reúne las condiciones de "arma", como para agravar la figura de robo. Agrega que incluso con solo verla, se aprecia que es una imitación de un arma de fuego calibre nueve milímetros, que en la oscuridad confundiría incluso a un experto en esos instrumentos. El reclamo resulta procedente. El Tribunal tuvo por acreditado -entre otros aspectos-, que: "...en determinado momento el encartado quien portaba una pistola de gas marca Daisy Power Line, intimidó con la misma a los citados menores y con la cooperación de otro sujeto de raza negra, los obligó a desviarse del camino bajo la amenaza de matarlos si no entregaban sus pertenencias, despojándolos de las tenis que cada uno calzaba en esa oportunidad y asimismo, desapoderaron al ofendido M.S. de su reloj marca "Aqualite", una esclava de oro de diez quilates con un dije en forma de cruz y una gorra marca "Nike", dándose de inmediato a la fuga. C) Que de seguido los ofendidos solicitaron la ayuda a oficiales de la Subcomisaría de Tibás, quienes se dieron a la tarea de buscar a los antisociales, logrando aprehender al encartado S.K. en la salida de Jardines de Tibás, decomisándole un par de tenis, la esclava de oro con su respectivo dije y el reloj marca "Aqualite" así como la pistola de gas utilizada para intimidarlos. D) Que los bienes sustraídos y recuperados fueron valorados pericialmente dando un gran total de doce mil cuatrocientos colones" (ver folio 97 vuelto, línea 15 a folio 98 frente, línea 4). Sobre esta base fáctica, al fijar la calificación jurídica, el Tribunal estimó que si bien: "inicialmente se acusaron estos hechos como constitutivos del delito de Robo Agravado debido a la utilización de una supuesta "arma", es claro que conforme se colige del dictamen de balística visible en el folio 86 de los autos, la pistola de gas decomisada al imputado, no resulta ser un arma de fuego la que por otra parte, es uno de los tipos de arma que agrava la figura del robo en cuanto aumenta el poder ofensivo del sujeto activo contra su víctima. En el subjúdice es claro que el acusado utilizó la pistola de gas con el propósito de intimidar o bien amedrentar a sus víctimas para lograr el despojo de sus bienes" (confrontar folio 99 vuelto, línea 30 a folio 100 frente, línea 10). Ahora bien, según lo expuesto, estiman los suscritos Magistrados que incorrectamente no obstante aludir el a quo la utilización en hechos delictivos de diferentes tipos de armas a través de cuyo empleo se agrava la figura del ilícito de robo, se limitó en este caso a particularizar -de manera exclusiva- las armas de fuego, sin apreciar la naturaleza del arma portada por el justiciable al momento de ejecutar los hechos origen de esta causa y en la que se apoyó para intimidar a los ofendidos y así sustraerles los bienes de su propiedad descritos antes. En efecto, como con acierto lo señaló el representante del Ministerio Público, la pistola de gas utilizada por el convicto para consumar el hecho que se le atribuyó, no sólo es un objeto idóneo para causar daño a la salud de los perjudicados, sino que en el caso en examen -conforme al cuadro fáctico acreditado- su empleo sirvió para intimidar a las víctimas, quienes sin oponer resistencia en virtud de lo expuesto, entregaron sus bienes al asaltante. Sobre este aspecto ya la Sala ha estimado con anterioridad, que: "El robo se califica como agravado si se realiza usando armas (artículo 213, inciso 2). Es una calificación por el medio utilizado, que hace más grave la conducta al tornarla más peligrosa y ser más intimidante para el agraviado. La agravante supone, evidentemente, que el arma debe intimidar y para ello debe, por lo menos, mostrarse ostentosamente a una persona para vencer su voluntad, exhibirse con intención de intimidar para doblegar o evitar la resistencia de la víctima a esa acción (que puede ser el mismo sujeto pasivo del robo o un tercero, como se señaló anteriormente). Blandir el arma o apuntar con ella o dispararla son maneras claras para que se configure la agravante... 2.1) Concepto de "arma". Este concepto se perfila en dos sentidos. Por arma se entiende tanto el objeto destinado por sus características en forma específica para la defensa y el ataque (sentido propio) como el que, eventualmente, y sólo porque aumenta el poder ofensivo del hombre, puede ser utilizado para los fines mencionados (sentido impropio). 2.1.1) Sobre las armas en sentido propio. Si el arma en sentido propio presenta dificultades en

su mecanismo, las que no descartan la posibilidad de que funcione, su uso califica el robo, ya que la mera probabilidad de su efectividad es suficiente para entenderlo así. También configuran la agravante: a) el arma descargada, pero apta para disparar; b) las conductas de simular un arma (como quien apunta con una lapicera a la nuca del taxista asaltado o usa una pistola de juguete); y c) el arma de fuego descompuesta, cuando en estos tres casos el objeto alcanza poder intimidatorio contra la persona ofendida, es decir cuando la persona robada percibe el objeto como idóneo para ejercer violencia efectiva sobre su persona, pues en relación con estas tres hipótesis debe tenerse presente que el tipo no exige como necesaria la acción efectiva del arma, sino que sanciona su utilización como mecanismo de violencia contra el ofendido, la cual ya se realiza con la intimidación o temor que provoca (que la víctima cree real y mediante la cual se logra vencer su voluntad para apoderarse ilegítimamente de la cosa), que es el elemento del tipo buscado y conocido por el autor para facilitar el apoderamiento en este delito (así FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pág. 314 y 318 a 319. En contra BREGLIA ARIAS, op. cit., págs. 563-564 y CREUS, op. cit., págs. 455 a 456). También existe la agravante tratándose de armas de aire comprimido. 2.1.2) Sobre las armas en sentido impropio. Vale mencionar que la doctrina indica entre estas, por ejemplo, herramientas tales como un alicate apoyado en la garganta de la víctima, lo mismo que un destornillador (BREGLIA, op. cit., pág. 565), si se toma en consideración que la utilización de estas armas impropias tenga un gran poder vulnerante en tanto cumpla -valga reiterarlo- una función idónea para ejercer violencia sobre el ofendido, doblegando o evitando la resistencia de la víctima a esa acción." (Así, Sala Tercera, V-179-F de las 9.55 horas del 23 de abril de 1993). En ese estado de cosas, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo. Se casa la sentencia en cuanto sancionó al acusado con pena de tres años privado de libertad por el delito de robo simple con violencia sobre las personas y en su lugar, se declara a K.S.K. autor responsable del delito de Robo Agravado, imponiéndosele cinco años de prisión."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 783-F de las 9.30 hrs. del 13 de diciembre.

25. ROBO Y EXTORSIÓN - Diferencia entre ambas figuras.

"En su único motivo del recurso, el fiscal de juicio alega que el tribunal aplicó indebidamente el derecho de fondo, al tener los hechos como configurativos del delito de extorsión simple, y no como una tentativa de robo agravado y secuestro extorsivo, cometidos en concurso material, lo cual se solicita se haga en casación. II.- En primer término, y aunque la cuestión carece de relevancia en vista de lo que se resuelve en el considerando sucesivo, como digresión debe acotarse que esta Sala estima que se está en presencia de una sola acción, y no dos, según reclama el recurrente. Efectivamente, como ya lo ha señalado con antelación la jurisprudencia de casación (ver voto 101-F, de las 9.00 hrs. del 3 de marzo de 1995), si se parte de que la acción es un movimiento corporal presidido por una finalidad, es decir la exteriorización de esa finalidad, debe estarse a la constatación de ambos aspectos para determinar la existencia de una o más acciones. Si la proximidad funcional y fenoménica (temporal y espacial) del hecho evidencian una sola finalidad, se tratará de una sola acción. En el presente caso, es notorio que la actuación del encartado reúne esas características, pues se presentó al lugar solicitando la venta de cigarrillos, momento en el que aprovechó para conminar a la dueña de la pulpería para que le hiciera entrega de diez mil colones, que al no ser hallados en el negocio, motivó que aquél, persistiendo en su intención de obtener el dinero, la retuviera mientras su hijo los traía de la casa. Por consiguiente, el hecho sancionado está compuesto por una única acción. III.- Luego, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos demostrados, conviene establecer, que, a diferencia de algunas corrientes doctrinarias, no estima esta Sala que en la extorsión se esté frente a una autolesión. Tanto la extorsión como el robo son lesiones infligidas por persona diversa al ofendido, quien actúa sujeto al talante de aquélla, en aquel caso relativa y en el segundo absolutamente, puesto que resulta sabido que incluso ante una sujeción relativa, el afectado no procede por voluntad propia, sino impulsado por una situación intimidante o amenazante, que reduce seriamente su libre albedrío y, la disposición patrimonial que toma, obedece al requerimiento del agresor, y no al deseo de aquél. Por eso, no es aceptable esa descripción diferenciadora. Traduciéndolo al plano físico, otro tanto puede decirse de la lesión corporal sufrida por la persona a quien se le dispara, o bien se le presiona el dedo para que accione el disparador contra sí mismo. Es obvio que en el segundo caso no se podría hablar de una conducta "autolesiva", sin que quepa objetar que en esta eventualidad se actúa la vis absoluta, toda vez que, absoluta o relativa la sujeción, la intención de tomar la disposición o entregar el bien, no surge del sujeto pasivo. IV.- Si bien en el robo puede presentarse la intimidación y el ataque al patrimonio ajeno, al igual de cuanto sucede en la extorsión, la diferencia entre ambas figuras, la marca un factor calificante: la inmediatez, respecto al agresor, de la ventaja que procura. Así, si no la hay, dado que se pretende el cumplimiento de un acto relativo al patrimonio y previo a la ventaja o beneficio, podría tratarse de una extorsión (o secuestro extorsivo, si hay privación de la libertad de alguien); pero si hay esa inmediatez, porque se trata de una puesta ilegítima en posesión de un bien mueble, podría tratarse de un robo (sin detrimento que concurra con el delito de privación de libertad, si es que se realiza una privación mayor a la normal en el robo, y ya de por sí contenida en el disvalor de la norma correspondiente), o usurpación si es bien inmueble. En el presente asunto, resulta que la ventaja fue inmediata, dado que se exigía dinero de la pulpería o de la casa, siendo indiferente que el bien fuera traído por el hijo de la ofendida a pedido de esta o que a esta la llevaran hasta la casa para tomarlo directamente los agresores, que en esas circunstancias daba lo mismo, pues podía hacerlo sin dificultad adicional. Por ende, estiman los suscritos que, de conformidad con el artículo 213 inciso 2) del Código Penal, la acción es típica de un delito consumado de robo agravado por el uso de armas, por el cual en este acto se le condena. V.- En consecuencia, atendiendo a las circunstancias que rodearon el hecho, como son la intimidación ejercida contra la ofendida en presencia de sus hijos menores, los que inevitablemente tuvieron que presenciar una agresión contra su madre, sorpresiva y fuera de lo común, consistente en amenazas ejemplificadas con el uso contra las piedras de los cuchillos portados por los acusados y que lo apuntaran contra el estómago de la ofendida, así como el provecho sacado por el justiciable tanto de la soledad del sitio, que dificultaba la posibilidad de ayuda a la señora C.N. como de la actuación engañosa desplegada para hacer que esta fuera hasta la pulpería para venderle los cigarrillos solicitados y, finalmente, de las graves amenazas proferidas al retirarse para que no se dijera nada de lo acontecido, se le condena a ocho años de prisión, los que deberá cumplir de acuerdo con la normativa penitenciaria y con abono de la preventiva eventualmente purgada."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 719-F de las 9.45 hrs. del 22 de noviembre.

26. ROBO Y LESIONES - El robo simple no excluye la posibilidad de configurar un delito adicional de lesiones.

"Como segundo motivo reclama el impugnante, respecto a la condenatoria de L.E.F.B. por el delito de Lesiones Leves, el obligado ajuste en la figura del robo simple con violencia sobre las personas, de

la lesión causada al Oficial C.S.L. Conforme a esa tesitura el apoderamiento del arma de reglamento constituía el propósito del inculpado de atacar al investigador, y no la de lesionarlo. Considera aplicado erróneamente el numeral 125 e inobservado el 23, ambos del Código Penal. Se rechaza el agravio. Con arreglo al relato histórico de la sentencia el inculpado F. atacó al investigador S.L., conductor del vehículo en el cual viajaban, para tratar de asfixiarle, produciéndose una lucha al término de la cual dejó en el Oficial "un arrancamiento de epidermis con buen tejido de granulacion en cara externa de la articulación interfalángica del pulgar izquierdo", incapacitante por quince días para sus labores habituales. Ha sostenido esta Sala (Voto N° 179-F de 9.55 horas del 23 de abril de 1993) que la violencia en este tipo de ilícitos constituye la energía física necesaria para vencer la resistencia opuesta, o que puede oponer, el sujeto pasivo para impedir el apoderamiento del bien (vis absoluta). De la misma manera el autor podría ejercer con esos mismos propósitos intimidación o amenaza contra la víctima (vis compulsiva). El pronunciamiento de la Sala va también en el sentido de establecer que esa energía no requiere una determinada intensidad, pues basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquélla. Como tampoco requiere necesariamente el contacto físico del cuerpo del agente con el de la víctima (v. gr. el apoderamiento de la cartera mediante un tirón). Desde esa perspectiva no es válida la tesis de la defensa en punto a calificar el hecho como un concurso aparente de normas, según las previsiones del ordinal 23 ibídem. El robo simple con violencia en las personas no excluye la posibilidad de configurar un delito adicional, en este caso de lesiones. De igual forma podría darse el caso de la ocurrencia de un delito contra la propiedad de la naturaleza indicada, sin provocar lesiones en el sujeto pasivo. Pero cuando el acto violento e ilegítimo del apoderamiento provoca coetáneamente al ofendido una lesión incapacitante de las definidas como delito, también a la vida jurídica nace un nuevo injusto merecedor de tutela. En consecuencia, se desestima el recurso."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 807-F de las 10.35 hrs. del 23 de diciembre.

27. TENTATIVA DE ESTAFA - Declaración falsa ante juez civil utilizada como medio para engañar - Inexistencia de concurso ideal con el delito de perjurio.

