# CIENCIAS PENALES

## Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

NOVIEMBRE, 2006 AÑO 18, Nº 24

**DOCTRINA EXTRANJERA**
Populismo punitivo... y como resistirlo.
**Elena Larrauri**
Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana.
**Alberto Bovino**

**DOCTRINA NACIONAL**
Función de taxatividad del tipo penal (mandato de certeza «lex certa»).
**Alberto Alpízar Chaves**
Delitos contra el Ambiente. A propósito de su instrumentalización legislativa.
**Sandra Eugenia Zúñiga Morales**
Mediatización de la oralidad: la perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana.
**José María Tijerino Pacheco**
Oralidad en el Sistema costarricense, corrección y ampliación de la acusación en el juicio oral.
**Jenny Quirós Camacho**
Adolescentes en condiciones de vulnerabilidad: Consumo de drogas en menores privados de libertad y transgresión de la ley penal.
**Mario Alberto Sáenz Rojas; Julio Bejarano Orozco; Sandra Fonseca Chaves**
De la doctrina de la seguridad nacional a la doctrina de la justicia nacional".
**Mario Zamora Cordero**
¿Cumple el/la juez/a penal con los fines de la audiencia preliminar?
**Rosaura García Aguilar**

Aproximación a la normativa penal de las culturas Maya y Azteca.
**Jaime Robleto Gutiérrez**
Consideraciones sobre la valoración de la verdad en el proceso penal.
**Giovanni Mena Artavia**
Los delitos contra los trabajadores y el Derecho Penal del Trabajo: propuesta de reforma al Código Penal.
**Alfonso Chacón Mata**
Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente?
**Pablo Salazar Carvajal**
El procedimiento abreviado.
**Ronald Salazar Murillo**

**JURISPRUDENCIA**
Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
**Rosaura García Aguilar**
Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
**Martín Alfonso Rodríguez Miranda**
Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal
**Rafael Ángel Sanabria Rojas**



**"Verdugo y Juez"**. Grabado de Jorge Crespo

# CIENCIAS PENALES

**Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**

NOVIEMBRE, 2006 AÑO 18, Nº 24



## ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

José Manuel Arroyo Gutiérrez, Director
Francisco Dall'Anese Ruiz
Javier Llobet Rodríguez
Rosaura García Aguilar
Rafael Ángel Sanabria Rojas

DIRECCIÓN POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores
San José, Costa Rica
Tel/fax: (506) 283-5722
Correo electrónico: acpcr@ice.co.cr
Página web: www.cienciaspenales.org

## *CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO*

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

## *JUNTA DIRECTIVA*

| | |
|---|---|
| *Presidente:* | *Rafael Ángel Sanabria Rojas* |
| *Vicepresidente:* | *Martín Alfonso Rodríguez Miranda* |
| *Secretaria:* | *Hannia Soto Arroyo* |
| *Tesorero:* | *Jorge Luis Morales García* |
| *Vocal:* | *Didier Mora Calvo* |
| *Fiscal:* | *Mayra Campos Zúñiga* |


Impreso en Costa Rica por Imprenta y Litografía MUNDO GRÁFICO, S.A. (506) 223-3603 • Diseño Gráfico y Portada: Alejandro Pacheco R. (506) 256-8223 • Muestra Gráfica: Grabado de Jorge Crespo.

**El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director, del Consejo Editorial o la Asociación.**

# EDITORIAL

En esta oportunidad, la Revista de la Asociación Costarricense de Ciencias Penales (Año 18, No. 24) ha hecho un especial esfuerzo por atender la abundante oferta de contribuciones recibidas. Esto significa un evidente síntoma del crecimiento y consolidación de nuestro medio en la difusión de investigaciones, ideas y propuestas en el ámbito jurídico-penal.

Nuestra Sección de **Doctrina Internacional** recibe el valiosísimo aporte de la Profesora Elena Larrauri de la Universidad de Barcelona, estudio de corte criminológico con incidencia directa en el tema de la política penal contemporánea. Si bien escrito, como es lógico esperar, para el contexto europeo y norteamericano, tiene relevantes enseñanzas para todos: ***Populismo punitivo y como resistirlo*** resulta ser un acercamiento a la cruda realidad de nuestros días donde, en el contexto del neoliberalismo económico y conservadurismo político, la cárcel de nuevo emerge como la respuesta, prácticamente única de estados y gobiernos que abandonan el paradigma resocializador para abrazar el esquema de la mera represión o *de la incapacitación*, como la autora lo llama. Tratar de convencer a la clase legisladora, por medio de la información y la capacitación, de que hay otras opciones dentro de la democracia, que ofrecen alternativas al encierro y a los requerimientos de la opinión pública, parece ser la única salida real a los desafíos actuales en materia punitiva. La segunda contribución en este apartado pertenece a un amigo y colaborador, asiduo ya, de nuestra revista. Alberto Bovino desde la Universidad de Buenos Aires, Argentina, nos envía su ***Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*** donde aborda el estudio de un caso ante esa instancia internacional y nos revela las novedades tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte, a raíz de cambios reglamentarios, y cómo ha ido creciendo el número de asuntos elevados y decididos ante este importante tribunal, sobre todo en materias como derecho penal sustantivo, procesal penal y ejecución de la pena.

