CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MARZO, 2000 AÑO 12, Nº 17

DOCTRINA EXTRANJERA

Criminología Crítica:
Abolicionismo y Garantismo.
Elena Larrauri

Dominio del hecho por dominio de voluntad
en virtud de aparatos organizados de poder.
Kai Ambos

La Transacción Penal Brasileña
y el Derecho Norteamericano.
José Carlos Barbosa Moreira

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.
Martín Rodríguez Miranda

Jurisprudencia constitucional.
Martín Rodríguez Miranda
Lucila Monge Pizarro

DOCTRINA NACIONAL

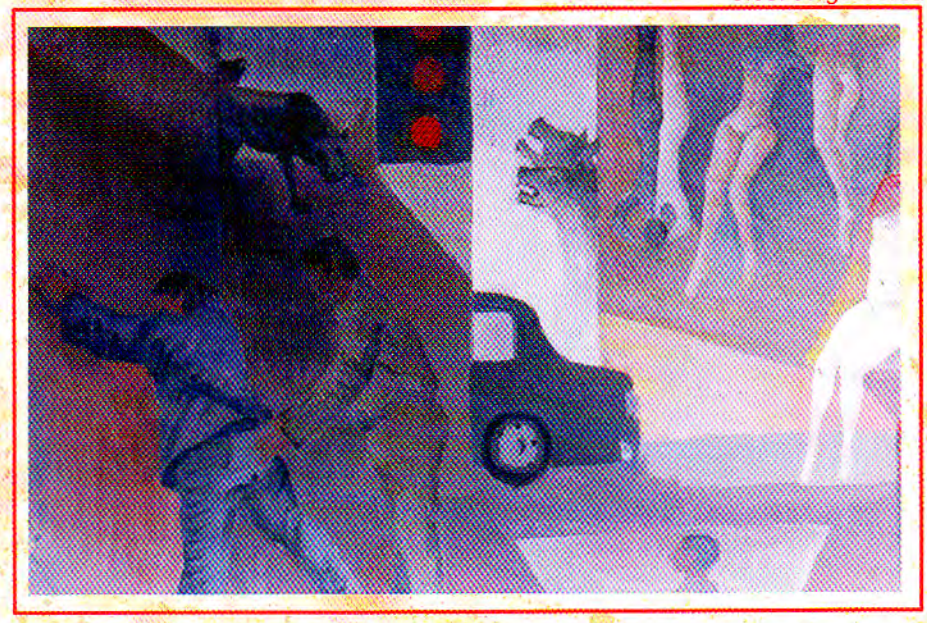
Una nueva visión del Recurso
de Casación por el Fondo.
Luis Alonso Salazar Rodríguez

Requisitos de la suspensión del
proceso a prueba ante la infracción juvenil.
Rosaura García Aguilar

Conciliación penal y Código de
la Niñez y la Adolescencia (CNA).
Saúl Araya Matarrita

La prueba en los procesos
penales centroamericanos.
Daniel González Álvarez

Oleo. Jorge Corea



CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

MARZO, 2000 *AÑO 12, Nº 17*

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez, Director
Henry Issa El Khoury Jacob
Francisco Dall´Anese Ruiz
Roberto Madrigal Zamora

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia
Código Postal 4-1003
San José, Costa Rica
Fax (506) 257-5624
Correo Electrónico: dgonzalez@poder-judicial.go.cr

ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

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

JUNTA DIRECTIVA

Presidenta:	*Cecilia Sánchez Romero*
Vicepresidente:	*Roberto Madrigal Zamora*
Secretario:	*Roy Murillo Rodríguez*
Tesorero:	*Rafael Sanabria Rojas*
Fiscal:	*Douglas Durán Chavarría*
Vocal:	*Carolina Leitón Rodríguez*

Impreso en GIOVACOLOR. Diseño Gráfico: Luis Gdo. Romero Araya. Corrección: Adrián Alfaro Obando.
Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González con óleos de Jorge Corea.

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.

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo.
Elena Larrauri. *7*

Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.
Kai Ambos. *29*

La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano.
José Carlos Barbosa Moreira. *49*

DOCTRINA NACIONAL

Una nueva visión del Recurso de Casación por el Fondo.
Luis Alonso Salazar Rodríguez. *55*

Requisitos de la suspensión del proceso a prueba ante la infracción juvenil.
Rosaura García Aguilar. *83*

Conciliación penal y Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA).
Saúl Araya Matarrita. *101*

La prueba en los procesos penales centroamericanos
Daniel González Álvarez. *115*

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal
Martín Rodríguez Miranda. *135*

Jurisprudencia constitucional.
Martín Rodríguez Miranda
Lucila Monge Pizarro. *177*

EDITORIAL

LA POLÍTICA REPRESIVA DEL ESTADO

La política de persecución penal del Estado no ha sido uniforme, sistemática, ni orgánica. En realidad no existe una verdadera política de persecución de los delitos que responda a un cuidadoso y estudiado plan, debidamente estructurado, preconcebido para evitar mayores lesiones a los derechos y los bienes de los ciudadanos.

Si observamos cuál ha sido la respuesta legislativa frente al delito, tendríamos que hacer referencia a una cantidad de leyes y de proyectos de ley, de muy diverso origen, dirigidos a reprimir determinadas conductas que se estiman delictivas, pero esas iniciativas legislativas responden a muy variadas motivaciones, pues son impulsadas por muy distintos sectores, de muy diferente formación, con preocupaciones disímiles, aunque caracterizadas por una exclusiva finalidad: desestimular la realización de ciertas conductas que se estiman muy nocivas, recurriendo al castigo más severo del cual se dispone en un Estado de derecho, por medio de la creación de delitos y la imposición de sanciones penales. Por lo general cada uno de esos sectores, que genera e impulsa su propio proyecto, es intransigente al menos en su respectiva área, cuando se le plantea la posibilidad de recurrir a sanciones distintas a la prisión o a mecanismos alternos a la pena para solucionar el conflicto, como por ejemplo la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Así, por ejemplo, podríamos hablar de varios proyectos de ley, y de reciente legislación aprobada, que responde a esa diversidad ciudadana y que de alguna manera también se refleja en el seno de la Asamblea Legislativa, como el proyecto dirigido a reprimir la violencia intrafamiliar, que busca establecer como delito una gran cantidad de conductas cuando se abusa de una relación de pareja, el cual adopta el sistema de penas alternativas del proyecto de Código Penal; el proyecto de Código Ambiental, que recoge una cantidad de tipos penales dispersos en defensa del ambiente y de los recursos naturales; el proyecto de ley para modificar el Código Penal y la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que introduce una serie de delitos de tipo económico e informático, dirigido a contrarrestar posibles conductas de los dirigentes bancarios, observadas después del cierre del Banco Anglo Costarricense; del proyecto de ley para reprimir los delitos sexuales, que aumenta las sanciones e introduce nuevas descripciones típicas; del proyecto de ley para modificar y agravar la delincuencia sexual juvenil; del proyecto de ley para crear una fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios públicos, y una defensoría especializada en esa materia; así como muchísimos otros proyectos que se debaten en la corriente legislativa, para no hacer referencia a una cantidad de leyes dispersas ya aprobadas, que modifican el sistema penal desde muy diferentes ópticas, en ocasiones para racionalizarlo, pero en la mayoría de los casos para endurecerlo.

Esa diversidad es lo que ha caracterizado y probablemente seguirá caracterizando la política criminal del Estado costarricense, máxime que en su desarrollo no existen órganos exclusivos a quienes corresponda definir una cierta orientación en esta materia, pese a la injerencia del Poder Judicial y de sus diversas instancias como la Corte Plena, las asociaciones de jueces, el Ministerio Público, la Policía Judicial, la Defensa Pública, etc.; y por otro lado a los órganos del Poder Ejecutivo, como el Ministerio de Seguridad Pública, el Ministerio de Justicia, el Instituto Nacional de Criminología; así como también la Defensoría de los Habitantes, la Procuraduría General de la República y la propia Asamblea Legislativa con todos sus órganos, como el Directorio, su Departamento de Servicios Técnicos, entre muchos otros sectores del Estado relacionados con el sistema penal, como la Policía de Tránsito del Ministerio de Transportes, la Policía de Aduanas del Ministerio de Hacienda, la Policía Municipal, los guardaparques, etc. Y por otro lado, las iniciativas privadas, los órganos y grupos de presión conformados por los ciudadanos, desde la propia prensa nacional, hasta las organizaciones gremiales, gerenciales, etc.

Se trata de una responsabilidad que ninguno podrá eludir, pero que tampoco podrá ser definida y delimitada por un solo sector, conforme a una línea homogénea de pensamiento y con una sola base ideológica. La política de persecución penal en un Estado democrático y de derecho debe ser definida con la participación de todos los sectores, no de espaldas a la mayoría y en consecuencia de alguna manera también debe responder a las necesidades generales, aunque finalmente intervengan los técnicos para hacerla racional, excepcional y muy equilibrada.

En esa línea se inscribe el Proyecto de Código Penal, donde se delimitan las líneas más importantes de la política criminal, porque se adopta un sistema uniforme y coherente para establecer la responsabilidad penal, así como también para excluirla, y por otro lado se determinan y ponderan los bienes jurídicos que ameritan ser tutelados penalmente, incluyendo nuevos bienes jurídicos y se dispone de una adecuada dosimetría en lo que constituye la reacción penal, señalando las sanciones y sus distintas alternativas. Es en este último aspecto donde observamos su mayor novedad, al introducir toda una gama de sustitutivos de la sanción penal, en forma orgánica, coherente, sistemática, rodeados de controles, con sus respectivos frenos y contrapesos al exigirse la intervención de un juez, del Ministerio Público, de la Defensa y de la administración penitenciaria, con la esperanza de hacer del sistema penal algo bastante menos violento que nuestro actual sistema represivo.

Urge su aprobación para obtener un instrumento armónico que defina una más coherente política represiva del Estado, pues el actual Código Penal ha sido tan modificado y en tan diversas épocas, que hace muchos años dejó de constituir un cuerpo uniforme que defina una línea homogénea y coherente de persecución de los delitos.

* * *

DOCTRINA EXTRANJERA

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: ABOLICIONISMO Y GARANTISMO[1]

Elena Larrauri
Profesora de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción: (¿qué se quiere abolir y qué se quiere justificar?).
II. Garantismo y justificación del Derecho Penal (prevención de "venganzas privadas").
II.1. La privatización del Derecho Penal.
II.2. La violencia arbitraria.
III. Garantismo y justificación del Derecho Penal: (la prevención de delitos).
III.1. El mito de la prevención general.
III.2. La (no) justificación de la pena.
Bibliografía.

I. Introducción: (¿qué se quiere abolir y qué se quiere justificar?). [2]

Una de las críticas más celebradas contra las propuestas abolicionistas es que la pretensión de abolición del Derecho Penal, y no sólo de la cárcel, [3] es discutible porque implicaría la desaparición de los límites de la intervención punitiva del Estado. [4]

Esto provoca que compañeros de viaje del abolicionismo, cuando este sugería la abolición de la cárcel, se hayan alejado de estas propuestas manifestándose más cercanos a lo que se ha dado en llamar, a raíz del libro **Derecho y Razón** (Ferrajoli, 1995), garantismo.

Sin embargo, la discusión entre abolicionismo y garantismo corre el riesgo de agotarse: en primer lugar porque la falta de garantías siempre puede ser esgrimida contra cualquier propuesta descriminalizadora. En efecto, incluso frente a las propuestas de descriminalización a través de sanciones administrativas, se esgrime a modo de objeción las menores garantías del Derecho Administrativo, sin cerciorarse antes no sólo de qué garantías se pierden en concreto, sino además de lo que se gana: una mayor efectividad que impide el recurso a una mayor severidad (Cid,1996a:135-150; 1996b:25).

Como advierte el propio Ferrajoli (1995:717):
"(...) parece una hipocresía institucional la preocupación,

---

1. *Este estudio se inscribe en el proyecto de investigación I+D SEC y fue presentado originalmente en las Jornadas (Mayo, 1998) organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín).*

2. *La redacción de este artículo ha sido una tarea ardua que no hubiera sido posible sin la ayuda de numerosas personas: por múltiples discusiones estoy agradecida a Juan Gonzalo Escobar y Daniel Varona. La comprensión de la "falacia de Hume" no hubiera sido posible sin la ayuda de José Juan Moreso y en especial de José Cid quien tiene la generosidad de, sin compartir mi posición, escucharla una y otra vez en un intento de hacerla más comprensible. Para la redacción del apartado II me he beneficiado de las aclaraciones de los profesores Carlos Petit, Antonio Hespanha, Antonio Serrano, Manolo Cachón y Pedro Ruiz. Adicionalmente Heinz Steinert ha respondido pacientemente a todas mis angustiadas preguntas. René van Swaaningen fue un apoyo necesario poniéndome al día en la bibliografía. Siempre, pero más en este caso, debo hacer constar que la redacción obedece a mi interpretación particular de todas las discusiones.*

3. *El cambio se realizó en el Congreso de ICOPA de 1987 (v. Swaaningen, 1986:10) y en mi opinión no se fue consciente de la trascendencia del viraje o no se confrontaron los problemas que este viraje comportaría.*

4. *La literatura es ya abundante. Véase a título de ejemplo de esta crítica en Alemania Kaiser (1987:1043-1044). En Italia Pavarini (1985:19-21). En Sudamérica Pérez Pinzón (1989:26-32); Martínez (1990:116); Zaffaroni (1990:83); Sánchez-Houed (1992:83).*

manifestada en ocasiones, por el hecho de que la despenalización pueda redundar en una reducción de las garantías del ciudadano; algo así como que éste prefiera —en nombre de las garantías de la "pena" pero no de los costes que implica el proceso— los efectos estigmatizantes de una pena, aunque sea pecuniaria, a una sanción administrativa igualmente pecuniaria."

Por ello, frente a cualquier propuesta alternativa a la intervención del Derecho Penal no basta, en mi opinión, hacer una referencia abstracta a la "ausencia de garantías", sino que debería mostrarse en concreto cuáles son las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas, qué soluciones alternativas aportan a cambio de esta disminución de garantías.

El segundo motivo por el cual la discusión entre "garantistas" y "abolicionistas" deviene confusa es por la ambigüedad y dificultad de ambos discursos. A la imprecisión del "slogan" Abolición del sistema penal" (¿qué se quiere abolir exactamente?) se le añade la dificultad de entender exactamente qué está justificando Ferrajoli (¿el derecho, la pena, o la prisión?).

Así por ejemplo, cuesta entender cuál es exactamente el motivo de controversia cuando Ferrajoli se manifiesta partidario de la abolición de la pena de prisión. [5] O cuál es el motivo de la divergencia, por lo menos, con aquellos autores partidarios del abolicionismo pero que, sin embargo, quizá por su formación más jurídica, [6] defienden que las soluciones alternativas al Derecho Penal deben incorporar, y no renunciar, a determinadas garantías procesales como la presunción de inocencia, principio de contradicción o principio de proporcionalidad, por poner algunos ejemplos.[7]

No obstante, a pesar de ser numerosos los puntos de convergencia, intentaré también clarificar las divergencias entre la posición de Ferrajoli y las posiciones abolicionistas. Pienso que son claras las razones por las que los autores originarios del abolicionismo consideran insuficiente la consigna de "abolición de la prisión". Como afirma Bianchi (1994:3):

"(...) Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria."

En consecuencia parece claro que, para los autores abolicionistas, la propuesta de abolición de la prisión es insuficiente, porque no reta la idea de que el castigo sea una forma idónea de reaccionar frente a muchos fenómenos que denominamos delito y sin embargo, amagan problemas sociales.

Por ello se empieza a hablar de resolución de "problemas sociales" (Hulsman, 1986:66-70), para indicar que si uno se aproxima a los eventos criminalizados y los trata como problemas sociales, ello le permite ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva. [8]

Ello podría ser compartido, como pienso lo es, por los partidarios del Derecho Penal mínimo. Sin embargo, si este partidario fuese insistente nos confrontaría con la siguiente pregunta: ¿queda algún espacio para el castigo? Dicho de forma coloquial, imaginemos que los problemas sociales se resuelven por medio de una política social o bien por otras iniciativas políticas o legislativas que no implican un recurso al castigo, aún así ¿queda algún ámbito para expresar repulsa? Pienso que sí.

Sin embargo, en mi opinión, ello no implica renunciar a la propuesta abolicionista, porque frente a un

5. *Comunicación oral en las Jornadas de Garantismo y Derecho Penal celebradas en la Universidad de Antioquia (Medellín) en mayo, 1998; véase también Ferrajoli (1986:45).*

6. *Debido a que el abolicionismo se ha desarrollado desde presupuestos teológicos (la no admisión del castigo), antropológicos (la resolución del conflicto) y sociológicos (la crítica al sistema penal) (Thomas-Boehlefeld, 1993:15), no debe extrañar el descuido de temas jurídicos.*

7. *Si bien creo que era consciente del riesgo que corría el abolicionismo al no enfatizar suficiente que abolir la pena no significaba abolir el proceso (Larrauri, 1987: 106-107) no creo ser ni la primera ni la única. En castellano véase Hulsman (1984:103). También Van Swaaningen (1997:132-133), al tiempo que reconoce la falta de atención que los abolicionistas han prestado a esta materia, recoge la opinión de Hulsman y Bianchi, defensores de las garantías legales, así como de una intervención ajena a las partes para salvaguardarlas.*

8. *Pienso que en este sentido debe entenderse la afirmación de Hulsman (1991:21) "[Las] alternativas al sistema penal son en primer lugar alternativas a la forma en que el sistema penal define los hechos".*

comportamiento respecto del cual queremos mostrar repulsa, también podemos argüir que esta "repulsa" ha de adoptar una forma fundamentalmente reparadora, por ejemplo, ha de vetar determinados castigos por inhumanos como la prisión, y ha de constituirse en una justicia más democrática y participativa para con los afectados. [9]

Hasta aquí he expuesto mis reflexiones, pero acepto como crítica que el discurso abolicionista debiera elaborar más el **si** (frente a qué comportamientos pensamos que debe mostrarse una repulsa clara) y el **cómo** mostrar repulsa (no bastando la referencia genérica al Derecho Civil o sistemas de justicia informal).

La primera crítica a las imprecisiones abolicionistas hace referencia a que el recurso a la resolución de problemas sociales no contesta a los casos en los que el daño social no es expresión de ningún problema social (Cohen,1987:230), o bien aunque lo sea pensamos que, mientras tanto se resuelva, debe atribuirse una responsabilidad personal.

En estos casos, los autores abolicionistas admiten la necesidad de adoptar una medida coactiva, no para castigar, pero sí para reparar o neutralizar el conflicto (y en casos excepcionales para incapacitar a la persona que conlleva un peligro).

Pues bien, la pregunta que surge rápidamente es: ¿pero acaso estas respuestas no son "castigos" con otro nombre? Evidentemente son medidas coactivas, pero, aun cuando la elaboración teórica sea embrionaria, puede observarse que ni la justificación, ni el tipo de respuesta, ni la forma, obedecen a lo que hoy denominamos castigo.

La segunda imprecisión abolicionista se refiere al cómo mostrar repulsa. Las propuestas alternativas acostumbran oscilar entre una referencia genérica al Derecho Civil o a sistemas de justicia informal, en los que se pretende devolver el conflicto a la víctima (Christie,1976; 1992: 157-182).

La inconcreción de estas propuestas que enfatizan el objetivo de la reparación, la participación de la víctima, la mediación con el infractor y la presencia de un tercero sin poder para imponer, como alternativas a la pena y al proceso penal, es lo que ha comportado la acusación de que estas alternativas corren el riesgo de vulnerar todo el sistema de garantías que ha articulado el proceso penal formal.

Debiera advertirse, no obstante, que la forma en como estas propuestas se han concretado en Europa es fundamentalmente la mediación entre víctima-infractor, realizada como alternativa al proceso pero respetando obviamente principios, como por ejemplo, el de legalidad formal o material.

Por ello, aun reconociendo la necesidad de elaborar más las garantías que quedan afectadas en este u otro modelo alternativo, no es correcto, en mi opinión, seguir repitiendo la objeción de que se prescinde de toda regulación jurídica o de todas las garantías, [10] ya que estas propuestas abolicionistas ni prescinden de la intervención de terceros, ni prescinden del derecho como mecanismo regulador que proporciona el marco donde se realiza el acuerdo. [11]

Expuestas las imprecisiones del discurso abolicionista, quisiera ahora detenerme en las dificultades que observo en el discurso garantista.

La primera cuestión que suscita no poca controversia es cuál es el objeto de justificación en la teoría de Ferrajoli. En ocasiones, por las múltiples alusiones al "estado de naturaleza", parece que el objeto de justificación es lo que él denomina la "forma jurídica" de la pena. Ahora bien, si el énfasis es en la necesidad de respetar una regulación jurídica ello no es aún suficiente para declarar justificado el Derecho Penal.

Ha advertido Zaffaroni (1990:82), en mi opinión correctamente, que:

"Las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo, como puede ser la pretensión de suprimir al sistema penal dejando todos los conflictos sin solución (...), o bien, suprimir el Derecho Penal —como discurso jurídico— dejando intacto todo el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal".

La segunda duda que me surge es si Ferrajoli justifica "la pena" o la pena de prisión. La respuesta posible es

---

9. *Soy consciente de que ello es aún muy impreciso. A lo largo del texto intentaré una mayor concreción.*

10. *En España ha abordado la crítica concreta a los sistemas de mediación Silva (1996:4) quien considera vulnerados los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. Una versión menos crítica puede verse en Funes (1994: 33,47,88,110-111) y en Larrauri (1997:185-186). En mi opinión los principios de legalidad y culpabilidad no resultan infringidos; el de igualdad, sí.*

11. *Véase más ampliamente en Scheerer (1986:108).*

ambas, ya que Ferrajoli asume un concepto de pena que no excluye la pena de prisión. En consecuencia, aun cuando está dispuesto a abolir la pena de prisión, no está dispuesto a elaborar un concepto de pena que vete de su catálogo a la pena de prisión.

Y paradójicamente Ferrajoli (1989:420) rechaza como pena la reparación debido, en su opinión, a que la pena sólo puede consistir en una privación de derechos pero no en una obligación de resarcir. Parece evidente que el rechazo a la reparación no puede sustentarse en una disminución de garantías[12] y más bien lo que parece latir bajo este rechazo es una renuncia a alterar la forma en que se concibe hoy el Derecho Penal y permanecer anclados en una separación "ontológica" entre Derecho Civil y Derecho Penal.

La tercera dificultad con la que tropiezo es su criterio para declarar justificada una pena. Para Ferrajoli para que la pena (también la de prisión) esté justificada debe ser capaz de cumplir las finalidades que se le asignan, esto es, de prevención de delitos y venganzas.

Parece obvio, no obstante, que no basta con el cumplimiento de las dos finalidades mencionadas para que una pena esté justificada. Por poner un ejemplo provocativo, pero claro, la pena de muerte puede ser preventiva y servir para evitar venganzas informales o linchamientos. Sin embargo, evidentemente, Ferrajoli la descarta por representar una vulneración de los derechos humanos. La cuestión que se me plantea es ¿por qué razón Ferrajoli no está dispuesto a argüir que la pena de prisión es también una vulneración de derechos humanos?[13]

Adicionalmente, de acuerdo con Ferrajoli, para que una pena esté justificada debe probarse que cumple con las finalidades antes expuestas. En este sentido Ferrajoli (1995:325) distingue doctrinas de justificación (criterios valorativos que sólo pueden rebatirse con argumentos normativos) y justificación (comprobación empírica de los fines preconizados).

Entiendo como un avance de la teoría de Ferrajoli que no declare la pena justificada hasta que no se pruebe empíricamente la correspondencia entre el fin que debe servir y la función que efectivamente cumple, superando con ello la creencia de que basta la alegación de la prevención de delitos para creer que la pena está justificada (falacia normativista).

Ahora bien, esta comprobación requiere no solo demostrar que la pena (en concreto de prisión) previene sino que previene al menor coste que otro medio punitivo menos lesivo (Nino, 1980:428). En este caso no consigo convencerme de por qué la pena de prisión es el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de otro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior. [14]

Yo pienso, además, que la comprobación empírica que se nos pide es imposible (prevención de delitos y venganzas a un menor coste que si la pena no existiera), pero ello sólo hace destacar que lo que aparece como una demostración fáctica es en el fondo una opción valorativa. Y por tanto, en atención a distintas posiciones ideológicas, puede defenderse que la pena de prisión siempre representa un costo mayor, o presumirse que éste es menor.

La cuarta y última duda que expongo se refiere a los requisitos para declarar una pena no justificada. En un principio parecería que si se consiguiese demostrar que la pena de prisión no previene, la conclusión debiera ser que no está —de acuerdo con una doctrina de justificación que la justifica por ser preventiva— justificada.

Sin embargo, me desconcierta el razonamiento de Ferrajoli (1995:326) y que si he entendido bien se expresa del siguiente modo: La prueba empírica afecta a una pena concreta cuando se demuestra no sólo que no previene delitos o venganzas sino que no está en disposición de prevenir, esto es, se plantea un objetivo que además de irrealizado es irrealizable.

Me desconcierta porque no veo la forma de convencer al lector escéptico punitivo de que ello no ha sido realizado pero es realizable. Imaginemos la discusión con un norteamericano. La pena de prisión no previene delitos.

12. *Véase más amplio en Larrauri (1997:177-179).*

13. *También el discurso penalista debería precisar, en mi opinión, si, de acuerdo con los diversos criterios de justificación utilizados para defender el Derecho Penal, se requiere específicamente la pena de prisión.*

14. *De la misma forma el discurso penalista tiende a defender la eficacia preventiva de "la pena" sin especificar si ello requiere ineludiblemente la pena de prisión. Como observa Zaffaroni (1991), en su respuesta a Nino (1991), no hay obstáculo en afirmar la eficacia preventiva de "la pena" y luego utilizar como ejemplo de esta eficacia preventiva una sanción administrativa.*

Respuesta: es porque no se aplica con suficiente certeza o con suficiente severidad, pero la pena de prisión está justificada por el fin de la prevención de delitos.[15]

En conclusión, es desalentador que la doctrina de justificación elegida por Ferrajoli, de prevención de delitos y venganzas, permita legitimar la pena (también de prisión) al sustraerla de una comprobación empírica irrefutable. Y me produce desazón la escasa atención destinada a declarar la pena de prisión ilegítima. Por ello, hubiera preferido que, con todas las dificultades, se intentara elaborar una justificación del Derecho Penal y un concepto de pena que vetasen el recurso a la prisión.

En cualquier caso, espero haber conseguido mostrar que el debate es complejo y, en mi opinión, no se le hace justicia cuando se simplifica en forma disyuntiva de "garantías sí", "garantías no", en vez de evidentemente garantías sí, pero ello no implica asumir el Derecho Penal en su forma actual, que se caracteriza no sólo por asegurar unas garantías sino por estar presidido por el objetivo de castigar en vez de solucionar o neutralizar el conflicto, por imponer unas penas al infractor que consisten en privarle de libertad y por negar autonomía a la víctima.

Hasta el momento he alegado dos motivos por los cuales la discusión entre abolicionismo y garantismo puede estancarse.[16] Estos dos motivos son que la crítica de "ausencia de garantías" sin indicar cuáles, o a cambio de qué ventajas, o con cuáles transformaciones, siempre puede esgrimirse contra cualquier propuesta descriminalizadora y, el segundo, que por la propia inconcreción de los términos utilizados se llegue a un estado de grave confusión.

Quisiera para terminar, advertir que, en mi opinión, sería de lamentar, desde un punto de vista político criminal, que esta discusión nos hiciera olvidar que el objetivo inicial del abolicionismo era la abolición de la pena de prisión. Y si los abolicionistas han de extremar su atención en aras de salvaguardar las garantías de las personas en cualquier alternativa a la pena o al sistema penal, los garantistas no deberían olvidar que estas garantías deben conducir a aplicar una pena distinta de la pena de prisión.[17]

II. Garantismo y justificación del Derecho Penal: (prevención de «venganzas privadas»).

"Los estados modernos organizados en gobiernos democráticos prescinden de leviatanes hereditarios, pero no han encontrado la manera de prescindir de las desigualdades de riqueza y poder respaldadas por un sistema penal de enorme complejidad. Con todo, la vida del hombre transcurrió durante treinta mil años sin necesidad de reyes ni reinas, primeros ministros, presidentes, parlamentos, congresos, gabinetes, gobernadores, alguaciles, jueces, fiscales, secretarios de juzgado, coches patrulla, furgones celulares, cárceles ni penitenciarías. ¿Cómo se las arreglaron nuestros antepasados sin todo esto?"

Marvin Harris (1993:6).

En su crítica a las posiciones abolicionistas Ferrajoli (1995:249-252; 337-338; 341-343) expone los peligros que comporta la abolición del Derecho Penal. En su opinión la desaparición de éste conllevaría o bien la existencia de una anarquía punitiva —en la que a toda comisión de delito le seguiría una respuesta estatal o social salvaje—, o bien la existencia de una sociedad disciplinaria —en la cual la comisión de delitos sería fácticamente imposible por la existencia de una vigilancia social o estatal omnipresente—.

Frente a estas perspectivas, denominadas «utopías regresivas», surge el Derecho Penal mínimo como alternativa progresista (Ferrajoli, 1995:341).[18]

La crítica de Ferrajoli a las posiciones abolicionistas extrae su fuerza de dos imágenes. La primera proviene del pasado y contrapone el "estado de la naturaleza", en el que presuntamente regía la "ley del más fuerte",[19] a la

---

15. *El diálogo es inventado, pero reproduce los argumentos de los partidarios de la pena de muerte cuando rebaten que esta no tiene efectos preventivos, arguyendo que difícilmente puede tenerlos porque se aplica de forma muy excepcional.*

16. *Debería destacarse que esta no es la única polémica desde la criminología crítica. Los "realistas de izquierda" (Young, 1998:39) acusan al abolicionismo de prestar poca atención a las condiciones de justicia social que reducirían el delito y no sólo el castigo.*

17. *Vale la pena releer las ocho poderosas razones que Mathiesen (1986:88-92), un abolicionista destacado por su compromiso cívico, aporta en contra de la prisión.*

18. *Indudablemente no el Derecho Penal como es ni como ha sido, que Ferrajoli (1995:603) reconoce como una historia de horrores (la de las penas) y de errores (la de los juicios), sino como debiera ser. Es deber del Derecho Penal el que, eventualmente en la medida que se cumpla, justifica su existencia.*

19. *Ferrajoli parece asumir que en el "estado de naturaleza" ya existía dominación de ahí que imperase la ley del "más" fuerte en ausencia de regulación; podríamos asumir con Harris (1993:13) que en el "estado de naturaleza" imperaba el igualitarismo.*

existencia de un "estado de derecho" en el cual el poder se ejerce de acuerdo con unas reglas.

La traducción de esta metáfora al Derecho Penal es ampliamente conocida y compartida por el discurso penalista que acostumbra a contraponer "venganza privada" y "pena", como correspondientes a cada una de las épocas mencionadas.

La segunda imagen, utilizada por Ferrajoli para criticar las propuestas abolicionistas, se basa en una determinada visión del futuro y en concreto en Foucault (1984:312-314) quien, como es conocido, visionó la creación de un archipiélago carcelario. El pronóstico de Ferrajoli es que, en ausencia de Derecho Penal, surgiría una "sociedad disciplinaria", cuya regulación impediría la posibilidad de delinquir al coste de una vigilancia omnipresente.

Esta imagen también tiene una traducción en el ámbito, en este caso criminológico, como es la creencia de que todos los castigos alternativos a la pena de prisión representan un aumento en el control social. [20]

Debido a la dificultad de hacer pronósticos a futuro, acerca de qué tipo de sociedad acompañará a la desaparición de la cárcel, me centraré en la versión histórica asumida por Ferrajoli.

II.1. La privatización del Derecho Penal.

Como he expuesto, la crítica al discurso abolicionista parece basarse en la convicción de que en ausencia de pena pública (reacción estatal) se produce una "venganza de sangre" (respuesta privada), la cual es más violenta. En esta línea, Ferrajoli (1995:487) contrapone la época pre-moderna, denominada arcaica y ius-privatista, con la época moderna. La primera aparecería caracterizada por la "venganza privada" (que acostumbra ser denominada "venganza de sangre" o incluso "precio de la sangre") y la segunda fase se caracteriza por la "pena pública".

«Es bien cierto que en los orígenes del Derecho Penal la pena ha sustituido a la venganza privada. (...) En este sentido bien se puede decir que la historia del Derecho Penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada —las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas— no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El Derecho Penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial» (Ferrajoli, 1995:333).

Si bien Ferrajoli (1995:287, nota 31; 346, nota 16 y 17; 522, nota 93) documenta su visión histórica, esta no es la única versión de la que hoy disponemos. Al respecto me gustaría introducir algunas reflexiones, aún inacabadas, que he extraído de la lectura de diversos estudios penales históricos. [21]

En primer lugar no acierto a comprender en qué sentido se utiliza el concepto de venganza privada. Si con ello se pretende expresar la "entrega del delincuente a la víctima", debo manifestar que no alcanzo a vislumbrar en qué época ello sucede.

Más bien, desde la época de Grecia (s.VII a.C.) lo que nos muestran los estudios históricos es la intervención de poderes públicos en los conflictos que afectaban a las partes. Así, por ejemplo, la existencia de la asamblea de ciudadanos en Grecia, de consejos locales de ancianos en las civilizaciones antiguas de Mesopotamia, Asiria o Israel, o las asambleas de magistrados del Imperio Romano (Peters, 1998:4-14). [22]

---

20. *Como se advirtió rápidamente, realizar esta crítica de forma global era además de erróneo científicamente —¿cuál es el "poder disciplinario" de la pena de multa?—, contraproducente, desde un punto de vista de política criminal, pues conducía a un inmovilismo absoluto. Véase ampliamente Cohen (1987); un resumen en Larrauri (1991: 59-60).*

21. *Me baso en los siguientes textos: para Inglaterra Hay (1975), Lenman-Parker (1980), Peters (1998) y Spierenburg (1998); para España Tomás y Valiente (1992) y Petit (1991); para Portugal Hespanha (1987;1990); respecto de Alemania Frehsee (1987).*

22. *Es cierto que Peters (1998:14) también advierte que la dureza de las penas previstas en las Doce Tablas "(...) sugieren que estos castigos surgieron originariamente como sustitutivos de la venganza privada".*
Como no pretendo cerrar prematuramente la discusión, plantearé abiertamente las dos dudas que me acompañan: a) ¿Hubo una época en la que rigió la autotutela sin ningún tipo de intervención de un tercero ajeno al conflicto?; b) ¿Era este tipo de respuesta privada más violenta que la que ejecutaría posteriormente una autoridad pública?

El Derecho Penal era "privado" en la medida en que reconocía un **poder de disposición a la víctima** para iniciar el proceso o para finalizarlo (mediante, por ejemplo, el perdón). El Derecho Penal era también "privado" por el carácter de algunas penas como, por ejemplo, la composición o indemnización dirigida a la víctima, o incluso los ergástulos (cárceles privadas).

Pero ya se estudie el proceso o se consideren las penas, lo que en todo caso se requería era la intervención y aprobación de una autoridad pública (Spierenburg, 1998:45).

En consecuencia, parece erróneo asumir una contraposición entre público y privado y pareciera más apropiado partir de una ambigüedad en los límites existentes entre lo que hoy denominamos, "público" y "privado".

La segunda duda que me surge al leer la exposición histórica de Ferrajoli se refiere a la época en la cual se sitúa el apogeo de la "venganza privada". En ocasiones la "venganza privada" parece retrotraerse a épocas remotas indocumentadas, pero, en otras, se sitúa en la época pre-moderna.

Siguiendo a Hespanha (1990:181) me parece que el término de "venganza privada" es inapropiado para describir la época previa a la formación del Estado moderno. Por "venganza privada" parece aludirse al poder de la víctima, del ofendido. Sin embargo, la característica del poder punitivo en la Edad Media es su dispersión en un conjunto de poderes, repartidos entre los distintos señores feudales, la Iglesia, la comunidad local, el padre de familia o el ejército. Reducir estos **poderes penales dispersos** al título de venganza privada no permite comprender cómo funcionan los poderes punitivos en una época previa a la aparición del Estado moderno. [23]

Mi tercera duda se refiere en esta ocasión al tipo de respuestas que acostumbra considerarse como "venganza". El término venganza privada parece utilizarse como sinónimo de respuestas sangrientas («represalias, duelos, linchamientos, ejecuciones sumarias o ajustes de cuenta»). Sin embargo, en mi opinión, **es erróneo equiparar penas "privadas" con "venganza de la sangre"**.

Por los textos que he podido consultar, la víctima dispone, además de la posibilidad de matar a su ofensor (desde luego no en todos los delitos, e incluso en estos no a toda persona que los realizara), de la posibilidad de exigir compensación, de la posibilidad de encerrar en una cárcel, de la posibilidad de perdonar con o sin precio, o de la posibilidad de recurrir a terceros, como un notario, o el líder de la comunidad, para evitar el proceso (Lenman-Parker,1980:18-22).

Pienso que la lista expuesta por Ferrajoli, además del equívoco de denominar a este tipo de reacciones "privadas", tiende a enfatizar el carácter "sangriento" de cualquier tipo de reacción privada, ignorando que la respuesta privada, entendiendo por tal la que reconoce un poder de disposición a la víctima, no reviste siempre el carácter letal que parece atribuírsele. [24]

La cuarta y última duda que me surge, muy vinculada a la anterior, cuando leo sobre la evolución histórica expuesta por Ferrajoli, es que este autor parece presumir que el tránsito de "venganza privada" a "pena pública" conllevó una **disminución de la violencia**.

En esta línea es significativo que la respuesta privada sea caracterizada siempre como "venganza" (de la sangre) y, por el contrario, la venganza pública merezca el título de "pena" a pesar de su carácter brutal. Me parecería más correcto destacar que, en ambos casos, estamos frente a respuestas que son poco más o menos brutales en atención a la época histórica y no en atención a quien la ejerce.

Además, pienso, no se debe desconocer la dificultad de comparar "el grado de crueldad" pues ello depende, como manifiesta Spierenburg (1998), de múltiples factores como, por ejemplo, las sensibilidades de una época histórica, la relación existente con el cuerpo, la importancia de determinados valores o bienes y también, en últimas, del grado de aplicación de las penas previstas en los textos

---

23. *Como pone también de manifiesto Petit (1991:21,34,54) en su estudio sobre el Derecho Penal en la Hispania visigoda de los siglos VI-VII, «Real o señorial el* ***ius puniendi*** *es oficial, lo que ahora interesa entender como excluyente de toda idea de venganza privada en el derecho de la sociedad hispanotoledana» (1991:14).*

24. *Ambos puntos que intento mostrar, esto es, la ambigüedad del concepto "privado", debido a la intervención de los poderes públicos y el equívoco del término "venganza" pueden verse por ejemplo en Tomás y Valiente (1992:46-47). La primera institución que este autor examina bajo el rótulo de "venganza privada" es el perdón (sic). Por otro lado, el perdón era "privado" pero existía un proceso, una pena, y el monarca podía incluso negarle efecto si la persona era condenada a la pena de galeras.*

legales (Hespanha, 1987:518-519; 1990:195-196; Hay, 1975:23; Lenman-Parker, 1980:12-14). [25]

La tesis implícita de que la privatización del Derecho Penal era más violenta, se ve contradecida cuando se comparan el modelo restitutivo (germánico) basado en la restitución y el modelo punitivo (romano). El choque de ambos sistemas, aproximadamente en los siglos XII y XIX y el triunfo último del modelo punitivo (Lenman-Parker, 1980:23-32)[26] no creo que deba ser presentado ni como un proceso pacífico ni guiado por el interés de pacificar a la víctima.

No creo que el proceso de expropiación del poder punitivo, residente en las comunidades feudales y en el cual la justicia real jugó un papel decisivo, al favorecer la concentración del poder punitivo, pueda ser presentado como un proceso guiado por el objetivo de pacificar la sociedad, sino de robustecimiento del poder y de los intereses de la monarquía frente a la nobleza local díscola o frente al propio poder eclesiástico (Tomás y Valiente, 1969:23-46).

No creo tampoco que pueda presentarse como un proceso pacífico, porque para que el Derecho Penal real pudiera imponerse debió usar la violencia para desproveer a los poderes periféricos del ius puniendi; debió amenazar con penas tanto más elevadas cuanto más ineficaces; debió constituir nuevos delitos que protegiesen al monarca; debió cambiar el carácter de las penas, abandonando cualquier atisbo de justicia restitutiva, para que éstas sirvieran los intereses del Imperio (Gacto,1990: 516-517).

En definitiva, el tránsito progresivo de un Derecho Penal "privado" disperso, a un derecho "público" concentrado debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó la **expropiación del poder de castigar del ofendido,** que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses.

II.2. La violencia arbitraria. [27]

Planteados algunas de las interrogantes que me surgen al leer la visión histórica de Ferrajoli, podría, no obstante, replicarse que el problema es que en la actualidad se produzcan, en defecto de pena, violencias arbitrarias.

Ante todo, debiera recordarse que la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica punitiva no equivale a "no hacer nada". Si bien el riesgo de reacción popular es verosímil en los supuestos en los que no existiera ninguna reacción, se puede pensar en dar respuestas, reguladas por el derecho, denunciadoras, reparadoras o neutralizadoras.

No encuentro argumentos convincentes para rebatir el porqué estas respuestas están en inferioridad de condiciones para evitar una respuesta popular de carácter incontrolado.

Es cierto que se podría alegar que la víctima "no se conformará". Pero esta línea de razonamiento nos muestra claramente el problema de acudir a las ansias punitivas para justificar la necesidad de la pena. Por un lado, cuando menos desde una teoría de la justicia, no aceptaríamos como válido este tipo de argumentación para defender determinadas penas o la imposición de una pena. [28] No aceptaríamos como argumento "lo que puede pasar si", porque presumimos que el Estado debe contrarrestar y no plegarse a estas demandas (Jäger, cit. por Frehsee, 1987:99).

---

25. *A título de ejemplo el estudio de Petit (1991:33-34;41-60) del Derecho Penal en la Hispania visigoda (s.VI-VII) muestra la existencia de las siguientes penas: castigos espirituales (penitencia, excomunión, anatema, reclusión en el monasterio); castigos corporales (azotes, pena de muerte, amputación y decalvación); castigos económicos (multas o composiciones, reparación, confiscación); penas diversas (reducción a esclavitud, entrega del reo a la familia, deportación, infamia, pérdida de jerarquía y amonestación). Como se puede observar el listado de penas aparece hoy como penas atroces, pero, aun manifestando sus cautelas por este tipo de comparaciones, Petit (1991:41) concluye: «Así, si aceptamos que la frecuencia de penas corporales vale como índice de la crueldad de un sistema penal concreto, la conclusión relativa al visigodo hablaría a favor de su "humanismo" (...)».*

26. *Para evitar alargarme excesivamente he presentado la contraposición de ambos modelos sin ulteriores matices. Es conveniente leer el interesante estudio de Lenman-Parker (1980) acerca de cómo va fraguándose la distinción entre los aspectos compensatorios y punitivos hasta el surgimiento de dos órdenes jurídicos diversos.*

27. *He decidido utilizar este concepto porque creo expresa mejor lo que queremos evitar. Como se verá a lo largo del apartado, no son "privadas", porque lo que preocupa fundamentalmente a Ferrajoli es la violencia ejercida por fuerzas del propio Estado, paramilitares, no sometidas a ningún control jurídico. Consecuentemente, no son "venganza", pues no creo que sólo actúen como respuesta a delitos, en defecto de que lo haga el sistema penal.*

28. *Aludo con ello al eterno problema con que tropieza el utilitarismo cuando se le plantea la hipótesis de condenar al inocente para evitar males sociales mayores.*

Por otro lado, en la misma línea, Nelken (1993:282) cuestiona si es suficiente para justificar la pena la posibilidad de que, en su defecto, se produjera una reacción informal. Así se pregunta si es lícito derivar la pena —deber de castigar— de la existencia de un mal —la venganza— y si ello no representa caer en la tan temida falacia de Hume.

«Por qué —se podría objetar— no afrontar el problema de la venganza, en vez de presuponer la existencia y consiguiente necesidad de la pena» (Nelken, 1993:293).

En definitiva, me parece que una cuestión es, como he manifestado anteriormente, requerir una respuesta y otra distinta es mantener que ésta debe adoptar una determinada forma (p. ej. punitiva o incluso determinando la pena concreta de prisión). [29] Pienso que una respuesta pública de carácter denunciador, reparador o neutralizador, puede ser suficiente para evitar el surgimiento de venganzas.[30] Más aún, la demostración de la existencia de ansias punitivas no suministraría, en mi opinión, un argumento suficiente para justificar la pena.

Aun cuando no me parece convincente que la existencia de violencias arbitrarias proporcione un argumento concluyente para justificar la pena podríamos, de todos modos, investigar si por lo menos la presunción es cierta, esto es, si una decidida aplicación del Derecho Penal evita en efecto el surgimiento de venganzas privadas.

Ello no parece demostrado. Como expone Steinert (1980:330), los ejemplos contemporáneos de venganza privada niegan la tesis de que el Derecho Penal sirva para limitarlas. En este sentido, Steinert recoge las investigaciones empíricas norteamericanas que muestran que los Estados en donde más penas de muerte se ejecutan son también los Estados en donde se producen más linchamientos. Esta constatación conlleva una conclusión contraria a la hipótesis que preconiza que la pena evita estas formas de justicia privada.

Ello no es totalmente sorprendente pues la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo con la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible. [31]

Como observa Frehsee (1987:98-108), el discurso penalista tiende a partir de que hay un "espíritu de venganza" que el Derecho Penal debe limitar. Sin embargo, asumir unas ansias punitivas preexistentes e invariables implica desconocer que hay numerosos aspectos que aún están siendo investigados, como por ejemplo, ¿qué grupos sociales son más susceptibles de manifestar ansias punitivas?, ¿cómo se crean o incrementan?, ¿qué expresan estas demandas punitivas? o ¿qué relación guardan con el grado de victimización?

La última pregunta es especialmente pertinente porque, como han revelado diversas investigaciones criminológicas (Sessar,1986:91-96; Frehsee, 1987:147-148), la demanda de pena más severa se produce generalmente por parte de gente que no ha sido directamente victimizada.[32] La propia víctima, como han mostrado estas mismas investigaciones, en ocasiones quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición. En estos casos parece difícil sostener la afirmación que el Derecho Penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada.

Hasta el momento, como he destacado, Ferrajoli (1995:332-333) constantemente defiende la necesidad del Derecho Penal para evitar la venganza informal, salvaje, arbitraria, equiparándola a venganza privada. Sin embargo,

---

29. *Ello es admitido en ocasiones por el propio Ferrajoli (1995:412) cuando afirma que la venganza privada no se satisface actualmente con la cárcel sino con los medios de comunicación y la rapidez del proceso.*

30. *Cuando el Consejo de Europa en 1984 aprobó el Convenio para la Compensación a las Víctimas de Delitos Violentos recogió la misma justificación, la necesidad de pacificar a la víctima. En consecuencia, la "pacificación" de la víctima sirve tanto para justificar la compensación como la punición. Y si no estamos dispuestos a que sean las (presuntas) ansias punitivas de la víctima las que decidan la respuesta, la opción debería hacerse con base en otros valores.*

31. *Jean Pierre Matus me proporcionó un ejemplo que pienso puede contribuir a ilustrar este aspecto. En los países en los que la pena de muerte está prohibida, las discusiones acerca de qué hacer frente a los casos más graves asumen como límite máximo la cadena perpetua (o la prevista legalmente). Por el contrario, en los países en los que está vigente la pena de muerte, frente a los casos más indignantes publicados, la población tiende a reclamar su aplicación.*

32. *En la demanda de penas severas influyen sin duda múltiples factores: el tipo de delito, el conocimiento del delincuente, la cercanía en el tiempo y las alternativas existentes son sólo algunos de ellos.*

en su réplica a las críticas de Nelken, Ferrajoli (1993:489) matiza que él no identifica prevención de la punición informal o excesiva con venganza privada:

«Yo he sostenido al propio tiempo una tesis más compleja y más simple: que el segundo objetivo justificante de la pena es la prevención de punición "arbitraria" e "informal", como por ejemplo la venganza, pero también como, y diría que sobretodo, las reacciones de tipo policial e ilimitado que sucederían por parte de fuerzas y de la autoridad estatal si el Derecho Penal no existiese».

En consecuencia, a tenor de los ejemplos utilizados por Ferrajoli (1993:489-490) de ejecuciones sumarias, torturas, malostratos, parece que el Derecho Penal se justifica por lo que el Estado haría en ausencia de un sistema de garantías.

Fundamentalmente el Derecho Penal sirve para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado. El argumento así varía, frente a un poder penal concentrado desregulado en manos del propio Estado (y no la imagen de la venganza privada), es mejor un poder sometido a garantías. Desde luego.

La primera paradoja que surge es si es válido este tipo de argumentación. A mí no me parecería convincente que un argumento en favor de la pena de muerte fuera que en caso contrario podríamos ser víctimas de los escuadrones de la muerte.

La segunda paradoja es, de nuevo, que admitir la necesidad de someter el poder del Estado a límites garantizados normativamente no conlleva asumir todo el modelo punitivo.

La regulación jurídica de todo poder es defendible, pero ello no implica que además no se puedan plantear cambios respecto de la forma en que está articulado este poder.

Y la tercera es, si no presume demasiado para el Derecho Penal el pensar que este es el instrumento adecuado para evitar violencias arbitrarias. Si observamos los ejemplos contemporáneos en los cuales se suceden ejemplos de "guerra sucia" y partiendo de la complejidad de las razones, puede especularse que ello obedece a un defecto de aplicación del Derecho Penal, pero el examen de otros episodios de violencia arbitraria nos muestra que tienen poco que ver con la aplicación o no del Derecho Penal. [33]

Por ello, una estrategia alternativa, pero no excluyente, a la necesidad de regular, sometiendo a límites, consiste en reducir el poder punitivo del Estado. La concreción de esta posibilidad quizá sería posible abogando por un modelo de justicia restauradora, que vetase determinados tipos de penas como la prisión (por su carácter exclusivamente punitivo) y concediese un mayor protagonismo a la víctima (para juzgar y para determinar la respuesta). [34] Este poder reducido debería ser, obviamente, sometido a garantías.

RECAPITULACIÓN: No creo que el modelo de "Derecho Penal restitutivo" pueda ser presentado como "venganza privada". Asimismo, me parece cuestionable que el modelo de "Derecho Penal punitivo" surgiera para limitar la "venganza privada". Tampoco me parece convincente argüir que en nuestras sociedades contemporáneas la única forma de evitar violencia arbitraria sea mediante la imposición de una pena. Pienso que se requiere una respuesta, pero no es obligado que esta respuesta esté presidida por la lógica punitiva en vez de denunciatoria, reparadora, protectora o neutralizadora.

Si los argumentos expuestos hasta el momento son plausibles, la consecuencia es que el miedo a las "venganzas privadas" o reacciones estatales incontroladas, no suministran una justificación al modelo de Derecho Penal basado en la punición del delincuente.

En mi opinión, una justicia restauradora (Van Ness, 1990) está en condiciones de evitar también este riesgo, en la medida que cumple los dos requisitos que pienso son esenciales, el de someter el poder a una regulación jurídica y el de otorgar una respuesta que, al tiempo de orientarse a la resolución del conflicto, permita denunciar el daño social realizado (Günther,1989:45-48) y atribuir responsabilidades.

---

33. *En otro contexto, Melossi (1991:20,26) denomina "jurista ingenuo" a quien manifiesta esta confianza en las leyes, sin atender a su relevancia o funcionamiento.*

34. *Aquí persiste el interrogante planteado en la Introducción: y ¿por qué es ello distinto del Derecho Penal? Pienso que un modelo de justicia restauradora es distinto del Derecho Penal porque, a pesar de admitir medidas coactivas, se orienta a la reparación de la víctima o neutralización del conflicto y no a punir al delincuente.*

III. Garantismo y justificación del Derecho Penal: (la prevención de delitos).

"En palabras breves y claras: La prevención general funciona respecto de los que no la "necesitan". Respecto de los que la "necesitan" no funciona.

Esta conclusión se deriva del marco de referencia comunicativo. La estructura de signos donde aterriza y se interpreta el mensaje preventivo y el contexto de interpretación donde se recoge y traduce el mensaje, es de una naturaleza tal que la señal no es efectiva y el mensaje no se entiende en la forma que el emisor pretendía. En un contexto de problemas complejos relacionados con el alcohol, la familia, la situación laboral y educativa, que, conjuntamente, constituyen la estructura relevante de signos y el contexto de interpretación, la señal no se interpreta como una (amenaza de) sanción preventiva o mensaje educativo. Más bien se interpreta por ejemplo como más opresión, más intento de moralización o más expresión de rechazo."

Thomas Mathiesen (1990:68).

En el apartado anterior he concluido que, en mi opinión, el riesgo de venganzas privadas no es apto para proporcionar una justificación del Derecho Penal. Si el razonamiento expuesto en el apartado precedente es aceptado, ¿existiría alguna otra justificación de la pena? La opinión de Ferrajoli es afirmativa, como se deduce de su polémica con Nelken.

Nelken (1993: 294-295) cuestiona el modelo de justificación del Derecho Penal de Ferrajoli en aquellos ámbitos que podríamos denominar "delitos sin venganza". Así, por ejemplo, Nelken observa la ausencia de reacción en algunas situaciones debido a que la gente no los reprueba (piénsese en el denominado delito de cuello blanco); en otras porque no se es consciente de que ha sido víctima de un delito (piénsese en los delitos contra los consumidores, en los delitos contra el ambiente); en otros casos porque la víctima del delito goza de escasa consideración social (piénsese en aquellos delitos realizados contra grupos minoritarios).[35]

En su respuesta, Ferrajoli (1993:494) admite que en bastantes casos no existiría reacción privada, pero en estos recurre al fin de la prevención de delitos para justificar la existencia del Derecho Penal. Cuando falla uno, resurge el otro, como criterio exclusivo de justificación.

El recurso a la prevención se me antoja objetable por dos argumentos que anticipo: a) las investigaciones criminológicas no han podido hasta el momento suministrar un apoyo irrefutable al hecho de que la pena previene (o no); b) en consecuencia, la prueba empírica que Ferrajoli requiere para declarar la pena justificada es de imposible realización.

III.1. El mito de la prevención general. [36]

El título pretende alertar acerca de que ninguna investigación criminológica, de la que tenga conocimiento, ha conseguido contestar en forma definitiva a la pregunta de si la pena previene delitos. Si pensamos en el importante rol que juega la prevención de delitos en la justificación del Derecho Penal, es motivo de asombro que ninguna de las numerosas investigaciones realizadas haya sido capaz de aportar una conclusión irrefutable a la pregunta planteada.

En efecto, una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del Derecho Penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empíricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena en vez de a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole.

Como manifestó el panel de la **National Academy of Sciences** (Blumstein-Cohen-Nagin, 1978:5-7), favorable a la presunción de la prevención de las penas, cualquier intento de extraer una conclusión incuestionable tropieza con las siguientes dificultades: errores en la medición de la tasa de delitos, confusión entre los efectos incapacitadores y preventivos y la imposibilidad de aislar los diversos factores concurrentes de forma simultánea.

Anticipo que la imposibilidad de alcanzar una conclusión cierta en este aspecto tiene consecuencias para la teoría garantista, pues, como veremos posteriormente, Ferrajoli (1995:325) requiere la prueba del cumplimiento de la finalidad —prevención de delitos— para declarar la pena justificada.

---

35. *También Zaffaroni (1990:83) destaca la falta de respuesta "privada" que ha seguido a la comisión de auténticos genocidios por las dictaduras del siglo XX.*

36. *Me centro ahora exclusivamente en la pena de prisión y no en "la pena". Pienso que si consigo convencer de que la pena de prisión no es preventiva habría conseguido también el mismo objetivo respecto de las penas de inferior severidad. La objeción a esta conclusión podría surgir si alguien demostrase que la pena de multa tiene unos efectos preventivos inferiores pero sus costes son también inferiores. En este caso, de acuerdo con una doctrina de justificación utilitarista, la pena de multa quedaría justificada.*

Debido a que carecemos de una prueba concluyente, lo que sí podemos es repasar lo que hemos aprendido a través de diversas investigaciones criminológicas y que sirve para sembrar algunas dudas acerca de la presumida función preventiva de la pena. De estos conocimientos extraigo:

En primer lugar para que el Derecho Penal prevenga debe ser conocido. Indudablemente los delitos que coinciden con normas morales y sociales enseñadas por todos los subsistemas normativos son conocidos, así se suele pensar siempre en "homicidios, violaciones o robos".

Sin embargo, paradójicamente, los delitos más utilizados para justificar el Derecho Penal, son precisamente los que menos amenaza de pena requieren, al estar "prohibidos" por normas religiosas, sociales o culturales. Respecto de ellos la hipótesis es que la pena poco aporta. [37]

Respecto de los delitos que no están respaldados por otro tipo de norma, ya por su carácter novedoso o por tratarse exclusivamente de infracciones de normas técnicas, es posible que en la lista de factores que explican su no comisión la amenaza de pena tenga una mayor relevancia. Pero, generalmente, estos son los delitos que acostumbra citarse como ejemplos en los que es posible proceder a una descriminalización y en los cuales un adecuado control administrativo sería suficiente.[38]

Asimismo, "conocer" la ley no equivale a estar en grado de identificar todo acto como delito. Las víctimas pueden conocer la ley, pero no identificar este acto concreto como delictivo y definirlo como un inconveniente, accidente o tragedia. Cualquier definición alternativa, más probable como más se aleja el comportamiento de los delitos que mayor publicidad reciben o como más se aleja la persona del estereotipo de delincuente, implica que el hecho no será denunciado. Respecto de los hechos que permanecen en la oscuridad ("cifra oscura") la capacidad preventiva del Derecho Penal se ve anulada. [39]

Por otro lado, algunos infractores pueden "conocer" la ley pero pensar que en este caso su actuar no es delictivo (por no incluirse en el tipo penal o creerlo justificado), [40] viéndose también en estos casos anulado el efecto preventivo.

Además, ¿qué debe ser conocido la ley o cómo se aplica en la realidad?, porque una ley severa no tiene efecto preventivo si todos sabemos que los policías o los jueces no están en disposición de aplicarla o la aplican de forma distinta a la contenida en el texto legal.

Por último, ¿qué eficacia tiene el conocimiento y existencia del Derecho Penal en aquellos delitos en los cuales las normas penales no coinciden con las normas sociales? Pensemos en la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o en la conducción temeraria en la que las normas sociales del grupo subcultural valoran precisamente la conducta que la norma penal criminaliza; o en el castigo de las drogas cuyas magras reducciones en el consumo más parecen asociarse con cambios de valores en las culturas juveniles y fenómenos ajenos a la represión penal.

Todas estas interrogantes acerca de la relación entre conocimiento del Derecho Penal y comportamiento son investigadas por la criminología y si algo sabemos es que esta relación dista de ser una relación causal, lineal y directa.

En segundo lugar, la imagen de que el castigo previene parte, como se ha dicho tantas veces, del homo economicus. Puede prevenir en efecto a la clase media, con base en el razonamiento de coste de la pena/beneficio del delito, pero de todos modos ello no es decisivo pues la clase media no es el grupo social que preocupa al Derecho Penal, ya que la clase media tampoco delinque porque obtiene, en expresión conocida en la criminología, una

37. *En estos casos la mejor explicación de por qué la persona infringe la norma apunta no a la disconformidad con los valores sino, además de otros factores, a la interpretación de cuándo está justificado vulnerarlos.*

38. *Desconozco por qué en determinados ámbitos (de, por ejemplo, bienes colectivos) se está más dispuesto a aceptar la descriminalización. Quizá debido a que es difícil observar la línea causal entre acción y daño social, o debido a que se piensa que la realización del daño no es intencional, o debido a que asumimos que "todos" podríamos realizar estos delitos y para "nosotros" una sanción administrativa sería suficiente. En cualquier caso, lo que se observa es que la posibilidad de descriminalizar dice poca relación con el daño objetivo de una determinada acción y más, creo, con personalidades asociadas a tipos de delito.*

39. *Aun cuando no faltan opiniones que paradójicamente manifiestan que en determinados ámbitos es precisamente la no aplicación del Derecho Penal lo que tiene efectos preventivos. El argumento es que su aplicación constante permitiría descubrir la alta cifra oscura y poner en cuestionamiento el valor que se pretende proteger (Popitz,1968).*

40. *Evidentemente muchos infractores conocen perfectamente el carácter prohibido de su actuar, pero en este caso la amenaza penal es sólo una variable de las múltiples que se toman en consideración antes de actuar. Variable que, como expondré posteriormente, puede ser neutralizada.*

"recompensa de la obediencia" ("a stake in conformity") (Toby,1957 cit. por Vold-Bernard, 1986:234).

Pero precisamente no previene a quien no obtiene las suficientes recompensas de la conformidad, no previene a quien ha hecho este comportamiento tantas veces sin ser aprehendido que si finalmente lo es asume el precio como un «gaje del oficio», no previene a quien ya ha estado en la cárcel y sabe cómo sobrevivir en ella, no previene a quien en su grupo subcultural ser aprehendido no representa un descrédito.

Además, el efecto intimidatorio se neutraliza con "técnicas de neutralización" (Matza,1964:69), que suministran justificaciones para realizar el delito a pesar de saber que está prohibido (todos lo hacen, dice el delincuente de cuello blanco, son todos unos delincuentes, dice el joven neonazi).[41]

La investigación alemana más reciente de la que tengo conocimiento (Schuman,1987; 1993) respecto de la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neonazis a personas inmigrantes, concluyó que lo que finalmente afecta a los hábitos de los jóvenes es un cambio en la valoración moral de su comportamiento, la ruptura de contactos con su grupo social (**peer group**) y el riesgo de ser **detenido** en el sentido de mayor dificultad para realizar el hecho o en el sentido de exposición pública.

De los tres factores sólo el último tiene algo que ver con el Derecho Penal,[42] pero tiene un pequeño problema, como advierte Schuman, requiere de una sociedad civil activa que denuncie y de una policía decididamente antiracista.

El mito de la prevención asume asimismo, la imagen de un autor reflexivo que, además de no corresponderse siempre con la realidad, es excesivamente simplificada. Pareciera que la pena es el factor decisivo en el actuar humano. Se ignora que además de la ausencia de obstáculos, siendo la perspectiva del castigo sólo uno de ellos, en la relización de delitos deben confluir cuando menos los elementos de motivación (¿qué interés positivo hay en realizar el delito?), habilidad (no todo el mundo está en condiciones de hacer todo delito) y oportunidad (la ausencia de vigilancia y un objetivo apetecible) (Sheley, 1983:512-515).

Por último, en general se acepta la opinión de Beccaria de que la prevención no requiere de una determinada severidad de la pena. En consecuencia se afirma que la eficacia preventiva depende más de la certeza de su aplicación, que de su severidad.

Debo manifestar que el frecuente recurso a Beccaria para, rechazando la severidad, salvaguardar el castigo, sólo es convincente a primera vista. Ya que, cuando se reflexiona más detenidamente, la "certeza" requiere de más aplicación del Derecho Penal, requeriría que **cada vez** que se realice un delito el sistema penal (policía, jueces, pena) reaccionase. Sinceramente, no me parece una perspectiva muy halagüeña.[43]

Por otra parte hay que reconocer que el recurso a la certeza no se contrapone necesariamente a la severidad, ya que un lector escéptico punitivo siempre podría replicar que por muy certera que sea la aplicación de la pena esta será ineficaz si a esta aplicación no se le vincula una cierta severidad.

Por último, ni siquiera la capacidad preventiva de la certeza de la pena ha sido capaz de ser verificada empíricamente. Una de las investigaciones que tuve ocasión de leer en Estados Unidos me hizo dudar de la corrección de la intuición, que yo también había aceptado, de Beccaria.

Un experimento realizado en 1983 en Minneápolis llevó al convencimiento de que en casos poco graves de violencia doméstica (pena de hasta un año) el arresto inmediato de la persona conseguía disminuir la violencia familiar.

Ello comportó que frente a la anterior discrecionalidad que disponía la policía para arrestar o no, se dictaran leyes en 11 Estados obligando al arresto del marido agresor. Al cabo de poco tiempo, otras tres investigaciones mostraron

---

41. La aplicación de la pena en aras de intimidar también tiene costes. En el ejemplo de los grupos juveniles, crea mártires y héroes y contribuye a reforzar los vínculos con el grupo y aislarlos de la sociedad. En el ejemplo de delincuentes individuales, la violencia de la pena les suministra una justificación adicional para "cuando salga hacerla más fuerte".

42. Señalo que sólo tiene algo que ver con el Derecho Penal porque lo que se discute no es prescindir de toda medida coactiva. En este sentido no se reniega de la intervención de la policía cuya función es evitar la realización de delitos. Lo que se discute es si después de la detención policial, la pena es la respuesta más adecuada.

43. A no ser que el argumento de la certeza se refiera a la suficiencia de una sanción cierta en vez de una pena severa.

que el arresto de la persona producía una intensificación de la violencia, lo cual llevó finalmente a que el mismo investigador, que había sugerido el arresto, recomendara que no se adoptase esta política legislativa (Sherman, 1992:187).

De todo ello no se deriva que no podamos defender la necesidad de una intervención policial inmediata, de protección, pero si después es mejor la intervención penal o una intervención de carácter mediador o de tipo psicológico, no creo que pueda derivarse de que es más eficaz, sino de que creemos preferible.

En fin, se me puede objetar que los conocimientos que expongo están basados en investigaciones realizadas por gente escéptica con el fin de la prevención general, pero, la dificultad de extraer conclusiones irrefutables es precisamente uno de los aspectos que intento mostrar: que la prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el Derecho Penal.

Como observa Mathiesen (1990:51):

"(...) El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo con esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquéllos que la cuestionan y para que argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo."

Llegados a este punto se me plantea la interrogante de qué posee el mito de la prevención general para ser tan persistente, a pesar de no haber sido nunca objeto de comprobación empírica indiscutible. Pienso que nuestra intuición tiene algo en qué basarse y que, a salvo de posteriores estudios, me permito especular:

a) El núcleo de verdad de la prevención general: el hecho de que el comportamiento se modifica por incentivos. Sin embargo, ello es distinto de requerir una pena o una determinada severidad. Los (des) incentivos pueden ser medidas preventivas (desde las de carácter situacional hasta las de carácter educativo, social o político). Los (des) incentivos pueden ser medidas coactivas de carácter neutralizador o reparador, que tienen como objetivo evitar la reiteración del conflicto.

En resumen, de la premisa que el comportamiento humano es modificable por incentivos, no se deriva como consecuencia ineludible que el castigo sea la medida más eficaz frente a todos los comportamientos que pretendemos evitar.

b) La introspección: tenemos una tendencia a realizar una introspección y pensar que si a "nosotros" nos intimida, la prisión intimidará a todos.

Curiosamente, cuando nos preguntan por qué no realizamos determinados delitos "nosotros" tendemos a aportar razones morales, pero pensamos que "ellos" desisten por miedo a la pena.

Pero, si la discusión se sitúa en tipos de personas, lo que muestran las investigaciones que asumen tipos distintos de personalidad propensas a delinquir (Wilson-Herrnstein,1985:43-56), es que "ellos" viven al día, el presente y no hacen cálculos futurísticos. Si viven el presente ¿cómo podemos esperar que la pena, que implica un cálculo incierto —si me arrestan— y de futuro puede evitar un comportamiento de presente?

El método de la introspección también subvalora la pluralidad de la sociedad (en clases, en géneros, en edades, o en culturas), que influye no necesariamente en la existencia de distintos valores, pero quizá sí en la definición de los contextos en los que estos pueden ser infringidos.

Es probable además que esta misma pluralidad influya en cómo se percibe el castigo. La persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales, [44] no ve el castigo como una "pena" si su grupo social le apoya.

La persona acostumbrada (y obligada) a realizar acciones delictivas vive en un contexto de dificultades tal que "nosotros" no podemos imaginar y en consecuencia es razonable pensar que ello influye en el presunto cálculo de costes y beneficios.

La realización del delito puede comportar muchos beneficios que "nosotros" obtenemos al comportarnos convencionalmente y que por tanto no incluimos en el cálculo; los perjuicios de la pena pueden verse disminuidos cuando se contrastan con las condiciones de vida existentes en el exterior, condiciones de vida que para "nosotros" son

44. *Mientras se acepta el escaso impacto de la pena en lo que se denomina "delincuencia de convicción", han empezado a aparecer estudios provenientes del multiculturalismo que muestran la falta de efectos preventivos de determinadas penas en comunidades indígenas. Respecto del Canadá, véase Loo (1996:110-116).*

más favorables, lo cual puede también aumentar el temor a los perjuicios.

c) El castigo paterno: en ocasiones nuestro sentido común proviene de las experiencias que hemos tenido de pequeños. Así baste recordar que en un influyente artículo, Gimbernat (1976:64-65) explicaba el efecto preventivo de la pena comparándolo al del padre que castiga.

No obstante, debe advertirse rápidamente que el Estado no es nuestro padre. El castigo a los niños impuesto por el padre es inmediato y está impuesto por alguien con el que no queremos romper la relación. Ninguna de las dos condiciones se dan con el Estado.

El efecto del castigo de nuestro padre, como advierten las teorías criminológicas basadas en el aprendizaje (Akers, 1994:98) o las teorías criminológicas del control (Gottfredson-Hirschi, 1990:99), [45] se deriva de que actuamos de una u otra forma porque queremos conservar su cariño, es decir en función no sólo de si anticipamos o no castigo, sino en función de que somos receptivos a la reacción que él tenga.

Sin embargo, no nos importa si el Estado se "enfada" con nosotros si previamente estamos ya alienados del Estado, es decir, le hemos negado toda legitimidad. Entre las poblaciones marginadas hay muchos motivos para negar legitimidad al castigo, el observar la desigualdad social y la distinta aplicación de la ley son parte de ellos.

d) Por último, quizá también influye en la permanencia del mito de la prevención la denominada "prueba contrafáctica", esto es, lo que haríamos si no existiese el Derecho Penal. Aquí de nuevo la introspección juega un rol importante.

De todos modos, negar el castigo no implica negar todas las medidas coactivas. Los abolicionistas no sugieren que desaparezca la policía; el centro de su ataque se dirige a medidas coactivas orientadas a castigar en vez de reparar.

En consecuencia, el Derecho Penal no "desaparece" sino que orienta su fuerza coactiva a encontrar respuestas que permitan reparar o neutralizar el conflicto. La necesidad de justificar estas medidas coactivas tampoco "desaparece" pero se articula en función de su capacidad para resolver el conflicto. Los jueces tampoco "desaparecen" aun cuando se es partidario de dar mayor autonomía a la víctima y de articular una justicia más participativa.

No desconozco que los argumentos expuestos hasta el momento no son precisamente originales. Al fin y al cabo Ferrajoli (1995:334) admite la **inidoneidad** del Derecho Penal para satisfacer la prevención de delitos. Pero precisamente por ello el reproche de Nelken (1993:290) parece acertado, al recriminarle que no basta admitir la dificultad de prevenir delitos mediante la pena, si de ello no se extrae conclusión alguna:

"Al discutir la finalidad de la prevención, por ejemplo, [Ferrajoli] se declara escéptico de la posibilidad de determinar de forma realista los efectos preventivos de las diversas penas. En notas, cita diversos escritos que ponen de manifiesto esta dificultad; pero no hay ningún atisbo de una discusión adecuada de cómo ello convierte a la prevención en una finalidad irrealista de la pena, ni se opone, sobre la base de estos escritos, a la finalidad de la prevención."

III.2. La (no) justificación de la pena.

En el apartado anterior he expuesto que, hasta el momento, ninguna investigación ha sido capaz de aportar una demostración cierta de la capacidad preventiva de la pena. También he anticipado que la falta de comprobación empírica es un problema para la justificación de la pena en la teoría de Ferrajoli.

En efecto, si he comprendido correctamente, Ferrajoli no afirma que sea suficiente alegar el fin de prevenir delitos para justificar el Derecho Penal.

"El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de justificación —y en particular por las doctrinas utilitaristas— es la confusión entre los dos niveles de discurso que

45. *Ambas teorías aceptan el papel del castigo en la modificación del comportamiento. Aún así obsérvese como Akers (1994:98) remarca que ello depende de cómo se experimente el castigo: "El castigo puede ser directo (positivo), mediante el cual se vinculan consecuencias dolorosas o desagradables al comportamiento; o indirecto (negativo), en el cual se deniega una consecuencia agradable o recompensa. (...) Sin embargo, el que estos efectos se experimenten de forma positiva o negativa depende de las expectativas previamente aprendidas". Como observa Pfhol (1994:333) desconocemos exactamente el rol de las familias o de los amigos en la neutralización de los efectos de la pena, al enfatizar la baja probabilidad del castigo o al prometer un alto status para los que delincan.*

acaban de ser distinguidos. [46] *A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: (...) El resultado es una* ***falacia normativista*** *del todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones en las que incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en efecto, se obtienen* ***a posteriori****, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista". (Ferrajoli, 1995:325-326).*

En resumen, para evitar ser una "ideología normativista", no basta alegar el fin de prevención de delitos para que la pena esté justificada, sino que debe demostrarse que esta finalidad es efectivamente cumplida, esto es, que hay una correspondencia entre el fin que se pretende alcanzar y la función que cumple la pena. [47]

No obstante, la prueba empírica que se debería realizar para declarar no justificada una pena es actualmente imposible. Como observa Baratta (1986:85):

"Por lo que se refiere a la teoría de la prevención general negativa, los resultados de las investigaciones realizadas sobre el control empírico de la misma pueden resumirse del siguiente modo: la realización efectiva de la función disuasoria de la pena no está empíricamente demostrada. ***Se puede incluso pensar razonablemente, en base a consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable" (texto en negrita añadido).***

Ferrajoli (1995:334; 347, nota 18; 473) admite la dificultad, de dicha prueba empírica. La dificultad aumenta, como él mismo reconoce (Ferrajoli, 1995:336), hasta la **imposibilidad** cuando a la exigencia de demostrar la eficacia preventiva de la pena se le añade el cálculo de que la violencia ejercida por la pena sea menor de la que hubiera resultado por la suma de delitos y venganzas.

Pues bien, si la comprobación empírica de la capacidad preventiva del Derecho Penal es difícil o actualmente imposible ¿cómo afirmar que la pena sólo se justifica **a posteriori,** con base en investigaciones empíricas que demuestren su efectividad? (Ferrajoli, 1995:325, 327-328, 337, 344).

Las "pruebas empíricas" que permitirían la justificación de la pena acaban no siendo susceptibles de comprobación y con ello corren el riesgo de legitimarla independientemente de su utilidad en la prevención de delitos. [48]

Una segunda dificultad que me provoca la teoría de Ferrajoli se refiere a las consecuencias que se pueden extraer de esta falta de comprobación empírica. Asumamos que, a falta de una demostración empírica irrefutable, los argumentos plausibles expuestos en el apartado anterior son admitidos como "prueba".

Debido a que la pena de prisión no ha probado su capacidad preventiva ¿no debiera ser ello suficiente ya para deslegitimarla, esto es, para declararla no justificada (obviamente de acuerdo con **esta** doctrina de justificación)? Sin embargo, parece que ello no es correcto pues "infringe la ley de Hume". [49]

"En un vicio ideológico simétrico a [la falacia normativista] que afecta a muchas doctrinas de justificación de la pena incurren por otra parte también muchas doctrinas abolicionistas, que discuten el fundamento axiológico de las primeras con el argumento asertivo de que la pena no satisface los fines que se le señalan: por ejemplo, no

---

46. *Se refiere a la diferencia entre doctrina de justificación y justificación: «Sobre esta base podemos caracterizar las* ***doctrinas de justificación*** *como discursos normativos acerca de la justificación o acerca de los fines justificadores, y las* ***justificaciones (o no justificaciones)*** *como discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas» (Ferrajoli,1995:325).*

47. *Por ello Ferrajoli (1995:344) remarca que el garantismo es no sólo un criterio de justificación sino también de deslegitimación del Derecho Penal.*

48. *Además de la difícil comprobación empírica de la eficacia preventiva de la pena, permítaseme insistir en que adicionalmente debería comprobarse que ésta es el medio menos lesivo del que se dispone para conseguir dicho fin.*

49. *«Con arreglo a la ley de Hume, mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación y descripción de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino sólo mediante su conformidad o desconformidad respecto a valores» (Ferrajoli, 1995:324).*

previene los delitos, no reeduca a los condenados o incluso tiene una función criminógena opuesta a los fines que se indican como su justificación. Críticas de este tipo están en línea de principio viciadas a su vez por la **falacia naturalista**, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas", Ferrajoli (1995:326).

Debo manifestar mi grandísima dificultad para entender el porqué de la constatación de que la pena de prisión no previene no se puede extraer la consecuencia de que ésta no está justificada (de acuerdo con una teoría que precisamente la defiende por ser preventiva). [50]

Si el argumento es que del hecho de que la pena de prisión no previene no puede extraerse la consecuencia de que no esté justificada pues "bien aplicada" podría tener efectos preventivos, debieran especificarse cuáles son los requisitos necesarios para que esté "bien aplicada". Si el argumento fuera el de que la prisión no previene no puede extraerse la conclusión de que ninguna pena previene, debiera especificarse qué penas concretas aparecen justificadas de acuerdo con los principios de eficacia (en la prevención) y necesidad (por ser las menos lesivas) y cuáles no.

Por último, Ferrajoli (1995:326) admite que hay un caso en que la «falacia naturalista» es admisible:

«(...) cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador.(...) puesto que es condición de sentido de cualquier norma la posibilidad alética de que sea observada (además de violada), si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado y a pesar de ello asumimos su posible realización como criterio normativo de justificación, ello quiere decir que la tesis de la posible realización, contradictoria con la de la irrealizabilidad, ha sido derivada de la norma violando la ley de Hume" (sic).

En definitiva, cuando se plantean **objetivos irrealizables** (no sólo irrealizados pero siempre realizables)[51] es válido infringir la ley de Hume. En este caso, la pena, que no previene ni puede prevenir, queda deslegitimada.

No acabo de entender cómo podré saber cuándo me encuentro frente a un objetivo **nunca** realizado o frente a uno irrealizable. [52] Ni atisbo a ver cómo se podría convencer al lector escéptico pero punitivo. En efecto, aun cuando se consiguiese demostrar que la pena no previene ¿cómo podríamos rebatir a quien nos cuestionase que ello es debido a que no se aplica de forma suficiente? El lector escéptico punitivo siempre podría concluir que, en efecto, la pena de prisión no previene pero podría prevenir, si fuese más aplicada o de mayor duración. [53]

Veamos esta dificultad en los ejemplos que expone Ferrajoli de pena totalmente ineficaz y por tanto deslegitimada:

«(...) en el aborto o el consumo de estupefacientes sí se admite que las penas, como parece demostrado por investigaciones empíricas comparadas, son completamente ineficaces para prevenirlos.» (Ferrajoli,1995:280).

O también:

«(...) el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida que se demuestre que está abocada a no surtir efecto.» Ferrajoli (1995:473).

A mí me cuesta creer que las investigaciones empíricas comparadas hayan puesto de manifiesto que la prohibición del aborto o del consumo de drogas no es efectiva (¿y la del hurto?), pero sí puedo creer que sus valores le lleven a considerar ilegítimo que estos comportamientos se combatan con el recurso a la pena.

---

50. *Para exponer de forma explícita mi confusión acerca de la "falacia naturalista": entiendo que, de acuerdo con la "ley de Hume", no sería correcto derivar del hecho de que la pena de prisión no previene la incorrección de la doctrina de justificación utilitarista. Me cuesta más entender por qué infringe la ley de Hume derivar del hecho de que la pena de prisión no previene que esta pena no está justificada.*

51. *Véase también Ferrajoli (1995:345, nota 1).*

52. *Ferrajoli (1995:345, nota 3) se manifiesta en contra de la opinión de Baratta (1986:84) que acusa de ideologías a las teorías no demostradas. Ferrajoli entiende, por el contrario, que los fines han de ser no sólo no realizados sino irrealizables.*

53. *Esta es también la dificultad con la que tropieza la crítica a la resocialización. No es el único argumento en contra de la resocialización, pero es un argumento plausible el hecho de que la pena de prisión presente unos índices elevados de reincidencia. Plausible pero no irrefutable, para aquéllos que creen que "mejores prisiones" o "mejores programas de tratamiento" sí tendrían capacidad resocializadora. En este sentido Fiandaca (1993: 271) acusa a Ferrajoli de incurrir respecto al fin preventivo especial en la falacia de Hume.*

Pero entonces la discusión debería situarse, en mi opinión, a este nivel, esto es, argumentar que el fin de la prevención de delitos es irrealizable por medio de la pena, ya que ésta siempre comportará un grado de sufrimiento mayor que otros medios alternativos de prevención. De lo contrario, si se pretende permanecer en el nivel empírico, el lector escéptico punitivo no resultará convencido de que si la pena fuera aplicada en estos ámbitos, en que predomina la cifra oscura, de manera más certera o más severa, podría tener efectos preventivos.

Por último, la prevención no aporta argumentos concluyentes, ni para justificar el Derecho Penal ni, lamentablemente, como pretendería Ferrajoli, para limitarlo.[54]

RECAPITULACIÓN: Es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos en favor de la no realización del delito. [55] Consecuencia de esta imagen, da excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir en el comportamiento humano.

Hay argumentos plausibles que cuestionan que la prisión sea capaz de prevenir delitos, pero no hay una demostración empírica irrefutable. Si alguien exige demostrar que no previene y "nunca puede prevenir" para deslegitimar la pena de prisión, debiera especificar en qué condiciones se cree que la prevención sería posible y por qué la pena es el medio menos lesivo para conseguir este fin.

PD. Este artículo no pretende exasperar las discrepancias entre abolicionismo y garantismo. Comparto la preocupación básica de Ferrajoli de someter el poder punitivo a estrictos controles jurídicos. Lo único que me separa de él es que no creo que este objetivo deba comportar necesariamente la legitimación del actual modelo punitivo, de sus justificaciones, ni de sus penas. Por ello he pretendido, en primer lugar, señalar que, aun cuando se acepte la doctrina de justificación propuesta por Ferrajoli, puede argüirse que la pena de prisión es una pena inhumana, contraria a los derechos humanos. En segundo lugar, he pretendido cuestionar la utilidad de la pena —entendida como castigo del delincuente— para evitar violencias arbitrarias o prevenir delitos. En tercer lugar, he procurado precisar que ello no implica caer en la ilusión de prescindir de todo tipo de medidas coactivas, pero que estas pueden recibir otra justificación y ser evaluadas en función de su capacidad para reparar el conflicto. [56]

BIBLIOGRAFÍA

AKERS, R. (1994) **Criminological Theories**. Los Ángeles, Roxbury Publishing Company.

BARATTA, A. (1986) "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal" en **Poder y Control**, Nº 0, Barcelona, P.P.U.

BIANCHI, H. (1985) **Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control**. Bloomington, Indiana University Press,1994.

BLUMSTEIN, A.-COHEN, J.-NAGIN, D. (eds.) (1978) **Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates**. National Academy of Sciences, Washington, D.C.

CHRISTIE, N. (1976) "Conflicts as Property" en **British Journal of Criminology**, vol. 17, Nº 1. Hay traducción al español en **De los delitos y de las víctimas**. Maier, J. (comp.) Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

54. *Por ello mis dos objeciones fundamentales a la teoría utilitarista, como doctrina de justificación, consisten en que no creo que consiga oponer un límite eficaz, basado en principios utilitaristas, a la severidad de las penas y que hace aparecer como empírico lo que es valorativo.*

55. *La concepción de la pena como una respuesta que aporta argumentos morales y un pequeño desincentivo para evitar la realización de delitos la he extraído de Von Hirsch (1995:12-14).*

56. *Por ello me he atrevido a sugerir que el discurso abolicionista después de reclamar la "abolición de la prisión" y la "abolición del sistema penal" debiera afrontar ahora en el plano teórico una tercera fase que he denominado "justicia restauradora".*

-(1981) **Limits to Pain**. Oxford, Martin Robertson, 2ª ed., 1992. Existe traducción al castellano, **Los límites del dolor**, México, F. C. E., 1984.

CID, J. (1996a) "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)" en **Revista de Administración Pública**, mayo-agosto.

-(1996b) "Despenalización y tutela de bienes colectivos" en **Prevenció**, Nº 12, marzo.

COHEN, S. (1985) **Visions of Social Control**. Hay traducción al castellano **Visiones de Control Social**, Barcelona, P.P.U.,1988.

-(1987) "Taking decentralization seriously: Values, visions and policies" en **Against Criminology**, Oxford, Transaction Books, 1988. Hay traducción al castellano en **Nuevo Foro Penal**, 1989, Nº 45.

FERRAJOLI, L. (1986) "El Derecho Penal Mínimo" en **Poder y Control**, Nº 0, Barcelona, P.P.U.

-(1989) **Derecho y Razón**. Madrid, Trotta, 1995.

FIANDACA, G. (1993) "Quando proibire e perché punire? Ragioni di "concordia discors" con Luigi Ferrajoli" en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) **Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli**. Torino, Giappichelli.

FOUCAULT, M. (1984) **Vigilar y Castigar**. Madrid, Siglo XXI, 4ª ed.

FREHSEE, D. (1987) **Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle**. Berlin: Duncker & Humblot.

FUNES, J. (1994) (director) **Mediació i Justicia Juvenil.** Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia.

GACTO, E. (1990) "Aproximación a la historia del Derecho Penal español" en CLAVERO-GROSSI-TOMÁS Y VALIENTE (eds.) **Hispania**. Milano, Giuffrè editore, Tomo I.

GIMBERNAT, E. (1976) **Estudios de Derecho Penal**. Madrid, Civitas.

GOTTFREDSON, M. -HIRSCHI, T. (1990) **A General Theory of Crime**. Stanford, Stanford University Press.

GÜNTHER, K. (1989) "Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich?" en Gamm, G.-Kimmerle, G. (Hsg.) **Vorschrift und Autonomie: zur Zivilisationsgeschichte der Moral**. Tübingen: Diskord.

HARRIS, M. (1985) **Jefes, cabecillas, abusones**. Madrid, Alianza Cien.

HAY, D. (1975) «Property, Authority and the Criminal Law» en **Albion"s Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England.** HAY, D. -LINEBAUGH,P.-RULE, J. G.- THOMPSON, E. P.-WINSLOW, C. London, Penguin Books.

HESPANHA, A. (1987) «Da "Iustitia" à "Disciplina". Textos, Poder e Politica Penal No Antico Regime» en **Anuario de Historia del Derecho Español**, Nº 57.

-(1990) «Da "Iustitia" à "Disciplina"» en **Sexo barroco y otras transgresiones premodernas.** TOMÁS Y VALIENTE-CLAVERO-HESPANHA-BERMEJO-GACTO-ÁLVAREZ ALONSO (eds.). Madrid, Alianza Universidad.

HULSMAN, L.- BERNAT CELIS, J. (1982) **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa**. Barcelona, Ariel, 1984.

-(1986) "Critical Criminology and the Concept of Crime" en **Contemporary Crisis**, vol 10, Nº 1. Hay traducción al español en **Poder y Control**, 1986, Nº 0, Barcelona, P.P.U. y en **Abolicionismo Penal**, Buenos Aires, Ediar, 1989.

-(1991) "Alternatives to Criminal Justice: Decriminalization and Depenalization" en **Abolitionism in History**, Varsovia.

KAISER, G. (1987) «Abolitionismus -Alternative zum Strafrecht?» en Küper, W. (Hsg.) **Festschrift für Karl Lackner zum 70.Geburststag.** Berlin, Walter de Gruyter.

LARRAURI, E. (1987) «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista» en **Poder y Control**, Nº 3.

-(1991) "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español" en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**.

-(1997) "La reparación" en J. Cid-E. Larrauri (coords.) **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona, Bosch.

LENMAN, B.- PARKER, G. (1980) «The State, the community and the criminal law in Early Modern Europe» en **The social history of crime in Western Europe since 1500**. GATRELL-LENMAN-PARKER (eds.). London, Europe Publications.

LOO, T. (1996) "Savage Mercy: Native Culture and the Modification of Capital Punishment in Nineteenth-Century British Columbia" en Strange C. (ed.) **Qualities of Mercy: Justice, Punishment, and Discretion**. Vancouver, UBC Press.

MARTÍNEZ, M. (1990) **La abolición del sistema penal.** Bogotá, Temis.

MATHIESEN, T. (1986) "The politics of abolition" en **Contemporary Crisis**, vol 10, Nº 1. Hay traducción al español en **Abolicionismo Penal**, Buenos Aires, Ediar, 1989.

-(1990) **Prison on Trial**. London, Sage.

MATZA, D. (1964) **Delinquency and Drift.** New York, John Wiley & Sons.

MELOSSI, D. (1991) "Ideologia e diritto penale. Garantismo giuridico e criminologia critica como nuove ideologie dell subalternità?" en **Dei Delitti e delle Pene**. Vol I. Torino, Edizioni Gruppo Abele.

NELKEN, D. (1993) "Le giustificazioni della pena ed i diritti dell"imputato" en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) **Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli**. Torino, Giappichelli.

NINO, C. (1980) **Introducción al Análisis del Derecho**, Barcelona, Ariel, 1994.

-(1991) "La huida frente a las penas. A propósito del último libro de Eugenio R. Zaffaroni" en **No Hay Derecho**. Año 2, Nº 4, Buenos Aires.

PAVARINI, M. (1985) «Introduzione» a Nils Christie **Abolire le pene?** Torino, Edizioni Gruppo Abele.

PÉREZ PINZÓN, A. O. (1989) **La perspectiva abolicionista.** Bogotá, Temis.

PETERS, E. (1998) "Prison before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds" en MORRIS, N.- ROTHMAN, D. (eds.) **The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society**. Oxford, Oxford University Press.

PETIT, C. (1991) «Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo» en **Recuils de Jean Bodin: La peine** (vol. 56, ii), Bruxelles, de Boeck Université.

PFOHL, S. (1985) **Images of Deviance and Social Control**. New York, McGraw-Hill, 2ª ed., 1994.

POPITZ, H. (1968) **Über die Präventivewirkung des Nichtswissen. Dunkelziffer, Norm und Strafe.** Tübingen.

SÁNCHEZ ROMERO, C., HOUED VEGA, M. A. (1992) **La abolición del sistema penal.** San José, Costa Rica, Editec.

SCHEERER, S. (1986) "Limits to criminal Law?" en BIANCHI- V. SWAANINGEN (eds.) **Abolitionism.** Amsterdam, Free University Press.

SCHUMAN, K. (1989) **Positive Generalprävention.** Heidelberg, C. F. Müller.

-(1993) "Schutz der Ausländer vor rechtsradikaler Gewalt durch Instrumente des Strafrechts?" en **Kein schärfer Schwert, denn das für Freiheit streitet!**. FS für Thomas Mathiesen. Bielefeld, AJZ.

SESSAR, K. -BEURSKENS, A. -BOERS, K. (1986) "Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma?" en **Kriminologisches Journal**.

SHELEY, J. (1983) "Critical Elements of Criminal Behavior Explanation" en **The Sociological Quarterly** 24.

SHERMAN, L. W. (1992) **Policing Domestic Violence**. New York, The Free Press.

SILVA, J. (1996) "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del tribunal Supremo" en **Actualidad Penal**, Nº 15/8.

SPIERENBURG, P. (1998) "The Body and the State: Early Modern Europe" en MORRIS, N.- ROTHMAN, D. (eds.) **The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society**. Oxford, Oxford University Press.

STEINERT, H. (1980) "Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom "Strafbedürfnis der Bevölkerung" (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen" en LÜDERSSEN, K.- SACK, F. (Hsg.) **Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht**. Frankfurt, Suhrkamp.

THOMAS, J. BOEHLEFELD, S. (1993) "Rethinking Abolitionism: "What do we do with Henry"? Review of de Hann, The Politics of Redress" en MACLEAN, B.-PEPINSKY,H. **We Who Would Take no Prisoners: Selections from the Fifth International Conference on Penal Abolition**. Vancouver, Collective Press.

TOMAS Y VALIENTE, F. (1969) **El Derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)**. Madrid, Tecnos, 2a. ed., 1992.

VAN NESS, D. (1993) "New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice" en **Criminal Law Forum**, vol. 4, Nº 2.

VAN SWAANINGEN, R. (1986) «What is abolitionism?» en BIANCHI- V. SWAANINGEN (eds.) Abolitionism. Amsterdam, Free University Press.

-(1997) Critical Criminology. Visions from Europe. London, Sage.

VOLD, G. - BERNARD, T. (1958) **Theoretical Criminology**. Oxford, Oxford University Press, 3a ed., 1986.

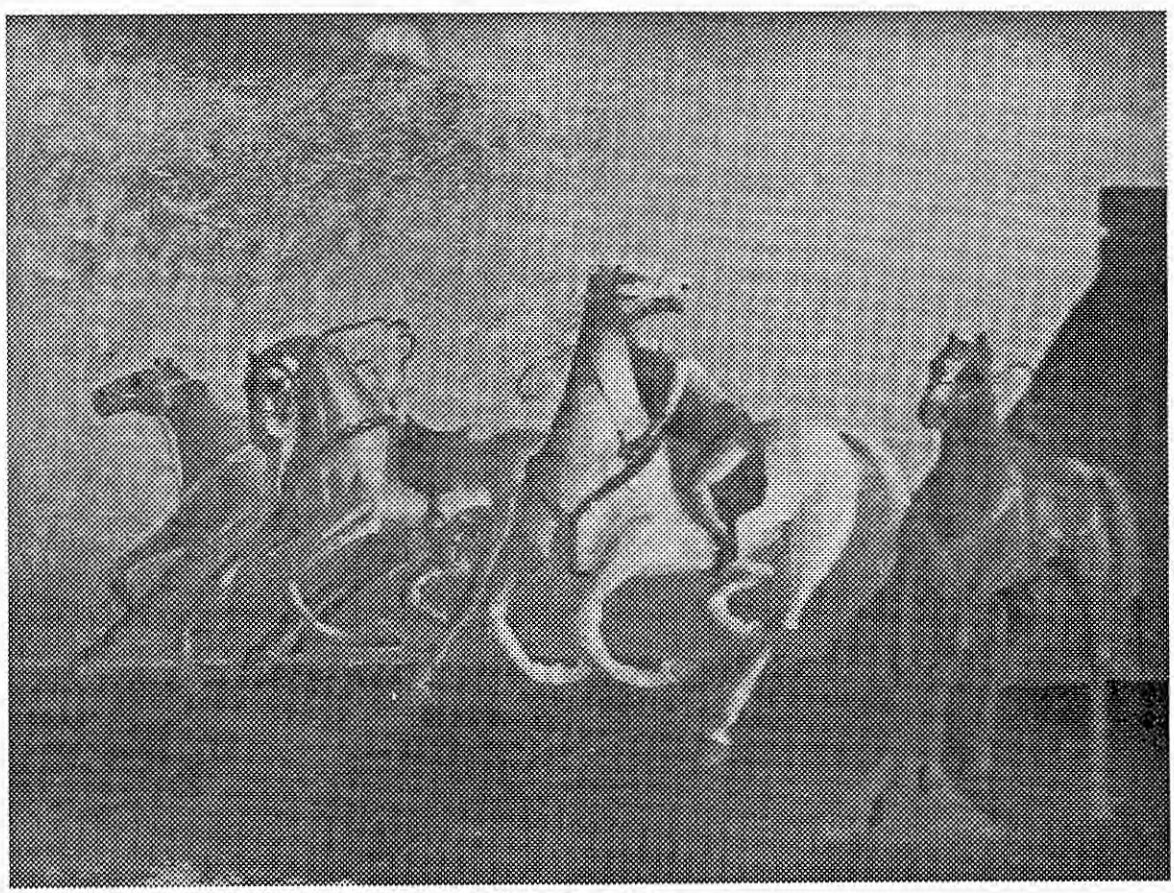
VON HIRSCH, A. (1993) **Censure ans Sanctions**. Oxford, Clarendon press, 1995. Existe traducción al castellano **Censurar y Castigar**, Madrid, Trotta, 1998 (en prensa).

WILSON, J. Q.-HERRNSTEIN, R.J. (1985) **Crime and Human Nature. The Definitive Study of the Causes of Crime.** New York, Simon & Schuster.

YOUNG, J. (1998) "Breaking Windows: Situating the New Criminology" en WALTON, P.-YOUNG, J. **The New Criminology Revisited**. London, Macmilian.

ZAFFARONI, E.R. (1990) **En busca de las penas perdidas**. Bogotá, Temis.

-(1991) "¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del Derecho Penal" en **No Hay Derecho**. Año 2, Nº 5, Buenos Aires.



Óleo. Jorge Corea

DOMINIO DEL HECHO POR DOMINIO DE VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*

*Kai Ambos***

En el año 1963, *Roxin*[1] presentó en la revista *Goltdammer's Archiv* su doctrina del «dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. En la actualidad —más de treinta años después—, esta doctrina, si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia (I.), aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse satisfactorio. La doctrina científica ha realizado una intensa actividad de nuevos elementos terminológicos, sometiendo el modelo de Roxin a una crítica que en parte se halla plenamente justificada. Sin embargo, no se han presentado en este contexto propuestas de solución convincentes (II.). Sólo a través de la necesaria concreción de la misma noción de dominio en virtud de organización, es como se puede alcanzar su limitación material a dos grupos de casos, siendo entonces también prescindible el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico (III.).

I. La jurisprudencia reciente

Como es sabido, en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable— tiene dominio del hecho cuando «aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados».[2] De acuerdo con esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: «si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar», será autor mediato.[3] Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás —de acuerdo con una resolución reciente—[4] sea un sujeto con facultades de decisión política; también el comandante de un regimiento de tropas de fronteras puede convertirse mediante una orden de disparar (realizada mediante actos concluyentes) a un subordinado en autor mediato del homicidio cometido por éste.

Sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del *dominio del hecho*. En contra de ello parece abogar el hecho de que —como ya sucedía antes— siga tomando como punto de referencia la «voluntad de tener dominio del hecho» realizando tan sólo —al igual que en los casos normales de autoría mediata— correcciones objetivas mediante los criterios de la teoría del dominio del hecho.[5] Por otra parte, sin embargo, cabría

---

* *Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Este artículo fue originalmente publicado en* Goltdammer's Archiv *(GA) 4/1998.*

** *Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. BR.), encargado de las secciones Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica. Asistente científico (prof. Asistente) de la Universidad de Freiburg.*

1 *GA 1963, p. 193 (pp. 200 y ss.); Täterschaft und Taherrschaft, 6ª edición, 1994, pp. 242-252.*

2 *BGH Neue Juristische Wochenschirift (NJW) 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218); así también BGH Strafverteidiger (Stv) 1995, p. 70 (71) y LG Berlín, sentenica de 10.9.1996, autos nº (536) 2 Js 15/92 KS (2/95) ("generales"), pp. 111 y ss.*

3 *BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).*

4 *BGH NJW 1996, p. 2042 (2043).*

5 *En sentido similar* Schulz, *Juristische Schulung (JuS) 1997, p. 109 (111); cfr. de modo general sobre la llamada teoría subjetiva, partiendo de una consideración del tipo objetivo, por ejemplo,* Kühl, *Strafrecht AT, 1994 d 20 n. m. 30 y ss.*

calificar con *Roxin*[6] este mantenimiento de la "voluntad de tener dominio del hecho" como "irrelevante" y "superfluo", si se tiene en cuenta que se hace uso constante de los criterios de la teoría del dominio del hecho, especialmente en el caso del rechazo de la coautoría por falta del reparto funcional de tareas (v. sobre esto más adelante). Desde este punto de vista, cabría considerar entonces la resolución BGHSt 40, p. 218, como resolución en la que "se impone definitivamente la teoría del dominio del hecho". En todo caso, lo que es seguro es que el BGH no apoya de modo general la autoría mediata en el interés en el hecho del hombre de atrás, de modo que no retorna a la teoría subjetiva extrema (Staschynskij, caso de la bañera;[7] teoría que en todo caso ya no sería defendible, teniendo en cuenta el tenor literal del § 25* I, primera alternativa StGB "por sí").[8]

II. Posiciones defendidas en la doctrina

1. La teoría del dominio del hecho y del dominio en virtud de organización del Roxin como punto de partida dogmático

Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: (*dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional),*[9] pudiendo darse el *dominio por voluntad* —que es el que adquiere relevancia en este contexto— en tres modalidades: "Se puede *coaccionar* a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego*; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*".[10] De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción,[11] por error[12] o "*en virtud de aparatos organizados de poder*".[13] Esta última modalidad del dominio por voluntad, que *Roxin* también denomina *dominio por organización*,[14] consiste en su opinión en "el modo de funcionamiento específico del aparato... que está a disposición del hombre de atrás". De acuerdo con este punto de vista, ese aparato funciona "sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente 'automático'".[15] Partiendo del hecho de que los ejecutores son intercambiables *(fungibilidad)*, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo.[16] Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son "ruedas" intercambiables "en el engranaje del aparato de poder",[17] de modo que la figura central en el suceso —a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho— es el hombre de atrás en virtud de su "medida

---

6 Roxin, *(Juristenzeitung (JZ) 1995, p. 49 (50 y s.). Se suma* Murmann, *GA 1996, p. 269, (271). Cfr. también ya* Herzberg, *Jura 1990, p. 16 (20 y s.) respecto de BGHSt 35, p. 347 ("rey de los gatos").*

7 *Cfr.* Kühl,, *AT (*supra *n. 5), § 20 n. m. 22 y s.*

* *El § 25 StGB dispone: "Autoría. (1) Será penado como autor quien cometa el hecho punible por sí o por medio de otro. (2) Si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será penado como autor (coautores)".*

8 *En este mismo sentido* Roxin, *Juristenzeitung (JZ) 1995, p. 49 (50).*

9 *Cfr.* Roxin, *Täterschaft (*supra *n. 1), pp. 127 y ss., 142 y ss., 275 y ss. Tan sólo el dominio de hecho funcional se adscribe de modo unívoco a una forma de autoría (a la coautoría; ibídem, pp. 275 y ss.).*

10 Ibídem, *p. 245 (sin cursiva en el original).*

11 Ibídem, *p. 142 y ss.*

12 Ibídem, *p. 170 y ss.*

13 Ibídem, *p. 242 y ss., 653 y s. Cfr. también* Roxin, *GA 1963, p. 193 (200 y ss.);* idem, Lage-*Festschrift (FS) 1976, p. 173 (192 y s.); 14* ibídem, *p. 242 y ss., 653 y s. Cfr. también* Roxin, *GA 1963, p. 193 (200 y ss.);* idem, Lage-*Festschrift (FS) 1976, p. 173 (192 y s.);* LK-Roxin, *11° ed., 8° entrega, 1993, § 25 n.m. 128 y ss.;* idem, *J Z 1995, p. 49;* idem, *JZ 1995, p. 49.*

14 *Cfr., por ejemplo, Täterschaft (*supra *n. 1), pp. 246, 249.*

15 Ibídem, *p. 245.*

16 *Así ya* Jäger, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) 1963, p. 73 (78 y s.).*

17 Roxin, *Täterschaft (*supra *N° 1), p. 245.*

de dominio de organización".[18] Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que "pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros".[19] De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato de organización de tal modo que "pueda dar órdenes a personas subordinadas a él" y haga uso de esa facultad "para la realización de acciones punibles".[20]

2. Posiciones que coinciden en los resultados alcanzados

Dentro del grupo de aquellos autores que afirman en última instancia la concurrencia de autoría mediata, cabe advertir al menos tres puntos de partida diferentes:

a) *Dominio por organización en virtud de fungibilidad (opinión dominante)*

La opinión dominante,[21] siguiendo a *Roxin*, asume el criterio del dominio por organización, siendo pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación propia.[22]

Herzberg[23] coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de *Roxin* al partir de que —configurando una excepción al principio de responsabilidad por él reconocido— la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. Pues en su opinión, en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el "aparato", que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.