"En cuanto a los delitos de perjurio y de estafa. Con fundamento en los artículos 1, 2, 21, 75, 82 inciso 2), 88, 216 inciso 2), 309; 73 y 216 inciso 2), todos del Código Penal, los cuales se estima han sido quebrantados, la defensa reprocha como vicios in iudicando en relación con el delito de perjurio: 1) que el medio utilizado por el imputado para engañar fue mentir en la diligencia de confesión, por lo cual estamos en presencia de un concurso ideal entre los delitos de estafa y perjurio, en cuyo caso sólo debe sancionarse por aquél; 2) que la acción penal por el delito de perjurio está prescrita; y finalmente 3) que "... la conducta atribuida a mi defendido resulta atípica para dicho delito, pues examinados los requisitos de la confesión en el Código Procesal Civil, no encontramos la obligación legal de decir la verdad bajo juramento ..." (folio 282 vuelto, líneas 7 a 10). Estos mismos reclamos se deducen en los tres primeros aspectos del primer motivo por la forma, donde se plantea el reproche como una falta de fundamentación cuando en realidad el mismo se refiere a aspectos de fondo. En lo que respecta al delito de estafa, el defensor plantea como vicios de fondo lo siguiente: 1) que el ardid utilizado para engañar resulta inidóneo para alcanzar el perjuicio patrimonial; y 2) que estamos en presencia de un hecho en grado de tentativa y no ante un delito consumado, sin que se formule ninguna pretensión en cuanto a la pena. El reclamo resulta atendible conforme se dirá. De los hechos probados de la sentencia se desprende que el acusado trató de inducir a error al Juez Cuarto Civil de San José, pues ante dicho funcionario presentó al cobro el certificado de prenda N° [...], a sabiendas de que para ese momento el mismo ya había sido debidamente cancelado por el ofendido O.C.V., todo con el fin de causar a éste un perjuicio patrimonial antijurídico. En ejercicio de su defensa, el accionado llamó a confesión al acusado a fin de que el supuesto acreedor reconociera varios recibos suscritos por él, según los cuales la obligación había sido satisfecha íntegramente. No obstante lo anterior, el señor V.C. declaró falsamente (pretendiendo con ello engañar al juez civil, lo cual al final no consiguió) que los documentos que se le presentaban correspondían a otra deuda que no tenía ninguna relación con la que ahora ejecutaba. La acción del acusado fue declarada sin lugar al acogerse un incidente de pago interpuesto por el demandado, con lo cual se imposibilitó la consumación del delito (folio 264 vuelto, línea 7 en adelante). Según la anterior relación de hechos, el medio empleado por el agente para inducir a engaño a la autoridad judicial es perfectamente idóneo para conseguir el fin ilícito propuesto, pues le presenta un certificado de prenda en el cual no constaban literalmente los pagos que para ese entonces ya había realizado el deudor, lo que obligó a éste a aportar una serie de recibos con base en los cuales interpuso un incidente de pago. Tan efectivo era el despliegue engañoso presentado por el imputado, que el accionado tuvo que llamarlo a confesión a fin de que reconociera los recibos aportados, lo cual no hizo sino que falsamente declaró que los mismos no correspondían a la deuda que ahora cobraba. Como puede verse, todos los actos realizados por V.C. iban directamente encaminados a la consumación del ilícito, lo cual no se produjo gracias a que el juez civil, amparado en el dictamen pericial del contador público G.M., declaró con lugar el incidente de pago interpuesto (ver copias certificadas de folios 69 a 74). La anterior descripción fáctica da cuenta de lo que en doctrina se conoce como estafa procesal: "... también existe ese desdoblamiento en la estafa procesal, porque el inducido a error es el juez, y el perjudicado la parte contra la que recae la sentencia fundamentada en el error ... no basta la simple afirmación de hechos falsos, ni el silencio de los verdaderos, puesto que, por la propia naturaleza del procedimiento judicial, los derechos de las partes resultan de las pruebas aportadas al juicio. Siendo así las cosas, parece claro que el fraude debe recaer esencialmente sobre la prueba y los elementos de convicción. En materia de tentativa ... es preciso apreciar la idoneidad del ardid en sí mismo en relación con la vía a seguir para el logro del perjuicio, es decir, con la persona del juez que es engañado. Habida cuenta de que en el hecho tentado el engaño no se logra, la tentativa queda configurada aunque la diligencia del juez o la actividad de la otra parte permitan revelar el fraude ..." (Fontán Balestra, Carlos. "DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 10.ª edición, páginas 493 y 494. En términos semejantes se pronuncia Creus, Carlos. "DERECHO PENAL", editorial Astrea, Buenos Aires, 2.ª edición, 1988, pág. 499). Como se deduce de lo anterior, en el caso que nos ocupa se configuró la estafa no sólo por la afirmación de un hecho falso, contenida en el escrito de interposición de la demanda ejecutiva, sino porque mediante una declaración igualmente falsa el acusado trató de desvirtuar y destruir la única prueba con que contaba el accionado para basar su incidente de pago, lo cual no consiguió por la diligencia del juzgador. Así las cosas, y en esto se acoge el segundo aspecto del reclamo, según una visión integral de toda esta descripción fáctica, nos encontramos ante un único delito de estafa, pero en grado de tentativa, ello debido a que la consumación no se dio por causas independientes a la voluntad del agente según se explicó. Como se comprende, la declaración falsa que se rinde durante la diligencia de confesión constituye un acto más que integra la simulación de hechos falsos que viene a configurar un único delito de estafa. De lo anterior se deduce el error de fondo en el cual incurrió el

tribunal de mérito, a calificar los hechos como un delito de estafa consumado y uno de perjurio, ambos en concurso material. Por lo expuesto el recurso debe declararse con lugar, y recalificar los hechos como constitutivos de un único delito de estafa en grado de tentativa."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 221 de las 9.20 hrs. del 7 de marzo.

28. TENTATIVA DE EXTORSIÓN - Necesario nexo causal entre la intimación y la entrega del bien.

"En el último reproche por el fondo se alega la inobservancia de los artículos 24 y 73 del Código Penal al estimarse que el delito de Extorsión quedó en estado de tentativa. Lleva razón el impugnante, no obstante la breve motivación que se hace en el reparo, por cuanto del elenco de hechos probados se desprende que la conducta en cuanto al delito referido no se consumó, toda vez que desde el momento en que la señora G.M.M.S. (madre del ofendido) comunicó a las autoridades de la intimidación, estas procedieron a "marcar" o individualizar los billetes que se entregarían con la finalidad de producir pruebas que acreditaran el ilícito. Sin embargo, el vehículo no fue entregado como se esperaba, pues al presentarse los encartados a la casa del sujeto conocido como "Ocho voltios" (quien se encargaba de ocultarlo) no lo tenía porque lo había colisionado, manifestándoles que una grúa del Organismo de Investigación Judicial se lo había llevado, razón por la cual aquéllos se dirigen al edificio de dicho Organismo para tratar de verificar esa información, siendo detenidos seguidamente. El automóvil se recupera no de la manera prevista sino porque "Ocho voltios" indica el lugar donde lo dejó abandonado. Como se puede observar, no se concretaron todos los actos necesarios para consumar el delito de Extorsión, en el cual es necesario un nexo de causalidad entre la intimidación -que sí se dio en el presente caso- y la entrega del vehículo (en este sentido véase BREGLIA ARIAS y GAUNA, "Código Penal y Leyes Complementarias", Editorial Astrea, 1987, p. 576). Así pues, al interrumpirse la consumación por causas ajenas a la voluntad de los inculpados (artículo 24 del Código Penal) la acción quedó en grado de tentativa. En consecuencia procede declarar con lugar este reparo y resolviendo el fondo del asunto se recalifican los hechos que se le han venido atribuyendo a D.D.I.S. y a E.M.R. como constitutivos de "Tentativa de Extorsión", y se impone a cada uno dos años de prisión con base en los mismos factores que analizó el a quo, pena que deberán descontar conforme lo indiquen los reglamentos penitenciarios. En lo demás se mantiene incólume el fallo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE** N° 265 de las 10.30 hrs. del 14 de marzo.

29. TENTATIVA DE HOMICIDIO CALIFICADO - Concurso ideal con lesiones graves.

"En la segunda petitoria por el fondo, alega el recurrente que se aplicaron equivocadamente los artículos 124 en relación con el 126 del Código Penal, porque los hechos que constan en la resolución impugnada no constituyen el delito de lesiones graves calificadas, al no concurrir en su defendido la circunstancia calificante de alevosía en los hechos perpetrados en daño del perjudicado R.A., ya que su lesión fue producto del disparo dirigido a S.Mc.L. El motivo resulta atendible. Las lesiones que sufrió el servidor del orden público, si bien no fueron consecuencia de una acción dirigida expresamente contra su persona, se ocasionaron con dolo eventual porque el imputado previó el resultado lesivo como posible, es decir, como efecto de la acción delictiva encaminada a acabar con la vida de S.Mc.L., tal y como lo tuvo por acreditado el Tribunal sentenciador. Ahora bien, en cuanto se tipificó las lesiones graves como calificadas, no comparte esta Sala el criterio externado por el a quo, en el sentido de que por el solo hecho de que el homicidio fuese calificado, las lesiones lo sean también. En este asunto, no obstante concurrir esas lesiones idealmente con la tentativa de homicidio calificado, lo cierto es que no se está en presencia de alguno de los supuestos contemplados por el numeral 112 del Código Penal que califican tal conducta. En consecuencia, corresponde declarar con lugar el reclamo y casar la sentencia parcialmente, recalificando los hechos en cuanto el a quo tipificó las lesiones sufridas por R.A. como "graves calificadas" cuando lo apropiado es como delito de "lesiones graves". Ahora bien, en lo referente a la pena, no se realiza análisis ni modificación alguna, porque el Tribunal en lo que a este ilícito se refiere, omitió aumentar la pena impuesta inicialmente por la tentativa de homicidio calificado, para no hacer más gravosa la situación jurídica del convicto."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE** N° 358 de las 12.10 hrs. del 18 de abril.

30. TENTATIVA EN DELITOS DE PELIGRO - Posibilidad de que exista en algunos supuestos.

"La defensa solicita la revocatoria del fallo condenatorio y el dictado de una sentencia absolutoria en favor de V.A.S., pues -en su criterio- en el mismo se aprecia una errónea aplicación de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal, y 18 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En apoyo del reclamo se señala que "...en la especie estamos en presencia, no de un delito consumado, sino de uno cometido en estado de tentativa...estamos en presencia de una acción delictiva no consumada precisamente por la intervención de la policía judicial que logró truncar el transporte de droga con rumbo al Gran Centro Comercial del Sur..." (folio 270, línea 22 a folio 271, línea 7). El reclamo no resulta atendible. La descripción de los hechos probados de la sentencia da cuenta que el encartado A.S. efectivamente transportó drogas en el vehículo Datsun rojo, placas [...], con lo cual su conducta se tipifica en el artículo 18 antes citado, pues aquélla indica lo siguiente: "... sale el vehículo tipo pick up con V. y J., a quienes se les da seguimiento ... se procede a interceptar dicho vehículo, ordenando la jueza de instrucción que se procediera al registro del mismo. Fue así como cerca del freno de mano había una bolsa plástica en la que se encontraron trece cajetas de cocaína con un peso de cien gramos cada una ..." (folio 241 frente, líneas 15 a 26). Como bien lo afirma la representante del Ministerio Público al contestar la audiencia respectiva, en la especie nos encontramos ante un delito de peligro, es decir, que la ilicitud de la acción se consuma aun en el caso de que no se haya producido un perjuicio material y efectivo al bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, pues esta última se ve afectada con el solo transporte de las cajetas de cocaína base que realizaron los encartados, sin importar que hayan sido detenidos por las autoridades antes de llegar al destino que se proponían. En ese sentido ha dicho esta Sala: "... En efecto, es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario ..." Voto N° 683-F, de las nueve horas con cinco minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Por otra parte es conveniente agregar que esta Sala no descarta la posibilidad de que en los delitos de peligro exista tentativa, pues a

tal propósito lo que interesa es que la acción sea fragmentable, y permita deducir de manera inequívoca que el sujeto activo se dirigía hacia la consumación cuando su conducta fue interrumpida por una causa ajena a su voluntad, conforme lo establece el artículo 24 del Código Penal. Sin embargo, en un caso como el presente la sola posesión de drogas con fines de tráfico constituye ya un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo haya logrado transportar y entregar la droga a su destinatario, como ocurrió en el presente caso. Es por esta razón que en este asunto no existe tentativa y no porque se trate de un delito de peligro como parece creerlo el recurrente."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 821-F de las 11.50 hrs. del 23 de diciembre.