Los trabajos de **Doctrina Nacional** resultan particularmente numerosos y de diversas especializaciones. El Juez de Casación Penal Alberto Alpízar Chaves nos hace en ***Función de taxatividad del tipo penal (mandato de certeza "lex certa")*** una llamada la atención sobre la importancia del "mandato de certeza", dirigido fundamentalmente al legislador, para alcanzar la auténtica efectividad del principio de legalidad; tema de especial complejidad que no se soluciona con la sola exigencia de la mayor precisión posible en la descripción de las conductas penales. La también Jueza de Casación Penal, Sandra Eugenia Zúñiga Morales en ***Delitos contra el Ambiente. A propósito de su instrumentalización legislativa***, realiza una profunda crítica utilizando un sólido marco conceptual y normativo, respecto de la protección del ambiente por medio de la legislación penal, todo a propósito del proyecto de ley pendiente ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Por su parte, el Doctor José María Tijerino Pacheco prende una luz de alarma en ***Mediatización de la oralidad: la perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana***, donde enfatiza la influencia napoleónica como germen de esa tergiversación, así como la existencia de otros factores que influyen en la misma dirección, proponiéndonos al final de su análisis algunas posibles soluciones. En el mismo tema y a partir de una particular experiencia teórica y práctica, la autora Jenny Quirós Camacho, Jueza de Juicio, en su artículo ***Oralidad en el sistema costarricense; corrección y ampliación de la acusación en el juicio oral***, recoge una serie de conceptos y recomendaciones para una revisión integral de lo que se ha estado haciendo en cuanto a la oralidad del proceso penal en el país, y la necesidad de reorientar la práctica judicial en este campo por medio de ideas centrales, como la producción por audiencias, la correcta asunción de los diferentes roles, la predominancia de la oralidad sin olvidarse de los registros indispensables y, de manera particular, la obligada crítica al problema del alcance de la corrección que pueda hacerse en el juicio conforme la jurisprudencia de los tribunales de casación. Un equipo de psicólogos, los Másters Mario Alberto Sáenz Rojas, Julio Bejarano Orozco y Sandra Fonseca Chaves contribuyen con un interesante trabajo desde el ámbito del quehacer criminológico: ***Adolescentes en condiciones de vulnerabilidad. Consumo de drogas en menores privados de libertad y transgresión de la ley penal,*** donde, con metodología empírica, sustentada en estudio de campo, arriban a resultados prácticos y específicos que nos permiten tener un mejor conocimiento de un segmento de la realidad, poco estudiado y prácticamente desconocido hasta ahora; el mérito fundamental de esta investigación radica, como lo verá el lector, en las propuestas de abordaje y posibles soluciones que proponen los autores. ***De la doctrina de la seguridad nacional a la doctrina de la justicia nacional (retos para la aplicación de los derechos humanos en materia penal y procesal penal: ¿base para un control social de nuevo cuño?)*** es la interesante contribución del Máster Mario Zamora Cordero; estamos en presencia de una de las críticas más sistemáticas y acertadas que hayamos leídos en nuestro medio en los últimos tiempos; el riesgo que implica en la actualidad latinoamericana la resurrección de la Doctrina de la Seguridad Nacional, propia de la época de la Guerra Fría, transformada ahora en una doctrina de la seguridad

ciudadana o, lo que es lo mismo, la disyuntiva entre un derecho penal expansivo o un derecho penal democrático, "con rostro humano" como prefiere el autor denominarlo, parece ser el dilema en que se encuentran atrapadas las sociedades latinoamericanas actuales. Nuevamente en materia procesal tenemos, por otro lado, la reflexión que nos hace la Jueza de Juicio Rosaura García Aguilar bajo el título ***¿Cumple el/la juez/jueza penal con los fines de la audiencia preliminar?*** Lo que ya flota en el ambiente como una verdad a voces, a saber, que ese momento procesal está dejando un déficit importante por ineficiente e ineficaz, es analizado de manera científica por la autora para demostrarnos, en aspectos fundamentales, cuáles son esas deficiencias y cuáles las limitaciones de la jurisprudencia de casación que tampoco parece haber orientado con claridad las soluciones requeridas. Una contribución *sui géneris* a este número de nuestra revista la hace, en esta ocasión, el letrado de la Sala Tercera, Jaime Robleto Gutiérrez; reconociendo que es un primer acercamiento, el artículo ***Aproximación a la normativa penal de las culturas maya y azteca***, resulta ser un original y necesario abordaje del aporte de civilizaciones precolombinas al derecho penal vigente, contrario al mito que les niega influencia y presencia alguna en nuestros días. De carácter epistemológico en tanto incursiona en la teoría del conocimiento y la verdad procesales, resulta ser, por otra parte, la reflexión que nos hace el Máster Giovanni Mena Artavia, bajo el título ***Consideraciones sobre la valoración de la verdad en el proceso penal (en torno a algunos conceptos de dos iluministas),*** pensadores que resultan ser dos clásicos como C. Beccaria y F. Pagano y cuyas contribuciones, vistas a la distancia del siglo XXI, le sirven de pretexto a don Giovanni para reconocer el carácter histórico de los instrumentos de valoración y medición de la racionalidad de las decisiones judiciales. Un ámbito de intersección entre dos áreas del derecho, aquella donde colisionan el Derecho Penal y el Derecho Laboral conforman el material básico para el Máster Alfonso Chacón Mata en el artículo ***Los delitos contra los trabajadores y el derecho penal del trabajo: propuestas de reforma al Código Penal***; donde, a propósito de un proyecto de ley también en trámite ante la Asamblea Legislativa, se propone la idea de crear un capítulo especial de delitos contra los trabajadores con figuras tan específicas como polémicas, tales como el *tráfico de mano de obra*, la *provocación de emigraciones clandestinas*, la *discriminación laboral*, los delitos relativos a la *libertad sindical y al derecho de huelga* y los delitos relativos a las *condiciones de seguridad e higiene en el trabajo*. De penúltimo en la lista de contribuciones para este número se encuentra la sugerente provocación que nos hace el Licenciado Pablo Salazar Carvajal, funcionario del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial; bajo el no menos sugerente título: ***¿Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente?***, el autor hace una punzante crítica al lenguaje propio de litigantes, jueces, defensores y fiscales; propone la necesidad de distinguir entre el idioma que puede usarse en la academia o la doctrina y la necesidad de cambiar esas formas particulares de expresarse, sobre todo en los procesos y en la jurisprudencia, cuando de lo que se trata es de comunicar al ciudadano común lo que se discute y resuelve; sin lugar a dudas el artículo de don Pablo llama la atención sobre un aspecto de importancia política, si de justicia democrática se trata. Y, finalmente, volvemos a la materia procesal penal con el aporta que nos hace el Juez de Casación Penal, don Ronald Salazar Murillo, quien desarrolla en ***El Procedimiento Abreviado*** un acercamiento al concepto, estructura y funcionamiento de este instituto jurídico, a sus principales problemas prácticos y a los más relevantes efectos e impactos en el medio costarricense respaldados por estadísticas que ilustran el resultados obtenidos.

Una vez más debemos agradecer en nuestra tercera Sección de **Jurisprudencia Relevante** a Rosaura García Aguilar por ayudarnos a contar con la Jurisprudencia Constitucional relativa a la materia penal; lo mismo a Martín Rodríguez Miranda, por lo propio en cuanto a los fallos más importantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y, por último a Rafael Sanabria Rojas por lo que corresponde a las decisiones del Tribunal de Casación Penal.

Magíster José Manuel Arroyo Gutiérrez
Director.