Bloy[24] asume que se trata de un supuesto de imputación por "injusto de organización", y tan sólo en el caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad. Resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido *vertical* suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano *horizontal*.[25]

También *Schmidhäuser*[26] acepta en la actualidad el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de autoría mediata también en aquellos casos en los que la

18 Ibídem, *p. 247.*

19 Ibídem, *p. 248.*

20 Ibídem.

21 *Cfr. S/S-*Cramer, *25° ed., 1997, § 25 n.m. 25; 23 Cfr. S/S-*Cramer, *25° ed., 1997, § 25 n.m. 25;* Lackner, *StGB, 22° ed., 1997, § 25 n.m. 2;* Tröndle, rach/Gössel, AT/2, *7° ed., 1989, § 48 n.m. 88 (con una posición crítica respecto de la contradicción con el principio de responsabilidad);* Eser, *Strafrecht II, 3° ed., 1980, p. 157;* Kühl, *AT* (supra *n. 5), § 20 n.m. 73;* Stratenwerth, *AT, 3° ed., 1981, n.m. 790 y s.;* ídem, *Schweizer Strafrecht, 2° ed., 1996, § 13 n.m. 34;* Wessels, *Strafrecht AT, 27° ed., 1997, n.m. 541;* Lampe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW) 106 (1994), p. 683 (743);* Jung, *JuS 1995, p. 173 (174).*Tröndle, rach/Gössel, AT/2, *7° ed., 1989, § 48 n.m. 88 (con una posición crítica respecto de la contradicción con el principio de responsabilidad);* Eser, *Strafrecht II, 3° ed., 1980, p. 157;* Kühl, *AT* (supra *n. 5), § 20 n.m. 73;* Stratenwerth, *AT, 3° ed., 1981, n.m. 790 y s.;* ídem, *Schweizer Strafrecht, 2° ed., 1996, § 13 n.m. 34;* Wessels, *Strafrecht AT, 27° ed., 1997, n.m. 541;* Lampe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW) 106 (1994), p. 683 (743);* Jung, *JuS 1995, p. 173 (174).*

22 *Cfr., además del texto que sigue, la muy instructiva exposición de* Gropp, *JuS 1996, p. 13 (15 y ss.), quien, a pesar de expresar ciertas dudas, acaba siguiendo a* Roxin *en lo que se refiere a los resultados alcanzados.*

23 Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme, 1977, pp. 42 y s.;* ídem, *Jura 1990, p. 16 (23 y s.).*

24 Bloy, *GA 1996, p.424 (437 y ss.).*

25 *Respecto de la estructura de mando vertical en la antigua República Democrática Alemana (RDA) —aunque en relación con la fundamentación de la inducción—* Lüderssen, *Der Staat geth unter – das Unrecht bleibt?, Frankfurt am Main, 1992, pp. 88 y s.*

26 Schmidhäuser, *Strafrecht AT (Studienbuch), 2° ed., 1984, 10/95; respecto de su opinión anterior, cfr.* ídem, *Lehrbuch Strafrecht AT, 2° ed., 1975, 14/49.*

víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.

b) *Otras fundamentaciones del dominio por organización (Bottke, Schild)*

Si bien *Bottke*[27] hace uso del concepto de *dominio de configuración desde una posición (relevantemente) superior* (en lugar de dominio por voluntad), en última instancia también toma como punto de referencia el dominio por organización, al afirmar la concurrencia de autoría mediata en quien "ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida".[28]

También *Schild*[29] reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce —al igual que en el caso del dominio por coacción y por error— no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al *dominio de la acción* del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario —en contra de la autoría mediata como categoría autónoma— de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.

En todos los casos de la autoría mediata defendida por *Roxin* en cuanto dominio por voluntad (es decir, en virtud de coacción, de error o de aparatos organizados de poder),[30] de acuerdo con el punto de vista de este autor, el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo "por medio" de otro (como lo prevé el § 25 I, segunda alternativa), "sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro *crea él mismo la acción típica* (precisamente, a través de un instrumento, y , por lo tanto, no por medio de 'otro')";[31] en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la Parte Especial, incluyendo el dolo.[32] De este modo, *Schild* proclama que la distinción entre autoría directa y mediata en el sentido del § 25 I —distinción que en su opinión se basa en "un concepto de acción prenormativo, que toma como referencia los fenómenos externos (inmediatos) en sí mismos..."—[33] es superflua de modo general.

c) *Equivalentes del dominio de organización (Schroeder, Murmann)*

Schroeder[34] erige en criterio la *decisión incondicional de cometer el hecho* en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una "construcción *ad hoc*" cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. Pues, en su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aún el hecho de que los ejecutores no fueran intercambiables no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material está en que en todo momento existan "personas dispuestas a llevar a cabo el hecho". Por lo demás, *Schroeder* se remite a *Korn*,[35] quien considera que el criterio de la fungibilidad es "superficial" y por ello recurre a otros distintos, como que no existan disposiciones jurídicas contrarias al hecho que impidan su ejecución (disposiciones que, en su opinión,

---

27 Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Straffrechtssystems, Heidelberg, 1992, pp. 60 y ss., 71 y ss. Cfr. la valoración crítica de* Lesch, *GA 1994, p. 112 (123 y s.).*

28 Bottke, *(supra n. 27), pp. 71 y s.*

29 Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, pp. 10, 16, 19, 24 y ss. V. la valoración crítica de* Bloy, *GA 1996, p. 239.*

30 *Cfr.* supra *texto correspondiente a las notas 10 y ss.*

31 Schild *(supra n. 29), p. 24.*

32 *En contra,* Bloy, *GA 1996, p. 239 (241).*

33 Schild *(supra n. 29), p. 24.*

34 Schroeder, *Der Täter, 1965, pp. 143 y ss. (152, 158, 167 y s.);* idem, *Juristische Rundschau (JR) 1995, p. 177 (178).*

35 Korn, *NJW 1965, p. 177 (178).*

no existían en el sistema nazi), la educación para cumplir sin objeción alguna las órdenes recibidas, así como la relación de superioridad y subordinación en un orden jerárquico con amplia división de competencias.

En conjunto, la exposición de *Schroeder* no puede resultar convincente.[36] Antes que nada, hay que destacar que *Korn* no constituye una referencia fiable en contra de *Roxin*, porque no sólo —a pesar de la crítica antes mencionada— invoca constantemente los argumentos de éste como base de su propio desarrollo,[37] sino que, además, llega al mismo resultado material que él, al considerar al individuo como "instrumento" "cuando ejerza su actividad en un *aparato organizado de poder* de tal modo... que actúa sin voluntad de dominar el hecho".[38] Por otra parte, la tesis de *Schroeder* de la disposición "incondicionada" a llevar a cabo el hecho por parte del ejecutor recuerda mucho la delimitación propuesta ya entonces por *Roxin*[39] entre autoría (mediata) y participación en el ámbito de los aparatos organizados de poder: quien es requerido (el inducido o ejecutor) no posee la voluntad responsable, "que en otros casos se ubica como muro insuperable entre el hombre de atrás y el hecho y coloca a quien formula el requerimiento en el ámbito marginal de la participación...", sino que, por el contrario, es dominado por el hombre de atrás ("los iniciadores del delito") de tal modo que la voluntad de estos últimos se superpone o desplaza a la del ejecutor, siendo aquélla, en todo caso, la voluntad que domina en realidad el suceso. Materialmente[40] ha de darse la razón a *Roxin*[41] al rechazar el criterio de *Schroeder* de la "disposición incondicional" haciendo referencia al § 30 II StGB*, ya que de acuerdo con este precepto, el "caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho" (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino inducción (consumada o en grado de tentativa). Finalmente —sigue argumentando *Roxin* —, el criterio de la disposición incondicional es superfluo, ya que lo "específico del dominio de organización está precisamente en que el funcionamiento, y con ello también la realización del tipo" están asegurados con independencia de esa disposición. Esto resulta convincente, además, porque en la realidad jurídica —prescindiendo de los escasos casos de *omnimodo facturus*— no concurren frecuentemente ejecutores "incondicionalmente dispuestos", de modo que con ese criterio difícilmente podría fundamentarse una autoría mediata del hombre de atrás. Finalmente, *Schroeder* no parece decidirse a tomar posición de modo definitivo, al considerar que "con frecuencia en la intervención en una organización habrá coautoría",[42] abandonando de este modo la base de discusión común originaria (es decir, cómo puede fundamentarse la *autoría mediata* del modo más convincente).

Murmann[43] defiende un *dominio del hecho por poder de instrucción*. En su opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando de lado así que también un —hipotético— funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor. Desde este punto de vista, es "una imagen distorsionada la de calificar a seres humanos que están imbricados en estructuras de organización como parte de una máquina", pues en virtud de la cualidad de seres humanos de los intervinientes, "la

---

36 *Adopta también una posición crítica* Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, pp. 362 y ss.*

37 *Cfr., especialmente,* Korn, *NJW 1965, p. 1206, n. 5 y 17 y ss., remitiéndose a* Roxin, *GA 1963, p. 193 (199 y ss.). Por lo demás, el criterio de la ausencia de un ordenamiento jurídico que se oponga es debido también a* Roxin, *Täterschaft (*supra *n. 1), pp. 249 y ss.*

38 *NJW 1965, p. 1209 (sin cursiva en el original). Sin embargo, para* Korn *el instrumento tan sólo es cómplice.*

39 *GA 1963, p. 193 (201).*

40 *Puede plantearse la duda acerca de si realmente se discute el fondo de la cuestión al plantear* Schroeder *la pregunta de "cuáles son los argumentos que en última instancia se han impuesto" (JR 1995, p. 177).*

41 Roxin, *JZ 1995, p. 49 (51), con ulteriores referencias. En el mismo sentido,* Heine, *en:* Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch *(ed.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, p. 51 (66 en n. 61).*

* *El § 30 StGB dispone: "Tentativa de participación. (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito grave o a inducirlo, será penado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa del delito grave. Sin embargo, la pena habrá de atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1°. Se aplicará análogamente el § 23, párrafo 3°. (2) Del mismo modo será penado quien declare estar dispuesto a cometer un delito grave o inducirlo, quien acepte el ofrecimiento de otro de cometer un delito grave o inducirlo o quien convenga con otro cometer un delito grave o inducirlo."*

42 Schroeder, *Täter (*supra *n. 34), p. 169.*

43 Murmann, *GA 1996, p. 269 (273 y ss.).*

incerteza que deriva de la libertad... se plantea siempre de nuevo en los mismos términos". Y si, además, desde el punto de vista normativo (desde la perspectiva del ordenamiento jurídico) ha de esperarse la realización de una conducta ajustada a Derecho, no está claro cómo "un comportamiento contrario a la expectativa, antijurídico, puede dar lugar a la imputación a título de autor".[44] Desde el punto de vista empírico, para *Murmann* también pone en duda la fungibilidad de los ejecutores inmediatos el hecho de que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de "un número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho".[45] Por estas razones, en su opinión ha de tomarse como punto de referencia la "relación mutua de reconocimiento" entre autor (Estado) y víctima (ciudadanos). En la relación entre Estado y ciudadanos, la víctima no es lesionada por el ejecutor inmediato, sino también por un ejercicio antijurídico del poder por parte del Estado. El ejecutor inmediato transmite y concreta la *instrucción* lesiva y antijurídica del Estado para la comisión del hecho. De este modo, el Estado estaría interviniendo de manera directa en la esfera de libertad del ciudadano, y ello "aun en los casos en los que precisa para la realización de la orden de una persona ejecutora".[46] Desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que ha de partirse de un dominio del hecho normativo y personal, mediante el cual el hombre de atrás (Estado) domina el suceso por medio de un ejecutor que actúa en libertad (por ejemplo, centinela de frontera) cuando en su relación con la víctima (refugiado) concurran deberes especiales, "de modo que ya la instrucción al ejecutor constituye una modificación de la relación con la víctima hacia lo injusto".[47]

Ha de darse la razón a *Murmann* cuando advierte que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización como tal, sino también el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor), han de probarse en el caso concreto. Ha de oponérsele, sin embargo, que tampoco la construcción de una relación de instrucción entre autor mediato, ejecutor y víctima está en condiciones de resolver el problema de la libertad del ejecutor. Pues tampoco la instrucción estatal priva al ejecutor de modo automático de la libertad de acción. Teniendo en cuenta lo anterior, el modelo de *Murmann* parece innecesariamente complicado y abstracto. En última instancia, no queda claro cómo el Estado en cuanto hombre de atrás puede siquiera dominar al ejecutor sin un aparato organizado de poder.

Últimamente *Schulz*[48] ha propuesto rechazar el dominio de organización por ser demasiado amplio, sustituyéndolo por el *dominio por coacción* ya conocido en la teoría del dominio del hecho. Esta posición, sin embargo, no sólo no aporta mejoras materiales —pues, precisamente, es necesario concretar en mayor medida la figura del dominio de organización—, sino que, además, genera confusión, ya que el concepto del dominio por coacción ya está "cubierto" por otros grupos de casos en los que suele faltar la especialidad de una organización jerárquica.[49] Por otra parte, *Schulz* es incoherente al rechazar la aplicación del § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) en el caso de los soldados que hicieron disparos en el muro de la RDA, si al mismo tiempo constata una "situación de presión psíquica en el ejecutor" desde la perspectiva del hombre de atrás.

También ha de rechazarse el criterio de *Stein,*[50] quien afirma que tratándose de ejecutores "no libres" han de entrar en juego ya las reglas del dominio por coacción y por error, siendo, por tanto, innecesario el dominio por organización. Pues la "falta de libertad" del ejecutor puede consistir precisamente en que *desde la perspectiva del hombre de atrás* es dominado con base en la estructura del aparato organizado de poder en cuestión, siendo por ello *jurídicamente* (desde el punto de vista normativo) "no libre".

44 Ibídem, *p. 274.*

45 Ibídem, *p. 273.*

46 Ibídem, *p. 278.*

47 Ibídem, *p. 281.*

48 Schulz, *JuS 1997, p. 109 (112 y s.).*

49 *Cfr.* Roxin, *Täterschaft* (supra *n. 1), pp. 142 y ss.*

50 Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, *1988, p. 203.*

3. Puntos de vista discrepantes

Los representantes de un principio de responsabilidad sin restricciones defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro.[51]

Sin embargo, no sólo el principio de responsabilidad como tal es objeto de discusión, [52] sino que también dentro del campo de sus defensores algunos de ellos están dispuestos a reconocer el dominio de organización como una excepción lícita al principio de responsabilidad.[53]

a) Coautoría (Jakobs)

Especialmente *Jakobs*[54] se ha manifestado en contra del dominio por organización, prefiriendo en general la coautoría a la autoría mediata en este contexto.[55] En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permitan el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe —como afirma *Roxin*— un «dominio superior de cualidad propia», sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son *jurídicamente* de igual rango; por lo demás, el ejecutor *jurídicamente* no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable «lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático».[56] Para *Jakobs*, el carácter común de la decisión de realizar el hecho —que es necesario para una coautoría— queda configurado por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos con las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución. En los casos de los soldados que dispararon en la frontera de la antigua RDA, las instrucciones de los hombres de atrás habrían creado la posibilidad de los homicidios, teniendo por ello el mismo peso social que los hechos directos ejecutados en «régimen de reparto de tareas».[57]

Otto [58] indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del «planificador» sobre su persona. Por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que concurre coautoría.

b) Inducción por el hombre de atrás

La inducción tiene como presupuesto que el autor directo y el hecho sean susceptibles de ser determinados[59]

---

51 *Cfr.* Jakobs, *Strafrecht AR (Studiensausgabe), 2ª ed., 1993, 21/103;* ídem.

52 *Cfr. —respecto de la sentencia en el caso del "rey de los gatos" (BGHSt 35, p. 347)—* Herzberg, *Jura 1990, p. 16 (22 y ss.), tomando como punto de referencia el "principio del instrumento" y la "quiebra de la responsabilidad"; también* Küper, *JZ 989, p. 935 (936 y s., 940 y ss.).*

53 *Cfr., por ejemplo,* Schumann, *Strafrechtilches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 75; también* Stratenwerth y Wessels (supra *n. 21), y* Herzberg (supra *n. 23). Respecto de las discrepancias existentes en otros grupos de casos, v.* Bloy, *Beteiligungsform (*supra *n. 36), pp. 347 y ss.*

54 Jakobs, AT (supra *n. 51), 21/103, en n. 190; ídem NStZ 1995, p. 26 826 Y S.*

55 *En favor de la coautoría también* Jescheck/Weigend, *AT (supra Nº 51), p. 670; SK-SAMSON, 1993, 25 n.m. 36.*

56 Jakobs, *NSTZ 1995, p. 26 (27); en contra GROPP, JuS 1996, p. 13 (17) para quien nadie puede estar en una posición mayor de inferioridad jurídica que quien recibe órdenes.*

57 Jakobs *fundamenta la autoría —en vez de participación— en el caso del Consejo Nacional de Defensa de la RDA con base en que los hombres de atrás, en cuanto miembros de un órgano constitucional (art. 73 de la Constitución de la RDA), ocupaban una posición de deber especial, tratándose, por tanto, de delitos de deber (cfr.* Jakobs *NStZ 1995, p. 26 (26 y s.); ídem, AT (*supra *n. 51), 21/115 y ss.). En sentido similar* Murmann, *GA 1996, p. 269 (278), al tomar como punto de referencia el deber del Estado de ejercer el poder estatal de modo ajustado a Derecho.*

58 Otto, *Grundkurs* (supra *n. 51), 21 n.m. 92.*

59 *Cfr. de modo general* Kühl, *AT (supra n. 5), 20 n.m. 188 y ss.*

desde la perspectiva del inductor.[60] Aunque se considere que estos presupuestos pueden ser cumplidos en el caso de los supuestos de disparos en la frontera de la RDA —el círculo de soldados de fronteras como autores susceptibles de ser determinados y los disparos mortales como hechos determinados—, una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no sólo aprehende de modo más adecuado el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás, [61] sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación. En este sentido, *Schroeder*[62] ha indicado con razón que en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la «ausencia de cualquier fuerza que se oponga». Partiendo de lo anterior, el soldado que hizo disparos en el muro corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho, cuya «disposición incondicional»[63] el hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho. El instigador domina al instigado, y este *dominio* del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción.

c) Bockelmann/Volk[64] *afirman que concurre autoría accesoria, argumentando que la coautoría queda excluida a falta de una común decisión de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables. Frente a esto Roxin ha aducido con razón que la imbricación de las distintas acciones dentro del aparato organizado de poder excluye el fluir paralelo y sin vínculos de varias series causales que caracterizan a la autoría accesoria.*[65]

4. Valoración global

La figura del *dominio por organización* es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata. Los demás intentos de fundamentación, la afirmación de coautoría o incluso de inducción no pueden resultar convincentes.

En contra de la coautoría —que sería la alternativa más convincente— es de decisiva relevancia la consideración de que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas.[66] Los casos de los disparos en la frontera de la RDA demuestran que la ejecución del hecho era dejada por regla general a cargo de los soldados de fronteras, esto es, que no concurría un reparto funcional de tareas en el sentido de la coautoría. Igualmente, suele faltar una decisión común de realizar el hecho entre el hombre de atrás y el ejecutor del hecho. Por demás, la coautoría precisamente no refleja de modo adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad estatal organizada.[67]

La *inducción* ha de rechazarse sobre todo porque deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En la realidad de la RDA de ningún modo puede considerarse que los soldados de fronteras siempre —en el sentido de un *omnimodo facturus*— estaban decididos de modo incondicional a la comisión del hecho.[68] Por el contrario, muchos soldados de reemplazo intentaron «escaparse»

60 *Cfr.* Gropp, *JuS 1996, p. 13 (17); v. respecto de la inducción como forma de participación subsidiaria en estos casos* Jakobs, *AT (supra Nº 51), 21/103.*

61 *En este sentido —formulado de modo positivo— el argumento jurídico-político de* Roxin *(JZ 1995, p. 49) en favor de la autoría mediata.*

62 Schroeder, *Täter (supra n. 34), pp. 143 y ss., 150, 196, 222;* idem, *JR 1995, p. 177 (178).*

63 *BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).*

64 Bockelmann/Volk, *Strafrecht AT, 4ª ed., 1987, p. 182.*

65 Roxin, *Täterschaft (*supra *Nº 1), p. 654.*

66 *De modo convincente,* Roxin, *ibidem; idem, Lange-FS, 1976, p. 193; idem, JZ 1995, p. 49 (50).*

67 *Cfr. en este sentido la convincente distinción entre coautoría horizontal y autoría mediata vertical realizada por* Bloy (supra *Nº 24).*

68 *Así, sin embargo, el LG Berlín, Neue Justiz (NJ) 1994, p. 588, en el caso de un soldado de reemplazo que fue destinado a la frontera como conductor (¡!).*

de los servicios de centinela, o prestaban el servicio con la esperanza de que no se produjera ningún suceso en la frontera. En todo caso, para quienes emitían las órdenes eran ruedas intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva.

El principal argumento que se opone a la afirmación de la *autoría mediata,* la aparente contradicción del *dominio* sobre un ejecutor que actúa de *modo responsable,* queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre injusto individual e injusto colectivo, es decir, aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad[69])[70]. Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autoresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho Penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad.[71] La circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos «normales» de autoría mediata— no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como «autor de escritorio», emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual.*[72] Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que «faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización».[73]

Puesto que sólo la teoría del dominio por organización —a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción (sobre esto, v. *infra* III.)— aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a *Roxin* el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es cuál ha de ser la *estructura y las características de organización* de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización de los hombres de atrás.

III. Sobre la concreción del dominio por organización

1. Grupos de casos

Roxin se anticipa a la objeción de la «falta de determinación»[74] del dominio de organización al constatar que «no cabe formular... un concepto de autor de límites concisos del que se pudiera deducir la solución de estos casos (casi) de modo lógico-deductivo», sino que, por el contrario, han de destilarse del supuesto de hecho concreto las «formas estructurales del dominio».[75] Con ello, el dominio por organización se convierte en un concepto «abierto» y la indeterminación en sistema. Sin embargo, entre el «anquilosamiento dogmático»[76] y una falta de determinación absoluta existe un camino intermedio consistente en diferenciar distintos grupos de dominio por organización. Haciendo una primera distinción aproximativa, por un lado se trata de delitos cometidos por un aparato de poder de organización *estatal* y, por otro, de organización *no estatal.*

---

69 *Respecto del entendimiento aquí defendido de este concepto desarrollado por* Jäger, *v.* Ambos, *Kristische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1996, p. 355 (362 y s.).*

70 *Cfr. el ulterior desarrollo en este punto de* Lampe, *ZStW 106 (1994), p. 683 (687 y ss.).*

71 *V. sobre esto ya* Jäper, *en:* Hankel/Stuby *(ed.), Strafgerichte gegen Menschheritsverbrechen, 1995, p. 325 (329 y s.).*

72 *Acertadamente* Bloy, *GA 1996, p. 424 (441).*

73 Ibídem.

74 Schroeder, *Täter (supra Nº 34), p. 168; v. también* ídem *JR 1995, p. 177 (178).*

75 Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), p. 251.*

76 *Cfr.* Roxin, *GA 1963, p. 193 (207), haciendo referencia a que sólo un sistema abierto puede evitar el "anquilosamiento dogmático" (y por tanto un déficit en la capacidad de solución de problemas).*

a) Delitos de un aparato de poder de organización estatal

El prototipo de este grupo de casos es el Estado totalitario como contraconcepto frente al Estado liberal. Ciertamente, el totalitarismo de un Estado, es decir, el grado de control y dominio de los ciudadanos, puede variar y nunca será verdaderamente «total». También se discute si es que los ejemplos históricos que se suelen mencionar siempre (es decir, el sistema nazi y otros sistemas fascistas, así como las dictaduras del socialismo real de corte estalinista) pueden ser conjuntados bajo el rótulo del totalismo como concepto unitario. Todo ello, sin embargo, puede quedar fuera de consideración en el presente contexto, [77] ya que tan sólo son de interés los elementos estructurales comunes de estos aparatos de poder. Para poder elaborar dichos elementos, se ofrece, por un lado, un análisis teórico-sociológico, y, por otro, el análisis de sentencias penales en este ámbito. Aquí se emprende el camino enunciado en segundo lugar, ya que sólo el tratamiento del pasado por medio de la justicia penal tiene como presupuesto —a parte de una comprobación exhaustiva de los hechos— la *valoración jurídica de las relaciones de participación*.

Mientras que la jurisprudencia alemana[78] tan sólo con su lenta aproximación a la teoría del dominio del hecho hubo de reconocer una autoría mediata basada en dominio de organización por parte de órganos de dirección políticos o administrativos,[79] la figura adquirió relevancia con anterioridad en el extranjero. En las sentencias pronunciadas en el caso *Eichmann*[80] —ya recogidas por *Roxin* y otros—[81] se constató que la *teoría tradicional de la participación* (en especial, inducción y complicidad) *no* podía aprehender *de modo adecuado* los delitos juzgados. La solución del Tribunal de Distrito consistió, en lugar de ello, en hacer aumentar la responsabilidad jurídico-penal individual —prácticamente, invirtiendo la teoría habitual de la participación— en la medida en que la distancia hacia el hecho fuera mayor, de modo que se arribaba a la conclusión de que el hombre de atrás que dirigía el suceso poseía una mayor responsabilidad que el autor directo:

"Los delitos juzgados son delitos masivos..., de modo que la cercanía o el alejamiento respecto del hombre que mató de hecho a la víctima no puede tener ninguna influencia en el alcance de la responsabilidad. Por el contrario, la medida de la responsabilidad se ve incrementada... en cuanto más nos alejamos de aquél que pone en funcionamiento el arma homicida con sus manos y llegamos a los niveles de jerarquía superiores, los "inductores" en la terminología de nuestro legislador. Respecto de las víctimas... es especialmente difícil definir en términos técnicos quién prestó auxilio a quién: aquél que recogía los datos de las víctimas y las deportaba al campo de concentración, o más bien que allí les obligaba a realizar trabajos forzados." [82]

Aunque se considere que esto es correcto, con ello en todo caso queda dicho que no entra en consideración la participación para estos supuestos,[83] pero no se resuelve la cuestión —que es la única que aquí interesa— de si concurre coautoría o autoría mediata. En el caso se llegó a la conclusión de que se trataba de coautoría, la fundamentación ofrecida, sin embargo, es más adecuada

77 *Cfr. con más detalle* Dähn, *en:* Görlitz/Prätorius *(ed.), Handbuch Politikwissenschaft, 1987, pp. 567 y ss.;* NaBmacher, *Politikwissenschaft, 1994, pp. 143 y ss.; últimamente* Maier, *Totalitarismus und politische Religionene, 1996.*

78 *Cfr. supra Nº 2.*

79 *Con anterioridad se recurría a la teoría subjetiva (cfr. supra I.). Sin embargo, ya a Staschynskij se le podría haber condenado con base en la teoría del dominio del hecho como autor directo y al hombre de atrás responsable en el KGB como autor mediato en virtud de dominio por organización (cfr.* Roxin, *GA 1963, pp. 194 y ss.; ídem, Täterscjaft (supra Nº 1), pp. 247 y s.).*

80 *Cfr. la sentencia del Tribunal de Distrito de 12.12.1961 (traducción alemana en* Less, *Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann, 1987; en inglés en* International Law Reports=ILR *36 (1968)m pp.5 a 14 (summary), 18 a 276) y la setencia confirmatoria del Tribunal Supremo en apelación de 29.5.1962 (ILR 36 (1968), pp. 14 a 17 (summary), 277 a 344.*

81 Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), pp. 246 y ss. (= GA 1963, pp. 201 y ss.); también* Schroeder, *Täter (supra Nº 34), p. 167;* Jäger, *MschrKrim 1962, p. 73;* Baumann, *JZ 1963, p. 110; ídem, NJW 1963, pp. 561 y s.;* Peters, *Eckart Jahrbuch 1961, pp. 229 y ss.; cfr. también últimamente el análisis histórico-penal de* GroBe, *Der Eichmann-ProzeB qwischen Recht und Politik, Frankfurt am Main, 1995 (sobre esto* Geerds, *GA 1997, p. 99).*

82 *Tribunal de Distrito (*supra *Nº 81), para. 197.*

83 *Así por ejemplo.* Baumann, *JZ 1963, pp. 119 y s.*

para fundamentar un dominio por organización. Pues en resumen se constata que Eichmann "no era una 'marioneta' en manos de otros", sino que tenía "su lugar entre los directivos".[84] Desde este punto de vista, *de facto* ostentaba la responsabilidad administrativa de la "solución final". Si esto es así, sin embargo, y siguiendo a *Roxin*,[85] cabe comprobar que su falta de proximidad frente al hecho, o la reducción de ésta, quedaba compensada con un incremento de *dominio por organización*. En contra de la coautoría, al menos desde la perspectiva alemana, ha de recordarse los argumentos ya mencionados.[86]

Sin embargo, la afirmación de que ocurre un *dominio* del hecho en Eichmann en virtud de un aparato organizado de poder parece una solución bastante amplia si se tienen en cuenta otros procedimientos de estas características. Si se compara su posición y función —en su último cargo, como jefe del negociado IV B4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*, RSHA[87]), era responsable de las deportaciones de judíos— con las de los acusados en los procesos de Nürnberg[88] o en los procesos relacionados con la RDA (contra el Consejo Nacional de Defensa o los "generales"), llama la atención que en éstos se acusaron o acusan los miembros de la dirección del Estado en sentido amplio,[89] mientras que Eichmann tan sólo era un funcionario de cierto rango, una "pequeña ruedecilla en el engranaje global";[90] una rueda importante e insustituible, pero a mucha distancia de los principales criminales de guerra Hitler, Goebbels, Himmler, Goring, etc. ¿Podía realmente equipararse a Eichmann, el funcionario y autor de escritorio con esos acusados de alto rango? La cuestión es sugerente, ya que precisamente tal equiparación no deriva de las sentencias en el caso Eichmann, al afirmar éstas que el alcance de la responsabilidad personal crece con una mayor responsabilidad en el apartado de poder, abriendo así la posibilidad de un *dominio de organización escalonado*. Por lo demás, que ésta ni siquiera se planteara en los procesos de Nürnberg está más relacionado con la tendencia más bien pragmática que teórica del Derecho Penal estadounidense que con una decisión dogmática consciente. Ya las bases jurídicas de Nürnberg abrían la posibilidad de equiparar meras conductas de apoyo con acciones de ejecución de propia mano,[91] al exigirse únicamente de manera muy genérica la prueba de una intervención criminal ("participación")[92]. Esta base extensiva

---

84 *Tribunal de Distrito* (supra *Nº 81), para. 180, v. también 194 y s., 242.*

85 *Así ya acertadamente* Roxin, *Taterschaft* (supra *Nº 1), p. 247.*

86 *Cfr.* supra *II. 4.*

87 *El RSCHA de las SS se formó el día 27.9.1939 con base en la Oficina Central de Seguridad, un departamento del partido nazi, y la Oficina Central de Policía de Seguridad, una institución del Estado, sin que, sin embargo, se consiguiera la fusión policial entre Estado y partido que se pretendía (cfr.* Hohne, *Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS. 1967 (reimpresión s.f.), pp. 235 y ss.).*

88 *Entre los "procesos de Nürnberg" hay que mencionar el proceso contra Goring y otros (Tribunal Militar Internacional* (internationaler Militargerichtshof, *IMG), Der Prozeb gegen die Haupt-Kriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg, 1947, 42 tomos) y los 12 procedimientos subsiguientes ante Tribunales Militares de los EE.UU. (US-Government Printing Office, Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals, Washington D.C., 1950-1953, 15 tomos; cit. Como TWC, tomo).*

89 *Como casos comparados surgen en el marco de los procesos de Nürnberg, especialmente, las sentencias respecto de los juristas, el RSHA y el ministerio de AA.EE. En estos procesos se juzgaba la responsabilidad de funcionarios en su mayoría de mayor rango que Eichmann (ministros, secretarios de Estado, directores generales, etc.), y a pesar de ello no se habló de dominio de hecho en virtud de un aparato organizado de poder (cfr. TWC III, pp. 945 a 1201; TWC V, pp. 88 a 169; TWC XIV, pp. 308 a 942).*

90 Baumann, *JZ 1963, p. 119.*

91 *De acuerdo con el art. 61S del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (8.8.1945, en TMI,* supra *Nº 88, t. I, p. 10), la responsabilidad jurídico-penal no se limitaba a la conducta propia, sino también a aquellas acciones que hubiera realizado "cualquier" persona en ejecución de un plan para la comisión de determinados delitos (delitos contra la paz, delitos de guerra, y delitos contra la humanidad), en la medida en que hubiera participado en cuanto líder, organizador, inductor o partícipe en la planificación criminal o en una conspiración para su comisión.*
De acuerdo con el art. II nº 2 de la Ley del Consejo de Control nº 10 (Consejo de Control nº 3, 31.1.1946, pp. 50 y ss.), que configura la base de los doce procesos estadounidenses subsiguientes, es culpable quien como autor o partícipe haya intervenido en los delitos, los haya ordenado o favorecido, haya participado mediante aprobación, haya estado en conexión con su planificación o ejecución, haya pertenecido a una organización en ese sentido o quien —respecto de delitos contra la paz— haya ocupado una posición de alto rango en el ámbito político, estatal, militar, financiero, industrial o económico.

92 *Cfr., de nuevo sólo a título de ejemplo, el reproche central, pero muy inconcreto, en la sentencia en el caso de juristas: "*conscious participation *in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice" (TWC III, 985, sin cursiva en el original).*

—fundamentada en la teoría de la participación estadounidense, próxima al concepto unitario de autor—[93] de la imputación hacía superflua una distinción entre autoría y participación, y por tanto también las consideraciones relativas a la autoría mediata en virtud de dominio de organización.

Por tanto, con el caso Eichmann ha de reconocerse la posibilidad de un *dominio de organización en varios escalones*. Y es que el supuesto no sólo enseña que —como formula acertadamente *Jager*—[94] que "también una acción que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato", sino, además, que también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha. En esta medida, ha de darse la razón a *Roxin*[95] cuando afirma que cabe fundamentar autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones ubicada en "cualquier punto" del aparato organizado de poder. Pero también queda claro que no podrá descenderse mucho más que a la posición del funcionario medio del corte de Eichmann. El *dominio* de organización siempre tiene como presupuesto el dominio sobre una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores *sustituibles*, y, con ello, también la concurrencia de un dominio *mediante* esta organización. Este *dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales.*

De modo explícito, sin embargo, la teoría del dominio de organización alcanzó por primera vez, y, en lo que se alcanza, también por única vez, relevancia práctica en *el proceso contra los antiguos comandantes de las Juntas militares argentinas*.[96] En este proceso, el Tribunal de apelación con competencia en primera instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital)[97] y la Corte Suprema (CS)[98] valoraron la conducta de los acusados como autoría mediata, pero los condenaron —en contra del criterio de la acusación—[99] por cooperación necesaria.[100] Pues a los acusados no se les imputaron —como es necesario para afirmar la concurrencia de autoría mediata— los homicidios dolosamente ordenados por ellos, sino los "hechos principales" cometidos por los autores directos (es decir, torturas con consecuencia de muerte). Con ello, se llegó en última instancia a *una responsabilidad en régimen de accesoriedad*.[101]

---

93 *En el common law, sin embargo, en un principio se distinguía entre "principal" ("in the first and second degree") y "accesory" ("before and after the fact") respecto de la "felony" (delito), lo que impide una equiparación con el concepto unitario del autor —que sí regía, en cambio, respecto de los "misdemeanors" (faltas)—. Pero la legislación reciente de prácticamente todos los Estados miembros de los EE. UU. ha renunciado a la distinción entre "principal" y "accesory* before *the fact". Ahora sólo se delimita con claridad el "accesory after the fact" (es decir, la participación) cfr. en detalle* LaFave/Scott, *Substantive Criminal Law II, 1986 pp. 125 y ss.; Honig, en:* Mezger/Shonke/Jescheck, *Das auslandische Recht der Gegenwart IV, 1962, pp. 7 a 262, pp. 217 y ss.).*

94 Jager, *MschrKrim 1962, p. 73 (80).*

95 *Cfr. ya* supra *nota 19 y texto correspondiente.*

96 *Se trata del proceso contra los miembros de las tres juntas militares (1976-1983), que consistían en cada caso de un miembro del ejército (Videla, Viola, Glatieri), de la marina (Massera, Lambruchini, Anaya) y de las fuerza aéreas (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nombrándose respectivamente al miembro del ejército presidente, y siendo el último el general Bignone, —que no fue acusado (¡¡)— (cfr. art. 1 Decreto 158/83, de 15.12.1983). Crítico respecto del procedimiento* Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial, 1988, pp. 1 y ss.; v. también* Maier, *ZStW 107 (1995), p. 143 (146 y ss.).*

97 *Sentencia de la Cámara de 9.12.1985, en:* Fallos *CS, t. 309-I/ii, pp. 33 a 1657. La Cámara avocó el procedimiento de la jurisdicción militar (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas) por dilaciones indebidas con base en el art. 10 de la Ley nº 23.049 (cfr. respecto de la situación normativa* Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997, p. 140 con ulteriores referencias).*

98 *Sentencia de la CS de 30.12.1986, en:* Fallos *CS, t. 309-II, pp. 1689 a 1923.*

99 *Cfr. Fallos CS, T. 309-II, p. 1586, así como el informe del Procurador General como director del Ministerio Público (art. 120 de la Constitución),* Fallos *CS, t. 309-II, pp. 1657 y ss. (1668 a 1670).*

100 *La cooperación necesaria deriva del art. 45 CP* (infra *Nº 114) y se castiga como la autoría, de modo que la solución divergente de la CS carecía en principio de relevancia respecto de las consecuencias jurídicas.*

101 *Cfr., por ejemplo, la Sentencia de la CS* (supra *Nº 98), p. 1612 (nº5) respecto de Videla. Crítico a este respecto* Sancinetti *(*supra *Nº 96) pp. 29 y s. De otra opinión* Roxin, *quien cree que se asumieron sus tesis (Taterschaft (*supra *Nº 1, p. 653), con más cautela en Nº 349. V. también* idem, *JZ 1995, p. 49, Nº 3). Sin embargo, su influencia fue enormemente relevante, como también demuestra la referencia a la teoría del dominio por organización en la sentencia en primera instancia en el proceso por el asesinato del antiguo ministro de AA.EE. chileno Letelier (*Fallos del Mes, *año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria, p. 154).*

La Cámara constató, en primer lugar, que las reglas de imputación habituales del Derecho Penal individual no pueden ser aplicadas sin más.[102] En lo relativo a la delimitación de autoría y participación, en opinión del tribunal ha de considerarse que en la actualidad es dominante la teoría *del dominio del hecho*, mientras que debe rechazarse la teoría formal-objetiva, que en parte aún se defendía en Argentina.[103] Del art. 514 del Código de Justicia Militar[104] —basado en preceptos alemanes—[105] cabría deducir que el superior es responsable de los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones. De este modo, se establece una modalidad de autoría mediata del superior con base en la especial relación de subordinación militar.[106] Si bien la plena responsabilidad del ejecutor excluye en principio el dominio del hecho por parte del hombre de atrás (principio de responsabilidad), habría que establecer una excepción, siguiendo a *Roxin*, en el ámbito del *dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder.*[107] Tal sería el caso en el supuesto enjuiciado. De modo literal, respecto de esta cuestión el tribunal afirma lo siguiente:

«Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar.

...

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran." [108]

Frente a ello, la CS rechaza la concurrencia de autoría mediata en la sentencia firmada por todos los magistrados, pero de la —decisiva—[109] suma de los votos particulares deriva una mayoría de tres jueces (Fayt, Petrachi y Bacqué) a dos (Caballero, Belluscio) a favor de la autoría mediata, siguiendo los magistrados *Petrachi y Bacqué* expresamente la doctrina del dominio de organización de Roxin.[110] Esta

---

102 Sentencia de la Cámara (supra *Nº 97), p. 1587.*

103 Ibídem, *pp. 1589 y s.*

104 La competencia de la jurisdicción militar deriva del art. 10 de la **Ley** *Nº 23.049, que la establece para todos los hechos cometidos entre el 24.3.1976 y el 26.9.1983 para la persecución del "terrorismo" (cfr.* Ambos *(supra Nº 97), p. 139).*

105 Ibídem, *pp. 1592 y s. (referencia al MstGBde 1872 y 1942; 10ISG;* **33** *WstG).*

106 Sentencia de la Cámara (supra *Nº 97), pp. 1590 y ss. Respecto* **de** *la discusión dentro de la doctrina argentina, cfr.* Ambos *(supra Nº 97), pp. 319 y ss.*

*107 Sentencia de la Cámara (*supra *Nº 97), pp. 1597 y s.*

108 Ibídem, *pp. 1601 y s. (énfasis del autor).*

109 Cfr. Sancinetti *(supra Nº 96), p. 243 (nota a pie de página). Que* **ello** *sea lo decisivo es, sin embargo, difícil de entender también para penalistas argentinos.*

*110 Sentencia CS (*supra *Nº 98), pp. 1796 y ss., 1802 y ss., par. 14 y s.;* **a** *favor de la autoría mediata también el magistrado* Fayt (ibídem, *pp. 1762, 1781 y ss., esp. par. 21 y s.).*

opinión coincide en lo fundamental con la de la Cámara, de modo que tan sólo es necesario exponer brevemente el punto de vista de los jueces *Caballero y Belluscio*: rechazan ya el entendimiento del art. 514 CJM como forma de autoría mediata[111] y sostienen que la teoría del dominio del hecho no se halla reconocida de modo general ni en Alemania ni en Francia, Italia y España. Por el contrario, aún serían mayoritarios la teoría formal-objetiva y el principio de responsabilidad, de lo que habría que deducir que no entra en consideración una existencia paralela de ejecutor responsable y autoría mediata del hombre de atrás, debiéndose afirmar, en todo caso, una *coautoría o inducción*.[112] La teoría del dominio por organización[113] no ha alcanzado, en opinión de estos jueces, relevancia en jurisprudencia y doctrina, y tampoco se trata de una concepción lo suficientemente concreta. La ampliación del tipo que ello conlleva es contraria a la prohibición de retroactividad (art. 18 de la Constitución) y vulnera los límites trazados por el art. 45 [114] del Código Penal.[115] Por lo anterior, habría que llegar a la conclusión de que los acusados eran culpables de cooperación necesaria, es decir, que su "actividad contribuyó a la realización del delito". En este sentido, su punición igual a la de los autores —ordenada por la Ley (cfr. art. 45)— no significaría que la estructura de su conducta fuera la de un autor, pues ésta estaba en todo caso muy alejada de la verdadera realización típica.[116]

Esta postura debe *rechazarse*. La distancia entre hombre de atrás y hecho directo es sencillamente constitutiva de la autoría mediata. Quien no reconoce esto, no entiende su estructura típica. También la afirmación de que el art. 45 limita la cointervención delictiva a la mera participación es incorrecta y demasiado formal, ya que la doctrina argentina viene interpretando desde siempre la demasiada estrecha disposición del art. 45 en un sentido amplio, incluyendo todas las formas de cointervención.[117] Autores más recientes incluso dan por supuesta la autoría mediata, sin siquiera entrar en una posible limitación derivada del tenor literal del art. 45 CP.[118]

De la —acertada— fundamentación contenida en la sentencia de la Cámara y en la de la mayoría de la CS deriva —como confirmación de la teoría del dominio por organización— *la regla general de que la estructura de organización de un aparato de poder militar puede otorgar a los hombres de atrás responsables dominio del hecho sobre los autores directos.*

b) Delitos de un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada)

A falta de puntos de conexión con la práctica, en este ámbito estamos en un terreno menos seguro que el del anterior grupo de casos. El traslado, hecho más bien de pasada, por el BGH del dominio de organización al "crimen organizado de modo similar a la mafia" y a las empresas [119] puede entenderse como una invitación a iniciar una discusión, pero no conduce más allá desde el punto de vista material.

De acuerdo con el estado de la cuestión, llevaría demasiado lejos el subsumir *empresas* bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en el plano puramente conceptual de que ha de tratarse de "aparatos de poder", es decir, de organizaciones *criminales* (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente —aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas— podrán calificarse las

---

111 Ibídem, pp. 1695 y ss. (par. 13 y ss.).

112 Ibídem, pp. 1701 y ss. (par. 20 y ss.), refiriéndose sobre todo a Jescheck.

113 Refiriéndose la CS a la traducción de Elbert (Doctrina Penal, DP, 1985, pp. 398 y ss.), y no, como la Cámara, al original aleman de Roxin.

114 El art. 45 CP castiga la participación en la ejecución del hecho, la ayuda o cooperación necesaria (inc. 1º), así como la determinación directa para la comisión del hecho (inc. 2º) y la autoría.

115 Sentencia CS (supra *Nº 98), pp. 1703 y ss. (par. 22 y ss.).*

116 Sentencia CS (supra *Nº 98), p. 1708 (par. 28).*

117 Cfr. Soler, Derecho Penal Argentino II, 3ª ed., 1963, pp. 250 y ss.; Núñez, *Tratado de Derecho Penal, Parte General II, 2ª ed., 1978, pp. 280 y ss.;* Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal, 1965;* Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal IV, 1982, especialmente pp. 319 y s.*

118 Cfr., por ejemplo, Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción, 1991, pp. 691 y ss. 713 y s.*

119 Cfr. supra *n. 2.*

grandes empresas. Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son "accidentales".[120] Si la situación es diversa, es decir, si las "actitudes criminales"[121] son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del "crimen organizado de modo similar a la mafia", y, por tanto, en el del grupo de casos aquí analizado. Si, por el contrario, se parte del "tipo normal" de la empresa legal, tampoco concurren los presupuestos materiales del dominio por organización.[122] En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios «procesos reglados». Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse «procesos reglados» por instrucciones desde «arriba», no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad.[123]

En lo que se refiere a las *organizaciones criminales per se* —incluyendo las de carácter terrorista—, la situación es muy poco clara. En este contexto, el dominio por organización tiene de acuerdo con *Roxin*[124] como presupuesto —aparte de los elementos ya mencionados[125] y de la problemática «desvinculación del Derecho» (sobre esto, más adelante en el texto)— que los miembros actúen «como órganos de la cúpula dirigente, cuya autoridad reconocen». Sin embargo, para Roxin no puede hablarse de un aparato de poder «cuando se junta media docena de elementos asociales para realizar delitos en común y eligen... a uno de ellos como jefe», pues en este caso falta el presupuesto fundamental del dominio por voluntad, es decir, la «existencia independiente de los cambios en los miembros» de la organización. La doctrina restante rechaza tal ampliación del dominio de organización a la criminalidad no estatal sobre la base de consideraciones de principio[126] o en virtud de otras premisas.[127]

Para realizar ulteriores diferenciaciones, puede resultar útil una distinción entre *aparato de poder formal y grupo informal*.[128] Desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un *aparato de poder formal*, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-linear y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. Con ello se entra en el ámbito, apenas investigado en el plano empírico, de la *criminalidad organizada*. Parece claro que en los conceptos conocidos en Derecho Penal — «banda» (por ejemplo, 244 I Nº 3 StGB) y «asociación criminal» (129 StGB)— por regla general falta una organización estrictamente jerárquica y que —a causa de un número reducido de miembros— también carecen del elemento de la fungibilidad de los ejecutores.[129] Cuando una «asociación criminal», más allá de la habitual conexión

---

120 Lampe, *Z StW 106 (1994), p. 685 (708). V. también BGHSt 32, pp. 202, 206 (la fundación de una empresa "por sí sola" aún no constituye la formación de una asociación delictiva).*

121 Schunemann, *Unternehmenskriminalitat und Strafrecht, 1979, p. 22.*

122 Cfr. especialmente Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, p. 104, así como ídem (supra Nº 41), pp. 61 y ss., indicando precisamente el peligro de desbordamiento de la responsabilidad jurídico-penal. En contra también Roxin, JZ 1995, p. 49 (51 y s.); Murmann, GA 1996, p. 269 (275, 278 y ss.); Shumann (supra Nº 53), p. 76; a favor, sin embargo, Schünemann (supra Nº 121), pp. 102 y s.*

123 Otra cuestión, que aquí no ha de discutirse con mayor detalle, es la de en qué medida puede fundamentarse una responsabilidad jurídico-penal de la persona jurídica, es decir, una responsabilidad de la empresa como colectivo en contraposición con una responsabilidad jurídico-penal individual de sus miembros, sobre la base de un "dominio de organización funcional-sistémico" (cfr. Heine (supra Nº 122), pp. 129 a 134, 250 y s., 254, 287 y s., 311 y s.); v. también Lampe, ZStW 106 (1994), pp. 683, 728 y ss.).

124 Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), pp. 250 y s.; ídem, GA 1963, p. 205; ídem, JZ 1995, p. 49 (51).*

125 Cfr. supra II. 1.

126 Herzberg, *Täterschaft (supra Nº 23), p. 43;* Shumann, *Handlungsunrecht (supra Nº 53), p. 76.*

127 Así, especialmente, Murmann, *GA 1996, pp. 269, 278 y s., al tomar como punto de referencia la relación entre Estado y ciudadano.*

128 Con Lampe, *ZStW 106 (1994), p. 683 (687 y ss.) también cabe distinguir entre sistemas de injusto* organizados y simples *(asociación criminal, empresa y Estado frente a la mera coautoría).*

129 Cfr. Göppinger, Kriminologie, 5ª ed., 1997, p. 552, Kaiser, *Kriminologie, 3ª ed., 1996, pp. 411 y s., 518 y s.*

poco densa en forma de red,[130] sí presente estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, formará parte de la «criminalidad organizada» en sentido estricto.[131] De este modo, sin embargo, ya nos encontramos plenamente en el campo de la criminología y de la política criminal (entre «mito y realidad»[132]) y hemos de contentarnos con una mera definición de trabajo[133] y con un gran número de indicadores que en parte son muy indeterminados. Sin embargo, al menos cabe deducir de éstos que cuando los *miembros sean en gran medida intercambiables* y exista una estructura de organización *caracterizada por un estilo de mando estricto* hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada.[134] En este caso entra en consideración también un dominio por organización. Por tanto, en ningún caso puede afirmarse de manera genérica que con la concurrencia de criminalidad organizada —si es que ésta puede siquiera constatarse de modo claro— existirá dominio por organización. Por el contrario, ha de comprobarse en cada caso que ello sea así. En muchos casos, resultará difícil realizar esta constatación con total seguridad, pues, por un lado, «hasta el día de hoy no se ha logrado descubrir completamente la estructura interna, los ámbitos de actividad y el alcance de ésta respecto del crimen organizado»,[135] ni por otro lado, es indiscutido que exista una estructura jerárquica estricta.[136] En lo que se refiere a Alemania en cuanto lugar de comisión, habrá que partir de que existen más bien estructuras en forma de red como las antes mencionadas que grupos organizados de modo jerárquico (como existen, por ejemplo, en Japón).[137] Estudios propios nos confirman que también en el caso de los llamados «cárteles de la droga» colombianos difícilmente podrá demostrarse la existencia de una estructura de organización de carácter jerárquico.[138]

Por consiguiente, a pesar de todos los nuevos datos conocidos, queda una considerable magnitud de inseguridad que impide partir en el caso de la criminalidad organizada de modo genérico de que existe dominio de organización. Esta posibilidad, en todo caso, entra en consideración cuando concurran los indicios antes mencionados (estructura de organización estricta, posibilidad de intercambiar los miembros). En el caso concreto, sin embargo, será difícil constatar su concurrencia.

2. Dominio por organización y aparatos desvinculados del Derecho

Los grupos de casos antes formados permiten ahora plantearse de nuevo la cuestión acerca del sentido del criterio de la desvinculación del Derecho. *Roxin*[139] dice: «De la estructura del dominio de organización se sigue que sólo puede existir en aquellos casos en los que el aparato actúa en su conjunto fuera del ordenamiento jurídico». Según este punto de vista, sólo entonces —a falta de normas jurídicas que se opongan— la instrucción para la realización de

---

130 *Sobre esto cfr.* Göppinger *(supra Nº 129), pp. 552 y s. con ulteriores referencias.*

131 *Así hay que interpretar probablemente a* Lampe, *ZStW 106 (1994), p. 683 (696 y s.) cuando identifica de modo general la asociación criminal con la criminalidad organizada.*

132 Kaiser *(supra Nº 129), p. 409.*

133 *De acuerdo con la cual la criminalidad organizada en "la comisión planificada de delitos determinada por la persecución de beneficios y poder, siendo las infracciones por sí solas o en su conjunto de considerable relevancia y colaborando (bajo determinadas circunstancias) más de dos intervinientes durante un tiempo prolongado o indeterminado" (Publicaciones del Parlamento Federal 12/ 989, 24, Exposición de Motivos a la Ley de Criminalidad Organizada (OrgKG) de la RFA). Crítico en general con los intentos de definición, pero aportando al menos una "definición de mínimos"* Krauthausen, *Moderne Gewalt. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien, 1997, pp. 24 y ss.*

134 *Cfr. los indicadores de la Oficina Federal de Criminalidad Alemana (BKA, Bundeskriminalamt) enunciados en* Kaiser *(supra Nº 129), p. 410.*

135 Kerner, *en:* Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss *(ed.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3ª ed., 1993, p. 377; con similar precaución también* Göppinger *(supra Nº 129), p. 552; KAISER (supra Nº 129), pp. 409, 412.*

136 *Cfr.* Göppinger *(supra Nº 129), p. 553.*

137 Ibídem, *con ulteriores referencias. Fundamental* Sieber/Bögel, *Logistik der organisierten Kriminalität, 1993, pp. 23 y ss., 56 y ss.*

138 Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien, 1993, pp. 38 y s.; en sentido similar* Krauthausen *(supra Nº 133), p. 26; desde una perspectiva más general,* Kerner *(supra Nº 135), p. 380.*

139 Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), p. 249.*

acciones punibles puede tener un efecto fundamentador del dominio y poner en movimiento al aparato. Frente a ello, el cumplimiento de instrucciones antijurídicas en una comunidad organizada conforme a las reglas del Estado de Derecho sólo puede ser entendido como «emprendimiento privado», pues el aparato en sí mismo sólo funciona dentro de los cauces del Estado de Derecho, por lo que no puede ponerse en marcha mediante una instrucción antijurídica; en tal caso, incluso, se estaría actuando en contra de él. Respecto de las modalidades de aparición, *Roxin* distingue en el *poder estatal* que opera en sí mismo de modo desvinculado del Derecho y las *organizaciones criminales no estatales,* que en cuanto «Estado dentro del Estado» desarrollan sus actividades en contradicción con el ordenamiento jurídico interno estatal. Considera que son ejemplos históricos de un poder estatal desvinculado del Derecho no sólo el sistema nazi, sino también la antigua RDA, al afirmar —al hilo del comentario de las más reciente jurisprudencia del BGH— que esa «estructura típico-ideal del dominio de organización» concurre también en este último caso «en una configuración clásica».[140]

Este criterio de la desvinculación del Derecho no ha sido cuestionado en realidad nunca. El criterio es asumido o sometido a un ulterior desarrollo, por ejemplo, por parte de *Bottke,*[141] quien considera que el aparato en cuestión se encuentra ubicado «fuera de la cultura jurídica de las naciones civilizadas» (sobre esto, v. infra b)). En lo que se alcanza, tan sólo *Schild* [142] mantiene una discusión crítica al respecto. Argumenta frente a *Roxin* que lo decisivo es el dominio social, la «posición de poder social en el marco de la organización», y no una eventual desvinculación del Derecho. Esta conclusión ha de aplaudirse, pero la desvinculación del Derecho necesita de una crítica más pormenorizada.

La limitación de responsabilidad que implica el criterio de la desvinculación del Derecho (esto es, a aparatos de poder desvinculados del ordenamiento jurídico) necesita de una legitimación. La cuestión es si —*y en caso afirmativo, por qué razones— ha de estimarse que la desvinculación del Derecho es un presupuesto imprescindible del dominio por organización.* Sólo podrá tener tal carácter si el dominio del hecho por parte del hombre de atrás *deriva* precisamente *de la desvinculación del Derecho* del aparato de poder que está a su disposición, al no verse el ejecutor impedido en la realización de la orden por normas jurídicas (previstas por el ordenamiento) que se opongan a ello. Esto, sin embargo, no es así. Más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la *estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables.* Más aún: si el aparato no está «fuera del ordenamiento jurídico» (como requiere el criterio de la desvinculación del Derecho), sino *es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él,* el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho. Verifiquemos lo anterior —en orden inverso— con base en los grupos de casos antes formados.

a) Aparato de poder de organización no estatal

En este ámbito, el criterio de la desvinculación del Derecho parece ser convincente a primera vista, ya que se pretende separar así la paja criminal (¡criminalidad organizada!) del trigo legal (¡empresas!).[143] De este modo, la criminalidad organizada está fuera del ordenamiento jurídico estatal, pero ello sólo en la medida en que no mantenga una relación simbiótica con el Estado, como por ejemplo sucede en el caso de la mafia siciliana[144] o de los «cárteles de la droga» colombianos.[145] Si, en cambio, es éste el caso, si la criminalidad organizada opera como «para-Estado»,[146] es decir, no de modo desvinculado al Derecho, paralelo al ordenamiento jurídico existente o en contra de él, sino estando integrada en éste, como elemento del ordenamiento, aprovechando los «cauces del Derecho» (*Roxin)* para la común satisfacción de intereses. El hecho de que entonces ya no estemos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en nada el efectivo dominio del hecho y de los autores por parte de la cúpula dirigente.

---

140 Roxin, *JZ 1995, p. 49 (50).*

141 Bottke (supra *n.26), pp. 72 y s. (cfr. al respecto también más adelante en el texto).*

142 Schild (supra *Nº 29), pp. 22 y s.*

143 En este sentido Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), p. 251; ídem, JZ 1995, p. 49 (51).*

144 Cfr. Hess, *Mafia, 1993, pp. VI, 157 y ss.*

145 Cfr. Ambos *(supra Nº 138), pp. 56 y ss., 394 y ss.*

146 Cfr. Hess *(supra Nº 144), pp. 200 y ss. (la "mafia como para-Estado").*

Posiblemente, la desvinculación del Derecho concurra en la mayoría de los casos, pero su ausencia no impide la apreciación de dominio de organización. Por tanto, es sólo un presupuesto *posible*, pero no necesario de ésta.

b) *Aparato de poder de organización estatal*

En este ámbito se aprecia con mayor claridad que las afirmaciones antes hechas son correctas. Ha de reconocerse que puede concurrir desvinculación del derecho en determinados casos. Si la destrucción de determinados grupos étnicos o de la oposición política no es ordenada por ley, si no está basada en una «orden del *Führer*» o en un plan de acción secreto de la dirección de *facto* del Estado (Argentina, Chile), existe un paralelismo de dos ordenamientos «jurídicos»: el ordenamiento «normal», que tiene como cometido luchar contra la criminalidad común, y el ordenamiento «anormal», «pervertido», que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. El único fin de éste es la ejecución del plan de destrucción. El aparato fascista del precedente argentino ofrece el ejemplo representativo:

> «...mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues *uno suponía la negación del otro.* La *increíble* subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre de poder. Desde allí se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de la víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles.»[147]

La situación es distinta, sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico en sí mismo es la base del terrorismo de Estado, es decir, es en sí mismo «criminal» y por ello no puede hablarse de una desvinculación del Derecho al menos en el sentido de una *desvinculación del Derecho positivo.* Si el reproche central, como en el caso de la sentencia de los juristas relacionados con el sistema nazi, en una participación en el delito *«in the name of law* by the authory of the Ministery of Justice, and through the instrumentality of the courts»,[148] ello significa que es el Derecho mismo el que ha intervenido en los asesinatos en masa, es decir, que fue instrumentalizado y usado como Derecho de dominación. En tal caso, «ni el Estado ni sus instituciones son...ilegales; por el contrario, siguen las leyes de acuerdo con las que han sido creados...».[149] También en otros Estados dictatoriales, como por ejemplo en las dictaduras militares de Argentina y de Chile,[150] cabe constatar tal juridificación de la represión.

Finalmente, rige lo mismo respecto del totalitarismo de corte realsocialista, como por ejemplo, la anterior RDA. Pues cuando la represión se halla regulada con tanta exactitud como en el caos de la antigua RDA —piénsese sólo en el régimen de fronteras, con una regulación jurídica exhaustiva—, ni hay un aparato de poder *paralelo* ni un ordenamiento jurídico paralelo; existe tan sólo *un* aparato de poder estatal de *competencia universal.* Lucha, como cualquier Estado, contra la criminalidad general, y reprime *simultáneamente,* como «Estado injusto», la resistencia política. Puede prever para estos «hechos abominables»[151] un Derecho especial (por ejemplo, un Derecho Penal terrorista) y también órganos especiales (policía política, servicios secretos, etc.), pero se trata en todo caso de un aparato de poder estatal. También aquí falta, por tanto, la desvinculación del Derecho, pero ello no impide el dominio del hecho por los hombres de atrás. Incluso lo facilita. Pues mientras que el ejecutor subordinado en el caso del aparato de poder desvinculado del Derecho puede al menos orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho) que sigue existiendo en paralelo, cuando se da la concentración de Derecho e injusto en las manos de un aparato de poder estatal está sin posible orientación. Sólo hay un ordenamiento jurídico, y éste

147 *Sentencia de la Cámara* (supra *Nº 97), p. 1603 (énfasis del autor).*

148 *Cfr. ya supra Nº 92 (sin cursiva en el original).*

149 Lampe, *ZStW 106 (1994), p. 683 (709, también 714 y s.: el Estado como creador de las leyes suele respetar el ordenamiento jurídico).*

150 *Cfr.* Ambos, *en: Nolte (ed.), Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika, 1996, pp. 86 y ss. (Argentina), 139 y ss. (Chile).*

151 Jacobs, *GA 1994, p. 1.*

ordena también la realización de «hechos abominables», y ello en la forma o sobre la base de una ley emitida de modo correcto (en el marco del orden estatal predado). *Este* dominio del hecho, por tanto, es más completo («más total») que en el caso de ordenamientos jurídicos paralelos. Puesto que el ordenamiento jurídico «vivido» y el fin «injusto» del Estado son una misma cosa, existe una *estructura de instrucción y de mando vertical que no se ve perturbada por dudas jurídicas.*

En este caso, sólo puede afirmar la desvinculación del Derecho quien toma como punto de referencia valoraciones propias del Estado de Derecho, que en última instancia son supralegales y de Derecho, natural en el sentido de la fórmula de *Radbruch.*[152] Es probablemente esto lo que *Roxin* tiene en mente de modo intuitivo cuando habla de garantías propias del Estado de Derecho, de valores fundamentales y derechos humanos.[153] También *Bottke* va en esta dirección con la creación de un aparato injusto «a(nti)civil».[154] Un aparato estatal que se contrapone a la *lex naturalis o lex aeterna,* actúa de modo injusto y por tanto se separa del «Derecho».[155] Esto es convincente en el plano valorativo, pero resulta demasiado abstracto. Una desvinculación del Derecho entendida de este modo se diluye y la abstracción del Derecho positivo que comporta crea una situación jurídica que no puede oponerse al dominio del hecho por parte del hombre de atrás. Pues los principios no escritos supralegales no son evidentes para el ejecutor del hecho, y por ello no pueden constituir una barrera para la ejecución de la orden. Por tanto, también esta noción de desvinculación del Derecho pierde su base y razón de existencia.

Conclusión

El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una *organización estructurada de modo jerárquico* y estricto y un *dominio* del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores *fungibles.* Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La *desvinculación del derecho* de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por tanto, resulta *prescindible* en cuanto elemento estructural del dominio por organización.

---

152 Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1946, p. 105 (107); sobre esto* Arth. Kaufmann, *NJW 1995, p. 81 (83),* Sprenger, *NJ 1997, p. 3 (5 y s.).*

153 Roxin, *Täterschaft (supra Nº 1), p. 250.*

154 Bottke (supra *Nº 26), pp. 72 y s.*

155 Jakobs, *GA 1994, pp. 1 y s.*

LA TRANSACCIÓN PENAL BRASILEÑA Y EL DERECHO NORTEAMERICANO*

José Carlos Barbosa Moreira

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

1. La transacción penal en el derecho brasileño:

La solución consensual de litigios penales en Brasil hunde sus raíces en terreno constitucional. El art. 98, I, de la Constitución de 1988, al ordenar a la Unión y a los Estados la creación de *"juizados especiais"* competentes, en el ámbito penal, para juzgar las infracciones penales *"de menor potencial ofensivo"*, añadió que en ellos sería permitida la transacción, *"nas hipóteses previstas na lei"*.

Fue reglamentada la materia por la Ley Nº 9.009, del 26-9-1995, que dispuso sobre los *"juizados especiais cíveis e criminais"*. En el art. 76 se contempla la posibilidad, bajo ciertas condiciones, de un acuerdo entre las partes sobre la aplicación de pena (de restricción de derechos o de multa) al supuesto agente de la infracción. Entendida la disposición al pie de la letra, el acuerdo lo propone el Ministerio Público;[1] si el imputado y su defensor aceptan la propuesta, ella es sometida a la apreciación del juez (§ 3º), que, acogiéndola, aplica la pena de inmediato (§ 4º). El apenamiento no será tomado en cuenta a efectos de reincidencia (§ 4), y la sentencia no tendrá eficacia de título ejecutivo civil (§ 6º), a diferencia de lo que ocurre normalmente con la sentencia penal (firme) de condena, la cual puede ser ejecutada en lo civil, a fin de resarcimiento, por quien haya sufrido un daño en consecuencia del delito *(Código de Processo Penal, art. 63; Código de Processo Civil, art. 584, II)*.

Otra manifestación de la misma tendencia de política legislativa se transparenta en la disposición del art. 89 de la Ley Nº 9.099. Esta norma autoriza la suspensión condicional del proceso penal, igualmente mediante propuesta del Ministerio Público, en ocasión de denunciar el infractor, con tal que él no esté siendo procesado ni haya sido condenado por otro crimen, y además concurran los presupuestos generales de la suspensión de la ejecución de la pena, enumerados en el art. 77 del Código Penal. La propuesta, aquí también, tiene que ser aceptada por el imputado y su defensor, en presencia del juez (§ 1º); si éste recibe la denuncia, la ley le otorga la posibilidad de suspender el proceso, sujetando al acusado a un *"período de prova"*, bajo determinadas condiciones, cuyo incumplimiento acarrea o puede acarrear la revocación del beneficio (§ 3º y 4º).

El nuevo Código Nacional de Tránsito (Ley Nº 9.503, de 21-9-1997) ordenó la aplicación del sistema de la Ley Nº 9.099, en principio, a las infracciones *("de menor potencial ofensivo")* cometidas en la dirección de vehículos automotores (art. 291) —lo que amplió el campo de la justicia penal consensual—. Omitimos aquí la mención de otros textos legales, sin interés para el presente estudio. Cabe advertir que concentraremos nuestra atención en la institución de que trata el art. 76 de la Ley Nº 9.099. A nuestro juicio, se le aplica a ella con mayor propiedad la denominación de *"transacción penal"*, ya que el acuerdo entre las partes incide ahí directamente sobre el apenamiento. La suspensión condicional del proceso (art. 89), en cambio, atañe principalmente al curso de la actividad procesal, que puede ser paralizado o no. Es cierto que la

---

* *Comunicación a las Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (Colonia, mayo de 1999).*

1 *En la doctrina a veces se admite la iniciativa del juez (WEBER MARTINS BATISTA,* in *WEBER MARTINS BATISTA — LUIZ FUX,* Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo, *Río de Janeiro, 1996, págs. 321/2) o la del indiciado, asistido por su defensor (ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES,* Juizados especiais criminais, *S. Paulo, 1996, pág. 124).*

punibilidad se extinguirá, si el plazo de suspensión termina sin que ésta haya sido revocada (art. 89, § 5º), pero tal repercusión en la esfera de la pena constituye obviamente un efecto accidental y secundario de la suspensión del proceso.[2]

Por otra parte, a efectos de una comparación entre el sistema brasileño y el norteamericano, parece mucho más interesante y fructífero el examen de la transacción *ex* art. 76. Es a su respecto que tiene sentido cogitar de una afinidad con instituciones como el *guilty plea* y el *nolo contendere*. Éstos, por el contrario, se alejan en medida tan larga de la suspensión condicional del proceso, estructuralmente y funcionalmente, que la confrontación pierde casi toda su razón de ser.[3]

2. Derecho norteamericano: generalidades:

Como nadie ignora, el Derecho norteamericano es el terreno predilecto de la consensualidad en la justicia penal. Viene a cuento, por ende, investigar los puntos de contacto y las eventuales semejanzas o diferencias entre la transacción introducida en Brasil por la Ley Nº 9.099 y las instituciones afines del ordenamiento vigente en los Estados Unidos. En semejante perspectiva, es menester recordar aquí los rasgos esenciales del sistema norteamericano en lo relacionado a como la voluntad de las partes tiene aptitud para ejercer influencia sobre el resultado del proceso penal.

Hay que comenzar por la exposición sucinta de las posibles reacciones del imputado al *indictment* por el *grand jury*, es decir, a la decisión por la cual este órgano, ante la existencia de *"probable cause"* para la *persecutio criminis*, formaliza la acusación.[4] El acusado responde a la acusación por medio de un *plea;* su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable *(guilty plea)* o inocente *(plea of not guilty)*, sino que también se le permite responder sencillamente: *"nolo contendere"*—expresión latina que significa "no quiero contestar (la acusación)"—. En el Derecho federal, toda esta materia está reglada por las *Federal Rules of Criminal Procedure:* las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales.

La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados;[5] por consiguiente, es ínfimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el *trial*[6] —seguramente para decepción de los admiradores de las películas policíacas norteamericanas, que dan comprensible relieve a aquel momento tan exquisitamente teatral del procedimiento—.[7] Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del

---

2 *Ni WEBER MARTINS BATISTA, ob. cit., págs. 318 y ss., 353 y ss., ni JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR,* in *JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR — MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES,* Comentários à lei dos juizados especiais civeis e criminais, *S. Paulo, 2º ed., 1997, págs. 494 y ss., 578 y ss., ni ANTONIO SCARANCE FERNANDES,* O consenso na justiça penal brasileira, *ponencia presentada a las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Brasilia, 1998),* in Temas atuais do direito processual ibero-americano, *Río de Janeiro, 1998, págs. 461 y ss., emplean el* nomen iuris *"*transação penal*" para el acuerdo previsto en el 89, sino exclusivamente para el reglado por el art. 76. Así también GERALDO PRADO,* Sistema acusatório, *Río de Janeiro, 1999, págs. 186 y ss. LUIZ FLÁVIO GOMES,* Suspensão condicional do processo penal, *S. Paulo, 1997, si bien hable de "*transação*" a propósito de la suspensión condicional del proceso (págs. 128/9), subraya que ésta "*tem por objeto imediato exclusivamente o avanço ou não do processo*" (pág. 129) y no participa de la naturaleza jurídica de la transacción ex art. 76, de modo que no encuentra su base constitucional en el art. 98, I, de la Constitución de la República (págs. 150/1).*

3 *Sin embargo, más de un expositor del Derecho brasileño se refiere al* guilty plea *y al* nolo contendere *al tratar de la suspensión condicional del proceso. Así, por ejemplo, ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., pág. 191 (v., empero, pág. 90); LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., págs. 128/9; JULIO FABBRINI MIRABETE,* Juizados especiais criminais, *S. Paulo, 3ª ed., 1998, pág. 152. Algunos de los argumentos que se invocan al respecto pueden ser aprovechados en un contexto más adecuado; oportunamente intentaremos hacerlo.*

4 *En ciertos casos el* indictment *es reemplazado por una* information *del* prosecutor*: v.* Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7, a, b*; DEL CARMEN,* Criminal Procedure, *3ª ed., Belmont, 1995, pág. 36.*

5 *V. DAMAOKA,* Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study, in University of Pennsylvania Law Review, *vol. 121 (1973), págs. 508 (nota 2), 523 (nota 29). Según VAN KESSEL,* Adversary Excesses in the American Criminal Trial, in Notre Dame Law Review, *vol. 67 (1992), pág. 467/8, en California, "*by 1972, plea-based convictions amounted to 82% of total felony convictions*".*

6 *De acuerdo con fuentes autorizadas, el porcentaje no sobrepasa (o ni siquiera alcanza) el 10% del total: v., entre otros, FRANKEL,* Partisan Justice, *New York, 1980, pág. 90; ABRAHAM,* The Judicial Process, *6ª ed., New York - Oxford, 1993, pág. 135, nota 151 (con base en una estadística del* U.S. Department of Justice*); CARP — STIDHAM,* Judicial Process in America, *2ª ed., Washington, 1993, pág. 165; HALL,* Criminal Procedure and the Constitution, *Albany, 1997, págs. 199, 200; GRANO,* Confession, Truth, and the Law, *4ª ed., Ann Arbor, 1999, pág. 30.*

7 *A creerle a VAN KESSEL, art. cit., pág. 405, el* trial *con frecuencia proporciona "más divertimiento que justicia (*more entertainment than justice*)"; cf. pág. 548: el estilo dinámico y combativo del* trial "is perfect for the visual media of television and in the movies"*. Refiriéndose, por su parte, al proceso civil (pero la observación es sin duda aplicable, quizá* a fortiori*, al proceso penal), confirma LANGBEIN,* The German Advantage in Civil Procedure, in The University of Chicago Law Review, *vol. 52 (1985), pág. 831, que los atributos del* trial *anglosajón "*make for good theatre*".*

plea bargaining, una negociación entre el *prosecutor* y el acusado (*rectius:* y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el *prosecutor* propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que la conminada en la ley para la infracción que se supone haber sido cometida. No obstante, hay distintas posibilidades: el *prosecutor* puede prometer que acusará al imputado solamente por un delito menos grave que el sugerido por los elementos probatorios disponibles, o que renunciará a otras posibles acusaciones contra él, y así en adelante.[8]

Pasemos al *nolo contendere.* Este *plea* es admisible únicamente con el consentimiento del tribunal, el cual tiene el deber de tomar en consideración "the views of the parties and the interest of the public in the effective administration of justice" *(Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, b).* Es decir: el *nolo contendere plea,* por lo menos en la justicia federal, (y conviene observar que no todos los Estados lo adoptan), no produce efectos automáticamente: su eficacia depende de la aprobación del órgano judicial.[9]

La consecuencia esencial del *nolo contendere plea,* una vez aceptado, es igual a la del *guilty plea:* aunque, técnicamente, no admita su culpa,[10] el imputado sufre la condena;[11] y, en principio, la pena es la misma, si bien, según parece, el imputado que declara *nolo contendere* normalmente puede contar con la benevolencia del juez. [12]

Sin embargo, hay una diferencia importante: en el *guilty plea,* la admisión de culpa del imputado puede ser utilizada en su contra en un ulterior proceso civil de responsabilidad por los daños causados a la víctima del delito; no así en el *nolo contendere.*[13]

3. Derecho norteamericano: en particular, el plea bargaining:

La práctica del *plea bargaining* atiende a diversos intereses de cierta importancia:

a) siempre sobrecargada de trabajo, la justicia criminal norteamericana, al contrario de lo que muchos suponen, es extremadamente lenta. El procedimiento de formación del *jury,* de por sí, puede comportar incidentes complejos, sobre todo durante el interrogatorio de los posibles jurados por la acusación y por la defensa *(voir dire).*[14] No es absurdo imaginar que el sistema judicial correría un auténtico riesgo de paralización si todos los acusados hubiesen de someterse al *trial.*[15]

De ahí la conveniencia, o mejor dicho la necesidad, de favorecer e incrementar la pronta solución consensual del pleito. En una *opinión* redactada por el *Chief Justice,* la Corte Suprema llegó a calificar el *plea bargaining* de "componente esencial de la administración de justicia".[16]

b) para los jueces, personalmente, también puede ser ventajoso librarse rápidamente de una parte de su *caseload,* y por una forma que de ordinario no requiere

---

8 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, e, 1. *V. al respecto CARP — STIDHAM, ob. cit., págs. 166/8.*

9 *Un ejemplo famoso de este tipo de* plea *es el caso de Spiro Agnew, en aquel entonces vicepresidente de los Estados Unidos, luego de una acusación hecha por el Fisco en 1973 (ABRAHAM, ob. cit., pág. 135, nota 150).*

10 *En todo caso, ABRAHAM,* ib., *ve en el* nolo contendere plea *algo así como* "an admission of guilt without so stating formally".

11 *Equivocada la información de JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 152,* verbis "o acusado (...) aceita condições para que não seja submetido ao processo". *El* nolo contendere plea *no tiene el efecto de substraer al imputado (provisionalmente o definitivamente) al proceso: lo que ocurre es que el juez, en principio, le aplica la pena de inmediato, sin necesidad de someterlo al* trial. *V.* Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, e, 3: "If the court accepts the plea agreement, the court shall inform the defendant that it will embody in the judgment and sentence the disposition provided for in the plea agreement".

12 *ABRAHAM,* ib.

13 *DEL CARMEN, ob. cit., pág. 39; HALL, ob. cit., pág. 203; BLACK's* Law Dictionary, *5ª ed., St. Paul, 1979, art.* Nolo contendere.

14 *Relata VAN KESSEL, art. cit., pág. 473, que en el proceso de 1970-1 contra un miembro de los* Black Panthers *sólo el* voir dire *duró cuatro meses; y que en un proceso por* child molestation *realizado en Los Ángeles y concluido sin condena (!) habían transcurrido más de dos años y medio entre el comienzo de la selección de los jurados y la apertura del* trial. *Otros datos semejantes en la pág. 536.*

15 *V. DAMAOKA, art. cit., pág. 551.*

16 Santobello v. New York *(404 U.S., 259),* apud *BROWN,* Meriti e limiti del patteggiamento, in Il processo penale negli Stati Uniti d'America, *ed. Amodio e Bassiouni, Milano, 1988, pág. 144.*

mucho de su actividad intelectual. Es cierto que, de conformidad con la ley, le corresponde al órgano judicial averiguar si el *plea* es voluntario o resulta de amenazas o promesas indebidas, es decir, hechas fuera del cuadro regular del *plea bargaining (Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, d; la Rule 11, e,* establece reglas para el *plea bargaining*). No obstante, nadie ignora que los jueces habitualmente se inclinan a aprobar el *agreement,* [17] cuando no a estimularlo —a pesar de la prohibición que les impone la ley de participar en la negociación— *(Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, e, fine).*

c) a menudo, el *prosecutor* es nombrado mediante elección popular y al ejercer sus funciones tiene los ojos puestos en la posibilidad de nuevas y más importantes conquistas políticas. Es natural que se preocupe en ganarse la simpatía del electorado. Para ello, al final de su mandato, necesita exhibir el más alto número posible de condenas[18] —hazaña que sería angustiosamente insegura si el *prosecutor* hubiera de confiar sólo en la imprevisible reacción del *jury* y en la improbable realización del *trial* en un plazo no demasiado largo—.

d) por fin, también a los abogados les interesa mantener el sistema actual, que les permite desempeñar los papeles centrales en el gran drama del proceso criminal. El dominio que ejercen sobre la suerte de los pleitos mediante el *plea bargaining* es aún mayor que su control sobre el *trial,* cuyo resultado es más aleatorio. [19]

La conjugación de estos y otros intereses explican la sobrevivencia, más aún la vitalidad de una institución duramente criticada en los medios académicos y científicos de los Estados Unidos —a tal punto, que un eminente magistrado no vaciló en llamarle al *plea bargaining* un "sórdido proceso"—. [20] Algunas de las críticas que se le hacen respectan a peculiaridades del ordenamiento jurídico norteamericano: por ejemplo, al concordar en declararse culpable el imputado renuncia *ipso facto* a importantes derechos constitucionales —entre ellos—, el propio derecho al *trial by jury* y el derecho a no ser declarado culpable sino *"beyond any reasonable doubt".* [21]

Pero eso no es todo. Muchos temen que en no pocos casos la anuencia del imputado, aunque aparentemente voluntaria, constituya en realidad el fruto de maniobras reacias a los preceptos éticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad.[22] Sospechas de este género son tanto más justificables cuanto más bajo el grado de "visibilidad" de las negociaciones entre el *prosecutor* y el defensor del acusado. Advierte la doctrina que semejantes negociaciones no suelen desarrollarse *"in open court",* bajo la presidencia de un magistrado neutral y a la vista del público, sino más frecuentemente *"over a cup of coffee in a basement courthouse cafeteria where the conscience of the two lawyers is the primary guide".*[23] El juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la *fairness* o de la validez del acuerdo.

Sea como sea, no se divisa ninguna probabilidad de que los Estados Unidos renuncien —por lo menos bajo las condiciones actuales— a la utilización del *plea bargaining.* Una pregunta distinta es la relativa a la posible "importación"

---

17 *De acuerdo con una encuesta realizada por el* Bureau of Justice Statistics *y publicada en 1983, los jueces habían recusado solamente el 2% de los* guilty pleas*: DEL CARMEN, ob. cit., págs. 41 y 56.*

18 *"*Elected state prosecutors often face bitter contests in which their win-loss record becomes a campaign issue*": VAN KESSEL, art. cit., pág. 442, nota 164. Cf., en la doctrina italiana, FANCHIOTTI,* Spunti per un dibattito sul plea bargaining, in Il proc. pen. negli Stati Uniti d'America *cit., pág. 284: "*... l'interesse del *prosecutor* ad ottenere la condanna dell'imputato, anche se ad una pena minore di quella adeguata al reato commesso, è molto elevato: poiché molto spesso l'esercizio della funzione d'accusa è considerato un gradino per la scalata a più prestigiose cariche politiche, il poter esibere dati statistici relativi ad alte percentuali di condanne costituisce un buon biglietto da visita agli occhi dell'elettorato*".*

19 *VAN KESSEL, art. cit., pág. 501.*

20 *FRANKEL, ob. cit., pág. 90. Para conocer el pensamiento de la doctrina en esta materia, el lector consultará con provecho,* v. gr.*: CARP — STIDHAM, ob. cit., págs. 168 y ss.; BROWN, art. cit., págs. 140 y ss.; y, en lengua española, SILVIA BARONA VILAR,* El consenso en el proceso penal americano: plea bargaining, en Estudios jurídicos en memoria del Dr. Ignacio Medina Lima, *México, 1997, págs. 42 y ss. (con otras citas).*

21 *HALL, ob. cit., pág. 200.*

22 *DAMAOKA, art. cit., pág. 551, se refiere a una variedad de modos de inducir el imputado al* guilty plea. *Según CARP — STIDHAM, ob. cit., pág. 169, personas inocentes pueden sufrir presiones para optar por él. VAN KESSEL, art. cit., pág. 476, va más lejos: a su juicio, la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable "*appears to be the modern form of judicially sanctioned torture in America*".*

23 *CARP — STIDHAM, ob. cit., pág. 170. Añaden estos autores que, cuando el imputado, en seguida, se declara culpable ante el tribunal y jura que su* plea *no se basa en ninguna promesa de la acusación, el* prosecutor *y el defensor corroboran la declaración falsa.*

de tal instrumento por otros países. La pregunta tiene su razón de ser, habida cuenta de la influencia cada vez más intensa que el Derecho norteamericano viene ejerciendo, en más de un terreno, sobre tantos otros ordenamientos jurídicos, sin excepción de los que integran —como el de Brasil— la llamada familia romano-germánica.

4. Transacción penal, *guilty plea, nolo contendere:*

La doctrina brasileña es unánime en negar que la Ley Nº 9.099 haya adoptado cualquier institución asimilable al *guilty plea* y, *a fortiori*, al *plea bargaining*.[24] En la transacción penal *ex* art. 76 no se manifiesta, en efecto, ninguna admisión de culpa por parte del indiciado. La pena que el juez le imponga no es tomada en cuenta a efectos de reincidencia (art. 76, § 4º). Tampoco está autorizado el órgano del Ministerio Público para ofrecer al imputado cualquier ventaja a modo de recompensa por su conformidad. A diferencia de la *Rule 11, e, 1* de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, la ley brasileña ni siquiera alude a la posibilidad de negociaciones entabladas entre acusación y defensa en ausencia del juez. Todo ocurre, o debe ocurrir, a la luz del día. La transacción penal queda en realidad fuera del alcance de las críticas esenciales dirigidas a la práctica norteamericana.

En opinión de algunos, el verdadero paradigma de la justicia consensual penal brasileña sería el *nolo contendere.*[25] Hay desde luego una semejanza digna de atención entre el régimen de ese *plea* y el de nuestra transacción *ex* art. 76 de la Ley Nº 9.099: en ambos, la condena impuesta al indiciado queda privada de efectos civiles (respecto al Derecho brasileño, cf., supra, Nº 1). Sin embargo, en el *nolo contendere,* aún se concibe que alguien descubra una connotación, si bien implícita, de culpa.[26] No así en la transacción penal: en este sentido, ella parece más "pura" que cualquiera de los avatares norteamericanos de la consensualidad en materia penal.

Por lo que se refiere a los resultados concretos de la innovación, no disponemos hasta este momento de datos que nos permitan una valoración correcta, y no queremos sucumbir a la tentación de un cómodo pero muy poco científico "impresionismo". Es de desear que contribuyan para aclarar el asunto los estudios que se están llevando a cabo en S. Paulo y en Río de Janeiro. Un día u otro podremos tal vez llegar a la conclusión de que a la transacción penal le está reservado en el funcionamiento de la justicia brasileña un papel prácticamente tan importante como el desempeñado por el *plea bargaining* en los Estados Unidos — ¡ojalá!, sin que sea necesario imitar ciertas deformaciones...

---

24 V. gr.: *ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., págs. 190 y ss.; LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., págs. 128/9; JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 152; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, ponencia cit., pág. 461. Téngase presente, empero, la advertencia hecha en la nota 3,* supra.

25 *ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., pág. 191; LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit., pág. 130; JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 152 (v., sin embargo, nota 11,* supra*).*

26 *V. en la nota 10,* supra, *el parecer de ABRAHAM. En realidad, muchos probablemente se acordarán ahí del viejo adagio* "Qui tacet consentire videtur"...

DOCTRINA NACIONAL

UNA NUEVA VISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL FONDO[1]

Luis Alonso Salazar Rodríguez

SUMARIO:

Introducción.

Finalidad moderna del Recurso de Casación.

A) Criterio tradicional.

B) Posición personal.

C) La desformalización del Recurso de Casación.

1) Fundamento jurídico.

2) El orden de conocimiento de los agravios.

D) Recepción de prueba en casación.

E) Violación a las reglas de la sana crítica.

F) El *in dubio pro reo* y la casación por el fondo.

Conclusión.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este artículo se analiza la finalidad moderna del Recurso de Casación, y en una segunda parte dedicamos algunas páginas al tema de la desformalización de dicho recurso. Se analiza además la posibilidad de recibir prueba en casación, [2] el orden en que deben ser analizados los agravios cuando se recurre por la forma y por el fondo, el control de las reglas de la sana crítica, para hacer finalmente un análisis sobre el *in dubio pro reo* y el Recurso de Casación. El texto ha sido reformulado con el propósito de incorporar al mismo, la regulación del instituto en el nuevo Código Procesal Penal. Se utiliza el procedimiento de citas finales para las sentencias de la Sala de Casación que se incorporan al texto y citas al pie de página para las referencias bibliográficas. Las abreviaturas utilizadas en el texto son: SC (Sentencia de Casación), C. P. P. Código de Procedimientos Penales y C. P. P. Código Procesal Penal.

---

1 *El presente artículo forma parte de la tesis del autor, para optar por el grado de licenciado en Derecho, denominada El Recurso de Casación Penal por el Fondo. Un análisis Jurisprudencial. Universidad de Costa Rica, 1994.*

2 *Adicionalmente a la hipótesis no contenida en el artículo 449 del C.P.P.*

FINALIDAD MODERNA DEL RECURSO DE CASACIÓN

De acuerdo con la finalidad que se le atribuya al Recurso de Casación, así será el concepto que sobre el instituto se construya. Es importante determinar la clasificación de los fines del acto impugnaticio como tal, de ello dependerá que se pueda entrar a valorar algunas posibles variantes, en relación con los límites de la Sala de Casación en el momento de resolver el caso planteado.

A) CRITERIO TRADICIONAL

Al Recurso de Casación, tradicionalmente se le señala una función política,[3] atribuible básicamente al origen mismo del instituto tal como se conoce hoy día, el cual data del Derecho francés del siglo XVIII.

Se atribuye el fundamento político del Recurso de Casación, a preservar la autoridad del legislador y la jerarquía del emperador, impidiendo la "rebelión del juez" (función nomofiláctica).[4]

"En Francia, la Corte de Casación no fue un ente judicial, sino un organismo que actuó junto a la Asamblea Legislativa, para poder así impedir a los tribunales, bajo el pretexto de interpretar las leyes que invadiesen funciones que le correspondían exclusivamente a la Asamblea Legislativa. Esta es la razón por la cual no concibiera la Revolución al Tribunal de Casación, como lo entendemos hoy día.

El Tribunal de Casación, surgió como todos los institutos revolucionarios, de las abstracciones ideológicas de Rousseau, pero de una influencia más directa de las doctrinas de Montesquieu, en especial del principio de la separación de poderes sustituyendo el principio de la bipartición por el de tripartición de poderes." [5]

Esa concepción del Recurso de Casación ha perdurado y no falta quienes sostengan que continúa siendo la misión primordial del instituto, en este sentido el criterio de FENECH, quien considera que:

> "a diferencia de los tribunales de tercera instancia, el de Casación tiene una finalidad —al menos en su original aspecto histórico— metaprocesal, a saber la defensa de la ley —y con ella la del Poder Legislativo— frente a los Tribunales de Justicia como representantes del Poder Judicial, siendo su misión esencial y primordial garantizar la separación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, controlar éste y mantener la unidad de la jurisprudencia, misión esta que ha sido a través de su historia adaptada a las necesidades de cada momento histórico, hasta llegar a la concepción actual cuya finalidad está integrada por el control meramente jurídico del procedimiento y de la decisión de un Tribunal Penal para establecer si la aplicación de la ley al hecho —normalmente— inatacable, declarado probado se ha efectuado de un modo jurídicamente correcto, tanto desde el punto de vista del Derecho Material como desde el Derecho Procesal Penal". [6]

El criterio jurisprudencial de nuestra Sala de Casación, se orientó, en el periodo de los años setentas, a identificar a la Casación una finalidad netamente procesal, a saber, la unificación de la Jurisprudencia; atribuyendo a la Sala la fiscalización de la correcta aplicación del Derecho:

> "La función del Tribunal de Casación, consiste en la fiscalización de la correcta aplicación e interpretación tanto de la ley sustantiva como de la formal, por los tribunales de instancia, por lo que escapa de su poder jurisdiccional lo concerniente a la determinación de los hechos, estando además, inhibido legalmente para penetrar en el campo meramente conceptual de justicia exteriorizado por los integrantes del a quo, pues jurídicamente es indiferente la mayor o menor injusticia de un fallo".[7]

---

3 *La doctrina más generalizada ha enfocado la materia casi siempre avasallando los límites conceptuales de la impugnación, para ahondar en su finalidad política. En una definida y particular finalidad política, que encuentra en su objetivo de "uniformar la jurisprudencia" su más expresivo fundamento. Así Calamandrei, op. cit., p. 12. Citado por DE LA RÚA, op. cit., p. 20.*

4 *Ver VESCOVI, op. cit., p. 230.*

5 *Ver PORTER LAITANO. Op. cit., p. 8.*

6 Ver FENECH, op. cit., II, p. 465.

7 *Ver Casación Nº 90-F de las 16:30 horas del 20 de diciembre de 1979 de la Sala Segunda Penal. Asimismo, Nº 58-F de las 10:45 horas del 6 de setiembre, Nº 71 de las 10:05 horas del 15 de octubre y Nº 76-F de las 9:30 horas del 23 de octubre de 1979 de la Sala Segunda, al igual que la Nº 37-F de las 15:30 horas del 10 de junio de 1977 y 25-F de las 15:00 horas del 30 de julio de 1980. Citadas por RIVAS FERNÁNDEZ, op. cit., p. 148.*

Manzini y Beling, afirman que la casación penal debe circunscribirse a un control técnico-jurídico del fallo, pues es el único, que al final de cuentas servirá como criterio unitario para la resolución de futuros casos con caracteres similares. En consecuencia, avocarse a conocer la esfera de los hechos, que están plagados de irregularidades de tipo subjetivo y objetivo, no llevaría a llenar aquella aspiración, la cual orienta hacia la clásica fórmula de la uniformidad de la jurisprudencia, factible en otras materias con mayor propiedad, pero que en la penal debe conjugarse con otros factores por los valores que se entrecruzan.[8]

Para ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, el Recurso de Casación cumple una doble finalidad: tutelar el interés público y a su vez tutelar el interés privado. La primera finalidad la realiza al tratar de mantener la exacta observancia de la ley, que presumiblemente se quebranta en el fallo que se recurre, procurando que uno de los Poderes del Estado, como es el Poder Judicial, juzgue rectamente los casos que se le presentan, no malinterprete la norma jurídica, se respeten las disposiciones procesales, que las leyes se apliquen uniformemente, no se desnaturalice su espíritu por erradas interpretaciones, etc., es decir, "... la casación responde esencialmente a una consideración de Derecho público: satisfacer el interés del Estado en asegurar la exacta observancia de la ley en la administración de justicia. Pero a su vez, y tal vez colocado en un plano de igual importancia, la Casación trata de proteger los derechos de las partes, de dar a las partes la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Superior, el fallo que ellas consideran les causa perjuicio, buscan que se les reparen casualmente esos perjuicios sufridos..." Llena así la Casación una doble finalidad: las partes encuentran en ella un instrumento para la defensa de sus derechos (ius litigatioris), y el Estado, por obra del Tribunal de Casación, mantiene la unidad del orden jurídico (ius constitutionis).[9]

El tratadista argentino Fernando de la Rúa por su parte, coincide en que la función política de uniformar la jurisprudencia consiste en la función primordial del Recurso de Casación, no obstante, opina que la misma es una función extraprocesal, que se encuentra fuera del recurso mismo, como un fin inmediato que se encuentra implícito dentro del instituto jurídico.[10]

CLARIÁ OLMEDO por su parte, atribuye a la casación una doble finalidad:

1) Mantenimiento del orden jurídico-penal por el tribunal único que en definitiva aplicará el derecho.

2) Defensa de los derechos individuales y afianzamiento de las garantías de libertad y de igualdad.[11]

Este punto de vista, no se aparta de dos de los presupuestos históricos del Recurso de Casación, por un lado se trataba de un único órgano o Tribunal de Casación, y por otro lado se nota claramente la influencia de las ideas de la Francia Revolucionaria, propias del origen histórico del recurso que inspiraron su nacimiento.

Se señala que "la primera finalidad, no hay duda, es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la defensa de la supremacía del órgano legislativo. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, como surge de las fuentes romanas *(ius constitutionis) y* en algunos Estados modernos. Es lo que Calamandrei llama función nomofiláctica.

La función de unificar la jurisprudencia se le agrega luego, y aparece también como esencial, en la doctrina tradicional, inclusive, como lo vimos, ha servido para conformar la unidad jurídica en varios países (Alemania, Italia, etc.). Para ello se requiere un único órgano de casación nacional. A esto responde el modelo de casación clásico".[12]

---

8 *Ver MANZINI, (Vicenzo). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, T.V, pp. 162 y sgts. BELING, (Emest). Derecho Procesal Penal. Editorial Labor S.A., 1943, pp. 298 y sgts. Citados por RIVAS FERNÁNDEZ, op. cit., p. 153.*

9 *Ver ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, (Niceto). Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraf Ltda., 1945, T. III, p. 386.*

10 *En el origen de su institución está la finalidad de unificar y orientar, en la medida de lo posible, la jurisprudencia. Alta misión, que incide sobre la unidad misma del Estado al procurar la unidad del derecho positivo que, más allá de la ley que lo crea, vive y se desarrolla en las decisiones de los jueces. Pero esa finalidad, lo repetimos, aunque resida en su origen, está fuera del concepto procesal de la casación. Así DE LA RÚA, op. cit., pp. 44-45.*

11 *Ver CLARIÁ OLMEDO, (Jorge A.). Enciclopedia Jurídica Omeba, T. II, p. 808.*

12 *Ver VESCOVI, op. cit., p. 238.*

De la finalidad misma se atribuye al Recurso de Casación, los límites que el Tribunal de Casación debe observar al momento de resolver el acto impugnaticio "por eso la función jurídica que la casación cumple específicamente es limitada, y en materia penal se vincula en forma directa al fin inmediato del proceso, o sea a la justa aplicación de la ley penal. Este fin arraiga nuestro concepto de la pretensión de justicia del estado que el juicio de casación realiza en forma más depurada".[13]

En las legislaciones que, como la española y la nuestra (se refiere a argentina) se autoriza a la Corte a "casar" el fallo y a "resolver" el litigio, se parte de la misma limitación: las conclusiones sobre los hechos son para ella irrevisables. La Corte de Casación no es un tribunal de hecho, cuando se inmiscuya en ellos desvirtúa su función.[14]

El de casación no es recurso sobre el mérito de la prueba de la causa, sino un recurso limitado a la revisión de la aplicación del derecho sustantivo, y del derecho formal hecho por el juez a quo. [15] Por su naturaleza, la casación es un contralor de legalidad que actúa con independencia de lo salomónica que resulte la resolución final, o del daño que se pueda irrogar con la aplicación de una norma; lo que debe importar es el control de la legalidad.[16]

La casación no puede entrar a conocer de los errores de hecho, porque el juez es soberano en la apreciación de la prueba, salvo el caso que señalan los italianos del absurdo evidente. [17]

La Sala de Casación, ha señalado que aunque en nuestro medio, los precedentes jurisprudenciales no son vinculantes,[18] al estilo de los sistemas jurídicos anglosajones (common law), la función de la Sala consiste en la unificación de la jurisprudencia por efecto disuasivo y economía procesal. Así SC 699/91:

> "En lo que respecta a la función de esta Sala Tercera de Casación Penal, su verdadera y primordial actividad consiste en juzgar el Recurso de Casación, concebido como un medio de impugnación sujeto al impulso de parte, siendo que su jurisprudencia no es vinculante, aunque ciertamente —en forma secundaria— se procure a través de ella la uniformidad de la jurisprudencia (función política de la casación, cfr. DE LA RÚA, Fernando: El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, págs. 19 a 27). Así, dice CAFFERATA que el Recurso de Casación ...tiene un propósito unificador de las interpretaciones jurisprudenciales, mediante la actuación de un mismo tribunal superior que controla la interpretación de la ley sustantiva o procesal en cada caso sometido a su competencia funcional. Sin embargo, la posición del Tribunal *ad quem* no es jurídicamente obligatoria para otros casos, aunque sus fallos tengan un valor ejemplar y persuasivo, lo que puede *inducir* a los tribunales inferiores a adoptarlos, de buena gana (por la creencia del acierto de su interpretación), o sólo por razones de economía procesal, evitando el desgaste jurisdiccional que derivaría de la posibilidad de un recurso que terminará finalmente imponiendo el criterio jurídico del superior" (op. cit., pág. 53). (1)

Probablemente es la posición oficial en relación con la función de la Casación Penal, v. gr. VESCOVI afirma que: "Luego de una resolución histórica en la cual se ha producido alguna alteración de sus finalidades esenciales, hace ya más de un siglo que la más relevante doctrina sobre el tema asignaba a nuestro instituto estas dos finalidades esenciales: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia."[19]

---

13 *Ib., p. 230.*

14 *Ver IBÁÑEZ FROCHAM, (Manuel). Tratado de los Recursos en el Proceso Civil, (Bibl. Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1963), p. 270. Citado por PORTER LAITANO, op. cit., p. 48.*

15 *Ver NÚÑEZ, (Ricardo). Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pp. 67-69. Citado por PORTER LAITANO, op. cit., p. 48.*

16 *Ver DALL' ANESE, op. cit., p. 39.*

17 *Ver PORTER LAITANO, op. cit., p.39.*

18 *Debe tenerse presente que de conformidad con el art. 13 de la Ley 7135 de 5 de octubre de 1989 (Ley de la Jurisdicción Constitucional), se establece: Art. 13. La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma. Pero dicha regla es aplicable exclusivamente a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional.*

19 *Ver VESCOVI, op. cit., p. 237.*

La Casación asegura en el Estado, la uniformidad de la jurisprudencia, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, mediante la revisión y selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado.[20]

Se indica que la función de unificación de la jurisprudencia es atribución del Recurso de Casación por el fondo, y por su parte corresponderá a la Casación por la forma, el control de la legalidad del proceso. Se opina que: "la finalidad de sancionar estos vicios siempre ha sido diferente a la que se le atribuye al instituto como un todo; cual es la vigilancia del cumplimiento fiel del proceso de acuerdo con las normas preestablecidas, que eviten a todas luces la injusticia en el proceder y no la uniformidad de la jurisprudencia, que sólo interesa en el estudio de casación por el fondo." [21]

B) POSICIÓN PERSONAL

A pesar de ser la opinión generalizada, se infiere que en nuestro medio, no es tan cierto que el Recurso de Casación tenga como finalidad primordial la uniformidad de la jurisprudencia. Lo anterior por varias razones.