31. USO DE DOCUMENTO FALSO - Alteración de pasaporte estadounidense no excluye responsabilidad ni elimina dolo.

"En el primer motivo del recurso por el fondo el defensor alega que el imputado, cubano de nacimiento, después de estar en territorio costarricense varios meses y con el concurso de sus padres, hizo contactos con J.J.D.C. para que se le proveyera de un pasaporte de los Estados Unidos de América, a nombre de A.N.S., número [...], al que se le sustituyó la fotografía por una suya. Agrega que el acusado aceptó los hechos y mostró arrepentimiento, contando los pormenores del asunto, pero manifestó que nunca pretendió ofender la fe pública nacional y mucho menos violentar el ordenamiento jurídico costarricense. Finalmente señala que en su opinión la única fe pública ofendida fue la de Estados Unidos de América y no la de Costa Rica. Por lo expuesto estima que se violan los artículos 20 y 363 del Código Penal y por ello solicita se absuelva a su defendido. En criterio de la mayoría de la Sala el reproche debe rechazarse. Efectivamente es cierto que el imputado aceptó los hechos durante el debate, ya que dijo que su familia contactó con J.D.C. aquí en Costa Rica, a quien le pagaron la suma de mil dólares norteamericanos para que les entregara un pasaporte de Estados Unidos de América alterado, con el fin de viajar y reunirse con sus padres que viven en este último país. Agregó en su declaración que no pretendía ocasionar un daño a Costa Rica, sino que estaba desesperado por reunirse con su familia y que por tal motivo utilizó el pasaporte falso. Por otro lado existe una denuncia suscrita por el señor H.M., oficial del servicio de vigilancia aérea del aeropuerto Juan Santamaría, que se incorporó al debate (de fls. 2 y 11), que señala que el aquí imputado se presentó al mostrador de Aviateca con el fin de viajar a Estados Unidos, y la señorita H.C. detectó que el pasaporte estaba adulterado. Agrega el denunciante que manifestó el subgerente de la aerolínea señor M.S.B., que un día antes había recibido una llamada telefónica del gerente de la empresa, quien le indicó que dos personas intentarían viajar a Miami con pasaportes falsos.- Como puede apreciarse de estos elementos probatorios, así como de los demás que fueron legalmente introducidos al debate, es posible deducir que el imputado prestó su concurso para alterar un documento auténtico, al permitir que se insertara en el pasaporte estadounidense una fotografía suya, con el fin de hacerse pasar por la persona a cuyo nombre se había extendido el documento y así poder ingresar al país donde estaba su familia. Esta acción podría constituir, incluso, el delito de falsedad a que se refiere el artículo 357 del Código Penal, pero en cuyo análisis no se incursiona en virtud del principio que prohíbe la reforma en perjuicio, ya que recurre en casación sólo la defensa y en favor del acusado. El Tribunal calificó esa acción como constitutiva del delito de uso de documento falso, le aplicó a A.C. la pena de un año de prisión y le concedió el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena. Esos hechos efectivamente han lesionado el bien jurídico protegido "la fe pública", porque se alteró un documento falso extendido por autoridades extranjeras para identificar a sus nacionales, con el fin de utilizarlo para viajar a ese país, hasta que fue detectado por las personas que atendían en el mostrador del aeropuerto de la aerolínea que se pretendía utilizar para el viaje. El acusado ha sido claro al afirmar que prestó su concurso para que se realizara la adulteración, al pagar un precio con el fin de obtener un pasaporte falso extendido a nombre de otra persona, y además proporcionó su fotografía, la cual se le aplicó al pasaporte. Finalmente, sabiendo que ese pasaporte no está extendido a su nombre, lo utiliza con pleno conocimiento de la falsedad, hasta que es detectado por las despachadoras de la aerolínea, cuando se disponía a viajar. La circunstancia de que A. no pretendiera lesionar la fe pública costarricense, sino sólo la estadounidense, no excluye su responsabilidad ni elimina el dolo según los presupuestos del artículo 30 del Código Penal, para lo cual no debe confundirse la intención con el dolo, ya que no siempre son coincidentes. El dolo, según las exigencias legales y constitucionales, consiste en la realización consciente y voluntaria de una acción, con plena capacidad de entendimiento. El artículo 31 ibídem señala que obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, independientemente de la finalidad de su conducta, que desde el punto de vista moral podríamos calificar de buena o mala, según el caso. Es indudable que con la alteración o el uso de un documento de identidad, como el pasaporte tratándose de extranjeros, se lesiona el bien jurídico: la fe pública, pues en el caso concreto con ella se pretendió alterar la identidad de una persona, con el fin inmediato, al menos, de lograr la autorización para viajar a otro país y finalmente obtener la autorización de ingreso y no ser rechazado desde el inicio del viaje. Tampoco podríamos afirmar en el presente caso que no se lesionara el bien jurídico, por la manifestación que se hace en la denuncia escrita, incorporada al debate, donde el denunciante manifiesta que un día antes de que se sorprendiera al imputado utilizando el pasaporte falso, el subgerente de la aerolínea había sido informado por el gerente, que existía la posibilidad de que dos personas intentaran viajar a Miami con pasaportes falsos. En primer término porque no consta que esa información la tuvieren las personas frente a las cuales finalmente el imputado utilizó el pasaporte falso para intentar su viaje al extranjero; en segundo lugar, porque se trata de una información genérica que no precisó quién podría ser la persona que portaría el posible pasaporte falso; y en tercer lugar, porque aun cuando las despachadoras de la aerolínea, que atendieron al imputado en el aeropuerto, hubieren sido informadas de que dos personas pretendían usar pasaportes falsos para viajar a Miami, ello no desnaturaliza la conducta lesiva del imputado al utilizar el documento falso, como ocurre en el caso de billetes falsificados cuando se utilizan frente a personas que están alertadas de la existencia de posibles falsificaciones. Obsérvese que en este caso ni siquiera estaba identificada la persona, no se precisó quién y en qué momento se presentaría, a diferencia de otros casos en los cuales se observa a A. cuando desarrolla la acción delictiva, se le tiene bajo vigilancia hasta sorprenderlo en determinado momento del iter criminis. En el caso de autos no se sabía quiénes podían ser las personas que utilizarían pasaportes falsos, y así se presenta el acusado utilizando uno, se detecta la falsificación y por ello se le detiene. Por lo expuesto, el reproche debe declararse sin lugar."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 760-F de las 9.45 hrs. del 6 de diciembre.

32. USO DE DOCUMENTO FALSO CON OCASIÓN DE ESTAFA - Solicitud de tarjeta de crédito a nombre de otro.

"En el último capítulo del recurso de casación acusa el imputado, como vicio in iudicando, la inobservancia de los artículos 222, 216 y

208 del Código Penal, ya que la conducta que se le atribuyó no constituye el delito de Administración Fraudulenta sino el de Hurto simple, razón por la cual solicita que la sentencia sea casada, recalificando el hecho y disminuyendo la pena (fijada por el tribunal a quo en cuatro años de prisión) al extremo menor aplicable, a saber, un mes de prisión y concediéndole el beneficio de ejecución condicional de la pena. Considera esta Sala que a pesar de que en la sentencia impugnada el Tribunal a quo cometió un error in iudicando, no es posible atender a la petición formulada para sea disminuida *(sic)* la pena, acompañada del beneficio indicado, por las siguientes razones. F.G.M.E. fue declarado autor del delito de Administración Fraudulenta erróneamente, porque no se acreditó en la especie que él tuviera a su cargo el manejo o administración de la tarjeta de débito correspondiente a la cuenta corriente del ofendido C.E.M.H. Fue una incorrecta valoración jurídica del a quo, ya que lo que se comprobó es que el primero era conserje y mensajero del segundo, y que burlando la confianza de éste gestionó ante el Banco de Costa Rica el servicio de tarjeta, lo cual logró burlando a su vez la confianza que se le concedía por parte de los funcionarios del Banco -la cual resultó excesiva, como se verá-, en vista de que él era quien se presentaba a hacer otras gestiones propias de la cuenta corriente del ofendido y porque en esta se manejaban constantemente elevadas sumas de dinero, lo cual concedía cierto trato preferencial de parte de la Institución, todo lo que está claramente explicado en la sentencia. Sin embargo, lo anterior no significa que la conducta desplegada por el imputado sea atípica (o constitutiva de Hurto Simple, como alega el recurrente), ya que para obtener esa tarjeta (y posteriormente otra justificada en el extravío de la primera), el acusado presentó ante el Banco la documentación necesaria para ello (por ejemplo el contrato de servicio y la solicitud para reponer la tarjeta, pues los funcionarios del Banco le entregaban al acusado las fórmulas correspondientes para que él las llevara y trajera firmadas por M.H.), la cual sabía que era falsa, siendo que el ofendido y cuentacorrentista M.H. ni siquiera se enteró de lo que hacía su empleado, con todo lo cual logró tener en su poder esas tarjetas, con las que procedió, durante más de un año, a retirar sumas de dinero de la cuenta por medio del cajero automático, las que sumaron un gran total de seis millones ciento doce mil colones. Con tal proceder, el acusado indujo en error al Banco, ya que simuló, abusando de la confianza y utilizando falsos documentos, que a través suyo era el ofendido M.H. quien solicitaba y asumía contractualmente el servicio de la tarjeta para su cuenta corriente, obteniendo un beneficio patrimonial antijurídico para sí y lesionando el patrimonio de M.H. en el tanto indicado. Por ello, para que el error del a quo no pase inadvertido, la sentencia debe casarse pero únicamente para recalificar el hecho como constitutivo de Uso de falso documento con ocasión de Estafa, en perjuicio de la Fe Pública, del Banco Nacional y de C.E.M.H. En vista del principio de no reforma en perjuicio, no procede modificar la pena, la cual -en su extremo menor- podría ser superior a la impuesta por el Tribunal de mérito."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 405 de las 17.10 hrs. del 29 de abril.

33. USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA - Resultado pluriofensivo que configura un concurso ideal de ilícitos.

"En el único motivo por violación a la ley sustantiva, se acusa aplicación errónea de los artículos 22 y 76 del Código Penal, por parte del tribunal sentenciador. Ello al considerar que existió un concurso material entre el uso de documento falso y la estafa, siendo que según indica el recurrente, se está ante un concurso ideal, por lo que deben aplicarse los artículos 21 y 75 del citado código. El reclamo debe ser declarado con lugar. No existe duda que el uso de documento falso hecho por el agente consistió única y exclusivamente en estafar al ofendido, de modo que la acción es una. No obstante, el resultado es pluriofensivo, al afectar la propiedad y la fe pública, lesionando más de una norma y dando lugar a un concurso ideal. Ahora bien, por otra parte, ha de entenderse que en este concurso interviene también la falsificación de documento que se le achaca, la cual debe tenerse por cometida precisamente en el instante y lugar en que la acción es capaz de generar un perjuicio (elemento objetivo del tipo penal), lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado, que fue cabalmente cuando se hizo uso del documento para facilitar el engaño defraudatorio. En consecuencia, concurren en el acto la estafa, el uso de documento falso efectuado y la falsificación previa del mismo, que como se explicó se estima realizada en tal momento. Por ende, debe casarse la sentencia, declarando a E.H.Q.M. autor responsable únicamente del delito de falsificación de documento, cometido en concurso ideal con el de uso de documento falso y de estafa."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 831-F de las 13.10 hrs. del 23 de diciembre.

34. VIOLACIÓN AGRAVADA - Colaboración necesaria constituye complicidad y no coautoría.

"Según el cuadro fáctico que contiene la resolución recurrida, el a quo tuvo por demostrado que: "...e) el día ocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, aproximadamente a las veintiuna horas con treinta minutos, cuando la aquí ofendida R.A.G.M., regresaba en bicicleta del Barrio Fray Casiano de Madrid, Puntarenas, a donde había ido a realizar una diligencia personal y se dirigía nuevamente hacia el barrio Veinte de Noviembre en compañía de su amigo R.A.P., al pasar por el portón de Fertica fueron adelantados por los aquí imputados C.L.G.R., R.Q.M. y un sujeto de nombre E.A.V.Ch., quien aún no ha sido localizado. f) Que poco después cuando llegaron al cruce entre Fertica y Carrizal, los encartados y el citado sujeto, se encontraban esperándolos en el mencionado cruce de línea, por lo que al tener que bajarse de la bicicleta para cruzar dicha línea, el citado E.A.V.Ch. procedió a ponerle un revólver contra la frente de la ofendida, amenazándola para que no gritara, mientras el encartado C.L.G.R., sujetó a R., a quien le colocó un cuchillo en el cuello, luego se acercó el coimputado R.Q.M. y le puso a la ofendida un cuchillo en la cintura y así la condujeron junto con R. hasta la casetilla del ferrocarril, donde le dijeron a la ofendida G.M. que se desnudara, pero como ésta no aceptó, procedieron entonces por la fuerza a quitarle todas las prendas de vestir, además que mediante la intimidación lograda, tanto a la ofendida como a su acompañante con las armas que portaban lograron cada uno de ellos mantener relaciones sexuales con la ofendida. g) Que posteriormente los justiciables despojaron a la ofendida de su bicicleta BMX, su reloj, de un anillo y unos aretes, apoderándose de ellos; asimismo la enviaron a que consiguiera un dinero para liberar a su amigo R., lo cual se dispuso hacer; de camino fue alcanzada por este joven quien escapó del sitio donde lo dejaron maniatado sus captores..." (ver folio 199 vuelto) y por ellos se condenó tanto al recurrente Q.M., como a G.R., como coautores responsables de tres delitos de violación agravada y uno de robo agravado, cometidos todos en concurso material. Con respecto a la calificación legal fijada por el a quo, respecto al desapoderamiento de la bicicleta y otros bienes de la perjudicada y al grado de participación que cada uno de los encartados tuvo en los mismos, ningún reparo, objeción o corrección tiene que hacer esta Sala; sin embargo, con respecto a la participación de los sentenciados en lo que se refiere a los delitos de violación por los que resultaron condenados, sí; en efecto, visto el cuadro fáctico fijado por el a quo, estiman los suscritos que el Tribunal incorrectamente estableció la calificación jurídica, al condenar a los sentenciados M.Q.

y G.R. como coautores de tres delitos de violación agravada, cuando en realidad, cada uno de ellos tuvo directamente un solo acceso carnal con la perjudicada. Al respecto, como ya lo ha señalado esta Sala (confrontar V-121-F de las 9.50 horas del 15 de abril de 1992; V-465-F a las 8.50 horas del 11 de noviembre de 1994), así como la Sala Constitucional al resolver la consulta preceptiva en este asunto (confrontar folio 272 frente), el tipo penal establecido en el artículo 156 únicamente puede ser realizado por el autor, pues la penetración se lleva a cabo en forma directa, situación que descarta la posibilidad de que quien preste tan sólo una colaboración necesaria -como lo alega ahora el recurrente y se tuvo por demostrado en el fallo sujeto a análisis-, para que su autor lleve a cabo exitosamente su propósito, pueda cometer el ilícito de violación en grado de coautor. En el presente caso se acreditó que los tres participantes agredieron sexualmente y de manera sucesiva a la ofendida G.M.; sin embargo, también se anota que mientras cada uno de ellos accedía sexualmente a la perjudicada, los restantes intimidaban y reducían a la impotencia mediante el uso de armas, tanto a R.A. como a su acompañante M.S., lo que evidencia el acuerdo tácito habido entre los acriminados para cometer el ilícito, al prestarse recíprocamente colaboración y cooperación para consumarlo, logrando así que en cada caso el autor lograra su propósito. Así las cosas, si bien se desestima -conforme lo expuesto-, que se esté en presencia de una coautoría en tres delitos de violación agravada, como lo tuvo por acreditado el Tribunal, sí se determina que ellos son responsables -en calidad de autores- de un delito de violación agravada cada uno y cómplices en dos ilícitos de la misma naturaleza, todos cometidos en daño de R.A.G.M. Por ello, corresponde declarar con lugar el recurso interpuesto por el sentenciado R.Q.M. y aplicarlo en forma extensiva a C.L.G.R.".