# ÍNDICE

## *DOCTRINA EXTRANJERA*


Populismo punitivo... y como resistirlo.
***Elena Larrauri*** ..... *9*

Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana.
***Alberto Bovino*** ..... *19*


## *DOCTRINA NACIONAL*


Función de taxatividad del tipo penal (mandato de certeza «*lex certa*»).
***Dr. Alberto Alpízar Chaves*** ..... *35*

Delitos contra el Ambiente. A propósito de su instrumentalización legislativa.
***Dra. Sandra Eug. Zúñiga Morales*** ..... *43*

Mediatización de la oralidad: la perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana.
***Dr. José María Tijerino Pacheco*** ..... *57*

Oralidad en el Sistema costarricense, corrección y ampliación de la acusación en el juicio oral.
***Dra. Jenny Quirós Camacho*** ..... *67*

Adolescentes en condiciones de vulnerabilidad: *Consumo de drogas en menores privados de libertad y transgresión de la ley penal.*
***M.Sc. Mario Alberto Sáenz Rojas; M.Sc. Julio Bejarano Orozco; Licda. Sandra Fonseca Chaves*** ..... *79*

De la doctrina de la seguridad nacional a la doctrina de la justicia nacional". Retos para la aplicación de los derechos humanos en materia penal y procesal penal:: ¿base para un control social de nuevo cuño?".
***Mario Zamora Cordero*** ..... *89*

¿Cumple el/la juez/a penal con los fines de la audiencia preliminar?
***Rosaura García Aguilar*** ..... *97*

Aproximación a la normativa penal de las culturas Maya y Azteca.
***Jaime Robleto Gutiérrez*** ..... *109*

Consideraciones sobre la valoración de la verdad en el proceso penal.
***Giovanni Mena*** ..... *115*

Los delitos contra los trabajadores y el Derecho Penal del Trabajo: propuesta de reforma al Código Penal.
***Msc. Alfonso Chacón Mata*** ..... *121*

Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente?
***Pablo Salazar*** ..... *141*

El procedimiento abreviado.
***Ronald Salazar*** ..... *149*

## *JURISPRUDENCIA*

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
***Msc. Rosaura García Aguilar*** ..... *157*

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
***Msc. Martín Rodríguez Miranda*** ..... *181*

Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal
***Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas*** ..... *225*

## DOCTRINA EXTRANJERA

# POPULISMO PUNITIVO... Y COMO RESISTIRLO.

*Elena Larrauri*[1]

**INDICE**: I. El populismo punitivo. II. Su contexto. III. La discusión. IV. La resistencia.

### I.- EL POPULISMO PUNITIVO.

Muchos autores detectan desde la década de los ochenta un endurecimiento de las legislaciones penales y un crecimiento muy acentuado de la población encarcelada.

El autor que quizás ha procurado una explicación más completa del surgimiento de una nueva 'cultura del control' en la década de los ochenta es Garland (2001 a). En opinión de este autor se ha producido un viraje en la política criminal de control del delito y trato del delincuente. En síntesis puede decirse que se ha pasado de un modelo basado en la resocialización a un modelo que persigue la incapacitación[2] de los delincuentes. Así

> En las décadas posteriores a la segunda guerra mundial la respuesta estándar a los problemas de delitos y delincuencia –y a la mayoría de problemas sociales- era una combinación de trabajo social, reforma social, tratamiento profesional y recursos sociales (Garland, 2001 a:39).

Este modelo ha sido sustituido por una nueva 'cultura del control' (Garland, 2001 a) o más gráficamente por una época caracterizada por un 'populismo punitivo' (Bottoms,1995:39). En opinión de este último autor, populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso.

En la misma línea diversos autores afirman que se ha pasado de un modelo que perseguía el orden social a través del Estado social (*social welfare*) a un modelo que persigue este objetivo a través del control social (*social control*) (Beckett/Western,2000) [3]. Aun con distinta expresión pero redundando en la misma idea se esgrime el concepto popularizado por Simon (1997) que ha denominado a este proceder, de afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal, 'gobernar a través del delito' (*governing through crime*).

El viraje de un modelo punitivo orientado a la resocialización a un modelo penal basado en la incapacitación puede observarse, en opinión de Garland (2001a:8-20), en los siguientes indicadores[4]:

1) la crisis del ideal resocializador (hoy este fin ya no se asume como principio rector del sistema penal que orienta todas sus decisiones y prácticas);

2) el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes (las penas hoy deben ser 'expresivas' están destinadas a mostrar cuán punitivo el legislador está dispuesto a ser aun cuando luego no se apliquen; también el público puede mostrarse punitivo sin temor a ser recriminado por estos sentimientos);

3) el aumento de un clima punitivo entre la población (la gente parece haber perdido la posibilidad de identificarse con el delincuente al que han dejado de ver como una persona con graves dificultades sociales; el delincuente es hoy el 'otro' con el que no es posible desarrollar empatía alguna);

---

1. Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación Protección de la Víctima y Rehabilitación de los delincuentes en libertad (BJU2001-2075) y fue presentado en la escuela de verano del Poder Judicial (Pazo de Mariñan, A Coruña, 23 de junio, 2005). Agradezco a Felix Pantoja la invitación que me realizó para participar en el curso 'Derecho penal y Política Criminal Hoy'.

2. Incapacitación implica intentar que alguien sea incapaz de delinquir. Conlleva el giro de una política criminal dirigida a cambiar los factores motivacionales del infractor por otra política criminal dirigida a reducir las oportunidades de delinquir. La mejor introducción en mi opinión puede leerse en Zimring-Hawkins (1995).
3. Esta afirmación parece basarse en los escritos sociológicos más amplios de Rose (1996) que observa 'el fin de lo social' ('*the death of the social*') (cit. por O'Malley,2000:159).
4. Puede leerse una aplicación a España de este modelo en Diez Ripollés (2004)

4) el retorno de la víctima (la víctima ha penetrado todo el sistema penal exigiendo mayor consideración y derechos, lo cual ha sido interpretado como una necesidad de limitar los derechos y recursos destinados al delincuente);

5) se privilegia la protección pública (las penas deben servir para proteger a la víctima o al público, el fin preferido es la incapacitación y por ello se busca más la protección del Estado que frente al Estado)

6) la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal (el partido político que quiera ganar unas elecciones debe elegir este tema para hacer campaña, sin aparecer como benévolo);

7) la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen (ha existido una confianza renovada en que la prisión funciona como medio para reducir la delincuencia);

8) la transformación del pensamiento criminológico (muchas teorías defienden hoy el delincuente racional que decide delinquir tras ponderar los costes y beneficios, de ahí que el énfasis sea en la prevención situacional destinada a reducir las oportunidades del delito e incrementar los costes);

9) la delegación de las tareas del control del delito (el Estado reconoce sus límites en las tareas del control del delito y traslada la responsabilidad a la comunidad o a la víctima), producto de presiones fiscales y de una necesidad de relativizar el fracaso en su tarea de reducción de la delincuencia;

10) la privatización de las tareas de control del delito y su comercialización (el surgimiento y expansión de policías privadas o cárceles privadas o los dispositivos de seguridad privada);

11) el surgimiento de un nuevo estilo de trabajar empresarial ('*managerial*'), que atiende a principios de coste-beneficio, tablas de riesgo ('*actuarial*') o número de servicios prestados en vez de a juicios individualizados o criterios normativos;

12) un sentimiento constante de crisis (plasmado en la multitud de reformas, pesimismo generalizado, descrédito de los expertos y en general desconfianza del público acerca de la posibilidad de contener la delincuencia).