Una primera razón es que al consistir el Recurso de Casación en un recurso ordinario pero limitado tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, no es válido opinar que su fin primordial sea unificar el Derecho. De ser así el Recurso de Casación debería convertirse en una consulta obligatoria de todas las resoluciones finales, con el propósito de que la Sala pueda controlar en forma oficiosa la aplicación correcta del Derecho como la observancia de las formas. Debería consistir en una consulta preceptiva, al estilo de la materia laboral,[22] de todas las resoluciones que determinen la finalización del proceso.

Así señala DE LA RÚA: "aunque la finalidad de uniformar la jurisprudencia sea, como veremos, de alto interés público, ella no encuentra en las normas que la disciplinan una verdadera correspondencia con ese objetivo. Precisamente porque esas normas han sido dictadas en función del recurso judicial que se ha querido instituir.

De allí que la Corte solo pueda controlar las sentencias cuando contra ellas medie recurso oportuno, rodeado de las formalidades debidas. El interés del particular, que se hace valer con el recurso, es el que tiene preeminencia en la disciplina legal del instituto. Si esa preeminencia fuera acordada, en cambio, a la finalidad política de uniformar la jurisprudencia, la ley hubiera establecido el examen obligatorio e inevitable de todas las sentencias, en el solo interés de la ley, y en este supuesto con eficacia sobre el caso concreto".[23]

Una segunda razón, es el hecho de que los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación, no son vinculantes. Por esta razón se obliga a aceptar, que bien puede interpretarse en forma incorrecta una norma penal, y por no ser vinculante la Jurisprudencia de Casación no puede imponerse al intérprete errado. Además, por no existir la consulta preceptiva ante la Sala, de todas las sentencias o autos que pongan fin al proceso, no podría válidamente corregirse. Resulta que son las partes las que someten al contralor de casación sus asuntos, sólo en aquéllos que válidamente han abierto la vía impugnaticia y en debida forma, podrá la Sala emitir su criterio. No es lógico afirmar que el fin supremo de la casación sea, en nuestro medio la unificación de la jurisprudencia. Existe la posibilidad de encontrar jurisprudencia contradictoria en el seno de la misma Sala de Casación, que por no ser objeto de este estudio lo mencionamos solamente, sin embargo, es parte de nuestra realidad jurídica.

Una tercera razón por la cual nuestro sistema jurídico no atribuye a la casación como fin último, la unificación de la jurisprudencia, consiste en la relativamente reciente creación del Tribunal Superior de Casación, [24] con lo cual con la existencia, de al menos dos órganos que conocen de la misma materia aunque con distinta competencia, no podría afirmarse que en ambos órganos jurisdiccionales la jurisprudencia ha de ser uniforme.

---

20 *Ver CALAMANDREI, Pietro. III, pp. 102-103. Citado por PORTER LAITANO, op. cit., p. 38.*

21 *En este sentido PORTER LAITANO, op. cit., p. 34.*

22 *Ver por ejemplo los art. 410 y 495 del Código de Trabajo.*

23 *Ver DE LA RÚA, op. cit., p. 22.*

24 *Creado por los art. 92 y 93 de la Ley 7333 (Ley Orgánica del Poder Judicial), Publicada en La Gaceta Nº 124, Alcance Nº 24 del 1º de julio de 1993, que entró en vigencia el 1º de enero de 1994.*

En este sentido ARCE VÍQUEZ ha señalado: "la jurisprudencia de la Sala Tercera hasta ahora no ha sido vinculante más allá del caso concreto que la ha provocado, razón por la cual el Tribunal Superior de Casación bien podría discrepar de ella, adoptando criterios encontrados, desenlace que podría ser calamitoso, no para la mera 'uniformidad' de la jurisprudencia, sino para el ciudadano, pues —más que crear contradicciones dentro de la administración de justicia— evidentemente se generaría una incerteza y se pondría en peligro el principio constitucional de igualdad ante la ley".[25]

El Derecho como tal, y dentro de éste se incluye por supuesto el Derecho Procesal, es un medio y no un fin. El fin que persigue el Derecho es la justicia. "La justicia entendida de esta manera es la virtud completa y a la justicia no puede considerarse como una simple parte de la virtud, es la virtud entera; y la injusticia que es su contraria, no es una parte del vicio, es el vicio todo".[26]

El Recurso de Casación, se debe orientar a lograr la justicia en el caso concreto "la estructura de este recurso y sus finalidades no dependen de su configuración en el texto concreto de una ley, sino de principios y garantías que sean comunes a todo Estado de Derecho. En este sentido su principal finalidad consiste en la exclusión de la arbitrariedad en aplicación del Derecho. De esta manera el Recurso de Casación cumple también otras dos funciones básicas: el mantenimiento de la unidad del orden jurídico y la garantía del derecho a la igualdad. Estas funciones se satisfacen mediante la elaboración y aplicación de conceptos jurídicos rigurosos, es decir, mediante definiciones precisas y valorativas fundamentadas."[27]

La casación ante todo deberá procurar hacer justicia, resolver el caso de conformidad con la norma aplicable pero teniendo siempre presente que ante todo, la solución ha de ser siempre la más adecuada. No debe perderse de vista, que una vez emitida la sentencia por la Sala de Casación, el pronunciamiento contenido en ella será definitivo, lo cual significa que salvo las hipótesis del recurso de revisión (art. 490 C.P.P. o en su caso el Procedimiento de Revisión contenido en los artículos 408 y sgtes. del C.P.P.), no habrá posibilidad alguna de que el asunto pueda volverse a considerar. Lo anterior obliga al Tribunal de Casación a prestar una atención particularizada de cada caso que conoce, con el propósito de que la resolución emitida sea la más justa y adecuada.

Esta es la función que se ha denominado dikelógica[28] del Recurso de Casación. VESCOVI señala "... lo cierto es que el carácter jurisdiccionalista de la casación española, que se transmite a nuestros regímenes y aparece en todos los modernos, le hace por lo menos agregar otro fin esencial. Es lo que Hitters menciona como función dikelógica, esto es, la de hacer justicia del caso concreto, apareciendo entonces como un medio impugnativo (recurso), impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia (aunque éste suponga una violación de una norma de Derecho o de la doctrina legal o jurisprudencia dominante).[29]

La función unificadora de la Jurisprudencia está en el Recurso de Casación como uno de sus fines mediatos. El fin inmediato está constituido por la resolución del caso concreto, en una forma justa para evitar la arbitrariedad del juez.

Señala GIMENO SENDRA: "El Recurso de Casación penal tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derecho de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".[30]

---

25 *Ver ARCE VÍQUEZ, (Jorge Luis). Los Órganos de la Casación Penal frente a la apertura del Recurso de Casación, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 5, Nº 8, marzo de 1994, p. 59.*

26 *ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, libro V, capítulo I, 1129b, 25 y 1130-10. También 1129, a. Citado por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, (Carlos José). Lecciones de Filosofía del Derecho, 4ª ed., San José, Editorial Juricentro, 1985, p. 390.*

27 *Ver BACIGALUPO, op. cit., p. 9.*

28 *Derivada de la doctrina de la igualación, el justo medio o "mesotes", es en Aristóteles, no sólo una explicación de la justicia, sino la base de toda su ética . Es una expresión de la idea de armonía que constituye la base esencial de la cultura griega y que ya se encontraba implícita en el término "dike", con que se caracterizó la justicia desde los tiempos de Hesíodo. Pero es indudable que el Estagirita lo enfocó en forma clara y profunda, en sus implicaciones sobre las relaciones humanas señalando su carácter fundamental para el concepto de justicia. Ver GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, op. cit., pp. 395-396.*

29 *Ver VESCOVI, op. cit., p.239.*

30 *Ver GIMENO SENDRRA, op. cit., p.673.*

La finalidad institucional de la casación es garantizar una aplicación, correcta y uniforme de la ley penal, ofrecer una "protección jurídica realista". En el logro de esta finalidad —como es sabido— se entrecruzan, de una manera no siempre pacífica, la unificación de las decisiones y la justicia del caso concreto".[31]

Ante un conflicto entre ambos fines, deberá procurarse hacer justicia aunque para ello deba variarse el criterio jurisprudencial. El contenido de las normas jurídicas, depende de la interpretación que de ellas se haga y el Derecho se interpreta para aplicarlo, de otra forma, la norma escrita no tiene razón de ser.

C) LA DESFORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Modernamente, el Recurso de Casación tiende hacia un proceso de desformalización. Los antecedentes políticos e históricos, en los cuales nació dicho instituto, desaparecieron. La desconfianza en el juez por parte de los parlamentos no tiene razón de ser. El Estado Democrático de Derecho, debe orientar sus instituciones jurídicas hacia una visión más justa y garante de los Derechos Humanos.

1) FUNDAMENTO JURÍDICO.

El Pacto de San José, (Convención Americana sobre Derechos Humanos), suscrito en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, suscrita por nuestro país, en su numeral 8.2, inciso h) establece:

> *2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:...*
> h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Sala Constitucional ha establecido que de conformidad con la norma transcrita, "...el Recurso de Casación satisface los requerimientos de la Convención (Americana de Derechos Humanos), en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como al respeto a los derechos fundamentales del imputado..."[32]

La desformalización del Recurso de Casación, no debe ser entendida como la desnaturalización del acto impugnaticio. El recurso sigue siendo un recurso de carácter formal que está sujeto a los requisitos y presupuestos establecidos legalmente, salvo que en la interpretación del cumplimiento de tales requisitos y presupuestos, debe existir una amplia interpretación sin caer en el excesivo formalismo que anteriormente imperaba sobre todo tratándose de la admisibilidad del recurso, en este sentido puede verse SC 580/93:

> "Si bien existe un antecedente de la Sala Constitucional relativo a eliminar criterios formalistas del Recurso de Casación (N° 719-90,16.30 h, 26/6/90), el mismo no está quitando elementales condiciones y requisitos del recurso, tal como se aprecia del antecedente de dicha Sala (que trata de la apertura del Recurso de Casación en cuanto al reo en todo fallo condenatorio: Nº 282-90, 17.59 h, 13/3/90), que en su Considerando IV, al reconocer ese derecho a recurrir, cuando se refiere a la interposición del Recurso de Casación, añade: 'con las modalidades y requisitos propios del recurso'. Finalmente, esta Sala participando de que el examen del recurso no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista y a fin de armonizar el sistema de Casación adoptado por el Código ritual penal con los principios constitucionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional (respecto a la citada resolución Nº 719-90), dejó también a salvo los requisitos formales del Recurso de Casación, cuando dijo: 'Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente.' V-155 A, 10.25 h, 12/4/91)". (2)

---

31 *Ver BACIGALUPO, op. cit., p. 41.*

32 *Sentencia Nº 719 de 16:30 h del 26 de junio de 1990, Sala Constitucional. En similar sentido véase el fallo 282 de 17:00 h del 13 de marzo de 1990. Ambas aparecen publicadas en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales Nº 3, nov. 1990, pp. 65, 66 y 67. Citadas por GONZÁLEZ ÁLVAREZ, (Daniel). Justicia Constitucional y Debido Proceso. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Año 5, Nº 8, marzo de 1994, p. 71.*

El Recurso de Casación, y en este sentido la misma Sala Tercera, de conformidad con el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deberá abrir la vía de casación e ir desformalizando el recurso, sobre todo en el proceso de admisibilidad. La situación se cumple con la actual integración de la Sala. Al respecto las estadísticas judiciales lo demuestran.[33]

Se presenta a continuación el análisis de cuatro aspectos en los que consideramos la Sala debe ir variando poco a poco, a saber: el orden de conocimiento de los agravios expresados en casación, la posibilidad de recibir prueba en casación,[34] las reglas de la sana crítica (los vicios de razonamiento en casación por el fondo) y finalmente el *in dubio pro reo* en la casación por el fondo.

2) EL ORDEN DE CONOCIMIENTO DE LOS AGRAVIOS.

Al establecer el art. 471 del C.P.P. así como el art. 443 del C.P.P., la existencia de dos motivos para recurrir en casación, sea por vicios *in iudicando* o por vicios *in procedendo,* existen dos formas de atacar una sentencia en casación, sea por violación de normas sustantivas o por violación de normas de procedimiento. Tratándose de un acto impugnaticio en el que sólo se aleguen vicios de fondo o vicios de forma, no habrá problema alguno en cuanto al orden de conocimiento de los agravios que se expresen. Diferente es la situación cuando lo que se alega son tanto vicios de fondo como de forma.

En el supuesto de un acto impugnaticio que presente reclamo por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y violación a normas del procedimiento, nuestro punto de vista es el atender en todos los casos el conocimiento primero del recurso por el fondo antes que por la forma.

Existen varias razones para sostener el argumento. La primera razón es la apertura y desformalización del Recurso de Casación. Por criterios jurisprudenciales, se determina que una nulidad aún y cuando sea de carácter absoluto, no deberá decretarse si no existe un interés procesal del recurrente, en su declaratoria. La nulidad por la nulidad misma ha dejado de existir en nuestro derecho (en este sentido existe reiteradísima jurisprudencia, véase entre otras SC 137/92):

> "En lo que se refiere al problema jurídico es necesario resaltar que esta Sala reiteradamente ha afirmado que la existencia de un vicio en el procedimiento, aun cuando constituya una nulidad absoluta, no debe declararse como tal cuando no exista interés procesal en hacerlo (véanse, por ejemplo, Casaciones N° 261-F de las 9.50 h del 20 de diciembre de 1985; N° 208-F de 9.45 h del 7 de agosto de 1987; N° 330-F de las 9.00 h del 9 de noviembre de 1990; y N° 83-F de 8.55 h del 20 de marzo de 1992)."(3)

El argumento de que primero se determine la existencia de nulidades en el procedimiento, antes de entrar a resolver el recurso de fondo, por cuanto la existencia de tales vicios hacen que la sentencia como tal esté viciada y ello impida verificar la correcta aplicación del derecho, no tiene fundamento.

"En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta, lo cual significa que 'correcta' no es sólo materialmente 'verdadera'. El problema del proceso penal no es sólo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja". [35]

El procedimiento es una garantía, sin embargo, se indica que la excesiva observancia del procedimiento puede devenir en una situación injusta para quien pretende proteger. El abuso del formalismo puede ser nocivo para la justicia.

La Sala Constitucional en la resolución 1739-92 de las 11.45 h del 1º de julio de 1992 ha indicado:

---

33 *Ver en este sentido SALAZAR RODRÍGUEZ, op. cit. Anexo 4, en donde se muestran cuadros estadísticos de los recursos entrados, casos terminados, casos en trámite, resoluciones dictadas, así como el tipo de resolución, durante el período que va de 1985 a 1993.*

34 *Hipótesis contenida en el art. 449 del C.P.P., pero limitada a vicios de casación por la forma.*

35 *Ver VIVES ANTON, (T.S.). Doctrina Constitucional y Reforma del Proceso Penal. Derechos Humanos Fundamentales y Justicia Penal, San José, Editorial Juricentro, 1992, p. 548.*

"En nuestro país también se ha producido un desarrollo jurisprudencial de las normas constitucionales que garantizan los derechos procesales y sustantivos de la persona sometida a un proceso, especialmente penal. Aquí el eje de la garantía procesal ha sido el artículo 41 de la Constitución, interpretado como su fuente primaria, junto con los artículos 35, 36, 39 y 42, considerados como su manifestación más concreta en el campo del proceso penal. Dice el texto del primero:

> 'Artículo 41 - Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes'

De la última regla —'debe hacérseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes'—, ya la Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal constitucional, había jalonado el derecho general y universal a la justicia y a un proceso justo. Véase por ejemplo lo dicho en una sentencia:

> 'Ocurriendo a las leyes —dice la primera parte del artículo 41— todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles —dice después— justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes'..."

Por otra parte, determina la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5:

> "Artículo 5. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.
> Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes..."

Nuestro Ordenamiento Jurídico planteaba una mayor importancia al derecho sustantivo que al procesal. Reconoce expresamente la necesidad de observar el procedimiento, como garantía para el imputado, pero no debe perderse de vista que el derecho sustantivo establece la esencia misma del derecho, mientras que el procesal establece la forma de llevarlo a cabo o ejecutarlo.

En ocasiones la Sala de Casación conoce la impugnación por vicios de fondo antes que los vicios de forma, con base en que los vicios de forma pueden obviarse al resolver el recurso por el fondo. Así SC 643/91:

> **"I.- Recurso por la forrna.** El Lic. M.R.S., Fiscal de Juicio, acusa en su recurso por la forma tres motivos de impugnación en contra de la sentencia absolutoria recaída en la presente causa seguida contra W.G.B. por el delito de Abusos Deshonestos en perjuicio de la menor F.M.C.R., a saber: a) falta de fundamentación de la sentencia; b) fundamentación contradictoria del fallo, y; c) violación a las reglas de la sana crítica. Estima esta Sala que los motivos aducidos por el Fiscal son atendibles, pero que los vicios señalados pueden corregirse al resolver el recurso por el fondo. En este sentido, anteriormente ha señalado esta Sala que 'la nulidad no debe declararse, aún existiendo, cuando el interés procesal permita soslayar tal declaratoria. En el caso presente, la economía procesal y la posibilidad de dictar una resolución acorde con los hechos probados al resolverse el presente recurso, constituye razón suficiente para rechazar el recurso por la forma en el que se alegan las violaciones de los artículos 106, 226, 393 párrafo 2º, 395 inciso 2) del Código de Procedimientos Penales' (V-349-F de las 9.35 horas del 18 de diciembre de 1987), consideraciones que son de aplicación al caso en examen." (4)

En términos muy similares la SC 647/93, establece que en caso de que la sentencia adolezca de vicios sancionados con nulidad absoluta, si la Sala está en la posibilidad con el cuadro fáctico el cual se incluye en el fallo de mérito, de realizar la correcta aplicación del Derecho, así debe declararlo, no anular la sentencia y ordenar el correspondiente juicio de reenvío:

> "Ahora, concretamente respecto a la condenatoria civil dictada contra J.A.N., si bien existen

defectos formales suficientes para decretar su nulidad, esta Sala, por economía y celeridad procesal, a fin de garantizar el principio constitucional de justicia pronta y cumplida, opta por conocer en primer término el motivo de fondo alegado por el recurrente, toda vez que decretar la nulidad de la sentencia y el correspondiente *reenvío a otra vía es del todo inconducente, por* resultar evidente que no existe responsabilidad civil alguna que atribuirle al representado del impugnante, según se desprende de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia impugnada. En efecto, la Sala ha acogido con anterioridad la posibilidad de dictar una resolución acorde con los hechos probados al resolver un recurso por el fondo, cuando el interés procesal permita soslayar la declaratoria de la nulidad formal (en este mismo sentido, véanse las resoluciones de esta Sala Nº 94-F de las 14.40 horas del 11 de junio de 1985; V-349-F de las 9.35 h del 18 de diciembre de 1987; y V-229-F de las 9.50 h del 24 de mayo de 1991)". (5)

No obstante los anteriores pronunciamientos, la Sala de Casación no es completamente congruente en sus resoluciones. Al conocer los recursos de casación en algunas ocasiones ha señalado la necesidad de conocer el vicio de forma antes que el de fondo o viceversa, la posición la ha hecho depender del vicio concreto y no ha fijado una norma específica, v. gr. puede verse SC 94/85:

> "El recurso que se revisa presenta motivos de forma y fondo y ambos son admisibles, pero esta Sala, por economía y celeridad procesal, a fin de garantizar el principio constitucional de justicia pronta y cumplida, se decide por entrar a resolver el motivo de fondo, toda vez que la nulidad de la sentencia y el correspondiente reenvío a nuevo debate es del todo inconducente, por no haber delito alguno que sancionar, según se desprende de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia impugnada."[36] (6)

Sin embargo, el criterio jurisprudencial supracitado no ha sido uniforme y como puede leerse de la SC 28/91, la Sala sostiene igualmente que el análisis de los vicios de forma deben tener preeminencia sobre los de fondo, ya que la existencia de la sentencia se verá afectada por el vicio, no obstante ser correctamente aplicada la norma:

> "No obstante que el recurrente al formular su recurso analiza primero los reproches de fondo *que hace al fallo impugnado, para luego referirse* a los de forma, esta Sala se pronunciaría primero sobre estos últimos, ya que si un error procesal discutido afecta la validez formal de la causa, el pronunciamiento de fondo no podrá conservar validez aunque dicha legislación haya sido correctamente aplicada, por ello resulta pertinente resolver de primero las alegaciones de forma." [37] (7)

También se sostiene que el recurso por la forma debe preceder al recurso por el fondo, por razones de técnica procesal, así SC 118/91:

> "Por razones de técnica procesal, se entra a analizar el recurso por la forma antes que el de fondo, interpuesto por el Lic. H.M.G. en su doble condición de defensor y en representación de T.V.A., como demandada civil." (8)

En otras ocasiones, la Sala determinó que los alegatos sobre posibles vicios *in procedendo* deben resolverse antes que los vicios *in iudicando,* pero sin hacer mayores consideraciones del fundamento de ese proceder. Así SC 177/91:

> "El recurrente presenta, en primer término, su recurso por el fondo. No obstante, estimando la Sala que los alegatos sobre posibles vicios 'in procedendo' deben resolverse antes que aquél, se decide entrar a conocer primeramente del recurso por la forma." (9)

Se recurre por razones de "orden jurídico", a la necesidad de entrar primero a conocer el recurso por la forma que por el fondo. Así SC 399/91:

> **"Recurso de la parte demandada civil.**
> Los representantes legales de la demanda civil

36 *Ver también SC 229/91.*

37 *Así también SC 145/91 que indica: "En virtud de incidir necesaria y directamente la forma sobre el fondo de la sentencia, es de rigor entrar a conocer en primer lugar el alegato por quebranto de normas procesales". Ver de igual forma SC 316/91.*

comienzan su impugnación formulando el recurso por el fondo. No obstante, por razones de orden jurídico, la Sala entra a conocer primeramente del reclamo por inobservancia de formas procesales, que viene planteado en segundo lugar." (10)

La Sala ha resuelto dentro de un mismo considerando el recurso por el fondo y no por la forma en que se declara con lugar la impugnación, cuando el vicio alegado tanto por el fondo como por la forma es el mismo. Así SC 604/91:

"Redacta el Magistrado González Álvarez; y, Considerando:
1°.- El representante legal del Estado, apersonado en autos como actor civil, alega en el primer motivo del recurso por la forma, la violación de los artículos 106 y 399 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 400 inciso 5° ibídem y el 103 del Código Penal, porque la sentencia no dispuso la restitución de las cosas en favor del Estado o en su defecto de su valor, no obstante que declaró al acusado autor del delito de peculado. El mismo vicio se reclama en el recurso por el fondo (cuarto motivo), donde se señalan como violados los artículos 103 del Código Penal, 122, 123 del Código Penal de 1941, y el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, porque en criterio del recurrente esas normas establecen en forma imperativa que toda sentencia condenatoria debe ordenar la restitución del objeto material del delito, aunque la acción civil no hubiere sido intentada. El reclamo por el fondo es procedente, puesto que el artículo 103 del Código Penal vigente señala que una de las consecuencias civiles de todo delito es la restitución de las cosas objeto del hecho punible o en su defecto el pago del respectivo valor; aspecto que reitera el artículo 123 del Código Penal de 1941 también en forma imperativa, al disponer que el condenado deberá restituir al ofendido la cosa objeto del hecho punible y si no pudiere hacerlo, estará obligado a satisfacer su valor. Estas disposiciones deben necesariamente relacionarse con la normativa procesal, en especial con el párrafo final del artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, al señalar que **la restitución del objeto material del delito podrá disponerse aunque la acción civil no se hubiere formulado**, aunque no lo ordena en forma imperativa. En otros términos, el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal; sin embargo, esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito. Ello es así, conforme lo ha interpretado anteriormente esta misma Sala, porque la restitución no constituye una forma de indemnización en sentido estricto (Sentencia N° 52-F, 10.35 h, 31 enero 1990, Sala Tercera). Por todo lo expuesto, procede declarar con lugar el recurso por el fondo, casar la sentencia en cuanto denegó la solicitud de restitución del dinero al pronunciarse sobre la acción civil, y en su lugar disponer, con base en las disposiciones legales citadas, que se condena al sentenciado también a devolver la suma de doscientos veinte mil colones en favor del Fondo de Parques Nacionales o del Estado. Conforme al artículo 524 del Código de Procedimientos Penales, si el sentenciado no cancelare esa suma por simple orden del Tribunal, ello se ejecutará ante el Juez Civil que corresponda. Por innecesario se omite pronunciamiento sobre el primer motivo del recurso por la forma." (11)

También se sostiene que por razones de economía procesal, debe conocerse el recurso por el fondo, antes que el recurso por la forma. Así SC 42/93:

"La Sala se ha planteado los distintos extremos del recurso por la forma interpuesto por el encartado M.R., bajo la autenticación del Lic. A.L.A., (folios 191 a 197); y, por motivos de economía procesal, ha decidido entrar a conocer directamente los recursos por violación de normas sustantivas." 38 (12)

Otro de los argumentos para entrar a conocer primero el recurso por la forma antes que el recurso por el fondo, es que los vicios de forma son un impedimento para la aplicación del derecho de fondo. Así SC 46/93:

38 *Ver en el mismo sentido SC 484/93 y 560/93.*

"El recurrente inicia su impugnación con un reproche por el fondo. No obstante, como los dos alegatos restantes versan sobre el posible quebranto de normas procesales, son estos últimos los que deben resolverse de primero, pues, en caso de ser acogidos, ello impediría el pronunciamiento sobre la aplicación de la ley sustantiva." (13)

Se indica asimismo, que "por razones de orden procesal, el recurso por la forma debe ser tratado de primero, no así el de fondo planteado al inicio del escrito por el defensor recurrente." 39 (14)

Una de las razones por las cuales la Sala ha procedido con el análisis del recurso por el fondo, antes que el recurso por la forma, se basa en la solicitud expresa del recurrente. Así SC 222/93:

"Considerando:
I.- MOTIVO POR EL FONDO: El recurrente ha solicitado se examine su recurso comenzando, en primera instancia, con el motivo donde se alega un vicio in iudicando por errónea aplicación del artículo 18 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, Ley número 7233, publicada en La Gaceta número 55 del 21 de mayo de 1991, y violación de los artículos 45 y 71 del Código Penal." (15)

No es posible, con certeza, determinar cuál es el criterio seguido por nuestra Sala de Casación. Para quienes sostienen que la función de la Casación es la uniformidad de la jurisprudencia, las resoluciones anteriormente citadas son un buen ejemplo de que la Sala Tercera, por lo menos es este aspecto, se encuentra muy lejos de lograrlo.

Nuestra posición, es que la función primordial de la Casación es hacer justicia en el caso concreto. La Sala puede soslayar los vicios de carácter formal para entrar a resolver el asunto de la forma que estime correcta con la ley aplicable. Lo anterior implica que ante todo, deberá analizarse primero la posibilidad de resolver el Recurso de Casación por el fondo, y de no ser posible la resolución del caso, entrar a conocer la impugnación por vicios de forma. Solo de esta forma, se estará cumpliendo el precepto constitucional de la "justicia pronta, cumplida y arreglada a derecho", dejándose como *ultima ratio* el juicio de reenvío; para aquellos casos en donde la Sala esté imposibilitada de aplicar correctamente el Derecho.

D) RECEPCIÓN DE PRUEBA EN CASACIÓN

En principio, y por la naturaleza misma del Recurso de Casación, al constituir uno de sus límites la intangibilidad de los hechos contenidos en el fallo de mérito, no es dable la admisión de prueba en la tramitación del recurso.[40]

La Casación, no es una segunda instancia, es un juicio de control sobre la correcta aplicación de la ley y la correcta observancia del procedimiento. Por los principios que inspiran el proceso oral y público, la oralidad y la inmediación, a la Casación le está vedada la posibilidad de recibir prueba como norma general.

Sin embargo, existen situaciones en donde del cuadro fáctico incluido en el fallo y de los elementos probatorios legalmente introducidos al debate, no es posible aplicar correctamente la ley, debido a la ausencia de una prueba que deviene en trascendental. Tal situación es un dilema; por un lado si no se permite la introducción del elemento probatorio esencial, la Sala deberá anular el fallo y ordenar el correspondiente juicio de reenvío, ya que con los elementos incluidos en la resolución impugnada, no puede resolver el caso concreto. Por otra parte, si se le permite a la Sala, en casos excepcionales y debidamente justificados, la introducción del elemento probatorio indispensable, podrá resolver el caso de conformidad con la ley aplicable, y se evitará el juicio de reenvío.

Nos parece más sano el permitir a la Sala la introducción de elementos probatorios en Casación, bajo los siguientes supuestos:

1) Que se trate de elementos probatorios de carácter documental y no orales. No es dable admitir la recepción de prueba testimonial en Casación, por la posibilidad de desnaturalizar el proceso como tal. Además, las partes tuvieron la oportunidad de ofrecer los testimonios, y si no

39 *Ver SC 323/93 y 386/93.*

40 *Como tesis de principio, pues el C.P.P. en el art. 449 contempla la posibilidad de ofrecer prueba con la tramitación del recurso siempre y cuando se limite a alegatos de forma que tengan relación con la forma en la que se realizaron ciertos actos en contraposición con lo señalado en las actuaciones o registros del debate.*

han sido evacuados obedece al desinterés de éstas, situación que constituye un límite para el acto impugnaticio en sí mismo.

2) Que el elemento probatorio que se desea introducir, sea esencial y se encuentre al alcance de la Sala de Casación su producción e introducción a la causa.

3) Que la necesidad de la introducción del elemento probatorio omitido, provenga de la íntima convicción de la Sala de Casación. La posibilidad de ordenar prueba en Casación, debe provenir del órgano mismo como una necesidad para la resolución del caso planteado, y nunca le estaría permitido a las partes el ofrecimiento de prueba en casación. En este sentido la Sala se ha pronunciado v. gr. SC 555/91:

> "Por último, no obstante que el interesado aportó a la causa junto con el Recurso de Casación los documentos que echó de menos el a quo al emitir su pronunciamiento, de conformidad con la legislación procesal penal vigente, se declara que no procede su presentación en ese momento y ante esta Sala, y por no resultar factible su valoración, al momento de pronunciarse sobre el recurso. En consecuencia, se rechaza el reclamo." (16)

4) El interés de la Sala de Casación debe basarse en dar contenido al principio constitucional del debido proceso y de justicia pronta y cumplida, procurando ante todo, dejar como una *ultima ratio* la utilización del juicio de reenvío, debiendo la Sala en la medida de sus posibilidades, resolver el caso y sólo cuando esté imposibilitada para ello, anular la sentencia y devolver el expediente para una nueva sustanciación. De lo contrario, se caería en el sin sentido de que, pese a estar la Sala en posibilidad de producir la prueba omitida y una vez introducida al proceso resolver el caso, declarar una nulidad por falta de elementos probatorios esenciales, que en todo caso serán incorporados al proceso en un nuevo juicio, con las consecuencias jurídicas que ello implica, lo cual no parece racional.

5) Sobre los elementos probatorios introducidos por la Sala, debe darse audiencia a los intervinientes en el proceso para que se pronuncien al respecto. Ello en salvaguarda del contradictorio que debe imperar en el juicio y del sagrado principio del debido proceso que la Sala no puede obviar.

"El Tribunal (el autor se refiere al modelo argentino) tiene también el deber de no conformarse con los elementos del sumario introducidos al debate y las pruebas producidas en éste, cuando ellos son insuficientes, si existen a su disposición y alcance medios de verificación decisivos, capaces de modificar las conclusiones del fallo. Esta es una exigencia que deriva del principio de la verdad real y equivale, sin duda, a la falta de consideración de un elemento de prueba esencial introducido al debate." [41] Si la posibilidad de producir prueba, le está permitida al tribunal, no existe razón para impedírsela a la Sala, si se observan los presupuestos descritos, en tanto que el principio de verdad real se mantiene a través de todo el proceso y no sólo en la instancia de mérito.

En nuestro medio, si bien se ha reconocido que el Código de Procedimientos Penales es omiso al respecto, se admite la introducción de prueba cuando lo que se reclama en Casación, es una violación procesal no verificada en el debate sino en el sumario, para lo cual es imprescindible la introducción de elementos que demuestren el agravio alegado. Es decir cuando el *thema probandum* del Recurso de Casación, sea la inobservancia de formas que deben verificarse por el análisis de las constancias y demás elementos probatorios que no se introducen al debate pero que forman parte del proceso. Así SC 35/92:

> "Lo anterior obliga a la Sala a examinar si, por el incumplimiento mencionado, debe anularse la sentencia, conociendo del recurso por la forma o si la Sala puede ordenar prueba, cuando conozca de un recurso de casación para, luego de evacuada ésta, entrar a resolver el o los reclamos formulados. Al respecto, si bien el Código Procesal Penal no tiene ninguna disposición sobre este punto, la doctrina más reconocida sí admite la recepción de pruebas en Casación. Así, se ha dicho que: 'Se advierte que no se prevé oportunidad alguna para el ofrecimiento de prueba. Ello es una consecuencia evidente de la naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: solamente de derecho. Los hechos de la causa no pueden ser revisados por el tribunal de casación o de inconstitucionalidad. **Sin embargo, pueden darse dos situaciones, en las cuales se hace necesario diligenciar algunas medidas probatorias como paso previo a la discusión final de la vista, a saber: 1) Cuando el**

41 *Ver DE LA RÚA, op. cit., p.172.*

recurso se motive en un vicio in procedendo (casación) que exija analizar hechos del proceso (no de la causa) cuya exigencia o inexistencia no surja en forma evidente de los elementos acumulados en el expediente. Específicamente se tratará de demostrar casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso, (la negrilla es suplida, Clariá Olmedo, Jorge A.: Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, 1967, página 198). 'Desde este punto de vista el Tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos del procedimiento. Los actos del proceso constituyen aquí para la Corte el thema decidendum, respecto del cual tiene que comprobar si es verdad (quaestio facti) que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas, la actividad procesal; y hasta puede, excediendo la simple comprobación de las constancias de la causa, producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas (sic), cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio. **Aunque la recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por la falsedad u omisión no consten en el proceso. Esto es consecuencia de la regla por la que cualquier Tribunal tiene facultad de resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales.** Pero esa prueba no procede cuando se quiera demostrar que la prueba del debate fue diversa a la fijada por la sentencia, o que ésta ha omitido alguna' (DE LA RÚA, Fernando: El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1968, páginas 126 y 127)." [17]

El criterio se reitera por la jurisprudencia nacional, en SC 649/93, la Sala de conformidad con lo preceptuado por el artículo 41 de la Const. Pol., en aras de la salvaguarda de los principios de justicia pronta y cumplida, así como la celeridad y economía procesal, ordena la reproducción de elementos probatorios esenciales no incorporados al debate, pero que sin los cuales no es posible lograr la verificación de la correcta aplicación del derecho sustantivo; en tal sentido indica la Sala:

"Evidentemente, el vicio acusado en el reclamo está presente, toda vez que el nacimiento constituye uno de los aspectos que comprende el estado civil, pero la Sala debe examinar si en virtud del mismo debe anular la sentencia, o si debe —a efecto de controlar la actividad procesal— ordenar prueba, cuando conozca de un Recurso de Casación para, luego de evacuada ésta, entrar a resolver el reclamo formulado. En relación con la recepción de pruebas en casación, el Código de Procedimientos Penales no indica nada al respecto, pero la doctrina más autorizada (ver Clariá Olmedo, Jorge: 'Tratado de Derecho Procesal Penal', Editorial Ediar, 1967, pág. 198; y De La Rúa, Fernando: 'El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino', Víctor P. de Zavalía, Editor, 1968, págs. 126 a 127 y 499 a 501), sí admite esta posibilidad. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ya ha admitido con anterioridad esta probabilidad (cfr. V-35-F de las 11.15 horas del 17 de enero de 1992). Así, se ha dicho que: 'se advierte que ...(se repiten aquí los argumentos de la sentencia citada y transcrita)...' En otras palabras, aunque por principio toda actividad probatoria o de investigación está excluida del juicio de casación, la Sala de Casación, en su función de control procesal, tiene poder para examinar los actos procesales, que son hechos jurídicos cumplidos por el juez y las partes. La Sala de Casación debe apreciar, incluso de oficio, cómo ha ocurrido en la realidad la actividad procesal para decidir si la ley formal sancionada procesalmente ha sido o no inobservada, ya sea valorando las constancias del proceso o incluso admitiendo una investigación para establecer la verdad de esas constancias. Así, pues, tratándose en la especie de un caso de omisión de prueba legal en el trámite procesal, necesaria para establecer una eventual calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, esta Sala —con fundamento en la doctrina y jurisprudencia anteriormente citada, y al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, que establece el deber de lograr una justicia pronta, cumplida y sin denegación— ordenó enviar mandamiento al Registro Civil para que certificara el acta de

nacimiento de C.E.V.J., a efecto de corroborar la veracidad de la suposición del aquo en el sentido de que el ofendido era menor de doce años a la fecha en que se sucedieron los hechos, presupuesto que sirvió de antecedente a la calificación jurídica del hecho acusado contra el encartado y que desembocó en la sentencia condenatoria aquí impugnada, pues sólo de esta manera puede verificarse si a la fecha de los hechos el ofendido era menor de doce años de edad. Y es que aparte de las razones anteriormente esbozadas, debe tomarse en cuenta que de no practicarse esta constatación, podría llegarse a la situación absurda —y contraria a los principios de economía y celeridad procesal— de que no obstante ser la víctima realmente menor de doce años para la fecha de los hechos, tendrían que anularse las actuaciones respectivas, con todos los atrasos e inconvenientes que esta solución conlleva, en aras de cumplir 'formalmente' la letra de una ley de orden público, aun cuando se contraviniera clara y abiertamente el espíritu e inteligencia de la misma (fraude de ley)."[42] (18)

Con base en los criterios jurisprudenciales transcritos, se concluye, que no es posible sostener que la Sala de Casación admite la recepción de prueba con la tramitación del recurso. Se acepta la posibilidad de que en determinadas situaciones, la misma Sala pueda ordenar la prueba omitida en aras de poder resolver el caso planteado, sin necesidad de recurrir al excesivo formalismo.

Nos parece que este es un cambio muy positivo en la visión del Recurso de Casación. Consideramos que constituye una sana medida de carácter procesal, la cual incide directamente en la correcta aplicación del derecho sustantivo, más que el formalismo. La Sala debe procurar la realización de la justicia, en virtud de que nuestro Código de Procedimientos Penales es omiso con respecto a la recepción de prueba en Casación y el C.P.P. lo regula sólo en cuanto a vicios de forma del fallo impugnado; corresponderá a la Sala ir estableciendo por vía de su propia jurisprudencia, en cuáles casos deberá admitirse y bajo qué condiciones, la recepción de prueba ante la tramitación de un Recurso de Casación, sea este deducido por vicios *in iudicando* o *in procedendo*.

E) VIOLACIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

Se trata de definir las reglas de la sana crítica de diversas maneras; se recurre a la afirmación de que consisten en la observancia de las máximas de la lógica, la psicología y la experiencia, [43] en realidad no existe una definición precisa, clara y exacta de lo que debe entenderse como reglas de la sana crítica.

DE LA RÚA afirma que "si bien la estimación valorativa de las pruebas y las condiciones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de casación realiza un examen de la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, con el fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia." [44]

Nuestro Código de Procedimientos Penales hace mención en tres artículos a dichas reglas: art. 226 como una obligación del juez que debe observarlas al momento de apreciar los testimonios; art. 393 como una regla que debe ser observada por los órganos jurisdiccionales, como norma de la deliberación; y art. 400 inciso 4) como una causal de nulidad de la sentencia. Por su parte el C.P.P. las menciona de igual forma en los art. 142 como una regla de fundamentación de sentencias y autos; art. 184 como una regla de valoración de la prueba; art. 361 como una regla de la deliberación; y art. 369 como un vicio de la sentencia.

No se establecía en el Código de Procedimientos Penales, ni se establece en el Código Procesal Penal, el significado de tales reglas. Por otra parte nuestra jurisprudencia trata de determinar, qué debe entenderse cuando se habla de inobservancia de las reglas de la sana crítica. Así en SC 535/93 ha indicado:

---

42 *Este criterio lo sostiene de igual forma la SC 650/93. Esta última resolución puede apreciarse íntegramente en SALAZAR RODRÍGUEZ, op. cit., anexo 5.*

43 *Ver v. gr. LLOBET, Código..., op. cit., pp. 457-458.*

44 *DE LA RÚA, op. cit., p. 180.*

> "...la doctrina y nuestra jurisprudencia apuntan que la sentencia será nula por inobservancia de las reglas de la sana crítica racional, si la libre convicción del Tribunal se fundamenta: en un elemento probatorio que racionalmente es inadmisible como fuente de convicción; o en un hecho, circunstancia o conclusión contrarios a las máximas de la experiencia común; o en la interpretación arbitraria o falsa de la prueba invocada; o, finalmente, en elementos probatorios que no se refieren al hecho o circunstancia que se pretende probar (cf. NÚÑEZ, op. cit., págs. 396 a 397 y resolución de esta Sala, V-137-F de las 9.05 horas del 12 de junio de 1987)." (Ver Sala Tercera, V-481-F de las 11 horas del 16 de octubre de 1992).(19)

El problema es que se pretende buscar una definición uniforme para un concepto cambiante. Las reglas de la sana crítica son reglas imaginarias, que en un sistema de libre apreciación de la prueba por el juez, deben ser observadas.

Lo que hoy es lógico, mañana puede no serlo, lo que hoy es cierto puede variar, lo que es muy común puede dejar de serlo. En síntesis: con la observancia de las reglas de la sana crítica lo que se persigue es que el razonamiento del juzgador, sea resistente al análisis. Se desea que el juez no se guarde las razones por las que emitió un juicio y que permita a cualquiera poder hacer un análisis de su razonamiento y que éste no se desvirtúe. El razonamiento para que sea válido debe resistir a la crítica de cualquiera, sin contenido subjetivo o interés particular, debe satisfacer a todos, aun a los legos.

El punto en cuestión es si de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico, es posible atacar por el fondo una resolución judicial por un vicio en el razonamiento lógico. Es indiscutible que en el Recurso de Casación por el fondo se recurre al proceso de subsunción que el juez realiza, de conformidad con el cuadro fáctico que fija en la sentencia. La cuestión es determinar si con los mismos elementos probatorios, es posible establecer un juicio distinto, y por consiguiente una recalificación jurídica de los hechos que son objeto de juicio.

Interesa destacar aquí de la sentencia antes citada (SC 535/93), dos situaciones que a juicio de la Sala de Casación constituyen violación a reglas de la sana crítica, ellas son: "si la libre convicción del Tribunal se fundamenta: en un elemento probatorio que racionalmente es inadmisible como fuente de convicción; o en un hecho, circunstancia o conclusión contrarios a las máximas de la experiencia común."

En la primera de estas situaciones, el juez valora en forma inadecuada (desde el punto de vista lógico, violación a la regla de la derivación) el caso en examen, por cuanto de los hechos probados no se puede concluir el razonamiento expuesto. No vemos en este caso, necesidad de declarar la nulidad de la sentencia sino más bien obligación de la Sala de Casación de corregir el juicio emitido por el a quo; lo contrario sería declarar una nulidad por la nulidad misma, estando la Sala en condiciones de fijar el juicio correcto. La única forma de determinar, que el juicio dado por el aquo es incorrecto, es precisamente oponiéndolo al que considera la Sala que es correcto.

En la segunda de las situaciones, lo que el a quo comete es un vicio de razonamiento, por cuanto se violan las máximas de la experiencia común. Concepto altamente indeterminado por cuanto dependerá del grado de desarrollo científico, o del conocimiento desarrollado por el medio y que esté al alcance del juez, lo que considere como común o no en determinado momento histórico.

Sin embargo, nuestro sistema ha depositado la confianza en el juez para la resolución de determinados conflictos, en nuestro caso, los que son competencia de la jurisdicción penal, lo cual es una de las bases del sistema. Lo que se viola es la regla lógica de la derivación, en concordancia con un elemento que la experiencia común no admite y no en relación con un elemento racionalmente inadmisible.

Lo que la Sala hace para determinar si de acuerdo con la experiencia común, el razonamiento del juez, es o no correcto, consiste al igual que en la primera de las situaciones analizadas, en realizar un examen de conformidad con los elementos de juicio, que como hechos probados contiene el fallo de mérito, con respecto a lo que a su juicio constituyen las máximas de la experiencia común. Establece cuál es el juicio correcto y lo opone al que contiene el fallo en examen.

En ambos casos nos encontramos ante un vicio en el razonamiento del juez, no en cuanto a la apreciación de los elementos probatorios y la determinación de los hechos, sino en cuanto a la construcción del razonamiento que constituye parte del encuadramiento típico de la conducta descrita en el fallo.

Es perfectamente controlable en la casación por el fondo, el vicio de razonamiento del juez *a quo,* desde el punto de vista del proceso de subsunción de la conducta que se tiene por acreditada y la norma jurídica aplicable al caso.

Si la Sala para determinar, cuándo existe un vicio en el razonamiento del *a quo,* debe realizar su propio análisis y del enfrentamiento de ambos, se deriva que el razonamiento del fallo impugnado adolece de cualquiera de los vicios descritos, lo conveniente es sustituir el razonamiento del *a quo* por el de la Sala, y no ordenar el correspondiente reenvío, a consecuencia de la declaratoria con lugar de un recurso por la forma.

Lo que debe observarse como requisito *sine qua non,* es la naturaleza misma del Recurso de Casación. No está permitido a la Sala la sustitución del cuadro fáctico del fallo de mérito, el cual constituye un límite para la casación, es el llamado límite a la intangibilidad de los hechos.

Se parte aquí de que el Código de Procedimientos Penales, establece sólo dos motivos para recurrir en Casación: por violaciones a normas de procedimiento sancionadas bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad; o por violación a normas de carácter sustantivo. En el caso del C.P.P. procede la Casación por violaciones a preceptos legales y en el caso de normas de procedimiento, que su subsanación haya sido reclamada hecha la reserva de recurrir en Casación; o por violación a normas de carácter sustantivo, así lo estipula el art. 443 C.P.P.

La violación a las normas de carácter sustantivo se produce por errónea aplicación o por inobservancia. Se aplica erróneamente el Derecho cuando se subsume una conducta dentro de un tipo penal en el que no encuadra, y se inobserva cuando deja de aplicarse a un hecho una norma penal que lo contempla como delito.

Si el vicio del que adolece la sentencia se encuentra, no en la forma en que se determinan los hechos de la sentencia, sino en el proceso lógico de encuadramiento de los hechos tenidos por demostrados dentro de un tipo penal, el vicio será *in iudicando* y no *in procedendo.*

Básicamente el problema se centra en el concepto de reglas de la sana crítica, y en el hecho de que nuestro C.P.P. en el numeral 400 inciso 4) indica que **la sentencia será nula si no se hubiera observado en la fundamentación de la sentencia las reglas de la sana crítica racional con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.** Mientras que el C.P.P. establece en el art. 369 inciso d), que **la inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, es un defecto de la sentencia que justifica la casación.**

Una cosa es que con respecto a los elementos probatorios, para la determinación de los hechos, deban observarse las reglas de la sana crítica racional, y otra es que a partir de esos hechos para la determinación del derecho aplicable no se observen dichas reglas.

En un caso hipotético si existe un homicidio y a través del testimonio de A, B, y C se logra determinar que D se encontraba al lado del occiso, en el momento de producirse su muerte por un impacto de bala, se deben observar las reglas de la sana crítica en la valoración de las deposiciones testimoniales para acreditar, si efectivamente D se encontraba al lado del muerto en el momento preciso del disparo. Si con esos únicos elementos probatorios se condena a D, sin ningún otro indicio que permita llegar a una certeza absoluta de que fue él quien dio muerte a la víctima, lo que hay no es un no vicio en la fundamentación de la sentencia por violación a la regla de la derivación, sino un vicio en el encuadramiento de la conducta de D dentro del tipo penal de homicidio (art. 111 del C.P.). Determinado de conformidad con las reglas de la sana crítica que lo que D hizo fue estar en un determinado lugar en cierto momento. Tal hecho no encuadra en la conducta sancionada como homicidio, y con tales elementos de juicio no puede ser condenado.

Si con el mismo ejemplo se tiene por acreditado, con base en los testimonios de A, B y C el hecho, pero resulta que A es la esposa de D, de igual forma B y C son sus hijos, pero no se les advierte al momento de rendir declaración que pueden abstenerse de declarar de conformidad con el numeral 228 del C.P.P., se viola el art. 36 de la Const. Pol., situación que se encuentra sancionada bajo pena de nulidad por los numerales 145 y 146 del C.P.P., por lo cual hay un vicio de carácter formal y así debe declararse. Iguales consecuencias se producen de conformidad con el art. 205 en relación con los art. 177 y 178, todos del C.P.P.

Nuestro punto de vista es que, debe diferenciarse entre vicios en el razonamiento, que inciden en el proceso de subsunción de la conducta en el tipo penal (error *in iudicando), y* los vicios en el procedimiento, que inciden en la determinación de los hechos, que a su vez se encuentran sancionados bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (error *in procedendo)* en el C.P.P. y bajo defectos de procedimiento en el art. 443 del C.P.P.

De la misma manera debe redefinirse el contenido de lo que se entiende por reglas de la sana crítica, ya que el C.P.P. art. 400 inciso 4) sanciona bajo pena de nulidad su inobservancia con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo para la determinación de los hechos y el C.P.P., art. 369 inciso d), como defecto de la sentencia que justifica la casación; no en cuanto a la aplicación del derecho, y sólo en la primera de las situaciones la sentencia

deberá anularse, mientras que en la segunda la Sala deberá casarla, y sustituir el razonamiento del a quo.

No obstante, esta posición no se admite por la jurisprudencia nacional, y se afirma categóricamente, que la violación a las reglas de la sana crítica, es un vicio en la fundamentación de la sentencia, y debe ser alegado como un vicio de carácter formal por violación a los numerales 226, 393 en relación con el 400 inciso 4) del C.P.P. O en su defecto los numerales 142, 184 y/o 361, en relación con el 369, todos del C.P.P.

F) EL *IN DUBIO PRO REO* Y LA CASACIÓN POR EL FONDO

Se ha discutido en doctrina, si el *in dubio pro reo* es una cuestión atinente al grado de convencimiento de Tribunal *a quo,* derivado de la apreciación de la prueba. Es el caso en el cual su control está vedado a la Casación por ser la apreciación de la prueba, un poder discrecional del juez; o si se trata de un principio de orden sustantivo, y presupuesto necesario para la existencia de una sentencia condenatoria. Caso en el cual estamos frente a un vicio, en el razonamiento del juez controlable en Casación.

En nuestra legislación, no existe expresamente el principio del *in dubio pro reo.* La aproximación más clara de tal principio se encontraba en el párrafo tercero del art. 393 del C.P.P., el cual establece:

> "En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al reo."

En el caso del C.P.P., está contenida en el artículo 9 que establece:

> "Art. 9.- Estado de Inocencia.
> El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. **En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado."**

Sin embargo, creemos que lo que señala el art. 393 C.P.P., no es precisamente el principio del *in dubio pro reo* como una garantía, sino que al ubicarse dentro de las reglas de la deliberación y circunscribirse a "cuestiones de hecho", lo que establece es una norma de interpretación que debe ser observada por el Tribunal. Además está obligado a valorar los actos del debate de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 393 párrafo 2°). En este sentido puede leerse la SC 718/93 que en lo que interesa indica:

> "RECURSO POR LA FORMA. Se acusa en este capítulo del recurso presentado por el sentenciado M.S.S., la inobservancia de los artículos 106, 393 y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales, porque el Juez de mérito no aplicó en su favor el principio *in dubio pro reo.* El reclamo no es atendible, toda vez que —sobre las cuestiones de hecho— la no aplicación de este principio procesal, es una conducta del Tribunal de instancia susceptible de ser revisada en esta vía únicamente si el *a quo,* expresando en sus consideraciones una duda sustentada en el análisis de los elementos probatorios que impide tener certeza en cuanto a la existencia del hecho punible o la participación del imputado en el mismo, dictare sentencia condenatoria, lo cual no ocurre en este asunto, donde se acreditaron en forma certera las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el imputado realizó la conducta sancionada." (20)

En cuanto al art. 9 del C. P.P., lo que contiene es una enunciación del estado de inocencia, el cual se deriva de la presunción de inocencia contenida en el artículo 39 de la Constitución Política, al ser el Recurso de Casación un recurso ordinario, el estado de inocencia se conserva intacto durante la tramitación del mismo, y por consiguiente, constituye un derecho del imputado, pues es precisamente con posterioridad al fallo de casación que la sentencia puede adquirir firmeza.

La formulación contenida en el art. 39 de la Const. Pol. que establece:

> "Artículo 39. A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa **Y MEDIANTE LA NECESARIA DEMOSTRACIÓN DE CULPABILIDAD.** (La mayúscula es suplida)."

El *in dubio pro reo,* aún y cuando no contiene dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense una formulación expresa, se ha hecho derivar de la interpretación a contrario sensu del art. 39 in fine de la Const. Pol.

El requisito de la necesaria demostración de culpabilidad para la imposición de la pena, ha sido interpretado como la formulación tácita del *in dubio pro reo.* En caso de no estar debidamente demostrada la culpabilidad del imputado, no es posible la imposición de la pena.

El requisito es que la culpabilidad debe ser demostrada, lo cual implica que la carga de la prueba en nuestro Derecho Procesal Penal incumbe, al órgano acusador, sea el Ministerio Público y no al imputado (prueba de descargo). O en su caso la carga de la prueba corresponde a quien ejerza la acción penal, de conformidad con los art. 16 y siguientes del C.P.P. El imputado no está obligado a demostrar su inocencia. En este sentido puede verse SC 411/93:

> "Aparte de lo anterior, la resolución recurrida no aparece fundada en la certeza sobre la responsabilidad del imputado, sino que más bien se basa en la ausencia de pruebas que lo excluyan como presunto autor del ilícito. De este modo se invierte el principio de inocencia, garantizado por nuestro ordenamiento jurídico, pues se establece sin duda alguna que el imputado es culpable por no haberse demostrado lo contrario." (21)

La Sala Constitucional en Sentencia N° 1739-92 de las 11.45 h del 1° de julio de 1992, ha indicado:

> "F) EL PRINCIPIO DE 'IN DUBIO PRO REO': Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital importa, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor, no sólo de justicia, sino también de compasión". [45] (22)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no hay duda alguna que en nuestro Derecho Procesal, en caso de duda en cuanto a la culpabilidad del imputado, existe la obligación de absolverlo, de lo contrario se viola el art. 39 de la Const. Pol. La cuestión es determinar si se trata de una violación de orden procesal o sustancial.

"El Tribunal Constitucional Español en sentencia 31/1981, ha establecido que el in dubio pro reo constituye un derecho fundamental del imputado, así lo indica: 'una vez consagrado constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata'. El mismo concepto se expresó con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1982, en la que se afirmó que 'para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba', y se derivó esta exigencia del derecho a la presunción de inocencia".[46]

Nuestra jurisprudencia, ha confundido el *in dubio pro reo,* con la interpretación a favor del reo, que al momento de la deliberación deberá observar el juez en caso de duda con respecto a las cuestiones de hecho. Así SC 663/93:

> "El Juez no puede absolver por duda por ausencia de prueba, sino sólo de la incertidumbre que produzca en él la prueba, que es justamente el campo y la razón en que se desarrolla la posibilidad de su aplicación, es decir, el in dubio pro reo inicial y estrictamente está circunscrito a las cuestiones de hecho y esta determinación dubitativa se hace a través de la ponderación balanceada de la prueba en concreto, pero no de la ausencia de ella. Para condenar el Juez debe contar con plena prueba, y cuando duda de la existencia de ella, debe absolver. Lo contrario es no resolver, pues no hubo el necesario equilibrio en cuanto a la valoración probatoria." (23)

No obstante, continúa la Sala en los considerandos del fallo de comentario, estableciendo los principios que deben observarse en relación con el *in dubio pro reo,* y establece una clara diferencia en cuanto a la interpretación favorable al reo de las cuestiones de hecho, y al principio constitucional de *in dubio pro reo:*

> "Presupuesto necesario para la absolución del imputado con fórmula dubitativa es la existencia de elementos probatorios positivos de tal eficacia que sean por sí mismos suficientes para afirmar la culpabilidad, pero que, sin embargo, aparezcan en contraste con otros elementos

---

45 *El criterio ha sido expresado por la Sala Tercera en SC 727/93: "Ya en el pronunciamiento número 88-92, citado por el recurrente, la Sala Constitucional había destacado la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, solo en los casos en que se demuestre dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción..."*

46 *Ver BACIGALUPO, op. cit., p. 16.*

negativos que, sin destruir los primeros, sean aptos para ocasionar en el ánimo del juez un estado de perplejidad." Equilibrio no es, pues, destrucción, ni eliminación, sino contraste y compensación. La jurisprudencia italiana nos dice que "para que la duda del juez de mérito acerca de la responsabilidad del imputado sea lógica, es necesario que existan elementos de prueba a cargo y a favor de este último, de manera que de la valoración de los unos y de los otros el juez saque la razón de la propia perplejidad." (Casación, Sección III, 9 de febrero de 1957, *Giust. pen.*, 1957, III, 269) ..." (SENTIS MELENDO, Santiago. In dubio pro reo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971, nota 22, págs. 22-23). Del mismo autor, leemos: "En la historia, la duda en cuanto a los hechos la vemos reflejada en la posibilidad que existía para el juez romano de no resolver cuando no veía claro el asunto: *non liquet* decía; y con esa expresión daba su misión por terminada. Al juez en nuestros días no le está permitida esa licencia; se le permite, eso sí, que intente salir de la duda, acordando medidas para mejor proveer; y que si no las acuerda o, acordadas, no producen el resultado esperado o deseado, la duda haya de resolverse en un sentido determinado; pero nunca en un *non liquet*" (págs. 70-71). Y en la nota 68, en la última página indicada, anota:

"Las diligencias para mejor proveer se fundan en la necesidad o conveniencia de aclarar situaciones dudosas que no se presentan en el caso en que ninguna prueba se haya aportado al juicio. Un pleito sin ninguna probanza es un pleito perdido y la justicia no puede cambiar una situación tan clara que, podría afirmarse, está decidida antes de dictarse el fallo". Y, en la siguiente nota (69, págs. 71-72), leemos: "En la jurisprudencia penal italiana encontramos también manifestaciones al respecto: "la fórmula dubitativa de absolución presupone necesariamente que el juez haya hecho todo lo posible por establecer la certeza de la verdad, ya sea valiéndose de sus poderes instructorios para recoger pruebas, ya sea analizando singularmente y examinando unitariamente todas las pruebas recogidas. Fuera de tal caso, la *duda es de carácter meramente subjetivo y no puede ponerse como fundamento de la decisión" (Casación, Sección I, 16 de marzo de 1959, Gius. pen., 1959, III, 743).*

La duda debe surgir en la conciencia del juez, en el momento de aplicar el Derecho. Si no existe la necesaria demostración de culpabilidad del imputado, el juez al encuadrar la conducta que "dudosamente" tiene por determinada al tipo penal particular (sic). Lo que está violando es la garantía constitucional de necesaria demostración de culpabilidad por inobservancia y el tipo penal particular por errónea aplicación (vicio que se encuentra sancionado como causal para recurrir en Casación por el art. 471 inciso 1) del C.P.P., así como el art. 443 del C.P.P.).

Señala en este sentido BACIGALUPO "es claro que ante todo cabría preguntar qué razones podría haber tenido el legislador para excluir de la casación la vulneración del principio in dubio pro reo, o en otras palabras, qué razones le habrían obligado a dotar de las menores seguridades al aspecto más significativo del sistema procesal fundado en la apreciación en conciencia de la prueba. Pues, resulta indiscutible que una condena sobre la base de una dudosa comprobación del hecho no puede, en ningún caso, ser el fundamento de una apreciación en conciencia: si subsiste la duda no se puede condenar en conciencia".[47]

En el Derecho Procesal Penal costarricense, el juez encuentra amplias facultades para asumir un rol activo en la demostración del hecho delictivo (lo que en principio es una actividad *contra natura*). Significa que la actividad judicial se vincula directamente con el principio de averiguación de la verdad real, por tales motivos al juez le son acordadas amplias facultades en la valoración y determinación de los elementos probatorios. Así SC 87/92:

"Es cierto que en principio el Tribunal de juicio no debe asumir una posición activa en la búsqueda de las pruebas, sino que corresponde al Ministerio Público el deber de aportar las pruebas de cargo. También es cierto que la culpabilidad debe demostrarse en forma expresa, de tal manera que no es a la defensa a quien compete probar la inocencia del imputado. Sin embargo, se trata de situaciones de principio, no de reglas inflexibles, pues la verdad es que de acuerdo con nuestro sistema jurídico el juzgador puede hacer llegar pruebas al proceso en uno u otro sentido, el Ministerio

47 *Ver BACIGALUPO, op. cit., p. 35.*

> Público puede aportar incluso prueba en favor del acusado, y la defensa puede aportar prueba para descartar la culpabilidad o establecer la inexistencia del hecho aunque la Constitución señale que la culpabilidad debe probarla el Estado. Todas estas posibilidades se encuentran sustentadas jurídicamente. En el caso del Tribunal de Juicio esa posibilidad se desprende, sin la limitación a que hace referencia el recurrente, de los artículos 352 in fine, 353.1, 361.6, 385, 386, 387, y finalmente del 394 del Código de Procedimientos Penales. En efecto, esas normas autorizan al Tribunal de Juicio para ordenar la recepción de la prueba pertinente y útil para descubrir la verdad real, cuando ninguna de las partes ofrezca prueba; le autorizan también para ordenar, de propia iniciativa, la práctica de inspecciones, de pericias, la lectura de documentos durante el debate, así como disponer la recepción de cualquier prueba, si en el curso del debate resultare indispensable para esclarecer la verdad, y la verdad puede significar también demostrar la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado, sin que exista un límite en ese sentido más que la pertinencia y utilidad de la prueba para descubrir la verdad real." (24)

Si el juez cuenta con amplias facultades con respecto a los elementos probatorios, por otra parte tiene la colaboración del M.P. y de la policía judicial para aportar las distintas pruebas a la causa, no se justifica que aún desplegados todos esos poderes y existiendo un cuadro de duda en relación con la culpabilidad del imputado, proceda a condenarlo, cuando lo correcto en tal caso es la absolución.

Anteriormente la jurisprudencia de la Sala Tercera no fue precisa en admitir este supuesto. La Sala de Casación opinó que el *in dubio pro reo* no es controlable en Casación, salvo que la sentencia refleje un cuadro de duda; sostiene que se trata de un vicio en la fundamentación, por lo que se niega la absolutoria y procede a la anulación de la sentencia con el correspondiente juicio de reenvío. Así SC 671/91:

> "Pero además se incumple con lo estipulado en el artículo 477 del Código Procesal Penal en cuanto exige la separación de cada motivo con sus fundamentos, toda vez que la aplicación del principio in dubio pro reo que discute el interesado, debió dirigirlo por un motivo de forma, concretamente por falta de fundamentación jurídica del fallo y no por el fondo como equivocadamente se alegó. Sin embargo, vale decir que la regla del in dubio pro reo es de exclusiva aplicación de los Tribunales de Juicio, por lo que su control no puede efectuarse en vía de casación a menos de que en la sentencia se expresara la falta de convicción o una duda de tal grado que a pesar de ello desembocara en una condenatoria, lo cual desde luego no ocurre en el caso de estudio. Por lo tanto, sin lugar la alegación." (25)

Lo que resulta examinable, a nuestro parecer por vía del Recurso de Casación, es cuando el Tribunal procede a condenar, y a pesar de ello proyecta en la sentencia un cuadro de duda en relación con el hecho investigado. En caso contrario, si existe un cuadro dubitativo, y con base en el mismo se procede a absolver, el control de casación no es posible por cuanto, si el fallo de mérito refleja la duda del *a quo,* entonces existe una obligación jurídica de absolver, y en esta hipótesis el M.P. carecería de interés jurídico para impugnar el fallo. El grado de convencimiento del juez no es controlable en Casación salvo que existan en la causa condiciones probatorias; no derivadas de la apreciación inmediata y oral del juez, capaces de desvirtuar los razonamientos del fallo. No sería posible considerar la impugnación de la sentencia por el M.P. por violación al *in dubio pro reo* (que atañe exclusivamente al imputado). En tal caso el M.P. podría atacar el fallo, por preterición de condiciones probatorias esenciales, como un vicio de fundamentación, porque ésta contenga contradicciones o por violación a las reglas de la sana crítica, dependiendo de la naturaleza del vicio que se alega. [48] (26) De acuerdo con la regulación contenida en el C.P.P.

---

48 *Así SC 525/93 que al respecto señala: "El a quo optó por absolver a la referida A.P.H. en aplicación de la duda en su favor, lo que no aparece como arbitrario ni contradictorio, con el examen inicial de los indicios que parecían poder conducir a una sentencia condenatoria, pues el hecho de que el tribunal manifieste que existen elementos incriminadores no descarta la posibilidad de no producir el necesario convencimiento que debe determinar —de modo claro y evidente— una decisión que tenga por acreditada la autoría responsable de un sujeto en un delito. Desde esa perspectiva cabe advertir que la aplicación del referido 'in dubio', derivado de la potestad soberana que tienen los jueces en la apreciación de la prueba no es controlable en casación —a menos que resulte evidente u obvio un error de sana crítica, lo que aquí no ocurre—, pues lo que debe analizarse es el grado de convicción o certeza que expresan los tribunales en sus razonamientos. En el presente asunto el a quo sopesó los elementos en contra y en favor de la acusada, inclinándose por estos últimos ante la duda que surgió al contraponerlos, lo que no demerita ni afecta la motivación de la sentencia recurrida, conforme se analizó con anterioridad y de acuerdo con el criterio de esta Sala. Por todo lo dicho se desestima el reclamo".*

La situación es un tanto diferente de acuerdo con la regulación del C.P.P., pues de conformidad con el art. 445 en relación con el 422, cualquiera de la partes puede interponer el Recurso de Casación. No obstante lo anterior, no se define en el Código, quiénes son partes; al respecto pueden consultarse los artículos 12, 80, 82, 111, 116, 124, 127, 315, 318 párrafos 2° y 3°, 424 y 426. El problema fundamental se centra en el hecho de que en principio pareciera que la víctima no es parte, en el tanto no se constituya en Actor Civil, no obstante, de la lectura de los artículos supracitados, pareciera que en cierta forma y para ciertos actos, la víctima actúa como parte, v. gr. art. 315 párrafo 2°. Lo anterior, es importante para determinar la legitimación impugnaticia y la procedencia del recurso, así como el interés para recurrir, así como de los agravios sufridos. En todo caso, el Código es omiso al respecto y corresponderá a la jurisprudencia ir determinando el papel de la víctima y sus derechos, así como el concepto de parte en el C.P.P.[49]

La Sala de Casación parece entender que es posible por vía de la violación al *in dubio pro reo,* tanto por sentencia condenatoria como por absolutoria. Así SC 414/91:

> "El indubio pro reo, como regla rectora de aplicación de los tribunales de mérito, no resulta examinable en esta vía por el tribunal de casación, salvo cuando se refiere que el juzgador a quo pese a tener dudas sobre la participación del encartado en los hechos, proceda incorrectamente a condenar o absolver sin la necesaria certeza, dado el mérito dubitativo que plasma en su resolución." (27)

La tesis tradicional sostenida por la Sala de Casación es que el *in dubio pro reo,* no es controlable por esta vía ya que el grado de convencimiento del juez no es objeto del recurso. Así SC 317/91:

> "Resulta indudable que la impugnación no puede ser atendida, no solo por la confusión de motivos (fondo y forma) y la falta de puntualización de los supuestos defectos del razonamiento del aquo en que se refleje el pretendido quebranto de las reglas de la sana crítica, sino porque el principio del 'indubio pro reo', por corresponder su apreciación a la facultad soberana que tienen los juzgadores en la valoración de las pruebas, está excluido del control de casación, pues en esta vía sólo es controlable el grado de convencimiento o certeza que expresa el juez en su sentencia, como ocurre en el presente asunto. (Cf. al respecto, obra de De la Rúa, F., El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires,1968, p. 179)." 50 (28)

La Sala sostiene que en caso de adolecer la sentencia del vicio (violación al in dubio pro reo), el reclamo debe dirigirse por un vicio de casación por la forma, en el cual alega un problema de fundamentación. Así SC 473/93:

> "A este respecto del in dubio pro reo, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que se trata de un principio rector para los Tribunales de Juicio, respecto del cual no existe contralor por la vía del Recurso de Casación y solamente podría prosperar un recurso que alegara la contradictoria fundamentación del fallo, consistente en que, pese a que el juzgador de instancia manifiesta tener duda sobre la participación efectiva del imputado en el delito, lo condene como responsable del mismo (en este sentido véase la resolución N° 139-F de las 9.40 horas del 27 de junio de 1986)." (29)

La Sala de Casación en el pasado admitió la posibilidad de controlar, por vía del Recurso de Casación, la aplicación del *in dubio pro reo* en la hipótesis de que se absuelva por duda, cuando el cuadro fáctico contiene claras condiciones probatorias que conducen a la conclusión de que el imputado es culpable. No se anuló la sentencia por fundamentación contradictoria o preterición de elementos probatorios esenciales, sino que se procedió a resolver por el fondo el caso, aplicando al cuadro fáctico del fallo la ley condenando al imputado:

> "Considerando I: Señala la impugnante una contradicción entre los hechos probados y las conclusiones a que arriba el Tribunal para absolver al imputado. No cabe duda que le asiste razón a la recurrente, pero el vicio señalado puede corregirse al resolver el recurso por el

49 *Sobre el tema de la legitimación impugnaticia en el Recurso de Casación, véase SALAZAR, op. cit., p. 53 y sgte.*

50 *Así también SC 269/92.*

fondo. La nulidad no debe declararse, aún existiendo, cuando el interés procesal permita soslayar tal declaratoria, en el caso presente, la economía procesal y la posibilidad de dictar una resolución acorde con los hechos probados al resolverse el presente recurso, constituye razón suficiente para rechazar el recurso por la forma... II: La relación de hechos probados de la sentencia tipifican en delito de robo agravado definido y sancionado por el artículo 213, inciso 1) del Código Penal. En efecto los autores del hecho penetraron a la casa del ofendido fracturando una ventana, y luego sustrajeron objetos por un valor de ¢ 15.000.00. Igualmente dichos hechos, permiten atribuir participación directa con carácter de autor en la consumación de los mismos, al imputado... pues en una botella de vodka se encontró una huella digital que coincide en 15 puntos con el dígito medio derecho del imputado. Si el Tribunal tuvo por cierto la existencia de dicha huella no podía absolver al imputado, pues según el OIJ el dictamen ordenado para mejor proveer, folio 68... dijo: A la vez se señalan quince características papilares que son los puntos coincidentes en ambas huellas. El número de características antes citado son suficientes para tener por cierto, sin lugar a dudas, que la huella latente obtenida en esa botella de vodka corresponde al dedo medio derecho de ... Dicho dictamen no ha sido combatido ni tampoco el tribunal da razones convincentes que permitan ignorarlo. Nótese que el mismo Tribunal, tuvo por cierto la existencia de la huella en cuestión, con base en el dictamen que nos ocupa, y no obstante ello al emitir conclusiones, un tanto confusas por cierto, no atiende dicha prueba técnica y absuelve al imputado. En la casa se encontraron botellas en desorden y en una de ellas, las huellas dactilares indiscutibles del imputado, sin que se probara que se habían producido desde hacía dos años. Mejor prueba indiciaria para sustentar una imputación sería difícil de conseguir. Es por lo expuesto que resulta evidente la inobservancia de los artículos 45 y 213 inciso 1) del Código Penal, debiéndose acoger al recurso por violación de dichas normas sustantivas, y resolviendo el fondo declarar a... Autor responsable del delito de robo agravado en daño de..." (sic) [51]

Ya en el año 1994, y a pesar de que el fallo no se encuentra dentro del periodo estudiado, pero por su trascendencia lo hemos incluido en este aparte. La Sala varió el criterio tradicional, y en forma expresa reconoció la posibilidad de controlarse en Casación el *in dubio pro reo*. Así SC 158/94:

> "En primer término debe indicarse que esta Sala ha venido sosteniendo un criterio, que podríamos calificar de **restrictivo,** según el cual el principio **in dubio pro reo** no es controlable en casación, salvo que el Juez condene (para lo cual se requiere certeza) pero exprese dudas al hacerlo, lo cual es poco frecuente que ocurra. Este criterio ha sido sostenido desde la vigencia del actual Código Procesal Penal hasta la fecha, no obstante las distintas integraciones de la Sala Penal." (30)

El cambió de criterio básicamente se hace depender de dos factores fundamentales: por un lado de orden constitucional, por otro lado en un cambio en la visión del Recurso de Casación y de su finalidad.

> "En segundo lugar debe señalarse que este **criterio restrictivo** se enfrenta, al menos inicialmente, con otros dos criterios jurídicos de suma trascendencia en casación: **(a)** Por un lado roza con el criterio de la amplitud del recurso, es decir con las razones constitucionales que otorgan al imputado el derecho de recurrir contra toda sentencia condenatoria, que se sustenta directamente en el artículo 8.1.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la reforma al artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, así como en las resoluciones de la Sala Constitucional N° 282 de 17 h de 13 de marzo de 1990 y N° 719 de 16.30 h de 26 de junio de 1990, en cuanto señalaron, entre otras cosas, que 'el Recurso de Casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso...' De acuerdo con

51 *Casación N° 108 del 18 de diciembre de 1981, citado por* **RIVAS** *FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 182-183.*

estos principios, vinculantes erga omnes, deben removerse todos los obstáculos formales innecesarios que impidan a la Sala de Casación conocer de un determinado asunto fallado. **(b)** En segundo término podemos afirmar que el criterio restrictivo se enfrenta también al principio teleológico de la justicia del caso concreto, que informa modernamente al Recurso de Casación. Tradicionalmente se afirma que la casación, tratándose de un contralor de la mera legalidad, busca uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, de ahí su carácter esencialmente formal. Sin embargo, hoy se reconoce también como indispensable la búsqueda de la justicia en el caso concreto, según el cual los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional de los tribunales de instancia en cada caso concreto, sobre todo en un sistema como el costarricense de única instancia, donde no se admite el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, y por consiguiente, donde el sistema debe permitir ejercer algún tipo de control sobre la forma en que los juzgadores emitieron su criterio con base en los elementos de prueba reproducidos oralmente en el debate. La justicia del caso concreto constituye una necesidad básica que se sustenta en los artículos 27 y 41 de la Constitución Política y 5 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero bien cumplida, pronta y obligatoria. En tal sentido se ha afirmado con muy buen tino que '...la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la igualdad y la seguridad jurídica no son los únicos valores que se deben tomar en consideración. La justicia y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango...La casación, como todo recurso, también, y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad. Ello significa que, allí donde los medios de que dispone el Tribunal de Casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad...'" [52]

De la misma forma, el fallo de comentario ha definido la jerarquía normativa del principio del *in dubio pro reo*, como una norma de rango constitucional, cuya violación implica la sanción contenida en los numerales 145 y 146 del C.P.P., conminada bajo pena de nulidad absoluta.[53]

> "En efecto, el principio **in dubio pro reo** tiene un claro sustento normativo del más alto rango, como derivación del estado de inocencia, en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política; así como en el apartado 2° del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que **"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"**; y, finalmente, en los artículos 1° y 393 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales, normas cuya violación se sanciona en forma expresa con nulidad según lo dispuesto en los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales."

Sin embargo, el cambio jurisprudencial consiste en dos aspectos básicos: el primero, en referencia con el reconocimiento expreso de que, la Casación sí puede valorar la prueba, incluso la prueba oral para determinar la observancia de las reglas de la lógica, la experiencia y sobre todo de la derivación racional, con el propósito de determinar si de los elementos incorporados al debate, se puede derivar la consecuencia contenida en el fallo impugnado. Segundo, que dicho proceso es revisable cuando se alegue violación al principio del *in dubio pro reo*.

> "El cambio no consistiría, entonces, en una verdadera apertura del Recurso de Casación, sino en una corrección de un criterio meramente formal que expresaba que el principio in dubio pro reo no es controlable en casación, situación que se hace insostenible frente a los criterios de justicia y de apertura del recurso. Desde luego, ello no significa que bastaría con una simple discrepancia con las apreciaciones y las valoraciones de los juzgadores de instancia para creerse legitimado a que prospere la nulidad en casación por violación al principio citado. Para tales efectos el recurrente debe expresar en forma clara y bien precisa la fundamentación de su reclamo, del cual se desprenda que el Tribunal en realidad no podía derivar certeza de culpabilidad o de inocencia con base en la

52 *En este sentido, la sentencia en comentario, transcribe la posición de BACIGALUPO, op. cit., pp. 47-48.*

53 *Lo mismo puede consecuentemente afirmarse, en relación con los numerales 9, 177, 178, todos del C. P.P.*

prueba utilizada, sino que ésta racionalmente (de acuerdo con los conocimientos científicos, las leyes de la lógica, la experiencia, y principalmente el sentido común) refleja al menos un estado de duda que deja sin sustento probatorio las conclusiones del Tribunal, para lo cual bastaría alegar como violadas las normas últimamente citadas, en relación con los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales."

El fallo reconoce que el *in dubio pro reo* es controlable en Casación. Sin embargo, no se amplía la posibilidad para la Sala de sustituir la valoración dada a los elementos probatorios, y de esta forma dictar un nuevo fallo sin tener que anular la sentencia y ordenar el reenvío. No hay razón por la cual no se le permita a la Casación dar el correcto valor probatorio, a aquellos elementos que sin depender de la oralidad y la inmediación, reciben una valoración incorrecta por el a quo, como pueden ser declaraciones testimoniales incorporadas por lectura, informes periciales, actas, etc.; es decir, la prueba constante en el expediente.

Si la Sala anula un fallo por cuanto el a *quo*, hizo derivar v. gr. de un informe pericial una circunstancia que no podía ser derivada racionalmente del mismo, y en ella se sustenta la condena del imputado, la Sala entraría a valorar tal prueba, declararía violación al principio del *in dubio pro reo*, pero anularía el fallo y ordenaría un juicio de reenvío. El nuevo Tribunal que conozca del caso, no podría válidamente otorgar un valor distinto al que la Casación ha dado a esa prueba (efecto disuasivo de la jurisprudencia). Si esa era la prueba que sustentó la condenatoria, la consecuencia lógica es una sentencia absolutoria. No habría razón para impedir a la Sala, declarar la absolutoria sin ir al juicio de reenvío.

Consideramos que el paso dado por la Sala en este sentido es importante e implícitamente el fallo deja entrever, que cuando se alcance una verdadera apertura del Recurso de Casación, será posible que la Sala pueda en tales circunstancias resolver el caso sin necesidad de ordenar un juicio de reenvío, lo cual es más congruente con el principio constitucional de justicia pronta y cumplida.

CONCLUSIÓN

Es preciso hacer las siguientes observaciones en relación con el Recurso de Casación y su futuro como institución jurídica.

Los antecedentes históricos que dieron origen al Recurso de Casación en la Francia del siglo XVIII, han desaparecido en la actualidad, y conviene hacerse un cuestionamiento sobre la necesidad de replantear sus fundamentos y presupuestos, redefiniendo su finalidad jurídica.

No es posible admitir un Recurso de Casación excesivamente formalista, que limite las posibilidades de que el pronunciamiento de mérito, pueda ser revisado por un Tribunal Superior, sea este la Sala de Casación o el Tribunal Superior de Casación. Debemos preguntarnos cuáles son los fines del proceso, términos específicos que buscamos con el Recurso de Casación.

Hay dos maneras de observar el formalismo. Una primera es la relación con el procedimiento de admisión del recurso. En nuestro medio se amplió por los pronunciamientos de la Sala Constitucional, dando contenido al art. 8 inciso 2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así también por la valiosa jurisprudencia de la Sala Tercera. Pronunciamientos que indiscutiblemente abrieron la posibilidad de recurrir ante la Sala de Casación. Hoy día el art. 445 C.P.P., elimina prácticamente los requisitos del Recurso de Casación y elimina básicamente los formalismos, reduciendo sus requisitos al mínimo, en su fase de admisibilidad; claro, siempre y cuando dicho artículo se interprete de manera amplia.

Una segunda manera de observar el formalismo, consiste en la implícita reticencia de la Sala Tercera para resolver el caso concreto, que existe en nuestro medio. Se confirma con el presente estudio, que en muchas ocasiones se busca la resolución del caso por vía de procedimiento y no por aplicación del derecho sustantivo.

La Sala de Casación, como máximo tribunal de derecho en materia penal, no debe seguir esta tendencia. Es la función primordial del juez, resolver los conflictos que se le presentan con tal objeto. Por ello el procedimiento debe ceder en todas aquellas hipótesis en que el Derecho pueda subsistir, a pesar de los errores de carácter formal que puedan contener las resoluciones judiciales.

La reposición del procedimiento, debe ser utilizada como *ultima ratio,* en los casos en donde el vicio sea de tal carácter, que haga imposible la aplicación correcta del Derecho.

El Derecho Penal, es un instrumento de control social "del y a cargo del Estado". El individuo encuentra en el Derecho Penal una serie de garantías, para evitar los abusos del poder y la arbitrariedad del Estado, en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Si existe alguna falla, en la actividad desplegada por las agencias estatales en la aplicación del Derecho, no

hay razón para que sea el individuo, en favor de quien se han creado las garantías constitucionales y procesales, quien sufra las consecuencias. Ese es un problema de ineficiencia del Estado y no del sujeto. El juez debe aplicar la ley respetando las garantías del imputado, pero ante todo debe tratar de declarar la aplicación más justa del Derecho, respetando la dignidad humana.

El problema del Recurso de Casación, básicamente se centra en la finalidad que le ha sido atribuida, con un cambio de actitud acerca de cuál es el verdadero fin de la Casación, será posible lograr una evolución del mismo, tendente a tratar de tutelar la correcta aplicación de la ley, y ante todo la observancia de la justicia. Desde nuestro punto de vista, el Recurso de Casación debe abrirse, dejar de lado su carácter formal y convertirse en un garante del Derecho, frente al Tribunal de Mérito. El Recurso de Casación por el fondo de igual forma, debe servir para el cumplimiento de dicha finalidad, relegando al recurso por la forma para aquellos casos en donde en definitiva, le esté impedido a la Sala lograr una correcta y justa aplicación de la ley.

Se considera muy positiva la evolución, que la jurisprudencia de la Sala Tercera revela, ha tenido el Recurso de Casación. Poco a poco hay un cambio de mentalidad, hacia la apertura paulatina del instituto. Dicha actitud debe ser destacada, puesto que se cree que puede "irse más allá" en la apertura de la Casación, pero se considera sumamente positivo lo alcanzado hasta el momento, y confiamos en que la corriente de pensamiento que propugna una desformalización de la Casación, siga imperando en la Sala, todo con miras a alcanzar una mejor aplicación del Derecho, que a su vez implica un mayor grado de justicia.

---

1 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 699 de 10.00 h del 23 de diciembre de 1991.*
2 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 580 de 9.25 h del 29 de octubre de 1993.*
3 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 137 de 9.10 h del 25 de abril de 1992.*
4 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 643 de 8.30 h del 29 de noviembre de 1991.*
5 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 647 de 15.45 h del 23 de noviembre de 1993.*
6 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 94 de 14.40 h del 11 de junio de 1985.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 229 de 9.50 h del 24 de mayo de 1991.
7 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 28 de 10.00 h del 18 de enero de 1991.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 145 de 8.55 h del 19 de abril de 1991.
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 316 de 10.30 h del 28 de junio de 1991.
8 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 118 de 8.35 h del 5 de abril de 1991.*
9 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 177 de 9.45 h del 3 de mayo de 1991.*
10 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 399 de 15.20 h del 31 de julio de 1991.*
11 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 604 de 9.25 h del 7 de noviembre de 1991.*
12 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 42 de 9.20 h del 22 de enero de 1993.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 484 de 9.35 h del 27 de agosto de 1993.
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 560 de 9.40 h del 15 de octubre de 1993.
13 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 46 de 9.15 h del 29 de noviembre de 1993.*
14 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 323 de 9.00 h del 25 de junio de 1993.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 386 de 9.10 h del 16 de julio de 1993.
15 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 222 de 10.10 h del 21 de mayo de 1993.*
16 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 555 de 9.25 h del 18 de octubre de 1991.*
17 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 35 de 11.15 h del 17 de enero de1992.*
18 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 649 de 15.50 h del 23 de noviembre de 1993.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 650 de 15.55 h del 23 de noviembre de 1993.
19 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 535 de 9.50 h del 30 de setiembre de 1993.*
20 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 718 de 9.15 h del 23 de diciembre de 1993.*
21 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 411 de 15.05 h del 22 de julio de 1993.*
22 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 727 de 9.57 h del 23 de diciembre de 1993.*
23 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 663 de 14.35 h del 30 de noviembre de 1993.*
24 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 87 de 9.15 h del 20 de marzo de 1992.*
25 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 671 de 14.55 h del 5 de diciembre de 1991.*
26 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 514 de 9.15 h del 10 de setiembre de 1993.*
27 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 414 de 9.05 h del 9 de agosto de 1991.*
28 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 317 de 10.30 h del 28 de junio de 1991.*
SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 269 de 9.30 h del 26 de junio de 1992.
29 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 473 de 8.40 h del 27 de agosto de 1993.*
30 *SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 158 de 8.55 h del 20 de mayo de 1994.*

BIBLIOGRAFÍA

TRATADOS

CLARIÁ OLMEDO, (Jorge). Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A., 1964, 7 tomos.

JESCHECK, (Hans-Heinrich). Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Bosh Casa Editorial, S.A., 1981.

LEONE, (Giovanni). Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, 3 tomos.

LIBROS

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, (Niceto). Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraf Ltda., T. III, 1945.

AYAN, (Manuel N.). Recursos en Materia Penal, Buenos Aires, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1983.

BACIGALUPO, (Enrique). La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1994.

CABANELLAS, (Guillermo). Diccionario de Derecho Usual, Argentina, Editorial Bibliográfica Omeba, 6a. ed., T. III, 1968.

CALAMANDREI. La Casación Civil, Buenos Aires, 1945, ed. Castellana de Ed. Bibliográfica Argentina, trad. S. Sentís Melendo, citado por DE LA RÚA. Op. cit., p. 26.

CARNELUTTI. Cuestiones sobre el proceso penal, Argentina, Ed. E.J.E.A., 1961. Citado por CRUZ CASTRO.

CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco). La Sentencia Penal Inexistente, Ediciones Pasdiana, San José, 1986.

CLARIÁ OLMEDO, (Jorge A.). Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Omeba, 1969, T. II, p. 808.

CRUZ CASTRO, (Fernando). La Función Acusadora en el Proceso Penal Moderno, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Departamento de Capacitación. Unidad Modular V. San José, 1991.

DALL'ANESE RUIZ, (Francisco). Temas de Casación Penal, San José, Editec Editores S.A., 1991.

DE LA RÚA, (Fernando). El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1968.

DE LA RÚA, (Fernando). El Recurso de Casación en Materia Penal, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1968, citado por Zamora Velázquez, op. cit., p. 7.

FENECH, (Miguel). Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Labor S.A., 1952, T. II. Citado por Porter Laitano.

GIMENO SENDRA, (Vicente y otros). Derecho Procesal Civil, 3 ed., Tirant lo Blanch, T. II, 1989.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, (Daniel). La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense (Notas sobre la función requirente del Ministerio Público), San José, Ed. Investigaciones Jurídicas, S.A., 1992.

GONZÁLEZ NOVILLO, (Jorge R.) y FIGUEROA, (Federico G.). El Recurso de Casación en el Proceso Penal, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc S.R.L., 1993.

GUARNERI, (José). Las partes en el proceso penal, México, Ed. José M. Cajica, p. 156. Citado por Cruz Castro.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, (Carlos José). Lecciones de Filosofía del Derecho, 4ª. ed., San José, Editorial Juricentro, 1985.

LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier). La Reforma Procesal Penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán), San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1993.

SATTA, (Salvatore). Derecho Procesal Civil, Argentina, Ed. E.J.E.A., T. I, 1972. En GARRIDO FALLA, (Fernando y otros). Comentarios a la Constitución, España, Ed. Civitas, 1975. Citados por Cruz Castro.

Sentencia de Casación, en C.L.D. (Imprenta de la Pan, San José - Costa Rica, 1887 - 1895), II Sem. Citado por PORTER LAITANO.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, (C.); CASTRO, (R.A.). Procedimiento Penal Mixto, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1969, III.

VÉLEZ MARICONDE, (Alfredo). Derecho Procesal Penal, Tomo II, Córdoba, Editora Córdoba, 1982.

VESCOVI, (Enrique). Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

VIVES ANTON, (T. S.). Doctrina Constitucional y Reforma del Proceso Penal. Derechos Humanos Fundamentales y Justicia Penal, San José, Editorial Juricentro, 1992.

TESIS

CHAVES RAMÍREZ, (Alfonso Eduardo). El Recurso de Casación Penal, Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1974.

PORTER LAITANO, (María del Rosario). El Recurso de Casación Penal en Costa Rica, San José, Tesis de Grado para optar por el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1980.

RIVAS FERNÁNDEZ, (Carlos Enrique). El control sobre la determinación de los hechos en los motivos del Recurso de Casación penal: un análisis jurisprudencial, San José, Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.

ZAMORA VELÁZQUEZ, (Lilliana). El Recurso de Casación por la Forma en el Derecho Procesal Costarricense, San José, Tesis de grado para optar por el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989.

REVISTAS

ARCE VÍQUEZ, (Jorge Luis). Los Órganos de la Casación Penal frente a la apertura del Recurso de Casación. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 5, N° 8, marzo de 1994.

CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco). El Interés para Impugnar en el Proceso Penal. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 49, enero - abril de 1984.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, (Daniel). Justicia Constitucional y Debido Proceso. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Año 5, N° 8, marzo de 1994.

IBÁÑEZ, (Perfecto Andrés). El Ministerio Fiscal entre el "viejo" y "nuevo" proceso. La Reforma del Proceso Penal, Madrid, Ed. Tecnos, 1990.

URRIOLA, (Everardo). La Casación como Recurso Extraordinario y Público, Revista Cuaderno de las Facultades, Panamá, N° 4, 1966. Citado por Zamora Velázquez.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada y concordada, San José, Editorial Juricentro, 1985.

Código Penal, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 1993.

Código de Procedimientos Penales: concordado y con anotaciones sobre consultas y acciones de inconstitucionalidad - Ulises Zúñiga Morales, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1993.

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996. Imprenta Nacional. La Uruca. San José, Costa Rica, 1996.

Código Procesal Civil, Decreto Nº 7130, del 16 de agosto de 1989, Publicado en el Alcance Nº 35 a La Gaceta, Diario Oficial, del 3 de noviembre de 1989.

LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier). Código de Procedimientos Penales (Anotado y Comentado), San José, Editorial Juricentro, 2ª ed., 1991.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

NÚÑEZ, (Ricardo). Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Buenos Aires, Palabra Gráfica Editora, 1978.

* * *

REQUISITOS DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA ANTE LA INFRACCIÓN JUVENIL

Rosaura García Aguilar
Jueza del Tribunal Penal Juvenil

Introducción.

1. Conceptualización del instituto.

   1.1. Definición y terminología.
   1.2. ¿Comprende la aplicación de un criterio de oportunidad?

2. Eficacia.

3. Formulación de la acusación.

4. Ejecución condicional de la pena.

   4.1. Requisitos de la ejecución condicional de la pena en el Código Penal vigente y en la LJPJ.
   4.2. Relación entre la suspensión del proceso a prueba y la ejecución condicional de la sanción.
   4.3. ¿Son los supuestos de admisibilidad de ejecución de la pena los mismos de la suspensión del proceso a prueba?

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El Estado cuenta con diversos medios punitivos de reacción ante el delito, siendo diferente el tratamiento que se da al adulto-imputado y al joven o adolescente-transgresor. Aunque en ambos se parte de la base de su responsabilidad frente al hecho punible, se aduce la necesaria compensación para el último, a través de la extensión de los medios de reacción.

En tal escogencia debe tenerse en cuenta la labor pedagógica de la sanción, al pretender crear la conciencia de responsabilidad por sus acciones en el infractor, en razón de su "accesibilidad" a la educación. Mediante la aplicación de distintos instrumentos el Derecho Penal Juvenil busca un mismo cometido: educar al joven o adolescente.

El Título IV de la Ley de Justicia Penal Juvenil (en adelante identificada como LJPJ), de las "Sanciones", es el que detalla en sus Capítulos I y II los tipos de medidas aplicables al joven o adolescente infractor y el contenido de cada cual. En cada caso de imposición de una sanción se parte de la existencia de un proceso previo, en el que se haya determinado la comisión o participación del menor en un hecho delictivo y su culpabilidad.

Tanto la legislación procesal penal juvenil, como la vigente ley formal para adultos, adoptan una estructura de un proceso común, con reglas generales sobre los actos procesales que lo conforman, los medios de prueba, la intervención de los distintos sujetos involucrados y las sanciones a imponer, aplicable a la generalidad de los asuntos. Junto a esa forma de reacción penal también aparecen otras soluciones jurídicas menos radicales ante la conducta punible.

La suspensión del proceso a prueba es una de esas innovadoras hipótesis de solución que, mediante la sustracción del joven o adolescente del juzgamiento, pretende su readaptación.

Esta exposición, compuesta por cuatro apartados, procura la delimitación de la figura y la identificación de los presupuestos de procedencia establecidos en la ley especial de cita.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL INSTITUTO

1.1. Definición y terminología.

La "suspensión del proceso a prueba" se postula como una reacción estatal diversa ante el delito, ya no mediante la imposición de una sanción al inculpado del hecho punible y las consecuencias que ello implica, sino a través de su sometimiento a un plan de conducta, elaborado por el órgano jurisdiccional, el cual le impondrá ciertas obligaciones que deberán ser realizadas en un lapso previamente definido. Con la expiración satisfactoria de tal plazo se logrará la extinción de la acción penal.

Como lo indica su denominación,[1] significa la paralización de la causa ante la decisión del presunto transgresor de cumplir determinadas pautas. De manera que, mediante el sometimiento del infractor a ese período de prueba, se propiciará su reinserción social y su separación de ese proceder ilícito.[2]

La terminología empleada por la LJPJ[3] se estima acertada, por cuanto lo que opera es el cese temporal de la tramitación común del proceso.[4]

Se menciona que la figura puede encontrar sus antecedentes en el perdón judicial, el arbitrio judicial, la gracia condicional, la libertad condicional, la "diversión", una solución procesal, la "sursis" francesa, o la "probation" anglosajona, las cuales dieron origen a dos alternativas, una continental, con la extinción del pronunciamiento condenatorio o de la ejecución de la pena, una vez satisfecho el plazo de prueba; o la anglosajona, mediante la cual, una vez cumplido el plazo satisfactoriamente, se cierra el proceso.[5]

En nuestro país la institución encuentra asidero en los artículos 88 al 92 de la Ley de Justicia Penal Juvenil y en los numerales 25 al 29 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo C.P.P.).[6]

Como mecanismo alterno a la solución del conflicto, en la primera materia durante el año mil novecientos noventa y siete fue empleado en seiscientas sesenta causas, de nueve mil veintinueve fenecidas a nivel nacional.[7]

---

1 *Sobre la mayor precisión encontrada en la identificación del término "suspensión de proceso", en contraposición al de "suspensión de procedimiento" ver HOUED, Mario, "La suspensión del proceso a prueba", Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996, p. 147.*

2 *"Se trata de una institución particularmente favorable a la idea de la resocialización (56 y ss.) y que puede ser combinada con la imposición de tareas y reglas de conducta como, por ejemplo, el abono de una cantidad de dinero a la Cruz Roja o prestar a ésta alguna otra colaboración. Al autor, a quien se somete a la vigilancia y dirección de una persona cualificada al efecto (asistente, ayudante de la prueba), se le evitan de este modo las cartas y el estigma de la privación de libertad. El presupuesto de la suspensión de la pena es un pronóstico favorable en orden a la estimación de que el sujeto se mantendrá alejado de la comisión de futuros delitos incluso sin llegar a cumplir la pena." CLAUS ROXIN, GUNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989, p. 31 y 32.*

3 *En contraste con la empleada por el Código Procesal Penal, de "suspensión del procedimiento a prueba", la cual podría generar confusión. Ver nota 1.*

4 *El proceso es definido como aquel "...conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable." OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. 2da. ed., México, Harla S.A., Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 183. "La idea de proceso penal debe a su vez deslindarse del concepto de procedimiento penal. Del procedimiento recordemos que evoca la idea de seriación de haceres, actos o actuaciones. El procedimiento es la manera de hacer una cosa, es el trámite o rito que ha de seguirse, el orden de actos o diligencias penales. Del proceso recordemos que implica esa sucesión de actos a que nos hemos referido, pero unidos en atención a la finalidad compositiva del litigio, y esta finalidad es la que define el proceso...se ha sostenido que el proceso es una parte del procedimiento, que todo proceso es un procedimiento, pero que no todo procedimiento es un proceso." SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 2da. ed., México D.F., Harla, 1995, p.106.*

5 *OLAZABAL, Julio. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 4 a 7.*

6 *Código Procesal Penal. Ley número 7594 del 10 de abril de 1996, publicada en el Alcance número 31 de La Gaceta número 106 del 4 de junio de 1996, que entró en vigencia a partir del primero de enero del noventa y ocho.*

7 *Información suministrada por la Sección de Estadística del Departamento de Planificación de la Corte Suprema de Justicia, abril de 1998.*

1.2. ¿Comprende la aplicación de un criterio de oportunidad?

El criterio de oportunidad, concebido como antecedente del desbordamiento de la capacidad de respuesta rápida y efectiva del sistema judicial a todo problema social, permite al ente acusador y al juzgador discriminar el ejercicio de la acción penal en ciertas persecuciones penales.[8]

En contraposición a la necesidad, imprescindibilidad e indisponibilidad, las cuales obligan al agente a promover la acción penal en todos los asuntos, se encuentran la discrecionalidad o disponibilidad, que promulgan la distinción de las causas para determinar la utilidad o importancia de su persecución.[9]

Ese criterio manejado por el órgano acusador está sometido al control jurisdiccional, el cual importa la verificación de la procedencia de la petición que al respecto aquél formule.[10]

Desde esa óptica, para algunos —al igual que el principio de oportunidad— la suspensión del proceso a prueba constituye una excepción al Principio de Legalidad,[11] debiendo quedar claro que no toda excepción a dicho concepto implica siempre "oportunidad".[12]

La figura objeto de este trabajo participa de la misma visión que le sirve de antecedente al aludido criterio: la imposibilidad del Estado de juzgar todos los delitos que se ejecuten en el territorio y la insatisfacción de los fines preventivos adjudicados a la sanción, particularmente la privativa de libertad.[13] No obstante, tal institución ofrece una solución procesal muy diferente.

Obsérvese que para su procedencia se exigen otros requisitos [14] y las condiciones requeridas para su obtención son diversas, al igual que el tratamiento dado a una y otra figura en cuanto al momento procesal de su formulación y su posterior control.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que aunque en esa posibilidad genérica de disposición sobre la persecución penal, de la cual goza el Ministerio Público, no tiene injerencia la voluntad privada, en el instituto de referencia sí tiene influencia la voluntad del presunto ofensor, en la medida en que debe prestar su consentimiento para someterse al procedimiento. El cierre, ya no provisional, sino definitivo, de la causa, depende de la disposición de aquél de satisfacer las obligaciones contraídas con su otorgamiento.

2. EFICACIA

Con la realización de los deberes impuestos en el plazo de prueba previamente establecido, se produce la extinción de la acción penal;[15] pero se trata de una forma particular de extinción, por cuanto aparece estrechamente vinculada con la voluntad de cumplimiento del inculpado.

---

8 *En nuestro sistema procesal penal y penal juvenil la excepción reglada opera en cuatro casos: en los delitos de bagatela, en los cuales el perjuicio resulta insignificante; cuando aun tratándose de un hecho de gravedad, el imputado suministre información útil y eficaz; cuando el encartado a consecuencia de la actividad delictiva recibiere un daño físico o moral grave; y ante la escogencia de causas entre diversas.*

9 *Dicho criterio faculta la abstención cuando se "...vislumbra que el ejercicio de la acusación vaya a producir mayores inconvenientes que ventajas...y se basa en una consideración utilitaria." SILVA SILVA, op. cit., p.267. Según la doctrina y la multiplicidad de legislaciones se reconocen diversos sistemas de promoción de la acción penal en función del sujeto activo del proceso, es decir el legitimado para su ejercicio. Así el de promoción particular (particular acciona), promoción oficial (la acción la ejercita un órgano estatal), promoción popular (cualquier persona lo puede hacer) y sistema mixto (conjunción de los demás).*

10 *Ver Ley de Justicia Penal Juvenil. Número 7576, aprobada el 6 de febrero de 1996, art.56 y Código Procesal Penal, op. cit., arts. 22 al 24, 30 y 299.*

11 *"Queda a criterio del juez conceder la suspensión del juicio y si es otorgada estaremos en presencia de una excepción legalmente consentida al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal pública (art. 71 Cód. Pen.), CHIARA DÍAZ, Carlos y otros. Juicio oral y procedimientos especiales en el Código Procesal de la Nación, 1a. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, p.199.*

12 *"El principio de oportunidad, en definitiva está limitado a los casos previstos en el artículo 22 del Código Procesal Penal." TIJERINO PACHECO, José María. El principio de oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal. Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal, op. cit., p.92. Lo anterior en adultos, mientras que en menores, siguiendo esa misma línea, a los supuestos del numeral 56 de la LJPJ.*

13 *MAIER, op. cit., p.143 a 149.*

14 *En la LJPJ los enumerados en el art. 56, con respecto a la oportunidad, y los descritos en el art. 89 en relación con la suspensión. En el C.P.P. los enumerados en los artículos 22 y 25.*

15 *LJPJ, op. cit., art. 88 y C.P.P., op. cit., artículo 30 inc. f), 42 inc. c) y 44.*

Además, lo es respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso e implica el archivo del asunto, salvo que la persecución se dé en razón de otro sujeto involucrado. Para ello se decretará el sobreseimiento del acusado.