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 362 de las 12.30 hrs. del 18 de abril.

35. VIOLACIÓN DE DOMICILIO - Ingreso a local comercial- Tutela del ámbito de intimidad.

"Errónea aplicación del artículo 204 del Código Penal, por atipicidad de la conducta en perjuicio de "M.S.Ch.". Al considerar como erróneamente aplicado el artículo 204 del Código Penal, el defensor particular del imputado estima que se ha incurrido en un error in iudicando, pues los hechos probados en perjuicio de "M.S.Ch." constituyen una conducta atípica. En apoyo del reclamo, se razona que -al tratarse de un negocio comercial- no se lesionó el bien jurídico tutelado por el tipo penal de la violación de domicilio, esto es, la intimidad. El reclamo resulta inatendible. El recurrente parte de un error al estimar que en la especie no hubo afectación al ámbito de intimidad de nadie, pues "... los objetos existentes es *(sic)* ese local comercial no tienen intimidad ..." [...]. Nuestro legislador optó por darle protección jurídico-penal a cualquier intromisión ilegítima en un local comercial, ya que de manera expresa extendió la tutela del ámbito de intimidad -no sólo al domicilio- sino también a toda casa de negocio ajena. Lo anterior significa que se lesiona el bien jurídico "intimidad" cuando se ingresa a un aposento destinado a la actividad comercial que no está destinado al acceso público, es decir, a la entrada de un número indeterminado de personas. Así las cosas, el propietario de un recinto destinado a una concreta actividad (mercantil, científica, artística, etc.) lucrativa o no, tiene el derecho de mantener alrededor del mismo una esfera de reserva dentro de la cual pueda desenvolverse sin la injerencia de terceros, gozando de la protección penal en caso de que se penetre en la misma sin su consentimiento expreso o presunto, o mediante clandestinidad o engaño (en ese sentido ver: Creus, Carlos, "DERECHO PENAL", parte especial, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2.ª edición actualizada, 1988, págs. 362 a 365). En el caso de autos el agente activo penetró durante la noche al inmueble del ofendido, dedicado a la venta de motocicletas, para lo cual se cortaron los cables de la alarma. Debido a que la alarma siempre se activó, fue descubierto y detenido dentro del negocio (folio 258 frente, línea 28 en adelante). Estos hechos así descritos encuadran en la figura del 204 del Código Penal, pues sí hubo afectación del bien jurídico tutelado en los términos antes referidos, sin importar que la intención directa del acusado hubiere sido otra. En este sentido ha dicho esta Sala: "... la perturbación al ámbito de intimidad se produce aunque ese no hubiese sido el objetivo específico y directo de aquél (el agente activo)... carece de razón lo que se ha interpretado en cuanto a la necesidad de que la casa de negocios esté habitada para que haya delito, ya que de ser así, no tendría sentido la distinción que dispone la ley entre morada y casa de negocios, pues habitada la última, se la tutelaría como morada (ibid.), siendo distinto el caso en que el tipo penal así lo exige. De lo anterior puede derivarse que si una institución, como la referida en autos, se encuentra cerrada al público en razón del horario correspondiente, quien penetre a ella contra la voluntad -presunta o directa- de quienes tendrían derecho a excluirlo, comete el delito de Violación de Domicilio aunque su motivación o propósito específico no fuese perturbar o lesionar el ámbito de intimidad ... lo que hace factible que un sujeto viole un domicilio motivado en muy diferentes circunstancias (por ejemplo para dañar una pizarra, o destruir libros, etc.) pero no por ello desaparece su conducta dolosa constitutiva de la infracción al haberse perturbado el ámbito de intimidad en los términos anteriormente expuestos ..." Sentencia N° V-95-F de las 17.05 hrs. del 21 de abril de 1994 (c. IV). Por todo lo dicho se declara sin lugar el recurso por el fondo."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 66 de las 10.10 hrs. del 31 de enero.

DERECHO PROCESAL PENAL

36. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA - Cónyuge no necesita condición de heredera.

"La razón por la que el Tribunal denegó parcialmente la acción civil resarcitoria resulta contraria a derecho, puesto que resultaba innecesario indicar en forma expresa el destinatario de la suma que correspondía por la muerte del perjudicado M.A.C.J. en concepto de indemnización, pues en efecto, en el presente asunto la actora civil C.S.R., desde el momento en que interpuso la acción civil, lo hizo como ofendida directa por las lesiones sufridas por ella directamente por el hecho delictivo, así como en su condición de cónyuge supérstite y por ende, con derecho también a ser indemnizada por los daños y perjuicios infligidos, como damnificada directa a consecuencia de la muerte de su esposo, sin que aprecie esta Sala que existan motivos razonables ni legales, para que el Tribunal de manera oficiosa, estimara que no era

posible concederle la indemnización en cuanto al segundo rubro, reduciendo con ello su pretensión. Obsérvese que ella ni siquiera necesitaba ostentar la condición de heredera del occiso, porque el artículo 128 del Código Penal de 1941 dispone, que en tratándose de acreedores alimentarios legales que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar -como en este caso la actora civil- procede la indemnización correspondiente, mientras que el artículo 156 del Código de Familia establece, que los cónyuges entre sí tienen el deber legal de alimentarse." Así las cosas, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo, casar la sentencia únicamente en cuanto denegó de manera parcial la acción civil resarcitoria y el reclamo por costas y resolver sobre el fondo -conforme a la legislación aplicable- teniendo en cuenta que en el debate el Lic. B.Q. como representante de la actora civil R.S., solicitó condenar a los demandados civiles C.A. y M.A.R.D. respecto a los daños y perjuicios ocasionados [...]."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 79 de las 9.30 hrs. del 7 de febrero.

37. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA - Omitir la pretensión concreta en el recurso de casación impide a la Sala pronunciarse en ese aspecto.

"En el término del emplazamiento, el abogado director de la parte actora civil se adhiere al recurso formulado por el imputado, y con fundamento en los artículos 450, 472, y 475 del Código de Procedimientos Penales solicita se confirme la sentencia en el aspecto penal, y luego manifiesta que el tribunal declaró sin lugar la acción civil resarcitoria con el argumento de que la acción la formuló la madre de la ofendida, quien supuestamente no podía representarla por ser esta última mayor de edad, lo cual califica de injusto porque ella es incapaz de representarse a sí misma por padecer de un retardo mental, según se tuvo por demostrado. El reclamo es informal, pues no se formula ninguna petición concreta en lo que al aspecto civil se refiere. La Sala no podría actuar de oficio en un caso como el presente, en primer lugar por tratarse de un asunto de carácter patrimonial, donde no puede concederse más allá de lo peticionado; y en segundo lugar por tratarse de un recurso de casación, que es voluntario y se encuentra circunscrito a lo que la parte gestione, según lo señala expresamente el artículo 459 ibídem, el cual dispone que el agravio, que se exterioriza en una petición concreta, delimita la competencia del tribunal de alzada, salvo desde luego las nulidades declarables de oficio."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 738-F de las 8.45 hrs. del 28 de noviembre.

38. ALLANAMIENTO - Validez de práctica en varias habitaciones de un hotel pese a una sola orden.

"De conformidad con los artículos 39, 41 y 42 de la Constitución Política; 106, 393, 395 inciso 2), 400 inciso 3), todos del Código de Procedimientos Penales, la defensora pública de los imputados, Licda. M.L.R., reprocha que la sentencia se basa en prueba ilegítima por inobservancia del principio del juez natural y por mediar un allanamiento ilegal en la obtención de las pruebas. En apoyo de su reclamo, la abogada recurrente estima que el allanamiento, registro y secuestro fue ordenado y practicado por una autoridad incompetente, esto es, la actuaria del Juzgado 1.º de Instrucción de San José, pues dichos actos definitivos e irreproductibles correspondían al juez. Por otra parte, la requisa fue practicada por el Juez 2.º de Instrucción, cuando el competente lo era el primero. La defensa también califica de espuria la prueba obtenida durante el allanamiento, pues éste no se practicó conforme a derecho, ya que en la orden se consignó genéricamente el Hotel Terminal, cuando en realidad cada una de las 25 habitaciones allanadas constituyen un recinto privado. El motivo planteado resulta improcedente, por lo cual debe ser declarado sin lugar. Como bien lo afirma el representante del Ministerio Público al contestar la audiencia que se le concedió, el actuario sí está legitimado para realizar los actos de instrucción que cita la recurrente. En efecto, por un lado el artículo 125 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estatuye que los actuarios tendrán a su cargo la tramitación de los diferentes asuntos que conozca la oficina donde estuvieren adscritos, y por otro, la Corte Plena -amparada en las facultades que le conceden los artículos 125 y 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial- delimitó entre las funciones del actuario, las siguientes: "... 18b) practicar las diligencias de instrucción, en toda clase de asuntos, hasta dejarlos en estado de pronunciarse sobre el fondo de la clausura de la instrucción; y ordenar la detención del imputado cuando proceda ... d) Iniciar las diligencias de instrucción fuera de las horas de oficina, en turno con el jefe de oficina ..." (Sesión de Corte Plena del 5 de setiembre de 1994, artículo XV, publicada en el Boletín Judicial Nº 201 del lunes 24 de octubre de 1994). Como puede desprenderse de lo transcrito, todas las diligencias realizadas por la actuaria del Juzgado 1.º de Instrucción de San José estaban enmarcadas dentro de su ámbito de competencia funcional, de donde se colige que no existió irrespeto alguno al principio constitucional del juez natural. En lo relativo a la ilegalidad del allanamiento practicado en 25 habitaciones del Hotel Terminal tampoco encuentra esta Sala que se haya producido alguna infracción procesal que afecte al derecho de defensa. La orden de allanamiento de folio 22 frente y vuelto, cumple con los requisitos formales previstos por los numerales 209 y siguientes del Código Procesal Penal, pues la misma se formuló por escrito e indica el lugar, día y hora en que la medida debía efectuarse, dejando claro -incluso- que tal diligencia se llevaría a cabo entre las 10 y las 18 horas. Así las cosas, y partiendo de que el allanamiento se ejecutaría en un solo inmueble, es decir en el Hotel Terminal (por informes que señalaban que ese lugar estaba siendo utilizado para el tráfico de drogas), no parece lógico exigir que la autoridad instructora hubiese expedido tantas órdenes de allanamiento según el número de habitaciones del hotel, sobre todo al tener claro que la diligencia se llevaría a cabo en un solo momento y por parte de los mismos funcionarios. La resolución que dispuso el allanamiento del Hotel fue también muy específica al indicar que se tenía informes que señalaban a los aquí imputados como sospechosos de traficar con drogas, por lo que no podría afirmarse que fue genérica e imprecisa. Finalmente, debe indicarse que la requisa la practicó el Juez Segundo de Instrucción de San José porque fue comisionado al efecto, en forma expresa, por la Jueza Primera de instrucción de San José, mediante resolución de las quince horas con quince minutos del diecisiete de abril del año en curso (de folio 27), ya que tanto la titular como el actuario de este último despacho son mujeres, y la requisa debía practicársele a dos hombres. En consecuencia se dispuso la comisión al juez varón con el fin de "...resguardar el pudor de los requisados..." según indicó la funcionaria en su resolución, y ello no se traduce en una violación de los derechos de los acusados. Con base en todo lo expuesto, se rechaza el motivo planteado."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 745-F de las 9.25 hrs. del 28 de noviembre.

39. DERECHO DE ABSTENCIÓN - Imposibilidad de ser utilizado en perjuicio del encartado.

"Reclama el Lic. J.I.V.H. en su condición de defensor del imputado J.J.S.A. como primer agravio, violación de los artículos 226 y 393 párrafo segundo en relación con el 400 inciso 4) del Código de

Procedimientos Penales; al respecto señala el impugnante, que el Tribunal inobservó las reglas de la sana crítica en la valoración del material probatorio. El recurso resulta procedente, conforme se dirá. Visto el contenido del voto de mayoría del Tribunal se aprecia que en el análisis de fondo en el que se sustenta la condenatoria dispuesta señaló -entre otros aspectos- que: "En el cuestionamiento de la defensa, sobre que no hay dictamen alguno sobre la secreción blanquecina en introito, parece olvidar que en parte se debió, a que el mismo imputado a fs. 71, manifestó que no deseaba hacerse la muestra de saliva, semen y sangre, lo cual no afecta para que podamos considerar que es semen del encartado, por cuanto se le ha concedido credibilidad a las ofendidas" (folio 125); además de que "Las aquí ofendidas son contestes en decirnos, que A.R.A., sobrino del imputado, presenció las agresiones sexuales sufridas, incluso su tío lo invitaba a participar en las violaciones, pero no quiso hacerlo; sin embargo, éste en el ejercicio de su facultad de abstención, no declaró en el debate, lo que llama la atención si tomamos en cuenta, que bien pudo favorecer a su tío, más conociendo que tenía que decir la verdad, prefirió mejor quedarse callado, esto obviamente no perjudica, ni favorece al imputado, pero sí refuerza el dicho de las menores, en la medida de que no han sido desvirtuadas sus afirmaciones, de que ambas fueron accedidas carnalmente, mediante intimidación" (confrontar folio 127, la negrita es suplida). Conforme a lo citado, se evidencia que el Tribunal de mérito sustentó su razonamiento en una falacia, pues no obstante indicar que la actitud del encartado y fundamentalmente la abstención del testigo R.A., no perjudicaba al imputado, seguidamente conforme a la conclusión que se plasma en la sentencia se extrae todo lo contrario, o sea la utilización de la abstención del testigo como una presunción negativa en contra del encartado. En efecto, siguiendo el razonamiento del a quo si el testigo hubiera declarado estando obligado a decir la verdad hubiera corroborado la versión de las ofendidas, por consiguiente según lo infiere el tribunal si no declaró fue para evitar decir esa verdad. La garantía de abstención tutelada en nuestra Constitución Política y en la legislación procesal de la materia en favor del encartado y de sus parientes autorizados para abstenerse de declarar, no puede ser utilizada en su perjuicio, pues ello resulta violatorio no sólo del principio de defensa en general, sino también y en particular, de la libertad de declarar o no establecida por la Constitución Política en sus artículos 36 y 39 y el Código de Procedimientos Penales en sus similares 274 y 275. Así las cosas, los razonamientos en los que se basó el a quo, carecen de validez alguna para fundamentar la sentencia, de manera que el vicio no resulta subsanable ni siquiera recurriendo al método de supresión hipotética, pues aunque subsisten otros elementos probatorios en vista de la redacción y contenido de la sentencia, no permiten establecer la responsabilidad de S.A. en los hechos investigados. Por lo expuesto corresponde acoger el recurso por la forma presentado, anular la sentencia recurrida y el acta del debate que le sirvió de base, ordenándose el reenvío ante el Tribunal de origen para una nueva sustanciación del proceso, conforme a Derecho."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE.** N° 813-F de las 11.05 hrs. del 23 de diciembre.