## II. SU CONTEXTO.

Evidentemente el 'populismo punitivo' surge en un determinado contexto histórico, social y económico. El intento de entender los cambios sociales y su reflejo en la penalidad, fundamentalmente el gran crecimiento del número de personas encarceladas en Estados Unidos, es lo que ha propiciado numerosos estudios que pretenden explicar los cambios más destacables producidos desde la década de los años ochenta. La literatura es muy abundante[5] pero creo que es posible exponerla, de forma resumida, realzando los siguientes factores detectados por los autores que se han ocupado del tema.

1.- El surgimiento de un neoliberalismo económico que recorta el estado social y pasa a gobernar a través de un estado punitivo. El recorte del Estado social comporta diversas consecuencias: aumenta las desigualdades propiciadoras del delito (Beckett-Western,2000); favorece la inseguridad por medio de la inestabilidad laboral (Zedner,2002: 362-363) y los fenómenos de deslocalización de empresas; produce un sector de personas excluidas (*underclass*) en función de su pertenencia a minoría étnica, género, edad y clase social.

En definitiva, el neoliberalismo económico traducido a los textos criminológicos aparece como influyente en la producción y acentuación de desigualdades sociales (las cuales se entienden como favorecedoras de determinados comportamientos delictivos) y en el surgimiento de sentimientos de ansiedad, producto de la inestabilidad del mercado laboral presente y futuro (los cuales se entienden como favorecedores de sentimientos punitivos).

2.- El surgimiento de un neoconservadurismo político, que enfatiza el mensaje de la peligrosidad de la delincuencia. Así nos encontramos con una nueva imagen del delincuente (p.ej. hoy la delincuencia se identifica fundamentalmente con el maltratador[6], delincuente sexual, inmigrante o terrorista) que no concita la solidaridad que en su día pudo suscitar el delincuente contra la propiedad o drogodependiente; de ahí la mayor resonancia de demandas de 'cumplimiento integro' de las condenas.

Esta nueva imagen de delincuente se acompaña con un discurso que enfatiza la responsabilidad individual, al tiempo que reclama que todo el mundo tiene lo que se merece, esto es, que realza que las causas de la delincuencia son individuales, dependen de uno mismo.

5. Para comprender los cambios globales en la penalidad creo que el texto básico es Garland (2001a). Un buen resumen de las explicaciones ofrecidas para explicar el aumento sostenido de población reclusa en EEUU desde la década de los ochenta puede leerse en Tonry (2004). Puede consultarse además Green-Rutherford (2000); Karstedt-Bussmann (2000); Hope-Sparks (2000); Stenson-Sullivan (2001); Pratt y otros (2005). Estos libros tratan el tema de cómo influyen los cambios económicos y sociales en las decisiones de política criminal de las últimas décadas desde una óptica más europea.
6. Respecto del maltratador ver reflexiones de Medina (2005).

Así las declaraciones del Presidente de Gobierno Aznar en 2003 (cit. por González)

> La permisividad y la atenuación de la responsabilidad personal conducen a la impunidad. El crimen sale muy barato en España y eso ha de acabar.

La nueva imagen y explicación de la delincuencia sirve probablemente las funciones que tradicionalmente ha servido ésta, permitir que la gente se una 'en contra de', permitir identificar a los que se interpretan como causantes visibles de una situación de malestar. Pero además se detecta que en esta nueva fase de modernidad tardía en la que los Estados nacionales parecen vaciarse de competencias en aras de autoridades trasnacionales o multinacionales, el discurso duro contra el delito, permite aparecer al Estado nacional, frente a la ciudadanía, como competente en algún aspecto.

En definitiva, en tiempos en que la globalización conlleva que el Estado tenga pocos ámbitos relevantes en los cuales atribuirse el bienestar de sus ciudadanos, el discurso punitivo permite legitimar al Estado (Frase,2001; Zedner, 2002; Lacey, 2003).

3.- El surgimiento de un sentimiento de inseguridad ontológica (Giddens, cit. por Young, 1999:14) producido probablemente por la ausencia de una comunidad local, y en ocasiones por la desaparición de una comunidad nacional, y por una estructura familiar que se tambalea.

Agudizado por la presencia de nuevas y distintas culturas producto del fin de una época colonial y de las grandes desigualdades territoriales que conllevan sentimientos de diferencia, dificultad y racismo.

Acrecentado el sentimiento de inseguridad en una sociedad que se enfrenta a nuevos riesgos (alimentarios, ecológicos), que se desplazan por todas las clases sociales, de los que se es más consciente y menos dispuesta a tolerarlos.

Y una sociedad que proyecta estas inseguridades en el delito porque como afirman Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, (2003:90)

> (...)[el delito] cumple una función socialmente útil al permitir que la ansiedad sea reemplazada por la indignación: siendo la ira un estado emocional más decoroso y reconfortante que el miedo.

Y finalmente una sociedad en las que se amplía el concepto de delito a cualquier tipo de molestia o incivilidades, las denominadas '*quality of life offences*': limpiacristales, gente sin casa, venta ambulante, graffitis, moteros, o prostitución; todas estas actividades molestas pasan a ser consideradas delictivas, o muestra de que el 'delito' aumenta, o consideradas en las campañas de reducción del 'delito'.

En definitiva, una proyección de todas las ansiedades en el tema de la delincuencia que plasma la ansiedad de una sociedad con múltiples cambios sociales (económicos, multiculturales, y de género). Al tiempo que el delito ve ampliado su campo de influencia a comportamientos molestos, mientras que otras actividades nocivas y perniciosas permanecen exitosamente en la sombra.

4.- Un aumento continuado del delito cuantitativo desde la década de los cincuenta y cualitativo, por haber cambiado su carácter y ser más violento, organizado, y transnacional. Es cierto que los autores indican que el delito está disminuyendo en la década de los noventa pero aun así puede pensarse que este descenso no ha llegado aún a la opinión pública o que a pesar del descenso el número de delitos es todavía más alto de lo que era (Lewis,2004).