De ordenarse la suspensión del proceso, dentro de ese lapso en que el ejercicio de la acción penal está paralizado, igualmente, se interrumpe el cómputo de la prescripción penal durante el período que aquélla dure.[16] Una vez que finalice la causa de la interrupción, el plazo de la prescripción se reanudará.

Precisamente, en razón de esa duplicidad de funciones, con carácter extintivo y dispositivo de la acción persecutoria, algunos la han calificado como una institución bifronte.[17]

3. FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN

La suspensión del proceso sujeto a prueba únicamente se aplica cuando se ha formulado la acusación y sea factible la suspensión condicional de la eventual pena a imponer a consecuencia del hecho delictivo acaecido.

Nuestro sistema procesal penal para adultos, del que participa en parte el Derecho Penal Juvenil, ha sido caracterizado como de enjuiciamiento criminal marcadamente acusatorio.[18] Ese encuadramiento, para los efectos del estudio, refleja tanto la supremacía de la acusación dentro del proceso, como el principio de inviolabilidad de la defensa, traducido, al tenor del artículo 22 de la LJPJ y 12 del Código Procesal Penal, en la facultad que tiene el joven o adolescente de ser asistido por un defensor durante el proceso, conocer los derechos que ostenta, la posibilidad de intervención en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y de emitir peticiones u observaciones de relevancia.

Como parte de ese derecho de defensa,[19] se requiere que éste sea informado con carácter previo a la imposición de cualquier sanción, de la acusación que se le endilga. Importa la intimación o comunicación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica otorgada y las pruebas existentes.[20]

Una efectiva contradicción dentro de un proceso no solo se garantiza con la interposición de una demanda,

---

16 *LJPJ, op. cit., art. 89, p. últ. C.P.P., op. cit., artículo 34 inc. e).*

17 *El instituto presenta dos caras " ...en cuanto si por una parte tiene la predicada capacidad extintiva de la acción, por otra se manifiesta claramente como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales." DE OLAZABAL, Julio, op. cit., p. 22. Tales caracteristicas a su vez la hacen aparecer como una excepción al ejercicio oficioso de la acción penal. Ver HOUED, Mario, "La suspensión del proceso a prueba", Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal, op. cit., p. 152.*

18 *Tal derivación se hace en la medida en que dicha forma organizativa se rige por la supremacía de la acusación, incluso de esta se infiere su denominación, además de ser fundamental para el comienzo y transcurso del proceso, sin que exista la posibilidad de actuación investigativa oficiosa de parte del juez, y encontrándose claramente marcada la separación de funciones entre el acusador y el administrador de justicia; por el principio de contradicción, con absoluta garantía de igualdad de poderes de las partes para conocer y debatir el material probatorio en atención a su pretensión; por la oralidad, la cual involucra la inmediación del juez y las partes en relación con las pruebas sometidas al conocimiento de aquéllas en el debate oral; la publicidad, instrumento que permite a la sociedad controlar la actuación del órgano jurisdiccional y las partes; y la libre valoración de la prueba, toda vez que en cada caso se establecerá el valor de los elementos probatorios. Existen distintas manifestaciones históricas de enjuiciamiento, distinguiéndose además del enunciado, el Sistema Inquisitivo, caracterizado sustancialmente por la posibilidad de persecución oficiosa; la presencia de un juez involucrado con la investigación de la causa; inexistencia de contradicción; con predominio de la instrucción, secreta y escrita; y con un sistema de valoración de prueba legal o tasada; y el Mixto, el cual implica una fusión de los dos anteriores. Véase material del Módulo del Sistema Acusatorio, Escuela Judicial, 1997. En cuanto a los sistemas de referencia ver SOSA ARDITI, Enrique. Juicio oral en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 2 a 7. Sobre el acusatorio en particular ver ASENCIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Derecho Procesal Penal. España, Editorial Trivium S.A., 1991.*

19 *Reconocido en nuestra Carta Magna. Ver Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Lehmann Ediciones, 1987, artículo 39 y en la LJPJ en el numeral 23. Asimismo, se reconoce en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Texto del Proyecto de Resolución presentado por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente a la Asamblea General, art.7.1. y 15.1. Convención sobre los Derechos del Niño, 1era. ed., San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1990, art. 40 incs. 1) y 2). Código de la Niñez y Adolescencia, Ley Nº 7739, en La Gaceta Nº 26 del 6 de febrero de 1998, art. 10.*

20 *LJPJ, op. cit., art. 74 inc. 1), 75, 82 y 83. C.P.P., op. cit., arts. 82, 91, 278 y 279.*

sino también con la respuesta a aquélla, o el reconocimiento de esa posibilidad.[21] Por ello, se ha de imponer al transgresor del contenido de la acusación, otorgándole el derecho de respuesta. [22]

Dentro de esa misma labor informativa [23] resulta igualmente exigible al tribunal la comunicación de cualquier transformación que la misma sufra durante el proceso y que pueda representar la afectación de ese derecho de defensa. Una real tutela lleva aparejada la obligación de ilustración judicial de las modificaciones que se produzcan en los elementos accidentales del hecho acusado, lo cual, a su vez, acarrea la necesaria correlación que ha de operar entre la acusación y la sentencia. [24]

La acusación [25] implica la concreta definición del hecho delictivo y del inculpado, [26] así como las pruebas y los preceptos jurídicos que le sirven de sustento. Por ende, subraya la identificación del tipo penal en el que se amolda hipotéticamente la conducta del infractor y la eventual sanción a imponer, todo lo cual ayuda a esclarecer si será factible o no la procedencia de la suspensión a prueba del

---

21 *"Aparece, por tanto, el derecho a la información de la acusación como el requisito ineludible para dar vigencia al principio de contradicción; para que se dote al proceso de aquel contenido dialéctico que le es consustancial en tanto que, como es sabido, todo proceso contencioso precisa de la existencia de una dualidad de posiciones y que éstas lo sean opuestas." ASENCIO MELLADO, op. cit., p.95. El derecho al contradictorio, tutelado en el numeral 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque es conexo al principio acusatorio, atiende a una necesidad y finalidad diferente. Se ha dicho que "...en tanto el principio acusatorio nos coloca en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes y el objeto del proceso; el de contradicción se encamina a procurar que efectivamente las partes sean oídas y conozcan y puedan defenderse de y sobre todos los materiales de hecho y derecho que afectan a la resolución. Resulta claro así, que mientras lo que afecta a la acción penal (sujeto y hechos), debiendo ser ejercitada por alguien diferente del órgano enjuiciador, forma parte o ha de analizarse desde la perspectiva del principio acusatorio: el derecho a conocer de los términos de la acusación y los aspectos referentes a la calificación jurídica o a la pena solicitada, inciden en la contradicción, constituyendo elementos —que sin formar parte del objeto del proceso— deben trasladarse a las partes para su información y audiencia, evitando así su indefensión." ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Barcelona, Editorial Bosh, 1995, p.66. El art. 24 de la LJPJ asegura el derecho del menor de ser oído, de aportar las pruebas e interrogar a los testigos y de refutar los argumentos de la parte contraria. Lo anterior está garantizado por la intervención de un defensor y del Ministerio Público dentro del proceso.*

22 *Tal exigencia además de ser recogida por nuestra Ley Fundamental también ha sido reconocida en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 14. y en el numeral 8.2.b. de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

23 *El aludido derecho a conocer de la acusación puede ser visualizado en cuanto al contenido y al tiempo. En atención al primero se incluye la descripción del hecho delictivo, las circunstancias en que se suscitó y los derechos que le corresponden, señalándose en los distintos ordenamientos exigencias de precisión en relación con la forma de su enunciación. En punto al aspecto temporal de su formulación, se advierte la necesidad de imposición al inicio del proceso. Ver al respecto ARMENTA DEU, op. cit., p.70 a 72.*

24 *Ver sobre los alcances del derecho del acusado de ser informado de las modificaciones de la acusación ASENCIO MELLADO, op. cit., p.101 y 114 y ARMENTA DEU, op. cit., p.65 a 81. Sobre la correlación entre acusación y sentencia CAFFERATA NORES, José. Temas de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p.256 a 265 y los Votos números 100-F de las 9:55 horas del 15 de marzo de 1996; 366-F de las 9:05 horas del 30 de junio de 1995; 307-F de las 9:30 horas del 12 de agosto de 1994; 574-F de las 10:00 h del 22 de octubre de 1993 y 95-F de las 9:35 horas del 12 de marzo de 1993, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, entre muchos otros; así como el voto 2832-93 de las 9:06 horas del 18 de junio de 1993 de la SALA CONSTITUCIONAL. En el último se menciona que "...el tribunal está facultado para variar la calificación, según lo autoriza el numeral 397 citado, pero sin alterar el cuadro fáctico intimado, circunstancia esta que no lesiona las garantías en comentario."*

25 *En el art. 75 de la LJPJ se exige que la acusación contenga los siguientes requisitos: a) Las condiciones personales del menor de edad o aquellas con que se le pueda identificar, b) La edad y el domicilio, c) La relación de hechos, d) La indicación y el aporte de todas las pruebas evacuadas durante la investigación, e) La calificación provisional del delito, f) cualquier otro dato de importancia. Los numerales 303, 395 y 319 del C.P.P., igualmente estipulan la descripción de los datos de identificación del encausado, la relación precisa y circunstancias del hecho, la fundamentación de la misma, con expresión de los elementos de convicción y cita de los preceptos jurídicos aplicables y el ofrecimiento de prueba para el juicio.*

26 *Ha de acotarse que "persona" y "hecho" conforman el objeto del juicio, siendo estos elementos los que le otorgan identidad y le permiten distinguirlo de otros. De tal forma que el auto de apertura a juicio emanado luego del control de la acusación "...determinará tanto objetiva como subjetivamente el objeto del juicio y sobre este recaerá el debate contradictorio y la sentencia del tribunal. Respecto del hecho y sujeto que compone el objeto del juicio propuesto por la acusación y admitido por el auto de apertura a juicio, deberá recaer la sentencia, conforme al llamado principio de correlación..." ÁLVAREZ, Alejandro, "El control de la acusación", Material del Módulo del Sistema Acusatorio, op. cit., p. 25.*

proceso. Esa es una de las razones por las cuales resulta indispensable su formulación y traslado al justiciable, previo al conocimiento jurisdiccional de la indicada gestión.[27]

Recuérdese que la acusación fiscal es un acto conclusivo de la investigación, cuando ésta haya arrojado fundamento para someter al infractor al juicio,[28] siendo el juez penal juvenil el encargado de controlar y supervisar las funciones del ente acusador.[29] Esa tarea de control jurisdiccional se lleva a cabo, precisamente, mediante la calificación de la acusación y el dictado de la citación a juicio de las partes, que implica la determinación de llevar a debate la causa con sustento en la imputación de referencia.[30]

Tal examen no sólo procura la observación de la legalidad de la pieza, sino además la protección al imputado de no ser sometido a un debate sin que exista fundamento.[31] Como parte de esa actividad, el tribunal corrobora los requisitos formales y los de fondo.[32] Los primeros atinentes a su competencia, la personalidad del acusador y la del encartado y el ajuste al contenido descrito en el numeral 75 de la LJPJ, y los segundos, relativos a los presupuestos materiales, es decir, la prescripción de la acción penal, la instancia del ofendido y las demás causas de extinción de la acción penal.

La apuntada exigencia obedece a la necesidad de que tanto el acusador como el encartado y su defensa, cuenten con suficientes elementos para definir si el hecho denunciado es efectivamente un delito (sea que no procederá su desestimación), si pudo haber sido cometido por el denunciado (no por otro al que éste pretende favorecer), si existe la posibilidad de que éste sea sometido al proceso penal (que no desembocará en una solicitud de sobreseimiento) y si el mismo admite la aplicación del instituto (satisface los presupuestos fijados). Ha de considerarse también que la indicación de la prueba con la cual se cuenta es un aspecto de importancia para la valoración de las partes y del propio juez acerca de la solución que se pueda dar al conflicto, acudiendo a otras vías distintas de la sentencia en juicio oral.

Por ello, el numeral 89 del citado orden normativo, como criterio diferenciador de la legislación formal de adultos, dispone que hasta que se haya definido la procedencia de la acusación, el juzgador podrá ordenar la suspensión del proceso a prueba.[33]

---

27 *En voto 4443-94 emitido por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, se indica que "...los principios de imputación e intimación forman parte de los derechos generales de audiencia y defensa; el primero como 'el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es pues, deber del Ministerio Público, aun inicialmente, y, después, de éste y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva' (sentencia Nº 1739-92); y el segundo, como 'el derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación desde el primer momento —incluso antes de la iniciación del proceso contra él—, por ejemplo, por parte del Ministerio Público...es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, cierta y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales: y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor..."'*

28 *LJPJ, op. cit., art.72 y 74 inc. a). C.P.P., op. cit., art.303.*

29 *Ídem, art.73.*

30 *LJPJ, op. cit., art. 84 y C.P.P., op. cit., arts. 319 al 322.*

31 *"El control de la acusación se justifica en la medida en que el Estado de derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si existe cierta probabilidad de que la imputación tenga suficiente mérito como para, eventualmente, provocar una condena." ÁLVAREZ, op. cit., p.16.*

32 *LJPJ, op. cit., arts.84 al 86.*

33 *Las formas anticipadas de conclusión del proceso, entre ellas, la de examen, buscan introducir una actitud de responsabilidad en el menor de edad, frente al daño que provocó, al igual que evitar el sometimiento de éste a un proceso judicial con los problemas sociales y psicológicos que le pueden acarrear. "De esa manera, se ha optado por la no intervención penal cuando esta sea innecesaria y perjudicial para el desarrollo social, educativo y psicológico del menor de edad...Es, ante estas situaciones, que el juez y las partes disponen de estos mecanismos, con el fin de no realizar el proceso, en el cual, los intereses del menor de edad devienen superiores con respecto a los intereses dañados con el acto infractor." Exposición de motivos del proyecto de LJPJ, Ley de Justicia Penal Juvenil. Número 7576, aprobada el 6 de febrero de 1996, comentada y concordada por TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, 1a. ed., San José de Costa Rica, Juritexto, 1996, p.168. En el párrafo tercero del artículo 25 del Código Procesal Penal, pese a la apuntada exigencia de una acusación formal, se prevé la existencia de la solicitud sin que exista esa acusación técnica, en cuyo caso se exige al Ministerio Público que describa el hecho imputado. Por ese motivo, de no existir acusación formal al momento de plantearse la petición de suspensión del proceso, el Ministerio Público, cuando menos, deberá describir los hechos atribuidos al encartado, para que sean valorados por éste y su defensa, a fin de decidir la actuación a seguir.*

En conclusión, con base en la citada estipulación cuando se produce la persecución penal del joven o adolescente, no es posible una descripción informal del contenido fáctico previo a la aplicación del instituto, sino que para ese momento la calificación de la acusación debe haberse verificado por el juzgador,[34] lo cual pone de manifiesto la necesidad de una constatación más rigurosa de los aspectos antes mencionados.[35]

Por otra parte, y quizá lo más importante, es que habiéndose emitido con antelación al examen de la admisibilidad de la suspensión del proceso, una resolución sobre la procedencia de la acusación, el órgano jurisdiccional competente asegura que ésta no contiene vicios de forma que luego ameriten subsanación o que impliquen una posible recalificación del cuadro fáctico, y que por razones de fondo, no se dictará una sentencia de sobreseimiento en favor del transgresor.[36]

En otras palabras, en ese momento existirá la certeza de que el ofensor es susceptible de ser sometido al proceso por los hechos que se le endilgan, con la posible imposición de una sanción y las consecuencias que de ella deriven. Ante esa situación, la opción no penal de paralización del mismo que se le presenta y que implicaría finalmente el fenecimiento de la causa si satisface las obligaciones que el órgano determine, podrían ser sopesadas con mayor amplitud por el presunto infractor y su defensa, a fin de decidir si la última resulta más ventajosa o no.

Como tema accesorio, pero no menos importante, hay que mencionar que llama a cuestionamiento el que si la legislación ha tomado las respectivas previsiones para que el instituto se ponga en práctica cuando realmente se requiere y procede hacerlo —para evitar la introducción del joven al proceso penal en ciertos casos que así lo justifiquen—, en aspectos como la recepción de la declaración del inculpado en relación con el análisis jurisdiccional de la imputación, parece no plasmarse esa misma preocupación.

Nótese que el numeral 84 de la LJPJ estipula que "Inmediatamente después de recibida la declaración indagatoria, el Juez dictará una resolución sobre la procedencia de la acusación...", lo cual conduciría al eventual equívoco de escuchar una declaración que, incluso, luego, podría carecer de todo interés procesal, por la corrección de defectos de forma que signifiquen una variación del cuadro fáctico y su calificación legal, o el rechazo de ésta por razones de fondo, por ejemplo.

Sin embargo, el mayor problema radica en que no existe oscuridad o confusión en la aludida estipulación que obliguen a una labor interpretativa para encontrar su adecuado significado, sino que se trata de un aspecto procedimental así estructurado. En efecto, siguiendo esa misma línea, los artículos 85 y 86, a su vez, establecen que, de existir subsanación de los vicios formales se realizará nuevamente la "declaración indagatoria" del menor de edad y que una vez corregida la acusación y practicada la declaración, en aquellos casos en que corresponda su nueva recepción, el juez se pronunciará en torno a la procedencia de la acusación. Ese contexto normativo converge, entonces, deliberadamente en la anticipación de la declaración del menor a la valoración de la pieza acusatoria.

El acomodo particular de los actos procesales descritos no se traduce, en sí mismo, en una vulneración del derecho de defensa del inculpado, en el tanto al infractor se le intime de la relación de hechos atribuidos de una manera detallada y en términos comprensibles, se le indiquen las pruebas existentes y su aporte y la calificación del delito, previo a emitir su declaración,[37] pero lo ideal sería que el examen jurisdiccional acerca de los aspectos formales y substanciales de la pieza acusatoria se verificaran con antelación a la indagatoria,[38] con el propósito de no someter ni siquiera a este acto procesal a un joven o adolescente con fundamento en una acusación que luego podría ser desechada.

---

34 *Sea cuando los vicios de forma hayan sido corregidos y se haya practicado la declaración del infractor, de conformidad con el numeral 86 de la LJPJ.*

35 *Esa previsión puede tener por cometido garantizarle al inculpado que la suspensión del proceso será en razón de los hechos contenidos en la acusación, la calificación dada a éstos, su grado de intervención en el mismo y sus condiciones personales, según lo dispuesto por el artículo 75 de la LJPJ.*

36 *Art.84 al 88 LJPJ.*

37 *Ver Voto número 3461-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.*

38 *Ver Voto número 4784-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.*

4. EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

La suspensión a prueba resulta aplicable en los casos en que es viable la ejecución condicional de la sanción. Precisamente, luego de la identificación acertada de la responsabilidad y culpabilidad del imputado en la comisión o participación en un hecho considerado como delictivo, al juez penal juvenil le corresponderá la definición de la conminación, la cual podría ser privativa de libertad. No obstante, debido a las circunstancias particulares del asunto y la conducta propia del infractor, esa forma de coerción penal podría no materializarse o descontarse en forma real por el sentenciado.

Esa especial modalidad de condena o ejecución de la pena, sometida a una condición suspensiva —por cuanto exige el transcurso del período de prueba establecido sin que se presenten causas que motiven su revocación—, es lo que se concibe como condena de ejecución condicional, ejecución condicional de la sanción,[39] o remisión condicional de la pena, entre otras denominaciones.[40]

La forma de ejecución de referencia se remonta a los ordenamientos penales de finales del siglo XIX, en los cuales además de la diferente terminología, se crearon distintas modalidades de remisión.[41] Así, los efectos de la aplicación de tal instituto varían en cada legislación. Existen sistemas cuya pena queda en suspenso hasta que se cumpla la condición impuesta, la cual en la mayoría de los casos es la no incursión en nueva actividad delictiva durante un plazo determinado y el cumplimiento de algunas normas de conducta.[42] En otros regímenes la condena recaída, igualmente, corre dicha suerte y una vez superado el plazo satisfactoriamente, desaparece.[43]

---

39 *Así denominada por la LJPJ, op. cit., art. 132. Nuestro Código Penal, aprobado el 4 de mayo de 1970, 3a. ed. San José, IJSA, 1995, Título IV: Penas, Sección II, la denomina condena de ejecución condicional.*

40 *Ver al respecto de las diferentes denominaciones ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal, Parte General, quinta ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 1987, p.727. "El CP utiliza la expresión 'condena condicional' en el art. 92, 1, pero también la de 'remisión condicional' en la rúbrica de la sección correspondiente. Lo cierto es que el término 'condena condicional' no responde exactamente a la realidad, básicamente, porque al adoptarse la decisión, se declara la culpabilidad y se dicta una condena que produce determinados efectos, mientras que lo que propiamente queda suspendido es la ejecución de la pena privativa de libertad. Ello se demuestra por el hecho de que las penas accesorias que acompañen la privación de libertad no quedan suspendidas ni tampoco las responsabilidades civiles." MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p.498. "Este carácter multifacético de las concepciones acerca de la esencia de la remisión condicional de la pena se retrotrae decisivamente a una falta de distinción precisa entre los puntos de vista dogmáticos y político-criminales. Desde una perspectiva dogmática, la remisión condicional de la pena constituye una modificación de la pena de presidio, específicamente de su ejecución...y pertenece a la medición judicial de la pena en sentido amplio." REINHART MAURACH y OTROS. Derecho Penal, Parte General 2. Traducción de la 7ma. edición alemana por JORGE BOFILL GENZSCH, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p.823.*

41 *Dentro de esas distintas formas se enumeran el "Archivo condicional del procedimiento penal (utilizado en Bélgica y dentro del derecho penal soviético, el cual consiste en el cierre de la causa antes de la sentencia ante el otorgamiento de cierto plazo sujeto a condición, dentro del cual si las expectativas son alcanzadas se cierra totalmente el asunto, caso contrario se reinicia el proceso); la "condena condicional" (utilizada en Inglaterra. En ésta la fijación de la pena se pospone durante un determinado período en el cual dependiendo del comportamiento del inculpado la pena se omite, o bien se fija y se cumple); "Amonestación con reserva de pena" (se introdujo en Alemania. El juzgador impone una amonestación al imputado y se reserva la declaración de una pena ya establecida en caso de incumplimiento); la "condena indeterminada" (empleada en el Derecho Penal norteamericano. La indeterminación puede ser total o parcial, declarándose en el primer supuesto una pena de presidio cuya definición será posterior, o bien, en el segundo, la medida mínima y máxima); y "Remisión condicional de una pena" (dentro de ella se observan distintas maneras de aplicación, algunas manifestadas en la "libertad condicional", cuyo fundamento es el cumplimiento parcial y efectivo de la pena, y la declaración de culpabilidad e imposición de sanción, pero únicamente bajo condición suspensiva de incumplimiento del autor si no incurre en nuevo delito durante el plazo fijado, pudiendo producirse la cancelación de la pena o de la sentencia). Ver con mayor amplitud en ese sentido REINHART, op. cit., p. 819 y 820.*

42 *"Los sistemas de sometimiento a prueba con suspensión de la pena se encuentran muy extendidos en la legislación penal europea, aunque en otros países como Francia o Alemania, la condición de no volver a delinquir viene acompañada de la imposición de determinadas reglas de conducta para el sometimiento a prueba (prohibición de acudir a determinados lugares, de presentarse periódicamente ante un juez, etc.). Ello significa que durante el periodo de suspensión existen mecanismos de control sobre el condenado y sumisión a la vigilancia de delegados del juez que siguen el desarrollo de la prueba." MUÑOZ CONDE, op. cit., p.499.*

43 *A manera de ejemplo, el artículo 27 del Código Penal Argentino. "Conforme a los antecedentes y al texto de nuestra ley penal, se impone una condena en forma condicional y se suspende la pena. La condición es que no se cometa un nuevo delito dentro de los cuatro años subsiguientes a la condena. Durante ese tiempo la pena queda suspendida y la condena impuesta en forma condicional; transcurrido ese plazo, la pena desaparece y la condena también, produciéndose la desaparición de la condena..." ZAFFARONI, op. cit., p.728.*

El beneficio puede otorgarse facultativamente o por disposición de la ley.[44]

Los requisitos para su otorgamiento también sufren alteraciones de una normativa a otra.[45] Será admisible cuando la pena principal o subsidiaria por insolvencia, consista en privación de libertad.[46] En consecuencia, normalmente se excluye su utilización ante otro tipo de sanción distinto de la de prisión,[47] siendo divergentes en cada ordenamiento los presupuestos previstos para su aplicación, en cuanto a la duración del encarcelamiento.

En todo caso, tanto en atención a los presupuestos formales[48] como materiales,[49] normalmente no caben distinciones en torno al tipo de autor y de delito.[50]

Obsérvese que la ejecución condicional encuentra sus antecedentes en la innecesariedad de la afectación de la libertad del ofensor, cuando, por la poca amplitud de su prolongación y sus condiciones personales, se vaticina que éste se abstendrá de la comisión de nuevos delitos.[51] Es por esa razón que en la causa concreta se le brinda al inculpado la alternativa de participar activamente de su propia resocialización, mostrando un adecuado comportamiento durante el período que se fije como condición.

4.1. Requisitos de la ejecución condicional de la pena en el Código Penal vigente y en la Ley de Justicia Penal Juvenil.

La regulación de la condena condicional se incluye en nuestro Código Penal vigente (en adelante C.P.) en la Sección II, del Título IV, referido a las "Penas".

Del numeral 59 al 63 se regulan los casos de aplicación, los requisitos, las condiciones, el término y los supuestos de revocación. De dicha articulación se desprende que es potestad del juez aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena del delito no exceda de tres años de prisión y consista en prisión o extrañamiento.

---

44 *En Alemania, por ejemplo, existe una aplicación mixta, de manera que es obligatoria frente a penas de hasta un año y facultativa para aquellas de hasta dos años.*

45 *El presupuesto de la suspensión de la pena en Alemania es un "pronóstico favorable" de que el infractor no incurrirá en futuras delincuencias. No obstante, esa ley prevé distintas soluciones. Ante penas de hasta seis meses el único criterio de decisión es el pronóstico en mención; en penas de seis meses a un año su ejecución puede no suspenderse a pesar de la aludida previsión "cuando así lo exija la defensa del ordenamiento jurídico"; las sanciones entre uno y dos años sólo pueden suspenderse excepcionalmente y en ningún caso las de duración superior. "Cuando más grave es el delito más elevada la culpabilidad del autor, más retrocede la idea de la prevención especial resocializadora frente a las necesidades preventivas generales, mientras que aquélla resulta predominante en el ámbito de los delitos leves." CLAUX ROXIN, op. cit., p.32.*

46 *El sistema español prevé ambas circunstancias, "De esta redacción se desprenden, al menos, dos consecuencias: que el arresto sustitutorio en caso de impago de la pena de multa considera una pena (subsidiaria por insolvencia) y, en segundo lugar, que a pesar de que el inciso del art. 93 hace pensar que son penas suspendibles todas las penas ('las...contenidas en el artículo 27'), el requisito que estamos analizando sigue reduciendo la condena condicional a las privativas de libertad". MUÑOZ CONDE, op. cit., p.499 y 500.*

47 *La pena pecuniaria y las medidas de corrección no son objeto del otorgamiento de la remisión condicional. Ver REINHART, op. cit., p.824.*

48 *En los que se incluye el monto de la pena.*

49 *Relativos regularmente al examen de la personalidad del encartado, su vida anterior y posterior al hecho, las circunstancias en que éste se ejecutó y sus condiciones de vida, entre otros, en orden al pronóstico de su futuro ajuste a la legalidad.*

50 *"...es básicamente ilícito excluir la remisión de la pena a determinadas categorías de autores (por ejemplo extranjeros...) o determinados grupos de delitos, o en su caso, de tipos penales en forma general." REINHART, op. cit., p.828.*

51 *"La condenación condicional halla su razón de ser en el reconocimiento de la conveniencia de evitar las penas cortas privativas de libertad, admitiendo su carácter perjudicial y criminogéneo y su nulo valor preventivo. Este fundamento se pone de relieve tanto en los antecedentes extranjeros que se tomaron en cuenta para la ley argentina, como en las consideraciones que han hecho todos los autores que han contribuido a la sanción de nuestro vigente CP." ZAFFARONI, op. cit., p.728. Además, se ha dicho que "Desde una perspectiva político-criminal, la remisión condicional de la pena constituye una forma autónoma de reacción, la que puede ser descrita como reacción ambulatoria. En tal medida, la remisión condicional asume una tarea propia entre la función de advertencia de la pena pecuniaria y de la privación de libertad estacionarias." REINHART, op. cit., p.824. En similar sentido CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. La Sanción Penal. Aspectos Penales y Penitenciarios, San José, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1990.*

Como se aprecia, el disfrute de la ejecución condicional no es un derecho subjetivo del imputado, sino una disposición facultativa del juzgador, la cual está ligada en un momento inicial, a la verificación del monto y la naturaleza de la sanción dada al hecho, sea si es inferior a los tres años y es una pena de privación de libertad o de extrañamiento.

De acuerdo con la propia denominación de la figura y su particular regulación en nuestro país, lo condicional es la "ejecución de la condena", por lo que, a diferencia de otros sistemas,[52] la imposición de aquélla no desaparece, e, incluso, queda registrada en el récord del sentenciado adulto, siendo únicamente el cumplimiento real del encarcelamiento lo que ha de quedar sujeto a condición suspensiva.

Constatada la posibilidad de remisión condicional en atención a los presupuestos formales, concretamente el monto de la sanción y su naturaleza, corresponderá la corroboración de los requisitos materiales, descritos por el artículo 60 del cuerpo normativo citado. Los últimos están referidos a la personalidad del imputado; su vida anterior (adecuada a los parámetros sociales) y posterior al hecho (el arrepentimiento y deseo de reparación del daño causado); y los móviles, caracteres y circunstancias que lo rodearon. Como condición de procedibilidad igualmente se exige que se trate de un acusado primario. [53]

Una vez realizado el anterior examen, el tribunal deberá evaluar si es razonablemente posible, según las conclusiones obtenidas, que el sentenciado se comporte correctamente, sin necesidad de cumplir la sanción.[54] Aunque el Código Penal menciona la necesidad de contar con un informe del Instituto de Criminología para determinar si existe algún grado de rehabilitación del reo, en la práctica, normalmente, esa exigencia no se cumple y el juzgador resuelve dicho extremo sin contar con el mismo.[55]

Deberá indicarse el plazo de la condición,[56] que podrá ser de tres a cinco años, a partir de que el fallo adquiera firmeza.[57] Pese a la concesión, esta podrá ser revocada cuando, dentro del apuntado lapso, el condenado no cumpla las aludidas condiciones, o bien, cometa un nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor a seis meses.[58]

En cuanto a jóvenes o adolescentes, el artículo 132 de la LJPJ estipula las circunstancias que han de considerarse para decidir si es factible o no la ejecución condicional de las sanciones privativas de libertad impuestas. Con esa finalidad le compete al juzgador valorar "...a) Los esfuerzos del menor de edad por reparar el daño

---

52 *Entre ellos, el argentino, cuyo C.P., art. 27, dispone que una vez transcurrido el lapso de la prueba la "condenación se tendrá como no pronunciada", desapareciendo la condena y la pena. ZAFFARONI, op. cit., p.728.*

53 *Para tales efectos ha de entenderse que no lo es el imputado que presenta un antecedente delincuencial anterior, existiendo al respecto algunas interpretaciones jurisprudenciales de interés. Se ha sostenido que ese antecedente deberá referirse a la comisión anterior de un delito doloso. Ver voto N° 52 de las 16:15 horas del 23 de marzo de 1992 del Tribunal Superior Primero Penal de San José. No obstante, los magistrados de la Sala Tercera consideraron que "...por 'delincuente primario' se entiende, indistintamente, tanto al que comete un delito culposo como un delito doloso. La diferencia en la naturaleza dolosa o culposa del delito, que cobra relevancia únicamente a efectos de la revocación del beneficio durante el período de prueba..." Voto 210 de las 9:10 horas del 21 de mayo de 1993, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. También se ha considerado que ese concepto soporta la limitación del transcurso de los diez años después de la condenatoria, disponiéndose que "Las certificaciones en las que consten los asientos del Registro Judicial de Delincuentes en relación con condenatorias con más de diez años de cumplida la condena, sin efectuarse una nueva inscripción, no podrán ser tomadas en consideración por los Tribunales, a ningún efecto." Voto 1438-92 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. En ese mismo sentido ver Voto N° 24 de las 14:35 horas del 13 de enero de 1993 de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.*

54 *Debe tenerse presente que esa valoración debe atender la actitud interna del imputado, no en orden a su moralidad, sino al ajuste de su proceder futuro a la legalidad. Ver al respecto REINHART, op. cit., p.825.*

55 *Esa comunicación acerca de la personalidad del imputado resultaría muy útil para proyectar su comportamiento posterior y decidir si existe o no una "expectativa fundada" de que aquél observará una conducta social adecuada. El concepto incluido en comillas es utilizado por REINHART, op. cit., p.826.*

56 *Conocido como período de prueba.*

57 *C.P., op. cit., artículos 61 y 62.*

58 *Ídem, art. 63. En el Proyecto de Reforma al Código Penal de Costa Rica. Publicado en el Alcance N° 51 de La Gaceta N° 170, del 6 de setiembre de 1996, aparte de la introducción de una nueva denominación de "Suspensión a prueba de la ejecución de la condena", se instauran presupuestos distintos.*

causado, b) La falta de gravedad de los hechos cometidos, c) La conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del menor de edad, d) La situación familiar y social en que se desenvuelve, e) El hecho de que el menor de edad haya podido constituir, independientemente, un proyecto de vida alternativo."

En primer orden, el beneficio de ejecución condicional únicamente prosperará en el tanto se trate de la imposición de una sanción privativa de libertad,[59] siendo divergente el período de espera, el cual será igual al doble de la sanción recaída.

En la ley de referencia no se contemplan expresamente dentro de los elementos para su concesión, el comportamiento anterior del joven o adolescente,[60] para los efectos de definir si es primario o no, ni el monto de la sanción eventualmente a imponer, requisitos que sí se incluyen en forma directa en los numerales 59 y 60 del Código Sustantivo.[61]

En consecuencia, a pesar de la aplicación supletoria del Código Penal en esta sede, su utilización se restringe, según lo dispuesto por el ordinal 9 de la aludida LJPJ, en tanto no contradiga ninguna norma expresa de la misma, por lo que no tiene cabida la integración de dichas estipulaciones, al establecer ésta condiciones como las indicadas, que no son requeridas por la ley especial.

Sin embargo, como se apuntó, la LJPJ sí plantea como un elemento a considerar para el reconocimiento del beneficio, la carencia de gravedad de los hechos acusados.[62]

Por esa vía el juzgador puede, entonces, examinar los alcances y consecuencias del hecho punible atribuido, la sanción a imponer (que cuando es restrictiva de libertad sólo se justifica para hechos de gravedad), y la reiteración delictiva del inculpado, a fin de ratificar o excluir, dentro de ese contexto, la "gravedad" de la conducta.

Esa calificación opera también para imputados mayores, desde que se exige que la pena aplicable sea inferior a los tres años de prisión, por ser consideradas dichas delincuencias como "correccionales" o de "menor gravedad".

La diferencia radica en que en sede de jóvenes o adolescentes ese presupuesto de "ausencia de gravedad de los hechos" para el reconocimiento del beneficio, puede entenderse como un contrasentido, desde que la aplicación de la suspensión del proceso a prueba aparece ligada a acciones castigadas con sanciones privativas de libertad, las cuales se adjudican únicamente a conductas que de una forma grave atentan contra bienes jurídicos fundamentales para la sociedad.[63]

Finalmente, se advierte que mientras en adultos de otorgarse la ejecución condicional de la pena es posible la imposición simultánea al imputado de otras condiciones, en la LJPJ no se prevé tal situación, ante lo cual, la comisión de un nuevo delito durante el período fijado se coloca como la única causal de revocación de tal beneficio.

---

59 *En cuanto dicha sanción únicamente debe ser aplicada en conductas graves, donde no sea posible la utilización de otra medida. Al respecto el art. 19 inciso 1) de las Reglas de Beijing establece que "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible." En igual sentido ver numerales 13 inciso 1) y 18 inciso 1). Ver también numerales 1 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores privados de libertad, texto del proyecto de resolución presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; art. 38 inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño; y art. 32 inciso d) de la Ley Orgánica del PANI, Nº 7648, publicado en La Gaceta Nº 245.*

60 *Este aspecto sí debe tomarse en cuenta al momento de seleccionar la sanción a aplicar. Ver art. 122 inc. a) de la LJPJ.*

61 *Ver al respecto TIFFER SOTOMAYOR, Ley de Justicia Penal Juvenil, Comentada y Concordada, op. cit. p.125.*

62 *LJPJ, op. cit., artículo 132, inciso b), estipulación que en cierta forma resulta afín a los supuestos de procedencia del instituto en materia de adultos, donde se le relaciona con hechos de poca entidad.*

63 *No obstante, el cumplimiento de tal requisito podría valorarse mediante la gradación de la gravedad del hecho, según las particulares circunstancias en que el agente desarrolló la conducta típica, la motivación y las consecuencias de la acción en la víctima y otros efectos materiales que se generen, entre otros elementos a considerar. Relativo al concepto de "gravedad de los hechos" ver los votos Nº 45-98, de las 10:05 horas del 24 de abril de 1998 y 11-98 del 6 de febrero de 1988, ambos del TRIBUNAL PENAL JUVENIL. Ver GARCÍA AGUILAR, Rosaura. "Formas no penales de reacción ante la infracción juvenil: suspensión del proceso a prueba." Ponencia presentada en Seminario en materia penal juvenil, La Catalina, Heredia, mayo, 1998.*

4.2. Relación entre la suspensión del proceso a prueba y la ejecución condicional de la sanción.

Como se adelantó, es estrecha y evidente la vinculación entre una y otra figura, al grado que los presupuestos de admisibilidad y otorgamiento de la última son trasladados al examen de la petición de suspensión del proceso.

El propio poder de elección que ostenta la administración de justicia acerca del acogimiento o denegatoria de la condena condicional es recogido en la resolución a emitir sobre la concesión o rechazo de la suspensión a prueba del proceso.[64] Es decir, al recaer las bases del último instituto en las del primero, el cual, a su vez, otorgó una potestad decisoria al órgano jurisdiccional para su aplicación, de esta facultad participa la suspensión del proceso a prueba.[65]

Precisamente esa alternativa es la que permitiría afirmar que la tarea del juez no es, entonces, únicamente de constatación de los requisitos impuestos, sino también de valoración de la conveniencia del otorgamiento del beneficio de ejecución condicional al infractor y, por ende, del disfrute de la suspensión del proceso a prueba, sin que se trate de un juicio presuntivo de su culpabilidad.

Debe tenerse presente que la condenación condicional refleja el convencimiento de la inutilidad que representa el cumplimiento efectivo de las sanciones restrictivas de libertad y se dirige, en lo fundamental, a la prevención especial,[66] siendo la figura en estudio conteste con dicha filosofía, con la gran diferencia, entre otras, del momento procesal para su aplicación.

Con antelación a la citación a juicio lo que opera es la paralización del proceso, para evitar llegar a la imposición de una sanción, que, de todas maneras, no se hubiera concretado en el plano real.[67]

4.3. ¿Son los supuestos de admisibilidad de ejecución de la pena los mismos de la suspensión del proceso a prueba?

El artículo 89 de la LJPJ fija las condiciones de procedibilidad de la suspensión a prueba sin atender la naturaleza persecutoria del hecho delictivo, sea si es de acción privada,[68] si es pública perseguible a instancia privada,[69] o si se trata de un delito de acción pública, al igual que se hace en la legislación de adultos.[70] Al no existir esa discriminación, se concluye que ésta es factible en todos ellos, siempre que la sanción permita el otorgamiento hipotético de la condena condicional. Precisamente, como la LJPJ menciona que la suspensión del proceso se aplica en todos los casos en que sea factible la ejecución condicional de la sanción, prácticamente remite a los presupuestos de concesión de aquélla, observándose que, en ese aspecto, en el numeral 132 de la misma ley, tampoco se hace ninguna referencia al tipo de ilícito penal.

Con base en lo anterior, al juez penal juvenil le corresponderá examinar todos y cada uno de los elementos que motivan la ejecución condicional, a fin de resolver la solicitud de suspensión. Entre tales supuestos, como se

---

64 *Claro está esa facultad del juez para resolver, le exige el deber de fundamentación exponiendo clara y justificadamente las razones de la declaratoria. Voto Nº 489 de las 10:00 horas del 27 de agosto de 1993 de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ver en igual sentido votos de esa misma Sala, números 23, 273 y 451 del año 1992.*

65 *Obsérvese que de la propia redacción de los numerales 59 y 60 del Código Penal se infiere esa facultad de elección del juzgador para su otorgamiento o rechazo.*

66 *REINHART, op. cit., p.819. "Son bien conocidos los efectos contraproducentes de las penas de encarcelamiento de mediana o corta duración; es muy difícil que estas sanciones logren algún efecto rehabilitador. Por otra parte, su costo es notoriamente desproporcionado respecto a los resultados que se obtienen. Sin embargo, no debe ignorarse el hecho de que se ha demostrado recientemente que para algunas infracciones o delitos, las penas de corta duración pueden producir efectos inhibitorios satisfactorios, tal como ocurre, por ejemplo, con el denominado Shock System. De todas maneras, a pesar de los beneficios que pueden producir las penas cortas en algunos casos, siempre se insiste en la necesidad de que se establezcan medidas alternativas a la detención, especialmente en penas de corta o mediana duración." CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. La Sanción Penal, op. cit., p.86 y 87.*

67 *Partiendo de la idea de que aquel infractor hubiera sido beneficiado con la remisión condicional.*

68 *Art. 80 del C.P. y 19 del C.P.P.*

69 *Artículos 81 bis del Código Penal y 18 del C.P.P.*

70 *C.P.P., op. cit., art. 25.*

adelantó, no se exige que el beneficiado goce de la condición de "primario", es decir, que carezca de antecedentes penales anteriores, como se hace con los adultos.[71]

Para la aludida concepción tampoco interesa si el acusado ha disfrutado con anterioridad de una suspensión del proceso a prueba, dado que esa situación no está prevista en la legislación substancial vigente como un presupuesto para la denegatoria del beneficio,[72] aunque sí podría considerarse para los efectos del inciso c) del numeral 132 de la LJPJ (la conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del menor de edad).

Por el contrario, sí debe valorarse el tipo de sanción con que se encuentre conminada la delincuencia atribuida al infractor, por cuanto sólo es admisible cuando sea privativa de libertad.[73] Por ello, aunque en principio el juez hará la valoración de la petición sin tomar en cuenta la clase de delito que se atribuya al gestionante, no deja de ser una limitante para su concesión el hecho de que el internamiento para infracciones juveniles se circunscriba a delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena superior a seis años. Es decir para los casos que resultan excepcionales desde el punto de vista de la sanción.

Asimismo, se establece la necesidad de que esa concesión se sustente en el análisis de la personalidad del joven o adolescente acusado, en el sentido de la obtención de un pronóstico favorable sobre la adecuación de su proceder a las normas sociales, en especial su intención de reparar el daño, de constituir un proyecto de vida alternativo, el contorno social y familiar y la conveniencia para su desarrollo educativo o laboral.

El juicio a realizar para determinar el acogimiento de la suspensión del proceso ha de remitirse al examen de los rasgos de la personalidad del transgresor, no solo para decidir si aquélla le permitirá ajustarse a los patrones sociales y, en concreto, no incurrir en un nuevo delito, sino también para vislumbrar su futura respuesta a las pautas de conducta que se le impondrán con el aplazamiento del proceso.[74]

CONCLUSIONES

Si bien el instituto en estudio, en términos concretos, significa la sustracción de un sujeto acusado por la comisión de un delito del juicio, esa actuación jurisdiccional no obedece a la puesta en práctica de un criterio de oportunidad, sino al recurso de la ley de seguir un método distinto, el cual, mediante la imposición de ciertas normas de conducta busca un mismo resultado: la reinserción social del inculpado. En contraste, el principio de oportunidad reglado supone la existencia de los supuestos contemplados en el numeral 56 de la LJPJ, el cual le permite al Ministerio Público optar por la selección de los asuntos que, por su naturaleza y penalidad, no deban ser sometidos al proceso.

El instituto surte sus efectos sobre la punibilidad, en la medida en que, una vez satisfecha la condición

---

71 *En el Sistema Penal Argentino "Debe tratarse de una 'primera condena a pena de prisión', de modo que no obstan las condenas anteriores a penas de multa y de inhabilitación". ZAFFARONI, op. cit., p. 731. Sin embargo, en materia de infractores juveniles ese requisito se excluye en virtud del Principio de Confidencialidad recogido por el numeral 21 de la LJPJ que exige la reserva de los datos sobre hechos cometidos por jóvenes o adolescentes sometidos a dicha legislación.*

72 *Ver artículo 132 de la LJPJ, en el que se exigen condiciones distintas de ésta. Asimismo, al respecto de tal numeral se ha dicho que "Es importante resaltar que para el otorgamiento de la ejecución condicional de la sanción de internamiento no se ha fijado ningún límite referente a la personalidad o antecedentes de comisión de delitos anteriores, de ahí que puede otorgarse en todo caso, independientemente del monto de pena..." Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada por Tiffer Sotomayor, op. cit., p.125. Cabe recordar que en el Proyecto de Reforma al Código Penal sí se establecen límites al respecto.*

73 *Artículo 132 párrafo primero de la LJPJ. Obsérvese que al juez le asiste la obligación de indicar las razones por las que tomó una u otra determinación y si en el caso en examen debe resolver si admite o no la suspensión del proceso, estará obligado a mencionar los motivos por los cuales consideró que el imputado eventualmente se haría acreedor o no de la ejecución condicional de la sanción. "Debe mencionarse claramente por qué se considera que la sanción sería suspendida condicionalmente en caso de realizarse completamente la fase de debate y, además, el motivo por el cual se beneficia el acusado con esta suspensión del proceso." LJPJ anotada y concordada. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, op. cit., p.173. En adultos se ha sostenido que aunque la ley tiene como objetivo evitar la aplicación de la sanción en casos donde pueda verificarse su concreta innecesariedad preventivo-especial, el instituto "...ha fijado un límite a su campo de vigencia restringiéndolo a hechos merecedores de pena de una relativa entidad..." OLAZABAL, op. cit., p.47. Sin embargo, en menores no interesa la cuantificación.*

74 *"Se supone que quien se beneficia con una condena condicional debe hacerse el firme propósito de no delinquir nuevamente. La 'moral' entendida como moral individual (no como ética), es una cuestión de conciencia. De lo que aquí se trata es de saber, simplemente, si el sujeto es capaz de experimentar como un deber de conciencia la obligación de no volver a delinquir, es decir, si es capaz de asumir seriamente ese compromiso." ZAFFARONI, op. cit., p.732.*

suspensiva, se produce la extinción de la acción penal y con ella la de la eventual sanción.

Al condicionar la legislación especial la procedencia de la suspensión a la calificación positiva de la acusación, se garantiza la carencia de vicios de forma susceptibles de subsanación o de una posible recalificación del cuadro fáctico, así como la inexistencia de un eventual sobreseimiento de la causa en favor del joven o adolescente. Sin embargo, para darle mayor contenido a esa previsión de no introducir al presunto infractor al proceso, salvo cuando sea estrictamente necesario, en razón de los efectos nocivos que éste genera en él, sería recomendable que la declaración indagatoria le fuera recibida luego del examen jurisdiccional de la validez de la pieza acusatoria. Esa anteposición garantizaría mayor certeza del cuadro fáctico atribuido y al mismo tiempo beneficiaría la celeridad procesal, en el tanto la declaración de referencia sería emitida hasta una vez que se contara con una acusación formal y substancialmente procedente.

Asimismo, debe mencionarse que el decreto de improcedencia de la citada pieza por razones de fondo, según se desprende incorrectamente del artículo 84 de la LJPJ, no conduce a la suspensión del proceso a prueba, la cual, por el contrario, requiere de una acusación legalmente válida. Además, de aplicarse oficiosamente un criterio de oportunidad, según lo dispuesto por el numeral 84 de la LJPJ, debe procederse con la consulta al fiscal en los términos del artículo 56 de dicha ley.

Finalmente, en consideración a los elementos previstos por el legislador para el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena, cabe mencionar que la evaluación acerca de su procedencia encierra la integración de elementos objetivos y subjetivos, cuya inclusión proyecta un examen idéntico en la decisión sobre la suspensión a prueba.

Se refleja así, tanto en uno como en otro, la necesidad de valoración más allá de una punición abstracta, de una serie de aspectos que ayuden a esclarecer si en una causa particular se permite su concesión o no. Es decir, si el inculpado está en posibilidad de beneficiarse con la ejecución condicional y de seguido, con el instituto objeto de este análisis.

Cuando se resuelve en un asunto específico la sanción que corresponde al imputado y la posibilidad de disfrute de la ejecución condicional de la misma, ese examen es precedido por una audiencia oral, que le brinda elementos al juzgador para su cuantificación y determinación de la conveniencia de su otorgamiento. En el procedimiento que nos ocupa la revisión de tales extremos pudiera no ocurrir en iguales términos.

No obstante, el juez penal juvenil puede obtener esa información mediante las manifestaciones del joven al rendir su declaración y aceptar la imposición de las eventuales directrices. También puede proveerse de estudios psicosociales —artículo 93 de la LJPJ— o de otra índole, que le permitan extraer los datos necesarios para estimar la sanción a la que se haría acreedor y la viabilidad de su ejecución condicional, como preámbulo para el otorgamiento de la suspensión a prueba.

En nuestro sistema penal juvenil, en la medida en que la ejecución condicional procede para los hechos punibles cuya sanción sea privativa de libertad, sin que exista ninguna condición expresa en cuanto al monto de la misma, de primera entrada podría predicarse una mayor apertura al instituto. Empero, esa valoración queda de alguna forma limitada por los casos calificados —llámese delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a los seis años—, que ameritan la imposición de una sanción excepcional de internamiento y que pese a la gravedad que pueden revestir —en razón de la conminación que reciben—, cumplan con el presupuesto del inciso b) del artículo 132 de la LJPJ, a saber la "falta de gravedad de los hechos".

Distinta es la situación cuando la sanción de internamiento deriva del incumplimiento injustificado de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión, en las cuales aplicar la suspensión del proceso a prueba resulta a todas luces cuestionable, por haber existido ya un proceso penal con las consecuencias antes dichas.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Barcelona, Editorial Bosh, 1995.

ARMIJO SANCHO, Gílbert. Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil, 1a. ed., San José, Escuela Judicial, 1997.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal. El Delito. Editorial Aanzad, 1985.

ARROYO, José Manuel. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. San José, Colegio de Abogados, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Derecho Procesal Penal. España, Editorial Trivium S.A., 1991.

BACIGALUPO, Enrique. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, 1a. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.

BAUMANN, Jurgen. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

BÍNDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, 1a. ed., Editorial Ad-Hoc, 1994.

BUSSER, Roberto y otro. El juicio con debate oral. Código Procesal de la Nación. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1993.

CAFFERATA NORES, José. Temas de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

CAFFERATA NORES, José. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

CAFFERATA NORES, José. La seguridad ciudadana frente al delito y otros trabajos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

CAMPOS ZÚÑIGA, *Mayra y CUBERO PÉREZ*, Fernando. La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil. San José, Escuela del Poder Judicial, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1997.

CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita. "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina." La niñez y la adolescencia en conflicto con la Ley Penal. San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995.

CASTILLO BARRANTES, Enrique. Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. Actualizada por Víctor Dobles Ovares. Juritexto, San José.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal: estructura del proceso. Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. El Proceso Penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales. Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.

CLAUS ROXIN, GUNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989.

CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. La función acusadora en el proceso penal. La obligatoriedad de la acción en el Proceso Penal Costarricense. San José, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1989.

CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. La Sanción Penal. Aspectos Penales y Penitenciarios. San José, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1990.

CHIARA DÍAZ, Carlos y otros. Juicio oral y procedimientos especiales en el Código Procesal de la Nación, 1a. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

D'CARRIO, Alejandro. Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1984.

DANIEL HUGO, Antonio. Actividad jurídica de los menores de edad. Argentina, 2a. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 1992.

Diccionario El Pequeño Larousse, 2da. ed., Ediciones Larousse S.A., 1996.

GARCÍA AGUILAR, Rosaura. "Formas no penales de reacción ante la infracción juvenil: suspensión del proceso a prueba." Ponencia presentada en Seminario en materia penal juvenil, La Catalina, Heredia, mayo, 1998.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derechos de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia, 1994.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal: Proceso Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El Proceso Penal Español. 1a. ed., S. J., IJSA, 1993.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El Proceso Penal Alemán y Normas Básicas: introducción al proceso penal Alemán, traducción de la ley procesal alemana y de sus leyes complementarias y diccionario jurídico procesal penal (Alemán-Español), 1a. ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1985.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "Principios Procesales y Procedimiento Preparatorio." Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Madrid, Editorial Colex, 1990.

GONZÁLEZ SOLAR, José. Delincuencia y Derecho de Menor. Aporte para una legislación integral. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona. Editorial Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

HOUED, Mario. "La suspensión del proceso a prueba", Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

LEVENE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, 2da. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Derecho Procesal Penal. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán), San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, 1993.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, 2da. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, Fundamentos. Tomo I, Vol. IV, Argentina, Editorial Hammurabi.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal: Fundamentos, 2da. ed., Santiago, Chile, Editores del Puerto S.R.L., 1996.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Derecho del Menor, 1a. ed., Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1993.

MENDIZÁBAL, Oses. Derecho de Menores. Teoría General. Madrid, Ediciones Pirámide, 1977.

MORENO CATENA, Víctor y otros. Derecho Procesal. El Proceso Penal I. Tomo II, Vol. I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1987.

MORAS MOM, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

MÚÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

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

OLAZÁBAL, Julio. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso, 2da. ed., México, Harla S.A., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1994.

PRIETO CASTRO y otros. Derecho Procesal Penal, 3a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1987.

REINHART MAURACH y OTROS. Derecho Penal, Parte General 2. Traducción de la 7ma. edición alemana por JORGE BOFILL GENZSCH, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.RÚA, Fernando de la. Teoría General del Proceso. Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. "Aporte al Estudio del Régimen Procesal de las contravenciones en Costa Rica." Revista de Ciencias Penales. Nº 5, marzo a junio de 1992.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 2da. ed., México D.F., Harla, 1995.

SOLÍS QUIROGA, Héctor. Justicia de Menores, 1a. ed., México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1983.

SOSA ARDITI, Enrique. Juicio oral en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

TIJERINO PACHECO, José María. "El principio de oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal." Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

UNICEF. Ajuste con rostro humano. Compiladores Andrea Coria y otros, España, Vol. I, 1987.

VINCENZI, Ofelia. Principales disposiciones legales y reglamentarias de Costa Rica acerca de los menores de edad. San José, Imprenta Nacional, s.f.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario. Problemática del menor en cárceles para adultos. San José, Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección General de Adaptación Social, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal, Parte General, quinta ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 1987.

OTRA LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Lehmann Ediciones, 1987.

Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Asamblea General de la ONU del 20 de noviembre de 1989, ratificada por la Asamblea Legislativa de Costa Rica el 18 de julio de 1990, Ley Nº 7184.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, la cual entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Código Procesal Penal. Ley número 7594 del 10 de abril de 1996, publicado en el Alcance número 31 de La Gaceta número 106, del 4 de junio de 1996.

Código Penal, aprobado el 4 de mayo de 1970, 3a. ed., San José, IJSA, 1995.

Código de Procedimientos Penales. Anotado y comentado por Javier Llobet Rodríguez, 2da. ed., Editorial Juricentro, 1991.

Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. ("Directrices del Riad"). Resolución 42-112 del octavo congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990.

Estatuto del Niño y el Adolescente. República Federativa de Brasil. Publicado el 13 de julio de 1990.

Ley de Justicia Penal Juvenil. Número 7576, aprobada el 6 de febrero de 1996, comentada y concordada por TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, 1a. ed., San José de Costa Rica, Juritexto, 1996.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1991.

Ley del Menor Infractor de El Salvador, 27 de abril de 1994, incluida en la obra: La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.

Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia. Ley Nº 7648, en La Gaceta Nº 245, 1996.

Ley Procesal Penal Alemana. Texto del 7 de enero de 1975, incluida en la obra: El proceso penal Alemán, de GÓMEZ COLOMER.

Ley de Reorganización Judicial, 1era. ed., San José, Editec Editores, 1998.

Proyecto de Reforma al Código Penal de Costa Rica. Publicado en el Alcance Nº 51 de La Gaceta Nº 170, del 6 de setiembre de 1996.

Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Incluido en obra Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo I, de MAIER.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. (Reglas de Beijing), séptimo congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. Octavo congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990.

* * *

CONCILIACIÓN PENAL Y CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (C.N.A.)

Saúl Araya Matarrita
Fiscal Auxiliar de Capacitación
Ministerio Público

I. INTRODUCCIÓN

1. El 1º de enero de 1998 entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal (en adelante C.P.P.), Ley Nº 7594 de 4 de junio de 1996. Este nuevo cuerpo procesal trajo una serie de institutos alternativos a la prosecución penal, o simplificadores del proceso, entre los que se encuentra la conciliación en materia penal. Su artículo 36 permite que hechos acusados como delitos puedan ser conciliados entre la víctima y el imputado bajo ciertas condiciones propuestas por ambos, mientras exista equilibrio en la negociación. Estos delitos pueden ser los de acción privada, los de acción pública a instancia privada, y los de acción pública puros y simples, siempre que la pena señalada en el tipo penal no sea mayor de 3 años y que el imputado sea primario. También pueden conciliarse las contravenciones y los delitos que tengan pena no privativa de libertad. En los delitos de carácter sexual (sin que importe la edad de la víctima), en las agresiones domésticas (sin que importe el sexo de la víctima), y en los cometidos en perjuicio de menores de edad (sin que importe el tipo de delito), el Tribunal no *procurará* la conciliación entre las partes, pero *escuchará* la que le propongan el ofendido o sus representantes.

2. Cinco semanas después, el 6 de febrero de 1998, entró en vigor el **Código de la Niñez y la Adolescencia** (en adelante C.N.A.), el cual fue publicado en La Gaceta Nº 26 como Ley Nº 7739. Esta normativa creó un fuero de competencia etaria, y entregó su procedimiento a dos órganos: uno administrativo —PANI (art. 142 C.N.A.)— y otro jurisdiccional —juez de familia (art. 141 C.N.A.)—, para lo cual diseñó un nuevo tipo de proceso, al que denominó "Proceso especial de protección", siendo que para accesar el proceso especial de protección es necesario agotar previamente la vía administrativa.

3. ¿Qué asuntos conoce un proceso como el especial de protección de menores? Este proceso tramita las situaciones suscitadas a partir del dictado de medidas de protección por las oficinas locales del PANI, según los arts. 135, 136 y 137 del C.N.A. Una vez incoado el proceso, el juez de familia revisa los resultados obtenidos con las medidas dictadas en sede administrativa, y señala día y hora para la audiencia de conciliación o mediación, la cual debe celebrarse en un plazo máximo de 5 días. Si no se llegó a una conciliación, y una vez oídas las partes y recabadas las pruebas, el juez de familia dicta la resolución final, donde la medida más grave es el inicio, de oficio, del proceso para la suspensión definitiva del depósito, tutela o autoridad parental, según corresponda (repetición de los numerales 143-147 C.N.A.).

4. ¿Qué pasa si el juez de familia encuentra que el asunto, más que un incumplimiento de una medida de protección constituye o puede constituir delito (incumplimiento de deberes, abandono de menor, agresión con arma, lesiones, tentativa de homicidio, trata de menores, incesto, estupro, explotación de incapaces u otro hecho *que pueda constituir delito*)? Testimonia piezas y las remite al Ministerio Público, y aquí vale decirlo, ***para lo de su cargo.***

5. ¿Y cómo debe comportarse el juez de familia si los sujetos involucrados —quizá los padres del menor— le piden que les concilie el asunto porque quieren llegar a un arreglo ante él? Les indica a las partes que debe aplicarles el art. 154 del C.N.A. que indica que la conciliación judicial en materia de niños y adolescentes debe celebrarse según el procedimiento especial de protección de menores, pero que el 155 del C.N.A. no le permite a él, como juez de familia, conciliar los hechos que puedan constituir delito; les referirá que pueden llegar a un acuerdo en cuanto a la eventual sanción en esa sede (remoción de la autoridad

parental), pero que no pueden conciliar ahí la explotación del incapaz, o el incesto, o el abandono del menor, o la desobediencia a la autoridad, porque eso tiene que verlo el Ministerio Público en el proceso penal que establecen los artículos 45 C.P.P.: "La competencia de los tribunales de justicia se extiende al conocimiento de los hechos delictivos cometidos en el territorio de la República.."; 22 C.P.P.: "El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de esta ley"; 62 C.P.P.: "El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley.."; art. 1 L.O.M.P.: "El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial y ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal.."; art. 2 L.O.M.P.: "El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública".

6. A la letra, el artículo Nº 155 establece: **"Artículo 155 – Impedimentos:** No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental ni los que puedan constituir delitos".

7. Este último artículo ha hecho pensar a algunos operadores jurídicos (defensores, fiscales, jueces, instituciones del sector operativo) que el numeral 155 del Código de la Niñez vino a impedir la conciliación penal cuando el asunto pudiera constituir delito y fuera en perjuicio de un menor de edad. Dicho de otro modo: se interpreta que **en sede penal** no hay conciliación para quienes cometan delitos contra menores de edad, sin que importe el tipo de delito, bastando la condición de minoridad de la víctima para que no proceda la conciliación ni en delitos sexuales ni en ningún otro.

8. Los sustentantes de dicha posición sostienen, entre otros argumentos igualmente importantes:

a) Que el C.N.A., por ser ley especial y posterior, vino a derogar tácitamente el art. 36 C.P.P., que es ley general con respecto al C.N.A., y además es anterior.

b) Que debe estarse siempre al ***"interés superior del menor"***, tal como lo indica la Declaración Internacional de los Derechos del Niño y el mismo C.N.A.

c) Que el menor nunca se encuentra en situación de equilibrio con respecto al adulto, por razones inherentes a su condición personal, por lo cual la conciliación que se opere en tales casos no responde a los presupuestos del art. 36 C.P.P.

d) Que nuestro país está obligado a tutelar los derechos de los menores porque a eso le constriñen los instrumentos internacionales que ha ratificado.

Los anteriores argumentos se reflejan claramente en el voto 7115-98 de la Sala Constitucional, que se comentará infra.

II. HAY VARIOS TIPOS DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

1. En los últimos años, nuestro país ha venido asumiendo una cultura jurídica de negociación del conflicto. Mucho antes de la promulgación de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social Nº 7727 de 14 de enero de 1998 (en adelante "LRAC"), se entronizaron los institutos del diálogo, negociación, mediación, conciliación, arbitraje y otras técnicas similares (sic, art. 2 ibídem), aplicables a áreas tan diversas del proceso como el Derecho de Familia, el Laboral, las contravenciones, la materia penal juvenil, la materia comercial, la civil (art. 74 y siguientes, ibídem) y—hasta hace poco difícil de concebir— la materia penal. Así, se han creado procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje en todas esas materias, los cuales, si bien son de naturaleza jurídica semejante, tienen fisonomía propia, que determina una diferencia particular entre un tipo de conciliación y otro, tanto que se permiten la mediación y la conciliación extrajudiciales con amplia libertad, pero bajo las limitaciones de la L.R.A.C.[1]

2. Existen varios tipos de conciliación, cada uno con presupuestos, formalismos y efectos diferentes entre sí, como lo reconoce el mismo art. 72 L.R.A.C.: *"..o si se tratare de la conciliación, mediación o*

1 "La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley", art. 5 L.R.A.C. (Nº 7727 de 14 de enero de 1998).

arbitraje laboral que tiene, en la regulación nacional, normas especiales vigentes". La conciliación no cabe sólo en sede jurisdiccional, sino también en administrativa, tal es el caso de la que puede aplicarse en asuntos que son de conocimiento del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) (véase arts. 128-140 C.N.A.). Los efectos de un tipo de conciliación no pueden aplicarse a los de otra sede, porque no fueron pensados para ella y por tanto se obtendrán resultados disímiles o contrarios a las pretensiones de la norma o a la naturaleza del hecho que la norma regula.

3. La conciliación que prevén la Constitución Política (art. 43)[2] y la L.R.A.C. (art. 2)[3] es una composición de diferencias patrimoniales, por eso no se aplican a la conciliación penal. Si pudiera aplicarse la conciliación genérica que prevé la L.R.A.C. (admitiendo que es ley especial para conciliaciones), a la conciliación penal (que está prevista dentro de una ley general) habría que admitir que "el acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar **en cualquier momento**", y en consecuencia tener por reformado el art. 36 párrafo 1 C.P.P., en cuanto a que la conciliación procede "..en cualquier momento antes de acordarse la apertura a juicio". Pero resulta claro entender que estamos ante dos conciliaciones completamente diferentes; en primer lugar porque la genérica es sobre asuntos patrimoniales, en tanto que la penal es sobre asuntos constitutivos de delito, tengan o no contenido patrimonial; en segundo lugar, porque sería extraño —ilegal— que las personas pudiesen conciliar o mediar extrajudicialmente sus asuntos constitutivos de delito, a espaldas del órgano requirente y del juez que puede validar ese acuerdo con la extinción de la acción penal. Puede verse, a lo largo de toda la L.R.A.C., que no existe una norma que expresamente prohíba a los sujetos involucrados en la mediación, conciliación o arbitraje resolver, entre sí, sus diferencias constitutivas de delito, (si ellos asumen que tal delito es de contenido patrimonial y por tanto le es aplicable la L.R.A.C.). No cabe interpretar ese vacío legislativo porque existe una competencia penal con un tinglado de órganos y sujetos investidos de autoridad para aplicar la conciliación que correspondería, que es la penal, la cual es completamente diferente (la conciliación genérica puede ser extrajudicial y "ser practicada libremente por los particulares", —art.5 L.R.A.C.— en tanto que la penal no: si el acuerdo interpartes no es homologado por juez competente no se produce la extinción de la acción penal).[4]

4. La conciliación del art. 36 C.P.P. es una conciliación penal. Implica que ahí se efectúa un acuerdo entre víctima e imputado respecto de hechos que tienen carácter delictivo, sin importar el contenido del bien jurídico lesionado ni la edad de las personas involucradas. La conciliación del C.P.P. es para hechos de familia o de menores, siempre que no sean delictivos. En otras palabras: el C.N.A. no vino a establecer un procedimiento de "conciliación para menores", sino un procedimiento de protección de menores donde cabe la conciliación mientras el asunto no sea delito, porque si lo es le toca a otro funcionario resolver sobre ello, y no al juez familiar. Valga un ejemplo: cuando un funcionario del PANI conoce un problema de salida de un menor del país, y encuentra que se falsificaron documentos para lograrla, no cita a las partes para conciliar ese punto. Debe comportarse como le ordena el art. 134 C.N.A.: denuncia el hecho, porque está obligado según el art. 281:a) C.P.P. (obligación de denunciar). Igualmente, si el juez de familia conoce de hechos remitidos a su competencia, y percibe que los

---

2 *Art. 43 C.P.:* "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

3 *Art. 2 R.A.C.:* "Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible".

4 La gente no puede andar por ahí conciliándose delitos, *en virtud del ius puniendi, que es una potestad de imperio del Estado. Tal como es nuestro sistema, el conflicto patrimonial es disponible a espaldas del juez civil o familiar, por ejemplo, y tiene plena eficacia; pero el conflicto penal aún vive secuestrado por el Estado, pues aunque las partes puedan "disponer", en alguna medida, de sus intereses, siempre tendrán que hacerlo ante juez penal, quien velará por la equitatividad y justicia de la solución, pues la doctrina tutelar de adultos sigue pensando que estos no pueden resolver sus asuntos sin que otro adulto, decida por ellos con autoridad ejecutoria y de cosa juzgada. Una liberalización absoluta dentro del Estado de derecho quizá permitiría tales acuerdos, cuando la gente se cuestione por qué no puede conciliarse, mediarse o arbitrarse sus delitos cuando no haya intereses generales comprometidos de un modo importante. Todo ello plantea siempre el problema de la validez del pacto social fundamental, la necesariedad del ius puniendi y la necesidad de defender la vida en convivencia —gregaria debilidad del ser humano—, pero antes habrá que delimitar los linderos entre el interés particular meramente disponible, y el interés público debidamente representado por el fuselaje funcionarial; entre los derechos humanos de imputados y víctimas y la obligación del Estado de defender a sus habitantes.*

mismos tienen entidad delictiva, no puede aplicarles la conciliación en su sede, sino que se comporta en los términos del art. 143 C.N.A. (testimonia piezas para ante el Ministerio Público). Al modo de ver del legislador, los funcionarios administrativos denuncian hechos, y los órganos jurisdiccionales testimonian piezas. Igual sucedería con el funcionario de Migración, Salud, Educación u otro que encuentre que un asunto propio de su conocimiento puede constituir delito. A mi juicio, lo que el legislador quiso, cuando incluyó esa frase sibilítica, fue respetar el valor jurídico de la palabra "delito" (hecho típico, antijurídico y culpable con valor de cosa juzgada y en un estadío postplenario y posadversarial), y por eso habló de los "asuntos que puedan constituir delitos"; también respetó y tuvo en cuenta la jurisdicción que declara la existencia de delitos, habida cuenta de que el juez de familia (competente para el proceso especial de protección de menores) no podía decir derecho sobre la existencia o no de delitos. De ahí que le prohibió expresamente conciliar o mediar asuntos en que estuvieran involucrados: (a) derechos irrenunciables de las partes (por las protecciones constitucionales y legales que tienen), (b) hechos de violencia doméstica (por la probada desigualdad que existe entre agresor y víctima, y por la fuerte política nacional que existe para erradicarla o atenuarla), (c) asuntos sobre suspensión o pérdida de la autoridad parental (porque son derechos personalísimos, protegidos constitucionalmente, y de alta sensibilidad social), y (d) asuntos que puedan constituir delitos (porque pertenecen a la competencia jurisdiccional penal, la cual es improrrogable y no puede ser atraída por el juez de familia, según versa la L.O.P.J. (arts. 162 y ss., específicamente 165 y 169).

III. LA COMPETENCIA PENAL NO ES PRORROGABLE

1. La Ley Orgánica del Poder Judicial indica que: "..Cuando un funcionario estimare que es incompetente para conocer del asunto que se le somete, **salvo el caso de prórroga de competencia,** lo declarará así de oficio y ordenará remitir el expediente al funcionario que a su juicio corresponda conocer.." (art. 169 L.O.P.J.). Ni el funcionario del PANI o de otro órgano administrativo, ni el juez de familia, tienen fuero de atracción sobre asuntos con interés penal. Ninguno puede aplicar sus instrumentos de trabajo si los hechos que está resolviendo "pueden constituir delito", dada la separación de competencias materiales.

2. La facultad de administrar justicia que tiene el juez, está dada por el cargo que asume, el cual contiene un espectro de competencia por territorio, grado, materia, cuantía. De ahí que el art. 165 L.O.P.J. indica que: "Todo juez tiene limitada su competencia al territorio **y a la clase de asuntos** que le estén señalados para ejercerla (..). El juez sólo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente prorrogada o delegada". Se observa que la "clase de asuntos" está dada por el grado, la materia y la cuantía. En la especie sub exámine, el juez de familia tiene la misma limitación material para el conocimiento de causas que puedan constituir delito, por razones de especificidad de la materia, la cual le es ajena, pues los numerales 1, 45, 47:a, 48 del C.P.P. le acuerdan a otro juez el conocimiento de esos asuntos, y de paso enquistan a un órgano procesal requirente para que cumpla con la modalidad del sistema acusatorio que nos rige (arts. 62, 278, 289 C.P.P.).

3. Todos recordamos que ni siquiera el mismo Tribunal Penal, de procedimiento o de juicio, puede "avocarse" el conocimiento de un delito perseguible de oficio mientras conoce de otro, pues el modelo acusatorio le obliga a remitir los antecedentes al órgano requirente para lo de su cargo (152 en relación con el 278 in fine C.P.P.). O sea que, ni siquiera "entre iguales" puede darse esa delegación tácita.

4. Podría aducirse que no se está sacando el conflicto penal para llevárselo al juez de familia. Pero entonces cabe la interrogante: ¿por qué aplicar el proceso especial de protección de menores —de sede familiar— al proceso penal, o sea, por qué traer entonces la ley del fuero familiar y aplicársela al fuero penal? La materia de menores que protege el C.N.A., aplicable a todos los demás procesos judiciales (incluido el penal), es respecto de los principios fundamentales (artículo 1 ibídem), pero no respecto de los procedimientos particulares, como lo es la conciliación penal,[5] la cual tiene sus propios

5 "Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitario como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población".

fundamentos, presupuestos y contrapesos, nacidos de principios penales como el acusatorio, el contradictorio, el derecho de defensa y dentro de él el derecho a la aplicación de la norma procesal de garantía, la igualdad de las partes en el proceso, la interpretación restrictiva en perjuicio de derechos o facultades de las partes, la inviolabilidad de su intervención, la intervención y empoderamiento de los sujetos protagonistas del conflicto para resolverlo, todos ellos como expresión del libre juego democrático donde todos pueden opinar sobre los asuntos que les afectan. Es por esas razones que el presente estudio opina que, al injertar los principios de la conciliación de menores en la conciliación penal, se obtiene un resultado contradictorio con los nuevos postulados de la doctrina de la protección integral en materia de menores.

5. Por otra parte, es de orden público la norma procesal penal que cobija los asuntos que puedan constituir delitos, y por tanto aplicable *erga omnes,* razón que obliga a pensar que el C.P.P. debe prevalecer en conciliaciones donde el menor figure como ofendido, siempre que los hechos conocidos tengan contenido típico, pues la competencia del juez penal para dirimir esos asuntos no puede ser delegada en el homólogo de familia, y la norma procesal penal atrae el sumario familiar por derecho propio, como lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV. EL C.N.A. VISTO POR DENTRO

1. Los criterios de ley especial o ley general, ley posterior o ley anterior, son aplicables entre normas de igual procedimiento o igual materia, mismas que no resultan procedentes en esta discusión, pues las materias conciliatorias son de diferente especie (penal vs. familia), y cada una tiene su propia especialidad y fuero de atracción. En tal sentido, el art. 1 C.N.A. prevé que "Las normas de cualquier rango que les brinden (a los menores) mayor protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código", lo que viene a decir que si para un menor es mejor conciliar que no conciliar (piénsese en unas lesiones culposas donde el menor es ofendido), prevalece el art. 36 C.P.P. y no el 151 C.N.A., porque el primero le beneficia más que el segundo.

2. El art. 17 C.P.P., así como el 104 y el 108 C.N.A. le permiten al menor el derecho de denunciar, y eventualmente instar o accionar (como querellante) siempre que tenga más de 15 años. El art. 5 del mismo cuerpo legal manda tener en cuenta sus opiniones mientras esté en condición de formárselas. Sin embargo, si se admite la tesis negativa de conciliación penal en menores, el mismo ordenamiento que le reconoce discernimiento para acusar e instar no le permitiría decidir sobre la posibilidad de arreglar sus diferencias conciliatoriamente en sede penal y en qué términos. El art. 11 ibídem supone que el menor cuenta con un juicio interior capaz de interpretar las restricciones de la ley, la moral y el orden público, a fin de que cumpla un espectro de deberes; pero según la interpretación dicha, no le permitiría que decida sobre sus facultades y poderes en sede penal. Si el menor puede opinar en materias de su interés (art. 105 C.N.A.),[6] igualmente puede, con adecuada orientación, decidir sobre si desea conciliar en sede punitiva, pues los instrumentos internacionales no le han privado de opinar en esa vía, tanto si actúa en calidad de ofensor, de ofendido o de interesado patrimonialmente. Idénticas consideraciones caben respecto a que, para exigirle responsabilidad penal al menor sí se le reconoce discernimiento de acciones, pero no para permitirle el uso de facultades de composición de su conflicto particular. Esta crítica fue utilizada por los operadores jurídicos en materia penal juvenil, y recibió el espaldarazo en el Voto Nº 6857-98 de 16:27 h del 24 de setiembre de 1998 de la Sala Constitucional, respecto a que el juez penal juvenil no puede imponer oficiosamente al menor, reglas de orientación y supervisión en la suspensión del procedimiento a prueba, si no cuenta con la aquiescencia de éste.

3. El **interés superior** del menor no puede ser óbice para impedir la conciliación, pues bajo ese texto se estaría volviendo a la doctrina de la situación irregular, en que el menor es tratado como objeto de protección y no como sujeto de derechos y responsabilidades, pues en aras de "protegerlo" le impedimos conciliar, por el solo hecho de ser menor de 18 años. Es obvio que le estamos diciendo que no tiene formación de criterio, aunque tenga la madurez emocional para ello, porque la ley supone que él no

---

6 *Artículo 105 (C.N.A.): "**Opinión de personas menores de edad:** Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este Código, y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión (...)". **Artículo 9: "Aplicación preferente:** En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad, según los criterios que caracterizan su interés superior".*

puede decidir sobre el hecho que lo afectó, el cual le es secuestrado —una vez más— por los adultos, quienes decidirán por él (fiscales, defensores, jueces, psicólogos, médicos, trabajadores sociales, administradores, parientes, apoderados). Esta despersonalización del derecho de defensa material no es acorde con el inciso d) del art. 11 C.N.A., según el cual es deber del menor: "Ejercer activamente sus derechos y defenderlos". Impedirle conciliar a la persona menor que puede formarse un criterio y que está en igualdad procesal —al menos no en desigualdad evidente—, porque se tiene una "manus" protectora sobre ella, sería desandar lo andado, y volver a la doctrina de la situación irregular que se desterró con la moderna política criminal en materia de justicia penal juvenil. No podemos partir de la premisa de que el interés superior del menor lo conoce el funcionario, pero no lo conoce el menor, pues sería desapoderarlo de su propio conflicto, y hasta en asuntos en los que no hay interés público relevante.

4. Una lectura intranormativa del C.N.A. permite introducir dudas: el art. 154 indica que "la conciliación judicial en materia de niños y adolescentes podrá celebrarse cuando esté pendiente un proceso o como acto previo a él. En ambos casos se regirá por el procedimiento establecido en este capítulo". Si dicha conciliación se refiere a la conciliación penal, entonces habrá que suponer que todas las conciliaciones penales en que intervienen menores deben procesarse según los supuestos "de este capítulo" que es el Capítulo II del C.N.A., llamado "Proceso especial de protección". El art. 141 establece cuál es el funcionario competente para conocer de dicho proceso: "los jueces de familia de la jurisdicción del domicilio de la persona menor de edad involucrada en el proceso". Entonces alguien podría pensar que hay que ir al juez de familia para que conozca de la conciliación penal en materia de menores, puesto que el C.N.A. tiene un fuero de atracción sobre todos los asuntos que conciernan a menores. Sin embargo, no es así, porque los asuntos que conoce el juez de familia son los del proceso especial de protección de menores, en cambio los que conoce el juez penal se refieren: "al conocimiento de los hechos **delictivos** cometidos en el territorio de la República" (art. 45 C.P.P.). De donde cabe la interrogante: ¿por qué la conciliación de menores habría de ser asimilable a la conciliación penal en el fondo pero no en la forma, en la sustancia pero no en el procedimiento? O bien, ante tal colisión de competencias, ¿cuál atrae a cuál y qué procedimiento se aplica? Es claro que, si la materia de menores es especial, la penal es especialísima, y en razón de ello la última atrae a la primera.

V. LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO PENAL (C.PE.)

1. En mi criterio no debería cerrarse la puerta definitivamente a la conciliación en cualquier tipo de delitos, ni siquiera vía reforma legal al art. 36 C.P.P., pues se cometerían injusticias y se volvería al estado anterior, a la nueva normativa procesal penal.[7] De algún modo, incluso, se estaría partiendo del supuesto de que todos los menores son iguales ante el conflicto penal, y no se estarían considerando las diferencias subjetivas de cada caso concreto; en otras palabras, se identifica la posición del menor de 3 años con el menor de 17 años; o la situación del menor agredido por una tentativa de homicidio por parte de su padre en relación con el menor víctima de unas lesiones culposas. Cabe preguntarse cómo se armoniza el art. 71:e) del Código Penal (en adelante C.PE.), cuando obliga al juez a hacer una ponderación de los elementos subjetivos que califican la actuación **de la persona ofendida,** cuando hayan influido en la comisión del delito.[8] El art. 159 ibídem, por ejemplo, introduce el elemento normativo "mujer honesta", con lo cual permite que se discutan las características particulares de la víctima menor de edad y de su acción, pues el legislador asume que no todas las víctimas, por ser menores de edad, están en un plano de absoluta inocencia o perplejidad ante el hecho punible. El juez puede "perdonar" (sic) al condenado por rapto, estupro o abusos deshonestos cuando la persona menor ofendida o sus representantes legales

---

7 *Ausencia de autocomposición; heterocomposición necesaria, mito de la necesidad del debate y su correlato necesario, la cárcel, sin perjuicio de otros esperpentos jurídicos que la historia de la penología documentó desde 1973 con Michel Foucault,* ***Vigilar y castigar*** *con referencia a la concepción del conflicto penal predominante en los últimos tres siglos.*

8 *Es decir, se impone valorar cómo la víctima enfrenta la acción lesiva, incluso si la provoca de algún modo, si participa en ella; permítase la expresión:* si quizá no es tan inocente, *aunque sea un menor de edad. La malicia es propia del ser humano, y se desarrolla en el contexto de convivencia. Esto lo sabía el legislador, y le indicó al juez que no dejara de tomarlo en cuenta. Asumir que el menor siempre entra al proceso penal inocentemente es como admitir sin cortapisas que* los niños nunca mienten.

lo soliciten, o cuando el PANI no se oponga (art. 93 C. Penal), e incluso la misma víctima puede conciliar con el ofensor, remitiéndole el delito y hasta casándose con él, pero no le es dable, según se interpreta, conciliar penalmente con el imputado en los términos del art. 36 C.P.P. Es claro que la ponderación sobre la **capacidad procesal penal** de la víctima menor de edad está en juego con estas interpretaciones. El ordenamiento jurídico costarricense le viene dando la palabra al menor ofendido para que opine y decida sobre la conciliación, desde hace veinticinco años, mucho antes de que naciera el art. 36 C.P.P., cuando ni siquiera soñábamos en nuestro país conque la acción penal fuese disponible en delitos de acción pública, por el miedo que se tenía a la privatización del proceso penal. Es razonable, pues, cuestionarse por qué el ordenamiento permite tales conductas y el art. 151 C.N.A. no permitiría la conciliación, y también es evidente que hubo una interesante visión de política criminal que motivó ese ordenamiento normativo antes del 6 de febrero de 1998, fecha en que apareció la Ley 7739 o Código de la Niñez.

2. A la luz de la teoría negativa de conciliación en delitos contra menores, tendríamos que, siempre que se trate de menores ofendidos no podrán conciliarse: lesiones culposas, agresiones con arma, abandonos, omisiones de auxilio, injurias, calumnias, difamaciones, matrimonios ilegales, entre un sinfín de conductas reprimidas, delitos todos de menor cuantía punitiva, pues los extremos menores de esas penas son inferiores a los 3 años, y en algunos casos el extremo mayor tampoco es superior a los 3 años. [9]

3. Es cierto que incomodó al legislador de 1996 que se aplicara la conciliación penal en delitos sexuales (sin importar la edad del ofendido), en delitos contra menores (sin importar el tipo de delito), o en delitos domésticos (sin importar el sujeto que los sufre), tal como lo prevé el último párrafo del artículo 36 C.P.P., y por eso le quitó al órgano jurisdiccional el impulso procesal de oficio para procurar la conciliación. Sin embargo, no la impidió del todo, dejando a las partes que valoraran el mérito de sus lesiones materiales y espirituales y decidieran al respecto. El legislador prefirió respetar la mejor tradición cristiana del perdón de los errores humanos, en la que todos hemos sido formados y en la que todos tenemos experiencia. Examinemos un momento la sección de delitos sexuales del Código Penal, donde encontramos conductas que normalmente son molestas a la sociedad, no obstante que el legislador las dotó de la misma pena valorativa (menores de tres años de prisión) que a los tipos citados en el acápite anterior, con lo cual indicó su posición sobre el reproche que merecen, a saber: estupro (simple), abusos deshonestos, contagio venéreo, raptos, rufianería (delito este en que, aun cuando el menor sea quien ejerce la prostitución la pena va de 2 a 3 años), sodomía con un menor de edad entre 12 y 17 años (1 a 3 años). Todos estos tipos penales protegen a los menores, sin embargo, la sistemática punitiva los ordenó, hace casi 30 años, de modo que su pena pudiese ejecutarse condicionalmente y hasta ser perdonados (léase conciliados) por la víctima menor de edad, y luego, con la reforma, les permitió conciliarse, repararse, mediarse y suspenderse a prueba.

4. Podemos ver también delitos expresamente en perjuicio de menores: la sustracción de menor de 12 años es punible, pero no más allá de 2 años, y aun en este tipo penal el mayor de 12 puede prestar su consentimiento, lo que permite rebajar la pena prudencialmente; el incumplimiento de deberes alimentarios, simples o agravados, o de los deberes de asistencia, o de los atributos de la patria potestad son "de menor cuantía". Si un menor de edad es ocultado por una autoridad, a lo sumo se le imponen 2 años de cárcel al autor, y si alguien lo priva de libertad enfrenta una pena de no más de 3 años. Esta percepción del menor cabe aun en formas agravadas (192:1 C. Penal), pues el extremo menor es de 2 años. Ese mismo menor puede ser coaccionado, amenazado gravemente, o sufrir otras conductas desviadas, sin que el autor del ilícito quede expuesto necesariamente a la cárcel. Así puede seguirse haciendo camino por toda la sistemática típica del Código Penal, y se encontrará que el espíritu de la

9 *Ya la Jurisprudencia de la Sala Tercera afirmó que para determinar la procedencia de la conciliación y de la suspensión del proceso a prueba, ha de estarse al extremo inferior de la pena (el cual debe ser menor de 3 años de prisión), y que no deben aplicarse las reglas del delito continuado, concurso ideal y concurso material, sino considerar cada entidad delictiva por separado, pues esas tres figuras jurídicas son aplicables en una etapa posplenaria, la cual obviamente no se ha llevado a cabo al momento de la investigación preparatoria o de la audiencia preliminar, de donde la mejor interpretación para el imputado es deslindar cada injusto y aplicarle separadamente la conciliación o la suspensión del proceso a prueba (Voto Nº 796-98 de 10:30 hrs. del 21 de agosto de 1998, Sala 3ª. De la Corte Suprema de Justicia, Exp. 97-000226-022-PE).*

ley es ponderar el reproche de la actividad ilícita en función de una comprensión valorativa de la víctima menor de edad y de la sociedad, pero no agrava esas penas sólo por la condición de minoridad de la persona expuesta.

5. También puede observarse que el legislador no permitió que algunas conductas desviadas se beneficiaran con la conciliación, dada la gravedad del hecho en sí mismo. Y no solo les quitó el beneficio de suspensión si eran castigados, sino que les aumentó la privación de libertad y las sacó de cualquier autocomposición del conflicto o perdón de la víctima. Así: las violaciones, el estupro agravado, las corrupciones, el proxenetismo (el cual agrava aún más si es en perjuicio de un menor de edad (170:1 C. Penal); lo mismo se hace con la trata de menores, conducta agravada con pena de 8 a 10 años.[10] Esta expresa clasificación evidencia una política criminal y un intento claro de diferenciar menores entre sí, y conductas de adultos entre sí. El legislador dijo —en criterio de quien suscribe— que no se puede legislar con un rasero.

6. De ahí que no es tan grave para el legislador la sodomía con un menor de edad, siempre que este tenga entre 12 y 17 años, según dijo el legislador ordinario de 1982 (que desarrollaba el contenido propuesto por el legislador constitucional de 1949 cuando quiso proteger a los menores y a la familia), pues para esa conducta no permitida la pena es de 1 a 3 años, a saber, ni siquiera el extremo mayor de esta pena sobrepasa los 3 años, y véase que expresamente el tipo penal indica que el acceso carnal es con un menor. Ni siquiera en el caso de que el mismo ascendiente o descendiente consanguíneo tenga relaciones incestuosas voluntarias con un menor de edad que está entre los 15 y los 17 años se impide aplicar un beneficio de ejecución condicional de la pena (presupuesto de la conciliación y de la suspensión del proceso a prueba), pues el extremo inferior de la pena es de 2 años.

7. Los tipos penales que protegen el interés de los menores contienen, normalmente, penas agravadas o calificadas en virtud de la edad de la víctima, imponiendo penas cuyo extremo menor supera los 3 años, con lo cual esos delitos técnicamente no son conciliables, o sea, no procede el instituto alternativo por razones formales, de ahí que ni siquiera se entra a conocer la oportunidad o procedencia de fondo de la conciliación en esos supuestos. Si la ley penal decidió favorecer algunos de esos delitos con penas inferiores a los 3 años, fue porque el legislador ponderó el valor social de la conducta reprochable como de una entidad delictiva de menor daño al interés particular y social que protege toda norma punitiva, y estableció una política criminal que le acordaba al menor algún tipo de capacidad de querer, de actuar, de participar y de autocomponer el conflicto.

8. Permanece, pues, una pregunta: ¿Por qué el legislador de 1970 —año de nacimiento del Código Penal— supuso que la víctima menor de edad no merecía un trato tutelar igualitario, que le impidiera al agresor tener el beneficio de que su pena fuese perdonada, suspendida o conciliada, y el legislador de 1998 opinaría que esa misma víctima no tiene el derecho de conciliar con su victimario, justamente ahora cuando hay instrumentos internacionales que dicen que hay que oír el parecer del menor y estar a su interés superior? La vieja legislación penal, hoy vigente y azotada por aires de cambio, nació bajo el imperio del principio tutelar o de la doctrina de la situación irregular, en la que el menor era una res administrable y no un centro de imputación subjetiva de derechos y responsabilidades, como modernamente lo apunta la teoría internacional de la protección integral.

VI. COLISIONES CON LA DOCTRINA DEL C.P.P.

1. Es admisible que víctima menor e imputado no siempre estarán en igualdad de condiciones. Pero también lo es que no siempre están en desigualdad de condiciones. Es cierto que la naturaleza de muchos delitos no les permite a las víctimas alcanzar el podio del victimario, pero también será reiterativo hallar un menor en mejor condición que el adulto victimario, o que otro menor victimario. Y por un caso que coincida con esta hipótesis, improbar la conciliación en términos generales es injusto. Al cerrar la puerta a la

10 *Lo cual resulta extraño porque el 170 C. Penal castiga el proxenetismo agravado cuando la víctima es menor de 18 años; el 172 castiga con prisión de 5 a 10 años cuando se refiera a trata de mujeres y menores de edad; pero el párrafo segundo del art. 172 indica que se aumentará la pena de 8 a 10 años si media alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 170, el cual ya prevé en el inciso 1) que la víctima sea menor de 18 años. O sea: no puede ser agravante la minoridad, si el tipo penal básico exige que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor.*

conciliación de **cualquier** delito en que un menor sea víctima (pues el art. 155 C.N.A. no se refiere a ningún delito específicamente), se está impidiendo la autocomposición del conflicto (solución interpartes), aunque ese conflicto esté dado por cualquiera de los tres géneros de acciones: (a) pública, (b) pública a instancia privada, (c) privada; todas las cuales están cubiertas por el 36 C.P.P.

2. Asimismo, al cerrar dicha puerta, no queda claro en qué condición quedan los delitos **de acción privada** cometidos en perjuicio de menores, en los cuales según los arts. 19, 30:b) y 72-74 C.P.P., el querellante (léase menor ofendido, pues puede querellar desde los 15 años de edad según el C.N.A.) puede desistir de la querella, lo que implicaría un contrasentido, pues el menor querellante podrá desistir, pero no conciliar. La conciliación cabe en todos los tipos de acción (privada, a instancia privada, y pública con limitaciones subjetivas y objetivas).

3. Controvertida queda también la situación de los **delitos de acción pública a instancia privada,** cuya instancia puede ser revocada por el mismo menor que la incoó (art. 17 párr. 4 y 30:h C.P.P.).

4. Asimismo, pierde equilibrio la **conversión de la acción pública en privada** (art. 20 C.P.P.), porque un menor de edad puede convertir la acción, pero no conciliar, y por tanto ya no tiene sentido convertir acciones si el asunto no puede discutirse privadamente, pues al menor le siguen ciñendo las mismas carencias. Si se asume que no es posible conciliar en materia de menores ofendidos (sin importar el delito de que se trate), instituciones como la conversión de la acción y la revocatoria de la instancia tal vez se vean robustecidas y sean más apetecidas, siempre que no caigan con la conciliación bajo el imperio del *efecto dominó*, puesto que el mismo vicio tendría la voluntad del menor para revocar o desistir en sede convertida.

5. Cabe discutir, en puridad de principios, si quedan en peligro de extinción otras figuras donde se necesita de la aquiescencia o participación del menor, como son: la aplicación de criterios de oportunidad en que el menor puede dar información para esclarecer otros delitos; la reparación integral del daño, en virtud de que la víctima menor de edad debe admitir la condición, modo y término de la reparación cuando el daño es particular. Semejante problema se plantearía a los menores ofensores en el caso de la suspensión del proceso a prueba y del abreviado, en que deben admitir los hechos.

6. De ahí que deba aclararse bien si el menor no puede conciliar en los siguientes términos: (a) porque cuando es víctima está en desigual situación, o (b) si no puede hacerlo porque su criterio presenta limitaciones del querer. En el primer caso, me parece correcto (pero solo en algunos casos y en algunos delitos, pero ni siquiera se puede generalizar en una misma tipología delictiva —en delitos sexuales se prohíbe terminantemente la conciliación, por ejemplo—, pues en tratándose de conductas humanas por examinar, la casuística será siempre la regla), porque hay muchos tipos penales en los que el menor no está en situación desigual por su condición de minoridad (delitos entre menores, delitos en que los sujetos no entran en contacto, estafas en perjuicio de tercero menor de edad, simulaciones, estelionatos, falsedades, lesiones culposas, v. gr.). En el segundo caso hay inconsistencias porque los instrumentos internacionales y las normas domésticas han creado una doctrina de protección integral que hoy se admite pacíficamente.

7. Todo esto trae su aparejo: ¿tiene, entonces, limitaciones para conciliar el representante del menor, quien teniendo libre arbitrio para la expresión de la voluntad de aquél, llega a un acuerdo conciliatorio con el imputado? ¿O debe entenderse que la prohibición de conciliar en sede penal es solo para el menor, pero no para su representante? Si el representante del menor sí puede conciliar es porque tiene, se supone, un criterio formado que el menor no tiene, lo que impone la conclusión de que el menor no puede conciliar solo en razón de su inherente condición personal etaria (o etárea, no aparece en el D.R.A.E.). En tanto que, si el menor está en desigualdad de condiciones, tampoco podría conciliar su representante, porque la situación de desequilibrio procesal no variará por el hecho de que otro opine por él.[11]

---

11 *Tal es el caso —se me ocurre— del menor cuyo representante —un funcionario del PANI, v. gr.— admite la conciliación con el padre abusador de su hijo menor, y este último debe volver a vivir con su agresor bajo el mismo techo, en idéntica situación en que se propició el hecho dañoso —o peor para ese momento—, sobre todo si no se aplican programas de seguimiento institucional, los cuales todos sabemos que están en detrimento económico. ¿No sería mejor preguntarle al menor si quiere volver a esa casa y perdonar a su papá? Las historias de agresiones sexuales ya tienen varios volúmenes, y creo que más bien es el momento de oír a sus víctimas.*

8. El Ministerio Público podría decidir (y ello involucra a todas las fiscalías y no solo a la de Penal Juvenil, pues todas pueden conocer de materias donde un menor sea víctima) si se opone a la conciliación en cada caso concreto, pero ha de fundamentar su oposición en cada oportunidad, así como debe hacerlo el juez al razonar por qué aplica la conciliación o por qué se opone a la que solicita el representante del Ministerio Público (infra, nota 4). [12]

9. En este sentido son de obligada observancia para el juez: a) el interés superior del menor (arts. 8, 112 C.N.A.); b) su visión y opinión sobre el hecho que lo afectó y su posición al respecto (art. 105 C.N.A.; art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño); c) la situación de desequilibrio en que se encuentre con respecto a su victimario (art. 36 párr. 6 C.P.P.);[13] d) la pérdida del impulso procesal de oficio para procurar la conciliación (art. 36 párr. 7 C.P.P.); e) la obligación, por parte del juez penal, de fundamentar por qué razones acoge la conciliación entre víctima e imputado, a pesar de la oposición del Ministerio Público[14] (obligación que si se inobserva habilita los mecanismos de impugnación). De modo que si el juez ha sido asentado en la escena como garante del equilibrio procesal y como ejecutor de los acuerdos conciliatorios, y su función es auxiliada por la intervención de equipos interdisciplinarios obligatorios de peritos (212 y 221 C.P.P.), defensores, fiscales, especialistas, podría pensarse que el menor realmente no está solo ni inerme ante el aparataje institucional que aborda su conflicto.

10. Lo que en criterio de quien suscribe no debería hacerse, es impedir genéricamente la conciliación en delitos en perjuicio de menores, aduciendo que el art. 155 C.N.A. la prohibió o la impide, pues se violentaría el derecho a un debido proceso por parte del imputado, y se le impide a la víctima alcanzar sus expectativas de resarcimiento expedito, que es lo que mayormente desea, según la experiencia del C.P.P. en el primer año de vigencia de la reforma procesal penal.

11. La Sala Constitucional ha dicho que la denegatoria de los instrumentos procesales previstos constituye una infracción al debido proceso.[15] Y la Ley de la Jurisdicción Constitucional (L.J.C.) estima que la infracción es amparable por cuatro razones: 1) por la redacción de la norma; 2) por sus efectos; 3) por su interpretación; 4) por la aplicación que haga una autoridad pública (art. 3 L.J.C.). No obstante, un voto reciente de la Sala Constitucional, introduce nuevos elementos de interés para el análisis.

12. Quepa decir que si las normas no son claras lo que se impone es la interpretación, la cual se rige por el art. 2 C.P.P., que prohíbe la interpretación limitativa

---

12 *Se ha documentado casos en que es preferible que el Ministerio Público se acoja a una conciliación de dudosa procedencia, cuando son familiares los involucrados como imputados, víctimas y/o testigos, en cuyos casos siempre cabe la protección constitucional de abstención de declarar; en razón de ello se ha preferido aplicar una conciliación con condiciones o una suspensión del proceso a prueba con Reglas de Conducta bien definidas, para obligar al imputado (sea menor o adulto) a someterse a algún tipo de control institucional o atemperador de conducta, en vez de ir a una etapa plenaria donde no habrá adversariedad por cuanto la familia, a efecto de conservar su unidad o por el hecho de que haya desequilibrio en la negociación —sobre todo cuando el padre es el imputado— preferirá no declarar y dejarán al Fiscal sin prueba. En estos casos, la experiencia demuestra que los dictámenes no siempre son suficientes, cuando se quedan sin un reflejo fáctico de quienes vivenciaron la aproximación técnica que hace el perito.*

13 *En este sentido véase Voto Nº 707-98 de las 10:05 h del 24 de julio de 1998. Sala 3ª. de la C.S.J., Exp. 96-002286-301-PE. Este voto está contenido en la Jurisprudencia Nº 31-98 del Compendio del Ministerio Público.*

14 *El Voto Nº 727-98 de las 9:20 h del 31 de julio de 1998, de la Sala 3ª. C.S.J., (también en: Compendio del Ministerio Público, Jurisprudencia 39) indica que:* "...el criterio en sentido negativo emitido por el Ministerio Público, o por otras personas involucradas en el conflicto, distintas al imputado, su defensor, o la víctima, no será vinculante para el juez, pero el Tribunal debe apreciar esas consideraciones con el fin de homologar los acuerdos o bien rechazarlos, siempre que evidencie la afectación de los derechos de alguno de los involucrados", *lo que razonablemente permite entender que deberá el juez fundamentar su juicio de homologación, fundamentación que, de no existir, abre la vía impugnaticia.*

15 *Así el famoso voto Nº 1739-92 sobre el debido proceso, que en lo conducente contiene:* "Es en virtud de la presencia de todos los elementos del **principio de legalidad** que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente **para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente**; y, por último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que **en esta materia, las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional**" *(el subrayado no es del voto).*

en perjuicio de facultades o derechos conferidos a las partes en el procedimiento penal. Habría tres involucrados directos a los que se les limitaría una facultad o un poder procesal *contra legem* (art.12 párr. 1 C.P.P.): el Ministerio Público, el imputado, y la víctima, sin perjuicio de las partes civiles. El por tanto del voto 7115-98 de la Sala Constitucional no ha dicho, y eso es lo que importa, que es inconstitucional la conciliación en sede penal, en tratándose de ofendidos menores de edad.

VII. ALCANCES DEL VOTO 7115-98 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. En consulta judicial que se conoció bajo el número 98-005279-007-CO, se dictó el voto que dice: *"Se evacua la consulta formulada en el sentido de que no resulta inconstitucional el impedimento para conciliar en asuntos que puedan constituir delitos cometidos en perjuicio de menores de edad, que contempla el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia"*. El **por tanto** del voto no se refiere al punto que ha motivado la duda de los operadores jurídicos, pues no se le consultó, a saber: si resulta inconstitucional denegar la conciliación **en sede penal,** cuando el ofendido es un menor de edad, qué valor tiene la conciliación por parte del representante; si expresamente la conciliación del proceso especial de protección de menores debe aplicarse a la conciliación penal en lo que respecta a la denegatoria de esa medida alternativa; si tiene valor extintivo la revocación de la instancia en delitos de instancia privada, el desistimiento en los de acción privada (convertidos o no), y el perdón del ofendido en los del art. 93 del C.PE., siempre que sean menores los ofendidos.