40. DERECHO DE ABSTENCIÓN Y ARREPENTIMIENTO - La falta de arrepentimiento no puede hacerse derivar del derecho de abstención.

"[...] es necesario hacer notar que la Sala Constitucional, cuya jurisprudencia es vinculante al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al evacuar en el presente asunto la consulta preceptiva que establece el numeral 102 ibidem, mediante el voto N° 3624-96 de las 15.15 horas del 16 de julio de 1996, afirma que "... no contraviene el artículo 36 de la Constitución Política, el hecho de que se tome en consideración el arrepentimiento del imputado, a la hora de determinar la procedencia o improcedencia del beneficio señalado ..." (folio 809 frente, líneas 11 a 14). En cuanto a este punto es necesario reiterar que la ausencia de arrepentimiento del imputado, si bien es cierto puede ser utilizada para negar la concesión del beneficio de condena de ejecución condicional, conforme al artículo 59 del Código Penal, tal circunstancia no puede hacerse derivar del derecho al silencio que tiene el acusado, ni de su derecho de defensa en juicio, pues ello sí atentaría contra el artículo 36 de la Constitución Política. La existencia o la ausencia de arrepentimiento debe establecerse mediante elementos probatorios válidamente introducidos al proceso, o puede deducirse de acciones positivas y expresas del encartado, pero no del derecho de abstención constitucional. En ese sentido esta Sala ha dicho lo siguiente: "... pareciera que el tribunal de mérito entiende por "arrepentimiento" el hecho de que el imputado llegue y se declare culpable ante el tribunal, manifestando que se arrepiente de sus acciones y comprometiéndose con la ofendida a reparar su daño, interpretación que violenta el artículo 36 de la Constitución Política, según el cual en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo ... En criterio de esta Sala, el rechazo de la solicitud de beneficio de condena de ejecución condicional de la pena, por la sola circunstancia de la falta de arrepentimiento por los cargos imputados, constituye un quebranto a lo dispuesto en los artículos 36 de la Constitución Política y 276 del Código de Procedimientos Penales, al estar en contra de la facultad de abstención tutelada en esas normas (cfr., entre otras, las resoluciones de esta Sala V-571-F de las 8.55 horas de 25 de octubre de 1991; V-400-F de las 10.20 horas del 16 de julio de 1993; V-716-F de las 9.05 horas del 23 de diciembre de 1993; V-474-F de las 9.50 horas del 11 de noviembre de 1994; V-591-F de las 11.10 horas del 21 de diciembre de 1994 y V-123-F de las 8.55 horas del 10 de marzo de 1995). Deben considerarse dos situaciones posibles: en la primera, el imputado se abstiene de declarar; en la otra, hace uso de su derecho a declarar, manifestando una versión en su defensa que es desvirtuada por otras probanzas a las cuales concede crédito el juzgador, conforme a las reglas de la sana crítica racional. En ambos casos resulta ilegítimo considerar que la actitud del imputado implica una ausencia de arrepentimiento de su parte, esto es absurdo, porque ambas hipótesis se sustentan en el derecho de defensa del imputado, garantizado por la Constitución Política, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y nuestra legislación procesal, de manera que el ejercicio legítimo de su derecho no puede ser óbice para que se le deniegue un beneficio al que tiene derecho a acogerse, cuando reúne los requisitos de ley para su concesión ..." Sala Tercera, Voto N° 329-F-95, de las quince horas cuarenta minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco. Lo anterior es así aun cuando, como muy bien lo señala ahora la Sala Constitucional en la resolución antes citada, para definir el otorgamiento de la condena de ejecución condicional puede tomarse en consideración si el sentenciado se arrepintió o no de la conducta por la cual fue condenado, conforme lo dispone el artículo 60 del Código Penal, sin que por ello se violente la Constitución Política o los derechos fundamentales del acusado. El problema no es que se llegue a tomar en cuenta esa circunstancia, sino que se haga derivar del derecho al silencio que el imputado no mostró ningún arrepentimiento, y sólo por la abstención se tenga como cierta y probada una ausencia de arrepentimiento por la conducta realizada, o una actitud recalcitrante o de rebeldía del reo para con la víctima o contra la administración de justicia."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE.** N° 99 de las 11.10 hrs. del 7 de febrero.

41. EXTENSIÓN DE REQUERIMIENTO POR JUEZ INSTRUCTOR - El principio de indivisibilidad de la acción penal lo faculta para traer a proceso a otra persona, si se infiere su participación después de efectuado el requerimiento.

"Por su parte, el defensor del coprocesado S.P., interpone recurso por la forma, reclamando que el proceso no fue iniciado legalmente, por cuanto el juez de instrucción tuvo por acusado a su defendido, sin que el Ministerio Público hubiera requerido más que a V.C. El reproche no es acogible. De conformidad con el artículo 185 del Código de Procedimientos Penales, la instrucción tiene por objetivo la identificación de los posibles partícipes en el hecho presuntamente delictivo, de todos; de tal suerte que, en virtud de ese principio de indivisibilidad de la acción penal, si luego del requerimiento planteado por el Ministerio Público, se infiere de la investigación que está implicada otra persona, no es necesario remitir las piezas al órgano acusador para que este amplíe el requerimiento o lo reformule, pudiendo el juez por su propia iniciativa atraerla al proceso. Tanto es así, que el mismo código admite que la instrucción se inicie y desarrolle contra un imputado no identificado (artículo 58). Por eso no puede considerarse en ninguna medida irregular que el juez instructor extendiera el requerimiento a S.P., una vez que en el expediente hubo motivos para tenerlo por sospechoso de las acciones investigadas."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 87 de las 10.10 hrs. del 7 de febrero.

42. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN - Existencia del vicio por incluirse razonamientos de resolución anterior declarada nula.

"Reclamo formulado por el Lic. H.Ch.B., en representación del Ministerio Público. Recurso por la forma: Como único agravio, acusa falta de fundamento del fallo y quebrantamiento de las leyes lógicas de razón suficiente y no contradicción, con preterición de los artículos 1, 106 y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales. El reclamo resulta atendible. Ahora bien, no obstante las razones expuestas por el recurrente, una vez analizada la sentencia recurrida, la Sala aprecia un vicio esencial que afecta el fundamento del fallo. En efecto, observa esta Sala que los señores Jueces Superiores V.A. y S.R. -ambos integrantes de la Sección Segunda del Tribunal Superior de Alajuela- al resolver el presente asunto mediante voto de mayoría, aludieron y citaron textualmente parte de los razonamientos incluidos en la resolución de la Sección Primera de ese Tribunal, que conforme al voto de esta Sala 135-F de las 11.15 horas del 29 de marzo de 1996 fue declarada absolutamente nula, no obstante que para todo efecto legal al declararse la nulidad de una resolución -aun cuando el documento permanezca materialmente en el expediente- no existe jurídicamente hablando y por consiguiente, cualquier remisión a su contenido, resulta manifiestamente improcedente. Conforme a lo expuesto, el fallo carece del fundamento necesario, por lo que procede anular la sentencia de sobreseimiento impugnada y disponer el reenvío de la causa al Tribunal de origen, para que proceda a una nueva sustanciación del asunto con arreglo a derecho."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 778-F de las 9.05 hrs. del 13 de diciembre.

43. IN DUBIO PRO REO - Aplicación en caso de decomiso de droga dentro del colchón de la cama utilizada por el imputado.

"Violación al principio in dubio pro reo. Al considerar como violados los artículos 37, 39 y 41 de la Constitución Política, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), y 1, 106, 145, 146, 226, 393 párrafos 2.º y 3.º, y 400 inciso 4), todos del Código de Procedimientos Penales, la defensora pública del imputado alega el irrespeto al principio in dubio pro reo. Como apoyo del reclamo, la recurrente estima que el tribunal violó las reglas de la sana crítica, pues concluye por la existencia del delito de almacenamiento de drogas con base en varios elementos a partir de los cuales no se deriva esa conclusión, sino que arrojan un juicio de duda acerca de la culpabilidad del imputado. El reclamo es procedente. En sentencia se tiene por cierto que "... encontrándose recluido el aquí encartado ... en el Centro de Atención Institucional de Heredia ... ocupando la cama número setenta y tres en un aposento de cuarenta camas, los oficiales de seguridad ... fueron informados confidencialmente que en la cama setenta y tres o en la setenta y cuatro que están en el mismo camarote, dentro del colchón, había droga ... Que el domingo ... como todos los domingos fue día de visita ... todos los recluidos fueron llevados al patio, para el recuento ... Que el momento ... fue aprovechado por los oficiales de seguridad citados para corroborar los informes que tenían ... siendo que el oficial G.O. encontró dentro del colchón de la cama setenta y tres, sesenta y cinco puchitos que luego del análisis resultaron ser 6,85 gramos de picadura de droga cannabis sativa (marihuana) ... Que el encartado ... para la fecha de los hechos tenía ocho meses de ocupar la cama setenta y tres ..." (folio 36 vuelto, línea 24, a folio 37 frente, línea 17). Con base en estos hechos podríamos afirmar, con cierto grado de probabilidad, que es muy posible que la droga pertenezca al imputado M.L., porque es difícil de aceptar que otro recluso la esconda en el colchón de la cama que ocupa aquél; sin embargo, como bien lo concluyó la representante del Ministerio Público al concluir el debate, existen una serie de aspectos dudosos que impiden concluir con absoluta certeza que el imputado colocó dicha droga en ese lugar (ver acta del debate, fl. 34 vlto.). En efecto, es necesario tomar en consideración que el descubrimiento de la picadura de marihuana se logra en virtud de informes confidenciales; el lugar donde aparece no es un recinto cerrado ni privado, sino que al mismo tienen acceso otras personas, pues se trata de un salón en el cual se ubican cuarenta camas y muchos reclusos; el acusado no permanece las veinticuatro horas del día junto a su lecho, pues existen ciertos momentos en los cuales son trasladados a otros lugares; y no se logró establecer en la sentencia que él manipulara la mercancía. Todos estos elementos, unidos entre sí y valorados de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, arrojan un juicio de probabilidad, pero no de certeza, sobre la responsabilidad del señor M.L. en el ilícito acusado. Existe un margen de probabilidad muy amplio que permite considerar también que un tercero haya colocado la marihuana en esa cama, fundado en varios motivos, como por ejemplo por venganza, o para eludir su responsabilidad en caso de que la droga sea descubierta. El razonamiento que esgrime el órgano jurisdiccional no respeta el principio lógico de derivación, pues las premisas de que parte no llevan -necesariamente- a la conclusión establecida. En efecto, el tribunal de juicio indica que "... La cama es ocupada por el aquí encartado desde hacía ocho meses... Resulta lógico establecer sin lugar a duda que la droga era del encartado M., pues estaba dentro del colchón que él ocupaba ... la lógica señala que un interno para hacer daño a otro, no va a disponer de tal cantidad de droga para hacer tal daño, pudiendo lograrlo con menos y si la droga estaba en el colchón ocupado desde hacía ocho meses por el encartado, no hay razón para estimar que la droga no era suya ... es un lugar privado para él ..." (folio 38 frente, líneas 26 y 27; y folio 38 vuelto, línea 1 en adelante). Como se aprecia, se deduce que la droga es del imputado sólo porque estaba dentro del colchón de la cama que él ocupa. No puede asegurarse con absoluta certeza que sea imposible, de acuerdo con la experiencia, que otra persona (no necesariamente otro interno

como se asegura) haya colocado esa cantidad de marihuana ahí para incriminar al encartado. Los elementos analizados por el tribunal de mérito, incluyendo la versión del vigilante G.A., quien es el único en afirmar que los informes confidenciales hacían referencia a que era precisamente M.L. quien distribuía la sustancia prohibida dentro del penal (folio 39 frente, líneas 13 a 16), no tienen la virtud de hacer desaparecer el estado de duda en favor de este último, porque se trata de una indicación no confirmada al desconocerse la identidad de la persona que le atribuye esa responsabilidad, así como también las circunstancias y las condiciones bajo las cuales hizo esa imputación. En otros términos, los elementos probatorios no permiten derivar "la necesaria demostración de culpabilidad" exigida por el numeral 39 de la Constitución Política. Respecto a las afirmaciones que hacen los oficiales de policía cuando reiteran "informes confidenciales", esta Sala ha dicho lo siguiente: "... Si bien es cierto el informe policial y la investigación que éstos realizan (los miembros de la policía) es importante para tales efectos (instrucción y preparación de la eventual requisitoria) también lo es que los jueces deben finalmente acreditar esas sospechas o informes con pruebas objetivas examinadas debidamente en el proceso. No pueden los juzgadores basarse únicamente en especulaciones o presunciones policiales, porque ello violaría el citado principio y todos aquellos que rigen la valoración probatoria en materia penal. La certeza debe construirse con base en las pruebas evacuadas en el debate y en aquéllas anteriores legalmente incorporadas a aquél, las cuales deberán ser sometidas a un riguroso proceso de evaluación para seguidamente sustentar la fundamentación en sus aspectos fácticos y jurídicos ... para que ésta (la interpretación policial) adquiera la certeza referida, es necesario que resulte plenamente corroborada con las pruebas judiciales producidas conforme a las reglas procesales y valoradas de acuerdo con los principios de la sana crítica ..." (Sentencia V-700-F-95 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco). Por todo lo antes expuesto, se impone acoger el recurso por falta de aplicación del principio in dubio pro reo. Ahora bien, estima la Sala que debe procederse a resolver directamente el fondo del asunto, en virtud de que no existen otros elementos probatorios posibles de incorporar a juicio, en cuyo caso es innecesario disponer el reenvío para una nueva sustanciación, conforme lo ha dispuesto anteriormente por economía procesal. Por lo anterior debe casarse la sentencia y en virtud de que ante la duda sobre situaciones fácticas debe resolverse en favor del acusado, procede absolver de toda pena y responsabilidad a R.M.L. por el delito de Almacenamiento de Marihuana para el Tráfico que se le ha venido atribuyendo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 794-F de las 9.30 hrs. del 23 de diciembre.

44. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA - La prueba obtenida por este medio puede válidamente involucrar a otras personas.

"De conformidad con los artículos 1), 106, 144, 146, párrafo 2.º, 147, 148, 150, 395, inciso 2) y 400 incisos 3) y 4) del Código de Procedimientos Penales, y el 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) los defensores particulares de los imputados A.S. y S.T. reprochan que la sentencia condenatoria adolece de un vicio in procedendo por fundarse esencialmente en prueba ilegal, esto es, en las intervenciones telefónicas realizadas a V.A.S. en contravención con lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política y por la Ley Nº 7425 (ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones). Como apoyo del alegato, se razona que no existió orden judicial para realizar la intervención telefónica de A.S., pues la que autorizó y realizó la jueza de instrucción de Heredia no iba dirigida de manera específica a él. En criterio de quienes recurren, "... No podría ser objeto de restricción ningún otro además del derecho del dueño o usuario del teléfono y del derecho del destinatario de la comunicación que será afectada; de lo contrario, estaríamos en presencia de una intervención de comunicaciones orales sin orden ..." (folio 256, líneas 22 a 26). El reclamo debe declararse sin lugar. La autoridad instructora ordenó la escucha del teléfono doscientos treinta y cinco-ochenta y ocho-catorce, registrado a nombre de la coimputada R.T.S., y a través de dicha intervención se logró establecer que ésta y V.A. se encontraban involucrados con el tráfico de drogas, específicamente que el día 22 de febrero de 1996 se produciría una entrega de crack a una mujer conocida como S.N.S., en los alrededores del Centro Comercial del Sur (folio 237 vuelto, línea 24, a folio 238 frente, línea 5). Como puede apreciarse, en el caso que nos ocupa si bien es cierto la orden judicial iba dirigida de manera específica al teléfono y las comunicaciones orales de la coencartada R.T., eso no significa -tal y como afirman los recurrentes- que la prueba de allí obtenida sólo pueda utilizarse en relación con ésta, como destinataria del servicio, pues lo contrario nos llevaría a conclusiones absurdas, como sería el exigir que la autoridad instructora conozca de antemano cuáles serán las personas que participarán en las conversaciones para que sus nombres vayan incluidos en la resolución que ordena la diligencia. La intervención telefónica, como acto de investigación que es, abarca todas las llamadas que se realicen desde el número intervenido, independientemente de quien realiza las llamadas, así como también con independencia de que el contenido incriminatorio de las conversaciones se haya producido por una llamada originada o por otra recibida en el número intervenido, de tal forma que cualquier elemento probatorio que de allí se derive -aun si con ello se incrimina a terceros, también involucrados en la actividad ilícita- puede utilizarse válidamente en la fundamentación del fallo. En el caso de autos la prueba que los recurrentes califican de "ilegítima" es perfectamente válida, pues se trata de una "comunicación útil y relacionada con la investigación", y "que se relaciona con el delito" (artículo 18, párrafo 2.º, y 26 párrafo 2.º, ambos de la Ley Nº 7425 antes citada), sostenida entre A.S. y la coimputada T.S. en el teléfono de ésta, es decir, realizada por la persona a quien se investiga y en el número intervenido. Así las cosas, es claro que la actuación policial y judicial estuvo apegada al mandato legal y constitucional, pues -al respetarse en el procedimiento seguido los requisitos que al efecto se establecen en dichos cuerpos normativos- sí existía autorización para que dichas comunicaciones fueran examinadas en sentencia. Así las cosas, por no estarse en presencia del vicio alegado, procede declarar sin lugar el reclamo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 821-F de las 11.50 hrs. del 23 de diciembre.

45. NULIDAD DE SENTENCIA - Omisión sobre dictamen pericial referido a la droga decomisada al imputado es violatorio de derechos fundamentales.

"En un único motivo del recurso por la forma se alega la nulidad de la sentencia y del debate por haberse incorporado ilegalmente la constancia emitida por el Presidente del Tribunal sentenciador (folio 279), en la cual acredita el resultado de diversas pericias a cargo del Organismo de Investigación Judicial y que le fueron suministradas por teléfono. Este vicio -agrega-, violenta el debido proceso y le ocasiona indefensión por cuanto se omitió cumplir con lo dispuesto por el artículo 243 del citado Código. Aunque el reproche del impugnante es cierto, el vicio que amerita la nulidad no es exactamente el que se alega, sino que como lo manifestó el respectivo Fiscal del Ministerio Público en la audiencia oral de casación, es que el dictamen sobre el kilo aproximado de picadura de marihuana que supuestamente se le

decomisó a V. ni siquiera se tuvo a la vista al momento del debate y del posterior fallo (ver constancia de vista y escrito presentado por el representante del órgano acusador, incluyendo fotocopia del dictamen omitido). En efecto, al folio 279 se hizo constar una información esencial, como lo fue el resultado de varios exámenes de la droga decomisada, (véase actas de folios 21 y 23). Esta fue remitida a dicho Organismo para su análisis según consta en el oficio de folio 61. Sin embargo, cuando se inició el debate el día 4 de junio del presente año (folio 280), aún no había llegado el reporte. El Presidente del Tribunal, utilizando un método no ilegítimo pero sí irregular, hizo constar el 5 de junio los informes que le fueron dados por la vía telefónica por la profesional que realizó la pericia, la licenciada Patricia Fallas. Luego estos fueron enviados al Tribunal por fax el 7 de junio de 1996 (folios 186 a 192 bis), lo que no deja de ser válido y corrobora tal información, a pesar de haberse recibido dos días después de concluido el juicio oral. Pero en lo que se refiere al reporte que interesa al encartado (sobre el kilo de presunta marihuana decomisada dentro de una bolsa plástica, dictamen N° 96-370-Qui), éste no se observa en la constancia de los informes obtenidos telefónicamente por el Presidente del tribunal ni fue enviado por fax, siendo hasta el día 6 de agosto que se recibió en dicho despacho (folios repetidos 185 y 188), lo que acredita que no fue incorporado a la audiencia ni fue tenido a la vista a la hora de la decisión. Como se puede apreciar, la falta en que incurrieron los jueces es grave, por cuanto no podían celebrar el debate sin esa prueba, o al menos debieron suspenderlo y reabrirlo conforme al artículo 394 del Código de rito. Tal omisión, inaceptable en un Tribunal Superior, lesiona sin la menor duda los derechos fundamentales de las partes al negárseles la posibilidad de ser oídas y ejercer su defensa en relación con un elemento probatorio esencial, vulnerando por ende principios fundamentales constitutivos del debido proceso, lo que debe sancionarse con pena de nulidad (artículos 243 en relación con los numerales 144, 146 y 400 inciso 3) del C.P.P.). Por todo lo dicho debe anularse parcialmente el fallo y el respectivo debate en lo que concierne a V.M. Se reenvía la presente causa al tribunal de origen para que nuevamente sea sustanciada conforme a derecho."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 726-F de las 10.20 hrs. del 22 de noviembre.

46. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL - Validez de intervención de juez de instrucción previa declaración de incompetencia.

"Por correlacionarse entre sí, corresponde analizar en conjunto los dos alegatos presentados. Reclama violación de los artículos 33, 35, 39, 41, 152, 153, 154, 155 de la Constitución Política y 1, 13, 17, 21 inciso 2), 22 inciso 1), 106 y 400 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales, en relación con los numerales 145 inciso 1), 146, 147 y 150 del mismo cuerpo legal, por haber rechazado el a quo el incidente de nulidad de todo lo actuado ilegítimamente -según su criterio- por el Juzgado Cuarto de Instrucción de San José, -que según afirma la recurrente-, violó el principio del juez natural al no resultar competente ni en el tiempo, ni en el espacio, porque correspondía conocer la causa a su similar de Tibás y La Uruca. Sigue diciendo la gestionante, que esa nulidad es de carácter absoluto y por ende alcanza todo lo actuado, razón esta última por la que estima que el fallo se apoyó en prueba obtenida en forma ilegal y en consecuencia, no apropiada para sustentar una sentencia condenatoria. El reclamo no es admisible. Los argumentos que expuso quien recurre, conducen a demostrar que -efectivamente- el Juez Cuarto de Instrucción y su Actuario participaron en la averiguación del suceso origen de la causa, merced a solicitud del Organismo de Investigación Judicial con ese objeto, al iniciarse los trámites; sin embargo, esa circunstancia no tiene los alcances que pretende fijarles la defensa. Obsérvese que la propia impugnante indicó con claridad, que se trata de un Juez de la República y que la prueba cuestionada se recabó contando con su autorización, de manera que si bien pudo inicialmente actuar estimando ser competente para tramitar la causa por tratarse de causas conexas referentes a hechos acaecidos en Tibás y San José (artículo 21 del Código de Procedimientos Penales), lo cierto es que una vez planteada por la defensa la excepción de incompetencia de jurisdicción en razón del territorio, la Sección Segunda del Tribunal Superior Cuarto Penal mediante resolución ordenada siendo las 11.30 horas del 19 de diciembre de 1995, (confrontar folio 325) estimó que el competente para continuar con la tramitación del proceso, era el Juzgado Instructor de Tibás y La Uruca, determinación que no incidió en manera alguna en cuanto a los actos ejecutados en el proceso con anterioridad, ni ocasionó perjuicio alguno al interesado, puesto que todas las actuaciones realizadas las ejecutó el Organismo de Investigación Judicial bajo la orden y supervisión de un juzgado instructor legítimamente investido para actuar en esta materia. En efecto, basta recordar en cuanto al punto, que el artículo 20 del Código de Procedimientos Penales dispone, que: "La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial, sólo producirá la nulidad de los actos de instrucción cumplidos después de que se haya declarado la incompetencia". Es importante destacar que de haber continuado actuando en el proceso el Juzgado Cuarto de Instrucción de San José una vez que se ordenó la resolución citada -acorde con principios constitucionales y procesales- sí hubiese resultado pertinente declarar la nulidad de sus actuaciones, pero no las realizadas antes, como pretende quien recurre. Conforme lo indicado, la prueba que se recabó mediante la participación de Juez y Actuario integrantes del Juzgado Cuarto de Instrucción de San José resulta válida y eficaz, no derivando de esas condiciones la procedencia de declarar la nulidad solicitada, razón por la que alegándose la fundamentación ilegítima del fallo con sustento en la utilización de esos elementos probatorios en el dictado de la resolución recurrida, tampoco resulta atendible el reparo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 792-F de las 9.15 hrs. del 23 de diciembre.

47. PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO - Vinculación del tribunal de reenvío.

"En el primer motivo de sus recursos, los defensores de los encartados A.H. y A.M., reclaman violación del principio non reformatio in peius, consignado en el artículo 459 del Código de Procedimientos Penales, por cuanto en un fallo anterior por los mismos hechos, anulado por esta Sala a gestión de la defensa, se había impuesto a los acusados sólo seis años de prisión, mientras que en la sentencia recurrida se les impuso diez años y catorce de prisión respectivamente *(sic)*. Llevan razón los recurrentes. A folio 119 vuelto puede comprobarse que en la sentencia 60-94, dictada por el Tribunal Superior Penal de Puntarenas a las 11.00 hrs. del 25 de mayo de 1994, a raíz de los mismos hechos en examen, se impuso a los encausados la pena de seis años de prisión. Con posterioridad, mediante el voto 454-F, de las 9.30 del 4 de noviembre de ese año, esta Sala declaró con lugar un recurso formulado por la defensa y anuló aquel fallo y ordenó el reenvío (folio 133 y siguientes). Siendo así, y reiterando, como ya lo ha hecho esta Sala y la jurisprudencia constitucional, que la prohibición de reforma en perjuicio vincula tanto al a quo cuanto al tribunal de reenvío, pues de lo contrario sería nugatoria la garantía, debió el nuevo tribunal juzgador entrar a conocer los hechos, realizando el juicio de autoría y responsabilidad, otorgando la calificación en derecho correspondiente (pues la garantía del tercer párrafo del artículo 459 se restringe al monto y calidad de la pena o a los beneficios primeramente acordados, y no a la calificación jurídica de los hechos),

pero no agravar la pena más allá del tanto de seis años de prisión en caso de imponer una pena privativa de libertad. Por lo tanto, deben declararse con lugar los motivos y anular la sentencia únicamente en lo concerniente a la determinación de la pena. Sin embargo, no habiendo interés en ordenar el reenvío solamente para que el tribunal juzgador proceda a la reducción de la pena conforme al citado numeral, esta Sala procede a hacerlo directamente. Por consiguiente, se acogen los reproches, y se declara a G.A.M. autor responsable de los delitos de violación y corrupción agravada en concurso ideal y a A.A.H. autor responsable del delito de violación, todos en daño de Y.U.M., imponiéndosele a ambos la pena de seis años de prisión por no ser posible imponer una sanción mayor de acuerdo con lo que aquí se expuso."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 691-F de las 9.45 hrs. del 14 de noviembre.

48. RECURSO DE CASACIÓN - El hecho de que el defensor no lo formule no significa necesariamente negligencia en el ejercicio del cargo.