Si bien se reconoce un aumento de la delincuencia desde la década de los sesenta, es necesario realizar dos matices. El primero es que los cambios en la penalidad no se explican exclusivamente como una respuesta a la subida del delito[7]. Creo que es posible detectar un acuerdo en la comunidad criminológica de que si bien el aumento del delito explica en parte la creación o surgimiento de sentimientos punitivos, el crecimiento de la delincuencia exclusivamente no determina cómo se reacciona a él. Es en este sentido que la respuesta al crecimiento del delito debe leerse en un contexto fijado culturalmente (punto 1 y 2).

El segundo matiz de forma paralela es que el aumento del delito no explica por sí sólo el aumento de personas encarceladas. Es cierto que esta es la explicación más de sentido común pues como observan Downes-van Swaaningen (2006:6)

> La cultura del control tiene un carácter autoprofético en el sentido Popperiano –esto es, no puede ser falsificada. Si los índices del delito aumentan, se requiere más castigo. Si se estabilizan se requiere más castigo para que disminuyan. Si se reducen, entonces claramente el castigo está siendo eficaz.

Pero como muestran las estadísticas una y otra vez, países con similares números de delincuencia tienen tasas de encarcelamiento muy distintas y periodos de gran crecimiento de la delincuencia pueden coexistir con tasas muy bajas de encarcelamiento (Lewis,2004).

7. Esto hace referencia a la polémica de '*democracy at work*' expuesta por Beckett-Western (2000) quienes arguyen que el punitivismo no se explica como reacción de los políticos a la opinión pública sino que estos son creadores de opinión pública.

Creo que también en este aspecto reina un acuerdo mayoritario en que la subida de personas que están en prisión no reproduce el aumento de la delincuencia sino multitud de otros factores, como decisiones legislativas, sensibilidad judicial, y la capacidad y límites que tiene el propio sistema para procesar los diversos actos delictivos. Por ello se concluye que las tasas de encarcelamiento son una 'construcción política' (Hofer, cit. por Lewis,2004:51)

> (...) en el sentido que el número de gente que está en prisión no es, como a veces parece desprenderse de las declaraciones de los políticos, la consecuencia inevitable de decisiones judiciales individuales, sino una elección realizada por los políticos, tomando en consideración la aceptación del público, los medios de comunicación, los costes y otras prioridades sociales.

## III.- LA DISCUSIÓN.

Es difícil resumir la discusión generada por el libro de Garland (2001 a). En general las polémicas hacen referencia a los diversos indicadores, que el autor ofrece como prueba de la existencia, del viraje en la penalidad de un modelo orientado a la resocialización hacia otro basado en la incapacitación.

Así por ejemplo uno de los aspectos más discutidos es hasta qué punto el abandono del fin resocializador que Garland (2001 a) detecta es real tanto a nivel legislativo, como a nivel operativo, esto es, como principio que guía el quehacer de las instituciones (Zedner, 2002)[8].

Un buen resumen de las diversas polémicas que ha generado la obra de Garland (2000 a) puede leerse en el artículo de Zedner (2002). Sin embargo, en esta ocasión quisiera apuntar otras ideas que quizás pueden ser interesantes para orientar futuras reflexiones.

La primera cuestión recientemente planteada por Matthews (2005) es qué significa exactamente que 'ha aumentado la punitividad', o como medimos este 'aumento de punitividad'. En efecto, como muestra Nelken (2005), refiriéndose a la sociedad italiana, una sociedad puede considerarse 'no punitiva' por tener menos gente en prisión y sin embargo ser muy punitiva por mecanismos informales de control (familia o *vendetta*) o por mecanismos formales, largos procesos, que sin embargo no culminan en la cárcel. Del mismo modo puede ser muy punitiva respecto de algún tipo de delincuencia y serlo poco respecto de otra.

También la comunidad criminológica conoce el lema de 'no confundir el dicho con el hecho' y, como argumentan diversos autores (Zedner, 2002; Nelken, 2005), la legislación puede ser muy punitiva pero aun está por ver, especialmente quizás en países mediterráneos, cómo y si se lleva a la práctica.

No obstante la sugerente pregunta acerca de cómo se mide la punitividad parecería, en una primera aproximación, que una de las formas más claras de medición es el incremento del número de personas encarceladas. Como observan Roberts-Stalans-Indermaur-Hough (2003:5)

> La principal herramienta del populismo penal es el encarcelamiento.

Este aumento de forma continuada desde la década de los ochenta en numerosos países europeos y especialmente en Estados Unidos donde se ha llegado a hablar del fenómeno de 'encarcelamiento masivo' ('*mass imprisonment*') (Garland, 2001b) es lo que parece indicar que asistimos a una nueva época, a nueva 'cultura del control', cuando menos en el uso de la pena de prisión[9].

Así, en Estados Unidos la población reclusa norteamericana era durante prácticamente todo el siglo veinte de 110/100.000 habitantes, pasando a ser a fines de los años noventa de 450/100.000 o de 680/100.000 si se incluyen las cárceles locales (Garland, 2001b:5).

En Europa también se asiste a un incremento de la población reclusa aun cuando ello no se produce en la misma proporción que en Estados Unidos ni en la misma cantidad en todos los países europeos. Pero si tomamos como ejemplo España también en este caso se observa un crecimiento espectacular desde la década de los ochenta en que la población reclusa era de 60/100.000 habitantes, a la actualidad de 2003 en que la ratio es de 129/100.000 (Cid, 2005).

En definitiva, a pesar de ser interesante recordar que un país que tiene menor índice de encarcelamiento puede aun así ser punitivo de acuerdo a otros indicadores, creo que el aumento de población encarcelada de forma tan drástica[10] en las últimas décadas aconseja seguir

8. Esta objeción no puede salvarse afirmando que 'en la práctica' las instituciones no actúan considerando la resocialización como fin preeminente, puesto que si esta fuera la objeción debería compararse la *práctica* de dos épocas –década de los sesenta y noventa-. Garland (2001 a) afirma que ha cambiado el 'discurso' y esto es lo que se duda.
9. Quizás este hecho sea aún más llamativo y deplorable porque desafía todas las declaraciones de criminólogos e incluso de instituciones acerca de la necesidad de usar la prisión como último recurso. Y porque cunde el desanimo al observar que la presencia de castigos alternativos no implica por sí sólo una disminución del uso de la pena de prisión.
10. Se queja Matthews (2005) al cuestionar el aumento de punitivismo que no se diga nada por ejemplo del descenso del numero de personas que van a prisión por impago de multa que parece ser que en Inglaterra ha bajado de 20.000, en 1980, a 4.000 personas en 1990. Y afirma que para los académicos al igual que para la prensa sólo las malas noticias son 'buenas' noticias. Es curioso porque, si se permite una reflexión personal, en general siempre han sido los criminólogos críticos los mas 'apocalípticos', y en general eran los criminólogos liberales los que matizaban los aspectos que sí van bien. Actualmente parecen haberse invertido los términos.

utilizando este indicador como alerta de lo que constituye un problema: el uso persistente de la pena de prisión para casos que creemos podrían ser tratados con sanciones alternativas.