2. En el voto 7115-98 parece haber un desfase entre los considerandos y el por tanto, pues aquellos indican que el art. 155 del C.N.A. reformó tácitamente el 36 C.P.P.; en cambio el por tanto nada refiere al respecto, y solamente indica que no es inconstitucional la inaplicación de la conciliación en los asuntos que puedan constituir delito según el 155 C.N.A., lo que a juicio de este trabajo debe entenderse como un por tanto acertado, pues, en efecto, si el juez de familia no admite conciliar asuntos que puedan constituir delito, en el proceso especial de protección de menores, ello no es inconstitucional, pues mal podría ese órgano jurisdiccional asumir la competencia penal. Bien por el por tanto. La cuestión radica en la afirmación del Considerando III ibídem, en el sentido de que admite la tesis de la Procuraduría General de la República, la cual afirma que *"El Código de la Niñez y la Adolescencia, por su especialidad y por ser posterior al Código Procesal Penal, derogó tácitamente la posibilidad de conciliar en los delitos cometidos en perjuicio de menores de edad, que se establecía en el último párrafo del artículo 36 de esta última normativa"*. No obstante, el Considerando II indica que el pronunciamiento de la Sala en esa consulta se constriñe a la prohibición de conciliar en los asuntos donde el menor figure como víctima, que puedan constituir delito, tal como fue consultado. El por tanto de la Sala se refirió a la sede en que se impide esa conciliación, que es la de familia, pero no a la sede en que nace la consulta que motiva el voto, que es la penal. Véase que la consulta es del Tribunal Penal de la Zona Sur, en una causa penal por abusos deshonestos.

3. El por tanto del voto citado (y eso sería lo vinculante) resuelve el punto en sentido negativo: no es inconstitucional el impedimento de conciliar, (entiéndase en sedes administrativa y jurisdiccional de familia), aquellos asuntos que puedan constituir delitos; pero no resuelve en sentido positivo: es inconstitucional aplicar en sede penal la conciliación en asuntos que puedan constituir delito en perjuicio de menores de edad. El voto 7115-98 de la Sala Constitucional habla, expresamente, de los "asuntos que puedan constituir delitos cometidos en perjuicio de menores de edad **que contempla el artículo 155 del C.N.A.",** y los tales asuntos contemplados en el 155 C.N.A. son los que pueden atenderse en el proceso especial de protección de menores. Un asunto que pueda constituir delito no puede atenderse en proceso especial de protección de menores, porque su atención corresponde a la competencia penal. Aunque se peque de necedad vale repetir: el voto dice que no es inconstitucional que el juez de familia les diga a las partes involucradas en un proceso especial de protección de menores que el asunto ventilado no será conciliado ni mediado porque se refiere: (a) a un derecho irrenunciable; (b) a un asunto de violencia doméstica; (c) a uno de suspensión o pérdida de la autoridad parental; (d) a uno que pueda constituir delito. En los tres primeros eventos la prohibición de conciliar tiene un fundamento de oportunidad: política legislativa en la protección de menores. Pero en el cuarto caso (d) el fundamento es de legalidad: la especialidad de la materia penal, la cual es de competencia determinada, improrrogable e inviolable (no se puede violar el derecho de acción del Ministerio Público, conciliándose en sede foránea un asunto que puede constituir delito, sin que a este último se le escuche respecto de su obligación de ejercitar la acción penal).

4. Véase que, en materia penal, si un asunto *"puede constituir delito"* se conduce bajo el proceso penal clásico, donde el Ministerio Público tiene el derecho de acción. Pero no puede afirmarse que le quepa la conciliación a un asunto *"que* **no** *pueda constituir delito"*, porque si no puede constituir delito lo que procede es la desestimación o el sobreseimiento, no la conciliación ni ninguna otra medida alternativa.

5. La conciliación penal, prevista en el art. 36 C.P.P., debería seguirse aplicando como hasta la fecha, con las observaciones que en su procedencia ha venido haciendo consistentemente la Jurisprudencia nacional en los votos:

— 707-98 de 10:05 h del 24 de julio de 1998. Sala 3ª. Exp. 96-002286-301-PE (Jurisprudencia 31 del MP: *Participación obligatoria del MP en la conciliación; papel que debe desempeñar el Tribunal homologador.*

— 653-98 de las 9.00 horas del 10 de julio de 1998. Sala 3ª. Exp. 95-00098-020-PE (Jurisprudencia 38 del MP: *Limitaciones a la aplicación de la conciliación por falta de documentos; obligación de notificar la sentencia de sobreseimiento al fiscal).*

— 727-98 de 9:20 h del 31 de julio de 1998. Exp. 95-00013-017-PE (Jurisprudencia 39 del MP: *Intervención del MP en la conciliación y en cualquier otra actividad que afecte la acción penal).*

— 796-98 de 10:30 h del 21 de agosto de 1998. Sala 3ª. Exp. 97-00226-022-PE (Jurisprudencia 40 del MP: *Conciliación y suspensión del procedimiento a prueba en relación con: a) quién puede conciliar cuando hay varios ofendidos; b) requisitos para aplicar la ejecución condicional de la pena aplicables a la conciliación).*

VIII. UN PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 36 DEL C.P.P.

1. En la actualidad hay un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa, propuesto por el Dr. Constantino Urcuyo Fournier, que modifica el art. 36 C.P.P. para impedirle al juez penal, expresamente, que aplique la conciliación en delitos sexuales en perjuicio de todo tipo de poblaciones (adultos o menores). Ello en virtud de estudios psicológicos que en este tipo de delitos han hecho organizaciones internacionales y nacionales, públicas y privadas, en los que se ha dejado patente la permanente e insoslayable desigualdad entre víctima y victimario al momento de discutir horizontalmente el hecho delictivo (dentro de los cuales cabe el caso de la victimización entre menores de edad). De modo que, en esa dirección se ha propuesto más bien una especie de mediación o conciliación mediata o delegada en manos de terceras personas, para evitar un enfrentamiento, que puede convertirse en una última oportunidad de victimización que tiene el agresor sobre la persona ofendida.

IX. CONCLUSIONES

1. El art. 155 del C.N.A. no vino a reformar el art. 36 del C.P.P., por lo cual sí procede la conciliación en materia de menores, siempre que se respeten los términos de procedencia que establece este último artículo.[16]

2. En sedes administrativa o jurisdiccional de familia, que son las que atienden a la población de menores afectada por hechos de familia, no cabe aplicar la

16 *A este requisito hay que adicionarle un punto en discusión: Resulta que el Voto Nº 796-98 de 10:30 h del 21 de agosto de 1998, Sala 3ª. de la Corte, en expediente 97-000226-022-PE, publicado en el Compendio de Jurisprudencias Nº 40-1998 del Ministerio Público, vino a decir —tenuemente— que además de la pena, para aplicar la conciliación es requisito que el imputado sea primario, lo cual se contrapone a lo que pacíficamente se venía aceptando por los operadores jurídicos (jueces, defensores, fiscales), a saber, que en la suspensión del procedimiento a prueba sí se exige la primariedad, en tanto que en la conciliación no. Ello porque el artículo 25 C.P.P. habla de* "En los **casos** en que proceda la suspensión condicional de la pena..." *en tanto que el 36 C.P.P. menciona* "...en los **delitos** que admitan la suspensión condicional de la pena...". *En tal sentido se ha hecho una diferencia entre "casos" como compuesto por dos elementos: uno objetivo (pena, igual o inferior a tres años) y otro subjetivo (primariedad del sujeto); en tanto que cuando se habla de "delitos" solamente se está en presencia de un componente objetivo (pena), y no aparece el componente subjetivo (primariedad). En consecuencia, en la suspensión del procedimiento a prueba se exige la primariedad como requisito de aplicación, y para la conciliación no se exige, pudiendo eventualmente un imputado ser beneficiado ad infinitum con la conciliación. Lo cierto es que el voto citado vino a plantear otra posibilidad, cuando manifiesta en párrafos separados:* "(...) concretamente respecto a la conciliación, debe precisarse que cuando el párrafo primero del art. 36 del CPP dice que esta procede (...) debe entenderse que esto es así cuando en esos delitos (...) también se admita la suspensión condicional de la pena (...) estiman los suscritos que la determinación de los casos en que procede la ejecución condicional de la pena debe ser fundada a partir de (...) D) Que se trate de un delincuente primario".

conciliación cuando el hecho conocido pueda constituir delito, pues se daría una prórroga indebida de la competencia penal. En consecuencia, si es un funcionario del PANI quien conoce el hecho, debe denunciarlo; si es un juez de familia, debe testimoniar piezas para ante el Ministerio Público, pues a ambos los liga la obligación de denunciar el delito conocido en el ejercicio de su cargo, que establece el art. 281:a C.P.P.

3. En dicho sentido, la prohibición de aplicar la conciliación, prevista por los arts. 154 y 155 C.N.A. tiene dos supuestos de conocimiento del hecho y una sola salida procesal:

Supuesto Uno: Conciliación en sede administrativa: Opera cuando las partes en conflicto en un procedimiento administrativo (ante el Patronato Nacional de la Infancia), donde hay menores involucrados, deciden poner fin a sus diferencias utilizando las figuras de mediación o de conciliación previstas en un proceso especial denominado de protección del menor, previsto en los arts. 156-167 C.N.A. La prohibición de este cuerpo normativo para conciliarse en esta sede, se da cuando el hecho que se pretende dirimir revista caracteres delictivos, en cuyo caso el funcionario administrativo que los conoce no puede aplicar el instituto conciliador sino que debe plantear la denuncia penal en forma inmediata (así art. 134 C.N.A.).

Supuesto Dos: Conciliación en sede judicial: Estando en curso un procedimiento de conciliación o mediación **ante juez de familia,** este advierte que el hecho reviste características delictivas, en cuyo caso no permite que el asunto se dirima con la conciliación que cabe en este tipo de trámite, y en su caso deberá certificar lo conducente y remitirlo al Ministerio Público o a la jurisdicción penal juvenil, según el caso (sic, art. 143 C.N.A.).

Salida: En ambos casos, sedes administrativa o jurisdiccional, se envía el caso al Ministerio Público, a efecto de que se respete el oficio que por ley le corresponde al órgano acusador, (arts. 22 C.P.P. y 1-2 L.O.M.P., 149 L.O.P.J.), pues conciliar **en tales sedes** un asunto "que pueda constituir delito", comportaría una *prórroga de competencia contra legem,* la cual es, sin más, una prórroga ilegal de las funciones acusadoras del Ministerio Público o de los sujetos llamados a acusar o juzgar según la vocación que establece el C.P.P., lo que violentaría el principio de competencia material (45 C.P.P., 165 LOPJ, 152 y 166 Const. Política). En el mismo sentido el art. 166 de la C.P. establece una norma programática para que sea el C.P.P. el que indique quién conoce los asuntos que puedan constituir delito: *"La ley señalará la jurisdicción, el número y la duración de los tribunales, así como sus atribuciones, los principios a los cuales deben ajustar sus actos..."* Y, complementariamente el art. 165 de la L.O.P.J. desarrolla el contenido constitucional: *"Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla (..) El juez solo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente prorrogada o delegada"*. Si la conciliación de asuntos que puedan constituir delito fuese hecha en proceso especial de protección se estaría violentando el art. 9 de la C.P., que sienta el principio de división de poderes: *"Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias"*, pues en tal caso la jurisdicción penal se estaría delegando en manos del funcionario administrativo, pues ya vimos que el proceso especial de protección debe agotar primero la vía administrativa. De ahí que, una vez más, **el por tanto** del voto 7115-98 de la Sala Constitucional responde a la sistemática del bloque jurídico costarricense, en cuanto a que no es inconstitucional que se impida la conciliación de asuntos que puedan constituir delitos en el proceso especial de protección que se ventila en sede de familia.[17] Conocido el asunto en sede penal, rigen las reglas de los artículos 36 y concordantes del C.P.P., o los de la Ley de Justicia Penal Juvenil, según el caso, los cuales no han sido reformados ni expresa ni tácitamente por el 155 C.N.A.

4. Toda la sistemática del bloque jurídico nacional apunta a reconocer al menor el derecho de decidir sobre asuntos que le afectan, siempre que tenga criterio para ello; al imputado le acuerda el derecho a la norma procesal y a la interpretación restrictiva; al Ministerio Público el derecho de intervención en los delitos de acción pública; al juez penal la inviolabilidad de su

17 *Opino que no así el Considerando III que indica:* "El Código de la Niñez y la Adolescencia, por su especialidad y por ser posterior al Código Procesal Penal, derogó tácitamente la posibilidad de conciliar en los delitos cometidos en perjuicio de menores de edad, que se establecía en el último párrafo del artículo 36 de esta última normativa", *en virtud de que, como aquí se reflexiona, la conciliación de menores que legisla el C.N.A. no es la conciliación penal.*

competencia para decir derecho con autoridad de cosa juzgada, en asuntos que puedan constituir delito.

5. Debe quedar claro que la posición que se sustenta en este estudio no es que ofendido y agresor están siempre en equilibrio de posiciones, ni tampoco que se deba conciliar siempre, aun en delitos que proceden técnicamente en razón de la pena o de la primariedad del sujeto, pero que tienen un reproche social o personal de fondo que hace que uno desee oponerse, porque le parece aberrante el acuerdo conciliatorio. Primero: lo que se busca es que no se cierre la puerta definitivamente a todos los menores, ni a todos los imputados, ni a todos los delitos, como un rasero prohibitivo genérico. Segundo: que se aclare si el 155 C.N.A. lo que quería evitar era la prórroga de jurisdicción, a saber, que en sede administrativa o jurisdiccional de familia se conociese la acción penal. Tercero: que se aclare o adicione el voto constitucional, cuyo **por tanto** no dice que ya no hay conciliación en sede penal en tratándose de víctimas menores.

6. A mi modo de ver, con la consulta formulada en el voto 7115-98 aun no se aclaran los nublados de los operadores jurídicos, por lo que se impone diligenciar la adición o aclaración en el sentido positivo que se echa de menos en el por tanto, a saber: si debe interpretarse que no procede la conciliación en delitos en perjuicio de menores específicamente en sede penal.

7. Eventualmente cabrá, según lo prevé el ordenamiento jurídico, la interpretación auténtica de la Asamblea Legislativa, según lo prevé el art. 121 inciso 1) de la Constitución Política pues, según comentario de la Licda. Rita Maxera (PANI) —en el Foro de Consulta para la interacción Ministerio Público y organismos atinentes, foro en que se comentó el punto que nos ocupa— el legislador del C.N.A. en ningún momento se propuso reformar el art. 36 del C.P.P.

8. Debe discutirse la reforma legislativa —ya propuesta— para que se modifique el art. 36 C.P.P. expresamente, en el sentido de que no se admita la conciliación en tratándose de víctimas menores, o si solo en algunos casos o delitos. En estas lides el Ministerio Público ha tomado el lugar que le corresponde, y ha sometido a diversos foros de consulta, a nivel nacional, las políticas de persecución criminal y los problemas técnico-jurídicos que plantean las nuevas instituciones, donde la novedad de las figuras ha obligado a los operadores jurídicos, a la jurisprudencia y a la doctrina nacional a redoblar sus esfuerzos en la comprensión del comportamiento práctico de dichos institutos procesales. En este punto, el aporte de todos es valioso, y el presente estudio pretende hacer el suyo.



Óleo. Jorge Corea

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES CENTROAMERICANOS

(Guatemala, El Salvador, Costa Rica)

Daniel González Álvarez
Presidente de la Sala de Casación Penal de Costa Rica
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, UCR

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Al igual que en el resto de Latinoamérica, los países centroamericanos atraviesan por un proceso de reforma del sistema de administración de justicia penal, como parte de la transformación democrática que se observa en las otras áreas de organización del Estado y la sociedad.

Este proceso no ha sido sistemático, uniforme, ni constante, pues ha debido superar altibajos políticos, sociales, económicos, para no referir la resistencia de los ciudadanos cada vez que pretende hablarse de garantías para el juzgamiento penal.

El abierto interés desarrollado por los medios de comunicación colectiva en los temas relativos a la represión penal y la lucha contra la criminalidad, ha originado en estas áreas acalorados debates sobre cuál podría ser el fundamento ideológico de la actividad represiva del Estado, sobre todo en un sistema democrático.

Pero no todas son coincidencias. Algunos sectores estiman conveniente no hablar de garantías, ni de derechos, ni siquiera de los fundamentales, cuando se trata de reprimir a la criminalidad, al extremo de influenciar el acogimiento de criterios excesivamente represivos y en muchos casos antidemocráticos en esta materia.

No obstante esas opiniones, los sectores técnicos y los estudiosos impulsan una reforma del proceso penal que de alguna manera quiere desterrar los recuerdos del pasado no muy lejano, y busca afanosamente racionalizar el sistema de justicia penal, desterrando viejas prácticas, e incorporando en el desarrollo del proceso penal instituciones de un claro contenido democrático.[1] El régimen de la prueba constituye uno de esos aspectos fundamentales que se incorporan en los nuevos textos legislativos con la misma finalidad.

El sistema probatorio adoptado en el proceso penal constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al observar cómo los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política.[2] En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da poco más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante.

Así como el sistema procesal es reflejo del régimen político ideológico, el sistema probatorio es a su vez la columna vertebral del sistema procesal. La historia de los métodos de valoración de la prueba es, prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal.[3] Por ello, el sistema probatorio es condicionado por las concepciones ideológicas que imperan en una sociedad y esa vinculación no se oculta tampoco en los modernos Códigos de Procedimiento Penal centroamericanos. La prueba penal "ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes

---

1 *Cfr.* ***A. BÍNDER, Proceso Penal y desarrollo institucional: La justicia penal a las puertas del siglo XXI;*** *y del mismo* ***Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina****, publicados ambos en "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 171 y 201 ss.*

2 *Cfr.* ***G. CONSO, Costituzione e proceso penale****, Milano, 1969, en especial p. 67 ss.*

3 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal****, T. I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, pp. 257 ss.*

en los distintos momentos de la historia", [4] reflejando diferentes posturas.

En el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica (en adelante lo citaremos como **C.P.P.T.**), que inspiró la aprobación de los recientes códigos del área, no se oculta esa referencia que en el fondo constituye la verdadera justificación de su existencia. Ya en la exposición de motivos se afirma, con buen tino, que en nuestros países latinoamericanos "la justicia penal ha funcionado como una caja negra, alejada del control popular y de la transparencia democrática. El apego a ritualismos antiguos, a fórmulas inquisitivas, que en la cultura universal ya son curiosidades históricas, la falta de respeto a la dignidad humana... tornan imperioso comenzar un profundo movimiento de reforma en todo el continente. Este Código Tipo busca servir de base a esta política transformadora, impostergable". [5] Es por esa razón que muchos institutos procesales incluidos en los modernos códigos procesales, que para los países de la Europa Continental son obvios mecanismos de administración de justicia, en el contexto latinoamericano, y particularmente en el área centroamericana pueden significar una verdadera transformación cultural y política, que trasciende el campo de lo jurídico. [6]

Esta situación se pone particularmente de relieve cuando abordamos el tema probatorio, el principio de libertad de prueba, sus limitaciones legales y constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones. En la experiencia costarricense los principios en esta materia fueron incorporados en el Código de Procedimientos Penales de 1973 (inspirado en el Código de Córdoba, Argentina), los cuales vienen a ser reiterados y reforzados en el nuevo Código Procesal Penal de 1996 (en adelante se citará como **C.P.P.C.R.**); [7] en El Salvador son recogidos en el Código Procesal Penal de 1997 (en adelante se citará como **C.P.P.E.S.**); [8] y en Guatemala en el Código Procesal Penal de 1992 (en adelante **C.P.P.G.**). [9]

2. LIBERTAD PROBATORIA

Asumiendo una concreta posición política, en términos muy similares los códigos centroamericanos recogen el principio de libertad de la prueba, al disponer en Guatemala que: "*se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas...*" (Art. 182 C.P.P.G.); en El Salvador que: "*los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes...*" (Art. 162 C.P.P.E.S.); y en Costa Rica que "*podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley*" (Art. 182 C.P.P.C.R.). Estas redacciones siguen las recomendaciones del Código Tipo, al estatuir que en el proceso penal "*...se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido...*" (Art. 148 C.P.P.T.).

---

4 ***J. I. CAFFERATA NORES, La prueba en el proceso penal,*** *Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 4.*

5 *Exposición de motivos del* ***Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica****, edición del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1990, pp. 218 y 219. Para una historia sobre la aprobación de este Código, véase* ***J. LLOBET RODRÍGUEZ, La reforma procesal penal,*** *Escuela Judicial, San José, 199.*

6 *Cfr.* ***L. SALAS y J. M. RICO, La justicia penal en Guatemala,*** *FIU, EDUCA, San José, 1989, en especial pp. 171 ss.*

7 *El* ***Código Procesal Penal de Costa Rica (C.P.P.C.R.)*** *se aprobó por Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996, publicado en el Alcance N° 31 a "La Gaceta" N° 106 del 4 de junio de 1996, y entra en vigencia el 1° de enero de 1998. Utilizamos la primera edición de la Imprenta Nacional, La Uruca, Costa Rica, 1996.*

8 *El* ***Código Procesal Penal de El Salvador (C.P.P.E.S.)*** *fue aprobado mediante Decreto Legislativo N° 904 del 4 de diciembre de 1996; entra en vigencia en los primeros meses de 1998. Utilizamos la edición publicada por el Centro de Informática Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, 1997.*

9 ***El Código Procesal Penal de Guatemala (C.P.P.G.)*** *fue aprobado por Decreto del Congreso N° 51-92, del 28 de setiembre de 1992, en vigencia desde 1995. Utilizamos la edición de la Unidad de Capacitación, Formación y Desarrollo de Recursos Humanos del Ministerio Público. Ciudad de Guatemala, 1993.*

Con ello soluciona un problema debatido por la doctrina sobre la existencia de tal principio [10] y aclara algunas confusiones terminológicas. En efecto, de acuerdo con esa formulación normativa, "*en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba*".[11]

En esas disposiciones encontramos los dos aspectos básicos del principio de libertad probatoria. En primer término dicho principio admite la posibilidad (garantía) de que cualquier hecho o circunstancia que de alguna manera afecte la decisión del Tribunal, pueda ser probado, incluyendo desde luego las situaciones invocadas por el acusado y su defensa. Se trata de un primer aspecto relacionado con el objeto de la prueba, que responde a la pregunta ¿Qué probar?

En segundo término, el principio admite la posibilidad de utilizar cualesquiera medios de prueba lícitos para cumplir con el objetivo de averiguar la verdad real, sin que al efecto deba escogerse solo los medios de prueba mencionados en el Código. A lo anterior se llega respondiendo a la pregunta ¿Cómo probar?[12]

Ambas fases de esa libertad (en relación con el objeto de prueba y en relación con los medios de prueba) encuentran en los códigos importantes limitaciones y prohibiciones, que podemos calificar de **absolutas** cuando se trata de hechos o circunstancias que la ley no permite verificar (por ejemplo la inadmisibilidad de la prueba de la verdad), y **relativas** cuando la ley indica qué medios de prueba deben utilizarse para acreditar ciertos hechos (sobre el estado civil, por ejemplo), o cuando se priva de efectos probatorios a determinados medios de prueba.[13] En esta última categoría ingresan las limitaciones probatorias de origen constitucional.

Para esos efectos la fórmula reconocida en los códigos admite probar todos los hechos y circunstancias de interés, por cualquier medio de prueba, pero si éstos se apresuran a indicar *"salvo prohibición expresa de la ley..."* (Arts. 182 C.P.P.C.R. y 148 C.P.P.T.), como una clara limitación, o resaltando que los hechos y las circunstancias pueden ser probados en la medida que se utilice *"...cualquier medio* ***legal*** *de prueba..."* (Art. 162 C.P.P.E.S.) o bien utilizando un *"...medio de prueba* ***permitido...***" (Arts. 180 y 182 C.P.P.C.R.; y 182 C.P.P.G.).

En forma más clara aun se establecen precisas limitaciones frente a aquella declaración abierta que permitiría probar cualquier hecho, con utilización de cualquier medio, durante el proceso penal. A tal propósito se dispone en Guatemala que *"un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa e indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados"* (Art. 183 C.P.P.G.). En similares términos se pronuncian los códigos salvadoreño y costarricense (Arts. 15, 162 C.P.P.E.S.; y 180, 181, 183 C.P.P.C.R.). Posteriormente, el articulado se encarga de señalar algunas de estas situaciones básicas, dejando otras para las leyes civiles, la respectiva Constitución y los pactos internacionales de Derechos Humanos aprobados por los países de la región. (Sobre las prohibiciones y las limitaciones véase infra Nº 5).

Los códigos se encargan de estatuir y reglamentar diferentes medios de prueba, tales como el registro, el secuestro, la prueba testimonial, la pericial, la documental, los reconocimientos, los careos, pero se pronuncian por la no taxatividad de los medios de prueba, [14] al precisar *que "además de los medios de prueba previstos en este Capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no se supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema Institucional"* (Art.148 in fine C.P.P.T., y en términos muy

---

10 *En posición contraria a la doctrina dominante, se inclina por desconocerlo,* ***G. LEONE, Tratado de Derecho Procesal Penal****, Buenos Aires, 1963, V. II, p.175 ss.*

11 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal****, cit., p.864.*

12 ***J. I. CAFFERATA NORES, La prueba****..., cit., p.24 s. y* ***E. FLORIAN, De las pruebas penales****, Bogotá, 1982, T. I, 3ª ed., pp. 223, ss.*

13 *Cfr.* ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal****, cit., pp. 698 s.*

14 *Sobre el principio de la no taxatividad, cfr.* ***E. FLORIAN, De las pruebas penales****, cit., pp. 223 ss.*

similares 185 C.P.P.G.), de modo que todo se puede probar y por cualquier medio siempre que no se irrespeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Debe resaltarse también que ya en las disposiciones normativas se vislumbra una clara distinción entre el **principio de libertad probatoria** (delineado principalmente en los arts. 182 y 185 C.P.P.G.; 162 párrafos primero y segundo C.P.P.E.S.; 181, 182 y 183 C.P.P.C.R.; el Art.148 C.P.P.T.), del principio de **libre convicción del juzgador o sana crítica** (referido en los arts. 186 y 385 C.P.P.G.; 162 in fine y 356 párrafo primero C.P.P.E.S.; 184 C.P.P.C.R.; 149 y 321 C.P.P.T.). El primero se refiere a la posibilidad de probar cualquier hecho o circunstancia de interés para el caso, así como la libertad de recurrir a cualquier medio de prueba, mientras que el principio de libre convicción o crítica racional se refiere a la libertad del juez de apreciar los medios de prueba y asignarles un valor según las circunstancias, para sustentar su decisión, con exposición de las razones que lo inducen a otorgarle credibilidad a la prueba (fundamentación), sobre lo cual hacemos algunos comentarios más adelante (**infra Nª 4**).

3. ACTIVIDAD PROBATORIA DURANTE EL JUICIO

La actividad probatoria se realiza en tres momentos diferentes: producción, recepción y valuación.[15] El primer momento comprende el ofrecimiento de la prueba e incluye el problema relativo a la iniciativa del juzgador; el segundo, se refiere al momento en que la prueba ingresa al proceso, cuando el juzgador toma conocimiento del medio de prueba; y el tercero, a la actividad desplegada por el Tribunal para analizar la prueba y darle un valor, con base en el cual sustenta sus decisiones.

Todos y cada uno de estos aspectos aparecen delineados en las nuevas legislaciones centroamericanas, con un claro sentido democrático. En primer término durante la fase de juicio, corresponde a las partes ofrecer pruebas, al facultárseles presentar la lista de testigos y peritos, y permitírseles invocar la necesidad de practicar otras probanzas (arts. 344 y 347 C.P.P.G.; 314 inciso 5), Art. 316 inciso 13), y Art. 317 C.P.P.E.S.; 304, 317 inciso e) C.P.P.C.R.; 283 C.P.P.T.). Esto revierte aquel poder absoluto del Tribunal instructor de origen inquisitivo, según el cual la iniciativa probatoria correspondía al juez, con mínimas facultades para las partes. De acuerdo con este nuevo sistema corresponde a las partes un verdadero derecho a indicarle al tribunal cuáles pruebas deberán evacuarse durante la celebración del debate, y correlativamente el Tribunal resuelve sobre su admisibilidad, debiendo recibirlas si contribuyen al descubrimiento de la verdad real. En tal caso sólo podrá rechazar, por resolución fundada, la prueba que estime ilegítima, manifiestamente impertinente, inútil o superabundante (arts. 350 inciso 1) C.P.P.G.; 320 inciso 10) C.P.P.E.S.; 320 C.P.P.C.R.; 288 inciso1) C.P.P.T.).[16]

Desde luego, los intereses públicos en juego en el proceso penal no pueden hacer desaparecer totalmente los poderes del juez respecto de la iniciativa probatoria, ya que sobre los elementos de prueba descansa la decisión final. Por tal motivo se les faculta para que dispongan de oficio la recepción de nuevos medios de prueba, o la ampliación de los ya recibidos, ante varias circunstancias, en especial cuando lo estime indispensable o manifiestamente útil para descubrir la verdad (en los casos previstos en los arts. 348, 351, 381 y 384 C.P.P.G.; 320 inciso 10), Art. 352 y 355 C.P.P.E.S.; 320, 355 y 362 C.P.P.C.R.; 285, 289, 316 in fine, 317 y 320 C.P.P.T.). De ellos conviene precisar que el Tribunal puede ordenar el recibo de prueba para mejor resolver al final del debate (arts. 381 C.P.P.G.; 352 C.P.P.E.S.; 355 C.P.P.C.R.; 317 C.P.P.T.), e incluso después de haberlo clausurado, cuando lo estime indispensable durante la deliberación, en cuyo caso dispone la reapertura del debate (arts. 384 C.P.P.G.; 355 C.P.P.E.S.; 362 C.P.P.C.R.; 320 C.P.P.T.).

Si bien en un sistema marcadamente acusatorio la iniciativa probatoria corresponde a las partes y al Ministerio Público, ello no puede sacrificar el descubrimiento de la verdad, como aspiración final de cualquier sistema de administración de justicia penal aceptable. Sin embargo, es de esperar que esta iniciativa de los jueces sea ejercida muy excepcionalmente, sólo para subsanar serias deficiencias en la actividad de las partes, con el único propósito de evitar una injusticia que se produciría ante la ineficacia y la inactividad de la defensa en ofrecer una prueba

15 *Asumiendo la clasificación de* ***A. VÉLEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal****, Buenos Aires, 1968, T. II, pp. 348 ss., quien pone de manifiesto las diferentes opiniones de la doctrina. Sobre los momentos de la prueba véase* ***A. PORRAS GONZÁLEZ, Principios fundamentales en materia de prueba,*** *en "Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", Colegio de Abogados, 1997, 2ª edición, San José, pp. 887 ss.*

16 *Sobre los poderes discrecionales del juez en la recepción de la prueba, cfr.* ***G. VASSALLI, "Il diritto alla prova nel processo penale"****, en: Riv. It. di Diritto en proced. penale, Milano, 1968, pp. 38 ss.*

esencial que permitiría absolver al imputado o al menos atenuar su situación jurídica, o bien ante la inoperancia de los acusadores (fiscal o querellante) que por no ofrecer una prueba que hace evidente la culpabilidad del acusado se ponga en peligro el descubrimiento de la verdad en circunstancias en que fácilmente podía lograrse. En este sentido estimamos que el Código guatemalteco, al igual que el Código Tipo, establecen una clara limitación a las potestades del tribunal de ordenar prueba de oficio, al menos cuando se pronuncia antes del debate sobre el ofrecimiento que hicieron las partes, al señalar que pueden ordenar de oficio que se reciba cierta prueba durante el juicio prueba "*...siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas...*" (arts. 351 C.P.P.G.; y 289 C.P.P.T.), lo que imposibilita incrustar a esta altura procesal una verdadera investigación de oficio de parte del tribunal.

Los códigos también regulan la forma y las condiciones para recibir la prueba durante el debate (arts. 370 a 380 C.P.P.G.; 340 a 351 C.P.P.E.S.; 343 a 354 C.P.P.C.R.; 311 a 317 C.P.P.T.), debiendo destacarse la amplia disponibilidad de las partes para intervenir en los interrogatorios, examinar los objetos, documentos y demás elementos de convicción, con base en los cuales posteriormente formularán sus conclusiones.[17]

Tratándose de documentos y grabaciones se autoriza para que excepcionalmente y con el acuerdo de todos los intervinientes, el tribunal pueda prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando una reproducción parcial (arts. 380 C.P.P.G.; 351 C.P.P.E.S.; 345 C.P.P.C.R.; 316 C.P.P.T.).

Mucho tedio causa un juicio oral en el que deben leerse cantidad de documentos, sobre todo, cuando son de poca trascendencia para resolver el caso, así como también constituye un atentado a la oralidad el que pueda prescindirse en forma total de la incorporación mediante lectura, resultando beneficiosa la solución que permite el resumen y la incorporación parcial, entendiendo que ello exige leer lo esencial. Esta facultad es excepcional y no justifica ni autoriza al tribunal para desconocer el contenido integral de los documentos. Sin embargo, en las fórmulas utilizadas nos parece muy escueta la del Código salvadoreño que simplemente autoriza la lectura, exhibición o reproducción parcial de estos elementos de prueba, sin exigir un breve informe sobre su contenido (Art. 351 C.P.P.E.S.). En la práctica costarricense la experiencia ha sido muy negativa, puesto que siguiéndose un procedimiento similar, en una gran cantidad de asuntos los jueces y las partes están de acuerdo en prescindir de la lectura de documentos, incluso en forma total, porque todos ellos conocen su contenido, pero le impiden al público presente en el juicio oral enterarse de qué se trata el asunto, máxime cuando los documentos constituyen la base esencial para la discusión fáctica y jurídica del caso. Tratando de atenuar esa práctica, el nuevo texto costarricense dispone que "*las partes y el tribunal podrán acordar, por unanimidad, la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba, cuando esa lectura o reproducción baste a los fines del debate. En tal caso, uno de los miembros del tribunal deberá oralmente presentar una síntesis del contenido de esos elementos de prueba. El incumplimiento de esta obligación conlleva la imposibilidad de considerar esas pruebas en la sentencia...*" (Art. 354 C.P.P.C.R.). Se buscó exigirle a uno de los miembros del tribunal hacer esa síntesis con el fin de que al menos uno de ellos asuma la obligación de lectura y por medio del resumen informen a los demás compañeros sobre el contenido de la prueba, con el agravante de que si sólo se prescinde de la lectura y no se hace el resumen, la prueba pasa a ser ilegítima pues no puede ser tomada en cuenta para el dictado de la sentencia.

Desde el momento en que se inicia el procedimiento preparatorio ante la policía judicial y el Ministerio Público, inicia también la actividad probatoria, la cual se extiende incluso durante el procedimiento intermedio. Sin embargo, los códigos centroamericanos aludidos disponen que esa actividad probatoria no debe trascender esas fases del proceso, de tal manera que la sentencia sólo puede estar fundada en la prueba evacuada durante el debate oral y público, con muy pocas excepciones. En efecto la investigación preparatoria tiene como finalidad ulterior la de establecer si existe fundamento serio para someter a juicio a una persona o descartarlo (arts. 309 y 324 C.P.P.G.; 265 C.P.P.E.S.; 274 C.P.P.C.R.; 263 C.P.P.T.); y el procedimiento intermedio constituye el filtro jurisdiccional de esa pretensión, en cuanto se dirige a establecer si al finalizar la investigación el asunto debe abrirse a juicio, o si por el contrario debe decretarse un sobreseimiento, el archivo o la clausura del procedimiento, y se dirige a controlar los requerimientos del fiscal y la acusación de la víctima (arts. 341 C.P.P.G.; 320 C.P.P.E.S.; 319 C.P.P.C.R.; 273 y 274 C.P.P.T.). La actividad probatoria realizada en

17 *Sobre la recepción de la prueba durante el debate, cfr.* ***R. E. TORRES BAS, El procedimiento penal argentino****, Córdoba, 1987, T. II, pp. 418 ss.*

esas fases sólo podría tener incidencia para esos efectos y no para sustentar la sentencia, [18] salvo tratándose de actos que por su naturaleza y características deban ser considerados como definitivos e irreproductibles, o cuando debe recibírsele declaración a un testigo que no podrá hacerlo durante el debate (arts. 317 C.P.P.G.; 270 C.P.P.E.S.; 293 C.P.P.C.R.; 258 C.P.P.T.), en cuyo caso se reciben en la investigación preliminar o durante el procedimiento intermedio con previa citación de partes, facultándoseles para intervenir como en el debate. El Código costarricense agrega un supuesto no previsto en los demás, al permitir también aplicar las reglas de anticipo de prueba frente a un testigo "*...cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce...*" (Art. 293 C.P.P.C.R.). Es de esperar que esta fórmula no revierta la excepción, y por esta vía se convierta en la regla, sobre todo cuando el Ministerio Público desea garantizarse el testimonio anticipado del testigo de cargo más incriminante, con el fin de evitar que pueda cambiar su versión durante el juicio. Para frenar posibles abusos los jueces deberán ser muy vigilantes al permitir anticipar el testimonio por esta razón, exigiendo se establezca en forma bien clara que se trata de un asunto muy complejo con detalles y circunstancias muy difíciles de retener para el testigo medio.

No obstante aquella pretensión, que no quiere asignarle mayor incidencia durante el debate a la prueba recibida en la investigación preliminar y en el procedimiento intermedio, encontramos que el Código Tipo autoriza la incorporación al debate por lectura de los testimonios y peritajes rendidos con anterioridad, sin especificar las razones de esa incorporación, lo cual en nuestro criterio atenta contra el principio de oralidad e inmediación de la prueba. En efecto, por un lado se autoriza a quien ofrezca prueba durante el juicio para que manifieste su conformidad en que se lea en el debate la declaración o el dictamen presentado en el procedimiento preparatorio, sin señalarse los casos en que tal cosa podría solicitarse sino simplemente cuando la parte lo consienta y lo quiera (Art. 283 C.P.P.T.); y por otro, se autoriza al tribunal para aceptar esa propuesta, también sin especificarse los criterios para admitirlo (Art. 288, inc. 1) C.P.P.T.). Sería conveniente tasar los casos de incorporación mediante lectura de los testimonios, pues una apertura ilimitada podría lesionar seriamente la oralidad. Pareciera ser esa también la posición del Código de Guatemala, al señalar que pueden incorporarse por lectura "*...la declaración de un testigo o cuando fuere imposible o manifiestamente inútil la declaración en el debate...*" (Art. 363 inciso 1) C.P.P.G.), donde tal incorporación no se encuentra supeditada al cumplimiento de otros requisitos, lo que permitiría prácticamente incorporar al debate cualquier declaración anterior; sin embargo, el artículo siguiente aclara que se pueden incorporar por lectura al debate "*...las declaraciones de los testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país; se ignore su residencia o que por obstáculo insuperable no puedan declarar en el debate,* ***siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproductibles***..." (Art. 364 inc. 2) C.P.P.G.). Esta última disposición pareciera limitar los alcances de la primera norma citada, que es muy genérica, con lo cual el problema se atenuaría.

Los códigos salvadoreño y costarricense también exigen que la incorporación por lectura de pruebas anteriores (como las testimoniales) pueden realizarse siempre que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional (arts. 330 inciso 1) C.P.P.E.S.; 334 inciso a) C.P.P.C.R.); sin embargo una frase final en el Código costarricense señala que "*...cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación*" (334 in fine C.P.P.C.R.), y en similar sentido en el Código salvadoreño se dispone que "*...todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación*" (330 in fine C.P.P.E.S.). Con esas disposiciones, finalmente se traslada a la voluntad de las partes y del tribunal decidir qué se incorpora al debate mediante lectura, lo que también constituye un portillo por el cual se pueden introducir actuaciones escritas en el juicio, mermando su carácter oral con todas sus implicaciones. También aquí dependerá de la prudencia de los tribunales y de los operadores del sistema penal que no se llegue a agregar declaraciones escritas al juicio, que generalmente no son tomadas como lo hacen todas las partes y los jueces cuando están reunidos celebrando la audiencia oral del debate, bajo su control, con posibilidades de intervenir y con todas sus implicaciones.[19]

---

18 *En la mayoría de los casos las pruebas de la instrucción tienden a servir de fundamento de la sentencia al adquirir en muchos países un carácter definitivo. Cfr.* ***J. P. BERTOLINO, Prueba y juicio en el Derecho Argentino****, s. 3 y 4;* ***D. SIRACUSANO, "Instruzione del processo penale", en Enciclopedia del Diritto****, Milano, 1973, V. XXIII, p.185.*

19 *Cfr.* ***D. GONZÁLEZ, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal****, en "La implementación de la Reforma Procesal Penal", CDJ/CPU- N.C.S.C., Santiago de Chile, 1996, pp. 11 ss.*

La actividad probatoria desplegada en el debate puede a su vez dividirse. El tribunal está facultado para disponer la división o cesura del debate en dos fases, tratando primero la actividad probatoria dirigida a acreditar o desvirtuar la culpabilidad del acusado, y posteriormente, una vez establecida la culpabilidad, disponer el recibo de prueba en otra audiencia para determinar el monto y el tipo de pena o la medida de seguridad aplicable al caso, según los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la personalidad del autor y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. Lo anterior puede hacerlo cuando estime conveniente para resolver mejor la pena y para garantizar una mejor defensa del acusado (arts. 353 C.P.P.G.; 323 C.P.P.C.R.; 287 C.P.P.T.).

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. LIBRE CONVICCIÓN O CRÍTICA RACIONAL

La valoración es la última fase de la actividad probatoria, pero quizá uno de los aspectos más trascendentes del procedimiento, donde se refleja, como en ningún otro, el nivel democrático o autoritario del entero sistema penal. Como bien se ha afirmado: "*el problema de la valoración de la prueba es sin duda uno de los más graves del proceso. En el cincuenta por ciento de las veces, por no decir más, de ella depende la justicia de la decisión*".[20]

En efecto, la historia nos revela que el método adoptado en el proceso para apreciar y valorar la prueba ha tenido una íntima relación con el sistema político imperante. El sistema denominado de la **íntima convicción** (prueba en conciencia) es propio de un enjuiciamiento de carácter acusatorio puro, con sus tribunales populares y hoy con el jurado clásico. Este sistema se ubica por primera vez en Grecia y el Derecho de la Roma republicana, que admitían una participación popular en la administración de justicia. También la ley francesa de 1791, posterior a la Revolución Francesa, se señala como uno de los mejores ejemplos de íntima convicción porque esa ley "no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción; ella no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deban ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba".[21] De lo anterior se deduce que este sistema no dispone ninguna norma orientadora y menos indicadora del valor que debe asignársele a las pruebas, así como también se caracteriza por no exigir al juzgador explicar los fundamentos de su juicio, ni de sus conclusiones, quedando ello reducido a la intimidad de su conciencia.[22]

A esa libertad absoluta en la valoración de la prueba se contrapone el denominado sistema de la **prueba legal** (tarifario), propio de la Inquisición y de sus tribunales integrados por jueces burócratas. De acuerdo con este sistema, la ley impone múltiples restricciones a los juzgadores para que ciertos hechos se prueben sólo de un modo determinado y no de otro; fija previamente el valor de los medios de prueba; y establece taxativamente las condiciones, positivas y negativas, que los elementos de prueba pueden reunir para deducir el grado de convicción de cada una de ellas.[23] De este sistema todavía existen vestigios en algunas legislaciones latinoamericanas, al hablarse de prueba plena y semiplena, o bien cuando se formulan presunciones.[24]

La rigidez y el extremo formalismo del sistema de la prueba legal, por lo general, se ligó a sistemas penales con amplios poderes del juez para investigar la verdad, cuando incluso hasta la tortura fue una práctica legalmente reconocida. Así la prueba legal constituyó algún freno a esos poderes del inquisidor, una forma de control a sus potestades ilimitadas de investigación.[25]

---

20 ***F. CARNELUTTI, Estudios de Derecho Procesal***, *Buenos Aires, 1952, V. II, p.112.*

21 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal***, *cit., p.870.*

22 *Sobre la íntima convicción Cfr.* ***J. E. VÁSQUEZ ROSSI, Curso de Derecho Procesal Penal***, *Santa Fe, Argentina, 1985, pp.363 ss.;* ***A. VÉLEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal,*** *cit., T. I., pp.354 ss.; y* ***S. SENTIS MELENDO, La Prueba***, *Buenos Aires, 1979, pp.253 ss.*

23 *Sobre la prueba legal cfr.* ***S. SENTIS MELENDO, La Prueba***, *cit., pp.248 ss.;* ***A. VÉLEZ MARICONDE, Derecho****... cit., pp.357 ss.; y* ***T. E. ESPINOSA RODRÍGUEZ, La valoración de la prueba en el proceso***, *Bogotá, 1967, pp.46 ss.*

24 ***J. P. BERTOLINO, Prueba y juicio****..., cit., p. 4 y 5; y* ***C. RUBIANES, Manual de Derecho Procesal Penal***, *Buenos Aires, 1979, T. II., pp. 246 y ss.*

25 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal***, *cit., p.872 y ss.*

Frente a esos dos sistemas extremos existe un tercero denominado de **crítica racional o sana crítica** (algunos lo denominan de libre convicción)[26] que vino a reemplazar el sistema legal o tarifario, cuando se desterró el método inquisitivo con la instauración de las democracias modernas. Se trata de un regreso a las libertades en la valoración de la prueba, trasladando ese aspecto del legislador al juez, quien será el que en cada caso concreto analice los elementos de prueba y le asigne un determinado valor, para sustentar sus conclusiones. Este método exige un examen crítico de todos y cada uno de los elementos de prueba esenciales para la decisión, así como también impone al juez el deber de motivar o fundamentar adecuadamente la decisión, de tal forma que puedan las partes, los ciudadanos y la casación conocer y controlar el íter lógico seguido para sustentar la sentencia.[27]

Este sistema lo receptan en América Latina varios países, entre ellos y desde hace muchos años el Código de la Provincia de Córdoba, Argentina, seguido por otras provincias de ese país y otros países tales como Costa Rica y Brasil.[28] El Código Tipo también adopta este sistema al señalar que los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso "*...se valorarán por su **crítica racional***" (Art. 149), y que en la fase de juicio "*el tribunal apreciará la prueba según su **libre convicción** extraída de la totalidad del debate...*" (Art. 321).

En iguales términos, los modernos códigos centroamericanos receptan este sistema. El guatemalteco dispone que "*todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme **el sistema de la sana crítica razonada**, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código*" (Art. 186 C.P.P.G.); por su parte el salvadoreño estatuye que "*...los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con **las reglas de la sana crítica***" (Art. 162 in fine C.P.P.E.S.); y el costarricense señala que "*el tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de **las reglas de la sana crítica**. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial*" (Art. 184 C.P.P.C.R.).

Los códigos asumen un método profundamente democrático y de mayor justicia, al dejar libre al juez para que en cada caso concreto señale el valor de los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso, según las reglas del correcto entendimiento humano, más conocido por nosotros como la sana crítica racional. Estas reglas están fijadas principalmente por las leyes de la lógica, la psicología y de la experiencia común,[29] según las cuales el razonamiento del juzgador es libre en cuanto no está sometido a ningún parámetro preestablecido por la ley, pero su actuar no puede ser arbitrario, ilógico, ni incongruente según la experiencia, debiendo poder establecerse una clara relación entre las premisas probatorias que invoca y las conclusiones a las que llega.

Para tales efectos los modernos códigos señalan en forma reiterada el deber del juez de fundamentar y de exteriorizar en cada caso las razones por las cuales le dio determinada validez a la prueba, así como los motivos en los cuales sustenta sus conclusiones fácticas y jurídicas, pues en ello se diferencia del sistema de la sana crítica del de la íntima convicción. En ambos sistemas el encargado de valorar la prueba no se encuentra sujeto a ninguna norma legal, sino a las reglas del correcto entendimiento humano, la única diferencia estriba entonces en que en el sistema de la íntima convicción la persona (jurado) encargada de valorar la prueba no tiene el deber de indicar las razones por las cuales le otorga cierto grado de credibilidad, pues ello queda confiado a su entera conciencia, mientras que

---

26 **G. WALTER, Libre apreciación de la prueba**, Temis, Colombia, 1985, pp. 99 ss.; y **J. IGARTÚA SALAVERRÍA, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 65 ss.

27 Cfr. **S. PICADO SOTELA, Pruebas legales y libre apreciación**, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica, 1970, pp.37 ss.; **G. LEONE, Tratado...**, cit., V. II, pp.155 ss.; **S. SENTIS MELENDO, La prueba**, cit., pp.268 ss.; **A. VÉLEZ MARICONDE, Derecho Procesal...**, cit., T. I, pp.361 ss.

28 Cfr. **J. R. GAVIAO DE ALMEIDA y L. F. VAGGIONE. Aspetos do tema prova e juizo no direito brasileiro** , s.p., pp.2 y 3; **R. C. NÚÑEZ, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado**, Córdoba, 2ª ed., 1986, pp.375 y s.; **J. LLOBET RODRÍGUEZ, Código de Procedimientos Penales, anotado y comentado**, San José, Costa Rica, 2ª ed., 1991, p.423.

29 **F. DE LA RÚA, La casación Penal**, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp.153 ss., **F. GORPHE, La preciación judicial de las pruebas**, Buenos Aires, 1967, pp.151 ss., **CH. PERELMAN, La lógica jurídica y la nueva retórica**, ed. Civitas, 1979, pp. 133 ss., y **N. MANNARINO, Le massime d'esperienza del giudizio penale e il loro controllo in cassazione**, CEDAM, Padova, 1993, 57 ss.

en el sistema de sana crítica dicho sujeto (juez) está en el ineludible deber de señalar en concreto las razones por las cuales llegó a determinadas conclusiones, otorgándole cierto valor a cada uno de los elementos de prueba en los cuales se fundamenta, y en esa obligación de fundamentar reside el contenido altamente democrático del sistema.

Por esas razones los códigos son muy exigentes al señalar el deber del juez de fundamentar sus decisiones, en especial aquellas resoluciones que valoran elementos de prueba con el fin de adoptar una decisión durante alguna de las etapas del proceso, y con mayor medida cuando se trata de la sentencia definitiva. Esta fundamentación, de acuerdo con esas disposiciones debe ser **expresa, clara, completa, legítima, lógica,**[30] eliminando así cualquier posición arbitraria. La garantía para las partes y para los ciudadanos es que el juzgador debe justificar su opción, para que aquéllos puedan manifestarse en favor o en contra de esa valoración, incluso en fases sucesivas del procedimiento, en especial para impugnar la sentencia en la fase de casación, la cual debe estar en posibilidad de controlar esa labor del tribunal aun cuando haya sido realizada al finalizar una audiencia oral. [31]

En este sentido tanto la legislación guatemalteca como el Código Tipo son parcos al señalar el deber de fundamentar adecuadamente las sentencias (arts. 389 incisos 3) y 4); Art. 394 inciso 3), C.P.P.G.; y arts. 142; 144; 323 incisos 3) y 4); 324 in fine; y 328 inciso 3) C.P.P.T.); pero los códigos salvadoreño y costarricense son mucho más expresos puesto que, por un lado, definen que debe entenderse por **fundamentar** una resolución al disponer que "*es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación*" (Art. 130 C.P.P.E.S., y en términos muy similares 142 C.P.P.C.R.); y, por otro lado, definen en forma bien clara lo que constituiría un evidente vicio de **falta de fundamentación**, señalando lo que no debe ser ésta, al disponer que "*...se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo...*" (Art. 362 inciso 4) C.P.P.E.S., y en términos muy similares 142 en relación con 363 incisos b) y c) del C.P.P.C.R.). Como indicábamos, estos deberes del juez deben estar sometidos al contralor de la casación, ya que en la experiencia costarricense la mayoría de los recursos declarados con lugar se deben de una u otra manera a este tipo de vicio cometido por los jueces, lo que exige anular la sentencia y el juicio para que se proceda por otro tribunal a celebrar uno nuevo, esta vez conforme a derecho. [32]

El **Código Tipo** en el Libro Cuarto denominado "Procedimientos Especiales", después del Título IV, contiene varios apéndices, que recomiendan adoptar según las exigencias constitucionales y políticas de cada país de la región. Así, en el Apéndice II recomiendan dos sistemas, para aquellos países cuyo sistema jurídico exija incorporar a los ciudadanos en la labor de juzgar, integrando los tribunales de juicio con jueces accidentales (**escabinos**), o dejándole a los ciudadanos la determinación del veredicto (**jurados**). En la regulación recomendada para cada uno de esos sistemas, no encontramos en el C.P.P.T. normas específicas sobre el criterio a seguir para valorar la prueba. Pareciera un problema resuelto, según la opción, sin embargo, estimamos que debiera ser más explícito.

A falta de indicación, estimamos que en la primera opción (para jurados), el C.P.P.T. adopta el sistema de la íntima convicción, al no señalar en las reglas de la deliberación, que los jurados deben justificar y fundamentar el veredicto (arts. 6 y 7 de la opción A, del Apéndice II); así como también al disponer que si el veredicto fuere de culpabilidad , en la sentencia se transcribirán las propuestas finales de los intervinientes y el veredicto del colegio de

30 ***F. DE LA RÚA**, cit., pp.119 ss., y **P. A. IBÁÑEZ, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal**, Doxa, N° 12, 1992, pp. 257 ss.*

31 *Cfr. **E. BACIGALUPO, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios**, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 53 ss.; **J. IGARTÚA SALAVERRÍA, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**, cit., pp. 95 ss.*

32 *Cfr. **D. GONZÁLEZ ÁLVAREZ y M. HOUED VEGA, Algunas consideraciones sobre la evolución de la Casación Penal**, en "Ciencias Penales" N° 10, setiembre de 1995, pp. 64 ss.*

jurados, en lugar de la fundamentación (Art. 9 de la opción A. Apéndice II). Por el contrario, para la segunda opción (escabinos) creemos debe seguirse el sistema de la sana crítica o crítica racional en la valoración de las pruebas, porque para los jueces escabinos rigen las reglas comunes, entre ellas las relativas a esos aspectos (Art. 4 de la opción B. Apéndice II), de manera que los jueces de carrera deberán orientar el análisis crítico de la prueba y asumir la fundamentación de la sentencia.

Una situación similar ocurre en la experiencia salvadoreña. En ésta el código reconoce la existencia del Tribunal de Jurado (Art. 52, 366 y ss. C.P.P.E.S.), pero no se indica, al menos en forma expresa, cuál es el sistema que utilizarán los jurados en la valoración de la prueba. Desde luego por la naturaleza de la institución debe entenderse que adopta el sistema de la **íntima convicción** y así parece desprenderse del capítulo respectivo, donde se regula el juicio por jurados. Concretamente se dispone que después de la discusión cada jurado emite verbalmente su voto sin abandonar la sala de deliberación, declarando culpable o inocente al acusado, y de ello el presidente del jurado levantará un acta en la que hace constar el resultado de la votación (Art. 374 C.P.P.E.S.), sin exigir más, ni establecer como requisito del veredicto la fundamentación. Incluso no se prevé la posibilidad de impugnar el veredicto por esta razón, sino sólo por otras irregularidades en el nombramiento, la intervención o la competencia de la persona que participa como jurado (Art. 377 C.P.P.E.S.). Por lo anterior es necesario indicar que, al menos en la experiencia salvadoreña, también se utiliza otro de los sistemas de valoración de la prueba distinto al de la sana crítica a que hemos hecho referencia. [33]

5. PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Como indicamos, códigos centroamericanos siguen el principio de libertad probatoria según el cual todo hecho, circunstancia o elemento de interés para la decisión se puede probar, y puede hacerse por cualquier medio (**supra N° 2**). Asimismo, señalamos que también siguen el principio de la libre convicción, porque no se le asignan criterios al juzgador para establecer el valor de cada prueba, sino que ello debe hacerlo de acuerdo con las circunstancias de cada caso, realizando una motivación suficiente y eficiente.

Estos dos principios básicos, rectores de toda la actividad probatoria realizada en el proceso penal, no implica ausencia de regulaciones, requisitos, y formalidades en el ofrecimiento, la recepción y la valoración de la prueba. En efecto, esos dos sistemas no son absolutos, ni conllevan a una prepotente arbitrariedad del tribunal juzgador. Existen claras limitaciones que provienen de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por los derechos fundamentales establecidos en las respectivas constituciones políticas y en los pactos internacionales de Derechos Humanos ratificados por los países de la región, hasta llegar a las propias regulaciones de los códigos, que establecen las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regulan el procedimiento para introducir las pruebas en el proceso, señalan las limitaciones en ese sentido, así como también establecen las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, complementando un cuadro garantístico cuyo objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos como límite de la actividad que caracteriza la investigación en el proceso penal.

Desde una primera perspectiva, las limitaciones en general pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Estamos frente a **limitaciones absolutas** cuando la ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones, etc.). En estos supuestos la ley prohíbe el objeto o el tema sobre el que versa la prueba, como exclusión del testimonio de quien deba guardar secreto, sea particular u oficial (arts. 212 incisos 2), 3) y 4) C.P.P.G.; 187 C.P.P.E.S.; 206 C.P.P.C.R.; 172 C.P.P.T.).

Las **limitaciones relativas** son aquellas que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba , o cuando se restringe la posibilidad de probar a determinados medios de prueba.[34] En este caso la ley prohíbe el uso de ciertos métodos, ya no el tema, con la prohibición del uso de la tortura, los psicofármacos, "sueros de la verdad", la hipnosis, "los detectores de mentiras", etc. (arts. 85 C.P.P.G.; 262 C.P.P.E.S.; 96 C.P.P.C.R.; 45 y 148 C.P.P.T.).

33 *Cfr.* ***M. A. TREJO, A. SERRANO, D. E. RODRÍGUEZ, J. D. CAMPOS VENTURA, En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño,*** *Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994, pp. 35, 36, 103 y 104.*

34 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal,*** *cit., pp. 864 ss.*

Más que prohibiciones constituyen limitaciones probatorias por no tratarse de normas de deber, aunque algunas están apoyadas por mandatos o prohibiciones, son normas referidas a la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, órgano método de prueba (normas potestativas).

Siguiendo una segunda clasificación, estas abarcan tanto las denominadas prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba, como las relativas a la utilización o valoración de la prueba.[35]

El primer grupo de **limitaciones** referidas **a la producción o práctica de la prueba**, que indicamos de seguido, se descompone a su vez en cuatro subgrupos:

A) El primer subgrupo lo constituyen aquellas limitaciones que prohíben un concreto **tema** como objeto de prueba.[36] Tal situación ocurre al protegerse los secretos particulares u oficiales, los cuales no pueden ser objeto de prueba. Así por ejemplo, los códigos señalan que no puede ser testigo quien tenga el deber de guardar secreto, ya sea particular u oficial (arts. 212 incisos 2), 3) y 4) C.P.P.G.; 187 C.P.P.E.S.; 206 C.P.P.C.R.; 172 C.P.P.T.), con lo cual excluye los secretos como tema a probar.

B) Un segundo subgrupo lo constituyen las limitaciones referidas a la imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba, en protección de otros intereses que se estiman superiores en el caso concreto. Tal situación ocurre, por ejemplo, cuando se prohíbe a la policía interrogar al imputado, salvo lo necesario para la identificación (arts. 88 C.P.P.G.; 286 inciso h) C.P.P.C.R.; 48 C.P.P.T.);[37] cuando se prohíbe el careo del imputado con un testigo, contra el consentimiento de aquél (arts. 51 C.P.P.T.; 218 C.P.P.E.S.: 233 C.P.P.C.R.);[38] o cuando se señala como excepción al principio de libertad probatoria las limitaciones de ley para establecer el estado civil de las personas (arts. 182 in fine C.P.P.G.; 148 C.P.P.T.). En esas circunstancias se declaran inadmisibles ciertos medios de prueba para demostrar ciertos hechos.

C) Las limitaciones sobre la producción o práctica de la prueba pueden estar referidas también a declarar inadmisible el uso de determinados **métodos** de prueba, constituyendo éstas un tercer subgrupo. Así observamos que el Código guatemalteco dispone que "*...son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados...*" (Art. 183 in fine C.P.P.G.); el Código salvadoreño dispone que "*...se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...*" (Art. 15, párrafo tercero, C.P.P.E.S.); en el Código costarricense se dispone que "*...a menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas*" (Art. 181, párrafo segundo, C.P.P.C.R.) . Por su parte el Código Tipo estima inadmisibles "*...los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados*" (art.148, párrafo segundo C.P.P.T.). En igual sentido los códigos se pronuncian al declarar inadmisibles, como métodos para obtener la declaración del imputado, la coacción, la amenaza, los malos tratos, el agotamiento, la tortura, el engaño, el psicoanálisis, los "sueros de la verdad", la hipnosis, los "detectores de mentiras" (arts. 85 C.P.P.G.; 262 C.P.P.E.S.; 96 C.P.P.C.R.; 45 C.P.P.T.). Se trata de excluir el uso de prácticas lesivas de los derechos fundamentales, porque la actividad probatoria tiene un claro límite al mantener, en un Estado de Derecho, el respeto por la dignidad del ser humano. A esos valores fundamentales se agregan otros derechos

35 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal**, cit..., p.598; y **J. LÓPEZ DE QUIROGA, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida**, Madrid, 1989, pp.120 ss.*

36 ***E. FLORIAN, De las pruebas penales**, cit. T. I, pp.245 ss.*

37 *El proyecto salvadoreño también contenía la prohibición. Sin embargo, la Comisión Legislativa la eliminó, y en su lugar establece la posibilidad de que la policía reciba la declaración indagatoria, y le da validez a la confesión extrajudicial (no rendida ante juez). Véanse los arts. 221, 222 y 242 C.P.P.E.S.*

38 *El Código guatemalteco no realiza esta prohibición en forma expresa al regular el careo (arts. 250 y 251 C.P.P.G.), sin embargo, recordemos que el imputado no está obligado a declarar, en consecuencia tampoco podría sometérsele al careo contra su voluntad (arts. 15 y 81 C.P.P.G.).*

básicos como la intimidad, la vida privada, la salud, el honor, etc., los cuales si bien pueden ser suspendidos o disminuidos durante la investigación penal, pueden serlo sólo bajo estrictísimas exigencias formales, con autorización del juez y con una directa vigilancia de sus consecuencias.[39]

D) Por último, dentro de las limitaciones referidas a la producción o práctica de las pruebas podemos ubicar un cuarto subgrupo constituido por los **requisitos formales** o **condiciones** para que la prueba sea introducida legalmente en el proceso. En tal sentido, el Código guatemalteco dispone *que "todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e* ***incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código****..."* (Art. 186 párrafo primero, C.P.P.G.). Por su parte los códigos salvadoreño y costarricense estatuyen *que "los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e* ***incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código****..."* (Art. 15, párrafo primero, C.P.P.E.S. y 181 párrafo primero C.P.P.C.R.). Es cierto que de acuerdo con el principio de libertad de la prueba, esta no es expresamente tasada en la ley, de tal manera que teóricamente se podría recurrir a cualquier medio para probar cualquier hecho, siempre que sea relevante para el descubrimiento de la verdad. Esta libertad de recurrir a cualquier medio no significa que pueda hacerse de cualquier manera. El sistema procesal establece reglas, condiciones, requisitos, procedimientos, que deben cumplirse en cada caso para estimar que la práctica y la incorporación de la prueba se hizo por medios autorizados. Este grupo de limitaciones puede ser subdividido a su vez en:

D1) Aquéllas referidas a las condiciones y a la oportunidad para ofrecer las pruebas. A este grupo pertenecen todas las limitaciones que pueden extraerse de las reglas relativas al momento y a la oportunidad en que pueden ser ofrecidas las pruebas (arts. 315, 347, 381 C.P.P.G.; 314 inc. 5), 316 inc. 13), 317, 352 C.P.P.E.S.; 292, 303 inc. e), 304, 317 inc. e), 355 C.P.P.C.R.; 256, 268 inciso 4), 269 inciso 6), 271, 283, 285 y 317 C.P.P.T.), en cuanto constituyen una limitación para las partes, al no tener una absoluta disponibilidad para ofrecer pruebas en cualquier momento del proceso. Asimismo, forman este grupo las reglas relativas a la pertinencia y a la utilidad de la prueba, en cuanto la actividad probatoria está limitada solo a aquellas que sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad. En tal sentido los códigos disponen que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad (arts.183 C.P.P.G.; 162 C.P.P.E.S.; 183 C.P.P.C.R.; 148, párrafo segundo C.P.P.T.). La libertad se tiene, entonces, sólo en cuanto se contribuya con el objeto principal de la investigación, y con base en ello adquiere su pertinencia.

D2) Por otro lado también constituyen un segundo segmento de este cuarto subgrupo de limitaciones, las reglas que establecen un procedimiento para practicar e incorporar las pruebas, puesto que si no se cumplen esos requisitos estaríamos frente a pruebas ilegales o al menos irregulares, las que en algunos casos imposibilitan al tribunal para que le asigne un valor, por no haberse cumplido con el procedimiento. Nos referimos a las reglas específicas establecidas en los códigos para realizar e incorporar al proceso la testimonial, la pericial, los registros, las inspecciones, los careos, la documental, y todas las demás (arts. 187 a 253 C.P.P.G.; 163 a 222 C.P.P.E.S.; 185 a 234 C.P.P.C.R.; 150 a 195 C.P.P.T.), sin pretender una enumeración taxativa, porque también se dispone que además de los medios de prueba previstos, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y las facultades de las personas o afecten el sistema institucional, de manera que la forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (arts. 185 C.P.P.G.; 234 C.P.P.C.R.; 148 in fine C.P.P.T.). En consecuencia, existe libertad probatoria en cuanto la prueba sea útil (D1), pero también, podrán incorporarse al proceso siempre que se cumplan las reglas establecidas para practicarlas e introducirlas en forma oportuna (D2), constituyendo ambos aspectos limitaciones objetivas para el principio de libertad de la prueba. Esos cuatro segmentos de normas conforman, entonces, el primer grupo de limitaciones referidas a la producción o a la práctica de la prueba.

6. PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A.- La prueba ilícita

Las limitaciones descritas anteriormente (**supra Nº 5**) se refieren a la práctica y a la producción de la prueba.

39 *Sobre las limitaciones probatorias derivadas del respeto a los Derechos Fundamentales cfr.* ***B. P. BORGOÑÓN, Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas****, en: Justicia 86, pp.345 ss. Sobre prácticas probatorias ilícitas cfr.* ***E. DÖHRING, La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba****, Buenos Aires, 1972, pp.192 ss.;* ***R. CORTÉS COTO y J. M. PEREIRA PÉREZ, La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal****, Escuela Judicial, San José, 1995, pp.5 ss. y* ***J. M. ASENCIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba preconstituida****, ed. Trivium, Madrid, 1989, pp. 75 ss.*

Dichas reglas normalmente impiden que la prueba se introduzca al proceso cuando el tema está prohibido, o bien exigen que al practicarse e introducirse al proceso se respeten todos y cada uno de los pasos procedimentales estatuidos.

Sin embargo, cuando no obstante esas limitaciones la prueba se practica y se introduce al proceso, aunque no se hayan cumplido todos los supuestos establecidos, (prueba viciada), interviene entonces el segundo gran grupo de limitaciones o prohibiciones, esta vez referidas a la utilización y a la valoración de esos elementos de prueba, no ya a su práctica y producción.

Este segundo grupo de prohibiciones limitan el principio de la libre convicción del juzgador en la valoración de la prueba, porque si bien el juez selecciona el material probatorio para fundamentar la decisión y es libre para establecer el grado de credibilidad de cada prueba, esa libertad no se traduce en una facultad irrestricta para seleccionar cualquier elemento de prueba, aun aquellos viciados, como tampoco puede asignarles arbitrariamente un grado de convicción contrario a las reglas del recto entendimiento humano y el sentido común (sana crítica racional).

La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple cuando estamos frente a elementos de prueba directamente viciados: estos deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto.[40] No obstante, ya se ha puesto de relieve que se trata de una solución teórica porque si bien estas pruebas no pueden ser utilizadas para fundamentar el fallo, en muchas ocasiones «han podido lograr el propósito, a veces perfectamente preconcebido, de transmitir una impresión al juez que difícilmente puede ser borrada posteriormente de su inconsciente».[41]

Frente a la prueba directamente ilícita, porque se transgredieron las limitaciones señaladas para su producción o práctica (descritas **supra N°5**), pareciera que surgen dos intereses en conflicto: por un lado, un interés de carácter privado de la defensa del imputado, al lesionarse un derecho particular con la obtención de la prueba; y por otro se ubica un interés superior y público, en cuanto interesa a la colectividad la aplicación de la ley penal a quien cometió un hecho delictivo. Pero ese supuesto enfrentamiento es sólo aparente. En estos casos en realidad no colisionan dos intereses, puesto que se trata del mismo interés doblemente inobservado. En efecto, existe una lesión al interés público tanto cuando se comete un hecho delictivo como cuando se lesionan otros fundamentales derechos en la investigación judicial motivada en un hecho delictivo. Ello sucede cuando no se observan las reglas básicas en la producción de la prueba. Piénsese, por ejemplo, en la declaración testimonial o la confesión obtenida bajo tortura, o el decomiso de documentos realizado durante un allanamiento de un lugar habitado, sin haberse obtenido previamente una orden judicial, etc. La comunidad está interesada en la represión penal, pero también es de legítimo interés público que el proceso penal seguido contra los ciudadanos acusados no lesione sus derechos fundamentales.

Esta línea garantista y democrática fue la adoptada por los códigos centroamericanos al establecerse, por un lado, que todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento lícito y permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones previstas en la ley (arts. 186 C.P.P.G.; 15 párrafo primero C.P.P.E.S.; 181 párrafo primero C.P.P.C.R.; 149 C.P.P.T.); y por otro al señalar que no pueden ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, los pactos y tratados internacionales vigentes y en la ley (arts. 281 C.P.P.G.; 175 C.P.P.C.R.; 225 C.P.P.T.). En estas normas se establecen dos limitaciones generales para valorar los elementos de prueba incorporados al proceso, reduciendo la amplitud del principio de la libre convicción.

Como ejemplo podemos citar otras limitaciones más específicas del Código Tipo, al establecer reglas que impiden aprovechar la declaración del imputado para fundar cualquier decisión en su contra, cuando se recibió con inobservancia de los requisitos establecidos. Para valorar esas irregularidades, el juzgador deberá apreciar «*...si esas inobservancias fundan la posibilidad de un menoscabo para la libertad de decisión, la memoria, la capacidad de compresión y de dirección de los actos del imputado...*» (Art. 52 C.P.P.T.), estableciendo reglas específicas para

40 ***J. LÓPEZ DE QUIROGA, Las escuchas...**, cit., pp. 88 ss.; **A. PELLEGRINI GRINOVER, Pruebas ilícitas**, en "Ciencias Penales N° 10", año 7, setiembre de 1995, San José, pp.21 ss.; y **M. CAPPELLETTI, Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte**, en «La oralidad de las pruebas en el proceso civil», Buenos Aires, 1972, pp. 147 ss.*

41 ***J. M. ASENCIO MELLADO, La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2**, en «Poder Judicial» N°4, Madrid, p.38.*

orientar la «sana crítica» del tribunal. Apreciamos otra prohibición específica al establecerse la imposibilidad de valorar los actos irreproductibles y definitivos practicados en la investigación preliminar y los actos de investigación suplementaria hechos en la fase de juicio, cuando se realizan sin la intervención de un defensor y no se estaba en los casos de urgencia (Art. 64 C.P.P.T.). Se trata de disposiciones muy concretas, que en realidad también se derivan del sistema adoptado en los códigos centroamericanos, aunque de forma tácita.

Desde luego estas limitaciones no son absolutas, puesto que no basta cualquier irregularidad e inobservancia de los procedimientos en la producción de la prueba para que concluyamos por su exclusión (**defectos relativos**). Los códigos señalan que se pueden valorar esos elementos de prueba, primero, cuando los defectos sean subsanados, siempre que ello sea posible, ya sea renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido (arts. 284 C.P.P.G.; 227, 228 C.P.P.E.S.; 179 C.P.P.C.R.; 225 y 228 C.P.P.T.); y segundo cuando se trata de una irregularidad procesal ante la cual el interesado debió reclamar la subsanación del defecto o protestar por él y no lo hizo oportunamente subsanándose de esa manera el vicio (arts. 281 y 282 C.P.P.G.; 227 y 228 C.P.P.E.S.; 177 C.P.P.C.R.; 225 y 228 C.P.P.T.). Se excluyen de este deber de protesta oportuna y se entiende siempre como vicios no subsanables (**defectos absolutos**) concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías constitucionales o cuando afecte derechos previstos por los tratados suscritos por el Estado (arts. 283 C.P.P.G.; 224 C.P.P.E.S.; 178 C.P.P.C.R.; 227 C.P.P.T.).

Estos mecanismos confirman esa opción exquisitamente democrática acogida en el Código al fortalecer el respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal.

B.- La prueba lícita relacionada con prueba ilícita

Los aspectos referidos antes (**supra A**) parecieran suficientes para estimar resueltos los problemas derivados de la prueba ilícita, y pacífica la solución. Sin embargo, resta abordar un segundo aspecto, quizá uno de los más debatidos por la jurisprudencia y la doctrina, donde las soluciones son siempre controversiales: establecer la incidencia de la prueba ilícita sobre otros elementos de prueba que se obtuvieron gracias a la primera fuente que resulta invalidada.

Concretamente nos referimos al problema que se origina al establecer la posibilidad de utilizar y valorar un elemento de prueba legalmente practicado e introducido debidamente al proceso, es decir que se realizó utilizándose los procedimientos y los mecanismos señalados en la legislación procesal y constitucional, pero del cual se tuvo conocimiento gracias a otro elemento de prueba directamente viciado, es decir practicado sin las formalidades o con inobservancia de derechos fundamentales. Por ejemplo, establecer la validez del testimonio de los policías que presenciaron y filmaron una transacción de droga por haberlo conocido previamente con base en una interceptación ilegítima de las conversaciones telefónicas de uno de los involucrados.

Fundamentalmente y con variantes poco significativas, las soluciones que se han propuesto hasta ahora han sido tres. En primer término una posición conservadora concluye en que deben admitirse y valorarse las pruebas lícitas, aun cuando se hubiere llegado a ellas con base en un procedimiento viciado, por ser irrelevante el modo de obtenerlas, y considerarse siempre superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto.[42]

Una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia mantienen una posición totalmente contraria, sea excluir de la valoración la prueba indirectamente ilícita. En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la denominada tesis del **fruto del árbol envenenado**,[43] lo que también se conoce como la **regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente,**[44] según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas

42 *Véase una recopilación de estas posturas hecha por* ***J. LÓPEZ DE QUIROGA, Las escuchas****..., cit., pp. 86 a 88.*

43 ***M. SCAPARONE, «Common law» e processo penale****, Milano, 1974, pp. 161 ss.*

44 ***J. MAIER, Derecho procesal penal****, cit., p. 462 ss.;* ***J. I. CAFFERATA NORES, La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales****, en «Temas de Derecho Procesal Penal», Buenos Aires, 1988, pp. 193 ss.;* ***J. LÓPEZ QUIROGA, Las escuchas****..., cit., pp. 88 ss.;* ***DE MARINO, Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba****, en «Primeras jornadas de derecho Judicial», Madrid, 1983, pp. 609 ss.;* ***R. CORTÉS COTO y J. M. PEREIRA PÉREZ, La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal****, Escuela Judicial, San José, 1995, pp. 5 ss.*

directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en el proceso penal. En tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta. En otras palabras, si el acto lícito no hubiere existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial, el conocimiento adquirido con base en el acto viciado también comprende el acto regular, como efecto reflejo, directo y necesario, del acto irregular, es decir como fruto del árbol envenenado. Para ello debe recurrirse a lo que en doctrina se señala como la supresión mental hipotética.[45] Mentalmente se suprime el acto viciado y se examina si siempre se hubiera arribado al acto regular y por tanto, al conocimiento que dio origen al acto mediato. Si suprimida la irregularidad es posible concluir que también se hubiera arribado al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, de lo contrario debe suprimirse. Se trata de establecer o descartar una relación de causa-efecto, en donde el acto viciado tendría que ser la causa del acto cuestionado para excluirlo.

Nuevamente aquí tenemos que indicar que no existen dos intereses en conflicto, porque si bien es de interés de la comunidad que los delitos sean reprimidos, así como también que en la administración de la justicia resplandezca la verdad, también interesa a la colectividad que la investigación y el juzgamiento penal se realicen sin lesionar arbitrariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

«La razón de ser de esta regla de exclusión parece evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que, a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva, él constituye un método reglado —no libre— para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre; el fin de arribar a la verdad histórica...no justifica los medios de investigación... La razón ética —el Estado no puede aprovecharse de lo que él mismo ha prohibido— y utilitaria y correctiva —desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándose como ineficaces procesalmente— que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo son consecuencias beneficiosas de este modo de proceder».[46]

Desde luego, la regla de exclusión es sólo para la prueba que afecte al imputado, pues aquella que lo pueda favorecer puede ser utilizada aun cuando se hubiere practicado con inobservancia de las formalidades,[47] aspecto que se desprende en forma clara del Código Tipo al disponer ya en el artículo primero que «la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio», lo que equivale a señalar que sí puede invocarse en su favor.

La jurisprudencia norteamericana ha aplicado la regla de la exclusión de las pruebas indirectamente viciadas [48] lo mismo que la Argentina, aunque con mayores reservas. [49]

Una posición intermedia, frente a las dos tesis anteriores (que admiten o niegan la regla de exclusión de la prueba indirectamente viciada), la asumen algunos autores, y también la confirma la jurisprudencia, al afirmar que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, sino que ello debe establecerse caso por caso, tomando en consideración muy diversos factores que deben analizarse en concreto, para poder llegar a alguna conclusión. Así por ejemplo, si un policía realiza un allanamiento sin autorización y decomisa un elemento de prueba, debe examinarse si el juez pudo haber autorizado ese acto, resultando irrelevante

45 *Método descrito por* ***F. DE LA RÚA, La casación penal****, cit., p. 144 y s.* ***VICTORIO GREVI*** *afirma que al declararse nulo el interrogatorio policial del imputado, la nulidad se comunica en general a todos los actos sucesivos ligados por un nexo de dependencia sustancial con el interrogatorio, en* ***«Nemo tenetur se detegere». Interrogatorio dell' imputado e diritto al silenzio nel processo penalle italliano****, Milano, 1972, p. 360.*

46 ***J. MAIER, Derecho Procesal Penal****..., cit., pp. 470 y ss.*

47 ***F. CORDERO, Prove illecite nel processo penale****, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale» Milano, 1961, p. 54.*

48 ***M. SCAPARONE, «Common law» e processo penale»****, cit., pp. 161 ss.*

49 ***J.P. BERTOLINO, Prueba y juicio****..., cit., p. 5;* ***CAFFERATA NORES, La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales****, cit., pp. 193 ss.*

la conducta ilícita del funcionario policial; o bien si el descubrimiento de la fuente de prueba resultaba inevitable, aun cuando de ella se hubiere obtenido noticia por un medio ilícito; así como también la necesidad de establecer la relación existente entre las dos fuentes de prueba, para determinar los alcances de la ilicitud caso por caso. [50]

Esta posición intermedia es más cercana a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la de los tribunales españoles e italianos en general.[51] En los tribunales costarricenses no encontramos una posición claramente definida; sin embargo, conviene destacar que la casación penal ha sostenido que si bien no es admisible tomar en consideración lo narrado por el acusado ante la policía judicial, estas declaraciones pueden tomarse en cuenta cuando logran tener sustento en otros elementos de prueba y no solo en el dicho de los policías.[52] En Brasil la nueva Constitución Federal de 1988, expresamente establece que «*son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos*» (Art. 5 inciso LVI), acogiendo un sentimiento nacional de los juristas de ese país.[53]

Solucionar el problema de los efectos reflejos de la prueba ilícita sobre prueba lícita no es sencillo. El Código Tipo no contiene una recomendación expresa pues ha preferido que el tema sea resuelto por los códigos y la jurisprudencia de cada país. Los artículos 149 y 225 del C.P.P.T., antes citados, se refieren evidentemente a elementos de prueba directamente lícitos o ilícitos, y no reglamenta el problema de los elementos de prueba reproducidos en forma regular pero obtenidos con base en el conocimiento derivado de una prueba ilícita.

Estimamos el tema de crucial trascendencia, y si bien en la mayoría de los países la solución se ha dejado en manos de los tribunales, creemos que ello no debe ser así siempre. Ya la jurisprudencia perfila las bases para regular normativamente una solución. Pero debemos señalar que en la experiencia salvadoreña sí existe una solución legislativa, ya que el nuevo Código Procesal Penal estatuye que "...***no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito***..." (Art. 15, párrafo segundo, C.P.P.E.S.). Con una correcta interpretación, esta norma permitirá exigir a los tribunales no admitir como válido un elemento probatorio lícito que se obtuvo a través de un procedimiento o medio ilícito, constituyéndose en un modelo para el área.

Como otro ejemplo, más claro aún por la forma en que se redactó la norma, debemos mencionar sin duda la **Constitución de 1987 de la Provincia de Córdoba,** Argentina, la cual no sólo reguló el problema sino además lo hizo a nivel constitucional, señalando con una fórmula simple pero de un gran significado político jurídico que «***los actos que vulneren garantías reconocidas por esta constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella***» (Art. 41, párrafo tercero). Así como esa provincia fue pionera en acoger un sistema

---

50 ***F. CORDERO, Procedura penale***, *Milano, 1979, 5ª ed., pp. 659 ss.; del mismo,* ***Prove illecite nel processo penale***, *cit., pp. 45 ss.;* ***P. NUVOLONE, Le prove vietate nel processo penale nei paesti di diritto latino***, *en «Rivista di diritto processuale», 1966, pp. 472;* ***V.A. DOBLES OVARES, La regulación de la prueba ilícitamente obtenida en el nuevo Código Procesal Penal,*** *en "Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal", Colegio de Abogados, 2ª edición, San José, 1997, pp. 909 ss. y* ***J. M. ASENCIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba preconstituida,*** *cit., pp. 75 ss.*

51 *Autores antes citados; y* ***J. LÓPEZ DE QUIROGA, Las escuchas****..., cit., p. 101 ss.;* ***B. P. BORGOÑÓN, Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas****, cit., pp. 355 s. y* ***M. A. SÁENZ ELIZONDO, La prueba ilícita en el proceso penal****, en Revista de Ciencias Penales, 1992, pp. 37 ss.*

52 *Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N°159-F de 8:30 h del 10 de julio de 1986. Asimismo, tanto la casación penal como la Sala Constitucional han señalado que la existencia de una prueba ilegal no invalida una sentencia condenatoria, si del resto de los elementos de prueba es posible derivar la misma conclusión de culpabilidad. Sentencias de la Sala Constitucional N°1345-90 de 14:39 h del 24 de octubre de 1990 y N°15-91 de 14:28 h del 4 enero de 1991; y Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N°362-F de 9:15 h del 27 de junio de 1991. Cfr.* ***V.A. DOBLES OVARES, La regulación de la prueba ilícitamente obtenida...****, cit., pp. 909 ss.* ***D. CARRERA, Testimonio del policía por el cual se introduce al debate la declaración del imputado****, en «Doctrina Penal» N°0 Buenos Aires, 1977, pp. 59 ss.; y* ***C. A. CHAVES SOLERA, y J.D. HIDALGO MURILLO, Temas de Derecho Procesal Penal,*** *Editec, San José, 1992, pp. 29 ss.*

53 *Cfr.* ***A. PELLEGRINI GRINOVER, Pruebas ilícitas****, cit., pp. 21 ss.; y* ***J.R. GAVIAO DE ALMEIDA Y L. F. VAGGIONE, Aspectos do tema prova e juizo no dereito brasileiro****, cit., pp. 10 ss.*

procesal mixto moderno de tendencia marcadamente acusatoria, y ha sido cuna de grandes procesalistas del área penal, hoy de nuevo primea al ofrecer una solución viable, que lleva mayor seguridad jurídica y certeza, al excluir del proceso penal e inutilizar cualquier práctica probatoria viciada, llevando sus efectos a los elementos de prueba que, aunque lícitos, se derivaron de la violación anterior. [54]

En efecto, creemos que la mejor manera de solucionar el problema es que el tema sea discutido en un foro político, donde se adopten las directrices generales que habrán de orientar al juzgador, y si no es factible incrustar el principio en la Constitución, al menos sería deseable que se disponga de una norma legal en el Código Procesal respectivo.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: El imputado como fuente de prueba

La posición del imputado o acusado dentro del proceso penal ha sido motivo de profundo análisis y controversia. Desde épocas en que la confesión resultaba ser la madre de las pruebas y la tortura el mejor instrumento procesal para obtenerla, hasta llegar hoy casi unánimemente a reconocer un estado de inocencia que se articula en cada uno de los pasos del rito penal, no sin tropiezos, superando grandes escollos y excepciones.

El dilema *ius puniendi versus ius libertatis* no siempre se ha resuelto de igual manera a lo largo de la historia, y es uno de los aspectos menos comprendidos por los ciudadanos, que generalmente alarmados por los medios de comunicación colectiva, frente al aparente aumento de la criminalidad claman por una actitud «más firme» (léase más represiva y dura) del sistema penal. Ya sabios consejos nos han enseñado que ante esos embates «el magistrado debe alejar de su mente, con todo cuidado, cuando pueda llevarlo a error, determinando insidiosos prejuicios... Un espíritu presidido por austeros principios morales, animado por una casi religiosa idea del deber, puede encontrarse expuesto al peligro de la injusticia y de la iniquidad, tanto, y acaso más, que un espíritu moralmente menos rígido... Si la excesiva rigidez y la pedantería moral, determinadas siempre por escasez de inteligencia o de humanidad, son nocivas en cualquier relación social, lo son en sumo grado en la administración de la justicia». [55]

La mejor protección contra el excesivo formalismo y la rigidez represiva ha sido la de situar como límite de la investigación penal los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso en favor del acusado.

Poco a poco se llegó a moldear una gama de principios básicos en tutela de los derechos del acusado, tales como el *favor rei*, el *favor libertatis* y el *indubio pro reo*, el derecho al silencio, etc.[56] Siguiendo esa orientación los códigos modernos acogen y desarrollan esos principios. Así, la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no puede hacerse valer en su perjuicio, aun cuando él hubiere dado consentimiento expreso para infringir dicha regla (arts. 16 C.P.P.E.S.; 1, párrafo final y 52 C.P.P.T.); se reconoce como principio un verdadero estado de inocencia, no una presunción (arts. 14 párrafo primero C.P.P.G.; 4 C.P.P.E.S.; 9 C.P.P.C.R.; 3 párrafo primero C.P.P.T.); se estipula como restrictiva toda interpretación de una norma que coarte el derecho de libertad del imputado o el ejercicio de una facultad (arts. 14 párrafo segundo C.P.P.G.; 17 C.P.P.E.S.; 2 C.P.P.C.R.; 3, párrafo segundo, y 7 C.P.P.T.); se le otorga carácter de excepcionales y taxativas a las medidas de coerción autorizadas por el Código (arts. 14 párrafo tercero y 259 párrafo segundo C.P.P.G.; 6 C.P.P.E.S.; 10 C.P.P.C.R.; 3, párrafo tercero y 196 C.P.P.T.); se establece el derecho del imputado a guardar silencio (arts. 15 y 81 C.P.P.G.; 259 C.P.P.E.S.; 92 C.P.P.C.R.; 41 y 42 C.P.P.T.); se prohíbe expresamente el uso de métodos que menoscaben la libre decisión del imputado, tales como la coacción, amenazas, tortura, engaño, psicofármacos, «sueros de la verdad», «detectores de mentiras», hipnosis, etc. (arts. 15 y 85 C.P.P.G.; 262 C.P.P.E.S.; 96 C.P.P.C.R.; 45, párrafo segundo y 148 C.P.P.T.); se señala que el imputado no está obligado a carearse (arts. 218 C.P.P.E.S.; 233 C.P.P.C.R.; 51 C.P.P.T.); ni tampoco en una reconstrucción (Art. 159 C.P.P.T.); que

54 *Véanse los comentarios de* ***J. I. CAFFERATA NORES, La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales****, cit., pp. 193 ss.*

55 ***V. MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal,*** *Buenos Aires, 1952, V. III, pp. 199 y 200.*

56 ***V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». Interrogatorio dell' imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano****, cit., pp. 249 ss.,* ***M. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, El comportamiento procesal del imputado****, Barcelona, 1979, pp. 63 ss.* ***M. CHIAVARIO, Favor libertatis****, en Enciclopedia del Diritto, t. XVII, 1968, pp. 1 ss.; y en esa misma enciclopedia y tomo* ***G. LOZZI, Favor rei****, pp. 110 ss.*

la prisión preventiva se puede aplicar sólo por razones procesales y no como un anticipo de la pena, debiendo tratarse al imputado como inocente (arts. 259, 262 y 263 C.P.P.G.; 239 C.P.P.C.R.; 202 y 217 C.P.P.T.); y en general, se prohíbe el empleo de prácticas probatorias que impliquen violación de derechos fundamentales, salvo los casos estrictamente autorizados (arts. 16 C.P.P.G.; 15 C.P.P.E.S.; 181 C.P.P.C.R.; 148 C.P.P.T.); etc.

De lo anterior podemos concluir, citando a Gómez, que «en definitiva, el imputado no está, no puede o no debe estar, sometido al principio de probidad procesal; no puede exigírsele que actúe con buena fe y veracidad; no puede obligársele a que realice o diga lo que no desea; no puede constreñírsele a que suministre hechos y pruebas en su propio detrimento; tiene el imputado el derecho de callar o de mentir y, paralelamente, no soporta el deber de decir verdad».[57]

Sin embargo, encontramos en los códigos salvadoreño y costarricense, así como en el Código Tipo ciertas disposiciones referidas a la prueba, por las cuales no podríamos afirmar que se consolida una posición de garantía frente al acusado conforme perfilábamos en la enumeración de derechos que hacíamos en el párrafo trasanterior.

En efecto, en el Código salvadoreño se admite como perfectamente admisible la confesión extrajudicial del acusado, es decir cuando no ha sido rendida ante un juez, siempre que la misma guarde concordancia con otros elementos de juicio, se pruebe su contenido por uno o más testigos que merezcan fe (como podrían ser los policías) y estos últimos afirmen que la declaración del imputado fue voluntaria (Art. 222 C.P.P.E.S.). De nuevo apreciamos un interés marcadamente puesto en la declaración del imputado como elemento de prueba, al estilo de los sistemas inquisitivos de grata memoria, que continúa autorizando a los policías para que sustituyan la investigación probatoria por métodos dirigidos a obtener una confesión "válida" del acusado.

En la experiencia costarricense, la Sala Constitucional ha admitido como válido que el imputado sea utilizado como fuente de prueba, al firmar que «...*en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma ni importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieren colaboración pasiva del imputado v. gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aun sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de ley, según corresponda...*» (**SALA CONSTITUCIONAL**, sentencia Nº 556-91 de 14:10 h de 20 de marzo de 1991). El nuevo Código costarricense recoge esa jurisprudencia y dispone: "*Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario...*" (Art. 88 C.P.P.C.R.).

En igual sentido podemos citar varias disposiciones de Código Tipo, pues en el artículo 38 expresamente autoriza disponer investigaciones corporales sobre el imputado, aun sin su consentimiento (es decir por la fuerza), para constatar circunstancias de interés para resolver el caso. Se indica que con esa finalidad son admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales sobre el imputado «...*cuando no fuere de temer perjuicio para su salud*», es decir condicionado a los temores de funcionario público, quien —si fuere temerario— podría ir mucho más allá que lo proyectado en la norma. Finalmente se agrega, en ese mismo artículo, que esas investigaciones pueden ser ordenadas incluso por el Ministerio Público o la policía durante el procedimiento preparatorio «...*siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa...*», caso en el cual deberá obtener autorización del juez (Art. 38 C.P.P.T.).

57 ***M. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, El comportamiento procesal del imputado***, *cit., p. 138.*

De acuerdo con estas disposiciones será el criterio policial el que determine cuándo interviene el juez, pues la autorización está sujeta a que el policía estime «riesgosa» la prueba. En todo caso, ninguna garantía existe para el imputado con el hecho de que el juez autorice la prueba, pues siempre que no se obtenga el consentimiento del imputado se estarían lesionando principios básicos como el de inocencia, el de integridad física y en ocasiones hasta el de integridad moral.

En igual sentido, individualizamos otras recomendaciones, como la del artículo 193 C.P.P.T., que expresamente señala que el reconocimiento procede aun sin el consentimiento del imputado. No imaginamos a un acusado obligado a pararse junto con otras personas en una «rueda de presos» para ser reconocido, salvo que preste su concurso. Obligarlo podría conducir a amarrarlo, o sujetarlo de tal manera que podría facilitar su propio reconocimiento. [58]

Estas normas podrían contribuir a los fines del proceso (descubrimiento de la verdad), así como también podrían contribuir a satisfacer ciertos intereses públicos en la aplicación de la pena a los culpables, dentro de un Estado de derecho, altamente democrático, con intervención de jueces honestos e independientes, y donde existan adecuados controles para evitar las violaciones de los derechos fundamentales y haya una adecuada transparencia en la administración de justicia, pero también pueden dar margen a una distorsionada represión policial en perjuicio de esa misma seguridad ciudadana y de la misma administración de justicia.

El derecho al silencio se instauró en favor del acusado para desterrar la tortura dirigida a obtener la confesión. Sin embargo hoy día los avances de la técnica son tales que los órganos represivos no necesitan de la confesión del acusado para autoincriminarlo, basta hacerlo hablar y extraer de él mismo los elementos de prueba que servirán para los mismos efectos. La garantía del silencio pretende erradicar el interrogatorio policial coactivo, pero esa garantía pierde eficacia hoy, cuando tiene mayor crédito probatorio (validez) un pelo o una extracción de sangre que la confesión del acusado ante la policía.

Admitir la práctica de esas pruebas contra el consentimiento del propio acusado equivale a reinstalar épocas en que reinaba el interrogatorio policial como método más eficaz y directo de investigación criminal, solo que ahora se interrogaría para que el acusado suministre las pruebas en su propio perjuicio, y en algunos casos no se requiere siquiera de hacerlo firmar una declaración. Coincidimos con Tijerino al afirmar el excesivo garantismo "...también puede ser un vicio, y de él se aprovechan los sectores autoritarios para desacreditar el debido proceso", [59] sin embargo, ello no puede significar dejar de reconocer que los derechos básicos (llamados humanos) constituyen un claro límite de toda la actividad represiva del Estado.

Creemos que la conciencia contemporánea, informada de principios básicos en favor de la persona humana, exige incorporar en nuestros sistemas de administración de justicia un principio rector según el cual al **imputado no debe utilizársele como objeto, elemento, o fuente de prueba en perjuicio y sin su consentimiento,** salvo los casos expresamente establecidos en la ley.

En otras palabras, parece necesario invertir los principios y establecer como regla la prohibición, salvo los casos expresamente autorizados, que podrían ser tales como los exámenes médicos, psiquiátricos, psicológicos, mentales y sociales que deban practicarse al acusado, así como los exámenes físicos, las inspecciones corporales, y la requisa, que también establecen los códigos que comentamos.

---

58 *En favor de la obligatoriedad* ***J. I. CAFFERATA NORES. Reconocimiento de personas (rueda de presos).*** *Córdoba, 1980, pp. 44 y 45.*

59 ***J. M. TIJERINO PACHECO, Debido proceso y pruebas penales,*** *en "Ciencias Penales N° 7", año 5, julio 1993, San José, p. 36.*

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN PENAL

Martín Rodríguez Miranda
Letrado de la Sala de Casación Penal

A. DERECHO PENAL

1. **ASOCIACIÓN ILÍCITA.** No cualquier planificación y distribución de funciones permite la configuración de este ilícito.

2. **COMISO.** Procedencia. Devolución de bienes o reintegrar su valor económico.

3. **CONCURSO IDEAL.** Diferencia con el concurso aparente.

4. **DELITO CONTINUADO.** Procede solo en delitos que afectan bienes jurídicos patrimoniales.

5. **DELITOS DE PELIGRO CONCRETO.** Basta un perjuicio potencial para que se configure la tipicidad objetiva.

6. **DIFAMACIÓN.** Dolo. Prueba de la verdad.

7. **FALSEDAD IDEOLÓGICA.** La declaración testimonial rendida ante notario público no constituye falso testimonio.

8. **LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS.** Análisis de los artículos 25 y 89.

9. **LEY MÁS FAVORABLE.** La ley procesal no constituye una ley más favorable.

10. **LEY MÁS FAVORABLE.** Prohibición de aplicar la *"lex tertia"*.

11. **PENA.** Su fijación debe respetar el principio de proporcionalidad.

12. **PREVARICATO.** Bien jurídico tutelado.

13. **PREVARICATO.** Resolución, concepto.

14. **PRIVACIÓN DE LIBERTAD.** La afectación al bien jurídico debe ser efectiva y proporcional.

15. **RAPTO PROPIO.** El abuso deshonesto puede concurrir idealmente con el rapto, no queda absorto por éste.

16. **ROBO AGRAVADO.** Fuerza anormal requerida para su configuración.

17. **ROBO AGRAVADO.** La anormalidad de la fuerza empleada se determina por la irregularidad en su uso y no en el porcentaje de ésta.

18. **TENTATIVA DE VIOLACIÓN.** Causas que pueden interrumpir los actos de ejecución dirigidos a la consumación del delito.

19. **TRÁFICO DE DROGAS.** Como delito de peligro abstracto no requiere la efectiva lesión al bien jurídico tutelado.

20. **TRÁFICO DE DROGAS.** No admite la tentativa al ser un delito de peligro abstracto. Algunas consideraciones sobre el tema.

21. **TRÁFICO DE DROGAS.** Al ser un delito consumado no admite la tentativa.

22. **VIOLACIÓN.** No es parte del tipo penal la satisfacción de los deseos sexuales.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

23. **ACCIÓN CIVIL.** Desistimiento tácito al no concretarse las pretensiones en el momento procesal correspondiente.

24. **ACCIÓN CIVIL.** No es inválido el sobreseimiento que omite pronunciarse sobre las pretensiones civiles.

25. **ACTOS DEFINITIVOS E "IRREPRODUCTIBLES".** Deben ser notificados previamente a las partes, salvo los casos de urgencia dispuestos por la ley.

26. **ALLANAMIENTO.** Función del Defensor Público asignado para presenciar la diligencia.

27. **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.** El desistimiento, la deserción y la revocatoria de la instancia están prohibidos en materia de menores.

28. **CONCILIACIÓN.** No procede en delitos cometidos en perjuicio de niños y adolescentes.

29. **CONCILIACIÓN.** No se admite en el delito de violación.

30. **CONCILIACIÓN.** No se admite en delitos en donde no es posible la ejecución condicional de la pena, ni en los cometidos contra menores de edad.

31. **CONVENIOS CON EL MINISTERIO PÚBLICO.** Naturaleza y alcances. Inobservancia por el Tribunal de Juicio.

32. **ESTADO CIVIL.** Puede demostrarse por cualquier medio de prueba legítimo.

33. **EXAMEN PSIQUIÁTRICO DEL IMPUTADO.** Algunas consideraciones sobre su evolución histórica.

34. **EXAMEN PSIQUIÁTRICO DEL IMPUTADO.** Aspectos de interés sobre su valor probatorio. No viola el principio de inocencia.

35. **FUNDAMENTACIÓN.** No siempre es posible una precisión absoluta de los hechos.

36. **HECHOS PROBADOS.** No se requiere una ubicación temporal absoluta, salvo que se demuestre su esencialidad o utilidad.

37. **IMPUTADO.** Obligación de comunicarse e informarse del proceso con su defensor.

38. **INHIBITORIA.** Es una garantía de objetividad e imparcialidad procesal.

39. **LECTURA DE LA SENTENCIA.** Se debe realizar en la forma y dentro del tiempo fijado en la normativa procesal.

40. **PLAZOS.** Corren a partir del día siguiente a su notificación.

41. **PRESCRIPCIÓN.** Naturaleza procesal del instituto. Reglas para su aplicación en la nueva normativa procesal.

42. **PRESCRIPCIÓN.** Carácter procesal de las normas que lo regulan. No constituyen ley más favorable.

43. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** La ampliación de la acusación durante el debate debe cumplir con lo dispuesto en el procedimiento ordinario.

44. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** El rechazo del rebajo de la pena y del beneficio de ejecución condicional de la misma se deben fundamentar.

45. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** El tribunal puede rechazarlo si se sustenta en un acuerdo espurio entre las partes.

46. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Obligación del tribunal de vigilar el acuerdo sancionatorio al que llegan las partes.

47. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** El convenio debe respetar los hechos y la calificación correspondiente.

48. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Posibilidad del tribunal de rebajar en un tercio la pena aun cuando la pena acordada supera el mínimo fijado por ley.

49. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** La aceptación del hecho debe ser expresa, libre, clara, inequívoca e indubitable.

50. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Se requiere tanto la aceptación de someterse a este procedimiento, como la aceptación de los hechos.

51. **PROCEDIMIENTO CONTRA MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES.** Compete al Fiscal General asumir personalmente la investigación.

52. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.** Resoluciones contra las que procede. El actor civil no está legitimado para formularlo.

53. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.** Legitimación del Ministerio Público para interponerlo. Alcances.

54. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.** La retractación de la ofendida puede obedecer a presiones del grupo familiar ante las dificultades económicas sobrevinientes.

55. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.** Procedencia. Sentencia inconciliable.

56. **RECURSOS.** Órgano competente para conocer de la admisibilidad.

57. **RECURSO DE CASACIÓN.** No constituye una doble instancia.

58. **RECURSO DE CASACIÓN.** Resoluciones contra las que procede. Requisitos mínimos para su interposición.