"Como primer motivo de revisión, el sentenciado L.E.C.C. reclama como violados los artículos 39 de la Constitución Política; 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales; 31, 45, 46, 111, 112 y 139 del Código Penal. Estima que durante el proceso contó con una defensa técnica defectuosa, pues "... la defensora omitió el planteamiento de un recurso de Casación, con fundamento en la errónea aplicación del derecho de fondo ..." (folio 142, líneas 19 a 20). El reclamo debe declararse sin lugar. Al evacuar la consulta preceptiva correspondiente, la Sala Constitucional señaló que: "... en cuanto a los reclamos por una defensa defectuosa, no hay violación al principio del debido proceso, salvo que se demuestre que el perjuicio en el cumplimiento de deberes procesales se ha producido a causa de negligencia inexcusable ..." Voto N° 5596-96, de las 15.15 hrs. del 22 de octubre de 1996 (folio 175 vuelto, línea 27 en adelante). En el caso que nos ocupa no concurre el vicio que señala el recurrente, pues de la decisión que tomó la defensa pública al no interponer el recurso de casación por supuestos vicios in iudicando, no se deduce negligencia o incumplimiento inexcusables de su labor, en los términos que señala la resolución antes transcrita. El hecho de que el defensor no hubiere formulado recurso de casación contra la sentencia condenatoria no necesariamente significa que ha habido negligencia en el ejercicio del cargo, pues dicho recurso se formula cuando el interesado estima que se ha producido una violación de ley (procesal o sustantiva) y se acude ante el Tribunal de alzada a demandar se repare la ilegalidad o la arbitrariedad. El recurso de casación no constituye un mecanismo al que automáticamente deba echar mano el abogado frente a toda sentencia contraria a los intereses que representa. Para estimar que ha habido negligencia inexcusable en el desempeño del cargo de defensor por no formulación de un recurso, se hace necesario acreditar la necesidad y evidencia del acto omitido así como los perjuicios a la parte asesorada. Esos aspectos no se han acreditado en el caso de autos, razón por la cual debe declararse sin lugar el reproche."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 179 de las 16.30 hrs. del 27 de febrero.

49. RECURSO DE CASACIÓN - Obligaciones del recurrente.

"El actor civil H.Y.Y. solicita ,adición y aclaración de la sentencia de esta Sala V-589-F de las 9.50 horas del 11 de octubre de 1996 (que declaró sin lugar el recurso de casación por él interpuesto), por cuanto considera que carece de "formalismo", puesto que no enuncia cuál es el respaldo normativo en que se sustenta este Tribunal para estimar que su recurso es informal, razón por la cual solicita que sean precisadas esas normas. Pues bien, la informalidad del recurso de casación formulado proviene de la inobservancia de la relación que resulta de los artículos 471, 477 y 452 del Código de Procedimientos Penales. De tales normas se entiende con claridad que en este recurso debe indicarse separadamente cada motivo (de forma o fondo, véase el artículo 471) con sus fundamentos, es decir, con la especifica indicación de los argumentos tendentes a demostrar la existencia del error configurativo del motivo (por ejemplo indicándose cuál es la norma que debió aplicarse, con qué alcance y sentido, etc.), formalidad cuya inobservancia se sanciona expresamente con la inadmisibilidad del recurso. En el presente caso puede corroborarse que el recurso contiene un reclamo por la forma (o por vicios in procedendo) y otro por el fondo (o por vicios in iudicando). En el primero de ellos, según lo dice la sentencia claramente, no se fundamentó el reclamo. En el segundo, el recurrente no se atuvo a la relación de hechos probados, lo cual anula la fundamentación del reclamo, en vista de la naturaleza de la ley cuya inobservancia o errónea aplicación se acusa, pues el recurso por el fondo debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efecto de examinar si el caso se resolvió de acuerdo con la ley sustantiva aplicable, no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estimó acreditado, lo cual es objeto del recurso por la forma, pues esta cuestión atañe a lo que es la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional y a la fundamentación de la sentencia, que son algunas de las formas procesales a las que debe ajustarse el juzgador. Ciertamente el legislador ha dispuesto el recurso de casación en condiciones formales y técnicas que suponen el dominio de ciertos conocimientos jurídicos que no siempre están al alcance de todos los ciudadanos. Por ello esta Sala ha adoptado el criterio -en casos como el presente- de admitir el recurso para revisar de oficio los vicios que defectuosa o deficientemente se han formulado, lo que no impide señalar los defectos de interposición del reclamo, ya que uno de los cometidos políticos de la casación es la de uniformar la aplicación e interpretación de la ley. Nótese que en la sentencia, a pesar de que los reclamos eran técnicamente inadmisibles, la Sala se pronunció expresamente descartando la existencia de los defectos formales y de fondo acusados, verificación que tuvo que hacer de oficio, claro está, sin contar con los valiosos datos que una fundamentación adecuada del recurso hubiera proporcionado a ese examen. Como podrá ver el solicitante, lo dispuesto en sentencia tiene un sólido y expreso respaldo normativo y si en este caso alguna norma aparentemente se dejó de aplicar, fue únicamente la contenida en el artículo 458 párrafo segundo, que obliga a esta Sala a declarar erróneamente concedido por el a quo un recurso que no satisface las formalidades prescritas por la ley. Decimos "aparentemente", porque en todo caso la jurisprudencia vinculante erga omnes de la Sala Constitucional ha indicado que las normas que rigen el recurso de casación no deben entenderse con rigor formalista sino de modo que permita con relativa sencillez a la Sala de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general (cfr. Sala Constitucional N° 719 de las 16.00 horas del 26 de junio de 1990)."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 128-A de las 8.55 hrs. del 14 de noviembre.

50. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SOBRESEIMIENTO - Necesario cumplimiento previo del trámite de la apelación.

"Con fundamento en el artículo 486 del Código de Procedimientos Penales, el señor J.O.A. plantea recurso de queja contra la resolución dictada por el Juzgado Segundo de Instrucción de Heredia a las 13.20 horas del 4 de noviembre de 1996 (folio 312), en virtud de

la cual se rechazó el recurso de casación que se interpuso directamente contra una sentencia de sobreseimiento simple. II.- Al rendir el informe respectivo (folios 413 y 414), la jueza segunda de instrucción de Heredia, Licda. M.G.A., refiere que el día 13 de setiembre de 1996 dictó sentencia de sobreseimiento en la presente causa, quedando firme el día 24 del mismo mes. El día 9 de octubre de 1996, los actores civiles presentan recurso de casación contra la referida resolución, el que se rechazó con base en lo dispuesto por el numeral 322 del Código de Procedimientos Penales. III.- Según las reglas sobre impugnabilidad objetiva que fija nuestra ley procesal (artículos 322 párrafo 1.° y 472 del código antes citado), contra el sobreseimiento dictado por el juez de instrucción procede el recurso ordinario de apelación, y no es sino hasta que dicha resolución haya sido conocida por el tribunal de apelaciones correspondiente, que podrá deducirse el recurso extraordinario de casación. Lo anterior significa que la ley no permite interponer en forma directa el recurso de casación sin haberse cumplido con todo el trámite de la apelación (en ese sentido véase la resolución de esta Sala V-354-F-94 de las 10.30 hrs. del 9 de setiembre de 1994). Además, si no se interpone recurso de apelación, el sobreseimiento adquiere firmeza, sin que luego proceda la casación. El derecho de impugnar, al que tiene la parte, no puede transformarse de un derecho de apelar a un derecho a la casación, cuando no interpone el primero pudiendo hacerlo. En el presente caso el sobreseimiento adquirió firmeza al no interponerse el recurso de apelación respectivo, de modo que ahora ese derecho no puede cambiar a un derecho a la casación para examinar una resolución que constituye cosa juzgada y por ello procede rechazar el recurso de queja interpuesto."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 145-A de las 8.50 hrs. del 6 de diciembre.

51. RECURSO DE REVISIÓN - Cumplimiento de condiciones mínimas para su interposición.

"Ciertamente esta Sala ha flexibilizado la admisibilidad de este recurso [de revisión] para facilitar el acceso a esta vía, sin embargo, tratándose de una acción que tiene por finalidad dejar sin efecto un fallo firme, es necesario que se cumpla un mínimo de condiciones prescritas en dichos numerales, pues de lo contrario se debilitaría la garantía del artículo 42 de la Constitución Política que es una consecuencia del principio de seguridad jurídica. Entre los intereses generales de la sociedad y los derechos del imputado, es necesario un equilibrio que permita la vigencia de las garantías de ambos. Es indispensable, pues, que los motivos sean expuestos separadamente, o si se formulan conjuntamente, al menos de su redacción se puedan desglosar las razones en que se funda cada causal. En un caso como el presente, no es posible que la Sala cumpla esa función y por ello debe declararse inadmisible."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 137-A de las 9.30 hrs. del 28 de noviembre.

52. RECURSO DE REVISIÓN - El actor civil carece de facultades para interponerlo.

"[...] la interposición de los recursos en el proceso penal, se encuentra regida por los principios de taxatividad objetiva y subjetiva; así las cosas, el artículo 447 del Código de Procedimientos Penales señala -en lo conducente- que: "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos... El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado". En este caso la impugnación resulta manifiestamente improcedente. En efecto, el artículo 490 del Código ibidem dispone que "La revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado..." mientras que el numeral 491 ibidem señala expresamente quiénes son los sujetos legitimados para su interposición, entre los cuales no se contempla el actor civil. Sobre esta misma temática, la Sala Constitucional ha señalado que: "El recurso de revisión constituye un medio extraordinario de impugnación, no devolutivo y no suspensivo, encaminado a remover una sentencia perjudicial mediante otra, tanto para la vía civil como la penal. Se dirige contra sentencias de condena y no de absolución, con carácter de irrevocables en virtud de la cosa juzgada. Este recurso lo puede promover únicamente el penado, salvo las excepciones establecidas en la ley (artículo 491 del Código de Procedimientos Penales), que permite al representante legal cuando éste fuere incapaz, el cónyuge, los ascendientes, descendientes o hermanos, si el penado hubiere fallecido, o el Ministerio Público interponer este recurso extraordinario. En materia penal la revisión está prevista a fin de eliminar la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos; es decir la eliminación del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas, en virtud de la cosa juzgada, sino por efecto de la sobreveniente de nuevas pruebas, y se dispone únicamente para demostrar la inocencia del imputado. Así, en cuanto a la legitimación para interponer este recurso, únicamente lo está el condenado, es decir, el sujeto sobre el que pesa una sentencia condenatoria, y no contra sentencias absolutorias o de sobreseimiento... el recurso de revisión no está previsto a favor de persona física o jurídica que haya sido afectada patrimonialmente por sentencia dictada en un proceso en el que no tuvo la condición de imputado y en tal razón no se le podrá dar la de condenado, puesto que únicamente están legitimados para promover este recurso "los condenados", o en otras palabras, los sujetos demandados sobre los que pese una sentencia condenatoria"... Además de lo anterior, no estima la Sala, a los efectos de aplicar el principio de igualdad constitucionalmente garantizado, que en el proceso penal, imputado y ofendido se encuentren en una situación "razonable de igualdad", y en todo caso, otorgar el recurso de revisión únicamente en favor del condenado, no es sino -como se expuso en la sentencia transcrita- el desarrollo de una disposición constitucional que no permite reabrir causas fenecidas, en virtud del principio de cosa juzgada, cuya base deriva del párrafo segundo del numeral 42 de la Carta Fundamental" (Sala Constitucional, Voto 5063-94 de las 17.38 hrs. del 6 de setiembre de 1994; confrontar en igual sentido Voto 6414-93 de las 10.06 hrs. del 3 de diciembre de 1993). Así las cosas, en el caso concreto, el señor Y.Y. en su carácter de actor civil, no sólo carece de facultades para recurrir conforme al ordenamiento procesal penal vigente sino que su interés no encuentra tutela por medio del recurso de revisión, que fue concebido exclusivamente en favor del condenado."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 166-A de las 9.20 hrs. del 23 de diciembre.

53. RECURSO DE REVISIÓN - Fallos condenatorios que consideraron una circunstancia agravante desvirtuada luego por una absolutoria en favor de supuesto partícipe.

"En el presente caso, a los tres imputados J.R.U., M.C.C. y M.M.P., se les juzgó en forma individual, por problemas de rebeldía. Así, en sentencia 5-95 de las 16.00 horas del 12 de enero de 1995, (folio 226) el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera de San José, condenó a R.U. a descontar cinco años de prisión, como autor responsable del delito de Robo Agravado en perjuicio de J.F.F. Por ese mismo hecho, la Sección Segunda de ese mismo Tribunal (folio 77), en resolución 131-B-95, dictada a las 16.00 horas del 11 de agosto de 1995, declaró a M.M.P. cómplice del delito de Robo Agravado en daño del citado F.F. y lo condenó a un año de prisión. Habiéndose interpuesto recurso de casación (folio 87), esta Sala, mediante resolución 637-F-95

de 9.00 horas del 3 de noviembre de 1995, anuló la sentencia y ordenó el reenvío. Efectuado nuevamente el juicio oral y público, la Sección Primera del indicado Tribunal, lo absolvió de toda pena y responsabilidad. (Sentencia 13-96 de 10.00 horas del 22 de enero de 1996, folio 139). Presentado recurso de casación por el Ministerio Público (folio 145), fue declarado sin lugar, por resolución de esta Sala 203-F-96 de 9.40 horas del 3 de mayo de 1996 (folio 154). Respecto al imputado C.C., ese mismo Tribunal, en sentencia 85-95 de 16.20 horas del 3 de octubre de 1995 (folio 335), lo condenó como coautor de Robo Agravado en daño de F.F., a descontar cinco años de prisión... III.- En ambas condenatorias (de R. y de C.), se tuvo por demostrado que, actuando de común acuerdo y ejecutando un plan previamente concebido, con distribución de funciones, los dos y M.M.P. despojaron de sus bienes al ofendido F. (confróntese ambas sentencias). Al disponer el fallo 13-96, el cual se encuentra firme, la absolutoria de M.P., por cuanto "de los hechos que se han tenido por demostrados y del análisis de la prueba, no se desprende, la participación que el encartado ... tuvo en los hechos", resultan inconciliables los hechos probados de la sentencia de condena y los establecidos en esta segunda resolución, pues ya no podría afirmarse que el suceso fue cometido por tres personas, que es la circunstancia agravante del delito de Robo que se aplicó, en las sentencias condenatorias (artículos 213 inciso 3) y 209 inciso 7) ambos del Código Penal). IV.- En algunos casos de hechos inconciliables, lo dable es la anulación de la o las sentencias. Así debe ocurrir, por ejemplo, cuando se trata de fallos condenatorios dictados contra la misma persona o cuando se condena al cómplice y se absuelve al autor principal, por ausencia de pruebas respecto al hecho en sí. Pero en casos como el presente en que la confrontación se da respecto a la circunstancia agravante del delito (número de participantes en su comisión), no tendría sentido anular la condenatoria y ordenar el reenvío, puesto que ya los hechos quedaron indefectiblemente fijados por la sentencia absolutoria, por lo se está *(sic)* en presencia de los casos en que el tribunal de revisión debe "pronunciar directamente la sentencia procedente en derecho". V.- Acorde con lo expuesto y teniendo por demostrado que en el suceso que se les atribuye a los sentenciados R.U. y C.C., únicamente participaron ellos dos como coautores, se debe declarar con lugar el recurso de revisión interpuesto, modificar la calificación jurídica del hecho, el cual constituye el delito de Robo Simple con violencia sobre las personas (inciso 3) del artículo 212 del Código Penal, modificándose la pena, la cual se fija en el tanto de tres años de prisión para cada uno de los imputados."