Además de la polémica que rodea al término de 'punitivismo', una segunda discusión global hace referencia a la universalidad del fenómeno de la 'cultura del control' identificado por Garland (2001 a). Admitido claro está que hayamos podido definir el fenómeno de 'cultura del control', populismo punitivo, o que hayamos acordado que usamos tasas de encarcelamiento para hacer comparaciones.

Es cierto que Garland (2001 a) escribe basándose en el modelo norteamericano, y hasta cierto punto en Inglaterra. No obstante tiende a manifestarse acerca de Inglaterra y 'otros países europeos', por lo que parece sugerir que el surgimiento de la 'cultura del control' es un fenómeno generalizado.

Sin embargo, diversos autores (Albrecht,2001; Zedner, 2002:353; Lacey, 2003:86-92; Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, 2003:60) apuntan varias excepciones como Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, Holanda[11], Canadá, o Japón.

En mi opinión más fructífero que discutir que países escapan del análisis de Garland (2001 a) quizás sea analizar cuáles son las características de las sociedades que no han desarrollado tendencias tan punitivas en las últimas décadas.

Si mi lectura de la literatura es apropiada los siguientes factores se asocian con el mantenimiento de castigos limitados y orientados a la resocialización, son por así decir 'factores protectores' respecto del populismo punitivo: el grado de integración social de la sociedad[12]; menores cotas de desigualdad; no hacer uso electoral de la cuestión penal; auto contenimiento de los medios de comunicación; y la existencia de un cuerpo de técnicos que asesoran acerca de la eficacia e impacto de las reformas penales y que actúan como institución 'intermedia' entre la opinión pública y los políticos.

Una última objeción global que se ha realizado al análisis de Garland (2001 a) es acerca de si contribuimos a expandir este modelo al presentar como inevitable que las sociedades europeas sigan el modelo norteamericano (Zedner,2002:354). Ciertamente la transmisión de conocimientos es una empresa cargada de dificultades (Melossi, 2000). No sólo teóricas para determinar hasta qué punto los indicadores detectados en una sociedad son aplicables a otras, sino también, y especialmente, prácticas.

La copia de otros modelos puede producir resultados desalentadores (así Nelken, 2005, cita por ejemplo como el ministro de Justicia holandés justificaba el necesario aumento de población reclusa que debía acometer su país para estar en línea con el resto de países europeos).

Por ello quizás finalmente esta observación deba estimularnos para realizar estudios atentos a la realidad española (¿existe recorte del estado asistencial en materia punitiva?, ¿ha cambiado el discurso acerca de la delincuencia?, ¿es la población española más punitiva? ¿los políticos que usan argumentos punitivos extraen algún beneficio electoral? ¿se usan menos las penas alternativas? ¿es ello debido a cambios legislativos? ¿en concreto cuál cambio legislativo es el que produce un mayor impacto en el aumento de personas encarceladas?) con el fin de comprender mejor qué factores son los decisivos para explicar lo que en mi opinión es decisivo, el gran número de personas encarceladas.

En cualquier caso finalmente es conveniente recordar, para no caer en el desanimo, que

> (...) Gobernar siempre es un proyecto inacabado y en consecuencia sin que se sepa su forma final. Hay buenas razones para que los análisis críticos no asuman que todos los desarrollos son pasos hacia el triunfo final del neoliberalismo. Muchos rasgos de la política gubernamental son producto directo o indirecto de formas de resistencia, más que reflejo impecable de su racionalidad política (O'Malley, 2001:100).

## IV. LA RESISTENCIA.

En esta breve presentación de la obra de Garland (2001 a) reseñaré a continuación algunos de los estudios que quizás puedan servirnos para ofrecer resistencia al populismo punitivo.

Mi objetivo, y lo digo claramente, es intentar convencer al legislador que no está determinado por el populismo punitivo, esto es, que hay suficiente base social para oponerse a éste. Que no debe confundir opinión pública con opinión publicada. Que el legislador crea opinión pública. Y finalmente que el legislador y gobernante pueden rebajar el grado de punitivismo de una determinada

11. Debe observarse que debido al tiempo que transcurre desde que los artículos se publican la situación puede experimentar cambios. Notablemente el caso de Holanda, veáse Downes-van Swaaningen (2006).
12. También Lâppi-Seppälä (conferencia en el Master de criminología y Ejecución Penal, Barcelona, 10 de junio de 2005) muestra una relación entre legitimidad, esto es, confianza en el sistema de partidos políticos de una sociedad y menor punitivismo, entendido como menores tasas de encarcelamiento.

sociedad en un determinado periodo. A convencer de estas tres ideas, que quizás sean también de utilidad para los jueces, se dedican el resto de reflexiones.

La primera cuestión que ha surgido de nuevo con fuerza en el año 2000 han sido los estudios de 'opinión pública y castigo'. Ello no es casualidad ya que una de las características del populismo punitivo es precisamente que el gobernante cree que la gente exige 'mano dura' y que en consecuencia hacer alarde de punición le comportará un mayor numero de votos.

Son bastantes los estudios que existen al respecto. Yo resumo los elaborados por Roberts-Stalans-Indermaur-Hough (2003:21-34) con las encuestas de cinco países (Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Nueva Zelanda). En este libro se muestra que la gente tiende a creer que hay más delito del existente, que este es más grave de lo que es y que las penas que los tribunales imponen son menos severas de lo que realmente son. Es decir tienden a creer que la situación está más descontrolada de lo que está: más delito, siempre de carácter violento, y condenas benevolentes.

Hasta aquí las investigaciones concuerdan con lo imaginable. Lo curioso en este estudio es que cuando a la gente, en vez de una pregunta abstracta por teléfono, se le explica el funcionamiento y los principios que guían el sistema penal, se le proporciona un caso verídico, se le suministra información del infractor, se le dan diversas opciones, y se le indica que debe juzgar el caso concreto, en definitiva cuando se le indica que condene como si fuera juez, la condena que impone es similar a la que impone el juez (Roberts-Stalans-Indermaur-Hough 2003: 93-106).