59. **REQUISA.** Naturaleza y formalidades. Omisión de orden judicial previa no acarrea necesariamente su invalidez.

60. **SENTENCIA.** Plazo y reglas básicas para su redacción y lectura.

61. **SUSPENSIÓN DEL DEBATE.** No viola el debido proceso la suspensión del debate por un plazo mayor al establecido en la ley si hubo acuerdo entre las partes.

62. **TESTIGO SOSPECHOSO.** Procedimiento para su recepción. Diferencia con el coimputado.

63. **TESTIGO SOSPECHOSO.** Debe respetarse el derecho de defensa desde que se adquiere la condición de indiciado o sospechoso.

A. DERECHO PENAL

1. **ASOCIACIÓN ILÍCITA. No cualquier planificación y distribución de funciones permite la configuración de este ilícito.**

"En el primer acápite de esta parte del recurso, como *vicio in iudicando* se denuncia la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1º y 272 del Código Penal, pues la defensa considera que en la especie no se configuró objetiva ni subjetivamente el delito de Asociación ilícita, razón por la cual solicita que sus patrocinados sean absueltos por ese delito. En segundo lugar se acusa la infracción de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 23 y 272 del Código Penal, indicando que conforme a las reglas del concurso aparente de normas, en el presente caso el delito de Secuestro extorsivo excluye la aplicación del delito de Asociación ilícita. Ambos reclamos son de recibo, por las razones que se dirán. En la sentencia impugnada, particularmente entre los folios 2065 a 2067, explica el Tribunal de mérito las razones por las cuales considera que los imputados son coautores del delito de Asociación ilícita, básicamente —vamos a sintetizar— por la antelación y detalle con que se planificó el Secuestro extorsivo de los ofendidos, a cometer entre varias personas (señala el a quo que hubo varias reuniones y que varios de los partícipes fueron traídos desde Nicaragua). Agrega el Tribunal que la agrupación: «*...fue permanente durante el lapso que duró el secuestro. Todo lo cual denota una estructura dotada de estabilidad, orden, coordinación, permanencia y una distribución de funciones propias de un grupo organizado para delinquir, como lo era llevar a cabo el secuestro de los ofendidos, aspectos muy diversos a los que se encuentran en la mera participación circunstancial para perpetrar un delito singular, por lo que sin duda los coimputados al haber participado de dicha organización son coautores cada uno de ellos de un delito de asociación ilícita, el cual realizaron en concurso material con los dos secuestradores mencionados. No pudiéndose decir que la asociación ilícita queda como un acto previo al secuestro, o como un delito de pasaje, pues lo cierto es que son figuras totalmente independientes y una no subsume tampoco a la otra, ya que no necesariamente para que se dé un secuestro extorsivo, tiene que primero darse una asociación ilícita, dado que el secuestro lo puede cometer una sola persona o un grupo de ellas que en forma circunstancial deciden hacerlo, sin que exista de por medio alguna planificación u organización*» (sentencia, folios 2066 a 2067). Pues bien, consideran los suscritos que ninguna de las anteriores razones permite afirmar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de Asociación ilícita, a que se refiere el artículo 272 de nuestro Código Penal. En la sentencia recurrida hay un evidente error *in iudicando*, ya que los hechos que se han tenido por probados no permiten declarar la existencia independiente de un delito de Asociación ilícita, ya que en el presente caso la resolución de secuestrar adoptada por el grupo, manifestada en cada una de sus reuniones, y cada uno de los actos preparatorios efectuados por ellos —según son descritos en sentencia— no son más que la manifestación que, para este caso concreto, adoptó la progresiva realización del delito de Secuestro extorsivo (cfr. artículo 215 del Código Penal). Si los agentes planificaron previamente y con detalle la realización de un secuestro a los ofendidos, que efectivamente llevaron a cabo entre ellos, distribuyéndose entre sí funciones específicas, a efecto de actuar de manera coordinada y eficiente en la consecución de los fines propuestos con el secuestro, debe convenirse en que solamente se está en presencia de un delito de Secuestro extorsivo y no de una Asociación ilícita (pues de admitirse el criterio del Tribunal, que no discrimina los elementos de uno y otro delito, cualquier delito doloso cometido en coautoría, p. ej. Homicidio, Robo, o Estafa, implicaría el delito de Asociación ilícita). Por tanto debe casarse la sentencia únicamente para absolver a los encartados por el delito de Asociación ilícita que se les ha atribuido. El resto de la sentencia se mantiene incólume."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 23 de las 15.50 h del 7 de enero.

2. **COMISO. Procedencia. Devolución de bienes o reintegrar su valor económico.**

"Si bien es cierto, el texto del artículo 408 del Código Procesal Penal restringe la posibilidad de incoar un proceso revisorio a los supuestos ahí establecidos, siempre que la gestión se dirija contra una sentencia firme y se interponga en pro de los intereses del condenado o de aquél a quien se haya impuesto una medida de seguridad y corrección, también lo es, que el comiso implica la restricción del derecho fundamental de propiedad, decretado mediante sentencia condenatoria firme. Conviene añadir, que como consecuencia eventual de la condenatoria penal (artículo 465 ejúsdem), procede no solo en contra de bienes del sentenciado, sino también contra aquéllos que, siendo ostentados por un tercero, han servido como instrumentos para realizar el ilícito o constituyen el provecho o ventaja derivada de él. De cualquier forma, sea que pertenezcan al sentenciado o a un tercero, la demostración de este nexo entre los bienes y la infracción cometida, constituye un presupuesto indispensable para decretarlo, es decir, declarar la pérdida de bienes materiales en beneficio del Estado (ver al respecto Voto de esta Sala Nº 188-99 de 9:10 horas del 19 de febrero de 1999). En el asunto sometido a examen por esta Sala, queda claro que al ordenar el comiso, el a quo estimó que tanto el dinero cuanto las joyas incautadas en el allanamiento, eran producto de la actividad ilícita a la que se dedicaban los encartados, pues el dinero previamente identificado, se localizó en la bolsa que contenía la droga (confrontar folio 381, líneas 7 a 13). De esta manera concreta, pero indiferenciada, el Tribunal tuvo por establecido que tanto el dinero como las joyas aparecieron en una misma bolsa, lo cual es imposible deducir inequívocamente de la secuencia registrada en el informe de la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad

Pública (ver folios 12 a 15), de las actas de decomiso de folios 19 a 21, así como del acta de allanamiento de folio 32. Por lo expuesto, en cada uno de estos documentos se colige que el dinero identificado por la autoridad jurisdiccional, efectivamente fue encontrado en una bolsa que contenía el resto de los valores, que no solo sumaba una cantidad considerable, sino que además estaba conformado por billetes y monedas de variadas denominaciones. Esto, de conformidad con lo que aconseja el correcto sentido de las cosas, permitió al a quo demostrar que tales cantidades provenían de la venta de droga que se realizaba en la vivienda del justiciable. De ahí que en cuanto al dinero, no se observan los vicios reprochados. Distinta es la situación respecto a las joyas, pues de la prueba citada no se desprende, —como erróneamente lo hizo el sentenciador— que provinieran de aquella venta. En efecto, las joyas estaban contenidas en dos bolsas plásticas (confrontar acta de allanamiento de folio 32) y aunque en algunos casos es común que los adictos cancelen ventas de droga mediante la entrega de bienes distintos al dinero (como pueden ser las joyas), lo cierto es que en el caso concreto, esto no podría ser sino una simple sospecha, nunca un indicio inequívoco que sustente la proveniencia ilícita de los referidos bienes. Por lo expuesto y existiendo duda razonable en cuanto al origen de las citadas joyas, lo procedente es anular la sentencia, únicamente en cuanto ordena el referido comiso. En lo demás, el fallo permanece inalterable. IV.- Atendiendo a la nulidad parcial del fallo decretada en el anterior Considerando y a efecto de otorgar eficacia a lo resuelto, el a quo se servirá fijar un término prudencial, para que las joyas —cuyo comiso se ordenó— sean devueltas efectivamente al sentenciado G. B.. No obstante, la Sala no puede dejar de lado, que desde la fecha en que se dictó sentencia hasta ahora han transcurrido cerca de cuatro años, además que las joyas fueron entregadas oportunamente al representante de la entidad beneficiada con el comiso, en este caso el Consejo Nacional de Drogas, CONADRO (ver acta de entrega, folio 403). Por lo expuesto y en el evento de que no resulte factible devolver materialmente los valores citados, previa consulta al ente referido, el sentenciador deberá regularlos prudencialmente, para que en el término razonable que se sirva fijar, la institución en cuyo beneficio se ordenó hacer recaer el depósito de los bienes caídos en comiso, reintegre su valor económico al justiciable G. B.."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 505 de las 10 h del 30 de abril.

3. CONCURSO IDEAL. Diferencia con el concurso aparente.

"De acuerdo con esta primera precisión, es claro que en la especie toda la conducta que desplegaron los asaltantes, analizada en forma integral, debe valorarse como una sola acción en sentido jurídico, pues en ella —y no obstante que se advierte la concurrencia de varias acciones materiales perfectamente diferenciables— subsiste una misma situación espacial y temporal, así como la misma motivación. Una vez definido lo anterior, debemos ocuparnos de establecer si esta unidad de acción debe calificarse como un concurso ideal o uno aparente, para lo cual debemos analizar si ha existido una única lesión al bien jurídico o si, por el contrario, se dan varias lesiones independientes. En este sentido debemos entender que "... *Concurso ideal significa que una sola acción u omisión realiza varios tipos penales, que no se encuentran entre sí en relación de concurso aparente de normas. Esta figura (el concurso ideal) requiere, en consecuencia, dos presupuestos: de un lado, la unidad de acción; de otro, que la acción u omisión produzca una pluralidad de lesiones jurídicas* ..." Castillo González (Francisco), "EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE", Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1ª edición, 1981, página 58. Como se puede colegir de lo anterior, la diferencia que existe entre el concurso ideal y el aparente consiste en que en aquél la acción (vista como una unidad) produce varias lesiones al bien jurídico tutelado por el tipo o los tipos penales de que se trate, mientras que en éste se da una sola lesión. Por otra parte, el citado autor estima que *por lo general* en delitos patrimoniales o en delitos contra la propiedad, donde la acción u omisión llena pura y simplemente el tipo penal, existirá una acción y lesión únicas, es decir, un concurso aparente de normas. Pero existe una salvedad a este principio; en el concurso ideal homogéneo (esto es, en aquellos casos en los cuales —según lo estipula el numeral 21 citado— la acción u omisión viola varias veces la misma disposición penal, sin que cada una de dichas violaciones se excluyan entre sí), y se trate de "... *aquellos tipos penales que, además de la propiedad, protegen también bienes jurídicos personalísimos, como es el caso del robo o de la extorsión, es posible el concurso ideal homogéneo, que ocurre cuando la acción tiene por objeto varias víctimas...*", ibídem, páginas 64 y 65. Lo anterior significa que en el caso que nos ocupa (al concurrir una acción violenta, en la que medió el uso de armas de fuego de alto poder ofensivo) aparte del bien jurídico propiedad también se vieron afectados otros valores fundamentales de la convivencia social como, por ejemplo, la seguridad e integridad física de las personas, su libertad de autodeterminación y, en algunos supuestos, incluso hasta la vida, de donde debe entenderse que la afectación de una multiplicidad de sujetos pasivos trajo como consecuencia inevitable una multiplicidad de lesiones jurídicas a estos bienes personalísimos. Analizando el caso en estudio a la luz de los principios antes desarrollados, tenemos lo siguiente: a) la conducta desplegada por los tres asaltantes, quienes mediante el empleo de armas de fuego logran intimidar al vigilante de la agencia bancaria consiguiendo así despojarlo de los bienes que portaba, para más adelante tratar de ingresar al área de cajeros donde se apoderarían de los bienes y del dinero que allí se encontraban, debe valorarse como una sola acción en sentido jurídico, pues no sólo se desarrolla en el mismo lugar durante un corto espacio de tiempo, sino que todo ese despliegue obedeció a un propósito común, esto es, el apoderamiento ilegítimo de bienes; b) la referida conducta ilícita se dirigió al menos contra dos víctimas claramente diferenciables: en primer término se consumó el desapoderamiento de los bienes del ofendido E.R.P.M., guarda de seguridad, a quien se despojó de un revólver, un radio de comunicación y una billetera que portaba, y se le ocasionaron lesiones. Asimismo, por causas del todo ajenas a su voluntad,

los asaltantes no lograron consumar el robo que se propusieron cometer en el área de cajeros, pues no obstante ejecutaron una acción directamente encaminada a ese resultado, los vidrios blindados que protegían dicho sector no cedieron ante los disparos que ellos realizaron. Al causársele lesiones al guarda de seguridad indiscutiblemente se afectaron bienes jurídicos personalísimos, diferenciables del derecho de propiedad, lo que implica que se lesionaron dos bienes jurídicos distintos: por un lado la propiedad tanto de Bancrecen como del propio guarda, y por otro la integridad física de este último. Al afectarse dichos bienes, debemos concluir que nos encontramos ante la lesión a dos bienes jurídicos. Como se deduce de lo anterior, la delincuencia que se desplegó —al afectar no sólo la propiedad sino también bienes jurídicos personalísimos— debe calificarse como un concurso ideal homogéneo, tal y como apropiadamente lo estimó el tribunal de instancia. Tal consideración nos permite concluir que en la especie, si bien se está en presencia de una unidad de acción, fueron afectados no sólo bienes jurídicos de naturaleza puramente económica, sino también algunos personalísimos como la vida y la integridad física de los sujetos pasivos."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1192 de las 9:45 h del 3 de diciembre.

4. DELITO CONTINUADO. Procede solo en delitos que afectan bienes jurídicos patrimoniales.

"Con fundamento en el artículo 77 del Código Penal, el que estima inobservado, el sentenciado E.A.H. alega una excesiva penalidad en su causa, al considerar que se le debió haber impuesto una pena única, ya que los hechos por los cuales se le condenó constituyen, en su criterio, un delito continuado, es decir, eran de la misma especie y tenían la misma finalidad (folio 201, líneas 22 a 26). II.- El reclamo debe rechazarse. Conforme lo establece el artículo 77 citado, y según lo ha resuelto reiteradamente esta Sala, la penalidad del delito continuado sólo resulta aplicable, entre otros aspectos, cuando los delitos en concurso, que se vienen acusando, afectan bienes jurídicos patrimoniales; no así cuando la afectación recae sobre bienes jurídicos distintos a los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos ellos, la misma finalidad (ver, CASTILLO, Francisco: "El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense", San José, Litografía Lil S.A., 1981, p. 91), cual sería el caso, por ejemplo, de los bienes personalísimos, tal y como se aprecia en esta oportunidad. En este sentido, la penalidad del delito continuado no procede en la especie, pues las acciones realizadas por el gestionante afectaron bienes jurídicos personalísimos y no patrimoniales, ya que éste, de acuerdo con lo acreditado en sentencia, con la finalidad de corromper, no sólo abusó y violó sexualmente a J.G. (en distintas ocasiones), sino que también cometió un abuso deshonesto en perjuicio de M.V.G.H., lo cual descarta la aplicación de lo solicitado, al afectarse con dicha conducta la reserva, el decoro, la honestidad o el pudor sexual (abusos deshonestos), la libertad o autodeterminación sexual (Violación) y la integridad psicológica sexual del desarrollo espontáneo, natural y sano de las personas menores de diecisiete años (Corrupción). Así las cosas, no concurriendo los elementos para la aplicación del delito continuado, se declara sin lugar el procedimiento de revisión que intenta el sentenciado."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 542 de las 10.25 h del 7 de mayo.

5. DELITOS DE PELIGRO CONCRETO. Basta un perjuicio potencial para que se configure la tipicidad objetiva.

"En el único motivo por el fondo, plantea el impugnante un extenso alegato que se concentra en indicar que han sido incorrectamente interpretados y aplicados los artículos 318, 359 y 363 del Código Penal... Sin embargo, y como ya se expuso en considerandos anteriores, el tipo de delitos como el de Fraude de Simulación, el de Uso de Documento Falso o de Falsificación de Documentos Públicos, no requieren un perjuicio efectivo como el que pretende validar el impugnante. La tipicidad objetiva de estas figuras se satisface con un perjuicio potencial, una mera puesta en peligro del bien jurídico "Fe Pública". Por esta razón no resulta necesario acreditar en la causa que los acusados hayan causado efectivamente un daño al patrimonio o a la Fe Pública. La forma de tutela penal en esta sección del Código Penal tiene una especial tendencia hacia la persecución también de acciones que revelen un peligro concreto para el bien jurídico, que es una forma de tutela que per se no es inconstitucional, sino que implica un análisis judicial de comportamientos humanos que estén directamente encaminados a producir perjuicios haciendo un documento público falso, o utilizando un documento falso o simulando un acto o contrato o se hubiere hecho embargar con el fin de eludir un pago. Al hacer la interpretación del peligro potencial no existe una aplicación errónea de la ley sustantiva, como lo pretende el recurrente. Por lo expuesto sin lugar el motivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 204 de las 10.35 h del 19 de febrero.

6. DIFAMACIÓN. Dolo. Prueba de la verdad.

"Según la sentencia impugnada, la razón para absolver a H.U. se hace derivar directamente de la ausencia de dolo y no del ejercicio de la «prueba de la verdad» a que se refiere el artículo 149 del Código Penal (no podría ser al revés, ya que no se demostró —valga la reiteración— que las imputaciones atribuidas a P. consistieran en afirmaciones verdaderas). Dijo el *a quo*: «*...los delitos que se acusaron NO SON TÍPICOS, por faltar el elemento subjetivo integrado por el DOLO, siguiendo la Teoría del Tipo Complejo*» (Sentencia, folio 453). Sin embargo, resulta que acreditar que las imputaciones consisten en afirmaciones verdaderas es la hipótesis necesaria a partir de la cual resulta aplicable el artículo 149 del Código Penal, y es de hacer notar que cuando media la defensa de un interés actual, la prueba de la verdad opera como causa de justificación, esto es, que excluye la antijuridicidad de la conducta, pero no su tipicidad dolosa (cfr. LLOBET, Javier y

RIVERO, Juan: *Comentarios al Código Penal*, San José, Editorial Juricentro, p. 182), y desde el punto de vista técnico-jurídico no es lo mismo fundamentar una absolutoria por ausencia de tipicidad subjetiva (dolo) que por ausencia de antijuridicidad, pues la justificante obedece a hechos que no descartan aquellos que constituyen el elemento subjetivo del dolo. Pero el Tribunal, erróneamente, utilizó los criterios subjetivos de esta norma para orientar el examen relativo a la existencia de los hechos, pues salta a la vista que el *a quo* prácticamente identificó el dolo de la *Difamación* (art. 146) o de la *Publicación de ofensas* (art. 152) con el «puro deseo de ofender» y el «espíritu de maledicencia» a que se refiere el artículo 149 (véanse los folios 393, 402, 410 y 436), cuya inexistencia sólo tiene por efecto excluir la punibilidad *cuando se prueba la verdad del hecho imputado*, pero ninguna de estas finalidades o motivos puede identificarse con el dolo que suponen los delitos tipificados en los artículos 146 y 152, ya que estos últimos ordinales no contemplan esa clase de elementos subjetivos, como sí lo hacen ciertos tipos subjetivos complejos, llamados «delitos de intención», porque requieren una especial dirección de la voluntad hacia un determinado objetivo o resultado, que se encuentra fuera del tipo subjetivo, como por ejemplo los artículos 163 y 164 (que además de suponer el dolo, exigen expresamente la existencia de «fines libidinosos» en el autor del Rapto), el 169 (que en adición al dolo requiere el «ánimo de lucro» en el autor del Proxenetismo), el 214 (que señala la finalidad de «procurar un lucro injusto» en la Extorsión simple) o el 215 (que alude a «fines de lucro, políticos, o político sociales, religiosos o raciales» para configurar el Secuestro Extorsivo), todos del Código Penal. En realidad el dolo del difamador es el conocimiento y voluntad de deshonrar a otro o de propalar especies idóneas para afectar su reputación, mientras que en la Publicación de ofensas, el dolo consiste en el conocimiento y voluntad de publicar o reproducir, por cualquier medio, ofensas al honor inferidas por otro. Pero así como obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, también con quien acepta, previéndola a lo menos como posible, la realización del hecho tipificado (artículo 31), siendo esta última forma del dolo la llamada *eventual*, cuya posible existencia o inexistencia tampoco fue objeto de análisis expreso por parte del *a quo*. Dice el Tribunal que: «*Por último, estiman los juzgadores que en cuanto a la Excepción de la verdad interpuesta por el Lic. F.G., abogado del querellado H.U., efectivamente se logró demostrar que las publicaciones realizadas por H.U. tienen sustento en las publicaciones de los periódicos europeos aludidos; pero en virtud de que el tribunal sostiene la tesis de la carencia de dolo en el presente caso, se estima innecesario ahondar en este punto. Sí debe quedar claro que la Excepción de la verdad no versaba sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones hechas por los matutinos europeos, ya que esa cuestión no competía al querellado por no haber hecho esas afirmaciones a título personal ni con ánimo de ofender, sino simplemente informar sobre los mismos*» (Sentencia, folio 454)». En la cita transcrita se evidencia, como lo hace notar el Dr. C.G., un defecto en las premisas del razonamiento, pues al tener como objeto de la excepción de verdad el hecho de que H. publicó (o «sustrajo», según dijo el *a quo*, cfr. folio 388) las afirmaciones publicadas en periódicos europeos (y no su verdad o falsedad) comete un error el juzgador, pues así —como dice el impugnante— se «*...convierte en causa de justificación o de no punibilidad, la publicación de ofensas inferidas por otro, que es precisamente lo que el artículo 152 del Código Penal define como delito*». En este sentido, se ha indicado que el artículo 152 «*...tiene la finalidad de evitar que puedan quedar impunes determinadas ofensas al honor, por la sola circunstancia de que quien las profiere, alegue que él no fue autor original del agravio* [puesto que el Código Penal] *parte de la base de que son lesivas al honor, tanto las ofensas originales como las repetidas*» (LLOBET y RIVERO: *op. cit.*, pág. 208). Mientras que, por otra parte, en relación con cuál es el objeto de la prueba de la verdad se ha dicho que ésta «*versa únicamente sobre la realidad de la imputación agraviante que se ha formulado al sujeto pasivo*» (CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, T. I, 1988, p. 157). En vista de que el defecto apuntado en la fundamentación se reitera en la sentencia respecto a cada uno de los hechos querellados, procede declarar la nulidad de la sentencia y remitir el proceso al competente para su nueva substanciación. Dada la naturaleza y efecto de lo dispuesto, se omite pronunciamiento sobre los demás reclamos del recurso interpuesto. No sobra señalar que sólo por haber acogido el presente reclamo por la inobservancia de formas procesales que determinó la nulidad de la sentencia, la Sala de Casación no está prejuzgando sobre el fondo del asunto, cuestión que sólo podrá resolverse mediante un juicio que observe las formas procesales pertinentes."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 540 de las 10.15 h del 7 de mayo.

7. FALSEDAD IDEOLÓGICA. La declaración testimonial rendida ante notario público no constituye falso testimonio.

"En este aparte, alega errónea aplicación de la ley sustantiva, pues a juicio de quien recurre, por haberse prevenido al testigo —hoy sentenciado— acerca de las penas con las que la Ley castiga el falso testimonio, el delito cometido no enmarca en la ilicitud de falsedad ideológica, sino en la del falso testimonio, o en su lugar, la figura aplicable resultaría ser la del perjurio. El reclamo es inatendible. La calificación otorgada por el Tribunal al cuadro fáctico acreditado, es la ajustada a derecho y no se observa en tal subsunción jurídica los defectos que señala el gestionante. En efecto, el a quo tuvo por demostrado que el justiciable compareció ante un Notario Público e hizo insertar datos falsos relativos a aspectos que el mismo documento debía probar. No puede estimarse que en la especie se esté ante el delito de falso testimonio, porque aunque en esencia en el documento se consignó una declaración y al deponente se le hicieron las prevenciones de rigor en torno al delito de falso testimonio, resulta cierto que por habérsela rendido ante una autoridad competente, no es dable aplicar el artículo 314 del Código Penal. Esta norma exige como un elemento del tipo objetivo del falso testimonio, que la declaración se rinda ante una "autoridad competente", es decir, ante órganos públicos judiciales, administrativos, parlamentarios o eventualmente, ante las autoridades

consulares o diplomáticas extranjeras, cuando: "... tenga(n) la atribución de ejercer materialmente la función jurisdiccional y de tomar (...) una decisión sobre el caso concreto..." (Castillo González, Francisco: El delito de Falso Testimonio, San José, Editorial Juricentro, 1982, p. 68). Por ello, a juicio de este autor: "... Del texto del artículo 314, quedan excluidas aquellas declaraciones rendidas ante particulares que ejercen funciones públicas. Tal es el caso de las otorgadas ante notarios, notarios receptores de pruebas o ante árbitros amigables componedores ..." (ibídem). En consecuencia, debe entenderse que las declaraciones apócrifas otorgadas ante un Notario, no configuran el delito de falso testimonio sino el de falsedad ideológica, pues en primer lugar, dicho profesional carece de la calidad de autoridad —en el sentido expuesto— y en segundo término, porque la falsedad —que se refiere a aspectos esenciales que el documento pretende probar— se hace insertar en un instrumento público (escritura). En otro orden de cosas, los hechos demostrados no pueden configurar el delito de perjurio, pues como acertadamente lo expone la representante del Ministerio Público en la contestación de la audiencia respectiva (confrontar folio 411), la falsedad que sanciona el artículo 309 del Código Penal, debe versar sobre hechos propios y no sobre circunstancias o actividades de otras personas, como ocurre en el caso de autos. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo alegado."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1186 de las 9:15 h del 3 de diciembre.

8. LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS. Análisis de los artículos 25 y 89.

"En este reclamo se acusa como vicio *in iudicando* la errónea aplicación de los artículos 25 y 89 de la Ley de Armas y Explosivos Nº 7530. La queja se centra en que los citados numerales establecen, como elemento objetivo del tipo, no sólo que una persona posea un arma, sino además que la misma tenga la capacidad de disparar varios proyectiles en ráfaga, es decir, con una sola acción del gatillo... El reclamo no es de recibo. En su queja, el encartado parece entender que para que se configure el delito que prevén los artículos 25 y 89 citados, el arma que se posea debe no sólo estar diseñada para disparar en ráfaga con una sola acción del gatillo, sino además que —en el caso concreto— la misma se encuentre en perfectas condiciones de funcionamiento a dichos efectos. Tal planteamiento no resulta acertado. Tomando en cuenta que en la especie nos encontramos ante un delito de peligro, el criterio del recurrente no resulta acertado, pues según se desprende de la redacción del numeral 25 citado, y en lo que aquí interesa, son armas prohibidas las que con una sola acción del gatillo disparan sucesivamente (en ráfaga) más de un proyectil, como ametralladoras, fusiles ametralladoras, subametralladoras y pistolas-ametralladoras, de donde debe entenderse que, tomando en cuenta su efectiva y actual condición de funcionamiento, el interés del legislador es evitar que este tipo de artefactos —por el peligro que representan para la seguridad común y la tranquilidad pública— esté en manos de la población civil, por lo cual se prohíbe del todo su posesión, uso, circulación y comercialización. Ahora bien, según se describe en los hechos probados del fallo, y no obstante que la prueba técnica no se pronunció sobre tal extremo, el arma que se cita sí estaba funcionando adecuadamente, a tal punto que fue accionada en contra de la humanidad del ofendido U.V.. En relación con este punto la sentencia impugnada explica que, una vez desarrollada la acción ilícita en las oficinas de Bancrecen, los imputados huyeron del lugar en un vehículo tipo sedán, color rojo, siendo interceptados por dos investigadores judiciales en los alrededores de la clínica Marcial Fallas en Desamparados. Debido a esto, el coencartado W.M. encañonó desde el interior de dicho vehículo a los referidos oficiales, para lo cual utilizó un arma de grueso calibre que portaba, tipo AK-47. Momentos después, M.R. *disparó* dicha arma e hirió al investigador H.M.U.V. (folio 552, línea 13 en adelante). Al día siguiente de este hecho, se realizó un allanamiento en una vivienda del precario "La Carpio", en la que se encontraban en ese momento los imputados M.R. y W.M., quienes mantenían en dicho lugar el ya referido fusil de asalto AK-47 (folio 553, línea 3 en adelante). Como se deriva de lo expuesto, los acusados mantenían la posesión de un arma de las que la norma de fondo citada califica como *prohibida*, esto es, una subametralladora tipo AK-47, de las que la experiencia nos indica han sido diseñadas por su fabricante para disparar en ráfaga con una sola acción del gatillo, la cual —en este caso en concreto— estaba en perfecto estado de funcionamiento, a tal punto que fue accionada en contra del oficial ofendido. Esto significa que la relación fáctica que se logró establecer en el fallo impugnado encuadra en el tipo penal del artículo 89 de la Ley Nº 7530, sin que en el proceso de subsunción se advierta vicio alguno. De acuerdo con lo anterior, al no concurrir ningún defecto in iudicando que justifique acoger las pretensiones del recurrente, se declara sin lugar el motivo."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1192 de las 9:45 h del 3 de diciembre.

9. LEY MÁS FAVORABLE. La ley procesal no constituye una ley más favorable.

"En lo que toca al segundo aspecto, (relativo a la vigencia del Código Procesal Penal), la que se considera una norma penal más favorable, por prever medidas alternativas, con la aplicación de las cuales se pueden obtener algunos beneficios, el alegato se fundamenta en el inciso e) del artículo 408 del Código citado. Al respecto, esta Sala ha señalado (resoluciones 435-98 de 8.34 horas de 15 de mayo; 1105-98 de 8:35 horas de 20 de noviembre y 1142-98 del mismo día, todas de 1998), que «*cuando el Código de rito se refiere a que el «hecho encuadre en una norma más favorable», está delimitando este supuesto de revisión a la ley sustantiva y no a la procesal, porque sólo respecto de la primera es dable hablar de encuadrar o subsumir un hecho en la norma. Así, ni el Código Procesal Penal ni los diversos institutos que regula pueden considerarse como ley más favorable, a los efectos del procedimiento de revisión...*». Este razonamiento lo refuerzan recientes resoluciones de la Sala Constitucional, en las que acepta que exista diferencia, sin que se viole el principio de igualdad, «mediante la introducción de un límite

temporal a la vigencia de la regla, de manera que la misma situación fáctica pueda recibir una solución diferente dependiendo solamente del momento en que ella se materialice. Esto ocurre normalmente en los casos de tránsito de un sistema de regulación a otro, y en la situaciones en que no existen derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas... con la idea de aminorarle a los administrados, el impacto de un cambio de reglas» (Resolución 601-99 de 9.15 horas de 29 de enero de 1999, que declaró inconstitucional únicamente la limitación temporal del transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, determinando que «la norma permanece válida y aplicable a todos los casos en él señalados pero sin limitación alguna de tiempo». Asimismo, (resolución 2346-98 de 15:24 horas de 1º de abril de 1998), se admite que «las normas transitorias impugnadas (se refiere a los transitorios I y II del Código Procesal Penal) no resultan violatorias del principio de irretroactividad de la ley, ya que, como se indicó en el Considerando anterior, se limitan a regular la vigencia de las nuevas disposiciones procesales en relación con las causas pendientes». Por no adecuarse la revisión a la causal invocada ni estarse en el caso de aplicación de la nueva legislación procesal a casos pendientes, se declara inadmisible la solicitud."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 420 de las 10.20 h del 9 de abril.

10. LEY MÁS FAVORABLE. Prohibición de aplicar la "lex tertia".

"Como único agravio del recurso, la representación del Ministerio Público acusa errónea aplicación del artículo 18 párrafo cuarto de la Ley 7233 (ya derogada), sobre Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. «La errónea aplicación de la ley deviene del hecho de que al encartado se le aplicó una disminución de la pena que facultaba el artículo 18 en su párrafo cuarto, pero no se aplicó el artículo en su totalidad, sino únicamente el párrafo que autorizaba la disminución de la pena, hasta la mitad de lo establecido en el extremo menor de la pena. Para aplicar la pena el Tribunal aplicó el artículo 61 de la ley vigente por ser mas (sic) más favorable al reo, haciendo con este un híbrido, ya que de la Ley 7233 aplica únicamente lo contemplado en su párrafo cuarto, y aplica el artículo 61 de la Ley 7786 para señalar la pena». Los fundamentos del a quo, para resolver en esa forma son los siguientes: «La nueva ley, vigente a partir del quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en su artículo 61 tipifica en forma casi idéntica esta misma conducta de comerciar o vender droga. La ley anterior establecía para cada delito la pena de ocho a veinte años de prisión, en tanto la nueva ley lo hace con cinco a quince años de prisión; por lo que en cuanto a la adecuación de la pena, lo mas (sic) favorable para el reo es aplicar la nueva ley. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que de acuerdo con lo que establecía la ley anterior en el párrafo cuarto del artículo 18 ya citado, el extremo menor de la pena puede disminuirse hasta la mitad cuando se considere que la venta o el suministre (sic) de la droga se hace directamente al consumidor, como según las pruebas queda demostrado en autos no solo por el conocimiento de los supuestos compradores como adictos sino por la cantidad de venta, sea un solo envoltorio, sea que es una condición que al no estar en la nueva legislación, es mas (sic) beneficiosa al reo, por lo que en cuanto a este rebajo autorizado, debe aplicarse la ley anterior, por lo que es posible rebajar hasta la mitad de los cinco años la pena menor» (ver folio 73). II. Para analizar el tema planteado, debe recurrirse al artículo 12 del Código Penal, el que dispone: «Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue». Una inicial interpretación de este numeral, nos lleva a concluir que se opone a la aplicación fragmentada de las leyes en cuestión, lo que también se deduce de la doctrina, cuando se señala que la determinación de la ley más favorable «*requiere una comparación concreta* de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho: debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de comisión con la que resultaría como consecuencia de la reforma. Esta comparación es *concreta* porque debe *referirse al caso* que se juzga. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, a las de inculpabilidad, etcétera)» (Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Akal, S.A., Madrid, España, 1990, página 71). Lo transcrito reafirma la idea de que la comparación se efectúe en la totalidad de las leyes y entonces, al escogerse una por sobre la otra, su aplicación también es en su totalidad y no parcialmente. Aunque no se desconoce la existencia de opiniones divergentes (entre otros, Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, página 88), para la doctrina mayoritaria, «Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el Tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen (STS 29 junio 1985)» (Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, página 136. En igual sentido, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1980, página 464; Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R., Código Penal, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, páginas 14 y 16; Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988, página 107). En todo caso, ya esta Sala (Voto 589-99 de 11.34 horas del 14 de mayo de 1999) se ha pronunciado sobre el asunto, exigiendo la aplicación total de la ley que se considera más beneficiosa: «...debe entenderse que la nueva legislación se entra a aplicar íntegramente al caso juzgado, en todo aquello que resulte beneficiosa a los intereses del justiciable. No puede pretenderse que se haga una simbiosis de elementos favorables de ambas normativas como solicita el gestionante,

porque la finalidad de la causal es permitir que las variaciones favorables en la política criminal, puedan amparar los casos fallados con anterioridad a estos cambios, aprovechando las ventajas que ofrece la más reciente legislación y que puedan aplicarse al caso concreto."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 792 de las 11.10 h del 25 de junio.

11. PENA. Su fijación debe respetar el principio de proporcionalidad.

"Una vez analizado con detalle el fallo impugnado, esta Sala estima que efectivamente la pena impuesta al encartado (cinco de prisión) no guarda una relación de proporcionalidad con el juicio de culpabilidad establecido, de donde en efecto resulta vulnerado el artículo 71 del código sustantivo citado. En cuanto a este tema de los parámetros que deben ser considerados por las autoridades jurisdiccionales a efectos de fijar el quántum de la sanción penal, es necesario recordar que la norma sustantiva de comentario explica que ello debe realizarse atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe, para apreciar lo cual se tomarán en cuenta —entre otros extremos— los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible y la importancia de la lesión causada. Incluso la Sala Constitucional ha insistido en que, debido a su importancia, el principio de proporcionalidad de la pena integra el debido proceso, de donde debe prestarse especial atención a dicho aspecto al estructurar los fallos condenatorios (voto Nº1953-96 de las 12.03 horas del 26 de abril de 1996). Los anteriores principios aparecen como vulnerados en el fallo objeto de la presente impugnación, por cuanto la sanción que se aplicó no cumple con esa debida proporcionalidad que se ha analizado, máxime si se considera la gravedad de los hechos que se acreditaron, así como las consecuencias que se derivaron de los mismos. En efecto, según se describe en la decisión de mérito, el siguiente cuadro fáctico se tuvo por plenamente demostrado: a) La ofendida convivió con el acusado por espacio de trece años aproximadamente, siendo que de esa relación procrearon a R.B.V.. b) El 7 de setiembre de 1997 el imputado agredió a la ofendida, debido a lo cual —ante una gestión de ésta— el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José le ordenó a aquél, como medida de protección, que no perturbara a sus familiares. c) El día 6 de marzo de 1998, a eso de la una de la madrugada, encontrándose la ofendida durmiendo en su cuarto, el aquí imputado (con pleno conocimiento y voluntad), entró en el mismo con un cuchillo de cocina de 30 centímetros de longitud y aprovechando la indefensión de la víctima le propinó dos puñaladas en el pecho. Ante el ataque, la señora V.L. se despertó y forcejeó con su agresor y logró patearlo, haciendo que éste se fuera hacia atrás, cayéndose el cuchillo al suelo, y debido a ello pudo huir del lugar. Como se logra colegir de lo expuesto, la conducta del agente evidencia un altísimo grado de violencia y peligrosidad, a tal punto que provocó a la víctima varias lesiones que pusieron en peligro su vida y que la incapacitaron por espacio de dos meses para sus labores habituales. La acción en sí también resulta del todo injusta y reprochable, al considerarse que el agente se valió de la indefensión de su víctima, quien no sólo era su concubina sino la madre de su hija. III.- En virtud de ello —tal y como lo razona la representante del Ministerio Público— en el presente caso la pena impuesta no resulta proporcional al juicio de culpabilidad establecido, por lo que la misma debe fijarse en el tanto de diez años de prisión, tomando en cuenta para adoptar dicha decisión las reglas de penalidad que establece el artículos 112 inciso 1) en relación con el 73, ambos del Código Penal, así como las circunstancias objetivas y subjetivas que mediaron en el hecho y que ya fueron descritas, sobre todo la peligrosidad evidenciada por el agente en contra de la integridad física y de la vida de sus familiares, lo que haría inconveniente una sanción muy baja. En lo demás, el fallo de instancia permanece inalterable."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 858 de las 9.10 h del 9 de julio.

12. PREVARICATO. Bien jurídico tutelado.

"El numeral 348 del Código Penal, sanciona «al funcionario judicial o administrativo que *dictare resoluciones* contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos». Este delito está ubicado en la Sección IV del Título XV que contempla los *Delitos contra los Deberes de la Función Pública.* El delito de prevaricato se consolidó, especialmente en la doctrina y legislación española, como la *infidelidad dolosa de los jueces a la ley*, plasmada en una resolución. Pese a que algunos lo conciben como un delito contra la Administración de Justicia, es común su ubicación dentro de los delitos contra la Administración Pública o como, en nuestro caso, contra los Deberes de la Función Pública. Ello se explica porque la tutela penal que se busca es, en general, *al ejercicio de la función pública*, en su más amplio sentido, superando en mucho las definiciones propias de Administración que da el Derecho Administrativo y, en esta tesitura, sin duda alguna de la función pública forma parte ineludiblemente la función jurisdiccional. «*Para el tít. XI del Código Penal la Administración Pública es algo muy extenso: es el gobierno del Estado totalmente integrado por los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos Poderes o que el Estado atrae a sus esferas por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice por organismos especificamente administrativos, o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes*» (Creus, Carlos. Delitos contra la administración pública. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, p.4). Importante es destacar que si bien algunos autores identifican el objeto de tutela en estos delitos, con la Administración Pública en sí misma considerada, lesionada por la infracción de un deber por parte del funcionario, lo cierto es que hoy se aboga porque tales conductas deben mirarse desde otra óptica, aquella que centra la naturaleza de la función pública *de cara a los administrados,* quienes son los destinatarios de la actividad estatal y, en general, pública, para que así la penalización de estas conductas adquiera un sentido razonable, proporcionado y propio, distinto del ámbito disciplinario que acompaña y regula

el quehacer de los funcionarios y empleados públicos o de quienes ejercen funciones públicas. Porque es un hecho que la función pública implica para el funcionario que la realiza, el cumplimiento y respeto de una serie de deberes, que no pueden separarse del ejercicio de la función misma. Se ha dicho, con razón, que centrarse únicamente en el quebrantamiento del deber implica «*una concepción subjetiva del deber, que sitúa en primer plano el quebrantamiento de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, desplazando el contenido objetivo del deber a cumplir, que sólo en las concepciones que tienen en cuenta ese aspecto de la función permite encontrar un interés digno de protección(...) Indudablemente, si tal infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, no sólo se empobrece, sino, lo que es más grave, adopta un tinte antidemocrático en el que, en definitiva, el núcleo del injusto radica en la lesión a la autoridad del Estado (...) Lo cierto es que resulta difícil delimitar lo que es el correcto ejercicio de la función sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña. Pero entiendo que ello puede hacerse configurando objetivamente el deber y sin que necesariamente suponga centrar el injusto en la lesión de la relación funcionarial. Los deberes del cargo son también los deberes en relación con el administrado, sin cuya concreción se difumina la función*» (García Arán, Mercedes. La prevaricación judicial. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 26 y 37)".

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1264 de las 8:45 h del 24 de diciembre.

13. PREVARICATO. Resolución, concepto.

"...el delito de prevaricato se ha concebido como un delito *contra la función jurisdiccional*, excepcionalmente cubriendo, bajo esa misma denominación, la conducta de otros sujetos equiparados, teniendo estos en común que realizan actividad jurisdiccional o cuasijurisdiccional, como los árbitros o arbitradores, o bien, en el caso del ordenamiento español, que alcanza a aquellos funcionarios encargados de *resolver* asuntos o negocios administrativos, manteniéndose la característica de actuarse frente a un reclamo, conflicto, litis o contención (véase Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1991, 366 y ss.). También se equipara al prevaricato la conducta de los abogados, procuradores o mandatarios judiciales que perjudiquen los intereses que le han sido encomendados, todos con incidencia en un proceso y precisamente son estas conductas las que originariamente fueron calificadas de *praevaricatio* —de *prae* y *varicare*, desviarse del camino recto, o sea, la traición al deber de defensa— (Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial. Bogotá, Editorial Temis, Volumen III, 1972, p. 307; Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 590 y ss.; Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia. Tirant lo Blanch, 1993, pp. 762 y ss.; Creus, op. cit., pp. 429 y ss.). En nuestro particular caso, se equiparan además, en el artículo 351 del Código Penal, los asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. En el caso de la legislación argentina, el prevaricato está estructurado como un delito que lesiona estrictamente la función judicial, teniendo como figura básica el llamado prevaricato judicial, que sanciona la conducta del juez «*que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas*», llegando incluso algunos a admitir que esta definición incluye al juez administrativo «pues lo que decide, en última instancia, es que el asunto sea justiciable» (Breglia Arias, Omar; Gauna, Omar. Código Penal y leyes complementarias. Buenos Aires. Editorial Astrea, segunda edición actualizada. 1987, p. 929). De esta figura parten las restantes, todas integradas en el capítulo X del Título XI que contempla los *Delitos contra la Administración Pública*. Como común denominador de los delitos tipificados en este capítulo X, se señala que protegen la administración de justicia y que mediante ellos «*se tutela la rectitud, legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, sean éstos cumplidos por los órganos habilitados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella que contribuyen a la formación de los actos procesales en que la actividad decisoria se apoya*» (Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tomo V, 1973, p. 208). En la legislación española por su parte, se contempla la llamada «prevaricación de funcionarios», que engloba la actuación de funcionarios no judiciales, encargados de resolver asuntos o negocios administrativos y que, en ejercicio de este cargo, dicten «a sabiendas» resoluciones «manifiestamente injustas» o bien que lo hagan «por negligencia o ignorancia inexcusable» y al respecto se señala que el sujeto activo «*puede ser el juez, pues es funcionario, si se trata de un asunto administrativo. Es necesario que dicte resoluciones injustas, es decir, que implique decisión sobre un asunto*» (Bustos, op. cit., p. 368). De los antecedentes doctrinales citados, resulta claro que el prevaricato, concebido como la infidelidad dolosa a la ley por parte del juez, según se vio, comprende en algunos casos a funcionarios administrativos, que participan de alguna manera de la labor decisoria típica del órgano jurisdiccional, pues gozan de independencia y sumisión total a la ley, además de que deben resolver un asunto y ejecutar lo resuelto, características que se han señalado como propias del poder jurisdiccional (véase García Arán, op. cit., pp. 48 y ss.). Es un hecho que dentro de nuestro esquema constitucional, el poder jurisdiccional como poder público se ejerce por «*la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que establezca la ley*» —artículo 153 de la Constitución Política—, pero ello no implica desconocer que se reconocen facultades semejantes a los órganos administrativos, cuando deben *resolver* reclamaciones y recursos de los administrados contra las decisiones que les afectan, como sucede dentro del procedimiento administrativo, el disciplinario o bien, en el seno de las Corporaciones Municipales, cuando se impugnan decisiones del Ejecutivo o del propio Consejo Municipal, aun cuando tales decisiones finalmente puedan ser objeto de revisión en la vía judicial. Es un hecho que esta labor decisoria de reclamos, configura los supuestos de *resolución* que eventualmente serían el objeto del delito de prevaricato por parte de funcionarios administrativos. Para esta conclusión sirve de apoyo lo dispuesto en el artículo 121 inciso 3) de la

Ley General de la Administración Pública, que clasifica los actos administrativos, según su naturaleza y alcance y señala que «*Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones*», normativa que es aplicable a la actuación de los entes municipales, que forman parte de la órbita del Derecho Público."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1264 de las 8:45 h del 24 de diciembre.

14. PRIVACIÓN DE LIBERTAD. La afectación al bien jurídico debe ser efectiva y proporcional.

"Sin embargo, para la administración de justicia penal, o en general para la aplicación de normas coactivas, no es menos cierto, pero sí más importante, que se requiere la constatación de que la conducta realizada (principal o residualmente sancionable), haya afectado algún bien jurídico. De lo contrario, tanto la sanción punitiva, como la actuación misma del aparato de control social constituido en este caso por el Estado, se convierten en ilegítimas, pues en virtud del principio de proporcionalidad o mínima intervención, esta debe estar reservada únicamente contra aquellos actos que obstaculicen o dificulten la convivencia social, cosa que no sucede si no se lesiona un bien jurídico ajeno. Interpretar lo contrario, sería autorizar, como tristemente de manera inveterada se ha hecho, la irrupción del Estado (como se dijo, entendido como complejo de control social) en la vida y ámbito de autonomía de los individuos. Ello con abuso de las facultades que le son delegadas en una conformación jurídico-política de garantías liberales, en la que aquéllas no tienen más finalidad que viabilizar la convivencia aludida, y al mismo tiempo con irrespeto al espacio de autodeterminación de las personas. IV. Por consiguiente, el punto clave en la discusión es si la conducta que se le recrimina a G.Ch. como ejecutada en perjuicio de M.C.O., es lesiva o no, toda vez que de ello dependerá, según se explicó, la legítima intervención sancionatoria estatal. En el presente asunto se tiene que dicha joven fue abordada por el encartado, quien la sujetó tapándole la boca y trató de introducirla a un cafetal; intento este que se vio frustrado por la oposición de aquélla, quien logró liberarse de inmediato y huir del sitio. Puede concebirse que esa acción, aunque deleznable, tenga la gravedad como para causar un daño a otra persona, violentando un interés jurídicamente protegido. De acuerdo con el principio de proporcionalidad amerita una sanción penal. Nótese que no se trata sólo de un análisis de tipicidad. A pesar de que la doctrina que integró el examen de legitimidad sustantiva (o política) al estudio de las normas penales dio gran importancia a este aspecto (la anterior ni siquiera se lo planteaba), la cuestión va más allá de la legitimidad de una norma en sí misma, recae sobre qué clase de intervenciones heterónomas son políticamente lícitas en el quehacer de los individuos. Es decir, no obstante que respecto a la privación de libertad la doctrina intermedia señalara que para su configuración típica se requería una cierta extensión en el tiempo, al igual que en cuanto a los demás tipos penales, el análisis debe remitirse no sólo a ese aspecto u otro fenoménico; sino esencialmente a comprobar la existencia de la lesión, ya que bien podría, en tratándose de la citada figura delictiva, ser una privación corta pero relevante, o larga pero irrelevante. Esta óptica integra más logradamente la necesaria racionalidad que debe haber en la producción y aplicación de las normas. V. Así las cosas la respuesta a las dos interrogantes arriba consignadas dependerá de que se apunte a la existencia de un daño o no. Como es usual en nuestro medio, la sentencia no acota su existencia. No existe su acreditación. En otras palabras, aun admitiendo que indudablemente se trató de una vicisitud desagradable y angustiosa, ello no necesariamente acarrea el perjuicio; y, luego, la existencia de este no siempre es suficiente para cumplir con la calidad de lesión que el principio de proporcionalidad exige para la aplicación del tipo. Esto es, incluso si se admitiera el tantas veces aducido daño (que va más allá del simple impedimento de la libertad ambulatoria), habría que comprobar que su importancia amerita esa sanción penal. En los hechos objeto de este pronunciamiento no se da ninguno de los dos aspectos, ni el daño efectivo, ni la proporcionalidad ratificada. No surge tampoco de la globalidad del cuadro fáctico. Por ende, debe estimarse que, como lo afirma el recurrente, la conducta es atípica y no es merecedora de reacción sancionatoria, procediendo a absolvérsele por el ilícito endilgado como efectuado contra M.C.O.."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 407 de las 9.34 h del 9 de abril.

15. RAPTO PROPIO. El abuso deshonesto puede concurrir idealmente con el rapto, no queda absorto por éste.

"Se alega que el Abuso Deshonesto cometido absorbe el rapto y que no hubo ejercicio de violencia, toda vez que la menor subió al vehículo por su propia voluntad. No es de recibo la recriminación. Si la menor subió al automotor por su propio deseo, fue creyendo que el acusado iba a cumplir el servicio de transporte que ella solicitaba; no porque estuviera dispuesta a permanecer junto a él. Si esto se dio, fue precisamente por la intimidación que se ejerció sobre ella con uso de arma de fuego y amenaza de muerte. Luego, el abuso deshonesto no disvalora, como comenta el justiciable, la privación de libertad que configura el rapto, pues aquél sólo supone la retención realizada innecesariamente, que resulta extraña y ajena a aquel tipo represivo, por cuanto supone un daño adicional, como fue que el acusado la llevara a diversas localidades de la zona en procura de convencerla de mantener relaciones sexuales entre ambos, ciertamente más allá del tiempo requerido para efectuar los abusos sancionados. Sin embargo, no deja de advertir esta Sala que no se trata en la especie de un concurso material, como lo entendió el a quo, sino de un concurso ideal, es decir, de una sola acción en el sentido jurídico del término que viola diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí (artículo 21 del Código Penal). Esta única acción no se produce en el sentido de las ciencias naturales, sino en cuanto que ha sido determinado en un contexto social de sentido. Este último lo da precisamente la lesión de la relación de disponibilidad expresada por el bien jurídico, que es a su vez, un instrumento de valoración de la legitimidad sustancial de la norma y de la reacción penal que de ella se espera (ver al respecto, Reyes Alvarado, Yesid,

El Concurso de Delitos, Bogotá, Colombia, Ediciones Reyes Echandía, Abogados, 1990, pag. 61; Castillo González, Francisco, "El Concurso de delitos en el derecho penal costarricense", San José, Costa Rica, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, pág. 27). El voto 2030-98 de la Sala Constitucional, que reitera a su vez el expresado en el voto 5373-96, señala que junto al análisis de tipicidad, es necesario incluir un análisis del bien jurídico tutelado, como parámetro de interpretación de la ley penal (ver voto 933-98 de las quince horas cuarenta y seis minutos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho y 943-98 de las dieciséis horas con dieciséis minutos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho). Ahora bien, según los hechos probados de la sentencia, se tiene que el autor, contra la voluntad de la ofendida la anduvo en su vehículo por varias horas, para finalmente dar rienda suelta a sus instintos sexuales. Ante esa tesitura, la Sala estima que existe una unidad de acción y que las conductas del autor concurren idealmente (rapto y abusos deshonestos), descartándose el concurso material que el a quo aplicó. En la sentencia impugnada se fijó y motivó el tanto de dos años de prisión por el Rapto Propio y el tanto de dos años de prisión por el delito de Abusos Deshonestos, lo que arrojó un total de cuatro años de prisión para el encartado. Tomando en cuenta que el recurso fue interpuesto por la defensa y que el a quo optó por imponer un total de cuatro años de prisión, esta Sala no ve impedimento alguno, en mantener dicha pena, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 en relación con el artículo 21 del Código Penal."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1092 de las 9.45 h del 13 de noviembre.

16. ROBO AGRAVADO. Fuerza anormal requerida para su configuración.

"...de acuerdo con los hechos que se describen en el fallo de instancia sí estamos en presencia del uso de una fuerza anormal que viene a configurar el delito de robo agravado, y no de aquélla que habitualmente hubiera utilizado el propietario del inmueble para sacar o zafar las paletas de vidrio o celosías. En efecto, la sentencia impugnada tiene por acreditado que: "*...el imputado J.A.M.C., alias Z., en compañía de otro sujeto cuya identidad se ignora, se presentaron a la casa de habitación del ofendido... ahí ambos sujetos* ***doblaron*** *las paletas de aluminio que sostenían los vidrios de las celosías de una ventana de la vivienda, quitaron cinco vidrios, se introdujeron a la mora y se apoderaron de... esos bienes fueron valorados por la víctima de la siguiente forma: el televisor en noventa mil colones; el equipo de sonido en doscientos mil colones; el nintendo cincuenta mil colones y el radio pequeño en cinco mil colones...*" (folio 53 vuelto, línea 23 en adelante). Como se deriva del hecho así expuesto, la acción ejercida por los agentes consistió en "*doblar*" los herrajes de aluminio que sostenían las paletas de vidrio, con lo que abrieron un boquete en la ventana a través del cual ingresaron a la vivienda, aun cuando el daño y la afectación a la estructura fuere reparable. Esta conducta así descrita, en efecto —según lo estimó acertadamente el tribunal de mérito— debe calificarse entonces como "*una efracción mediante el ejerció de fuerza en las cosas(sic)*", según el verbo transitivo "forzar", pues de acuerdo con el criterio de normalidad ya desarrollado es claro que habitual o cotidianamente cualquier persona —incluso el legítimo propietario del inmueble— no hubiera realizado la misma conducta (doblando los citados herrajes de aluminio) para tomar o zafar las celosías, pues para conseguir dicho fin no resulta necesario incurrir en ese resultado dañoso. Debido a lo anterior, al no advertirse la concurrencia de ningún vicio de fondo que justifique acoger las pretensiones de la defensa, el reclamo debe declararse sin lugar."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1214-98 de las 9.15 h del 11 de diciembre.

17. ROBO ABRAVADO. La anormalidad de la fuerza empleada se determina por la irregularidad en su uso y no en el porcentaje de ésta.

"En efecto, tal y como se indica en el Voto 633-98 de esta Sala —citado por el recurrente— el criterio de anormalidad en la fuerza o destructividad en el medio empleado contra las cosas que oponen resistencia al ingreso, es una de las aristas que permite el delineamiento típico de la figura de robo agravado, pero no es el único aspecto a ponderar. Cada caso debe justipreciarse de forma concreta y particular. Conforme a los hechos probados del fallo, concretamente el hecho nominado como **A-**, el encausado, utilizando objeto idóneo procedió a forzar las tablas de madera que conformaban una de las paredes de la sala de la vivienda, hasta lograr arrancar algunas tablas y hacer un agujero, una vez perforada de esa forma la pared, ingresó al interior de la casa para sustraer los bienes de marras (cfr. folio 38 vuelto, líneas 8 a 12). Si bien en el Considerando III de la resolución, se establece que las tablas fueron despegadas con todo y clavos, usando la fuerza necesaria para lograr perforar esa pared (ver folio 44 vuelto), ese uso "medido" en la fuerza del perpetrador no descarta la comisión del delito de robo agravado. La resistencia que representaba la pared de la casa, confeccionada con tablas de madera, fue vencida por parte del justiciado, no rompiendo o fraccionando la madera en sí, sino por un desprendimiento de los clavos que sostenían la estructura. Es necesario acotar que la anormalidad en la fuerza empleada, no deriva en este caso, del porcentaje o medida en el ejercicio de la fuerza, sino en la irregularidad de su uso, dado que la propietaria de la vivienda nunca utilizaría esa fuerza habitualmente, en razón de que no tendría la necesidad de ingresar a su casa removiendo la estructura de madera de la pared (es evidente que el actuar del encausado es motivado por la ajenidad de la vivienda y los bienes sustraídos). No existe duda que la pared de la sala sucumbió parcialmente a los embates del imputado, permitiéndole a éste ingresar a la vivienda por un orificio. Es decir, la estructura defensiva que aquí nos ocupa —sea la pared de la sala— fue violentada por el sujeto activo mediante perforación de una pared; la acción de perforar existe, porque se abrió un boquete, abertura, hoyo u orificio en esa estructura defensiva, aunque individualmente considerados, los elementos de esa estructura no resultaran dañados. Es así como el hecho de que los componentes de esa estructura

(madera y clavos) puedan reutilizarse *a posteriori,* no es relevante para efectos de la tipicidad. Lo esencial en este delito es que la penetración de la estructura defensiva (pared de madera de una vivienda) existió, mediante la utilización de la vis del encartado, fuerza que por las razones apuntadas, no necesita ser excesiva para configurar el ilícito de robo agravado. Por lo expuesto, se impone rechazar el motivo sustantivo incoado, dado que la aplicación normativa del a quo es correcta".

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1269 de las 9.10 h del 24 de diciembre.

18. TENTATIVA DE VIOLACIÓN. Causas que pueden interrumpir los actos de ejecución dirigidos a la consumación del delito.

"En primer término, debe subrayarse que, en efecto, de los hechos probados de la sentencia puede derivarse que el encartado ya había realizado actos ejecutivos propios del delito de Violación: la llevó hasta un hotel de la ciudad de San José, ingresaron juntos a una habitación, la tomó por la fuerza para impedir que saliera, la lastima con uno de sus dedos, le quita el pantalón, la tira contra la cama y el imputado se desnuda para penetrarla con su pene, cosa que no logra, ya que la ofendida en todo momento se lo impide, corriéndose y haciendo resistencia (hecho probado b, folio 124). Luego de esto, y cuando la ofendida estaba ya cansada de hacer resistencia, se escucha que alguien toca la puerta de la habitación, momento en el cual el imputado decide interrumpir su acción, le pide a la ofendida que se bañe, él le ayuda, y poco después ambos salen del hotel, pagándole el encartado un taxi para que vuelva a su casa (hecho probado "c", folio 124 y 125). Todos estos actos realizados por el aquí acusado constituyen elementos unívocos de ejecución del Delito de Violación, los cuales concluyen por causas externas al agente, como lo exige el artículo 24 del Código Penal, aspecto que corrobora la argumentación de fondo del a quo (visible a folio 119 de la sentencia). El hecho de que tocasen la puerta de la habitación introduce una causalidad que impide la consumación del plan del autor, donde la ofendida, casi sin fuerzas para seguirse oponiendo, se encontraba casi a merced de su agresor. La decisión de B.H. no es totalmente independiente, su actuar estaba ya dirigido a la penetración, y el disturbio ocasionado por la persona que tocó la puerta, y la resistencia de la víctima, constante y fehaciente, hicieron que éste dejara tentada la acción. El tribunal a quo rechaza entonces, con razón, la posibilidad del desistimiento, valorando correctamente los hechos probados, ya que se concentra en analizar la resistencia ejercida por la víctima y el factor perturbador de quien tocó la puerta (ver argumentos al respecto en el folio 130 de la sentencia)."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1208 de las 8:55 h del 11 de setiembre.

19. TRÁFICO DE DROGAS. Como delito de peligro abstracto no requiere la efectiva lesión al bien jurídico tutelado.

"Es posible distinguir, con la doctrina, entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, tomando como punto de partida para la distinción la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo. En los delitos de peligro abstracto, como los que están incluidos en la Ley de Psicotrópicos, se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo, y de ahí que, en estos casos, no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada. En cambio en los delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una "política criminal del riesgo" que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos del así llamado "derecho penal ecológico". El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos —incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos-alternativos del derecho comparado— para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 10 de las 14.45 h del 7 de enero de 1999.

20. TRÁFICO DE DROGAS. No admite la tentativa al ser un delito de peligro abstracto. Algunas consideraciones sobre el tema.

"El problema jurídico planteado por el impugnante es, en esencia, si es posible que exista una tentativa en los delitos de peligro abstracto. Para responder a este cuestionamiento resulta necesario decir, en primer lugar, que la tentativa está dirigida a castigar hechos producidos en una etapa encaminados a consumar un tipo penal. El artículo 24 del Código Penal tiende entonces a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión del bien jurídico. La tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico, en un área donde actos directamente encaminados a la realización de un hecho punible, por su univocidad, puede predicarse que van dirigidos a cumplir el núcleo de la descripción. Si se tradujera esto al área de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de aceptar la tentativa en este tipo de delitos, tendría que aceptarse la conclusión abiertamente lesiva del principio de legalidad constitucional

del artículo 39 de la Carta Magna de que toda actividad previa al inicio de un delito de peligro abstracto es punible, ya que implica la orientación a la puesta en peligro contingente de un bien jurídico, ya que "cualquier actividad" implicaría entonces un peligro de la ocurrencia de un peligro para la Salud Pública, lo que evidentemente lleva el castigo penal a zonas o áreas donde no resulta proporcionado tal castigo, ni tampoco racional frente a una tutela de bienes jurídicos como la que pretende un derecho penal democrático. Por tanto, los delitos de peligro abstracto sólo admiten consumación. Así lo ha sostenido ya la jurisprudencia de esta Sala, al expresar que: "toda participación en el tráfico internacional de las sustancias a que se refiere dicha ley, constituye de por sí una conducta consumada, pues se sanciona al sujeto por el solo hecho de intervenir en la ejecución de la conducta ilícita, sin que sea necesario que el autor haya cumplido la totalidad del plan propuesto (...) Además, estamos en presencia de un delito consumado, pues de acuerdo con la estructura del tipo penal bajo examen la realización de cualquier conducta específica del tráfico internacional de drogas es suficiente para perfeccionar la figura, aunque el plan de los autores no haya sido llevado hasta las últimas consecuencias (agotamiento), como ocurrió en el presente caso..." (Voto Nº 119-F-95, de las 11.40 h del 3 de marzo de 1995). Si bien es cierto, en otro Voto de la Sala no se descartó la posibilidad de que en los delitos de peligro pudiera existir tentativa, también se agregó allí, que en el caso concreto y por tratarse de una infracción a la Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, la sola posesión de droga con fines de tráfico, constituía un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo lograra transportar y entregar la droga a su destinatario (cfr. Voto Nº 321-F-96 de las 11.50 h del 23 de diciembre de 1996). Los actos de ejecución de un delito de peligro se constituyen de esa manera en una antesala contingente a la efectiva lesión, pero que por sí mismos casi no pueden distinguirse de la mera esfera de la ideación. Considerar por ello la tentativa en los delitos de peligro llevaría a utilizar este dispositivo amplificador del tipo a zonas de la actividad criminal donde todavía no puede hablarse de conductas encaminadas a la realización del hecho punible, como lo establece el artículo 24 del Código Penal. Esta problemática fue tomada en cuenta por el legislador en la anterior ley de estupefacientes Nº 7233, al hacer una descripción amplia de verbos, que por sí mismos ya constituyen actos que ponen en peligro el bien jurídico Salud Pública. El llamado "círculo de comercialización de la droga" implica una serie de fases o etapas, que suponen una compleja organización, distribución de funciones y realización de diversas conductas, las cuales son tomadas en cuenta por el legislador en sí mismas como configurativas del fin último que es, precisamente, el tráfico de esas sustancias. Por lo tanto, dentro de una realización posible del principio de legalidad en este tipo de delitos de peligro resulta necesario para el legislador concentrar la descripción de esas conductas a esos verbos que forman parte de ese "círculo de actividad", adicionándoles el fin específico de tráfico. Traspasar esa frontera, por ejemplo, con la medición de posibles actos ejecutivos en fases contingentes a un posible peligro de lesión, extendería de manera enorme con la orientación actual de nuestra ley hacia un derecho penal de acto, sino que también obligaría a poner en entredicho la legitimidad concreta del *ius puniendi* del Estado en esta área de la criminalidad. Por estas razones no puede considerarse en el caso concreto la posible ejecución tentada de un tráfico internacional de estupefacientes, toda vez que la aquí acusada ya había realizado hasta ese momento conductas de tráfico previstas y sancionadas en la anterior Ley y en la nueva, Nº 7786, en su artículo 61. No resulta necesario abundar demasiado en argumentos para demostrar que los hechos probados de la sentencia conducen a una calificación de la conducta de la joven estadounidense como posesión para el tráfico de estupefacientes, ya previsto en ese artículo 61, así como también la realización de la conducta de tráfico internacional. Obsérvese que no resulta necesario que el bien jurídico "Salud Pública", resulte efectivamente lesionado, basta con que sea puesto en peligro, en este caso se pone en peligro al poseer una cantidad importante de clorhidrato de cocaína para su embarque a otro país mediante una línea aérea de transporte civil, o verificar su traslado desde Limón, hasta el Aeropuerto Internacional en Alajuela, para que ya exista una adecuación de la conducta de la acusada en los diversos verbos que contiene el artículo 61, el cual ya se ha dicho por esta Sala constituye un tipo penal mixto alternativo, el cual se satisface en su comisión con la realización de cualquiera de las conductas alternativas descritas... La Salud Pública, será puesta en peligro tanto con un tráfico internacional plenamente realizado, como con la posesión de esa droga con fines del tráfico internacional."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, Nº 10 del 7 de enero.

21. TRÁFICO DE DROGAS. Al ser un delito consumado no admite la tentativa.

"En el último motivo del recurso, segundo de los vicios *in iudicando,* el gestionante señala que en la especie el delito debe recalificarse al de tentativa de transporte internacional de droga, porque la acción no se consumó ya que al convicto se le detuvo cuando se disponía a abandonar el país. El reclamo no puede acogerse. Conviene, a los efectos de dilucidar el reclamo, exponer algunas consideraciones generales en torno a la tentativa y el delito de tenencia de droga para el tráfico (nacional o internacional). Se ha dicho que la tentativa es un *dispositivo amplificador del tipo*, que se presenta "... cuando el autor de manera dolosa da comienzo a la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad ..." (Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1994, pág. 516), esta noción es la que se deduce del artículo 24 del Código Penal costarricense. Visto así —objetivamente— el fundamento de la regulación de la tentativa estriba en hacer posible proteger el ordenamiento jurídico penal en la etapa previa inmediata de la consumación, es decir, aquella en la que se inicia la realización de actos ejecutorios directamente encaminados a consumar un suceso ilícito. Hay pues, una *tutela anticipada del bien jurídico*, pues éste se protege,

independientemente de una lesión efectiva. Basta, para los efectos de la tentativa, que la acción emprendida estuviere orientada a aquella lesión. Por ello, podría afirmarse que en el fondo, salvo en el caso en que los actos de ejecución constituyan por sí mismos delitos independientes, la tentativa protege un peligro de lesión a determinado bien jurídico. Por otra parte, en cuanto se refiere a materia de psicotrópicos, específicamente a la posesión o tenencia de drogas para el tráfico, reiterada jurisprudencia de esta Sala ha indicado que, por la exhaustiva descripción de las diversas conductas típicas (otrora contenidas en el numeral 18 de la Ley Nº 7233, y actualmente contempladas en el artículo 61 de la Ley de Estupefacientes Nº 7786), el legislador ha estimado que la posesión o tenencia constituyen, por sí, un delito consumado en perjuicio de la Salud Pública. En lo conducente, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que "...toda participación en el tráfico internacional de las sustancias a que se refiere dicha ley, constituye de por sí una conducta consumada, pues se sanciona al sujeto por el solo hecho de intervenir en la ejecución de la conducta ilícita, sin que sea necesario que el autor haya cumplido la totalidad del plan propuesto (...) Además, estamos en presencia de un delito consumado, pues de acuerdo con la estructura del tipo penal bajo examen la realización de cualquier conducta específica del tráfico internacional de drogas es suficiente para perfeccionar la figura, aunque el plan de los autores no haya sido llevado hasta sus últimas consecuencias (agotamiento), como ocurrió en el presente caso ..." (Voto Nº 119-F-95, de 11.40 horas del 3 de marzo de 1995). Si bien es cierto, en otro voto la Sala no descartó la posibilidad de que en los delitos de peligro pudiera existir tentativa, también agregó, que en el caso concreto por tratarse de una infracción a la Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, la sola posesión de droga con fines de tráfico, constituía un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo lograra transportar y entregar la droga a su destinatario (Confrontar: V. 821-F-96, de 11.50 horas del 23 de diciembre de 1996). Conforme lo expuesto y considerando que las diversas infracciones que se protegen tanto en la actual, como en la derogada Ley sobre Estupefacientes, constituyen verdaderos delitos de peligro abstracto, en ellos, no es admisible la tentativa. En consecuencia, y por no existir el vicio sustantivo que apunta el señor defensor, lo procedente es declarar sin lugar el motivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 11 de las 14.50 h del 7 de enero.

22. VIOLACIÓN. No es parte del tipo penal la satisfacción de los deseos sexuales.

"El Derecho Penal no busca con la sanción de estos hechos valorar si el sujeto sació con tranquilidad y amplia satisfacción personal sus deseos sexuales, sino que le basta para fundar la pena la desviación expresada de los dictados de la norma prohibitiva, que obliga a no accesar carnalmente menores de edad, produzca esto o no satisfacción sexual o se haya producido el ilícito en situaciones incómodas para el justiciable. Al Derecho Penal le es necesario demostrar únicamente la tipicidad objetiva y subjetiva, la lesión al bien jurídico, la antinormatividad de la conducta, su antijuridicidad y la reprochabilidad. Estos aspectos fueron debidamente razonados y no se aprecia que hubiese un vicio lógico que los invalide. El riesgo de ser detenido no funcionó aquí como un freno inhibitorio de los instintos del acusado. El acceder carnalmente con su pene, en tres ocasiones, al menor, no es resultado de una situación incómoda con el riesgo de ser detenido y acusado, sino precisamente de la escogencia hecha por el justiciable en cuanto a la forma de cometer la Violación, y esto constituye un injusto penal que es correcto sancionar."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 156 de las 9.54 h del 12 de febrero.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

23. ACCIÓN CIVIL. Desistimiento tácito al no concretarse las pretensiones en el momento procesal correspondiente.

"En criterio del impugnante, al contestar la audiencia que con base en el artículo 308 del Código Procesal Penal le concedió el Ministerio Público durante la clausura de la fase preparatoria, él sí concretó sus pretensiones, pues precisó que se reclamaba el daño moral y justificó el porqué del mismo, reservándose el derecho de liquidarlo en el momento procesal oportuno. Subsidiariamente razona que, con base en el numeral 368 ibídem, debió condenarse en abstracto. La queja no es de recibo. No es cierto que, al contestar la audiencia a la que se hace referencia, la parte actora civil haya cumplido con las exigencias que —bajo pena de decretar el desistimiento tácito— exigen los artículos 117 párrafo 2º y 308 del Código Procesal Penal de 1996, pues el mismo recurrente admite que no liquidó las partidas reclamadas, siendo ello razón suficiente para declarar desistida la acción, conforme se hizo. Asimismo, es necesario aclarar que para la aplicación del artículo 368 que se cita, obviamente se requiere de previo que la acción haya cumplido con todos los requisitos que le impone la legislación procesal (incluida la liquidación del monto de los daños y perjuicios reclamados), pues expresamente refiere que "...*cuando los elementos probatorios no permitan establecer con certeza los montos de algunas de las partidas reclamadas por el actor civil y no se esté en los casos en los que pueda valorarse prudencialmente, el tribunal podrá acogerlos en abstracto*...". En la especie el actor civil no liquidó las partidas que reclamaba dentro de la audiencia conferida por el Ministerio Público a dichos efectos (ver constancia de folio 558 del principal, y de folio 20 del legajo respectivo), pues en escrito de folios 21 y 22 de este último, de manera lacónica sólo indicó que "...*el monto económico de*

dicho daño moral se estará definiendo en el momento procesal oportuno...", por lo que tampoco corresponde realizar una estimación prudencial de oficio y a iniciativa del propio tribunal, ya que no se cumplieron requisitos de procedibilidad de carácter esencial, como resultaba ser la concreción o liquidación del reclamo civil. Al no apreciarse, entonces, la existencia de ningún vicio que torne en ilegítima la decisión, se rechaza el motivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1067 de las 9.25 h del 26 de agosto.

24. ACCIÓN CIVIL. No es inválido el sobreseimiento que omite pronunciarse sobre las pretensiones civiles.

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 40, 142 y 363 del Código Procesal Penal de 1996, y 30 de la Constitución Política, los abogados representantes de la parte actora civil argumentan en los dos primeros motivos de su recurso de casación, que la sentencia de sobreseimiento dictada por el tribunal de mérito adolece de falta de fundamentación por cuanto en la misma no se hizo pronunciamiento alguno en lo que se refiere a la acción civil resarcitoria. Ambos motivos deben rechazarse. Si bien, de acuerdo con el contenido de la decisión que se objeta, al dictar el sobreseimiento a favor del imputado por aplicación de un criterio de oportunidad (pena natural), con base en el transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, los juzgadores no se pronunciaron respecto de la acción civil resarcitoria oportunamente formulada, lo cierto es que ello no se debió a una omisión u olvido —como parece deducirse del reclamo— sino que en el fallo existe todo un considerando en el cual en forma amplia y motivada se exponen las razones que mediaron para ello. En efecto, el Tribunal fundamentó las razones por las cuales no se pronunció sobre el fondo de la acción civil, al señalar que en un caso como el presente, al ponérsele término a la acción penal *antes* de que se celebre la audiencia del debate y se dicte sentencia, no podría existir un pronunciamiento de fondo con respecto a la acción civil, sino que —como acertadamente lo decidió el tribunal de instancia— lo correcto es remitir a las partes, si así lo tienen a bien, a que resuelvan sus diferencias a la jurisdicción civil ordinaria. Las razones que imponen esta solución son las siguientes: a) Siendo la acción civil accesoria a la penal, al ponérsele término a ésta antes de que se llegue al juicio, aquélla no podría proseguir en la sede penal. b) Al no haberse verificado la audiencia del debate, que es precisamente la etapa más importante del proceso, pues es allí donde las partes podrán exponer en igualdad de condiciones sus pretensiones a la luz de los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, continuidad y contradictorio, por lo general el órgano judicial no está en condiciones ni cuenta con los elementos de convicción necesarios para emitir un veredicto relativo a las mismas. c) Si a pesar de lo dicho se emitiera un pronunciamiento en virtud del cual se acogiera o rechazara el reclamo civil, se le violentaría el derecho de defensa y el debido proceso a la parte vencida (cualquiera que fuera), por cuanto se estaría adoptando una decisión perjudicial para sus intereses sin que se le haya permitido defenderse en juicio. d) Por último, con la decisión del tribunal de mérito, donde remitió a las partes a acudir a la jurisdicción civil en resguardo de sus intereses económicos, no se le está provocando ningún perjuicio irreparable a quienes aquí recurren, por cuanto en dicha vía podrán deducir ampliamente sus pretensiones y argumentos, con lo que no se les estaría colocando en estado de indefensión (en este mismo sentido véase el voto de esta Sala Nº 0071-F-97, de las 8:50 horas del 7 de febrero de 1997, considerando primero). Según las razones expuestas, se declara sin lugar la queja."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 905 de las 10.10 h del 19 de julio.

25. ACTOS DEFINITIVOS E "IRREPRODUCTIBLES". Deben ser notificados previamente a las partes, salvo los casos de urgencia dispuestos por la ley.

"Esta Sala ha analizado los argumentos incluidos en las diligencias de revisión y ha constatado que el Acta de Inspección cuestionada, visible a folio 177, fue realizada sin haber puesto en conocimiento a la defensa de los encartados que dicha diligencia se realizaría, y sin comunicárselo a las personas que en aquel momento ya habían sido debidamente identificadas como imputados en la causa y que se encontraban detenidos. Los acontecimientos sucedieron rápidamente. El día 21 de enero, a eso de las nueve horas, reciben las autoridades una información de que un vehículo, transportando droga, transitaría por una de las carreteras del lugar. Ese mismo día, al ser las veintidós horas con cinco minutos, se dirigieron las autoridades a la localidad de Paso Real de Buenos Aires de Puntarenas, con el fin de realizar un "fijo" (sic). A las cero horas con cuarenta y cinco minutos del día 22 de enero se dio el aviso de que un Toyota "Four Runner" se acercaba con rumbo a Chánguena, y se procedió a su persecución luego de entrevistar a unos motociclistas que habían conversado con los hombres que venían en aquél. Luego de ello, y a pesar de recibir instancias de los oficiales de que se detuvieran, el conductor del automotor emprendió la marcha a alta velocidad provocando que los oficiales tuvieran que seguirlo durante una larga distancia, trayecto durante el cual a veces quedaban rezagados debido a la mayor potencia del vehículo de los sospechosos. Luego de pasar un puente disminuyeron la velocidad y pudieron ser alcanzados. Al detenerse éstos y pedírseles la identificación, no se encontró droga ni tampoco nada sospechoso en el interior del vehículo, por lo que se les permitió irse. Llamó la atención de las autoridades que tales sujetos pidieran con tanta insistencia que se revisara el vehículo, donde no había nada sospechoso, por lo que decidieron revisar bien las cercanías del lugar donde se les detuvo y mediante el acta de hallazgo, visible a fl. 165, se deja constancia de que se encontraron once kilos de supuesta droga, a un lado de la carretera, como a cincuenta metros del puente metálico donde redujeron la velocidad los que conducían el citado "Four Runner". A raíz de ello se ordena decomisar el vehículo ese día 22 de enero de 1995 (v. fl. 166). El mismo día redacta el requerimiento de instrucción formal (v. fl. 168), el cual es recibido por el juez el 23 de enero. Ese día también se formula el "auto inicial" y se ordena allí la

indagatoria de los dos sospechosos y la inspección ocular del vehículo. Igualmente el mismo día se ordena detener a la orden del Juzgado de Instrucción de Pérez Zeledón a los dos imputados en la causa (v. fl. 186); el auto de detención provisional se dicta a las 18:10 h del día referido. A las 16.15 h del 23 de enero se realiza el acta de inspección cuestionada, y el perro utilizado para descubrir droga dio "alerta de olor a psicotrópicos" (sic) en el área del acompañante del conductor, donde supuestamente se llevaba la droga que las autoridades encontraron en el espaldón de la calle a unos metros del lugar de donde se detuvo el automotor. La Sala Constitucional, al evacuar la consulta hecha por esta Sala de la revisión en examen, indicó que si la inspección al vehículo a que alude el recurrente "...fue hecha sin que se le tomara participación a la defensa —todo lo cual deberá resolverlo la consultante—, se habrá producido la alegada violación al debido proceso" (fl. 841 fte. y vto.). Esta Sala constata que no hubo notificación de la diligencia, ni tampoco justificación posterior de la urgencia y necesidad del acto sin la presencia de los encartados y del defensor, cuya participación era importante además de posible, ya que si bien probablemente no hubiera variado el resultado de la misma, hubiera permitido el ejercicio del derecho de defensa. Por otra parte, y para amarrar dicho indicio de manera legal, se debió seguir con lo dispuesto por las regulaciones del entonces vigente Código de Procedimientos Penales de 1973, y no producir la nulidad que se ha venido reclamando en este proceso. Todos los actos procesales deben ser comunicados a las partes para que se manifiesten sobre ellos, lo cual debe hacerse de previo cuando se trate de registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes parciales e inspecciones, siempre que por su naturaleza y características puedan considerarse actos definitivos e irreproducibles. El juez puede realizar estos actos sin previa notificación y consecuentemente sin la participación de los defensores de las partes, sólo cuando se den las circunstancias legales para ello, lo que obliga a fundamentar las razones por las cuales se toma la decisión de realizarlos sin la presencia de aquéllos. En el caso bajo examen resulta evidente que la autoridad judicial de instrucción no justificó los motivos de urgencia que permitirían haber realizado la audiencia judicial sin la presencia del defensor y de los encausados, acorde con lo establecido por los artículos 191 y 192 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Esta situación fue debidamente atacada por la defensa en todo momento del proceso, muy especialmente en la fase de instrucción, (ver, por ejemplo, fls. 102, 142, 149 y 150 del primer tomo del expediente). Los alegatos nunca fueron aceptados por las autoridades jurisdiccionales, y tampoco se produjo una argumentación viable al respecto, (ver, fl. 212 vto.). Los llamados actos definitivos e irreproducibles pueden realizarse sin notificación a las partes, sólo en los supuestos previstos en la legislación procesal, esto es, cuando exista urgencia o no se conozcan, pero en el caso bajo examen, resulta evidente que las personas acusadas se conocían, se sabía quién era su defensor, así como resulta obvio que se les tenía detenidos un día antes de realizarse la diligencia de inspección del vehículo, el día 23 de enero. Por todo lo anterior, y habiéndose constatado la lesión al debido proceso y al derecho de defensa alegada, corresponde declarar con lugar las presentes diligencias de revisión planteadas en favor de los sentenciados. Sin embargo, y por razones de economía procesal, y siendo la prueba cuestionada el único indicio que sostiene la sospecha que recayó sobre los encausados, debe absolvérseles de toda pena y responsabilidad por los hechos que se investigan, toda vez que hay suficientes razones para dudar, entonces, acerca de su participación en el transporte de drogas que se les ha reprochado."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 309 de las 10.32 h del 12 de marzo.

26. ALLANAMIENTO. Función del Defensor Público asignado para presenciar la diligencia.

"En primer término, la falta de una orden judicial escrita para proceder al allanamiento de una morada, constituye un defecto absoluto, al tenor de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 178 del Código Procesal Penal, que califica como tales a "*...los que impliquen inobservancia de derechos y Garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley...*". Puesto que la propia Constitución Política establece la excepcionalidad de una medida semejante, por afectar un derecho fundamental (la inviolabilidad del domicilio); así como los requisitos mínimos que han de cumplirse para que sea legítima, resulta claro que la realización del acto sin respetar tales exigencias da lugar a defectos que no son convalidables ni requieren protesta alguna de las partes, según lo disponen los artículos 176 y 177 del Código de rito. (En el mismo sentido, ver el voto 468-99, citado). Por otro lado, conforme se adelantó, la función de resguardo de los derechos de las personas afectadas por la diligencia no recae sobre el defensor —cuya asistencia al acto no es requisito ineludible—, sino en el juez que la ejecuta. No ha sido interés del legislador prever la posibilidad de que un defensor público esté presente con el propósito de que otorgue su "*bendición*" al acto (ya el legislador estimó que el juez es suficiente garantía) y se eviten así posteriores discusiones sobre su legitimidad, ni para reprocharle el no ejercicio de actividades impugnaticias con ocasión de la práctica de la medida, ni menos aún para que el juez, el fiscal o la policía cuenten con un colaborador más al momento de realizar registros, decomisos y levantar actas. Al contrario, su principal labor, en esas oportunidades, se restringe a observar el desarrollo de los actos —por cuya ejecución correcta y respetuosa de la ley ha de velar el juez—, de tal manera que, en el supuesto de que se incurriera en alguna irregularidad, pueda el propio defensor servir como fuente de prueba para acreditarla. Ello es así no sólo por cuanto el deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas y la pureza de los procedimientos recae, primordialmente, en el juez, sino también porque mal podría decirse que el defensor concurre en tal calidad para asistir al imputado, si todavía no hay un sujeto que ostente esa condición —motivo por el cual, precisamente, no se exige la presencia de aquél como requisito de validez del acto—. La defensa, por razones obvias, no ha estado al tanto de las investigaciones, que pueden haber sido llevadas a cabo durante largo tiempo por el Ministerio Público y la policía; su participación en el propio allanamiento

es limitada, pues en ocasiones puede resultar necesario que los oficiales de policía ingresen en primer término, para inmovilizar a las personas, resguardar el sitio y garantizar la seguridad de los demás intervinientes y de quienes se hallaren en la vivienda o local; tampoco ha tenido contacto previo con quienes serán afectados por el acto, ni conoce, a ciencia cierta, si será una o treinta personas a las que se someterá a diversas medidas (por ejemplo: requisas), aunque posteriormente pocas o ninguna de ellas lleguen a ser sometidas a proceso. De lo expuesto se colige lo erróneo de considerar que la presencia del defensor público atiende a la finalidad de que asista o vele por los derechos o intereses de todos esos sujetos, pues ninguna defensa eficaz y racional es exigible cuando, por ejemplo, en la vivienda se halla una gran cantidad de personas, o todo un grupo familiar y los derechos fundamentales de cada uno se verán, en mayor o menor grado, afectados por la práctica de los actos de allanamiento, requisa, registro, secuestro y, eventual detención. Claro está, lo dicho no obsta para que el defensor objete las irregularidades que perciba y, sobre todo, demande que tales objeciones se hagan constar en las actas que elabore el funcionario actuante; sin embargo, por tratarse, fundamentalmente, de defectos absolutos, o, incluso, aunque no fueren más que relativos, su inactividad no puede acarrear consecuencias perjudiciales para quienes luego resulten imputados, ya que aquél nunca fue su defensor, en los términos que contempla la ley esa figura (defensor de confianza, o público por carencia de recursos o decisión del interesado): nunca les asistió, no fue parte de un proceso —que aún no había iniciado— y puede que nunca llegue a serlo; de allí que sus actuaciones u omisiones sean por completo ineficaces para decidir —una vez instaurado el proceso— el saneamiento o convalidación de un vicio. Su tarea principal, conforme se expuso, consiste en dejar constancia de las irregularidades que detecte y servir como fuente de prueba para revisar la legitimidad o ilegitimidad de los actos, por lo que resulta aconsejable, incluso, que no sea él quien luego asista a aquellos sujetos contra los que se dirija la acción penal, de manera que pueda comparecer como testigo si surgiere cuestión sobre esos extremos."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1114 de las 9.10 h del 3 de setiembre.

27. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. El desistimiento, la deserción y la revocatoria de la instancia están prohibidas en materia de menores.

"Debe establecerse en primer término que los institutos de la deserción, el desistimiento y la revocatoria de instancia son de diversa índole, pues mientras los dos primeros son actuaciones u omisiones del actor (penal o civil), la tercera (la revocatoria de la instancia) corresponde a quien solamente ostenta la calidad víctima en un asunto de acción pública perseguible a gestión privada, sin que ello le atribuya aquella condición (la de actor). De tal suerte que los sujetos a los que se refieren esas figuras técnicas son diversos y diverso también el papel que estos desempeñan. III. Sin embargo, más que a un criterio estructural de los referentes subjetivos de esas figuras y de las disposiciones que las contienen, debe estarse a una óptica funcional de su influencia efectiva en el proceso y su desempeño en resguardo de los intereses que *ope legis* o de discurso constitucional deben tutelarse. Con respecto a la normativa atinente a los menores, el Código de la Niñez y de la Adolescencia es elocuente en sus artículos 5 y 112 al establecer como *«interés superior»* la protección de aquéllos y sus derechos. Constitucionalmente, obra como texto inexorable la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, traído a colación por la recurrente, indica que «*...una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño...*» Por consiguiente la interpretación que en el caso que nos ocupa pueda hacerse de la regulación procesal penal, debe estar esencialmente encaminada a la protección del interés de los menores. Precisamente en esa dirección, se explica entonces que, conforme a la tendencia actual, el legislador haya provisto la materia de una disciplina especial que pretende dar una cobertura particular a un quehacer social con rasgos diferentes, regulación esta que, en tanto especial, se vuelve inmune a y prevalente sobre la normativa genérica, aun cuando ésta fuere posterior. Esto es, la veda de deserción y desistimiento en cuestión de derechos de menores, se impone a la facultad general que en el ámbito de la persecución penal estipula el código procesal referido, lo cual impide su advenimiento en tales situaciones. En esas hipótesis, dada la desaparición del actor penal o el desvanecimiento en su papel promotor, deben asumir la tarea del impulso de la acción y la pretensión punitiva los órganos encargados de velar por aquéllos, a saber, el Ministerio Público, el Patronato Nacional de la Infancia y la Procuraduría General de la República. IV. Queda por último determinar si, a pesar de las diferencias estructurales aludidas, la revocatoria de la instancia opera funcionalmente como un desistimiento. Si las consecuencias de ambos actos son similares, dado que impiden la prosecución del proceso, no cabe duda que la protección convencional y legislativa especial que a tenor del pronunciamiento de la Sala Constitucional número 7115, de las 16.09 h del 6 de octubre último, ha instituido el debe regir en la integridad (sic) del ordenamiento jurídico nacional para la protección de los menores, debe cubrir también la hipótesis de la revocatoria de la instancia. En cuanto a esta hay incluso mejores razones, porque mientras el desistimiento en delitos de acción pública no impide la ulterior persecución del acto, la revocatoria de la instancia lleva a un sobreseimiento que pone término a la causa; cosa que puede redundar en una mayor indefensión de un menor que ha sido víctima de presión o violencia (con más posibilidad originada en un miembro de su familia), visto que hecha la revocatoria, el asunto no se puede reabrir. Así las cosas, no cabe duda alguna que el amparo preferencial que el Estado costarricense debe deferir a los menores, según se infiere de los artículos 51 y 55 de la Carta Magna, como acertadamente refleja el fallo 3125, emitido por la Sala Constitucional a las 16 horas del 20 de octubre de 1992, al igual que el espíritu de la norma interpretativa del artículo 112 del Código de la Niñez, llevan a inferir que, derivando de la revocatoria de instancia prevista en el artículo 17 del Código Procesal Penal de 1996, los mismos efectos del desistimiento, e incluso más riesgoso (como se explicó), estando éste vedado en materia de procesos en que se tutelan los intereses de un menor, y siendo el desistimiento la variable contextual en cuestiones de acción pública perseguible a

instancia privada, la revocatoria de instancia no es viable en proceso en que se trate de salvaguardar los derechos de un menor o se pretenda constatar hechos eventualmente cometidos en su detrimento."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1040 de las 10.30 h del 20 de agosto.

28. CONCILIACIÓN. No procede en delitos cometidos en perjuicio de niños y adolescentes.

"Efectivamente, tal y como se reclama en el recurso, el Tribunal aplicó erróneamente las reglas atinentes a la conciliación, pues obvió no solo la edad de la ofendida que obligaba a aplicar el Código de la Niñez y de la Adolescencia, sino que, igualmente, desatendió los límites fijados por el legislador para la procedencia de la conciliación. Esta Sala ha sido muy clara en señalar que no basta la intención de las partes de resolver el conflicto mediante un arreglo conciliatorio, sino que, para que sea procedente, el Tribunal debe observar previamente si la solicitud se ajusta a los preceptos legales, pues en caso contrario el a quo carece de competencia para homologar lo convenido. En la especie, al endilgado Ch.M. el Ministerio Público le atribuyó los delitos, en acciones separadas, de Abusos Deshonestos y Violación en perjuicio de D.R.P., menor que al momento de esos hechos contaba, respectivamente, con nueve y once años de edad. Surge, en primera instancia, una prohibición genérica de conciliar en las causas que puedan constituir delitos en perjuicio de niños —menores de doce años— y adolescentes —mayores de doce, y menores de dieciocho años— (artículos 2 y 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley número 7739, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 26 del 6 de febrero de 1998). A mayor abundamiento, conviene considerar que, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la norma 155 citada no es contraria a la Constitución. En efecto, la Sala Constitucional ha estimado que: "*...El Estado no es el poseedor de los bienes jurídicos de los ciudadanos, sino el garante; de ahí que la conciliación como un medio de solución del conflicto debe darse entre el imputado y el ofendido, actuando directamente. El acuerdo conciliatorio debe originarse a partir de un diálogo libre entre las dos personas involucradas en el conflicto humano, debidamente asesoradas, que han de encontrarse en igualdad de condiciones para negociar y en pleno uso de sus facultades volitivas y cognoscitivas. Es la víctima, que sufrió personalmente el menoscabo de un bien jurídico, quien debe decidir si concilia o no y en qué términos, pues la idea es que la solución satisfaga a sus intereses a fin de que se restablezca la paz social perturbada con la comisión del delito. El derecho a conciliar en materia penal no tiene fundamento constitucional alguno, es una disposición de carácter legal, que puede preverse en los casos en que el legislador lo considere adecuado. En razón de ello es que sólo se contempla para las faltas y contravenciones, delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y para los delitos que admiten la suspensión condicional de la pena. El Código de la Niñez y la Adolescencia, por su especialidad y por ser posterior al Código Procesal Penal, derogó tácitamente la posibilidad de conciliar en los delitos cometidos en perjuicio de menores de edad, que se establecía en el último párrafo del artículo 36 de esta última normativa (...) En el artículo 155 consultado se establecen los supuestos de impedimento para conciliar, entre ellos los que figuran "los asuntos que pueden constituir delito" (sic). Esa disposición en modo alguno viola el principio de igualdad constitucional, pues el legislador ha decidido no establecer la conciliación para los casos en que los menores sean víctimas de un delito, forma en que el Estado costarricense estima cumple con su obligación de brindar una especial protección a los menores, según lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, así como en el artículo 51 de la Constitución Política (...) Esa diversidad de tratamiento obedece a la situación también diversa que se da en las causas por delitos cometidos en perjuicio de menores; la diversidad radica en la especial consideración del menor como ser humano en desarrollo. La desigualdad es razonable y así lo entiende la Sala, pues conforme se indicó la conciliación parte del diálogo directo y libre que debe darse entre imputado y víctima, y surge como un medio para que la víctima reasuma su papel protagónico en la solución del conflicto. En el caso de los menores, la igualdad de condiciones entre las partes para negociar no existe y en razón de ello, el impedimento establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido*..." (Sala Constitucional, sentencia 7.115-98, de las 16.09 horas del 6 de octubre de 1998)."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1272 de las 9.25 h del 24 de diciembre.

29. CONCILIACIÓN. No se admite en el delito de violación.

"Por otra parte, el segundo impedimento para conciliar lo constituye la penalidad con la que el legislador reprime el delito de violación acusado, sea, con pena oscilante entre de 10 a 16 años de prisión (artículo 156 del Código Penal), pues el extremo menor impide aplicar la suspensión condicional de la pena a la que hace referencia el ordinal 36 del Código Procesal Penal. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha aclarado que: "... La figura de "agresiones sexuales" a que se refiere el artículo 18 del Código Procesal no encuentra correlato en el Código Penal vigente, sino en el artículo 168 del Proyecto de Código Penal, pues con ella se pretende sustituir el actual delito de Abusos Deshonestos. Lo mismo cabe decir de las "relaciones sexuales consentidas" (en el Proyecto se denomina así el equivalente al delito vigente de *Estupro*, previsto en el artículo 159 del Código Penal) y del "contagio de enfermedad" (denominación del artículo 151 del Proyecto que corresponde al actual delito de *Contagio venéreo* del artículo 130 del Código Penal). De esta manera el único delito de acción pública perseguible a instancia privada del Código Penal donde no procede la conciliación sería el de *Violación*, con uso de violencia corporal o intimidación, cuando la persona ofendida sea mayor de 15 años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir (confrontar artículos 18 inciso a) del Código Procesal Penal y 156 del Código Penal), porque al estar sancionado con prisión de 10 a 16 años no admite la ejecución condicional de la pena. Aceptar la conciliación en

este último delito resultaría un contrasentido, no sólo porque no admite la ejecución condicional de la pena, sino porque además es evidente la desproporción cuantitativa que existe entre el extremo menor de este delito y el de cualquier otro que sí admita la ejecución condicional (la diferencia es de siete años de prisión, en el menor de los casos, tomando como punto de comparación un delito cuyo extremo menor sea de tres años). Además sería ilógico admitir la conciliación únicamente en el supuesto indicado y no así en las otras formas posibles de cometer el mismo delito, conductas a cuyo desvalor se asigna la misma penalidad ..." (Voto 796-98, de las 10.30 horas del 21 de agosto de 1998). Bajo estas consideraciones, siendo que en el caso era improcedente la conciliación, lo oportuno es declarar con lugar el recurso, declarando la ineficacia de la conciliación y la nulidad del fallo del Tribunal que la homologó. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, conforme a Derecho, continúe con los procedimientos."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1272 de las 9.25 h del 24 de diciembre.

30. CONCILIACIÓN. No se admite cuando no es posible la ejecución condicional de la pena, ni en los cometidos contra menores de edad.

"Si bien el Código Procesal Penal establece la posibilidad de llegar a una conciliación en una causa penal, es lo cierto también que dicha posibilidad no se presenta como absoluta, pues la misma normativa impone algunas limitaciones para su procedencia, al señalar que sólo se aplicará en "*las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena*" (art. 36). Con esta restricción se excluye la aplicación de este instituto en todos aquellos delitos de acción pública en los que no es posible otorgar el beneficio de la ejecución condicional de la pena, es decir, en todos aquellos asuntos en donde la pena mínima a imponer excede los tres años de prisión (art. 59 del Código Penal). En el caso que nos ocupa, dada la pena prevista, no resulta procedente la conciliación solicitada, toda vez que A.M.R. fue acusado y sentenciado por el delito de corrupción agravada (art. 168 C.P.), ilícito cuyo mínimo penal (cuatro años de prisión) excede el monto máximo permitido para el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena; beneficio que se constituye precisamente en el requisito básico para la conciliación en esta clase de hechos. En todo caso, conforme fue resuelto por la Sala Constitucional, la posibilidad de aplicar la conciliación en este tipo de ilícitos, en tanto han sido cometidos en perjuicio de menores de edad, queda totalmente excluida con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley Nº 7739 del 6 de febrero de 1998... (Voto Nº 7115, de las 16.09 horas del 6 de octubre de 1998)."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 705 de las 9.40 h del 4 de junio.

31. CONVENIOS CON EL MINISTERIO PÚBLICO. Naturaleza y alcances. Inobservancia por el Tribunal de Juicio.

"Por otra parte, el convenio suscrito entre el representante del Ministerio Público y los encartados A.Q. y M.A., para que estos declararan en plenario respecto a todas las circunstancias útiles para esclarecer los hechos (confrontar folios 186 y 186), a cambio de que el Fiscal solicitara la pena de tres años de prisión y el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena, no tenía por qué serle comunicado a los otros acusados antes del debate, pues por razones de seguridad, el acuerdo debe resguardarse bajo estricta confidencialidad. Sobre este documento conviene hacer dos acotaciones: En primer lugar y en lo que se refiere al recurso, es claro que la determinación del ente acusador de negociar los beneficios a que alude la Ley de Psicotrópicos, con unos u otros acusados, constituye una manifestación especial —en razón de la materia tutelada— del principio dispositivo, que al igual que el principio de oportunidad, faculta al Ministerio Público a ofrecer determinadas ventajas a distintos sujetos a cambio de una colaboración eficaz con la Administración de Justicia en la persecución de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. En la medida en que la elección realizada por el acusador responda estrictamente a razones de interés público, centradas en la conveniencia procesal de la persecución penal, ninguna desigualdad procesal se ocasiona a los otros justiciables, pues la distinción fundada en parámetros de razonabilidad, es plenamente válida. De ahí que las pruebas que resulten de los convenios fiscales, siempre que se incorporen por los medios legalmente previstos por la ley procesal, deben ser valorados por el Tribunal en estricta conformidad con las normas del correcto entendimiento humano. No obstante, a pesar de que el documento en que conste lo pactado constituye el instrumento idóneo para acreditar la negociación, por sí mismo no puede desplegar eficacia alguna en el plenario, pues su valor queda sujeto a la efectividad de la colaboración esperada. En la especie, la consideración que hizo el Tribunal del citado acuerdo, fue a todas luces impertinente. Primero porque, al no realizarse el debate, los encartados no pudieron declarar *todas las circunstancias útiles para esclarecer los hechos* y por lo tanto, si el Fiscal no demostró la efectividad de la colaboración, aquéllos no estaban en condiciones de beneficiarse de ninguna ventaja sustantiva. Debe recordarse, que en estos supuestos el órgano jurisdiccional ha de ser un activo garante de la legalidad, que caso a caso y sin que pueda sustituir al Fiscal en la apreciación de la conveniencia de la persecución penal, debe constatar que —al menos para la Fiscalía respectiva— el convenio ha cumplido las expectativas programadas. En otros términos, en los casos en que pueda aplicarse un acuerdo a los que alude la Ley de Psicotrópicos, el Tribunal debe previamente informarse a través del Ministerio Público, acerca de los resultados de la negociación, sin que resulte lícito discrepar sobre la utilidad reportada, pues por mandato del principio acusatorio, tal calificación corresponde al ente acusador. En el sub lite, es evidente que el convenio nunca surtió efecto, pues en vez de realizar el debate, las partes acordaron —extemporáneamente— abreviar el proceso. Es claro que la sanción impuesta a cada justiciable derivó de las negociaciones preliminares con el ente acusador.

En el caso concreto, la diversa penalidad encuentra sustento en la misma aquiescencia de las partes. Por último, debe resaltarse que los supuestos en los que el Fiscal ha de aplicar una salida alterna o pretenda hacer valer una ventaja a la que se ha comprometido, debe exponer con suficiente claridad las razones de su solicitud y sobre todo, cuál es la sanción pretendida, de modo que se eviten confusiones innecesarias que puedan afectar el derecho de defensa de las partes."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 392 de las 9.04 h del 9 de abril.