1997. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 402 de las 16.55 hrs. del 29 de abril.

54. RECURSO DE REVISIÓN - Imposibilidad de plantear nuevos motivos al contestar la audiencia que da trámite al recurso.

"De conformidad con los artículos 490 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales, y 18 y 30 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, R.F.M.C. plantea revisión de la sentencia condenatoria dictada en su contra por la Sección Segunda del Tribunal Superior Penal de Alajuela, alegando la existencia de "... nuevos hechos y elementos de prueba ..." (folios 244, línea 29, y 264, líneas 19 en adelante). En apoyo de su recurso, el señor M.C. alega que los agentes del Organismo de Investigación Judicial declararon que la testigo M.S. (quien no fue llevada a juicio) les había indicado que él se dedicaba a la venta de crack, lo que fue creído por los jueces de instancia. En vista de esta situación, el impugnante ofrece en calidad de elemento de prueba nuevo la declaración de la referida persona, a fin de comprobar que él -junto con ella- se dedicaba a consumir la droga y no a venderla, en lo que se apoya para estimar que debe aplicarse una norma más favorable, esto es, el artículo 30 de la ley citada. El reclamo debe declararse sin lugar. Todo el fundamento de la acción interpuesta consiste en la deposición de M.S.T., cuya dirección aportada por el propio recurrente es la siguiente: "Pueblo Nuevo de Alajuela, del puente Las Gradas 50 metros al norte, donde es muy conocida" (ver folio 301, líneas 7 y 8). No obstante los esfuerzos de esta Sala por citarla a fin de que rindiera declaración en esta sede, no hubo forma de conseguirlo, pues incluso se ordenaron tres señalamientos a dicho efecto, todo con resultado negativo (folios 302, 317 y 323). La Delegación del Organismo de Investigación Judicial de Alajuela da cuenta que en una primera oportunidad se le dejó una cita en la dirección señalada (ver folio 315), pero la testigo no se presentó a este despacho, lo que hace dudoso que la haya recibido. En vista de ello, se enviaron dos nuevas citas, obteniéndose como respuesta que la referida S.T. no es localizable, pues acostumbra deambular por las calles (folios 323 y 328). Así las cosas, por haber sido absolutamente imposible evacuar la prueba ofrecida, mediante resolución de las 15.10 horas del 18 de noviembre de 1996 se prescindió de la misma. En consecuencia, al no haberse logrado acreditar el fundamento de la revisión procede declarar sin lugar el reclamo. II.- ALEGATOS DE LA DEFENSORA PÚBLICA, LICDA. M.C.A. Al contestar la audiencia otorgada de conformidad con el artículo 493 del Código de Procedimientos Penales, la defensora pública -interpretando la impugnación interpuesta por el sentenciado M.C.- plantea dos alegatos: i) primero indica que existe violación al debido proceso, por cuanto el a quo no fundamentó adecuadamente los hechos, pues el tráfico de drogas "... se basó sólo en el dicho de los policías que a su vez refirieron lo que una testigo fundamental les dijo ..." (folio 297, líneas 14 a 17); ii) en segundo lugar señala que, a pesar de que el imputado fue condenado como expendedor en gran escala, de los hechos probados lo que realmente se desprende es un delito de venta a los consumidores, con base en lo cual solicita la recalificación y la aplicación de una norma más favorable. Los alegatos de la defensa pública no pueden ser resueltos. Si bien es cierto al contestar la audiencia que da trámite al recurso de revisión es posible ampliar los fundamentos del mismo, le está totalmente vedado al recurrente la posibilidad de formular nuevos motivos, que es lo que en este caso se ha hecho, conforme se desprende del artículo 477 del Código de Procedimientos Penales. Nótese que la abogada defensora pretende plantear dos nuevos motivos (violación al debido proceso y violación de la ley sustantiva por errónea aplicación), los cuales no están contenidos en el libelo original presentado. Por lo expuesto, procede rechazar los nuevos motivos de revisión aducidos por la defensa al contestar la audiencia respectiva, sin perjuicio del derecho que le asiste de formular un nuevo recurso."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 837-F de las 13.40 hrs. del 23 de diciembre.

55. RECURSO DE REVISIÓN - Inadmisibilidad cuando existan otras vías para obtener la reparación que se reclama.

"En el caso de autos se tuvo por cierto, en sentencia firme número 106-8-87 dictada por el Tribunal Superior Segundo Penal de San José, Sección Segunda, a las dieciséis horas del primero de junio de mil novecientos ochenta y siete, que en los años de mil novecientos ochenta y tres, y mil novecientos ochenta y cuatro, varios extranjeros entre los cuales se encontraba el aquí recurrente M.S.S., obtuvieron en forma irregular cédula de identidad como ciudadanos costarricenses, sin que existiera un expediente en la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil. Agrega la sentencia que la cédula de identidad la lograron obtener porque la imputada C.M.S.S., que a esa fecha laboraba

en esa Sección del Registro Civil, confeccionó una serie de documentos cuyo contenido era falso. Uno de los jueces votó por la condena de la imputada, pero la mayoría de los integrantes del Tribunal la absolvió en virtud de que no pudo establecer si alguna otra persona de las que laboraban en la Sección de Opciones y Naturalizaciones indujo en error a la imputada al momento de confeccionar la documentación que le permitió a los extranjeros obtener, en forma indebida, cédula de identidad costarricense. No obstante lo anterior el tribunal declaró la falsedad de las actas de naturalización de los extranjeros, entre ellas la del ahora gestionante G.P.P., y por ello ordena cancelar los asientos respectivos. Los extranjeros no intervinieron en ese juicio penal seguido por el delito de falsedad ideológica. Ahora el señor M.S.S., conocido como G.P.P., formula recurso de revisión con fundamento en el inciso 6) del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales. Afirma que aquella sentencia del Tribunal Superior le condenó indirectamente a sufrir una pena sin haber sido parte en el juicio, razón por la que no tuvo oportunidad de defensa, ni se demostró su culpabilidad, violándose el artículo 39 de la Constitución Política. Afirma que su derecho a la revisión deriva del artículo 41 de la Constitución, en cuanto dispone que "...ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños..." Agrega que el artículo 490 del Código Procesal Penal autoriza la revisión en favor de todo "condenado", independientemente de la naturaleza de la condena, y que el inciso 1) del artículo siguiente se refiere incluso al "penado" con lo cual amplia la posibilidad de recurrir a quien, sin haber sido condenado por un delito, ha sido penado o sujeto a un daño decretado por el juez, incluso en una sentencia absolutoria firme. II.- Estima la Sala que el recurso debe ser declarado inadmisible, puesto que si bien el artículo 41 de la Constitución Política garantiza el acceso a la jurisdicción, al estatuir que "...todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...", sin embargo, de entrada esa misma norma señala que ello debe hacerse "...ocurriendo a las leyes...", es decir de conformidad con los procedimientos que establece la ley, en especial las normas que atribuyen la competencia al tribunal para dirimir el asunto en el caso concreto. Esa legitimidad para intervenir en el caso ahora sometido a conocimiento de la Sala Tercera es la que la ley no autoriza en forma expresa, pues por un lado la propia Constitución señala, en el artículo 42, que "...se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión", y por otro lado dicho recurso procede, según el artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, solamente contra sentencias firmes y en favor del condenado o penado, en los términos del artículo 399 ibídem, es decir en favor de una persona condenada a una sanción penal, pues de lo contrario atentaría contra el principio constitucional de la irrevocabilidad de la cosa juzgada.- III.- La Sala no descarta la posibilidad de que, excepcionalmente y por encima de los razonamientos anteriores, en aquellos casos en que exista un evidente error judicial o una indiscutible arbitrariedad procesal, se recurra al procedimiento de revisión penal con el fin de restablecer el sentido de la jurisdicción: es decir la justicia del caso, aplicada y reconocida conforme a la Constitución, al Derecho Internacional y Comunitario vigentes en el país y a la ley. Pero ello podría ser admisible solamente cuando el ordenamiento jurídico no establezca otra posibilidad, ni ninguna otra alternativa, para que la persona obtenga la respectiva reparación, pues en este último supuesto el interesado debe recurrir a esa vía jurídica todavía abierta. El tema sobre la nacionalidad costarricense del señor S.S. no ha sido resuelto en forma definitiva en la sentencia que se impugna, pues sólo se declaró falsa el acta de naturalización en que se sustentaba su nacionalidad costarricense y dispuso por ello cancelar el asiento respectivo. No obstante lo anterior el procedimiento para obtener esa condición puede reponerse, si el interesado lo tiene a bien, con el fin de que las autoridades respectivas se pronuncien al respecto, en cuyo caso no se presenta uno de los supuestos de excepcionalidad que justifican abrir en forma extraordinaria esta vía de revisión penal. Para tales efectos no debe confundirse el interés del recurrente en recuperar la condición civil que ostentaba antes del fallo, con la posibilidad de que se discuta legalmente sobre su derecho o no a obtener la nacionalidad costarricense. Es más, conforme consta en los registros y archivos de jurisprudencia, esta Sala tiene conocimiento que el aquí recurrente ya ha formulado otras gestiones jurisdiccionales para impugnar la cancelación del asiento del Registro Civil que le otorgaba la nacionalidad costarricense. En concreto que presentó un recurso de amparo contra la Directora del Registro Civil y que se encuentra pendiente en la Sala Constitucional (número 4047-C-96); así como también que formuló juicio ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa, en el cual la Sala Primera de la Corte indicó, en sentencia N° 85 de las 10:00 hrs. del 24 de diciembre de 1993, que "...si el recurrente no fue condenado, ni fue parte, en el juicio penal ello no puede sanear un acto absolutamente ilegítimo, espurio, contrario al ordenamiento jurídico por una acción evidentemente grosera, y el Tribunal al ordenar al Registro la cancelación de ese asiento actuó legitimado pues tal asiento carece de fuerza jurídica, y es negación misma del derecho. Esto es así porque es la única forma de garantizar la ejecutoriedad de la sentencia penal... Por otra parte tampoco encuentra esta Sala ningún tipo de violación a la Carta Magna pues el recurrente no puede derivar ningún tipo de derecho de un acto inexistente, por el contrario por ser el otorgamiento de la nacionalidad costarricense un acto soberano del Estado tanto la Administración Pública como los Tribunales de Justicia están en la obligación de salvaguardar, aun de oficio, la violación a tales disposiciones constitucionales..." Todo lo anterior torna en inadmisible el recurso."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 142-A de las 10.05 hrs. del 28 de noviembre.

56. SOBRESEIMIENTO OBLIGATORIO - Requisitos.

"Ya ha externado esta Sala, que es menester que en los Sobreseimientos Obligatorios se hagan constar los hechos que se tienen por demostrados, para poder cumplir con el artículo 42 de la Constitución Política ("Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible" y "se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión"). (Ver Resolución 113-F de 10.20 horas de 17 de agosto de 1983). También que es indispensable que se fundamente lo relativo a pruebas nuevas -si existen- y en relación con las razones jurídicas por las que se dicta el sobreseimiento. "En cuanto a los requisitos que debe reunir un sobreseimiento obligatorio, aunque este debe cumplir con las formalidades de las sentencias, no necesariamente debe seguir el mismo orden. Lo importante es que exista una motivación de las probanzas nuevas -si las hay- y de los aspectos jurídicos conducentes a determinar las razones por las cuales se dictó obligatoriamente el sobreseimiento". (Sala Tercera, N° 445-F de 8.35 horas de 23 de agosto de 1996). En esa misma línea de pensamiento, se ha afirmado que "De una simple lectura de la resolución impugnada fácilmente se aprecian los yerros acusados, pues el tribunal a quo, en un único y escueto considerando, se limita a indicar que las pruebas recabadas (las que ni siquiera cita), no tienen la virtud de hacer variar el estado de duda que se tenía al dictar la prórroga extraordinaria, por lo cual "vencido el término de la misma", lo único que procede es dictar el sobreseimiento obligatorio, sin indicar por qué considera que en la especie no se da tal variación. Tampoco señala la resolución

impugnada cuál es la base fáctica en virtud de la cual se ordenó el sobreseimiento" (también de esta Sala, Nº 566-F de 9.50 horas del 27 de setiembre de 1996). En el caso en examen, todos los requisitos señalados se cumplen en la resolución del Juez Instructor (la del Tribunal es complemento de ella), pues se hace constar los hechos probados, se analiza la prueba esencial (constituida por el dictamen criminalístico) y se dan las razones jurídicas por las que se dictó esa resolución. Por ello, sin lugar el reclamo."

1996. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 767-F de las 10.20 hrs. del 6 de diciembre.



VACAS: *Francisco Amighetti.*



LIBRERIA BARRABAS E.I.R.L.

Especialidad en libros de Derecho.
Importadora de España, Argentina, Colombia y México.
Además ofrecemos todos los códigos y Leyes nacionales.
Librería Barrabas, donde el libro no le cuesta más.

Para sus pedidos o consultas
Tel & Fax: 221-4822
Apdo. 613-2050
Recibimos su tarjeta de crédito
100 m. Oeste del Restaurant Alpino