Esta segunda parte de las investigaciones es la que en opinión de estos investigadores no estaría adecuadamente filtrándose a los políticos, los cuales creen que la gente es más punitiva de lo que es. Por ello finalmente se habla de una 'doble incomprensión', la opinión pública respecto del sistema penal, y la de los políticos respecto de la opinión pública.

Los mismos resultados se obtienen en estudios europeos o de ámbito nacional reflejados en la Encuesta Internacional del Delito. Cuando se realiza una pregunta concreta (¿qué condena impondría a una persona de 21 años condenado por robo por segunda vez?) hasta un 65% de la población cree que es mejor aplicar una condena a trabajos en beneficio de la comunidad en vez de una pena de prisión[13].

También interesantes son los estudios realizados acerca de cuál es en opinión de la gente la causa de los comportamientos delictivos. Así parece que a pesar de la insistencia norteamericana en la 'responsabilidad individual' también en este país la mayor parte de la gente cree que las causas de los comportamientos delictivos son 'sociales' y que el fin más importante que debe perseguirse con el castigo es la resocialización (Beckett-Western,2000:22).

Finalmente, los últimos estudios que conozco[14] por lo que respecta a la opinión pública y actitudes hacia el castigo muestran como incluso en Estados Unidos, en concreto en California, desciende el apoyo a las condenas de prisión, el apoyo a las condenas obligatorias a prisión (*mandatory minimum sentence*) y se favorece el fin de la rehabilitación, así como la mayor inversión en educación que en la prisión[15].

En este sentido de la misma forma que se acostumbra a defender la necesidad que la opinión pública conozca el funcionamiento del sistema penal, para evitar el surgimiento y reafirmación de sentimientos punitivos, también es importante, a mi juicio, reiterar que el político debe conocer la opinión pública, para convencer al legislador progresista que hay una base social que apoya las medidas penales alternativas a la prisión (Roberts-Stalans-Indermaur-Hough 2003:160-185).

El segundo tipo de estudios que me parece también conveniente reseñar son los que cuestionan la presunta causalidad entre opinión pública y reacción de los partidos políticos. Creo que el mejor libro en esta materia es el de Beckett (1997:23) quien muestra con investigaciones empíricas como por ejemplo en Estados Unidos antes de que empezase la 'guerra contra las drogas' sólo un 2% (!) de la población creía que ello fuera un problema. En consecuencia en opinión de esta autora la línea causal no es opinión pública, medios de comunicación y reacción política, sino más bien los partidos políticos deciden 'iluminar' un problema y ello tiende a concentrar la atención de los medios de comunicación y finalmente a crear una opinión pública.

En opinión de Beckett (1997) la guerra al delito en Estados Unidos es una forma de 'codificar' otras guerras haciéndolas aparecer como legítimas. Así la guerra al delito en Estados Unidos esconde el racismo (no por ser negros son excluidos sino por delincuentes); el recorte del Estado social (no por ser pobres son excluidos sino por delincuentes); la debilidad del Estado frente a poderes económicos (dureza contra el delito de los pobres que

13. Medina, J.J. (Conferencia en la UAB, 20 de Abril, 2005)
14. Esta encuesta puede consultarse en www.soros.org\crime\cji-poll
15. Es importante no dar tampoco la impresión de que toda la opinión pública es benevolente. Más bien lo que se intenta matizar es a) que la opinión pública no es un bloque monolítico punitivo; b) que no hay un aumento del punitivismo en la opinión pública; y c) que el surgimiento de una opinión pública más o menos punitiva es una cuestión sometida, y susceptible de ser sometida, a variaciones. Véase por ejemplo para captar un poco más la complejidad de los estudios acerca de la opinión pública Maruna-King (2004).

coexiste con la amplia corrupción y muertes ocasionados por los intereses del 'complejo industrial penal militar'); y quizás también la guerra al delito es conveniente por aparecer como una cuestión 'despolitizada', en el que los discursos de la derecha y la izquierda no parecen diferenciarse o en el que los discursos de la izquierda alternativa no alcanzan a ser oídos (Beckett-Western, 2000).

Es también interesante observar como los políticos no sólo deciden en cuál problema concentrarse sino que tienden ya a apuntar la solución. Así al construirlo como delito, en vez de cómo problema social, la solución ya es un castigo, pero más aún al preguntar 'cuánto tiempo', la respuesta ya es prisión y no algún otro tipo de sanción penal (Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, 2003:33).

En definitiva, el mensaje que se derivaría de este tipo de análisis es que los políticos y los medios de comunicación no deben concentrar la atención mediática en la cuestión penal, o si lo hacen deben compararla con el resto de males sociales para presentar el delito en su contexto[16], como un mal social que es. Un problema social que debemos intentar remediar además como el resto de males sociales, pero que lamentablemente no tiene remedio sencillo, y sin creer que la prisión o condenas más largas es la fácil solución a toda su complejidad[17].

Este tipo de estudios que atribuyen una decisiva responsabilidad a los políticos y a los medios de comunicación chocan en general con el escepticismo de quienes creen que los medios de comunicación no pueden crear opinión pública 'de la nada' y que en consecuencia 'algo hay' en la opinión pública para que esta sea proclive a escuchar los discursos que reclaman por ejemplo más castigo para los delincuentes.

Creo que sin desmentir la afirmación anterior, esto es de que los políticos eligen destacar un problema para concentrarse en una guerra (la de la droga, por ejemplo), y no en otra (la de la pobreza o la de Iraq), también la creencia que la opinión pública es receptiva, como advierte Beckett (1997), a un mensaje punitivo en determinadas épocas puede ser cierta. En consecuencia procede estudiar porqué existe esta distinta receptividad al mensaje punitivo.

Para ello, y este es el último grupo de estudios que me propongo resumir, creo que es de interés la literatura de psicología social que tiene una larga tradición en responder a la pregunta de porqué la gente somos punitivos.

Y la primera cuestión que hay que advertir rápidamente es que ni ello es universal, no somos igual de punitivos en todas las épocas sociales, ni todos los grupos sociales son tampoco igual de punitivos.

Las investigaciones dedicadas al tema[18] destacan los siguientes factores decisivos para entender el grado de punitividad de las personas. En primer lugar se analizan los *factores instrumentales*, esto es, la gente sería punitiva en la medida en que tiene una mayor probabilidad y miedo a ser víctima del delito.