32. ESTADO CIVIL. Puede demostrarse por cualquier medio de prueba legítimo.

"Como primer agravio del recurso por vicios *in procedendo* interpuesto por el Lic. M.Ch.F., Fiscal adjunto de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, adscrita al Ministerio Público, a quien la actora civil E.B.M. delegó el ejercicio de la acción civil, se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 142, 182 y 369 inciso d) del Código Procesal Penal de 1996, por falta de fundamentación legítima de la sentencia respecto a elementos de prueba admitidos. Esto así, porque en el pronunciamiento impugnado el tribunal de mérito declaró sin lugar la acción civil resarcitoria, esencialmente porque no tuvo por acreditada la relación de parentesco entre la actora civil y la víctima del homicidio acusado (omisión probatoria que imputa a la fiscalía y de donde deriva —según el *a quo*— una «*evidente falta de personería activa por parte de la actora civil*», sentencia, folio 256 vuelto), pero omitiendo erróneamente valorar expresamente abundantes elementos de prueba que sí permiten establecer dicho vínculo. Considera esta Sala que el reclamo es atendible, que la motivación de la sentencia es defectuosa, pues efectivamente son varias las pruebas que señalan a la actora civil E.B.M. como madre del occiso J.D.A.B., por ejemplo: A) El Informe Policial Nº 263-INV-98 de folios 1 a 12, donde se indica al hallazgo de la cédula de identidad del occiso y que se procedió a entrevistar a su «madre», E.B.M. (cfr. folio 6); B) El «Acta de Inspección, Registro y Recolección de Indicios», de las 5:30 horas del 11 de mayo de 1998, donde se verifica la identidad del occiso, indicando que —según su cédula de identidad— era hijo de E.B.M. (cfr. folio 13 vuelto); C) La «Denuncia» de folios 59 a 60, donde la señora Blandón Martínez señala bajo juramento, entre otras cosas, que es la madre del ofendido J.D.A.B. (cfr. folios 59 a 60); D) El Informe Pericial del Lic. M.H.F., quien refiere haber indagado a la madre del occiso, doña E.B.M. (cfr. folio 204). Conforme al artículo 182 del nuevo Código Procesal Penal, «*Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley*». Puede apreciarse que con esta nueva fórmula legal se han suprimido las limitaciones que imponía la regla sobre la prueba del artículo 198 del Código de Procedimientos Penales de 1973 pues, en relación con el estado civil de las personas, en sede penal, un extremo tal como acreditación de la relación filial del occiso y la actora civil no está sujeto a las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, sino que puede probarse por cualquier medio de prueba, excepto aquel o aquellos expresamente prohibidos por la ley: la libertad probatoria comprende tanto lo relativo a la acción penal como a la acción civil (así LLOBET, Javier: *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 453). En el presente caso, a pesar de haberse indicado en la sentencia la consideración de los anteriores elementos de prueba (cfr. sentencia folios 245 vuelto a 246), no hay razones concretas y expresas que detallen al lector imparcial por qué de ellas no puede derivarse racionalmente la relación mencionada, o cuál impedimento legal existe para hacerlo así, lo cual ha provocado, sin duda alguna, un perjuicio a la actora civil representada por el impugnante. Consideran los suscritos que no quedó suficientemente fundamentada la aseveración del *a quo* en el sentido de que es «evidente» la supuesta falta de personería de la actora civil, apelando a la ausencia de una «certificación» que fácilmente pudo ordenarse a efecto de corroborar —si se tenía duda—, o para mejor resolver, sobre lo que otras pruebas expresamente indicaban (vale mencionar que a folio 270 del expediente corre la respectiva certificación, ofrecida ahora por el recurrente, que efectivamente confirma la relación cuestionada). Por las anteriores razones procede declarar la nulidad parcial de la sentencia —pretensión expresada por el impugnante— únicamente respecto a su aspecto civil. Se ordena el reenvío al competente para que proceda a la reposición correspondiente del juicio sobre la acción civil interpuesta. Dada la naturaleza y efecto de lo resuelto se omite, por innecesario, pronunciamiento sobre el otro reclamo *in procedendo* acusado por el recurrente."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 529 de las 9.30 h del 7 de mayo.

33. EXAMEN PSIQUIÁTRICO DEL IMPUTADO. Algunas consideraciones sobre su evolución histórica.

"En principio, conviene acotar que la exploración clínica, psicológica o psiquiátrica, a que se somete al encartado en ciertas circunstancias, no es un instituto en realidad novedoso en el enjuiciamiento criminal costarricense. En efecto, en el Código de Procedimientos Penales de 1910, es posible ubicar normas que directamente aluden a la posibilidad del juez para ordenar tal experticia. Así —por ejemplo— el numeral 295 establecía que: "Si se advirtiesen en el procesado indicios de enajenación mental, se averiguará por personas que lo hayan tratado, por reconocimiento de facultativos y por otras observaciones e indicios, si esta enajenación era anterior al delito o ha sobrevenido a él, si es cierta o simulada y si es total o parcial...". (Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias, Biblioteca de Derecho Vigente en Costa Rica (dirigida por el Lic. Don Luis Castro Saborío), Tipográfica Lehmann, 1913, p. 70). En el mismo orden, el artículo 296 establecía el procedimiento a seguir y los efectos de una enajenación sobreviniente del acusado, sucedida después de la comisión del ilícito y durante el trámite de la causa, o durante la ejecución de la sentencia. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales de 1973, en sus artículos 47 y 49, establecía los supuestos de incapacidad sobreviniente y su incidencia en el curso del proceso. Luego, en lo que interesa,

el numeral 50 determinaba, que: "... El imputado será sometido a examen mental de acuerdo con el artículo 71 del Código Penal." En lo referente al alcance de esta última norma, esta Sala interpretó que de acuerdo con los principios de proporcionalidad, economía procesal y libertad probatoria, la pericia no debía realizarse en todas las causas penales, sino que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 204 del mismo cuerpo normativo, debía ordenarse sólo cuando fuere necesario. En este sentido se estableció, que: "*...El examen mental a que alude el artículo 50 del Código de Procedimientos Penales, que tiene por finalidad determinar tanto la capacidad penal del imputado, como su capacidad procesal (o capacidad para obrar por sí en el proceso) y su personalidad desde el punto de vista de la peligrosidad penal, no está puesto por la ley como condición previa para que pueda pronunciarse la condena (así NÚÑEZ, Ricardo: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires, Ediciones Lerner S. R. L., 1978, pág. 81) y su realización, se da pocas veces en la práctica (cfr. LLOBET, Javier: Código de Procedimientos Penales Anotado, San José, Litografía e Imprenta Lil S. A., 1987, pág. 78), sin que ello implique per se, una nulidad (recuérdese que incluso si se hubiera practicado el examen, su resultado no es vinculante para el juzgador), pues en realidad, ese examen no es el único medio para acreditar la salud del estado mental del imputado, conforme se desprende de la regla de la prueba establecida en el artículo 198 ibidem. Lo anterior lo viene a confirmar también el artículo 204 ejúsdem, cuando señala que el Juez podrá proceder a la inspección mental del imputado «cuando fuere necesario». Nótese que el mismo artículo 71 del Código Penal, donde se indica que las características psicológicas y psíquicas del imputado es uno de los parámetros o criterios que deben tomarse en cuenta a la hora de fijar la duración de la pena a través de un informe que debe proveer el Instituto de Criminología, siendo que del Transitorio adicionado al Código Penal por Ley Nº (5054 del 11 de agosto de 1972 se colige que, en las condiciones ahí apuntadas, los jueces pueden prescindir de tal informe para fijar la pena. Todo lo anterior evidencia que si bien lo idóneo sería que el imputado sea sometido a observación de un perito psiquiatra para rendir el examen, esto no impide que el encartado pueda llegar a ser sujeto pasivo de una observación directa del Juez (o si fuera preciso, con el auxilio de peritos que ayuden al Juez a practicarlo personalmente, artículo 204 citado) a la luz de las reglas de la sana crítica racional (cfr. FLORIAN, citado por LLOBET: Op. cit., pág. 222 y NÚÑEZ: Op. cit., pág. 199). Así, pues si la defensa pidió durante el debate un examen psiquiátrico del encartado como prueba para mejor resolver, petición que fue rechazada por el Tribunal (decisión que, por otra parte, no reclamó la defensa y sobre la cual no hizo manifestación de recurrir en casación, cfr. acta de debate a folio 369, líneas 9 y siguientes), consideran los suscritos que tal proceder se ajusta a las condiciones del artículo 387 del Código de Procedimientos Penales y que en consecuencia no se ha producido el vicio reclamado, razón por la cual procede declarar sin lugar el reproche...*" (Voto # 363-F-93, de 11.25 horas del 2 de julio de 1993). Más adelante, durante la vigencia del Código de 1973, la Sala precisó que: "*... debe distinguirse ese dictamen, necesario para la aplicación de la pena, del dictamen psiquiátrico indispensable para determinar un posible estado de inimputabilidad, a que se refieren los artículos 204 y 351 párrafo tercero del Código Procesal Penal de 1973, el cual no debe evacuarse en todos los casos sino sólo en aquellos en los que exista la posibilidad de que el imputado no comprenda el carácter ilícito de sus actos o no pueda comportarse de acuerdo con esa comprensión. Según lo anterior, es claro que la solicitud del informe al que se refiere el numeral 71 del Código Penal será un elemento más que el juez podrá tomar en cuenta al momento de fijar el quántum de la pena a imponer, sin que pueda estimarse que aquél esté obligado siempre y en todos los casos a evacuarlo, o que —de no hacerlo— la decisión que adopte resulte ilegítima. En el caso que nos ocupa, según se explicó en el primer considerando, no consta que la defensa alegara durante el proceso el supuesto estado de inimputabilidad que ahora discute en sede de casación, de donde no podría considerarse que el fallo adolezca de vicio alguno por no haberse solicitado la práctica del estudio que ahora se echa de menos...*". (Voto Nº 820-98, de 9.25 horas del 28 de agosto de 1998). En sentido similar se había pronunciado la doctrina nacional, habiendo entendido que resultaba inapropiada la remisión que se hacía al artículo 71 del Código Penal, pues —según comprendió— había que distinguir de la siguiente forma: el examen de las condiciones personales a que hacía referencia el artículo 71, se restringía a las circunstancias subjetivas que incidían en la penalidad, mientras que la pericia a que aludía el numeral 50 citado, debía establecer el estado mental del justiciable, pero a los efectos de los artículos 48 y 49 del Código sustantivo, es decir, para fijar en caso concreto si se estaba en supuestos de inimputabilidad o imputabilidad disminuida (Llobet, Javier: Código de Procedimientos Penales. Anotado y Comentado, 2da. edición actualizada en colaboración con Víctor Dobles, San José, Editorial Juricentro, 1991, pág. 93). En este contexto y al resolver una Consulta Preceptiva de Constitucionalidad formulada por esta Sala, el Tribunal respectivo, interpretó que: "*...I.- En los únicos dos puntos admitidos para su revisión por la SALA TERCERA DE LA CORTE, el recurrente reclama en primer término la omisión del Tribunal de Juicio de practicársele el examen mental exigido por la legislación penal. Aduce que ello era indispensable para determinar la culpabilidad del imputado dado que sin esa pericia no se puede saber a ciencia cierta si el imputado tenía plena conciencia de los actos que llevó a cabo. Como dicha pericia falta, la sentencia resulta insuficientemente motivada, específicamente en lo referido a culpabilidad del imputado que debe contener evidentemente un análisis de la imputabilidad de los hechos al acusado (...) la pericia que echa de menos el recurrente no se reputaba como esencial para el cumplimiento de los principios del debido proceso, porque no se ligaba con el tema de la culpabilidad, de manera que tal y como se explicó era posible para el Tribunal recurrir a los principios de libertad probatoria y a las reglas de la sana crítica racional para adquirir la convicción necesaria sobre la imputabilidad de los hechos al acusado a título doloso o culposo. De tal modo, se concluye que la omisión de realizar el examen mental ordenado en el artículo 50 del Código de Procedimientos Penales anterior, no infringe el debido proceso si en la resolución condenatoria existe análisis de los elementos de juicio aportados al proceso, así como fundamentación suficiente, en relación con la culpabilidad del imputado, verificación que corresponde a la Sala consultante...*" (Ver voto Nº 5.927-99, de 8:33 horas de 30 de julio de 1999). Ahora bien,

de las innovaciones incorporadas por la legislación procesal penal ocurrida mediante reforma que cobró vigencia el primer día del mes de enero de 1998, conviene destacar la inclusión de practicar examen mental al imputado, bajo ciertos supuestos taxativamente previstos en la ley, es decir, cuando: "...*a) Se le atribuya la comisión de delitos de carácter sexual contra menores de edad o agresiones domésticas. b) Se trate de una persona mayor de sesenta años de edad. c) Prima facie, se pueda estimar que, en caso de condena, se le impondrá pena superior a quince años de prisión. d) El Tribunal considere que es indispensable para establecer la capacidad de culpabilidad en el hecho...*". Tal previsión tampoco resulta novedosa, pues al menos en la legislación comparada, encuentra una referencia —en términos generales— en el artículo 75 del Código Procesal Penal de 1970, de la Provincia de Córdoba, Argentina. Más recientemente y de manera directa, el artículo de comentario encuentra sus pares en el artículo 37 del Proyecto de Código Procesal Penal para la nación Argentina y en el Proyecto del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que disponían el deber de realizar examen mental al imputado, cuando se le atribuyeran delitos de carácter sexual, cuando se esperara imponerle pena privativa de libertad superior a cinco años de prisión o el encartado fuera sordomudo o menor inimputable o adulto con 70 años de edad, al momento de cometer el suceso y por último, cuando existiera la probabilidad de imponer medida de seguridad o corrección privativa de libertad. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Texto del Anteproyecto, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 272. El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, *en Cuadernos de la Revista Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 37). Esta última norma, sirvió de base para la redacción del artículo 84 del anteproyecto del Código Procesal Penal patrio. Precisamente, en las observaciones de dicho texto, se consignó que: "...*La norma propuesta define los casos en los que se justifica el examen mental del imputado. Esta pericia no es necesaria en todas las causas, como erróneamente lo establece el artículo 50 del código vigente. Tampoco tiene el sistema judicial capacidad técnica para hacer el examen mental de todos los imputados...*" (Cruz, Fernando: Anteproyecto de Código Procesal Penal, texto mimeografiado, 1993, pág. 31)."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1240 de las 9.20 h del 30 de setiembre.

34. EXAMEN PSIQUIÁTRICO DEL IMPUTADO. Aspectos de interés sobre su valor probatorio. No viola el principio de inocencia.

"Atendiendo al desarrollo histórico que las evaluaciones mentales del imputado han tenido en nuestro entorno procesal, así como a las fuentes de legislación comparada, es evidente que el peritaje puede contribuir, al igual que cualquier otro elemento de convicción y junto a otras probanzas, para formar en el ánimo del juzgador el convencimiento de que la conducta puede reprocharse al inculpado y que éste a su vez, puede ser sujeto de una pena privativa de libertad. Así, en virtud de tal interpretación, la prueba pericial aludida tiene por finalidad, servir como criterio técnico —mas no exclusivo—, acerca de las condiciones psicológicas del justiciable que incidieran en cuanto a su inculpabilidad y consecuentemente, teniendo al reproche como base y fundamento de la pena, podía utilizarse además, para fijar la extensión de esta última. Su relevancia o trascendencia procesal, es doble: en primer lugar, servir de indicador acerca de la inimputabilidad y en caso de que —en términos abstractos— es decir, considerando sólo su condición psicológica o sea, de imputable, la prueba será útil para motivar el reproche y la extensión de la pena. (En sentido similar, consúltese: Edwards, Carlos Enrique: Régimen del Código Procesal Penal de la Nación, ASTREA, 2da. edición, Buenos Aires, 1994, pág. 108). Por disposición del artículo 71 del Código sustantivo y conforme lo ha interpretado la Sala Constitucional, el juez debe fundamentar la extensión de la pena, en primer lugar, en la culpabilidad decretada y en segundo término de manera accesoria, en las condiciones personales del convicto, que hayan incidido en la comisión del ilícito. En términos generales, el Tribunal Constitucional ha admitido como válida la opción exteriorizada por el legislador, de autorizar al órgano jurisdiccional para tomar en cuenta aspectos relativos a la personalidad del inculpado, que le permitan fijar la sanción correspondiente (dentro de los extremos normativos), siempre y cuando su tasación sea accesoria al juicio de reproche previamente establecido, que en cuanto tal, constituye la base legitimante y el parámetro principal para determinar la extensión de la pena: "...*El artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad (...) razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven también para fijar el grado de culpa con que se actuó...*" (Voto Nº 88-92, de las 11.00 horas del 17 de enero de 1992). Siguiendo tales orientaciones, la doctrina ha entendido, que: "...No obstante, este principio [el de culpabilidad] no excluye que el juez tome en consideración las circunstancias personales del sujeto, para aplicar la pena. Pero lo relevante para la individualización de la pena, es la culpabilidad por el hecho concreto que se sanciona..." (Mora Mora, Luis Paulino y Navarro Solano, Sonia: Constitución y Derecho Penal, Escuela Judicial, San José, 1995, pág. 88). Establecido lo anterior, procede aclarar que —efectivamente— tal como se prevé en el artículo 87 del Código Procesal Penal, el Fiscal a cargo de la investigación debe ordenar la exploración psicológica tan pronto haya identificado al sospechoso y en término prudencial, la Sección respectiva del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial debe realizarla, máxime si por la gravedad de los hechos —o por otras contingencias del proceso— el justiciable se encuentra detenido preventivamente. Debe recordarse, que tratándose de causas con reo preso, no solo las actuaciones procesales deben realizarse con prontitud, sino que las restantes diligencias probatorias (más si competen a funcionarios judiciales), deben igualmente despacharse con celeridad. Al efecto, conviene recordar que a solicitud de la Comisión de Asuntos Penales, la Corte Plena, en sesión Nº 30-99, celebrada el 19

de julio de 1999, artículo XV, dispuso comunicar a todos los fiscales del Ministerio Público y jueces penales: "... Que no deben suspender los procesos por faltar el dictamen a que se refiere el artículo 87 del Código Procesal Penal, sino hasta que el asunto se encuentre listo para convocar a debate si correspondiere y siempre que la prueba ya hubiere sido solicitada. Si la prueba no hubiere sido solicitada en las etapas preparatoria e intermedia, el Tribunal de Juicio debe solicitarla, sin invalidar las actuaciones por esa razón..." (Circular # 53-99, publicada en el Boletín Judicial # 167, del 27 de agosto de 1999). Por otra parte, debe recordarse que por tratarse la prueba psicológica de una intervención directa en la psiquis del entrevistado, por razones obvias relacionadas con la transparencia y cientificidad de los resultados, lo óptimo es que el imputado voluntariamente se someta a la entrevista y a las pruebas accesorias. Para tales efectos, de conformidad con el artículo 36 constitucional, de previo a ordenar la prueba, la autoridad respectiva debe advertir al justiciable acerca de la facultad que le asiste de negarse a aportar prueba en su contra. En caso de que se niegue a contribuir a la ejecución de la pericia, el proceso proseguirá su curso, dejando constancia de la reticencia del acusado y válidamente se dictará la sentencia que corresponda. Por último, debe puntualizarse que el examen mental en los términos dichos, no lesiona el principio de inocencia, porque su realización constituye un acto probatorio más, cuya incidencia en el dispositivo se valorará en la deliberación y no existe en consecuencia, presunción alguna de culpabilidad. Además, ha de tomarse en cuenta, que los resultados de la prueba no necesariamente serán desfavorables (incriminantes) a los intereses del justiciable, sino que pueden conducir al juzgador a aplicar en el caso concreto, excusas de responsabilidad o atenuantes de la pena, según corresponda. Específicamente, en lo que se refiere al supuesto del inciso c), es decir, cuando se estime como probable aplicar pena superior a 15 años de prisión, la prolongación en torno a la sanción imponible, debe efectuarse de acuerdo con los extremos abstractos de la calificación legal —provisional— otorgada al momento en que aquella se ordena, considerando la posibilidad de que si existen varias infracciones, pueda aplicarse el régimen concursal respectivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1240 de las 9.20 h del 30 de setiembre.

35. FUNDAMENTACIÓN. No siempre es posible una precisión absoluta de los hechos.

"Reprocha al respecto que el tribunal tiene como hecho probado (fundamentación probatoria) que el menor ofendido fue accedido carnalmente en tres ocasiones, pero luego indica al hacer la fundamentación intelectiva que el menor fue accedido "en ocasiones", sin precisar cuántas veces. Al no indicar las circunstancias dentro de las cuales se desarrollaron los hechos, en tiempo, modo y lugar, existe duda sobre la participación criminal de su defendido. Solicita la nulidad de la sentencia y el correspondiente juicio de reenvío. No puede concederse lo solicitado. Los aspectos esenciales de la conducta del sujeto activo han sido adecuadamente expresados en la fundamentación de la sentencia. La precisión que echa de menos la impugnante suele ser difícil de alcanzar en este tipo de hechos delictivos, en donde los agresores sexuales suelen aprovechar lugares desolados para cometer los ilícitos, no sólo para evitar ser detenidos en su programación criminal, sino también para evitar después las comprobaciones, en circunstancias que por lógica no pueden ser investigadas hasta el menor detalle. Normalmente se tiene únicamente el dicho de la víctima, alguna pericia medicolegal sobre el cuerpo del ofendido y quizá alguna otra relación circunstancial por vía de testigos, aunque no directos sobre la existencia misma de la conducta punible. Por esa razón suele ser necesario hacer inferencias y proceder a aquilatar las probanzas con lo acusado, que es precisamente lo que hace el tribunal de mérito. En cuanto a lo que interesa, se sabe que el viernes 25 de abril de 1997, el menor A.T., de diez años de edad, decidió irse a bañar a las pozas que están en San Joaquín de Flores, lugar en donde se encontró al imputado. Que al regresar a su hogar, el acusado V.B. lo toma con fuerza de la mano derecha y lo introduce en un monte, le baja los pantalones, lo tira al suelo y le introduce el pene en tres oportunidades. Esta relación de hechos, bastante simple, es precisamente la que permite tener como debidamente comprobadas las acciones del encartado, quien, con evidente desprecio de las condiciones del menor, decide aprovecharse de él, haciendo uso de su superioridad física, y lo accede en tres ocasiones, cumpliendo de manera completa el tipo penal en esas mismas tres ocasiones, no siendo necesario acotar más lo señalado. Cuando se dice "ocasiones" debe entenderse "veces" u "oportunidades". Todos estos vocablos aluden a la circunstancia de que los accesos carnales fueron independientes, pero con separación temporal muy pequeña, pero no por ello subsumidas por la primera Violación, ya que el tipo penal se cumple tantas veces como lesiones sufra el bien jurídico tutelado. Estos aspectos, como ya se expresó anteriormente, fueron debidamente acreditados y analizados por el tribunal, y al respecto no se nota una insuficiente circunstanciación. Por lo expuesto, sin lugar el motivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 156 de las 9.54 h del 12 de febrero.

36. HECHOS PROBADOS. No se requiere una ubicación temporal absoluta, salvo que se demuestre su esencialidad o utilidad.

"Aún analizando de forma aislada este reparo, es decir, sin relacionarlo con lo resuelto en el anterior considerando, es claro que no le asiste razón al impugnante, pues si bien la fecha en la que se dieron las conductas ilícitas por las cuales se dictó sentencia condenatoria se ubican *en el año de 1993*, siendo esta la mayor precisión que se logró alcanzar a partir de la prueba evacuada en debate, es lo cierto que en el caso que nos ocupa ello resulta suficiente para cumplirse con la debida determinación de los hechos, siendo este un requisito que exige la normativa procesal en aras de respetar el derecho de imputación. Nótese que con lo actuado en la especie no se deduce la existencia de una lesión al derecho de defensa del impugnante, pues al plantear su reclamo el mismo no concreta ningún planteamiento defensivo que se centre en la necesidad

de conocer con absoluta precisión la ubicación temporal del acontecimiento investigado, es decir, su reproche no viene ligado a la utilidad de que se haya establecido con detalle ese dato a fin de ejercer su derecho de defensa en el proceso. Al evacuar la respectiva consulta preceptiva, la Sala Constitucional señala que "*...no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuándo sucedieron los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la acreditación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello lo correcto es afirmar que sólo existirá una violación del derecho al debido proceso del imputado si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada...*", voto Nº 2812-98, de las 14.48 horas del 28 de abril de 1998, folio 229 vuelto, líneas 18 a 32. En todo caso, tal y como se explicó en el anterior considerando, si bien al establecer la fecha en que la madre de las ofendidas fue operada en el Hospital de Puntarenas (punto de referencia para ubicar temporalmente los hechos) los jueces de instancia incurrieron en una imprecisión, ello en nada ha afectado la validez del pronunciamiento, por cuanto aún incluyendo el nuevo dato que arroja la certificación de folio 234 que se evacuó en esta sede (según la cual la tantas veces analizada intervención quirúrgica se produjo entre el 26 y el 31 de julio de 1991), con excepción de la fecha las conclusiones del fallo permanecerían inalterables, al no verse afectada de ningún modo la situación procesal o sustancial del reo. Lo anterior significa que los argumentos del impugnante giran en torno a un aspecto no esencial de la decisión, por lo que no se justifica acoger sus pretensiones. Por último conviene aclarar que en el fallo sí se exponen las razones por las que se les concedió plena credibilidad a las menores agraviadas, siendo que el dicho proceso axiológico no se aprecia vicio lógico alguno (sic). En relación con K., los juzgadores —con base en los principios acusatorios de inmediación, oralidad y continuidad— la apreciaron como "... una joven formal, fluida en su relato, que muestra llanto y angustia ..." (folio 168 vuelto, líneas 23 y 24), siendo que su dicho fue corroborado por su hermana H. (folio 169 frente, líneas 3 a 7), quien siempre suministró una versión clara del hecho, la que a su vez fue avalada por K. (folio 169 vuelto, línea 6 en adelante). Por otra parte, si bien —como lo afirma el impugnante— las menores señalaron en juicio que los hechos en su perjuicio ocurrieron cuando ellas cursaban el tercer y el quinto grado de la escuela, no debe perderse de vista que las mismas siempre insistieron en que los abusos se dieron *en muchas ocasiones*, siendo que la fecha de una de dichas agresiones fue ubicada por ambas partiendo (como punto de referencia) de la operación que se le practicó a su madre (folio 168 vuelto, línea 22 en adelante; y folio 169 vuelto, línea 6 en adelante). Además, ninguna de las dos hermanas mayores de las agraviadas (Y. y M.) tampoco logra suministrar una fecha categórica, por cuanto lo que ambas corroboran es que su madre sí fue operada "*...hace unos cuatro años...*" (folio 170 frente, línea 13), a partir de lo cual es el propio tribunal quien concluye que la acción ilícita por la que se condenó al acusado fue ejecutada en 1993 (folio 170 vuelto, línea 3 en adelante). Al relacionar esta información con el dato preciso que se obtuvo con el oficio de folio 234, en el sentido de que en realidad la señora B.Ch.A. fue operada entre el 26 y el 31 de julio de 1991, se determina que aún incluyendo hipotéticamente el dicho de ambas ofendidas, en cuanto a que fueron agredidas cuando cursaban el tercer y el quinto grados de la escuela (es decir, en 1993), ello en nada afectaría las conclusiones del tribunal de mérito. Para concluir lo anterior debe tomarse en consideración que tales hechos podrían referirse a otras de las muchas ocasiones en las que también fueron abusadas las hermanas Ch., por lo que no existiría contradicción alguna que desmereciera su dicho. Según las razones expuestas, se declara sin lugar la queja."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 15 de las 15:10 h del 7 de enero.

37. IMPUTADO. Obligación de comunicarse e informarse del proceso con su defensor.

"La acción que se formula, en ninguno de sus aspectos, resulta atendible. La situación que describe el impugnante en el primer punto, no configura un incumplimiento de deberes del profesional en derecho asignado en su representación. Quien mostró desinterés y desatendió el proceso fue el propio acusado, pues no obstante saber que en su contra se seguía una investigación jurisdiccional por el delito de violación, sencillamente se desentendió del asunto como si no existiera, a tal punto de que no vuelve a tener noticia de ello hasta el momento en el que es detenido en virtud de haber sido declarado rebelde. Si bien es cierto el defensor público debe informar periódicamente a su patrocinado acerca del estado de la causa que se tramita, es lo cierto que para que ello sea posible se requiere de la mínima diligencia de parte del acusado, quien debe cooperar presentándose regularmente a la oficina de dicho profesional a tales efectos, y no esperar a que sea este último quien lo haga salvo que estuviere detenido. Resulta absurdo, como lo pretende el impugnante, que se le exija a los defensores de oficio que —en todos aquellos casos en los cuales el encartado se aleja y se desentiende por completo del proceso— deban buscarlo donde esté a fin de explicarle qué ha venido ocurriendo con la investigación. Diferente es la situación que se presenta cuando el acusado es privado de su libertad, en cuyo caso sí debe el referido letrado visitarlo a fin de cumplir con la debida información a que aquél tiene derecho. En el caso que nos ocupa la situación que describe el reo no constituye ninguna irregularidad que venga a deslegitimar la decisión, por cuanto la falta de comunicación y de información que acusa no es atribuible más que a él mismo. En efecto, de las constancias del expediente se colige que el convicto fue indagado el 17 de agosto de 1994 (folio 9), y que no vuelve a tener contacto con este asunto hasta el 30 de diciembre de 1996 cuando quedó detenido a la orden del Tribunal Superior Penal de Limón,

sección segunda (ver boleta de folio 62 vuelto), al habérsele declarado —en estricto apego a la normativa procesal vigente— en rebeldía, ello con base en la información suministrada por el teniente S. de la Guardia Rural de Bataán, quien explicó que aquél "... *se marchó del lugar y se ignora su actual domicilio* ..." (folio 57 frente, líneas 4 y 5)."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 697 de las 9.15 h del 4 de junio.

38. INHIBITORIA. Es una garantía de objetividad e imparcialidad procesal.

"...conviene acotar que las diversas causales de inhibitoria o recusación no deben considerarse como un obstáculo al ejercicio normal de las funciones judiciales, sino que, por el contrario, se revelan como una garantía establecida en favor de los intervinientes del proceso para que, con carácter preventivo, se propicie la imparcialidad del funcionario, y con la de él, la del órgano competente que integra. De ahí la constante vigilancia que, en primer lugar, debe tener el funcionario respecto al cual concurra alguno de los supuestos, para inhibirse en tiempo y forma, y en segundo término, su obligación y la del juez tramitador respectivo de advertir la inhibitoria decretada a fin de evitar vicios como el demostrado. Conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que: "...*La inobservancia de las disposiciones invocadas por el recurrente deben entenderse prescritas bajo pena de nulidad, conforme al artículo 145 inciso 1) de ese mismo cuerpo legal, y la misma debe ser incluso declarada de oficio, según lo dispone el artículo 146 párrafo segundo ibídem, toda vez que dicha nulidad implica la violación de garantías constitucionales y de derecho internacional establecidas en favor del imputado para que éste sea juzgado por una autoridad competente, independiente e imparcial (artículo 39, 41 y 42 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica»)*..." (V-131-F-92, de las 8:40 horas del 24 de abril de 1992). Esta garantía de imparcialidad y objetividad constituye una verdadera manifestación de la independencia del juzgador en el caso concreto, y como tal debe ser tenida en cuenta en beneficio de todas las partes, especialmente respecto aquella con la que se relaciona la inhibitoria."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1276 de las 9.45 h del 24 de diciembre.

39. LECTURA DE LA SENTENCIA. Se debe realizar en la forma y dentro del tiempo fijado en la normativa procesal.

"El reproche contenido en el motivo que se entra a analizar es de forma, y se refiere al quebranto de los artículos 107, 395 inciso 5), 396 párrafos 1, 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales (1976), en relación con el 400 inciso 6) del mismo texto. Alude a la prescindencia hecha por el tribunal de mérito de la lectura de la sentencia en el plazo legal respectivo, y que se firmó tres días después de la fecha en que debió ser leído el documento. Se admite el reclamo. Consta de los autos que el debate fue concluido por el Tribunal a las diecinueve horas del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho. La lectura de la parte dispositiva se ordenó realizar a las once horas treinta minutos del día siguiente ("estando en ello de acuerdo las partes que no se oponen") v. f. 720 vto., líneas 22 a 24, e integralmente a las diecisiete horas del veinticuatro de agosto del mismo año (f. 723 vto.). Es el caso que al veinticinco de ese mes aún la sentencia no se encontraba redactada (cfr. constancia f. 738 fte.), y no es sino hasta el día veintisiete que el cojuez Licenciado... procedió a rubricarla (así, constancia f. 737 vto.). Además, se impuso del fallo al Ministerio Público y a las partes el día veintisiete del mes citado, por medio de notificación escrita (a la actora civil por facsímil), conforme se observa en las actas y constancia de folio 738 vto. De lo anterior se concluye que para la fecha dispuesta para la lectura total del documento sentencia (veinticuatro de agosto), ni siquiera éste se encontraba redactado, y menos firmado por la totalidad de los jueces integrantes del Tribunal. El anterior es un defecto absoluto por cuanto no se trata de una firma tardía de la sentencia, ni tampoco de la situación de inasistencia de uno de los jueces a la lectura oral del fallo, yerros que eventualmente podrían haberse subsanado. Tampoco ese trascendental acto de la lectura se suplió con leer, al menos provisionalmente, un *borrador* de la sentencia, a los fines de enterar a los interesados acerca de los argumentos tomados en cuenta por el Tribunal, en el pronunciamiento definitivo, pues inclusive se observa que no se está ante un asunto de excesiva complejidad que así lo ameritase. La concentración y continuidad son elementos intrínsecos del debido proceso. Constituyen, sin duda, una garantía para evitar las posibles interferencias de los jueces en el plazo que corre entre la clausura del debate y el pronunciamiento mismo. Consustancial también a esos actos es que el dispositivo deba emitirse sin solución de continuidad, de manera que la notificación a los interesados sea de inmediato al trámite deliberativo. Obsérvese que la continuación y concentración del debate exigen que terminada la audiencia, *inmediatamente* el Tribunal, *bajo pena de nulidad*, pasa a deliberar (Art. 392 C.P.P. 76), e *inmediatamente* también, debe redactar y firmar la sentencia, para que "en seguida" se constituya en la sala de audiencias para dar lectura al fallo (Art. 396 ibídem). Sólo por excepción podrían los jueces diferir el fallo para ser dictado, eso sí, dentro de los tres días siguientes al cierre del debate, en cuyo caso sólo leerían la parte dispositiva. Los juzgadores se acogieron a una de esas excepciones, pero no cumplieron con la obligación de proceder a redactar, firmar y notificar la sentencia conforme a las anteriores previsiones. El fallo no sólo no se leyó en el plazo legal, sino que, cuando se hizo, fue por acta de notificación escrita a la mayoría de los intervinientes, y por facsímil a uno de ellos, lo que no está contemplado dentro de los cánones legales que exigen la lectura —por tanto oral— efectiva de la sentencia. Véase, en abono a lo anterior, que si alguno de los interesados no concurre a ese acto, se entiende por cumplida válidamente la notificación (párrafo final de la última norma citada), circunstancia, por demás, no discutida en este caso. Por lo expuesto corresponde acoger el reclamo y declarar nula la sentencia y

el debate que le dio origen. Deben reenviarse las diligencias para ser sustanciadas conforme a derecho."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 186 de las 9.00 h del 19 de febrero.

40. PLAZOS. Corren a partir del día siguiente a su notificación.

"Analizado el expediente, según lo que establece el artículo 445 del Código Procesal Penal de 1996, los suscritos magistrados consideran que el recurso de casación interpuesto por la Licenciada L.F.A., defensora particular de E.A.C., debe ser declarado inadmisible, toda vez que su presentación fue extemporánea. En este sentido, véase que la lectura integral del fallo, así como su notificación, se realizó a las doce horas del día veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, diligencia a la cual habían sido convocadas las partes desde el día diecisiete de diciembre anterior. En consecuencia, el vencimiento para la interposición del recurso de casación respectivo lo era el día veintidós de enero del año en curso, pues en dicha fecha se cumplían los quince días que se han establecido para su presentación. Sin embargo, tal y como consta en la anotación de recibido de folio 187, el recurso en mención se presentó el día veinticinco de enero, es decir, una vez que el plazo previsto por ley había vencido, lo cual constituye una presentación tardía de la impugnación. Por otra parte, carece de importancia el hecho de que el día venticuatro de diciembre citado se trabajara hasta las doce horas, según lo acordado por Corte Plena en el **Artículo XXVII,** de la **Sesión Nº 32-98** de las trece horas treinta minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, dado que la hora y fecha fijada para la lectura integral del fallo (notificación), eran conocidas con anticipación por todas las partes (folio 133, líneas 2 a 7)). Asimismo, el que se estableciera por el acuerdo citado que estarían cerradas las oficinas del Poder Judicial —en todo el país— después de las doce horas de ese día (asueto parcial), no significa que los plazos correspondientes no empezaron a correr a partir del momento respectivo, dado que el artículo 167 de la normativa citada señala claramente que ***"Los plazos individuales correrán desde que comienza el día siguiente a aquel en que se efectuó la notificación al interesado; los plazos comunes, desde el día siguiente a la última notificación que se practique"***. En otras palabras, el plazo para la interposición del recurso comenzó a correr a partir del siguiente día hábil a la lectura de la sentencia, o sea, a partir del lunes cuatro de enero de mil novecientos noventa y nueve. En consecuencia, no es aplicable la situación excepcional de una presentación tardía, admitida por esta Sala, motivada por una modificación en el cambio de horario de la atención al público, circunstancia en la cual por —un desconocimiento real— las partes no han tenido la oportunidad de presentar sus escritos durante el plazo previsto (Voto Nº 113-A de las 10.45 horas del 11 de octubre de 1996). Aspecto que incluso se viene a regular en el nuevo Código Procesal, al permitirse la reposición del plazo cuando se esté ante alguna de las hipótesis del artículo 170, en donde se dispone que: ***"Quien no haya podido observar un plazo por causa no atribuible a él o por un acontecimiento insuperable, podrá solicitar su reposición con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley"***. Por lo antes expuesto, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por la Licenciada L.F.A. por extemporáneo (art. 447 del C.C.P.)."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 430 de las 9.23 h del 16 de abril.

41. PRESCRIPCIÓN. Naturaleza procesal del instituto. Reglas para su aplicación en la nueva normativa procesal.

"También se reclama que los términos, condiciones y circunstancias de la prescripción debieron ser examinados, en la sentencia de sobreseimiento parcial recurrida, a la luz del Código Procesal vigente. Para dilucidar lo relativo a la legislación aplicable (si la penal o la nueva procesal), tratándose de prescripción, esta Sala efectuó consulta preceptiva ante la Sala Constitucional, la que en resolución 4397 de 16.06 horas del 8 de junio de 1999, en lo que interesa dispuso: «Se evacua la consulta formulada en el sentido de que las reglas de la prescripción de la acción penal deben aplicarse según las definidas en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, Ley número 7594 de veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, que no son inconstitucionales». Los fundamentos de tal conclusión, resumidamente, consisten en que: **A)** Como ya lo había establecido esa Sala Constitucional (sentencia 5821-98 de 15:54 horas de 12 de agosto de 1998, «los transitorios I y II del Código Procesal Penal, en cuanto determinan que los procesos penales en los que se haya dictado auto de prórroga o de elevación a juicio deberán regirse conforme a las reglas procesales del Código de Procedimientos Penales que se deroga, y remite a las reglas de la prescripción del Código Penal de mil novecientos setenta en esos casos, no resultan violatorios de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de la aplicación de la norma penal más favorable», considerando que «por ello es que los nuevos códigos procesales contienen disposiciones transitorias que regulan la transición entre el régimen procesal anterior (derogado) y el nuevo sancionado». **B) «Que la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal** que adopta el Estado a través del órgano competente para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación»; **«que no existe un derecho constitucional a la prescripción»** y que «la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa **a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no».** En síntesis, **«la regulación de la prescripción de los delitos es un asunto de política criminal de resorte exclusivo del legislador, y que la Asamblea tiene amplias potestades para establecer los parámetros que en esa materia, cumplan en su criterio, las exigencias que en el ámbito social condicionan su ejercicio».** (El destacado es original). **C)** «Que las reglas de la prescripción de la acción penal son de carácter eminentemente procesal por dos

razones importantes; en primer lugar, porque su regulación se ubica en el Código Procesal Penal, codificación que tiene un carácter eminentemente instrumental en lo que se refiere a la aplicación del derecho de fondo, como se indicó anteriormente; y en segundo lugar, porque por sí misma, la prescripción implica un límite a la potestad punitiva del Estado, que se aplica a modo de sanción (procesal) a consecuencia de la inactividad procesal en un determinado plazo, según se analizó, teniendo como consecuencia que conlleva una extinción de la acción penal, que es un instituto también de carácter procesal, ubicado en el Código Procesal Penal». **D)** Que con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, «se dejó subsistente la aplicación de la legislación procesal anterior (Código de Procedimientos Penales) para un grupo de asuntos que estaban pendientes en ese momento, según disposición del Transitorio I, en los que se hubiere dictado auto de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria, **y por interpretación jurisprudencial, la citación a juicio en los delitos de acción privada»** (el destacado es suplido). **E)** «En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por tanto tiene rango constitucional...Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos...Este principio es regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal...Debe agregarse que el principio de la norma penal más favorable se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el juez —necesariamente— optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso por la que se despenaliza la conducta...En virtud de lo dicho, necesariamente debe concluirse que este principio constitucional (norma penal más favorable), no puede aplicarse en forma retroactiva en relación con las normas procesales». **F)** En torno a la indivisibilidad del régimen de la prescripción, se determinó que «si el principio de la norma penal más favorable es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, consecuentemente, no se puede aplicar a las reglas de la prescripción de la acción penal. De esta suerte, lo propio es aplicar las reglas de la prescripción con fundamento en el sistema procesal bajo el que se rige, según lo dispuesto en los transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, disposiciones que también son de naturaleza procesal por excelencia...Cada régimen procesal debe mantenerse incólume e indivisible, por cuanto la política del legislador al establecer una visión jurídica de los hechos humanos busca la uniformidad, la coherencia y la sistematicidad del instituto, para lograr los fines propuestos por el legislador ordinario. De esta manera, no pueden combinarse elementos de la prescripción de un sistema y otro, así por ejemplo, no puede aplicarse lo correspondiente a la reducción del plazo que contiene la nueva legislación a una legislación que no la tenía, porque permitirlo implicaría la quiebra del sistema, en violación del principio de seguridad jurídica, ya que en la práctica existirían tantos sistemas como opciones imaginables posibles se puedan hacer. De esta suerte, también se protegen los principios constitucionales de la irretroactividad de la ley y tutela judicial efectiva». **G)** «Las reglas de la prescripción de la acción penal respecto de las causas pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva legislación procesal penal...están claramente definidas y predeterminadas en lo dispuesto en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal...disposiciones que con anterioridad este Tribunal determinó que no resultan inconstitucionales (sentencia número 02346-98, supracitada); de manera que no hay lugar a dudas de cuál es el sistema de la prescripción de la acción penal que se debe aplicar en los casos pendientes a la fecha de entrada de la nueva normativa procesal penal: los asuntos tramitados conforme al Código de Procedimientos Penales prescriben conforme a las reglas establecidas en el Código Penal (artículos 80 y siguientes), y las que se tramitan conforme a las nuevas reglas procesales, prescriben según las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal, en cuyo caso los términos comienzan a correr el día en que entró en vigencia esta legislación, según lo dispone de manera clara el transitorio II. del Código Procesal en comentario al señalar: «El plazo de la prescripción de la acción penal en las causas pendientes en los tribunales, a las que se aplicará este Código, comenzará a correr a partir de la vigencia de este último (...)»; medida que además de legítima es lógica, pues mal podría exigirse una adecuación de la actividad procesal con normas que no se encontraban vigentes al momento de realizarse». En el caso en examen, debe tenerse en cuenta que este proceso se inició por querella en enero de 1996, y se tramitó bajo las normas del Código de Procedimientos Penales durante dos años, en el curso de los cuales se dictó citación a juicio y hasta se hizo señalamiento para debate, y es en virtud de lo anterior que es el Transitorio I del actual Código Procesal Penal el aplicable al caso, como correctamente lo hicieron el Juzgado Primero Penal de San José, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José y el Tribunal Superior de Casación Penal. Al entrar en vigencia el Código Procesal, para los efectos de la prescripción, el término transcurrido desde que se consumó el hecho acusado hasta que se presentó la respectiva excepción, opera en favor del querellado, pues si bien no existe «un derecho constitucional a la prescripción», este instituto «actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no». Las disposiciones de los artículos 80 y 83 del Código Penal, que el recurrente acusa como violadas por errónea aplicación, constituyen la normativa que al caso corresponde, por cuanto el Transitorio Primero del Código Procesal —ya citado—, suspende la vigencia de ese cuerpo legal para los procesos en que, al entrar a regir la nueva normativa, tengan auto de elevación a juicio o prórroga extraordinaria, o bien, como en el caso, su equivalente, la citación a juicio, según la resolución transcrita de la Sala Constitucional. Lo anterior se complementa con el Transitorio II del indicado Código Procesal, el que expresamente ordena que «para las causas que deban continuar su tramitación con las normas del Código de Procedimientos Penales de 1973, regirán las disposiciones sobre prescripción previstas en el Código Penal de 1970», todo lo cual permite concluir que no existe el vicio que se acusa en este motivo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 891 de las 9.15 h del 19 de julio.

42. PRESCRIPCIÓN. Carácter procesal de las normas que lo regulan, razón por la que no constituye ley más favorable.

"En principio, conviene aclarar que en materia procesal la ultractividad y la retroactividad de las normas, se determinan por razones de política criminal que el legislador estima convenientes en una conyuntura histórica preestablecida y no bajo consideraciones sustantivas en cuanto a lo apropiado o no de la legislación, en pro de los intereses particulares de los encausados. Por ello, no resulta ni ocioso, ni desacertado —como erróneamente entendió el a quo— establecer que el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, rige únicamente respecto a las normas de fondo y no en cuanto a las del procedimiento. En efecto, así lo ha establecido esta Sala, al indicar que: "... [el] gestionante, (...) pretende se aplique retroactivamente disposiciones contenidas en la nueva ordenanza procesal penal, lo que es manifiestamente improcedente, ya que cuando el Código de rito se refiere a que, el: "... hecho encuadre en una norma más favorable...", está delimitando este supuesto de revisión a la ley sustantiva y no a la procesal, porque solo respecto a la primera es dable hablar de encuadrar o subsumir un hecho en la norma respectiva. Así, ni el Código Procesal Penal, ni los diversos institutos que regula, pueden considerarse como ley más favorable, a efecto del procedimiento de revisión (consultar de esta Sala Votos # V-435-98, de 8:34 horas del 15 de mayo de 1998 y # 1.105-98, de 8:35 horas del 20 de noviembre de 1998). En este mismo sentido, se ha explicado que: "*... II.- El numeral invocado por el gestionante (Art. 408 inciso e) del Código Procesal Penal), cuando se refiere a la* ***norma más favorable,*** *no abarca los supuestos de leyes procesales promulgadas con posterioridad a la sentencia que, a juicio del encartado, puedan resultarle más beneficiosas, sino que, la revisión procederá cuando después de la condena, sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados evidencien, entre otros, que el hecho cometido encuadra en* ***una norma penal*** *más favorable. En este sentido, tal y como lo ha señalado jurisprudencia reciente de esta Sala: "...No basta, para que proceda este supuesto de revisión, con que se alegue una subsunción diversa y favorable, sino que es menester que el gestionante ofrezca y acredite nuevos hechos o nuevas pruebas que justifiquen aplicar otra norma. En todo caso, tal y como queda dicho, la ley a la que se alude, necesariamente debe ser la sustantiva y no la procesal, porque solo respecto a aquella es posible hablar de "subsumir" o "encuadrar" un "hecho" en una norma más ventajosa. La correcta delimitación de lo que es "una ley más favorable" debe apreciarse en el caso concreto, pero partiendo —siempre y esencialmente— de los hechos y de las pruebas nuevas, y puede consistir en que la norma que resulte aplicable contenga una pena menor en relación con la de la norma aplicada en la sentencia de mérito, o que implique la concurrencia de una causa de antijuridicidad o de inculpabilidad, o bien, que permita disminuir (por ejemplo, la tentativa. —Arts. 24 y 73 Código Penal—, y la complicidad —Arts. 47 y 74 ejúsdem— o excluir la penalidad (verbigracia, el indulto (Art. 90 C.P.), el matrimonio del condenado con la ofendida (Art. 92 C.P.), o el perdón judicial). También los hechos o la prueba nueva invocada pueden servir para demostrar que se aplicó erróneamente una circunstancia de agravación, o que no declaró una circunstancia atenuante..."* (V-436-98, de las 8:36 horas del 15 de mayo de 1998)..." (Voto # 540-98, de 8:52 horas del 12 de junio de 1998). La anterior interpretación es congruente, no sólo con la normativa procesal citada, sino que encuentra sólido sustento en el hecho de que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, ha sido concebido en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos —refrendados por Costa Rica— como una garantía sustantiva. En efecto, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Ley # 4.229 de 11 de diciembre de 1968), artículo 15.1º, como en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada mediante Ley # 4.534 de 23 de febrero de 1970), se indica que si con posterioridad a la comisión del ilícito la ley faculta imponer una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. De esta forma, resulta claro que en concordancia con el artículo 12 del Código sustantivo, la sucesión en el tiempo de leyes sancionatorias más favorables a los intereses del justiciable, se conoce mediante gestiones de revisión del fallo (artículo 408 inciso e) citado). Por su parte, las variaciones legislativas de las normas procesales, son resueltas por el mismo legislador, quien a efecto de evitar problemas en la aplicación temporal de diversas leyes, implementa los denominados "Transitorios", como mecanismos propiciatorios del paso ordenado de un cuerpo normativo hacia el que lo sucede, de ahí que en el caso concreto, en cuanto a aplicación de leyes procesales en el tiempo, hay que atenerse tanto a lo preceptuado por el mismo Código de rito, como a lo establecido en la legislación complementaria —en este caso, Ley de Reorganización Judicial # 7.728 de 15 de diciembre de 1997—. (En ese orden, consultar los siguientes votos de esta Sala: # 410-99 de 9.40 horas del 9 de abril de 1999 y # 473-99, de 9.45 horas del 23 de abril de 1999)..." (Voto # **580-99,** de 11.16 horas del 14 de mayo de 1999). En el mismo sentido, por el valor intrínseco del pronunciamiento y por ser vinculante erga omnes, se transcribe —en lo conducente— una sentencia de la Sala Constitucional relativa al tema de la prescripción y el Derecho transitorio: "*... Varios son los elementos que deben hacerse notar respecto de la prescripción de la acción penal —ya señalados con anterioridad en la jurisprudencia constitucional—, que ayudan a conformar una idea respecto de este instituto jurídico. Primero, que* ***la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal*** *que adopta el Estado a través del órgano competente para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación. Segundo, que* ***no existe un derecho constitucional a la prescripción,*** *sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean* ***razonables y estén definidos y limitados por la ley.*** *Tercero, que la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa* ***a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no.*** *Lo anterior se indicó en sentencia número 04432-97, de las diecisiete*

horas treinta y tres minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete (...) Con fundamento en lo anterior, es que debe concluirse que las reglas de la prescripción de la acción penal son de carácter eminentemente procesal por dos razones importantes; en primer lugar, porque su regulación se ubica en el Código Procesal Penal, codificación que tiene un carácter eminentemente instrumental en lo que se refiere a la aplicación del derecho de fondo, como se indicó anteriormente; y en segundo lugar, porque por sí misma, la prescripción implica un límite a la potestad punitiva del Estado, que se aplica a modo de sanción (procesal) a consecuencia de la inactividad procesal en un determinado plazo, según se analizó, teniendo como consecuencia que conlleva una extinción de la acción penal, que es un instituto también de carácter procesal, ubicado en el Código Procesal Penal. (...) ***I.- DEL PRINCIPIO LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL MÁS FAVORABLE.*** *En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho) (...)****II.- DE LA INDIVISIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN.*** *Sin embargo, es importante anotar una serie de consideraciones en relación con la interpretación de cómo deben aplicarse las reglas de la prescripción de la acción penal y la normativa en cuestión, en virtud del conflicto de leyes que se ha planteado, ya que algunos operadores del derecho propugnan por que se aplique un componente de un sistema prescriptivo (de la legislación anterior —derogada—) con parte o elementos del nuevo régimen, en aplicación del principio de la norma penal más favorable. Primero: Si el principio de la norma penal más favorable es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, consecuentemente, no se puede aplicar a las reglas de la prescripción de la acción penal. De esta suerte, lo propio es aplicar las reglas de la prescripción con fundamento en el sistema procesal bajo el que se rige, según lo dispuesto en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, disposiciones que también son de naturaleza procesal por excelencia. (...) de manera que no hay lugar a dudas de cuál es el sistema de la prescripción de la acción penal que se debe aplicar en los casos pendientes a la fecha de entrada de la nueva normativa procesal penal: los asuntos tramitados conforme al Código de Procedimientos Penales prescriben conforme a las reglas establecidas en el Código Penal (artículos 80 y siguientes), y las que se tramitan conforme a las nuevas reglas procesales, prescriben según las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal, en cuyo caso los términos comienzan a correr el día en que entró en vigencia esta legislación ..."* (Así, Voto **# 4397-99,** de 16.06 horas del 8 de junio de 1999. Hay Voto Salvado del Magistrado Piza E.). Según se aprecia, en el Derecho transitorio, el legislador ha diseñado un sistema provisional y diferenciado, según el cual, para establecer el régimen de prescripción a aplicar en cada causa pendiente a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996, deberá —en primer lugar— determinarse claramente cuál de los códigos rituales debe aplicarse en la especie. De esta forma, únicamente en los procesos en que a la entrada en vigencia de la nueva legislación, se hubiere dictado auto o providencia de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria —aunque no estuvieran firmes— (Transitorio I del Código Procesal Penal y Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial # 7.728 del 15 de diciembre de 1998), así como en las causas por delitos de acción privada en que se hubiera citado a juicio (según Voto **# 4.397-99,** de 16.06 horas del 8 de junio de 1999), deberían —inexorablemente— seguir tramitándose conforme los lineamientos del Código de Procedimientos Penales de 1973. En los ***otros asuntos,*** es decir, en aquellos en que la tramitación no hubiera alcanzado el estado procesal suficiente para haber dictado aquellas resoluciones, verbigracia, en las causas seguidas por Instrucción Formal en que no se hubiera dictado aquellos autos o providencias, o en querellas en que no se hubiera convocado a las partes para ofrecer prueba (citación a juicio), preceptivamente, las diligencias debieron actualizarse de acuerdo con el nuevo Código."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1236 de las 9.00 h del 30 de setiembre.

43. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La ampliación de la acusación durante el debate debe cumplir con lo dispuesto en el procedimiento ordinario.

"En la secuencia de actuaciones realizadas en la audiencia oral registradas en el acta respectiva, se aprecia que después de que la defensa solicitó aplicar el procedimiento abreviado y tras haber comprobado el a quo la aquiescencia del imputado y del Ministerio Público con tal medida, el Tribunal, de oficio, inquirió al Fiscal para que "corrigiera" la acusación, "... por cuanto existe un dictamen médico-legal que arroga como resultado que al ofendido las lesiones sufridas le dejó marca indeleble en el rostro, y le dejó una incapacidad permanente del 3% de pérdida de la capacidad general orgánica (sic)..." (confrontar acta de debate, folio 41, líneas 23 a 26). De este modo, se tuvo por ampliada la acusación y se expresó que la calificación jurídica sería robo simple con violencia sobre las personas en concurso material con lesiones graves (confrontar mismo folio, vuelto). Acto seguido, el imputado aceptó los cargos. Bien entendido el procedimiento descrito, significó una ampliación del requerimiento acusatorio. Por ello, a falta de norma expresa en el abreviado y por no ser incompatible con su naturaleza y principios, debió seguirse el rito establecido para el procedimiento ordinario (artículos 347 y 372 del Código Procesal Penal), pues la acusación se extendió a un hecho diverso al que ameritó la apertura a juicio. Esto cobra especial relevancia si se toma en cuenta que el acuerdo previo que motivó la abreviación del proceso, se refería a los hechos constitutivos del delito de robo simple con fuerza sobre las personas y no al hecho nuevo que integraba el delito de

lesiones graves, de ahí que para que tal hecho sirviera de base a la sentencia, no solo debió integrarse adecuadamente en la acusación, sino que, por la naturaleza del procedimiento abreviado, debió formar parte del acuerdo y para ello, necesariamente el Tribunal debió escuchar de nuevo la decisión de las partes, en aras de satisfacer las exigencias del debido proceso. Sin embargo, en el momento procesal oportuno la defensa no formuló oposición alguna, con lo que —se entediente— (sic) aceptó el procedimiento así realizado."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1241 de las 9.10 h del 17 de diciembre.

44. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El rechazo del rebajo de la pena y del beneficio de ejecución condicional de la misma se deben fundamentar.

"Como segundo agravio formal, con base en los artículos 1, 6, 9, 142, 363 inciso b), 369 inciso d), todos del Código Procesal Penal de 1996, se reprocha una falta de fundamentación en la fijación de la pena, pues no se consideró el porqué no se optó por la pena y el beneficio solicitados por la defensa. Lleva razón el recurrente en sus alegatos, por lo que el motivo es atendible. En efecto, a pesar de que —según se explicó en el anterior considerando— tanto el defensor como el propio acusado solicitaron que la pena pactada con el Ministerio Público fuera rebajada y se concediera el beneficio de ejecución condicional de la misma, los juzgadores no se pronunciaron al respecto, lo que constituye un vicio formal que atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa. Desde luego, conforme lo ha expuesto con anterioridad esta Sala, tratándose de un proceso abreviado, es obvio que en la mayoría de los casos la pena a imponer deberá ser la que solicitan las partes de común acuerdo, y el Tribunal sólo podría reducirla cuando estime que la pena pactada es excesiva en proporción a los hechos atribuidos, así como a sus circunstancias objetivas y subjetivas. Sin embargo, ello no significa que puedan eludir su deber de fundamentación cuando se les hace una petición adicional, pues lesionan los derechos de defensa de las partes. En virtud de ello, y sin que esta Sala emita criterio de fondo alguno sobre dicho extremo, se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en lo que respecta a la fijación del quántum de la pena y a la solicitud de condena de ejecución condicional, en relación con lo cual se ordena el reenvío para una nueva sustanciación conforme a derecho por parte del mismo tribunal."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 389 de las 9.58 h del 26 de marzo.

45. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El tribunal puede rechazarlo si se sustenta en un acuerdo espurio entre las partes.

"...si bien el tribunal está en el deber de buscar una solución concertada al conflicto que generó o fue producto de la acción presuntamente delictiva, ello no implica que deba limitarse a aprobar acuerdos que sean espurios, tanto por las circunstancias coaccionantes en que una de las partes se haya visto inmersa para proceder al aparente entendimiento, cuanto en admitir ficciones encaminadas a facilitar esa concordancia. Una de las ficciones más gruesas (y, como contravalor, eficaces para impulsar a la defensa a llegar a ese acuerdo), es la de simular calificaciones de menor gravedad que la en realidad correspondiente. Ante esta vicisitud, el tribunal está en la imposibilidad normativa de imponer una sanción mayor a la acordada (artículo 375 del Código Procesal Penal de 1996), aunque sí podría variar la calificación (siempre que no redunde en aquella pena mayor). En el caso inverso, una pena solicitada mayor a la que cabría, no hay impedimento alguno para que el tribunal imponga la verdaderamente respectiva. Sin embargo, no puede estimarse que, con el argumento de la titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público y/o querellante público, el tribunal deba permanecer inerme ante el fraude a la norma sustantiva, realizado en pro de una ventaja procesal. Ante estas hipótesis debe, en el último de los casos citados, recalificar los hechos acusados (y aceptados por el justiciable), aplicando la pena prevista (no la solicitada); mas en el primero, que es el de interés en esta causa, rechazar el acuerdo señalando la divergencia en la calificación y dejando abierta la posibilidad para que las partes lleguen a un nuevo entendimiento consonante con aquélla. Luego, si el tribunal rechazó el acuerdo por defectos en el tipo aplicado, no se apoyó en elementos que excedieron el requerimiento, dado que el uso de un arma en la acción del encartado para lograr el apoderamiento de la cadena sustraida al ofendido (y nunca recuperada), está contemplado en el punto 2) de la pieza acusatoria (folio 24 frente), cuando se acota que procedió a golpearlo en la cabeza con un frasco de vidrio. Por ello es que, considerar como factor excluyente el empleo del garrote posteriormente achacado, es innecesario, dado que el componente agravatorio ya estaba incluido en la imputación. Por último, si la mayoría del tribunal comentó que lo acusado podía ser constitutivo de un robo agravado, no lo hizo antevalorando la prueba (que no se había evacuado), sino confrontando lo requerido, que de ser cierto, según apreció en aquel momento la mayoría del a quo, como en efecto fue ulteriormente acreditado, no configuraban un robo simple, sino uno agravado; pero, para ello, es necesario el análisis que la recurrente recrimina, que antes que ilegítimo se torna natural en esas situaciones y hasta necesario para cumplir con el imperativo de correcta calificación aducido."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1112 de las 8:52 h del 20 de noviembre.

46. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El convenio debe respetar los hechos y la calificación correspondiente.

"...el Agente Primero Fiscal de San José formuló requerimiento de citación directa en contra del imputado T.B., atribuyéndole los siguientes hechos: "... *1.- El día ... la aquí ofendida ... fue interceptada por el aquí encartado ... quien en ese momento se hacía acompañar de otras dos personas desconocidas en autos, una de ellas menor de edad. 2.- Acto seguido el encartado y sus acompañantes, actuando de común*

y previo acuerdo, a sabiendas del carácter ilícito de sus actos y con la finalidad de apoerarse (sic) de manera ilegal de un bien patrimonial ajeno procedieron a halarle fuertemente a la ofendida una jacket de caracteristicas ignoradas en autos que la misma portaba, apoderándose ilegítimamente de la misma para acto seguido darse a la fuga con el provecho de su ilícito, siendo que ante esto la ofendida fue auxiliada por un sujeto no identificado en autos quien junto con la primera siguieron al encartado y a sus acompañantes mientras huían, siendo interceptados por efectivos de la Quinta Comisaría quienes detuvieron al encartado... no logrando recuperar la prenda de vestir de cita pues el imputado y sus acompañantes dispusieron de ella de manera no precisada en autos ..." (folio 21 frente, línea 17 en adelante). Este cuadro fáctico fue adecuadamente calificado por el funcionario que elaboró la acusación como constitutivo de un delito de **robo agravado** (artículos 213 inciso 3) en relación con el 209 inciso 7) del Código Penal), por cuanto la rapiña se cometió por **tres sujetos.** No obstante lo anterior, extralimitándose en sus facultades, la fiscal que atendió el debate, como parte del acuerdo para decidir la aplicación del procedimiento abreviado, estuvo anuente con la defensa en "recalificar" esta relación de hechos al delito de robo simple con violencia sobre las personas (artículo 212 inciso 3) de dicho código sustantivo), ello a pesar de que la base fáctica ya descrita no lo permitía. Posteriormente el tribunal de instancia avala este procedimiento del todo irregular, admitiendo el abreviado a sabiendas de que la recalificación jurídica no era procedente según la base fáctica acusada y según la propia confesión del imputado, lo acordado no sólo desbordaba las posibilidades de negociación que contempla la nueva normativa procesal, sino que —para soslayar el defecto de fondo en el que se incurrió con respecto a la adecuada calificación jurídica— arbitrariamente en sentencia varió los hechos descritos en la requisitoria, al tener por demostrado (no obstante que el endilgado se allanó a la acusación) que "... *la ofendida ... fue interceptada por el reo ... el cual le arrebató la jacket que consigo portaba. Acto seguido el encartado abandonó el sitio y trasladó el bien a un sujeto aún no identificado y definitivamente éste se lo llevó ...*" (folio 54, línea 8 en adelante), es decir, suprimió toda referencia a la participación de los otros dos sujetos en la delincuencia. En el procedimiento abreviado, las partes están legalmente imposibilitadas de transigir en cuanto a la adecuada calificación jurídica del hecho, pues tal aspecto no está comprendido entre los temas que pueden ser objeto de convenio..."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 37 de las 8:57 h del 15 de enero.

47. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Posibilidad del tribunal de rebajar en un tercio la pena aun cuando la pena acordada supera el mínimo fijado por ley.

"En primer término debe hacerse notar que no resulta atendible la tesis de los juzgadores según la cual en aquellos casos en los que —en virtud del procedimiento abreviado— se acuerde una pena superior al mínimo que prevé el tipo penal, no es posible que el Tribunal pueda reducirla en un tercio. Tal interpretación desborda la inteligencia del artículo 374 párrafo 2º del Código Procesal Penal de 1996, por cuanto ese extremo ni siquiera logra extraerse de su redacción. Cuando dicha norma señala que "...*Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio...*" no significa que si se acordó un monto superior a aquélla no sea factible tal disminución, pues el único límite que el artículo 375 párrafo 3º ibídem establece es que —si se condena— la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusados, por lo que, *a contrario sensu*, sí podría fijarse por debajo de ella. Desde luego, conforme se ha expuesto con anterioridad, el Tribunal debe en principio respetar el acuerdo de las partes en este sentido, y sólo cuando estime que la pena pactada es alta, según las circunstancias establecidas en el artículo 71 del Código Penal, podría reducirla sin saltar los mínimos legalmente autorizados, incluyendo la reducción del tercio."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 37 de las 8:57 h del 15 de enero.

48. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Obligación del tribunal de vigilar el acuerdo sancionatorio al que llegan las partes.

"Considera esta Sala que la disconformidad de la defensa es atendible porque en el presente caso no existe un acuerdo claro sobre la pena que ambas partes convinieron debía aplicarse. Mientras el Ministerio Público solicitó la imposición de una pena de cuatro años de prisión; el señor defensor solicitó la pena mínima, la cual estimó en un año y tres meses de prisión (ver folio 117 fte. del Acta de Comparecencia). Sin embargo, no consta en el Acta antes referida una indicación expresa de cuál fue el acuerdo final acerca de la pena a imponer, extremo que debió haber quedado absolutamente claro para el imputado, ya que conforme al artículo 375 párrafo tercero del Código Procesal —Penal—, si el Tribunal lo condenaba, la pena no podría superar la requerida por los acusadores, **de donde es posible establecer una obligación del tribunal de vigilar porque las partes lleguen a un acuerdo sobre el extremo sancionatorio, el cual debe hacerse constar en forma nítida en el acta correspondiente.** Tal como está redactada el "Acta de Comparecencia" no es posible examinar el aspecto sancionatorio del sub júdice, en el cual además concurren otros elementos que afectan el monto de pena finalmente establecida. El vicio que se detecta se produce al incumplir el tribunal a quo la mencionada obligación de vigilar para que se llegue a un acuerdo sobre la pena en el proceso abreviado."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1180-98 de las 8:45 h del 3 de diciembre.

49. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La aceptación del hecho debe ser expresa, libre, clara, inequívoca e indubitable.

"La norma contenida en el artículo 373 del Código de rito establece tres presupuestos esenciales para la aplicación

del abreviado, cuya concurrencia debe constatar el Tribunal: a) que el justiciable admita el hecho atribuido; b) que consienta someterse al procedimiento y c) que el Ministerio Público y, en su caso, el querellante, manifiesten su conformidad (a menos que la negativa de estos se funde en *"criterios del todo arbitrarios, subjetivos, irracionales o contrarios a derecho"*, conforme hizo ver la Sala en su voto 843-98, de 8.57 h de 4 de setiembre de 1998). La admisión del hecho por parte del acusado debe ser **expresa, libre, clara, inequívoca e indubitable**. Así lo exige el principio de necesaria demostración de culpabilidad contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política y que no significa otra cosa sino el estado de inocencia que ampara a toda persona acusada de cometer un hecho punible. Si dicha admisión de la conducta es un requisito necesario, aunque no suficiente para destruir aquel estado —en tanto deben concurrir otras probanzas de las que se infiera la responsabilidad del justiciable—, resulta claro que son ineficaces para obtener ese propósito el mero silencio del acusado o la ejecución de actos de los que pueda presumirse una aceptación tácita. Tampoco producirán ese efecto las declaraciones confusas, equívocas, que requieran ser interpretadas, o la aceptación parcial del hecho o aquélla referida solo a la aplicación del procedimiento. La propia ley señala la necesidad de que exista una acusación formal que describa con claridad las acciones atribuidas al imputado, con el fin no solo de circunscribir el objeto del proceso, sino también de que el último comprenda sin esfuerzos los hechos que habrá de admitir, al igual que la naturaleza y los efectos del abreviado, en cuanto importa una renuncia al juicio oral. Esta renuncia, sin embargo, no se extiende también al estado de inocencia, pues siempre pesa sobre el juzgador el deber de determinar si el hecho puede calificarse como delito y si concurren otros medios de prueba que permitan, con la certeza necesaria, atribuir su comisión al acusado. No se trata, en síntesis, de que el justiciable se allane a la pretensión punitiva, sino tan solo de una aceptación libre y voluntaria de haber realizado la conducta que se le endilga y por ello la condena no es un efecto ínsito al abreviado. Por las mismas razones, el Tribunal y el propio acusador deben velar porque la admisión del hecho se efectúe en las condiciones requeridas —a las que se viene haciendo referencia— para que sea válida y eficaz y, en caso contrario, rechacen o se opongan a la propuesta, evitando así que se vulnere el debido proceso."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1124 de las 9.50 h del 3 de setiembre.

50. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Se requiere tanto la aceptación de someterse a este procedimiento, como la aceptación de los hechos.

"En el presente caso, el Ministerio Público acusó a D.M.G. distintas conductas que fueron enunciadas como Violación calificada, corrupción y lesiones leves. Consta del acta de debate (folios 305 a 307) que al inicio de la audiencia la defensa propuso al Tribunal aplicar el procedimiento abreviado, con el consentimiento del justiciable y del Ministerio Público, pues se pactó con el fiscal una pena de quince años de prisión. Asimismo, el acta consigna que, al preguntársele al justiciable si admitía el hecho de haber penetrado analmente al menor David Vargas, este manifestó *"... Si yo acepto el hecho, tengo que decir que si a todo..." (sic, folio 306 vuelto)*. Sin embargo, tras escuchar el casete que registra los actos de la audiencia, observa la Sala que el a quo solo transcribió parte de la respuesta del encartado. En efecto, se obtiene de dicho medio de registro que cuando el juzgador que presidió el debate preguntó al acusado: *"¿Lo penetró, entonces, usted al niño Alex David?"*, el último respondió: ***"En la realidad no,*** *pero, a como le vuelvo a repetir, tengo que decir que sí, porque... no puedo negarme ahora... desde el asunto tengo que seguir diciendo que sí en todo"*. Es evidente que esa respuesta del indiciado no puede interpretarse siquiera como una admisión poco clara o confusa del hecho, lo que, en todo caso, habría debido provocar un rechazo de la solicitud, conforme se expuso en el Considerando anterior. Constituye más bien una expresa negativa, una inadmisión o rechazo de la conducta penalmente relevante que se le atribuyó. De las manifestaciones del justiciable se infiere su voluntad de someterse al abreviado, pero ella no es el único requisito exigido por la ley para que proceda la aplicación del procedimiento, el cual debió, por ende, ser rechazado, al menos en cuanto se refería a la conducta de comentario. Al acogerlo en estas condiciones, el a quo, en efecto, vulneró en forma grosera el debido proceso, pues impuso pena a una persona que no admitió el hecho que se le atribuía y sin que el fallo estuviese precedido por un juicio oral. La falta de aceptación de la conducta lleva a concluir que se lesionó el estado de inocencia que ampara al encartado y por ello no hubo la necesaria demostración de culpabilidad que exige la Constitución Política ni se respetaron los requisitos mínimos exigidos por la ley para fundar la condena. Así las cosas, se declara **con lugar** el reproche. Se declara parcialmente la nulidad del fallo impugnado y la audiencia que lo precedió **solo en cuanto se declaró a DANILO MORA GARCÍA autor responsable del delito de VIOLACIÓN CALIFICADA en perjuicio de A.D.V. QUIRÓS y se le impuso una pena de seis años de prisión.** Acerca de tal extremo, se ordena reenviar la sumaria a conocimiento del a quo para su nueva sustanciación, conforme a Derecho."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1124 de las 9.50 h del 3 de setiembre.

51. PROCEDIMIENTO CONTRA MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES. Compete al Fiscal General asumir personalmente la investigación.

"Dispone el artículo 394 del Código Procesal Penal: "*Cuando el Ministerio Público tenga noticia o se formule denuncia por un presunto delito, atribuido a alguna de las personas sujetas a antejuicio,* ***el Fiscal General practicará la investigación inicial*** *tendente a recabar los datos indispensables para formular la acusación o solicitar la desestimación ante la Corte Suprema de Justicia, según corresponda*". Por su parte, el inciso j) del numeral 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece, como deber y atribución del Fiscal General: ***"Practicar, personalmente, la investigación inicial*** *y solicitar lo que corresponda, intervenir en los juicios,* ***así como asumir todas las funciones que***

corresponden al Ministerio Público, *en los procesos penales seguidos contra los miembros de los Supremos Poderes y funcionarios equiparados.* ***En estos casos podrá hacerse acompañar de un fiscal".*** Estas normas no requieren de mayor interpretación, pues obviamente le está atribuyendo al Fiscal General la competencia exclusiva para realizar una serie de actos que tendrán eficacia dentro de un proceso penal, con relevancia probatoria, como podría ser lo que resulte de una diligencia de allanamiento, la obtención de evidencias, y en el caso particular incluso todo el despliegue de una actividad relativa al conteo de votos, que obligó a la contratación de peritos idóneos. Esas normas resaltan que la actividad procesal la realice en forma personal, y no autorizan la delegación en sus subalternos, pues lo único que se prevé es que pueda hacerse acompañar de un fiscal. A pesar de la claridad de las normas transcritas, en el presente caso el señor Fiscal General delegó en distintos fiscales auxiliares del Ministerio Público la ejecución de los actos de investigación fundamentales. Nótese cómo el primer acto suyo que consta en la causa (folio 36) consistió en designar a la licenciada S.H.S., Coordinadora de la Unidad de Delitos Varios del órgano acusador, "*...en la investigación...*" seguida contra los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, "*...para lo correspondiente*". Lo cierto, según consta a folio 37, es que se le remitieron a dicha funcionaria todas las actuaciones y la evidencia que constaba en ese momento en poder del Ministerio Público. Idéntica situación se presenta a folio 348, cuando se designó a la licenciada H. "*...para que colabore en la investigación...*" de una nueva denuncia formulada por el señor V.H.G.M., la cual se acumuló a las diligencias que se venían realizando. La solicitud para practicar allanamiento, registro y secuestro en la sede del Tribunal Supremo de Elecciones, no obstante corresponder a "*... instrucciones giradas por el Fiscal General Adjunto...*", fue planteada en forma verbal ante el Juzgado Penal de San José, por la licenciada H.S. (folio 38); y también correspondió a dicha funcionaria participar en ese acto, de indiscutible carácter judicial e investigativo, a pesar de que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso j) del artículo 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, citado, a lo sumo podía acompañar al Fiscal General, quien, sin embargo, ni siquiera asistió. La «entrevista» realizada al señor Á.A.M. —no obstante que fue la única persona a la que se le recibió declaración— estuvo a cargo, en forma exclusiva de la licenciada H. (folio 347), sin intervención alguna del Fiscal General. Lo anterior constituye sólo un ejemplo de las intervenciones de otros funcionarios del Ministerio Público, pues según se colige de las actuaciones, el Fiscal General se limitó a resolver solicitudes y quejas que formularon las partes, gestionar el auxilio de diversas oficinas, así como formular la requisitoria de desestimación, delegando en la licenciada H. y en otros fiscales auxiliares designados, todos los aspectos relativos al manejo de las evidencias (folios 104, 107, 142 a 146, 158, 182, 184, 190, 196, 200, 212, 221, 222, 224, 229, 231, 233, 236 a 245, 248 a 256, 261 a 269, 276 a 278, 281, 282), y la solicitud de dictamen pericial (folio 46). La Sala no reprocha el auxilio al que pueda recurrir el señor Fiscal General para ejecutar y completar de manera satisfactoria las investigaciones, tomando en cuenta los diversos asuntos que reclaman su intervención; pero sí que delegue en otros funcionarios los actos procesales que, en virtud de norma expresa, le compete a él realizar. Comprendemos que el Ministerio Público es un órgano muy complejo, con una gran cantidad de funcionarios, que requieren de una permanente actividad administrativa del Fiscal General, sin embargo, frente a un exceso de trabajo administrativo y otro de naturaleza procesal estimamos que debe dársele absoluta prioridad a las funciones judiciales, de manera que las administrativas puedan llegar a ser delegadas en otros jerarcas del Ministerio Público, como resultan ser todos los Fiscales Adjuntos que han venido a coadyuvar en la conducción administrativa de ese órgano, tanto en San José donde laboran varios en distintas especialidades, como en el resto del país en todos los circuitos judiciales. Estas observaciones se hacen, como indicamos, con el propósito de prevenir que en un futuro resulten actos que puedan llegar a ser inválidos cuando de ellos deriven elementos de prueba, por haber sido realizados por órganos sin competencia para ello."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 893 de las 9.25 h del 19 de julio.

52. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Resoluciones contra las que procede. El actor civil no está legitimado para formularlo.

"Vista la solicitud formulada por la actora civil O.M.P.R. para que se realice un procedimiento de revisión de la sentencia del Tribunal Superior, Sección Segunda, de Alajuela, Nº 217-95 del 1º de diciembre de 1995, procede declararla inadmisible, por cuanto no se satisfacen las mínimas condiciones formales, objetivas y subjetivas, dispuestas para este procedimiento especial. Teniendo presente que el artículo 42 de la Constitución Política prohíbe «reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión», para el presente caso deben considerarse las siguientes cuestiones. En primer lugar debe señalarse que, según el artículo 408 del Código Procesal Penal: «La revisión procederá contra las sentencias firmes y en favor del condenado o de aquél a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, en los siguientes casos...», mientras que en el presente caso, la sentencia cuestionada ni es condenatoria, ni impone alguna medida de seguridad o corrección, sino que —por el contrario— es absolutoria, tanto respecto a la acción penal (principal) como a la civil (accesoria), por lo que no se cumple un primer requisito objetivo de impugnabilidad. En segundo lugar, desde un punto de vista subjetivo, porque el actor civil no figura entre los sujetos legitimados que taxativamente enumera el artículo 409 de ese mismo texto legal, cuya intervención en caso como el presente, resulta inaceptable —debe agregarse— pues no demanda la revisión en favor del imputado sino en su contra."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 334 de las 9.25 h del 19 de marzo.

53. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Legitimación del Ministerio Público para interponerlo. Alcances.

"Si bien es cierto, de acuerdo con el principio de taxatividad subjetiva, el Ministerio Público está legalmente legitimado para interponer una demanda de revisión (artículo 409 inciso c) del Código Procesal Penal), también lo es, que en esa labor debe respetar los presupuestos legales para su procedencia, dirigiendo su acción contra una "sentencia penal firme" y no contra cualquier otra decisión, como sucede en la especie y además, la revisión debe establecerse en pro del "...condenado o de aquél a quien se le haya impuesto una medida de seguridad o de corrección..." (artículo 408 ejúsdem). De esto último deriva, que aun cuando en el fallo de instancia exista un defecto de procedimiento que ocasione indefensión al Ministerio Público, este órgano no está legitimado para invocar —por esta vía— la existencia del vicio y con ello, pretender se declare la ineficacia de la sentencia. Por ello, con fundamento en el principio de objetividad, los alegatos del ente acusador están supeditados a una pretensión ventajosa a los intereses del sentenciado, pues es en beneficio de éste que se ha instaurado el procedimiento revisorio (artículos 6 párrafo segundo, 63 y 180 del Código Procesal Penal). En consecuencia, por no reunir los presupuestos elementales para la procedencia de la demanda, lo pertinente **es declarar su inadmisibilidad."**

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 45 de las 9.35 h del 15 de enero.

54. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. La retractación de la ofendida puede obedecer a presiones del grupo familiar ante las dificultades económicas sobrevinientes.

"Analizada esta prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica, sobre todo al relacionarla con los elementos de convicción que sirvieron de base a la sentencia condenatoria que se impugna, es criterio de esta Sala que ***no*** nos encontramos ante la causal de revisión que regula el artículo 408 inciso e) del Código Procesal Penal de 1996, por cuanto la prueba nueva que se transcribe no hace evidente que el delito no existió o que el acusado no lo cometió. Para llegar a esta conclusión ha de tomarse en cuenta que la retractación que en esta vía ahora ofrece la menor ofendida, respaldada por su hermano, no resulta convincente, por lo que carece de toda credibilidad. De acuerdo con la experiencia, no es dable que unos menores de edad, por sí solos y sin la mediación de una persona adulta, tramen una historia como la que sirvió de base a la condenatoria, pues no sólo los datos que se aportaron normalmente no son manejados por ellos debido a su escasa edad, sino además porque resulta improbable que pudieran visualizar las consecuencias legales que ello acarrearía. Aunado a lo anterior, y como bien lo señala el representante del Ministerio Público al contestar la audiencia respectiva (folio 247, línea 17 en adelante), en la sentencia de mérito se consideraron varios elementos de convicción que dan cuenta de la efectiva existencia del abuso sexual denunciado, sobre todo el dictamen psicológico de folio 108 frente, donde se describen las secuelas creadas por el mismo. Además, en la práctica forense resulta frecuente que situaciones como las que se analizan se presenten, esto es, que luego de que el sistema penal ha intervenido para sancionar a un sujeto que incurre en agresiones sexuales domésticas, se den las presiones de parte de los demás miembros mayores de edad del grupo familiar a fin de revertir el estado de cosas, máxime cuando la estabilidad económica y afectiva se ven notoriamente menoscabadas por el encarcelamiento del ofensor. Un indicio de ello lo constituye la sincera y reveladora manifestación de L.F., quien explica que no quiere regresar a su casa ni desea ningún tipo de relación con su padrastro, siendo este un sentimiento típico de una persona víctima de este tipo de delincuencias. Dentro de este orden de ideas las declaraciones de L.V. y E.A.G. no vienen a influir de manera decisiva en el criterio exteriorizado por esta Sala, por cuanto no existe ninguna duda de que la retractación de los menores se dio, único extremo sobre el cual pueden dar fe."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1139 de las 11.00 h del 20 de noviembre.

55. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Procedencia. Sentencia inconciliable.

"De conformidad con la doctrina nacional que informa la materia, el procedimiento de revisión permite el reexamen de una sentencia condenatoria firme, a favor del sentenciado, en tres hipótesis de error judicial: a) Error en los hechos, b) Error en el derecho, y c) Otros supuestos especiales en que la sentencia es revisable aún y cuando no se trate de la existencia de error en los hechos ni en el derecho. Así son supuestos de error en los hechos los incisos a), b) y e); constituye una combinación de error de hecho o de derecho el supuesto previsto en el inciso c); son hipótesis de error de derecho los incisos d) y g); y no constituye supuesto de error en los hechos ni en el derecho la previsión del inciso f) en la que, existiendo una sentencia que ha apreciado correctamente los hechos y ha aplicado igualmente bien la ley, debe ser revisado en virtud de una normativa posterior más favorable. La causal de revisión contenida entonces en el inciso a) del artículo 408 C.P.P., tiene por objeto examinar la sentencia condenatoria firme, bajo la perspectiva de que se haya (o no) cometido un error judicial en los hechos. Queda asimismo establecido que el procedimiento de revisión sólo procede *a favor del condenado o de aquél a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección* y, en la mayoría de los supuestos —dado que hay que exceptuar los casos muy particulares previstos en incisos f) y g)—, este procedimiento tiene por objeto probar: a) Que el hecho (históricamente) no existió, b) Que el condenado no lo cometió, y c) Que el hecho encuadra en una figura más favorable. III. En cuanto al tema de interés, de conformidad con el tratadista costarricense Francisco Castillo González: "*Los hechos de la sentencia condenatoria firme deben ser comparados con los hechos de otra sentencia penal firme. Esta última debe ser una resolución que contenga una declaratoria sobre la existencia del hecho o sobre la responsabilidad del autor susceptible de adquirir cosa juzgada formal y material.*" (Castillo González; El Recurso de

Revisión en Materia Penal, p. 95). (El subrayado no es del original). En su análisis, este mismo autor expresa: *"Inconciliabilidad" es un concepto oscuro, en tanto que concepto negativo, que puede expresar simple contrariedad o verdadera contradicción. Una y otra pueden ser de carácter lógico o de carácter jurídico. La corriente doctrinal dominante parte de un concepto de "inconciliabilidad" de hechos de carácter lógico. Así, escribe Leone: "Inconciliabilidad significa absoluta imposibilidad de coexistencia de las dos reconstrucciones de hecho. Una no puede ser en presencia de la otra". Otros autores ponen de manifiesto que el fundamento de este caso revisorio es de orden ontológico y se apoya en el principio lógico de contradicción, conforme el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Esta opinión nos parece equivocada: ciertamente en los casos en que existe contradicción lógica entre dos construcciones de hecho, hay seguramente "inconciliabilidad" entre las mismas. Pero hay hechos de una sentencia condenatoria que son inconciliables con los de otra sentencia penal, sin que tales hechos estén en una relación de mutua negación, como requeriría la inconciliabilidad si se basara únicamente en el principio lógico de contradicción. Por otro lado, el criterio para determinar la inconciliabilidad, visto positivamente, es la posibilidad de que ambas declaraciones de culpabilidad contenidas en las sentencias, coexistan y ello se determina no conforme a criterios lógicos, sino conforme a criterios jurídicos, de carácter valorativo. Por tanto, la afirmación o negación de la "inconciliabilidad" de los hechos de la sentencia condenatoria con los hechos de otra sentencia penal debe hacerse conforme al contenido de ambas sentencias penales, y no conforme a las reglas lógicas propias del principio de contradicción. Así, por ejemplo, si el autor presunto de un hurto es absuelto por falta de pruebas, mientras que el cómplice presunto es condenado en otra sentencia penal, no hay contradicción lógica entre los hechos de la sentencia condenatoria del cómplice y los hechos de la sentencia absolutoria del autor, porque esta última no afirma que el hecho imputado no existió, sino que no se pudo establecer. No hay, por tanto, contradicción entre dos constataciones de hecho (A y no A), sino una inconciliabilidad de tipo jurídico, explicable por la accesoriedad de la participación criminal."* (Ibídem, pp. 99 y 100). (Los subrayados tampoco son del original). Resumiendo, según el criterio doctrinal al que nos adherimos, la inconciliabilidad de la sentencia condenatoria firme, respecto de otra sentencia penal absolutoria firme, —que es precisamente el caso que nos ocupa—, tiene que basarse en la contrariedad o contradicción lógica en relación con el fundamento que ha servido para tomar la decisión que interesa; debe además, referirse a la declaratoria expresa en esa sentencia condenatoria de que el hecho no existió o de que el condenado no participó en el hecho punible de que se trata. No hay entonces contradicción lógica si un primer fallo absuelve por duda a un autor y otro posterior condena por certeza a un coautor o partícipe en otra modalidad (complicidad o instigación). La contrariedad o contradicción sería de naturaleza "jurídica" que no invalida ninguno de los fallos en cuestión. IV. En el asunto que se está definiendo en esta sede, precisamente se trata de una segunda (en tiempo) sentencia absolutoria (Nº 113-98, dictada en el Tribunal de Juicio de Cartago, a las nueve horas treinta minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho) a favor de G.E.C., que en sentido estricto, pese a lo alegado por el accionante, no entra en contradicción lógica con una primera sentencia condenatoria (Nº 51-97, emanada del Tribunal Superior de Cartago, a las dieciséis horas veinte minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y siete) en contra del interesado M.H.M.A. Si se observa aquella resolución judicial, la señora E.C. fue absuelta porque, en criterio del juzgador, no se demostró "*...que la imputada participara en sustracción alguna realizada en contra del ofendido...*", ni se demostró "*...que ella procediera a intimidar al ofendido con el arma de fuego, ni se acreditó que ella le dijera...*". Con fundamento en esos "hechos no probados", la autoridad a cargo del caso inicia su fundamentación estableciendo que: "*Media en el presente asunto una duda que, siendo razonable...*" Como bien se observa, de tales pronunciamientos no puede extraerse que el hecho no existió o bien que el coimputado —objeto de la primera sentencia— no haya tenido participación en los hechos que se le endilgan, razón por la cual, la sentencia condenatoria aquí impugnada, no se contradice lógicamente con el fundamento de la absolutoria. Si en la sentencia 51-97 se tuvo certeza de la realización de los hechos y de la participación de M.A. en los mismos, tales determinaciones pueden perfectamente coexistir —lógicamente— con las dudas (no certezas) que explican y fundamentan la absolutoria de E.C.. Entra en juego entonces, en el tema propuesto, la posibilidad de existir una simple contradicción jurídica, dado el contenido valorativo que la actividad jurisdiccional y específicamente la aplicación del derecho conllevan, lo cual no invalida el juicio condenatorio que ha recaído en la sentencia aquí impugnada. Sin lugar el reparo. Los magistrados Chaves y González salvan el voto."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 503 de las 9.50 h del 30 de abril.

56. RECURSOS. Órgano competente para conocer de la admisibilidad.

"Al respecto, conviene hacer las siguientes acotaciones: En primer lugar, es claro que el nuevo código procedimental no contempla el recurso de queja como remedio procesal para reclamar —ante el ad quem— la errónea declaratoria de inadmisibilidad de un recurso de casación o de apelación de parte del *a quo*, tal y como sí lo establecían los numerales 486 a 489 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Esto es así, porque en materia de recursos, tanto en apelación como en casación, una de las novedades que introdujo la reforma, consistió en otorgar competencia para examinar los presupuestos de admisibilidad exclusivamente al Tribunal encargado de pronunciarse sobre el fondo de lo reclamado (artículos 440 y 447 Código Procesal Penal). Es claro entonces, que el órgano jurisdiccional que dicta una resolución susceptible de ser recurrida (por apelación o casación), debe limitarse a emplazar a las partes durante los términos pertinentes y una vez vencidos estos, remitir las actuaciones —sin dilaciones indebidas— a conocimiento del ad quem (artículos 439 y 446 ejúsdem). Por ello, es evidente que en los casos en los que el a quo deniegue el trámite de un recurso,

pronunciándose sobre cualquier aspecto de su admisibilidad, la parte inconforme debe gestionar lo pertinente ante el mismo Tribunal, porque en ese supuesto habría una irregularidad procesal que sólo podría enmendar tal autoridad, pues habiéndose eliminado el procedimiento de queja, esta Sala carece de competencia para revertir la decisión del a quo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 45 de las 9.35 h del 15 de enero.

57. RECURSO DE CASACIÓN. No constituye una doble instancia.

"El defensor público del encartado presenta procedimiento de revisión, basándose en los numerales 408 inciso g) del Código Procesal Penal, 42 de la Constitución Política y 8 párrafo 2° inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alega el promovente conculcación a las garantías del debido proceso, en razón de que la Sala de Casación denegó la concesión del beneficio de condena de ejecución condicional de la pena a su representado, pese a que declaró con lugar un motivo sustantivo que permitió la disminución de la pena impuesta a dos años de cárcel, siendo que el encartado era primario y reunía los requisitos necesarios para que se le concediera dicha gracia... II.- Si bien es cierto que el derecho a recurrir de un fallo, es una garantía para los imputados en nuestro Ordenamiento, la sede de casación no constituye técnicamente una doble instancia. Sin embargo, es parte integrante del proceso penal y brinda al sentenciado la oportunidad de dirimir sus agravios ante un tribunal calificado, con ello se cumple con las ordenanzas del derecho internacional que posibilitan el necesario control de legalidad de las sentencias. En el caso que nos ocupa no existe lesión alguna al debido proceso. En efecto, cuando la defensa interpuso el recurso de casación, solicitó al ad quem la concesión del beneficio del artículo 59 del Código Penal (cfr. folio 63). En respuesta a las peticiones del recurrente, la Sala de Casación declaró con lugar el recurso por quebranto de la ley sustantiva, rebajó la pena a dos años de prisión, pero no otorgó al justiciado el beneficio pedido. En realidad, aunque es comprensible la inconformidad de la defensa, dentro de las pretensiones expresadas por ésta en casación, nunca se solicitó el reenvío de la causa al tribunal de origen en caso de que se acogiera el recurso por el fondo, a fin de que éste ponderara la posibilidad de brindar la ejecución condicional; la defensa requirió de una vez a la Sala de Casación y de manera expresa para decidir el otorgamiento del beneficio, el cual no fue brindado. Pero más allá de las razones volitivas expuestas, procesalmente no se está negando al imputado la posibilidad de que un punto de su interés sea conocido por un tribunal especializado y desde esa perspectiva, de mayor jerarquía. Hipotéticamente hablando, si el encausado hubiese resultado condenado a dos años de prisión por el delito de abusos deshonestos y el tribunal de juicio le denegara el beneficio de marras, ¿a quién compete conocer de la casación que se plantearía en ese punto?, precisamente a la Sala III, quien a pedido de la defensa se pronunció legítimamente sobre un aspecto sometido a su conocimiento. El artículo 8 párrafo 2° inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reza literalmente "h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Resulta ostensible, que el sentenciado ejercitó este derecho en casación y fue precisamente el tribunal a quien le solicitó que justipreciara el extremo que nos ocupa, el que lo resolvió, solo que el resultado de dicho examen no favoreció los intereses del imputado. Quien juzgó este extremo, es precisamente el tribunal superior, a quien se refiere el numeral de la Convención Americana pre-indicada, por lo que se respetó el derecho de defensa y con ello, además el debido proceso fue cristalinamente observado".

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1224 de las 10.05 h del 11 de diciembre.

58. RECURSO DE CASACIÓN. Resoluciones contra las que procede. Requisitos mínimos para su interposición.

"En su libelo la recurrente hace una exposición de varias normas procesales que considera violadas en la resolución dictada por el Juzgado Penal de Cartago, visible a folio 28, la cual acogió la solicitud de desestimación formulada por el Ministerio Público, por considerar que los hechos denunciados no encuadran dentro de ningún tipo penal, sino que se trata de un asunto meramente contractual que debe ser discutido en sede civil y confirmada mediante el Voto Nº 155-99 del Tribunal de Juicio de Cartago, visible a folio 33. Fundamenta de forma errónea su Recurso, basándose en gran cantidad de motivos que no individualiza, por su parte en este proceso no existe sentencia alguna que permita la entrada en Casación. El artículo 444 del Código Procesal Penal establece claramente cuáles son las resoluciones recurribles en esta sede, ***«...solo se podrá interponer el recurso de casación contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el Tribunal de Juicio»***. Tal y como se desprende de los autos no se está en ninguno de los presupuestos para declarar admisible el recurso interpuesto. Por su parte debe analizarse que la desestimación, no produce cosa juzgada material, por lo que el procedimiento puede reabrirse cuando nuevas exigencias lo exijan, de acuerdo con lo establecido en el numeral 282 del mismo cuerpo de leyes. Además de lo expuesto, la recurrente no detalla los vicios concretos que han ocurrido, la esencialidad de los mismos, la fundamentación de la existencia de tales vicios, tampoco se hace la debida separación de cada agravio, lo que conlleva a que solo se expresen argumentos genéricos y cita de artículos, lo cual no sustituye la obligación de la recurrente de especificar, separar, y fundamentar debidamente cada agravio que se reclama conforme a la normativa aplicable. Por lo expuesto es evidente que no procede la casación en las resoluciones que acogen la solicitud del fiscal para desestimar la causa, únicamente es posible la apelación que fue rechazada por el Tribunal de Juicio. En consecuencia, se rechaza de plano el Recurso interpuesto por la recurrente."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 943 de las 10.20 h del 23 de julio.

59. REQUISA. Naturaleza y formalidades. Omisión de orden judicial previa no acarrea necesariamente su ineficacia.

"En la especie, el recurrente reclama la ineficacia probatoria de la requisa efectuada, pues al momento de realizarla no se le nombró previamente un intérprete y un defensor al justiciable y además, el acta se levantó en presencia sólo de oficiales de policía. Acerca de la requisa: Consiste dicho medio de prueba en el registro que efectúa la autoridad competente sobre el cuerpo o pertenencias de determinada persona, con la finalidad de descubrir y decomisar objetos relacionados con el delito, que bien pueden ser los medios empleados, el producto del ilícito o algún rastro que se oculte. Por la invasión que supone al ámbito de intimidad del sujeto pasivo, el Legislador rodea su práctica con una serie de formalidades, siendo entre ellas la más importante, que al momento de realizarla se cuente con algún indicio para suponer que se oculta algún objeto vinculado con el ilícito. En el Código de 1973 se exigía —para casos comunes— una resolución jurisdiccional fundada, pero en casos de urgencia, la misma Policía podía efectuarla (artículos 164, inciso 4) y 214). Por su parte, en el Código actual esa diligencia pueden realizarla el juez, el fiscal o la policía (artículo 190 C.P.P.). Subsiste, sin embargo, la limitación de hacerlas separadamente —si fueran varias las personas requisadas— y de resguardar el pudor de cada persona. A diferencia del Código anterior —que lo establecía como una posibilidad—, en el vigente se exige que la autoridad advierta a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado y la invite a exhibirla, evitando con ello la requisa. Así considerada, en la actualidad la requisa pueden realizarla diversos intervinientes en el proceso y bastará, para los fines de razonabilidad y proporcionalidad —así como para un eventual control de su legitimidad—, conque la advertencia apuntada se consigne en el acta respectiva. Si bien —como se ha visto— ambas legislaciones establecen un tratamiento diferenciado en la forma de realizar la requisa, no puede accederse a las pretensiones del recurrente, porque si los actos que dieron inicio al proceso se realizaron con apego a la legislación anterior, pueden utilizarse como un medio de prueba válido en un juicio tramitado con el actual Código. Repárese en que la requisa que ahora se cuestiona fue ordenada por el entonces juez de Instrucción de Alajuela, Licenciado..., quien se apersonó al Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, al haber sido informado que una persona intentaría transportar cocaína hacia el extranjero. Con los datos de identificación del imputado, así como de la línea aérea y vuelo que abordaría, el Juez ordenó trasladar la maleta a la oficina de la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad Pública, lugar donde los oficiales despegaron sus ruedas, logrando comprobar que en su interior había unos paquetes que contenían un polvo blanco, que al ser expuestos al olfato del ejemplar de la unidad canina, reportó resultados positivos, que alertaban acerca de la existencia de droga en ellos. La requisa que en su momento ordenó el juez..., encontró sólido fundamento en tal hallazgo y tenía como fin ubicar las llaves para abrir la mencionada maleta (confrontar acta de folios 2, líneas 27 a 30). Por ello, no pueden obviarse dos circunstancias relevantes: en primer lugar, que el señor juez no debía presuponer que ordenaría la requisa, pues, fue in situ —tras hallar la droga— cuando se percató de la pertinencia de abrir la valija utilizando su llave verdadera y por otro lado, la referida maleta pudo ser abierta por otros medios, de modo que el descubrimiento de la cantidad y calidad de droga, era inevitable. En la especie, la urgencia por encontrar un medio idóneo inmediato para abrir la maleta, justificó sobradamente la omisión de una orden judicial escrita, pues estando presente en el sitio la autoridad jurisdiccional, en cumplimiento de su deber autorizó verbalmente la diligencia y controló, bajo supervisión personal, la licitud del procedimiento (en el mismo sentido ver el voto de esta Sala Nº 644-96, de 11.10 horas del 24 de octubre de 1996). Carece de interés el reclamo en el sentido de que no se nombró un intérprete al justiciable, pues no expone quien recurre, la afectación concreta (agravio) que le ocasiona el vicio denunciado. Estima la Sala además, que el derecho de defensa no sufrió menoscabo, pues no se requirió del justiciable declaración alguna y en todo caso, los señores jueces que resolvieron el proceso, declinaron fundar el fallo en nada de lo que eventualmente hubiese expresado el encartado en ese momento, de forma tal, que los juzgadores señalaron que: "... El tribunal además no tomará en cuenta ninguna manifestación hecha por los declarantes en el debate en relación con algún detalle que eventualmente hubiera declarado el imputado en aquella oportunidad para salvaguardar sus derechos..." (confrontar folio 267, líneas de 5 a 9). A mayor abundamiento, es oportuno traer a colación el siguiente criterio doctrinal: "... No implicando una declaración o manifestación respecto a la intervención en el delito, el imputado y con más razón los terceros, no tienen derecho a negarse a la requisa y pueden ser obligados a someterse a ella mediante el uso razonable de la fuerza pública ..." (Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, 2ª edición actualizada, Marcos Lerner-Editora Córdoba, 1986, p. 208. En el mismo sentido: Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, EDIAR S.A., Editores, Buenos Aires, 1964, pág. 422). De ahí que si el acto procesal cuya ineficacia se reclama no requería una colaboración activa e incriminatoria de parte del acusado, este, ante la urgencia y sencillez de la diligencia, debía observar un comportamiento pasivo aceptando el registro corporal. No puede soslayarse el hecho, de que no fue sino hasta después de que se hallaron los tres paquetes de aproximadamente un kilo de cocaína cada uno ocultos en una «contratapa» de la maleta que portaba el encartado, que se le impuso de sus derechos constitucionales, mediante el único medio útil disponible, la "traducción" de un oficial de la Policía de Control de Drogas, que se comunicó con el encartado en idioma inglés (confrontar acta de folios 2 y 3). De cualquier manera, aún suprimiendo hipotéticamente esa traducción y considerando que por no haberse obtenido, ni valorado ninguna manifestación que el justiciable rindiera al momento de detenerlo, la requisa practicada, el decomiso y análisis de la droga, así como las manifestaciones de los testigos, conservan plena validez para fundar el fallo recurrido. Por último, debe observarse que transcurridas menos de veinticuatro horas desde su detención, el encartado fue remitido ante el Ministerio Público y previo nombramiento de un traductor, se le informó en "... forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra ..." (artículo 14.3.a) del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos). Ello a su vez, le permitió rendir su relato indagatorio en presencia de su defensor (cfr. folios 31 a 33). Como consecuencia de lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 11 de las 14.50 h del 7 de enero.

60. SENTENCIA. Plazo y reglas básicas para su redacción y lectura.

"Por razones de economía procesal se entra a conocer únicamente el aparte 2) del segundo motivo del recurso formulado. Indica el impugnante que se viola el artículo 364 del Código de Procedimientos Penales que regula el procedimiento para la redacción y lectura del fallo correspondiente. Argumenta que no se realizó la lectura de tal resolución dentro del plazo legal, el cual venció el ocho de junio del año en curso. Así resulta de la constancia expedida, por la asistente de juicio P.B.A., visible al folio 166 vuelto del expediente, quien en la misma señala: "La suscrita hace constar que al ser la hora y fecha señalada para la lectura de la parte integral de la sentencia, los miembros del Tribunal se encontraban en una continuación del juicio oral y público de la causa seguida contra A.P.C. y otros, por Robo Agravado y otros, cometido en perjuicio de D.A. y otros. San José, 8 de junio de 1999." El reclamo es de recibo. La redacción y firma del documento que expresa la sentencia debe darse inmediatamente después de realizarse la deliberación respectiva, cuando se difiere la redacción por un plazo máximo de cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva, conforme al párrafo tercero del artículo 364 del Código de Procedimientos Penales. En el presente caso la constancia de folio 166 vuelto, evidencia que la sentencia no estuvo pasada en limpio ni firmada dentro de los cinco días establecidos, así como que no se practicó su lectura integral —como también lo ordena la ley—. En ese sentido los argumentos expuestos por la asistente de juicio, no justifican el atraso e incumplimiento del tribunal con un acto debidamente normado. Cabe agregar que tampoco corresponde anular sólo el acto de notificación de la sentencia, porque en el presente caso se ignora cuándo se redactó, cuándo tuvieron acceso a la misma las partes, afectando el acto de deliberación y la redacción del fallo. Por lo anterior, procede declarar la nulidad de la sentencia y el debate que la produjo. Por falta de interés, se omite pronunciamiento respecto a los demás extremos del reclamo."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1205 de las 9.15 h del 20 de agosto.

61. SUSPENSIÓN DEL DEBATE. No viola el debido proceso la suspensión del debate por un plazo mayor al establecido en la ley si hubo acuerdo entre las partes.

"En todo caso, y aun cuando hipotéticamente se indicara que la suspensión superó el término máximo que permite la legislación procesal —extremo que según se explicó debe descartarse— es claro que con ello no se ha producido ningún perjuicio al reclamante, pues de la lectura del acta del debate se desprende que el aquí recurrente nunca objetó las suspensiones que se ordenaron por parte del tribunal de mérito, sino que por el contrario —según se colige de la constancia de folio 84— "*...existió consenso entre las partes para continuar el debate luego de vencidos los diez días de ley, y que a las partes se les explicó debidamente que el debate no podía continuar posteriormente si todas las partes no estaban de acuerdo en su continuación fuera de los diez días, y que de no estarlo habría que resolver ese mismo día...*". Como se deduce de lo anterior, la defensa no sólo no impugnó las decisiones que fue adoptando el tribunal de instancia al suspender en varias oportunidades el juicio, sino que expresamente estuvo de acuerdo en ello, concurriendo así a provocar la situación que ahora señala, que de todos modos no constituye irregularidad procesal alguna. En todo caso, y a título de mayor abundamiento, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado sobre este tema, indicando que "*...no lesiona el debido proceso, la suspensión del debate por un plazo mayor al de diez días, previsto por el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales, si las partes estuvieren de acuerdo en prorrogarlos, y dicha circunstancia no lesiona la inmediación que debe privar en esa etapa procesal*", voto Nº 5541-97, de las 12.12 horas del 12 de setiembre de 1997, publicado en el Boletín Judicial Nº 192 del martes 7 de octubre de 1997."

1998. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1136 de las 10.45 h del 20 de noviembre.

62. TESTIGO SOSPECHOSO. Procedimiento para su recepción. Diferencia con el coimputado.

"No cabe la menor duda a los suscritos magistrados, que la declaración del testigo citado fue considerada —por el Tribunal en pleno— como un elemento de juicio importante para sustentar el fallo condenatorio recaído, pues sus asertos sirvieron de prueba para demostrar los hechos b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l), m). Debe precisarse que este caso difiere sustancialmente de aquéllos en los que el deponente no ha sido acusado formalmente, sino que ostenta la condición procesal de **testigo** y que por su eventual participación en los hechos puede considerársele como **"sospechoso"**, pues en este último caso, por no existir una imputación formal, bastará, a efecto de resguardar el derecho de defensa, con que el Tribunal prevenga al testigo acerca de su derecho de abstenerse de declarar, pues esta es la única vía idónea para hacer efectivo lo preceptuado en el numeral 204 del Código Procesal Penal, en cuya virtud el testigo no estará obligado a declarar en cuanto a los hechos que puedan ocasionarle alguna responsabilidad penal. Podría incluso permitirse la asistencia de su defensor particular o nombrarle uno público, al efecto. Esta opción es plenamente compatible con la jurisprudencia constitucional, que ha entendido que: "*...Es evidente, que cuando el Juez dentro de su obligación de echar mano a todos los medios que permitan lograr una reconstrucción conceptual del hecho que se investiga, llama a*

declarar a un testigo cuya deposición muestre o permita apreciar algún grado de responsabilidad, de manera que pueda ser sometido a proceso penal o tutelar indistintamente de si se trata de otro procedimiento regulado por leyes especiales, no obstante la facultad de valorar la eficacia probatoria de la declaración a la luz de la sana crítica racional, utilizar esta declaración para cimentar (de modo determinante) una sentencia produce su nulidad bajo el aspecto de la violación al derecho de defensa (...).La sentencia condenatoria que se apoye de modo determinante en la declaración de un testigo que se autoincrimine sin advertirle de su derecho de abstención, de manera que pueda ser a su vez sujeto de un proceso penal así sea en otra jurisdicción, produce la nulidad de la sentencia por infracción al derecho de defensa ..." (Voto # 2.659-94, de 15.36 horas del 7 de junio de 1994). En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional manifestó, que: "...*Sin duda, la Carta Fundamental otorga al imputado el derecho absoluto a que no se le obligue a declarar contra sí mismo. El testigo (con o sin juramento), al igual que el imputado, están obligados a comparecer al llamado judicial y si no lo hacen podrán ser compelidos por la fuerza. Para la Sala la aplicación directa de la garantía contenida en el artículo 36 de la Constitución Política no permite más que afirmar, que ni al testigo sospechoso, ni al imputado, podrían obligárseles a declarar contra sí mismos. Los medios de coerción que establece la legislación para obtener la declaración de los testigos (obligarlo a manifestarse inclusive recurriendo a la privación de libertad), por razón lógica, no resultan aplicables a los testigos sospechosos, ya que en relación con ellos prevalece, por imperio propio, la disposición del artículo 36 constitucional. En efecto, este tipo de testigo podrá ser citado para que declare y deberá comparecer al llamado judicial sin que el juez pueda coaccionarlo, por ningún medio, para que rinda la declaración; y es que, en aplicación de la máxima «nemo turpidinem suan revelare tenetur», este tipo de testigo no puede ser colocado en una situación peor que aquella que tendría como imputado (...) el testigo sospechoso podrá abstenerse de indicar todo aquello que pueda implicarle responsabilidad penal y el juez de la causa deberá valorar esta circunstancia en el caso concreto y advertirle las consecuencias de su dicho y que le asiste el derecho al silencio. La declaración recibida en contravención con lo anterior, no podrá surtir efectos y será absolutamente nula por violación a los principios que integran el debido proceso. Por otra parte, nada impide al juez permitir al testigo sospechoso que se haga asesorar de un letrado a efecto de que pueda enterarse de cuáles manifestaciones pueden implicarle responsabilidad penal. En todo caso, como se indicó la presencia de un letrado no exime al juez de su obligación de velar por la aplicación del artículo 36 constitucional. Bajo ninguna circunstancia debe omitirse indicar al testigo que le asiste su derecho al silencio lo que se hará constar en el acta levantada al efecto..."* (Voto # 5.630-94, de 16.06 horas del 25 de setiembre de 1994). Debe aclararse que estas orientaciones jurisprudenciales, por interpretar directamente la Constitución Política, conservan plena vigencia en el nuevo proceso penal, pues en la ordenanza procesal penal vigente, si el a quo inobserva este procedimiento, la actividad adjetiva deviene defectuosa por infringir el derecho de defensa. Por otra parte, cuando se recibe la **declaración de un coimputado,** aún y cuando se tramite por separado su proceso —como sucedió en la especie con el menor L.M.—, la Autoridad competente vigilará que sus garantías procesales no se demeriten en el debate en que aporte información contra otros imputados. Por ello, el a quo debe propiciar que la declaración sobre los hechos se reciba de acuerdo con el procedimiento establecido, procurando la asistencia del letrado de confianza del justiciable o en su defecto, nombrando un defensor público para que lo asesore en la diligencia (artículos 13, 82 incisos c) y e) 93 del Código Procesal Penal). En este caso, la asistencia del defensor es imprescindible. Por ello, conviene recordar que el patrocinio letrado no es una exigencia legislativa de carácter abstracta, sino que como "garantía de garantías" debe operativizarse en todas las instancias del proceso —y fuera de él—, particularmente en las actuaciones o procedimientos que requieran una declaración del encartado. Por ello, a fin de satisfacer las exigencias que demanda el debido proceso, no puede reputarse como cumplido el derecho de defensa a través de actuaciones extraprocesales e informales de las partes, aun cuando los profesionales que las representen arguyan la existencia de promesas o juramentos de respeto, fidelidad o buena fe entre los sujetos procesales. En ambos casos, sea que se trate de un testigo sospechoso o bien de un coimputado, si después de hacérseles las advertencias de rigor optan por declarar, el Tribunal está obligado a valorar la información suministrada, pudiendo incluso fundar su sentencia en ese único testimonio, si analizado de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, resulta útil para acreditar los hechos debatidos. En el caso sometido al contralor de esta Sala, el sentenciador incurrió en varias **inconsistencias procesales.** En primer lugar, la mayoría del Tribunal integrada por los licenciados L.U. y H.G., consideró que el testimonio de L.M. no provenía de un testigo sospechoso sino de un coimputado, quien decidió declarar después de hacerle la advertencia respectiva. Estimaron los señores jueces que era innecesaria la asistencia de un defensor en el debate, pues dieron crédito a la palabra del Fiscal Auxiliar, quien: "... *de viva voz en el debate manifestó que habían negociado con el joven E. y que hablo (sic) por teléfono con el defensor de este y compañero suyo en Corredores, que si bien no constaba por escrito el convenio, se trataba de un asunto de caballeros, de lealtad profesional...*" (cfr. nota de folios 569 y 570). Por su parte, el cojuez P.G. mediante nota agregada a la causa a folio 568, consideró que la declaración del menor no podría servir de base a la sentencia. Pese a lo anterior, el citado profesional redactó el fallo, al que se adhirieron los otros miembros del Tribunal y en él efectivamente se hizo constar y se valoró la deposición del menor. En contraposición con los principios supraexpuestos, se aprecia que en vez de dar un trato diferenciado al menor L.M., quien por su condición de imputado (en otra jurisdicción, pero por los mismos hechos) requería la ***asistencia actual*** en debate de un profesional en Derecho, el a quo recibió su declaración tal y como si se tratara de un "testigo sospechoso". En estas condiciones y conociendo el Tribunal de instancia que al prevenido se le seguía causa en otra jurisdicción, debió facilitar la asesoría letrada, máxime si —como consta— había disponibilidad de defensores públicos en la oficina local para atender cualquier diligencia (cfr. folio 763). En lo sucesivo, el Tribunal

debe extremar medidas a fin de evitar la creación de defectos al evacuar la prueba, que incidan en su legitimidad."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 188 de las 9.10 h del 19 de febrero.

63. TESTIGO SOSPECHOSO. Debe respetarse el derecho de defensa desde que se adquiere la condición de indiciado o sospechoso.

"Es cierto que tanto la policía judicial como el Ministerio Público no deben recurrir a lo que denominan *«testigo sospechoso»* para lesionar los derechos constitucionales y legales de una persona sobre la cual recaen indicios de haber cometido un delito, pues basta que sobre una persona recaigan esas sospechas para que no pueda recibir el calificativo de «testigo» sino de indiciada de delito, con todo lo que ello implica, pues en este último supuesto deben ser informadas de todos sus derechos, en especial que pueden guardar silencio, y que si desean declarar deben ser remitidas ante el Fiscal y se debe requerir la presencia de un abogado defensor para que las asista, entre otros derechos básicos. Basta que durante la investigación se tenga alguna evidencia o alguna creencia de que una persona pueda estar involucrada en un hecho delictivo, para que exista el deber de la policía y del Ministerio Público de asignarle la categoría de «indiciada», con todas sus implicaciones, conforme a los artículos 13, 81 y 82 del Código Procesal Penal. Las normas constitucionales y legales son claras al señalar el derecho al silencio del cual goza el imputado, según se infiere de los artículos 36 de la Constitución Política, y 82 inciso e) del Código Procesal Penal, de manera que no pueden utilizarse calificativos específicos como el de «testigo sospechoso» para lesionar esos derechos fundamentales. Estos derechos los goza la persona aun cuando con posterioridad se llegue a descartar su posible participación en el hecho delictivo, pues lo que interesa para que pueda disponer de esos derechos es que en determinado momento fuere sospechosa de haber cometido delito. Incluso, aún en el supuesto de que se tratara efectivamente de un testigo, debe resaltarse lo que señala el párrafo segundo del artículo 204, al disponer que ***«el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal»,*** menos aún si recibe el calificativo de «sospechoso», obviamente porque de lo contrario se lesionarían sus derechos básicos antes citados. Sobre los testigos, es decir aquéllos que efectivamente lo son, recaen una serie de obligaciones que no se le aplican al indiciado, en especial que está obligado a declarar cuanto sabe sobre el hecho y debe colaborar con la administración de justicia, conforme lo dispone el párrafo primero del artículo 204 citado. Tanto el Organismo de Investigación Judicial como el Ministerio Público deben evitar incurrir en esa práctica, para evitar la invalidación de sus actuaciones."

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE,** Nº 1067 de las 9.25 h del 26 de agosto.



Óleo. Jorge Corea

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Martín Rodríguez Miranda
Letrado Sala de Casación Penal

Lucila Monge Pizarro
Letrada Sala Constitucional

1. **ACCIÓN PENAL.** Facultad del Ministerio Público para solicitar el sobreseimiento.

2. **ALLANAMIENTO.** La ausencia de un defensor público no vulnera el derecho de defensa.

3. **APELACIÓN.** No violenta el debido proceso la inexistencia de una segunda instancia para todas las resoluciones y actuaciones del proceso.

4. **CONCILIACIÓN.** Interpretación del artículo 36 del Código Procesal Penal.

5. **DERECHO DE DEFENSA.** Derecho a la intimación en el proceso contravencional.

6. **DERECHO DE DEFENSA.** Participación de las partes en los actos de investigación del Ministerio Público.

7. **DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL.** La solicitud que formula el Ministerio Público es una garantía de independencia e imparcialidad procesal.

8. **DETENCIÓN.** Indicio comprobado de haber cometido delito.

9. **IMPUTADO PRÓFUGO.** Posibilidad de incorporar su declaración en juicio.

10. **INDEPENDENCIA JUDICIAL.** Forma parte del sistema democrático de derecho.

11. **INTERNAMIENTO EN CENTRO ESPECIALIZADO.** Conversión en caso de incumplimiento de la medida sustituta.

12. **JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA.** Funciones en el nuevo proceso.

13. **LEGAJO DE INVESTIGACIÓN.** El Ministerio Público no está obligado a entregar fotocopias de las actuaciones al tercero que alegue un interés legítimo.

14. **LEY PENAL JUVENIL.** El internamiento en un centro especializado no es inconstitucional.

15. **LEY MÁS FAVORABLE.** Su aplicación integra el debido proceso.

16. **MEDIDAS ALTERNATIVAS.** Principios y plazo para su interposición.

17. **MINISTERIO PÚBLICO.** Trascendencia procesal de la labor realizada durante la fase de investigación.

18. **NUEVO PROCESO PENAL.** La función del juez en sus diferentes etapas.

19. **NUEVO PROCESO PENAL.** Transformación de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

20. **PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA.** Función de control procesal.

21. **PRESCRIPCIÓN.** Naturaleza jurídica.

22. **PRESCRIPCIÓN.** Instituto de carácter procesal.

23. **PRESCRIPCIÓN.** Reglas previstas en la nueva normativa procesal no constituyen ley más favorable.

24. **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** Objetivos y naturaleza de la normativa que lo regula.

25. **PRISIÓN PREVENTIVA.** La solicitud de modificación de medida no interrumpe el plazo previsto para su revisión.

26. **PROCEDIMIENTO INTERMEDIO.** Mecanismos a través de los cuales se puede exigir el debido proceso.

27. **PROCEDIMIENTO PREPARATORIO.** No es inconstitucional la delegación de actuaciones al juez contravencional.

28. **REGISTRO DE VEHÍCULOS.** Facultades de la policía.

29. **SOBRESEIMIENTO.** No violenta el debido proceso la inexistencia de apelación contra el auto que deniega su solicitud.

DESARROLLO

1. ACCIÓN PENAL. Facultad del Ministerio Público para solicitar el sobreseimiento.

"Se cuestiona el artículo 302 del Código Procesal Penal en cuanto otorga carácter vinculante a la solicitud de sobreseimiento efectuada por el Ministerio Público a la autoridad jurisdiccional, una vez agotado el trámite de la disconformidad. En relación con el artículo 347 del Código de Procedimientos Penales, que regulaba el asunto de igual modo, se dijo: «El modelo de proceso penal mixto moderno, que es el seguido por nuestro legislador en el Código de Procedimientos Penales actual, buscó remediar el excesivo poder del juez inquisitivo en el impulso y control del proceso, al punto de que su figura se confundía con la de acusador y juzgador, en detrimento de la frágil posición de las partes y la defensa de sus intereses. Por eso se establece en el artículo 5 del Código en comentario, que el monopolio de la acción penal, en delito de acción pública, corresponde al Ministerio Público, que se erige como el Órgano acusador por excelencia, en ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. El proceso penal así moldeado, de conformidad con la ley que lo desarrolla, al amparo de lo que dispone el artículo 153 de la Constitución Política, establece la forma en que se ejerce la acción penal, para ello estructura el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado en cabeza de un órgano distinto del juez. El proceso no podrá iniciarse sin su excitativa —nullo iudicio sine actione—, y no podrá existir acción penal sin intervención del juez —nulla actio sine jurisdictione—. La intervención de dos Órganos del Estado —uno en función jurisdiccional y otro en representación y tutela del orden público lesionado por el delito—, contribuye a equilibrar el ejercicio del poder estatal en el proceso, compartiendo la esencia del principio clásico de división del poder. Al Ministerio Público, que ostenta el ejercicio de la acción penal, el legislador le confiere el poder de decidir si la ejerce o no —decisión que debe estar debidamente fundamentada, artículo 39 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales, 2 y 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público— la que en todo caso debe presentar y solicitar al juez... el juez simplemente acoge la decisión del Ministerio Público, refrendada por el Fiscal del Tribunal de Apelaciones, según el procedimiento establecido en el artículo 347 impugnado, de no ejercer la acción penal, lo que condiciona la actividad del juez, pues no puede proseguir sin el órgano acusador...» (Sentencia 5749 de las quince horas veinticuatro minutos del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y seis). De manera que, es el Ministerio Público quien decide si desestima o sobresee una causa, por tener el monopolio de la acción penal, de ahí que se afirme que no puede haber juicio sin acusación, pero no porque el Ministerio Público pueda sustituir la función jurisdiccional, sino porque ésta no puede actuar si no ha sido debidamente excitada por medio de una acusación debidamente establecida, la que además cumple la función de permitir el ejercicio de la defensa. El actual Código Procesal Penal busca acentuar aún más los rasgos acusatorios del proceso, el juez asume un papel más pasivo, se le otorgan mayores facultades al Ministerio Público, tales como el dominio de la investigación, la dirección de la policía, la aplicación del principio de oportunidad, entre otras, lo que hace que la norma cuestionada resulte del todo coherente con el diseño del proceso. En virtud de lo expuesto, al no existir razones para variar de criterio, lo procedente es evacuar la consulta formulada señalando que no es inconstitucional el artículo consultado."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 3389 de las 16:42 h del 26 de mayo.

2. ALLANAMIENTO. La ausencia de un defensor público no vulnera el derecho de defensa.

"El problema que se plantea en el presente recurso de hábeas corpus, se contrae a determinar si la falta de participación de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento, registro y secuestro, vulnera el derecho de defensa de los amparados. En criterio de la Sala, ello debe desestimarse pues no puede considerarse una correcta interpretación de las normas del Código Procesal Penal, en el tanto que se confunde las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba y la urgencia en su realización (artículos 293 y 294 de ese mismo cuerpo normativo), con las del allanamiento, registro y secuestro. Lleva razón el Juez recurrido, que exigir la presencia de un defensor en este último acto, no solo pondría en peligro el éxito de la investigación, sino que también daría lugar para que se lesione el principio de la averiguación de la verdad real de los hechos, al darse sobreaviso de la sospecha de los órganos del Estado, de que un Juez de la República presume razonablemente de que en el lugar hay rastros de un supuesto delito. Todo lo anterior, lógicamente conllevaría a la desaparición de los rastros probatorios de que en el lugar —alguna vez— ocurrió una actividad perseguida por la Ley Penal y de quiénes fueron sus autores. En todo caso, lo anterior significa que al momento de ordenarse el allanamiento, registro y secuestro, éste se hace en contra de una o varias personas desconocidas, no individualizadas, de manera que no proceden los argumentos del recurrente, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 13 del Código Procesal Penal. Nótese además, que si bien el recurrente se queja en el escrito inicial de que se afecta la intimidad de los recurrentes, es lo cierto que el Juez Contravencional de Esparza condujo las actuaciones impugnadas, siendo él el garante de los derechos fundamentales de los amparados. En consecuencia de lo anterior, es criterio de la Sala que el recurso debe desestimarse."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 2467 de las 15:48 h del 14 de abril.

3. APELACIÓN. No violenta el debido proceso la inexistencia de una segunda instancia para todas las resoluciones y actuaciones del proceso.

"El accionante impugna la jurisprudencia del Tribunal Penal del primer circuito judicial de San José y el artículo 437 del Código Procesal Penal, por denegar la primera y no autorizar el segundo, el recurso de apelación contra las resoluciones finales del juez de la fase intermedia, de los incidentes de nulidad de actuaciones y resoluciones, cuando se acuse en ellos la violación de derechos constitucionales, como es el caso del debido proceso. Conforme se desprende de la resolución de las quince horas treinta minutos del seis de noviembre del año pasado dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (folio 37), y de las otras dos resoluciones aportadas por el accionante como jurisprudencia, la normativa que se aplica en esas resoluciones es la establecida en el Código de Procedimientos Penales derogado, en donde existía la fase de instrucción y no existía la fase intermedia. No obstante, es posible afirmar que la inexistencia del recurso de apelación respecto de una resolución que deniega un incidente de nulidad no viola ningún elemento del debido proceso. No es obligación del legislador establecer la segunda instancia para todas las resoluciones y actuaciones del proceso. La sola existencia del recurso de apelación no garantiza de por sí el cumplimiento del debido proceso. De ahí que la obligación de posibilitar una segunda instancia al imputado, desde una óptica de protección de los derechos humanos, lo sea en relación con la sentencia condenatoria, según establece el artículo 8 párrafo segundo inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, el artículo 437 del Código Procesal Penal lo que hace es señalar cuáles son las resoluciones apelables. Si se produce algún gravamen irreparable dicha norma posibilita el recurso de apelación pese a que se trate de una resolución que no haya sido declarada apelable en forma expresa. Si la resolución no produce un gravamen irreparable se puede proceder conforme disponen los artículos 175 y siguientes del mismo Código, esto es, se puede convalidar el vicio o puede sanearse. Además como se indicó en el considerando anterior, la inexistencia de recurso en relación con una resolución que no pone término al asunto, no conlleva lesión alguna a las garantías fundamentales de las partes, pues el asunto podrá ser replanteado en etapas posteriores y aún en casación en el caso de un fallo condenatorio. De manera que la norma impugnada no ocasiona violación alguna al debido proceso y por esa razón la acción debe rechazarse por el fondo también en cuanto a ese particular."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 1550 de las 15:15 h del 3 de marzo.

4. CONCILIACIÓN. Interpretación del artículo 36 del Código Procesal Penal.

"La primera observación que debe hacerse es que la mayoría de esta Sala no comparte la tesis de que con la actuación discutida del Tribunal de Puntarenas se haya amenazado la libertad del imputado W.F., dado que en ella simplemente se rechazó la conciliación acordada por las partes, sin que ello conlleve más que a la continuación del trámite normal de la causa, y si dentro de ésta, se hubiese limitado la libertad del acusado lo sería por razones diversas y con fundamento en otras actuaciones y no en la resolución que se discute. Pero además de lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto al fondo de lo alegado por las siguientes razones: el Estado tiene constitucionalmente reconocido un poder-deber para sancionar penalmente algunas acciones de las personas imputables, ello constituye una de sus funciones primordiales, de modo que no cabe duda del alto valor que tiene para el interés público el que la acción penal pueda llevarse adelante en forma plena. Desde tal perspectiva, resulta incuestionable que el instituto de la conciliación, objeto de análisis dentro de este recurso, tiene —dentro de nuestro sistema procesal penal— un carácter excepcional de modo que la interpretación que se haga de sus características y condiciones debe tomar necesariamente en cuenta dicho carácter, pues solo así se evitaría caer en extremos no queridos por el legislador. Es dentro de este orden de ideas que la mayoría de la Sala encuentra una clara semejanza entre el instituto de la conciliación del artículo 36 del Código Procesal Penal y el instituto de la suspensión del proceso a prueba regulado en el artículo 25 del precitado cuerpo de leyes: en los dos casos se trata de particulares excepciones al sistema general y en ambos se toma como punto de referencia para la aplicación de la alternativa la procedencia de la suspensión condicional de la pena (artículos 59 y 60 del Código Penal). El hecho simple de que las expresiones literales empleadas en los dos artículos no sean exactamente iguales, pierde relevancia frente a una visión más amplia de la forma en que ambas opciones se insertan en el sistema procesal penal, para la cual resulta preferible una exégesis que conjugue armoniosamente todos los valores constitucionales en juego a otra que pura y simplemente desprecie unos en favor de otros. **III.** Dicho lo anterior, debe señalarse que desde una perspectiva constitucional, es admisible que la autoridad recurrida, al conocer de la conciliación, haya exigido el cumplimiento de todos los requisitos abstractamente establecidos en el Código Penal para la procedencia de la suspensión condicional de la pena, pues con ello se garantiza el adecuado empleo de ese instituto por parte de los interesados de modo que no se desnaturalice la finalidad pretendida con su creación, y se asegura el que no se convierta en una sencilla forma de evitar —en casos no queridos por el legislador— el ejercicio legítimo de la acción penal por parte del Estado."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6952 de las 14:36 h del 8 de setiembre.

5. DERECHO DE DEFENSA. Derecho a la intimación en el proceso contravencional.

"El derecho de defensa es la garantía fundamental del imputado dentro de todo proceso penal pues sin su existencia no es posible que las demás garantías tengan operatividad y vigencia. El derecho de defensa debe ser ejercido desde el

primer acto del procedimiento, incluyendo las etapas preprocesales o policiales. Para poder ejercer plenamente ese derecho de defensa el imputado debe conocer los hechos por los que se le juzga, sea la imputación que se le formula, y la prueba en que se fundamenta dicha imputación. En este sentido puede afirmarse que el imputado tiene un derecho a la información en sentido amplio, el cual sólo puede ser restringido en forma excepcional y por un tiempo limitado (artículo 296 del Código Procesal Penal). El derecho a la intimación es una garantía dentro de todo proceso penal, refiérase a delito o contravención y es una consecuencia del principio de inviolabilidad de defensa. El artículo 8 párrafo 2 inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente que todo inculpado tiene derecho a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Por su parte, el Código Procesal Penal señala el principio de inviolabilidad de la defensa previsto en el artículo 12 el cual refiere que es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. El artículo 82 inciso d) señala que el imputado tiene derecho —de inmediato— de presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan. Se reputa como imputado a quien mediante cualquier acto de investigación o del procedimiento sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él (artículo 81 del mismo cuerpo de leyes). De ahí que el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación deberá proceder a recibir declaración cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible (artículo 91). Al comenzar a recibir la declaración del imputado, el funcionario que lo hace se encuentra en la obligación de comunicarle en forma detallada el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen de las actuaciones reunidas hasta ese momento (artículo 92): esto es, se encuentra obligado a intimar al encartado. Son estas reglas generales aplicables a todos los procesos que prevé el Código, incluyendo a las contravenciones. Es por ello que el numeral 405 refiere que la audiencia oral y pública inicia con la lectura de los cargos. Pese a que en el artículo 402 que regula específicamente la audiencia de conciliación en contravenciones y el artículo 36 que se refiere a la conciliación en general no señalen en forma expresa que antes de dicha audiencia, debe ponerse al imputado en conocimiento de los hechos que se le imputan; es claro que si los demás numerales citados refieren que debe intimarse desde que exista motivo suficiente para sospechar de su autoría o participación en un ilícito; para poder conciliar el encartado debe haber sido intimado, esto es, debe conocer los hechos y las probanzas existentes en su contra, sin que lo señalado conlleve la obligación de tomarle declaración sobre esos hechos, como algunos lo han entendido —desde luego que si el encausado quisiera declarar sobre lo comunicado, también puede hacerlo—. De manera que si en un proceso por contravenciones se juzga al encausado sin que se le intime sobre los hechos que se le atribuyen, se produce un quebrantamiento de los principios del debido proceso y en particular de la inviolabilidad de la defensa. En definitiva, en la primera diligencia que se practique debe intimarse en aplicación del debido proceso y del derecho de defensa y si esa primera audiencia es la conciliación, como acto inicial de ésta debe procederse a comunicarle los hechos por los que se le juzga e informarle sobre la prueba existente en su contra, si quisiera declarar sobre ello puede hacerlo."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 9128 de las 17:27 h del 22 de diciembre.

6. DERECHO DE DEFENSA. Participación de las partes en las actos de investigación del Ministerio Público.

"No existe controversia entre las partes en lo que se refiere a los hechos que suscitaron la interposición del amparo. Ambas coinciden en que se impidió la presencia del defensor del imputado durante una entrevista que la fiscal encargada del caso sostuvo con un eventual testigo de descargo. El tema de decisión radica en determinar si la conducta de la funcionaria del Ministerio Público lesionó el derecho fundamental a la defensa del encartado. **II.** Aclarar el punto no es sencillo porque entran en juego varios factores. El primero de ellos es que la actividad de investigación que desarrolla el Ministerio Público durante el procedimiento preparatorio tiene el fin de sustentar la acusación, no de recabar material probatorio. Tan es así, que el artículo 276 del Código Procesal Penal niega de manera expresa cualquier valor de prueba a las actuaciones de esa etapa del proceso penal, salvo que se recurriera a la figura del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293) o se tratara de uno de los casos previstos en el artículo 334 del mismo Código, situación que no es la propia de este asunto. Importa esta primera reflexión en el tanto el artículo 12 del Código al esbozar el principio de inviolabilidad de la defensa alude en él a la intervención del imputado y su defensor en los actos procesales que incorporen elementos de prueba, de modo que esta aproximación inicial al problema lleva a concluir que si se trata de actos que no van a gozar de valor probatorio es intrascendente exigir la participación del sindicado o quien lo patrocine. **III.** Sin embargo, a lo dicho hasta aquí debe agregarse que en el transcurso del procedimiento preparatorio —y durante todo el proceso— los servidores del Ministerio Público tienen el deber de actuar con objetividad (artículos 63 y 180 del Código Procesal Penal), lo que implica la obligación de no obstaculizar las labores de la defensa, pues, por el contrario, debe facilitarlas y que la regla en la referida etapa procesal es el acceso de las partes a las actuaciones (artículos 292 y 295 *ibídem*). Nótese que la privacidad del trámite se impuso respecto de terceros, nunca de las partes y menos del imputado y su defensor. De este modo, cuando en el artículo 292 citado se estipula que el Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, lo que se colige es una obligación para los empleados de ese órgano y de ninguna manera una facultad de ejercicio discrecional. Lo que sí autoriza la misma norma es la restricción de la participación de las partes, cuando alguna de ellas interfiera en el normal desarrollo de las actividades, lo que se refiere, más que nada, a evidentes injerencias o entorpecimientos que se produzcan durante la diligencia y que el Fiscal puede válidamente detener. **IV.** La Fiscal señala en su informe que su acción tuvo como motivo una llamada de la ofendida alertándola que el testigo que estaba por llegar era objeto de manipulación por parte del

encartado. Una situación de esa índole conduciría a la aplicación de la última frase del primer párrafo del artículo 292 si, por ejemplo, durante la entrevista el abogado defensor comenzara a sugerir respuestas o amenazara por cualquier otro medio al testigo, obstruyendo la comunicación con la funcionaria del Ministerio Público. Sin embargo, no permite la norma una valoración a priori sobre la actitud del defensor, como la efectuada por la recurrida. Recuérdese que la regla ya enunciada de plena participación de las partes en el proceso admite, como única excepción, la prevista en el numeral 296, cuando pueda preverse de antemano que la publicidad va a entorpecer el descubrimiento de la verdad. El 292, por su parte, simplemente faculta a mantener en cauces de normalidad las diligencias que se efectúen. Como ya se indicó, lo actuado no encaja en ninguna de las dos opciones, por lo que debe tenerse por vulnerado el derecho de defensa del imputado, al haberse opuesto restricciones ilegítimas a la participación de su defensor en la actividad propia del procedimiento preparatorio. Se advierte a la recurrida no incurrir en futuras acciones como la que aquí se analizó."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 7505 de las 16:03 h del 21 de octubre.

7. DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL. La solicitud que formula el Ministerio Público es una garantía de independencia e imparcialidad procesal.

"La consulta se refiere —precisamente— en relación con el procedimiento que establece el Código Procesal Penal para que se declare el desistimiento de la acción penal, el cual, de alguna manera es un procedimiento calificado, en tanto obliga al juez que no concuerde con la solicitud de desestimación del órgano acusador —Ministerio Público—, a presentar la disconformidad. Las normas consultadas textualmente disponen: «Artículo 282. Desestimación. Cuando un hecho denunciado no constituya delito o no sea posible proceder, el Ministerio Público solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio, mediante requerimiento fundado, la desestimación de la denuncia, la querella o las actuaciones policiales. La desestimación no impedirá reabrir el procedimiento cuando nuevas circunstancias así lo exijan, ni eximirá al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora. La resolución que admite la desestimación se comunicará a la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada del resultado del procedimiento y será apelable por la víctima, el querellante, el actor civil y el Ministerio Público.» «Artículo 302. Disconformidad. Cuando el tribunal considere procedente la apertura a juicio y el Ministerio Público haya solicitado la desestimación o el sobreseimiento, sin que la víctima haya querellado, aquél le remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal, por auto fundado, para que modifique su petición en el plazo máximo de cinco días. Si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se enviarán las actuaciones al Fiscal General o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público reitere su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por la víctima.» La idea de dicha normativa es darle prevalencia al principio acusatorio en lo relativo a la desestimación solicitada por el Ministerio Público, de modo que el juez no pueda obligar a éste a solicitar la apertura a juicio, todo lo anterior, conforme se dijo, al principio democrático de división de las funciones de investigación y de tutela de los derechos del acusado en dos órganos distintos, que orienta el procedimiento penal. El Ministerio Público mantiene inalterables los poderes inherentes a la acusación, motivo por el cual, el juez no puede modificar la voluntad del órgano acusador cuando éste solicita el sobreseimiento o la desestimación de la causa, y en caso de oposición a esa solicitud debe someter al conocimiento del Fiscal Superior o General la reconsideración de su petición, conforme al procedimiento establecido en el transcrito artículo 302 del Código Procesal Penal, y en última instancia, impera el criterio del Ministerio Público. Lo anterior no resulta inconstitucionalidad, como lo considera la autoridad consultante, en tanto el fiscal no invade potestades exclusivas del órgano judicial, y más bien debe de indicarse que esta competencia constituye una clara manifestación del poder acusatorio que ejerce el Ministerio Público, en virtud de establecerlo así la ley, como una clara y saludable manifestación de la división de poderes en el proceso, en el que los jueces se limitan a juzgar y no a investigar, concentrándose en la tutela de los derechos del ciudadano frente a la represión punitiva estatal. Con esta separación de las funciones de investigación y control en la etapa inicial del proceso penal, también se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 9 y 154 de la Constitución Política, en cuanto se refieren a la separación de los Poderes del Estado y al sometimiento de los jueces únicamente a las normas y principios constitucionales y a las leyes; así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuanto obliga a los Estados Partes de dotar de garantías judiciales a los imputados en los procesos penales, resaltando la necesidad de que sea un juez o tribunal imparcial, independiente y previamente establecido por ley, el que conozca de las causas, como pilar del procedimiento justo: «Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.» De esta suerte, no basta con que el juez o tribunal que conoce de la causa penal sea competente, es decir, que conozca el derecho, y que haya sido nombrado conforme a la ley de organización de los tribunales del país, sino que es fundamental garantizar su independencia e imparcialidad, tanto frente a los otros poderes públicos, como respecto de todas las partes que intervienen en el proceso. Si el juez es el encargado de recabar la prueba contra el imputado, y éste realiza las diligencias preparatorias del procedimiento necesarias para fundamentar una acusación penal, puede ver comprometidos los intereses de las partes, —sea el de la víctima, el del imputado, o inclusive el del actor civil—; con lo cual su imparcialidad podría verse seriamente amenazada, ya que difícilmente podría permanecer objetivo ante la causa que conoce y juzga, incumpliéndose con ello esta exigencia

constitucional e internacional. La consecuencia inmediata de esta independencia e imparcialidad del juez por corresponder a otro órgano independiente la investigación de los hechos acusados se traduce necesariamente en que la acusación sea fundada, objetiva y motivada, al estar respaldada en la prueba encontrada e investigada por el órgano acusador —Ministerio Público—, con lo cual se da cumplimiento con la otra garantía judicial exigida en el Pacto de San José, en su artículo 8.2.b): «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [. . .] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.»

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

8. DETENCIÓN. Indicio comprobado de haber cometido delito.

"El artículo 37 constitucional ordena que nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti, debiendo en todo caso ser puesto a la disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas. La Sala ha determinado reiteradamente en su jurisprudencia que el indicio comprobado se entiende como la existencia real de una información objetiva, capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva. También ha dicho que la detención se refiere tanto a la que ordena la autoridad judicial como la administrativa, esta última en el ejercicio de su competencia como policía preventiva, siempre y cuando exista el indicio comprobado del que se habló supra, aunque también se ha establecido que la valoración de las probanzas y la calificación del hecho atribuido es una tarea técnica que corresponde a las autoridades judiciales de lo penal, y que la policía administrativa podría en algunos casos no estar en capacidad de calificar una determinada conducta, lo que de manera alguna le impide actuar en resguardo del orden público, la salud pública o los derechos de terceros, en tanto exista el indicio comprobado de que una actuación lesiva de esta naturaleza se está presentando y que la actuación policial oportuna va a evitar un daño mayor. Es por este motivo que la Sala ha entendido como legítima la detención administrativa aún en casos de contravenciones, siempre y cuando sólo se prolongue el tiempo necesario para poner a la orden de la autoridad judicial al aprehendido, a fin de que sea ésta la que resuelva su situación jurídica a la brevedad posible, quedando a la orden de juez competente la persona —de ser necesario—, pero dentro del término de veinticuatro horas. **III.** En el marco de las anteriores consideraciones, estima la Sala que la detención del amparado el dieciocho de agosto pasado en horas de la madrugada por parte de la policía administrativa no resulta ilegítima, habida cuenta que en su labor preventiva y teniendo informes confidenciales de que se dedicaba a la venta de drogas ilícitas y que en ese momento se encontraba en posesión de ellas, le dieron seguimiento en su vehículo, ante lo cual el amparado manifestó un comportamiento sospechoso pues pretendió darse a la fuga, lo que no logró al ser alcanzado por los oficiales de policía, quienes aseguran en su informe y lo consignaron en un acta de decomiso, lo sorprendieron en posesión de gran cantidad de cocaína y crack. Por ese motivo, lo trasladaron al Ministerio Público dentro del plazo de veinticuatro horas que estipula el artículo 37 constitucional, tal y como correspondía en armonía con lo que dispone el artículo 235 del Código Procesal Penal, lo que a juicio de la Sala implica una labor diligente de ese cuerpo policial que no resulta en ese tanto violatoria del derecho a la libertad del amparado."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 7371 de las 10:12 h del 24 de setiembre.

9. IMPUTADO PRÓFUGO. Posibilidad de incorporar su declaración en juicio.

"El Tribunal consultante manifiesta su duda en relación con la constitucionalidad del artículo 385 del anterior Código de Procedimientos Penales, pues a su criterio es contrario a lo preceptuado por el artículo 36 de la Carta Fundamental. La norma legal discutida señalaba: **«Artículo 385.** El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la lectura de la denuncia e informes técnicos suministrados por auxiliares de la Policía Judicial; de las declaraciones prestadas por coimputados absueltos, condenados o prófugos, si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo;...» Por su parte, el artículo 36 de la Constitución Política expresa: **«Artículo 36.** En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.» La confrontación de los dos textos citados ya se había realizado por parte de esta Sala en sentencia número 02480-97 de las quince horas treinta y seis minutos del seis de mayo de mil novecientos noventa y siete en relación con el caso de los coimputados absueltos y condenados. Igual que en aquel pronunciamiento, es necesario concluir que en el caso de los coimputados prófugos, no existe tampoco infracción de la norma constitucional citada, por cuanto —tal y como se dijo en su oportunidad— en esta última se contempla un derecho a favor del imputado **dentro de la causa penal que se tramite en su contra,** de manera que, si así lo desea, no se vea obligado a coadyuvar en forma alguna con quienes pretenden juzgarlo. Esta hipótesis es distinta de la situación que se regula en el artículo 385 discutido porque la declaración indagatoria rendida en la instrucción, no pretende utilizarse para perjudicar a quien la rindió, sino a otra persona diferente. El Tribunal consultante parece entender que el artículo 36 de la Constitución Política da a quien emite una declaración indagatoria, un poder absoluto sobre ella, el cual trasciende aún fuera de la causa seguida en su contra, pero esa no es una lectura correcta ni del texto constitucional, ni de la jurisprudencia que esta Sala ha emitido sobre él. Por el contrario, la regla constitucional, como garantía individual que es, pretende proteger al ciudadano de un perjuicio, **sea en su contra o de las personas que se enumeran,** por lo cual es a

dicho contexto al que debe limitarse la operación de la limitación constitucional al Estado contenida en el artículo constitucional en cuestión. Al respecto, en la resolución número 05977-94 de las dieciséis horas veintisiete minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, se dijo que: «... La garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedia que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que éste es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo...» En este caso, no observa la Sala que el artículo 385 en la parte que interesa, por sí mismo o interpretado rectamente, se contradiga con el fundamento del artículo 36 Constitucional, recién expuesto, ya que se contempla la posibilidad de incorporar por lectura —en un juicio oral determinado— las declaraciones indagatorias de los coimputados absueltos condenados o prófugos, conceptos que excluyen evidentemente la posibilidad de su juzgamiento en el proceso donde pretende incorporarse sus declaraciones. Es a su vez entendido que será incorrecto emplear este mecanismo de incorporación para obtener elementos de juicio para perjudicar en alguna forma al declarante, no obstante, dicha hipótesis debería de analizarse y resolverse dentro del proceso seguido propiamente contra él, es decir, exista la posibilidad real y concreta de un infracción constitucional, por tratarse del juzgamiento del propio declarante."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 4599 de las 18:27 h del 15 de junio.

10. INDEPENDENCIA JUDICIAL. Forma parte del sistema democrático de derecho.

"Los constituyentes, en el artículo 1° de la Constitución Política, definieron el sistema político del Estado costarricense como un régimen democrático, libre e independiente, lo cual implica una forma particular de Estado, en el que la relación entre el Poder y los hombres se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos. Dicho de otro modo, «Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes» (sentencia número 00678-91). Esta positivación del «principio democrático» constituye uno de los pilares —por no decir, el núcleo o esencia— en el que se asienta nuestro sistema republicano, y conlleva que todo el sistema normativo deba ser interpretado conforme a los principios que informan este sistema de vida y de conceptualización del Estado, en el que los derechos reconocidos a las personas les deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen nacional, raza, credo político o religioso, sin discriminaciones a su dignidad como ser humano. En el campo penal estos principios se traducen en la igualdad de trato que debe dárseles a todos, en el respeto de sus derechos en los procesos penales (debido proceso), y en que el sistema carcelario reúna condiciones dignas para la permanencia de los detenidos. Por la importancia que tiene en relación con el tema consultado, es importante hacer mención de la independencia de los jueces, la cual es fundamental en la materia penal, y que también informa el principio democrático, en tanto actúa como garantía de las partes involucradas en el proceso, y que se traduce en el derecho que tiene el imputado de ser juzgado por jueces independientes en relación con los otros Poderes del Estado, de sus superiores del Poder Judicial, y de toda otra influencia externa. Está reconocida en los artículos 9 y 154 de la Constitución Política, en un doble sentido, hacia lo externo e interno del Poder Judicial, en tanto les protege de las influencias e incidencias —tanto externas como internas— que puedan tener en uno y otro sentido en la decisión de los casos sometidos a su conocimiento, para que fallen con estricto apego a lo dispuesto en la normativa vigente. De lo dicho, cabe entonces concluir que la función jurisdiccional es determinante en la construcción y fortalecimiento de toda democracia. La defensa de la Constitución, y por ende de nuestro sistema democrático, depende en gran medida de los jueces, quienes tienen un papel activo en esta tarea, al ser los llamados a interpretar y hacer valer las normas y principios constitucionales y en consecuencia las leyes; al constituirse en garantes de los derechos de las personas, el cual es, además —como se verá más adelante—, uno de los objetivos primordiales de la nueva legislación procesal penal: la de devolverle al juez su función de garante de los valores que protege la Constitución, dotándole de la objetividad necesaria para que actúe como un contralor de derecho y no como un acusador imperfecto."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

11. INTERNAMIENTO EN CENTRO ESPECIALIZADO. Conversión en caso de incumplimiento de la medida sustituta.

"Se consulta el artículo 131 inciso b) de la Ley de Justicia Penal Juvenil en cuanto autoriza la imposición del internamiento en centro especializado ante el incumplimiento de sanciones de otra naturaleza, menos graves. Señala el juez consultante que ni la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, contemplan la posibilidad del internamiento dado el incumplimiento de otras sanciones menos graves. Si se interpreta que ante el incumplimiento de cualquier medida que no sea el internamiento, procede la imposición del mismo (salvo tratándose de contravenciones para las que el mismo numeral 131 establece la improcedencia), se produce un mecanismo legal mediante el cual

se autoriza la imposición de la medida más grave a imponer ante hechos que no son graves y por factores ajenos al hecho sancionado. Estima que el numeral 122 de la Ley expresamente establece que la pena que se imponga debe ser proporcional, racional e idónea y en esa medida la conversión de la medida necesariamente se torna, en sentido contrario, en desproporcional e irracional; pues si la sanción proporcional y racional era la sanción socioeducativa o la orden de orientación y supervisión, en el momento en que por un incumplimiento se cambia por un internamiento, esta sanción necesariamente será desproporcional e irracional en relación con el hecho cometido. Afirma que al individualizar la pena el juez sentenciador atiende a la culpabilidad por el hecho cometido y a la gravedad del mismo, de manera que si se impone posteriormente la sanción por el incumplimiento de la medida, la pena a descontar ya no tiene relación con el hecho y grado de culpa, sino con un factor ajeno incluso a la situación misma que es sancionada. El derecho penal se ampara en la culpabilidad del hecho y las penas a imponer se deben establecer únicamente en función del principio de culpabilidad. Analizando lo señalado por la autoridad consultante, considera esta Sala que el inciso b) del artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no es inconstitucional en sí mismo por lo que seguidamente se expone. Dicha norma señala: *«La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a)... b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.»* En primer término, debe decirse que el régimen de sanciones alternativas a la prisión que contiene la Ley de Justicia Penal Juvenil, atiende al interés superior del menor, a su consideración como ser humano en desarrollo al que debe aplicársele la medida de internamiento sólo como último recurso y por el período de tiempo más breve que proceda, considerando los efectos tan nocivos que el encierro puede ocasionar en su personalidad en formación. Desde esa perspectiva la promulgación de dicha Ley constituye un claro avance de política criminal garantista, pues otorga al juez un abanico de posibilidades que le permiten una búsqueda más justa y eficiente de la solución del conflicto humano subyacente. El Juez puede ordenar la aplicación de las sanciones previstas en la Ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa (artículo 123 de la Ley); de ahí que perfectamente se puede imponer como primera consecuencia por el hecho cometido, una sanción de privación de libertad, sustituida por una orden de orientación y supervisión o una sanción socioeducativa y preverse, que en caso de incumplimiento, se deberá cumplir con la pena privativa de libertad, como último recurso, atendiendo por supuesto a un examen de culpabilidad y proporcionalidad, que debe hacerse al momento de fijar la pena en sentencia. Claro está, que la sentencia debe contener una fundamentación adecuada y suficiente de la fijación de la pena, estableciendo el porqué del monto señalado, su necesidad para lo fines establecidos en la Ley de Justicia Penal Juvenil, según los parámetros del artículo 122 de esa Ley, esto es, debe señalarse en cada caso por qué se considera adecuado imponer esa sanción de acuerdo con las condiciones personales del autor del hecho, la gravedad de éste, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la medida, etc. En caso de que en la sentencia no se establezca expresamente que dado el incumplimiento de la sanción socioeducativa u orden de orientación y supervisión, se ha de proceder al internamiento en centro especializado, no es posible aplicar este último como sanción, pues se estaría causando una grave indefensión al imputado y como bien lo apunta el juez consultante, en ese caso la sanción de restricción a la libertad, se aplicaría por el incumplimiento de otra medida y no propiamente por el hecho cometido, sin relación de culpabilidad con éste, razones por las que resulta inconstitucional. Entendida, la norma cuestionada en la forma señalada no causa violación alguna al principio de culpabilidad, pues la pena privativa de libertad no se impone como sanción por incumplir la medida principal, sino como consecuencia o respuesta por el hecho cometido, su efectivo cumplimiento no se da en virtud de la conversión que de ella se hace, para posibilitar de una mejor forma la reinserción social del menor y según las exigencias del artículo 131 inciso a), pero en caso de incumplimiento de la medida sustitutiva se debe disponer el cumplimiento de la restrictiva de prisión (artículo 123), pues sólo de esa forma se logra el cometido de política criminal que el legislador se propuso con la promulgación de la Ley en comentario. El principio de culpabilidad lo que implica es que no se puede castigar al que actúa sin culpa y la pena no puede pasar la medida de la culpabilidad, principio que con la interpretación que se da a la norma consultada se cumple. La proporcionalidad por su parte es un instrumento para restringir las sanciones punitivas y ello se logra cumpliendo con las exigencias establecidas en los artículos 122 y 123 ejúsdem. Ninguno de esos principios resulta lesionado con la norma cuestionada. En virtud de lo expuesto, se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no resulta inconstitucional."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 2743 de las 11:33 h del 16 de abril.

12. JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Funciones en el nuevo proceso.

"Es claro que el actual Código Procesal Penal deroga todas las disposiciones anteriores relacionadas con el tema de la ejecución de la pena, de manera expresa o tácita y el mismo confiere amplias facultades a los jueces de ejecución de la pena. Lo que el legislador plasmó en el Código Procesal Penal que nos rige, es una judicialización del proceso de ejecución, que es consecuente con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, que establece que corresponde al Poder Judicial: «Conocer de las causas civiles, penales, comerciales... resolver definitivamente sobre ellas y **ejecutar** las resoluciones que pronuncie.» El juez de ejecución de la pena, en la nueva legislación, fue creado para ejercer controles tanto formales como sustanciales en la ejecución penitenciaria. En relación con la legislación anterior representa un salto cualitativo de gran importancia, pues otrora el juez ejecutor tenía funciones muy reducidas y limitadas. Con esta nueva concepción, el juez ejecutor formalmente debe ocuparse de todos aquellos aspectos que tienen que ver con el cómputo del plazo de la pena y sustancialmente debe controlar, entre

otros, la eficacia de la pena en relación con sus finalidades, el respeto a los derechos fundamentales de los condenados, las sanciones disciplinarias que se imponen en el centro penal, etc. De ahí que el numeral 458 del Código Procesal Penal otorgue amplias atribuciones a los jueces de ejecución, quienes únicamente se encuentran sometidos a la ley, en sentido amplio, a los Tratados Internacionales y a la Constitución Política. Es obvio que en lo que atañe a la materia propia de la ejecución de la pena, las autoridades administrativas se encuentran supeditadas a lo que decidan los jueces de ejecución de la pena y no pueden oponerse en modo alguno, pues como se señaló, se trata de facultades que la misma Constitución otorga en forma exclusiva al Poder Judicial. El artículo 140 inciso 9) de la Constitución Política señala que corresponde al Poder Ejecutivo, «Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los tribunales de justicia y los organismos electorales, **a solicitud de los mismos.** Esto es, por ser la facultad de hacer ejecutar lo resuelto, propia de la función jurisdiccional, el Poder Ejecutivo debe acatar lo que decida el Juez de ejecución de la pena en la materia que le compete y en ese sentido debe hacer cumplir lo resuelto, en este caso, lo decidido con autoridad de cosa juzgada."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 3390 de las 16:45 h del 26 de mayo.

13. LEGAJO DE INVESTIGACIÓN. El Ministerio Público no está obligado a entregar fotocopias de las actuaciones al tercero que alegue un interés legítimo.

"El artículo 295 del Código Procesal Penal establece: «El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso. Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave.» La Sala no observa que el acto contra el cual se recurre sea contrario a derecho, pues la autoridad recurrida no está en la obligación de suministrar fotocopia de las actuaciones comprendidas en el legajo de investigación que al efecto lleva a un tercero extraño a la causa que allí se tramita, pues aunque se alegue un interés legítimo en conocer sobre el hecho que se investiga o sobre el imputado de ese proceso —en este caso específico para decidir si acepta o no la defensa de la amparada—, el representante del Ministerio Público sólo puede limitarse a informarles sobre los aspectos indicados para que los abogados adopten la decisión que más les convenga, o permitirles el acceso a la documentación, pero no a sacar fotocopias de las actuaciones que sirven de base a la causa penal, que apenas está en un proceso de investigación para determinar si procede formular la acusación o eximir de responsabilidad al imputado (ver artículos 62 y 63 del Código Procesal Penal), por lo que resulta contrario al sentido común que abogados que aún no están acreditados como partes en el proceso, pretendan sacar copias de las actuaciones contenidas en el legajo de investigación para decidir si aceptan o no el caso. II. Cabe aclarar que el artículo 295 del Código Procesal Penal, no desampara a los abogados que aleguen un interés legítimo en conocer sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, a fin de determinar si aceptan o no participar en el caso, pues el representante del Ministerio Público deberá informarles acerca de esos extremos para que decidan lo que corresponda. No obstante lo manifestado con anterioridad, el interés legítimo que invoque un abogado que pretenda determinar si acepta o no participar en el caso, en modo alguno puede suponer la posibilidad de que se le suministren copias fotostáticas de las actuaciones contenidas en el legajo de investigación, pues afirmar lo contrario, supone desvirtuar la finalidad misma del procedimiento preparatorio. Lo importante es que a la persona que tenga un interés legítimo se le informe sobre los extremos que en función de aquél, le interesa conocer, pues así se garantiza su acceso a la información que requiere para tomar su decisión de participar o no en el proceso, supuesto que se cumplió en este caso, pues del propio memorial de interposición del recurso se desprende que los recurrentes fueron puestos en conocimiento de los aspectos esenciales que el propio Código Procesal Penal indica que las personas que aleguen interés legítimo deben conocer (ver folio 4 del expediente y el párrafo segundo del artículo 295 del Código Procesal Penal). Por lo expuesto, el hábeas corpus debe desestimarse."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 2632 de las 14:54 h del 21 de abril.

14. LEY PENAL JUVENIL. El internamiento en un centro especializado no es inconstitucional.

"Efectivamente, el 131 inciso a) de dicha Ley señala que el internamiento en centro especializado tiene como máximos diez y quince años de prisión, según se trate de menores o mayores de quince años de edad. Considera esta Sala que la fijación de la duración de la sanción es un aspecto propio de política criminal que el legislador ha de determinar de acuerdo con los fines de la pena y los principios que rigen el derecho represivo de menores, dentro del contexto de una sociedad democrática. No obstante, ello no significa que se encuentra exento del control de constitucionalidad, como bien señala la Procuraduría en su informe, si se observa alguna desproporcionalidad, la misma ha de declararse. Desde ese punto de vista, se estima que esta última no existe. Primero, porque la sanción privativa de libertad está prevista como una medida de carácter excepcional, como el último recurso al que debe acudir el juez, segundo porque los montos máximos de penas son mucho menores que los establecidos en la legislación penal de adultos, lo cual implica que el legislador le dio un trato diferente a los menores de edad por su especial condición de seres humanos en desarrollo y tercero porque sólo es aplicable en casos verdaderamente graves, sea los delitos dolosos que en el caso de mayores tengan señalada

como pena, prisión superior a seis años. En todo caso, cuando el juez fija en concreto la sanción, dentro del caso sometido a su conocimiento, debe atender a la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la medida a imponer, de conformidad con los fines de la pena, la personalidad del imputado, las circunstancias particulares del caso, etc. De manera que, considerando lo anterior, no resultan inconstitucionales los parámetros de la pena privativa de libertad establecidos en el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 2743 de las 11:33 h del 16 de abril.

15. LEY MÁS FAVORABLE. Su aplicación integra el debido proceso.

"En el caso que se analiza, el recurrente plantea recurso de revisión por violación al debido proceso, por cuanto considera que el Tribunal de juicio infringió el principio de aplicación de la ley más favorable. En relación con la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general, los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión. Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el artículo 34 de la Constitución Política que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable, la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado como del texto del numeral 12 del Código Penal que indica: "Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley." El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores. El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos. En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso, por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta. El Tribunal consultante deberá establecer si en el caso que se analiza se infringió o no el principio de aplicación de la ley penal más favorable."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 821 de las 16:51 h del 16 de febrero.

16. MEDIDAS ALTERNATIVAS. Principios y plazo para su interposición.

"A partir de la entrada en vigencia de la Ley 7594 del diez de abril de mil novecientos noventa y seis, el principio de legalidad que regía en el ejercicio de la acción penal, ha sido flexibilizado debido a la incorporación de diversos institutos procesales, entre ellos el criterio de oportunidad reglado. De manera que la persecución penal no será ejercida obligatoria e indiscriminadamente, sino con fundamento en criterios de conveniencia y utilidad, que serán aplicados de conformidad con la ley procesal, la política criminal del Estado y el interés de las partes en la solución del conflicto. En consecuencia, el Código Procesal Penal integra al sistema jurídico penal formas alternativas de finalización del proceso, a saber, la aplicación de criterios de oportunidad (artículos 22 a 24), la suspensión del procedimiento a prueba (artículos 25 a 29), la reparación integral del daño (artículo 30 inciso j), la conciliación (artículo 36), el proceso abreviado (artículos 373 a 375). Los principios en los que se funda el orden procesal penal vigente, para permitir el acceso de las partes a estas salidas procesales alternativas, están inspirados en una filosofía iushumanista, que concibe la potestad ius puniendi del Estado como un instrumento de justicia, cuya prioridad no es vigilar y castigar sino restituir la armonía social. Al respecto, el artículo 7 del Código Procesal Penal literalmente establece: «Artículo 7. Solución del conflicto. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido como consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas». En igual sentido, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34 del veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, estipula: «4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos

en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas». Por tanto, interpretar restrictivamente el tiempo procesal de estas acciones (criterios de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba, conciliación, reparación integral del daño, proceso abreviado), significaría limitar en forma ilegítima el derecho que tienen las partes a obtener la pronta resolución de sus conflictos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39, 41 de la Constitución Política, 8.1 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. De manera que la interpretación del tiempo procesal, tratándose de la aplicación de aquellos institutos jurídicos que permiten a las partes concluir el proceso penal y solucionar el conflicto suscitado entre los ciudadanos (víctima e imputado) como consecuencia de la transgresión de la ley penal, deberá ser acorde al interés del Estado de restaurar la armonía social, tal y como lo indica la Parte General del Código Procesal Penal, en su artículo 7. No es posible, entonces, que se limite el acceso de las partes a la solución del conflicto, con fundamento en una interpretación restrictiva del tiempo procesal para la aplicación de tales institutos jurídicos expresamente contemplados en la ley procesal. En cuanto a este aspecto, procede transcribir el artículo 2 del Código Procesal Penal, que en lo conducente indica: «Artículo 2. Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento». Verbigracia, los artículos 17, 25, 36 y 373 del Código Procesal Penal establecen que la revocatoria de instancia, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado podrán solicitarse «en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio». Evidentemente, interpretar que una vez dictado el auto de apertura a juicio (artículo 322 del Código Procesal Penal) no procede, bajo ninguna circunstancia, la aplicación de los institutos jurídicos citados, constituye una interpretación literal del texto normativo. Sin embargo, una interpretación literal del tiempo procesal regulado en los artículos 17, 25, 36 y 373 del Código Procesal Penal, limita el derecho conferido a los sujetos procesales, de obtener solución al conflicto mediante soluciones procesales alternativas después de ordenado el auto de apertura a juicio. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 7 del Código Procesal Penal, esta interpretación literal deberá ser sustituida por una interpretación extensiva de la frase «en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio», que favorezcan el ejercicio de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico a quienes intervienen en el procedimiento, para la solución pronta y efectiva del conflicto. De manera que el tiempo procesal a que se refiere esta frase, no podrá interpretarse como un plazo perentorio —dado que limitaría el derecho de las partes a solucionar el conflicto mediante salidas procesales alternativas—, sino como un plazo ordenatorio que podrá ampliarse con el consentimiento de las partes. En consecuencia, si la víctima y el imputado así lo solicitan, el juez deberá valorar, aún después del auto de apertura a juicio (artículo 322 del Código Procesal Penal), en qué casos procedería la aplicación de la conciliación, la suspensión del proceso a prueba o el procedimiento abreviado —verbigracia—, con fundamento en los principios y valores que instauran el proceso penal."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 5836 de las 17:18 h del 27 de julio.

17. MINISTERIO PÚBLICO. Trascendencia procesal de la labor realizada durante la fase de investigación.

"La desnaturalización de los roles del juez y del acusador en el sistema inquisitivo es corregida en la nueva legislación procesal penal, al asignarle la investigación preliminar al fiscal, quien debe recabar ágil e informalmente los detalles del hecho, así como las pruebas que acreditan la acusación, reconociendo además, como principio básico, que ninguna de las actuaciones o diligencias realizadas durante la investigación preliminar pueden darle fundamento a un fallo condenatorio, salvo que se trate de probanzas que no puedan reproducirse en el debate, como las escuchas telefónicas y los registros, o que se hayan evacuado conforme a las reglas del juicio oral. La indagación de los hechos y recabación de pruebas a cargo del Ministerio Público disminuye sustancialmente la retardación de justicia, porque no requiere que su investigación siga un procedimiento formal estricto, como ocurre con la que realizaba el juez de instrucción, en la que formalmente se comprueba una progresiva y sostenida tendencia hacia el aumento de la duración media de la etapa de instrucción. El artículo 247 del Código Procesal Penal define en términos muy simples la finalidad de la investigación preliminar: si existe o no base para el juicio. Para cumplir con este objetivo no se requiere una investigación compleja y formal, basta con que el fiscal instructor recolecte los elementos de prueba que le den fundamento a la acusación. Únicamente requiere identificar y conocer la prueba que respalda su acusación, no necesita reproducir tales pruebas ante una autoridad jurisdiccional con audiencia a todas las partes, sólo conocerlas y analizarlas, valorando —cuando estime conveniente— si procede o no solicitar la audiencia preliminar para discutir la acusación. Esta indagación preliminar debe ser ágil e informal, ya que como lo indica el artículo 276 del mismo cuerpo legal, las diligencias realizadas en la investigación fiscal preparatoria no tienen ningún valor probatorio para fundar un fallo condenatorio, salvo en los casos de la prueba que se haya recibido conforme a las reglas de que autorizan su anticipo (artículo 293 ibídem), o que expresamente se autorice su incorporación por lectura. Las potestades de investigación se reconocen en términos muy amplios en los artículos 289, 290 y 292 del Código Procesal Penal, de modo que los fiscales pueden realizar todas las

diligencias y actuaciones de investigación que no requieran autorización ni tengan contenido jurisdiccional, pueden exigir informes a cualquier funcionario público, disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios de prueba en sitios en los que se realice la indagación del delito, siempre que tales medidas pretendan evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales. Es fundamental resaltar el hecho de que el Ministerio Público (cada uno de los fiscales asignados a la investigación de los casos sometidos a su conocimiento) debe hacer una valoración inicial de los hechos, con el fin de establecer una serie de alternativas que excluyan o no la acusación penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 ídem; sea, la desestimación de la denuncia, de la querella o de las actuaciones policiales (artículo 282); el sobreseimiento (artículo 311); la incompetencia por razón de la materia o del territorio; la aplicación de un criterio de oportunidad (artículo 22); la aplicación de alguna medida alternativa de resolución de conflictos (suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación, la reparación del daño patrimonial; o la aplicación del procedimiento abreviado. Con esto se comprueba que el Ministerio Público no es un acusador a ultranza, sino que debe valorar con detenimiento el ejercicio del poder requiriente, excluyéndolo en los casos en los que, conforme a la ley, su ejercicio no se justifica, y es en este sentido, que el órgano acusador puede ejercer una importante función racionalizadora de la acción represiva estatal."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

18. NUEVO PROCESO PENAL. La función del juez en sus diferentes etapas.

"El procedimiento diseñado en la nueva legislación procesal penal (Código Procesal Penal) conlleva a una separación absoluta del juez del procedimiento en relación con el encargado del juicio, éste llegará al debate sin conocimiento alguno del caso que deberá resolver, a efecto de que la prueba que recibe en la audiencia oral sea la que efectiva y únicamente se tome en cuenta para resolver el asunto. Se supone que el juez del debate tiene poco conocimiento de lo ocurrido en las etapas precedentes, motivo por el cual la audiencia oral adquiere mayor importancia y complejidad, lo que requiere la introducción de soluciones alternativas que disminuyan el número de asuntos que llegan a debate, lo cual fortalece sustancialmente la vigencia real del principio de oralidad e inmediatez. En el procedimiento intermedio se deben resolver todas las cuestiones que de incidencia en el caso, no estén relacionadas con la celebración del debate oral y público. Con esto, se pretende dar plena objetividad e imparcialidad al juez, de manera que éste no se encuentre comprometido con una tesis concreta al momento de resolver el caso, lo cual se traduce en una mayor independencia del funcionario encargado del debate y decisión de la causa penal. De esta suerte, la instrucción estará a cargo del Ministerio Público, bajo el control jurisdiccional en los actos que así lo requieran (artículo 62 del Código Procesal Penal). La función del juez en la etapa de la instrucción preparatoria es de garantía de los derechos de las partes y de cumplimiento de formalidades ordenadas en protección de los derechos fundamentales, como es el caso del allanamiento de morada (artículo 238 del Código Procesal Penal). De esta forma, el juez rescata su independencia frente al hecho investigado, lo que le permite cumplir con su cometido de fiel garante de los derechos de las partes —de todas las partes— del proceso penal. De esta forma, en la nueva legislación procesal penal se da un gran cambio en la conformación del sistema procesal en sí, ya que de un sistema inquisitorio, se pasa a uno acusatorio."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

19. NUEVO PROCESO PENAL. Transformación de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

"Como corolario del principio democrático... la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, es una de las modificaciones más importantes y sustanciales que se introducen en la reforma del procedimiento penal costarricense, con lo que desaparece el rol tradicional que había venido cumpliendo el juez de instrucción. Con esto, lejos de desaparecer el control jurisdiccional en esta etapa procesal, se fortalece, ya que al no estar comprometido de ninguna manera el juez con la investigación, circunscribe su función exclusivamente a garantizar el respeto de los derechos de las partes involucradas en el caso, impidiendo cualquier exceso del ente encargado de la investigación. Con este traslado de funciones bien puede decirse que se pasa de un sistema inquisitivo (autoritario) a uno acusatorio. En el sistema inquisitivo el juez de instrucción asume un rol contradictorio en relación con las funciones de garantía que debe cumplir y las de investigación, ya que por una parte tiene el compromiso de ser eficaz en su investigación, y por otra, de autolimitarse en sus potestades para asegurar la vigencia de los derechos del acusado; funciones que realizadas por un mismo órgano —juez de instrucción— conllevan a un gravísimo riesgo de confusión de poderes y al debilitamiento de la imparcialidad del juez, característica que debe tener la función jurisdiccional, según se dijo anteriormente. Bien puede afirmarse —entonces— que la concentración de funciones que asume el juez de instrucción contraviene el principio republicano de división de poderes; y es este principio el que exige, por tanto, que la autoridad jurisdiccional evite la ineludible parcialidad que le impone el hecho de ser guardián de sus propios actos. Por ello, para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que no tenga en la causa un interés público o institucional, y que no tenga un interés acusatorio, que es el rol que a fin de cuentas desempeña el juez de instrucción en los sistemas inquisitivo y mixto. Esta confusión de funciones se supera con el traslado de la investigación a un órgano no judicial, con lo que se constituye en un órgano acusador independiente que se separe claramente de la función jurisdiccional, de tal forma que se establezca un control mutuo entre órganos de investigación y jueces; con lo cual se rescata definitivamente el espíritu republicano que debe

orientar el enjuiciamiento criminal en todas sus etapas, y no sólo en la del debate, como ocurría en el sistema anterior. De esta suerte, se deben separar las funciones a partir de la instrucción preliminar, atribuyéndole al Ministerio Público el poder requirente y de investigación, a quien corresponde la iniciativa de las pesquisas y recolección de las pruebas, y a otro órgano, la labor contralora de las funciones que ejerce el ente acusador, labor que recae en los jueces penales. Con esta separación y redefinición de la función acusadora y de la función jurisdiccional, se determina claramente que los representantes del Ministerio Público no tienen poderes decisorios, ni tienen capacidad para decretar medidas que limiten en alguna forma derechos fundamentales (libertad, intimidad, recepción de pruebas irreproductibles y otras), reservándose esta materia a las autoridades jurisdiccionales, que serán las que mantendrán un control sobre la investigación, protegiendo los derechos del acusado sin comprometerse en la investigación del hecho denunciado."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

20. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA. Función de control procesal.

"... es importante agregar, que la víctima no está excluida en el proceso penal, toda vez que en la nueva legislación procesal penal se prevé su participación en forma adhesiva, activa y fiscalizadora, tanto de las funciones que competen al Ministerio Público, al cual puede constreñir con los controles administrativos y judiciales que se abren mediante recursos; como de la función jurisdiccional, propiamente dicha. De esta suerte, la participación de la víctima en el proceso penal se presenta como fiscalizadora de la labor de promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público, labor de control que podrá ejercer tanto por medio de su inconformidad con las solicitudes formuladas por el fiscal, como mediante el recurso de apelación contra las solicitudes de este órgano (como la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento de la causa, la aplicación del criterio de oportunidad y la aplicación de la suspensión del proceso a prueba —artículos 71, 282, 298, 300, 307 y 315 del Código Procesal Penal—). Tales controles aseguran la tutela del interés de la víctima, pues tienden a garantizar que el fiscal prescinda de la tramitación, cuando verdaderamente exista fundamento para ello. Esto es precisamente lo que ocurre en el procedimiento de disconformidad del desistimiento, en el que se prevé la posibilidad de que la víctima, el querellante o el actor civil apelen la decisión final de la desestimación ordenada por el juez. Esta participación de la víctima en el proceso penal modifica el principio de oficialidad y su derivación: el monopolio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público, el cual sigue manteniendo una posición preponderante, aún y cuando la víctima —constituida como querellante o no— pueda objetar o completar sus requerimientos e instar la actividad impugnadora del fiscal contra las decisiones de los jueces, o sustituir al Ministerio Público cuando éste estime que no debe continuar con la acusación (artículo 75 del Código Procesal Penal). El Magistrado Piza Escalante salva el voto y declara que sí son inconstitucionales los artículos consultados."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto.

21. PRESCRIPCIÓN. Naturaleza jurídica.

"Para poder evacuar la consulta formulada por la Sala Tercera respecto de la aplicación del principio de la norma penal más favorable a las reglas de la prescripción de la acción penal, debe definirse en primer lugar en qué consiste ésta, y cómo se regula la legislación nacional. Varios son los elementos que deben hacerse notar respecto de la prescripción de la acción penal —ya señalados con anterioridad en la jurisprudencia constitucional—, que ayudan a conformar una idea respecto de este instituto jurídico. Primero, que **la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal** que adopta el Estado a través del órgano competente para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación. Segundo, que **no existe un derecho constitucional a la prescripción,** sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean **razonables y estén definidos y limitados por la ley.** Tercero, que la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a **modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no.** Lo anterior se indicó en sentencia número 04432-97, de las diecisiete horas treinta y tres minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete: ***«I.** La prescripción de la acción penal, ha dicho esta Sala reiteradamente, **es la cesación de la potestad punitiva del Estado provocada por el transcurso de un determinado período fijado en la ley. El Estado, en estos casos, declina el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar una determinada pena, o hacer ejecutar la pena ya impuesta en un caso concreto, lo que tiene su origen en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica de las personas.** Ante el poder-deber del Estado de aplicar la ley y perseguir el delito, surge también el derecho a resistir ese poder y es por eso que el legislador establece ciertas reglas, para limitarlo y proteger al ciudadano. Así, el derecho de defensa y sus derivados, el de saber a qué atenerse —base de la seguridad jurídica—, son sólo algunas de esas reglas que buscan equilibrar los intereses en juego —los del ciudadano y el Estado—, todo dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. **Se trata pues de un instrumento procesal que surge ante la necesidad de garantizarle al ciudadano que no habrá arbitrariedad frente a la prosecución del delito, porque ante él opera la plena vigencia de los parámetros objetivos establecidos en la ley, y no otros.** Otras razones de orden práctico, también justifican*

la existencia de este instituto, como lo son el hecho de que con el transcurso del tiempo la pretensión punitiva se debilita y termina por considerarse inconveniente su ejercicio, tanto desde el punto de vista retributivo y de prevención general, como en relación con los fines resocializadores de la pena. También, se destruyen o se hacen difíciles la obtención de pruebas lo que dificulta la instrucción razonable de un proceso. A ello se añade la teoría de que el paso del tiempo borra todo en la memoria de los hombres, y por supuesto, el derecho a no estar amenazado indefinidamente por la posibilidad de ser juzgado por un delito que por las razones señaladas y otras más, ya no tiene interés procesal ni real para la sociedad. II. En este orden de ideas, ***resulta claro que la regulación de la prescripción de los delitos es un asunto de política criminal de resorte exclusivo del legislador, y que la Asamblea tiene amplias potestades para establecer los parámetros que en esa materia, cumplan en su criterio, las exigencias que en el ámbito social condicionan su ejercicio.*** *Así lo estableció esta Sala en la sentencia número 6472-96, de las quince horas cuarenta y dos minutos del veintisiete de noviembre del año anterior, en la que se indicó que: «El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos en nuestro país, por política criminal, escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena, el extremo mayor de la sanción, o bien topes máximos y mínimos en relación con el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo con las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso de que ésta llegue a ejercerse. Estimó el legislador que algunos casos, por su naturaleza, toman más tiempo para su denuncia, investigación y juzgamiento, que otros, como el de lesiones u otros menores que tienen un límite de prescripción de dos años. La fórmula que utiliza el legislador, a juicio de esta Sala, no es arbitraria, es sólo una entre muchas que pudo haber utilizado para fijar el tiempo —de acuerdo con cada delito—, que estima necesario para la denuncia, investigación y castigo. Bien pudo haber optado por topes fijos, máximos y mínimos para cada tipo de delito, o no tomar en cuenta el tipo de pena, pero optó por una regulación que al utilizar varios factores (tipo de pena, de delito, extremo mayor, etc.) pudiera servir de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la prosecución del delito, y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.* ***No está obligado el legislador, a optar por una única fórmula que se aplique a todos los delitos por igual, porque como se explicó supra, lo que pretende este instituto es regular de una forma razonable el tiempo prudencial que el legislador considera propio para el ejercicio de la acción penal en cierto tipo de delitos.*** *El hecho de que para delitos graves establezca un máximo de prescripción menor que el extremo mayor de la pena, mientras que no lo hace así para delitos menores en los cuales permite una prescripción mayor al extremo mayor de la pena, no implica una violación a la Constitución y obedece a la necesidad inicial de localizar las pruebas, depurarlas y escoger las que se relacionan con el tema probandi; de facilitar la preparación de la defensa y la eventual celebración de un debate, circunstancias que se superan con un plazo que el legislador estimó en dos años, razón por la que al transcurrir éstos pierde importancia este parámetro y se aplican otros como el tanto de pena a imponer, a efecto de fijar la prescripción de la acción penal.* ***En realidad, no existe un derecho constitucional a la prescripción, como se explicó supra, lo que existe es un derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad e igualdad, pero, desde el punto de vista constitucional, mientras los plazos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador, sean razonables y estén definidos y limitados por la ley, no se afecta derecho constitucional alguno».»***

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 4397 de las 16:06 h del 8 de junio.

22. PRESCRIPCIÓN. Instituto de carácter procesal.

"Conforme a las competencias que tiene el legislador en la definición de las reglas de la prescripción... con la promulgación de la nueva legislación procesal en mil novecientos noventa y seis —vigente a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho—, se trasladó la ubicación de la regulación de este instituto jurídico del Código Penal al Código Procesal Penal, con lo cual, ya no se conforma como materia de fondo (ley sustantiva), según la legislación anterior, sino como materia de forma o procesal. En este sentido, debe hacerse referencia a la ley procesal penal, como la rama del ordenamiento jurídico interno de un Estado cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado, y que disciplina los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y aplicar una sanción penal, regulando así, el comportamiento de quienes intervienen en estos procedimientos. De esta suerte, bien puede decirse que la finalidad de la ley procesal penal es la promoción de la actuación legítima del derecho penal material o sustantivo, es decir, que la actuación del derecho penal material es la razón de ser del derecho procesal penal. Con fundamento en lo anterior, es que debe concluirse que las reglas de la prescripción de la acción penal son de carácter eminentemente procesal por dos razones importantes; en primer lugar, porque su regulación se ubica en el Código Procesal Penal, codificación que tiene un carácter eminentemente instrumental en lo que se refiere a la aplicación del derecho de fondo, como se indicó anteriormente; y en segundo lugar, porque por sí misma, la prescripción implica un límite a la potestad punitiva del Estado, que se aplica a modo de sanción (procesal) a consecuencia de la inactividad procesal en un determinado plazo, según se analizó, teniendo como consecuencia que conlleva una extinción de la acción penal, que es un instituto también de carácter procesal, ubicado en el Código Procesal Penal."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 4397 de las 16:06 h del 8 de junio.

23. PRESCRIPCIÓN. Reglas previstas en la nueva normativa procesal no constituyen ley más favorable.

"En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de

las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho), que dispone: «*[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*», y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado mediante Ley número 4534, de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta): «*[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella.*» Este principio es regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal, el cual dice: «*Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue.*» Debe agregarse que el principio de la norma penal más favorable se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el juez —necesariamente— optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que se despenaliza la conducta: "*En relación con la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general,* ***los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión.*** *Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el artículo 34 de la Constitución Política que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica.* ***No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable,*** *la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado, como del texto del numeral 12 del Código Penal que indica: «Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.» El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores.* ***El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos.*** *En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso,* ***por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta.*** *El Tribunal consultante deberá establecer si en el caso que se analiza se infringió o no el principio de aplicación de la ley penal más favorable"* (sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). En virtud de lo dicho, necesariamente debe concluirse que este principio constitucional (norma penal más favorable), no puede aplicarse en forma retroactiva en relación con las normas procesales. **VIII. DE LA INDIVISIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN.** Sin embargo, es importante anotar una serie de consideraciones en relación con la interpretación de cómo deben aplicarse las reglas de la prescripción de la acción penal y la normativa en cuestión, en virtud del conflicto de leyes que se ha planteado, ya que algunos operadores del derecho propugnan por que se aplique un componente de un sistema prescriptivo (de la legislación anterior —derogada—) con parte o elementos del nuevo régimen, en aplicación del principio de la norma penal más favorable. Primero: Si el principio de la norma penal más favorable es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, consecuentemente, no se puede aplicar a las reglas de la prescripción de la acción penal. De esta suerte, lo propio es aplicar las reglas de la prescripción con fundamento en el sistema procesal bajo el que se rige, según lo dispuesto en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, disposiciones que también son de naturaleza procesal por excelencia. Segundo: Cada régimen procesal debe mantenerse incólume e indivisible, por cuanto la política del legislador al establecer una visión jurídica de los hechos humanos busca la uniformidad, la coherencia y la sistematicidad del instituto, para lograr los fines propuestos por el legislador ordinario. De esta manera, no pueden combinarse elementos de la prescripción de un sistema y otro, así por ejemplo, no puede aplicarse lo correspondiente a la reducción del plazo que contiene la nueva legislación a una legislación que no la tenía, porque permitirlo implicaría la quiebra del sistema, en violación del principio de seguridad jurídica, ya que en la práctica existirían tantos sistemas como opciones imaginables posibles se puedan hacer. De esta suerte, también se protegen los principios constitucionales de la irretroactividad de la ley y tutela judicial efectiva. **IX. DE LA DEFINICIÓN DE LAS REGLAS DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** En virtud de lo dicho en los considerandos anteriores (respecto de la naturaleza de la prescripción de la acción penal como un elemento procesal, y la no aplicación del principio de la norma penal más favorable a la ley procesal), la determinación de las reglas de la prescripción de la acción penal a aplicar en cada caso concreto constituye en sí mismo, un problema de legalidad, que corresponde dilucidar a la Sala consultante, y consecuentemente, a los Tribunales penales al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, conforme lo dispone la normativa pertinente. Las reglas de la prescripción de la acción penal respecto de las causas pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva legislación procesal penal (primero de enero de mil novecientos noventa y ocho) están claramente definidas y predeterminadas en lo dispuesto en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, que establecen: ***"TRANSITORIO I. Aplicación a procesos pendientes.*** *Los procesos que, a la entrada en vigencia de esta ley, tengan auto de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria, aunque no estén firmes,*

continuarán tramitándose de conformidad con el Código anterior. En los demás casos, se aplicará este Código y deberán adecuarse los procedimientos conforme a las nuevas disposiciones." "TRANSITORIO II. Prescripción de causas pendientes. El plazo de prescripción de la acción penal en las causas pendientes en los tribunales, a las que se aplicará este Código, comenzará a correr a partir de la vigencia de este último. Para las causas que deban continuar su tramitación de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Penales de 1973, regirán las disposiciones sobre prescripción previstas en el Código Penal de 1970"; disposiciones que con anterioridad este Tribunal determinó que no resultan inconstitucionales (sentencia número 02346-98, supracitada); de manera que no hay lugar a dudas de cuál es el sistema de la prescripción de la acción penal que se debe aplicar en los casos pendientes a la fecha de entrada de la nueva normativa procesal penal: los asuntos tramitados conforme al Código de Procedimientos Penales prescriben conforme a las reglas establecidas en el Código Penal (artículos 80 y siguientes), y las que se tramitan conforme a las nuevas reglas procesales, prescriben según las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal, en cuyo caso los términos comienzan a correr el día en que entró en vigencia esta legislación, según lo dispone de manera clara el transitorio II. del Código Procesal en comentario al señalar: *«El plazo de prescripción de la acción penal en las causas pendientes en los tribunales, a las que se aplicará este Código, comenzará a correr a partir de la vigencia de este último [...]"*; medida que además de legítima es lógica, pues mal podría exigirse una adecuación de la actividad procesal con normas que no se encontraban vigentes al momento de realizarse."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 4397 de las 16:06 h del 8 de junio.

24. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Objetivos y naturaleza de la normativa que lo regula.

"El artículo 22 del Código Procesal Penal vigente contempla una innovación con respecto a la anterior normativa, puesto que el Código de Procedimientos Penales de 1973 establecía la vigencia del principio de legalidad en los delitos de acción pública sin excepción alguna. En este ordinal se regula la aplicación del principio de oportunidad reglado, aceptándose en ciertos supuestos el dictado de un sobreseimiento a favor del imputado con base en criterios de política criminal de carácter preventivo. La doctrina que se refiere al principio de oportunidad reglado señala que uno de los objetivos político-criminales de los que parte es que, a través del mismo se pueden concentrar los esfuerzos investigativos en la criminalidad no convencional. En efecto, ese parece ser también el objetivo del legislador nacional, por cuanto el numeral de cita permite que el fiscal a cargo de la investigación pueda, en ciertas hipótesis bien determinadas y previa autorización del superior jerárquico, solicitar que se prescinda, total o parcialmente de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho. IV. En realidad no existe un derecho fundamental y ni aún legal del imputado a que en su caso concreto se le aplique un criterio de oportunidad, habida cuenta que depende de que su situación particular y la información que brinde al Ministerio Público se ajuste a los parámetros establecidos en el Código Procesal Penal, y de ser así, que se suscriba el respectivo convenio, el cual según el artículo 23 ibídem debe contar con la aprobación del tribunal, a fin de que se produzca la extinción de la acción penal, que es el efecto jurídico de su aplicación. En el caso concreto, del atento estudio de los autos concluye la Sala que el derecho a la libertad del amparado no ha sido conculcado por parte de la Fiscal recurrida, quien en cumplimiento de su deber procedió únicamente a escuchar la información que le brindó el imputado (amparado), con el fin de valorarla y de estimarlo necesario verificarla, sin que con ello adquiriera el compromiso de efectivamente aplicarle el criterio de oportunidad y menos aún de no solicitar en su contra una medida cautelar restrictiva de la libertad, como lo es la prisión preventiva. Ciertamente la información brindada se consignó en un acta, pero en la misma no consta el compromiso que pretende hacer valer el aquí recurrente; además, los argumentos de la recurrida para ni siquiera solicitar a su superior la aplicación del criterio de oportunidad a favor del amparado resultan sólidos y razonables, puesto que se fundamentan en que luego de la evaluación y verificación de parte de la información obtenida se concluyó —conjuntamente con los oficiales del Organismo de Investigación Judicial encargados del caso— que la misma no era eficaz y válida para lograr el cometido del artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal que se refiere al crimen organizado, pues no se constituía en prueba autónoma e independiente que permitiera vincular al autor intelectual y cabecilla de la banda delictiva dedicada a falsificar tarjetas de crédito y utilizarlas en perjuicio patrimonial de los ofendidos, en la causa penal que se tramita contra el amparado y otros, sino a lo sumo se lograría vincular al proceso a otras personas o coimputados cuya conducta no resulta ser menos reprochable que la que se le endilga a S.C., con fundamento en suficiente prueba que de cargo (sic) con que cuenta la Fiscalía. Por otra parte, el amparado aún iniciadas las negociaciones con el Ministerio Público para la aplicación del criterio de oportunidad siguió conservando su condición de imputado en la causa penal que nos ocupa, y existiendo peligro de fuga debidamente fundamentado por la Fiscal recurrida, no procedió arbitraria ni ilegítimamente al solicitar al tribunal competente que dictara la prisión preventiva contra S.C., que finalmente fue acogida por el órgano jurisdiccional, siendo por tanto legítima la privación de libertad que sufre."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 6857 de las 9:30 h del 3 de setiembre.

25. PRISIÓN PREVENTIVA. La solicitud de modificación de medida no interrumpe el plazo previsto para su revisión.

"Del estudio de la copia certificada del expediente Nº98-200559-431-PE-(3) que se tramita en la Fiscalía Adjunta de Puntarenas contra la amparada por infracción a la Ley de Psicotrópicos, y de los informes rendidos bajo fe de juramento por las autoridades recurridas se desprende que contra la

amparada M.Z.M. se ordenó prisión preventiva por un plazo de tres meses, por resolución de las 14:00 horas del 20 de marzo de 1998 del Juzgado del Procedimiento Preparatorio de Puntarenas. A juicio de la Sala la resolución del Juzgador cumple las exigencias señaladas en los artículos 238 a 243 del Código Procesal Penal y la jurisprudencia vinculante de la Sala. La defensora de la imputada apeló la resolución dicha, que fue confirmada por el Tribunal de Juicio de Puntarenas mediante voto Nº314-P-98 de las 13:45 horas del 30 de marzo de 1998 (folio 32) y en tres oportunidades más solicitó la revisión de la medida cautelar, todas antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva, las que fueron rechazadas por el Juzgado (folios 34 a 38, 43 y 44 y 46 a 48). **II.** El objeto del recurso de hábeas corpus es que se declare que la detención que sufre la amparada es ilegítima, porque el plazo por el cual se fijó la detención está sobradamente vencido sin que haya decretado prórroga alguna. Las autoridades recurridas argumentan que de conformidad con el artículo 253 párrafo tercero del Código Procesal Penal, las solicitudes de revisión de la medida cautelar interpuestas por la defensora de la amparada interrumpen el plazo de detención, por lo que la prisión preventiva vence el 19 de setiembre del año en curso. **III.** La interpretación anterior del artículo 253 del Código Procesal Penal es errada. La norma en comentario dispone: *«Artículo 253. Revisión de la prisión preventiva. Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él»* El párrafo segundo de la norma establece que después de los tres primeros meses de prisión preventiva, si el imputado continúa detenido, el tribunal debe revisar oficiosamente la medida cautelar cada tres meses. El objeto de esta disposición es garantizar que el Tribunal verifique la necesidad procesal de la prisión, o de ser procedente la sustituya por una medida menos gravosa o incluso ordene la libertad del imputado, pues la prisión preventiva no puede prolongarse innecesariamente, dado que la restricción a la libertad sólo puede ser acordada «en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley» (artículo 238 del Código Procesal Penal). El párrafo tercero señala que después de transcurridos los tres primeros meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las que se ordenó y en ese caso, **la solicitud interrumpirá el plazo que señala el párrafo segundo para que el tribunal revise oficiosamente la prisión. De ninguna forma puede interpretarse que el plazo que se interrumpe es el de la prisión preventiva.** El Código Procesal Penal establece que la prisión preventiva debe ser ordenada expresa y fundadamente, por un plazo determinado, por lo que la interpretación en el sentido de que la prórroga de la medida cautelar de restricción a la libertad se da automáticamente viola gravemente el derecho fundamental de libertad de la amparada. En el caso concreto, la Sala aprecia que el plazo de prisión preventiva venció desde el 20 de junio del año en curso y no existe en el expediente solicitud de prórroga por parte del Ministerio Público ni resolución fundada de la Jueza que la ordene. En consecuencia la detención de la recurrente desde el 21 de junio a la fecha —un mes y diez días— es ilegítima, por lo que el recurso debe ser declarado con lugar, ordenando la inmediata libertad de la amparada."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 5520 de las 10:33 h del 31 de julio.

26. PROCEDIMIENTO INTERMEDIO. Mecanismos a través de los cuales se puede exigir el debido proceso.

"Cuestiona el accionante la normativa contenida en los capítulos I y II del título II del libro I de la segunda parte del Código Procesal Penal, a saber, los artículos 310 a 323 que se refieren al procedimiento intermedio, por considerar que omite en su contenido una disposición que garantice en sí el debido proceso, esto es, un mecanismo instrumental que garantice su tutela. Refiere que las vías que deben existir son las de los tribunales ordinarios, la separación al juez del proceso, el recurso de apelación como mecanismo de autotutela del debido proceso, la posibilidad de recurrir en amparo o ante tribunales internacionales. Señala que en el asunto base de la acción no ha encontrado en la Ley, concretamente en los capítulos que regulan la etapa intermedia del proceso, mecanismo alguno por medio del cual pueda ser separado un juez del conocimiento del asunto en esa etapa. El concepto del debido proceso *«... envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce —cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano—, es decir, de los medios tendentes a asegurar su vigencia y eficacia»* (sentencia 1739 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos). En nuestra legislación y jurisprudencia el debido proceso entendido como debido proceso constitucional o como procedimiento judicial justo se ha desarrollado a partir de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, el cual dispone que: *«A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.»* Los diversos elementos integrantes del debido proceso que se caracterizan por ser numerus apertus, han sido desentrañados no sólo por la jurisprudencia de la Sala Constitucional sino también por las resoluciones de la Sala

Tercera de la Corte y demás autoridades jurisdiccionales del país. Según el accionante, durante el procedimiento intermedio no existe ningún mecanismo para reclamar el cumplimiento del debido proceso. Tal afirmación es equivocada. El Código Procesal Penal, de reciente vigencia, contiene un amplio catálogo de garantías y derechos del imputado, los cuales están en la base del sistema y son de obligatorio acatamiento en todas las fases del procedimiento. A través de todo éste se otorga amplia participación a las partes para que hagan valer sus derechos, conforme a sus intereses. El artículo 277 del Código establece la obligación del juez del procedimiento preparatorio de controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica. El artículo 175 del mismo Código señala que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el mismo Código Procesal Penal, salvo que el defecto haya sido saneado de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales. Concretamente, dentro del articulado que impugna el accionante se indica que las partes deben ser debidamente notificadas de la acusación o querella o de otras solicitudes o requerimientos que se realicen en la etapa intermedia y se ha de poner a su disposición las actuaciones y las evidencias para que puedan ser examinadas. El artículo 317 prevé las facultades de las partes, entre ellas, las de objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales, oponer excepciones, solicitar la aplicación de las diferentes medidas, ofrecer prueba, etc. Se establece además que a la audiencia preliminar deben asistir las partes, que tendrán posibilidades de manifestar oralmente lo que estimen pertinente en defensa de sus intereses. Además de ello, las partes tienen la posibilidad de recurrir de algunas decisiones que se tomen como consecuencia de la celebración de la audiencia preliminar... No es cierto entonces lo que señala el accionante en el sentido de que en la normativa cuestionada no se contempla la posibilidad de reclamar la aplicación del debido proceso. Incluso en el mismo debate oral y público puede replantearse la alegación mediante el trámite de los incidentes establecidos en el artículo 342 del Código. El hecho de que no exista un control vertical sobre todas las decisiones y actuaciones del juez de la etapa intermedia no significa que no pueda alegarse el cumplimiento de las reglas del debido proceso y por tal razón, la acción debe ser rechazada por el fondo en cuanto a ese extremo."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 1550 de las 15:15 h del 3 de marzo.

27. PROCEDIMIENTO PREPARATORIO. No es inconstitucional la delegación de actuaciones al juez contravencional.

"Conforme a lo dicho hasta ahora, el asunto a decidir es, si la determinación del legislador, plasmada en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas, según la cual, el juez contravencional, en las circunscripciones en las cuales no exista juzgado penal, puede realizar —en casos urgentes— actos jurisdiccionales del procedimiento preparatorio, por delegación y bajo el control del juez penal, resulta violatoria de lo establecido por los artículos 35 y 155 Constitucionales. Para referirse al tema planteado, es indispensable indicar que, efectivamente, existe en nuestra Constitución Política un principio que obliga al Estado —concretamente, el Poder Judicial (artículo 153 Constitucional)— a establecer y definir cuáles son los órganos jurisdiccionales a los que les corresponde conocer y pronunciarse sobre los conflictos presentados por los ciudadanos. Tal mandato obedece a la exigencia de dotar de contenido a la garantía fundamental establecida en el artículo 35 de la Constitución Política. Apuntado lo anterior, resta añadir que es al legislador, consecuentemente, al que le corresponde definir dónde ubica un juzgado, cuántos va a ubicar en una determinada circunscripción territorial o si no lo va a hacer del todo, o bien, qué materia le corresponde conocer a ese Despacho. En el caso bajo examen, debe aclararse que lo dispuesto por el artículo 118 consultado, se refiere, única y exclusivamente, a asuntos de la competencia del "Juez Penal", mas no así del contravencional, y además a la facultad que tiene dicho juez, no el contravencional, de delegar su competencia en él —en casos de excepción—, ello por carecer el contravencional de competencia para conocer de asuntos penales, juez que podría hacerlo, únicamente, en un supuesto de delegación que es el que, casualmente, autoriza la norma de comentario; por ello es que el juez contravencional debe actuar, en el supuesto del artículo 118, siempre bajo la orientación y el control del juez penal, quien es el funcionario al que legalmente se le asignó la competencia. Dicho lo anterior, no aprecia esta Sala que haya "interferencia" alguna en la forma propuesta por el legislador para coordinador (sic) el ejercicio de ciertas actuaciones en las circunscripciones donde no exista un juzgado penal, ni tampoco, obviamente, en el caso concreto consultado. Inconstitucional es, por ejemplo, que a través de una norma se permita al juez contravencional actuar sobre materias o asuntos que no son de su competencia —como la penal— y hacer juicios de valor sobre las circunstancias del caso, sin la orientación y supervisión del juez competente... Se evacua la consulta formulada, en el sentido de que el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas, no resulta contrario a los artículos 35 y 155 de la Constitución Política."

1998. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 1585 de las 16:18 h del 10 de marzo.

28. REGISTRO DE VEHÍCULOS. Facultades de la policía.

"A diferencia de lo que ocurría con el Código de Procedimientos Penales anterior, la cuestión relativa al registro de vehículos, tiene en la legislación actual una regulación específica, contenida en el artículo 190 que señala: "Artículo 190. El juez, el fiscal o la policía podrán registrar un

vehículo siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito. En lo que sea aplicable, se realizará el mismo procedimiento y se cumplirá con las mismas formalidades previstas para la requisa de personas". En el caso concreto el reclamo consiste en que la resolución que ordenó la prisión preventiva tiene como único y exclusivo fundamento el resultado obtenido por la policía administrativa al llevar a cabo el registro del vehículo que guiaba el amparado, pero contrario a lo que afirma la parte recurrente esa actuación no está viciada por la ausencia de orden o participación en ella de algún juez o fiscal, por cuanto el texto legal anteriormente transcrito claramente faculta actuaciones como la que se llevó a cabo, en el tanto en que, como ella indica, se respeten —en lo aplicable— las mismas formalidades aplicables a la requisa de personas. Como se concluye del elenco de hechos probados resultó demostrado que el día de los hechos los oficiales de la policía administrativa W.A.M. y P.E.E. observaron al amparado conduciendo el vehículo con caracteristicas similares a las que constaban en sus informaciones sobre el tráfico de drogas y además en actitud que catalogaron como sospechosa, por lo que lo detuvieron y lograron convencer al acusado de que bajara del automotor y les permitiera revisarlo, lo cual aunado a las informaciones obtenidas por ellos anteriormente en el sentido de que esa persona en particular transportaba droga en el vehículo, se constituían en motivo suficiente —en los términos de la ley— para presumir que existían evidencias de la comisión de algún delito. No puede haber ilegitimidad entonces en lo actuado pues los elementos de hecho concuerdan con los presupuestos legales descritos en el artículo 190 transcrito, para autorizar al Estado —por intermedio de sus agentes— a actuar como se hizo. Es indudable que una prueba ilegítimamente obtenida no puede ser tomada en cuenta a ningún nivel por parte de los órganos competentes y que en casos extremos, una actuación errónea en tal sentido de parte de ellos podría ser conocida y corregida por esta Sala, sin embargo, en este caso de los elementos aportados no se permite tener por existente dicha anormalidad de modo que lo procedente es declarar sin lugar el recurso interpuesto, con el voto salvado de los magistrados Piza E. y Vargas B. quienes lo declaran con lugar con sus consecuencias.

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 7371 de las 10:12 h del 24 de setiembre.

29. SOBRESEIMIENTO. La inexistencia de apelación contra el auto que deniega su solicitud no violenta el debido proceso.

"La impugnación se dirige también contra los artículos 437 y 315 en relación con el 311 del mismo Código. Lo anterior, por omitir esas normas en forma conjunta o separada, la posibilidad de recurrir del auto que deniegue el sobreseimiento cuando al no dictarse éste, se crean, consuman o permiten violaciones al debido proceso. Estima que la imposibilidad de apelar la denegatoria de sobreseimiento, puede permitir que se consumen o creen violaciones a garantías constitucionales referidas concretamente a las establecidas en el principio de debido proceso. Conforme se señaló en el considerando anterior, las violaciones al debido proceso sí pueden ser alegadas por las partes durante todas las fases del procedimiento; de ahí que se les otorgue una amplia participación en las actuaciones judiciales. No existe ningún derecho constitucional del imputado de impugnar la denegatoria de la solicitud de sobreseimiento porque ésta por sí sola no implica nada respecto de la determinación de su responsabilidad en los hechos que se le imputan, el procedimiento no termina con esa resolución, razón por la que lo resuelto no crea una situación inmutable, sino necesariamente revisable en las diversas etapas por las que debe pasar luego el proceso. Lo único que refleja es el criterio del juez sobre la necesidad de llegar a la fase siguiente, en el caso la del juicio oral y público, que es la fase esencial dentro de todo el proceso en donde las partes pueden ampliamente exponer sus argumentos, ofrecer prueba, plantear incidentes, etc. Por lo expuesto, procede rechazar la acción en torno al aspecto en comentario."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL,** Nº 1550 de las 15:15 h del 3 de marzo.

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MARZO, 2000 AÑO 12, Nº 17

DOCTRINA EXTRANJERA

Criminología Crítica:
Abolicionismo y Garantismo.
Elena Larrauri

Dominio del hecho por dominio de voluntad
en virtud de aparatos organizados de poder.
Kai Ambos

La Transacción Penal Brasileña
y el Derecho Norteamericano.
José Carlos Barbosa Moreira

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.
Martín Rodríguez Miranda

Jurisprudencia constitucional.
Martín Rodríguez Miranda
Lucila Monge Pizarro

DOCTRINA NACIONAL

Una nueva visión del Recurso
de Casación por el Fondo.
Luis Alonso Salazar Rodríguez

Requisitos de la suspensión del
proceso a prueba ante la infracción juvenil.
Rossana García Aguilar

Conciliación penal y Código de
la Niñez y la Adolescencia (CNA).
Saúl Araya Matarrita

La prueba en los procesos
penales centroamericanos.
Daniel González Álvarez

Oleo: Jorge Corea