El resultado parece ser o que existe una correlación muy leve o que no hay correlación entre miedo al delito y grado de punitividad[19]. Tampoco hay correlación entre el hecho de haber sido víctima de un delito y ansias punitivas, contrariamente a lo que acostumbra a pensarse, pues, como recogen Maruna-King (2004:93), quien no ha sido víctima puede exagerar las consecuencias mientras que quien sí lo ha sido quizás se enfrenta a ello de forma más pragmática.

En cualquier caso, concluyen los investigadores, que en las ansias punitivas los factores instrumentales –miedo al delito o ser víctima de un delito- son el factor menos relevante (Tyler-Boeckmann, 1997:255) y que la explicación debe buscarse en el significado moral, simbólico, que adquiere la realización de actos delictivos.

El segundo grupo de elementos que pueden explicar la diferencia en sentimientos punitivos son quizás *factores individuales* (edad, género, clase social, nivel educativo).

De todos estos elementos el que presenta una mayor correlación es el nivel educativo, como mayor es el nivel educativo de la persona más apoyo concede a penas distintas de la prisión. Esto no obstante tampoco este factor aparece como el más relevante para explicar la variación en sentimientos punitivos (Maruna-King, 2004:98-99).

El tercer grupo de indicadores son las *variables expresivas*, esto es, la actitud que se tiene respecto la familia y la diversidad cultural. En este caso la creencia de

16. Son reveladoras por ejemplo las estadísticas expuestas por Stangeland (2005) que al comparar el número de mujeres muertas a manos de su pareja concluye que por cada muerte a manos de su pareja, cincuenta mujeres mueren en accidentes, la mayor parte de carretera; y ocho se suicidan. Ello no quita indudablemente relevancia a la muerte de mujeres a manos de su pareja pero sí permite analizar la información en su contexto desproveyéndola de los tintes alarmistas que dan origen a legislación excepcionalmente punitiva.
17. En opinión de Roberts-Stalans-Indermaur-Hough (2003:179) debería aumentarse el coste electoral para el populista penal, y para ello es necesario tener información precisa de los hechos para poder denunciar la falsedad de las soluciones simplistas.
18 Me baso en Tyler (1997) y Maruna-King (2004)
19. Otro matiz es si hay correlación entre probabilidad de ser victimizado y miedo al delito. Por lo que alcanzo a conocer de las investigaciones y literatura, la respuesta es negativa, lo cual explicaría porqué personas que no tienen una gran probabilidad de ser víctimas de un delito pueden tener más miedo y ser quizás por ello más punitivas.

que hay un desmoronamiento social correlaciona intensamente con los sentimientos punitivos. Como afirman Tyler-Boeckmann (1997:256)

> Aquellos ciudadanos que creen que el consenso moral y social que une a la sociedad se está rompiendo son los más defensores de las políticas públicas punitivas.

La consecuencia de este resultado es por un lado, como afirman ambos investigadores, que la posición punitiva que uno adopte tiene más que ver con valores sociales que con acontecimientos penales puntuales; por otro lado, se entiende la centralidad de la educación, pues esta es la que permite interpretar los cambios sociales con mayor serenidad, no como un peligro a la cohesión social y moral de la sociedad, en definitiva no como algo amenazador que requiere una respuesta firme al 'enemigo'[20].

Finalmente el último grupo de factores relevantes son las creencias y valores (*core values*) que podrían denominarse *variables emotivas*[21]. En este caso dos son las cuestiones que parecen más relevantes, la primera hace referencia a que causa atribuye la gente la delincuencia, si a la voluntad individual o bien a la situación; la segunda se refiere a la convicción que pueda tener la población acerca de la posibilidad de reforma de las personas.

En opinión de Maruna-King (2004:95,99) la creencia de que la gente cambia, y puede reformarse, es, junto con los factores expresivos, la variable que presenta una correlación más fuerte, independientemente de los factores instrumentales e individuales, con los sentimientos punitivos. Así los entrevistados que opinan que la gente puede rehabilitarse tienden a ser menos punitivos que aquellos convencidos de la condición inmutable de las personas.

¿Puede extraerse alguna conclusión de estos estudios? En mi opinión sí. En primer lugar que la punitividad está asociada con ansiedad y la ansiedad tiene también que ver con las condiciones sociales en las que uno le ha tocado desarrollar su vida (Bottoms-Wilson,2004). Un gobierno progresista que quiera disminuir el populismo punitivo debe conseguir reducir las fuentes de ansiedad sociales y económicas a las que se enfrentan los grupos sociales que permanentemente están situados al borde de la exclusión.

En segundo lugar, si como afirma Maruna-King (2004:103) la penalidad tiene mucho de emotivo porque resuena con los valores más íntimos, ello implica conseguir una justicia 'afectiva' además de 'efectiva'.

En consecuencia además de educar al público deben prestarse atención a todas aquellas experiencias que permiten que la gente participe (léase justicia restauradora) , pues esto no sólo permite una mejor comprensión del funcionamiento del sistema penal sino una mayor satisfacción con el sistema de justicia penal; deben promoverse sanciones penales (léase trabajo en beneficio a la comunidad) que enfaticen los valores de reparación a la sociedad que la gente apoya; y debe finalmente realzarse el valor de que la gente cambia (léase resocialización).

## BIBLIOGRAFÍA


- ALBRECHT,H.J. (2001) "Post-Adjudication Dispositions in Comparative Perspective" en TONRY,M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) **Sentencing and Sanctions in Western Countries**. Oxford, Oxford University Press.

- BECKETT,K.(1997) **Making Crime Pay**. New York, Oxford University Press.

-BECKETT,K.-WESTERN,B. (2000) "Crime Control, American Style: From Social Welfare to Social Control" en Green,P.-Rutherford,A. (eds) **Criminal Policy in Transition**. Oxford, Hart Publishing.

- BOTTOMS,A. (1995) "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" en Clarkson,C.M.V.-Morgan,R. (eds) **The Politics of Sentencing Reform.** Oxford, Clarendon Press.

- BOTTOMS,A.-WILSON,A. (2004) "Attitudes to punishment in two high-crime communities" en Bottoms,A.-Rex,S.-Robinson,G. (eds) **Alternatives to Prison**. Cullompton, Willan Publishing.

-CID,J. (2005) "The penitentiary system in Spain" en **Punishment and Society.** Vol 7:147-166.

- DIEZ RIPOLLES,J.L. (2004) 'El nuevo modelo de seguridad ciudadana' en **Jueces para la Democracia**, número 49, marzo.

- DOWNES,D.-van Swaaningen,R. (2006) "The road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of The Netherlands" en Tonry,M.-Bijleveld,C. (eds) **Crime and Justice in The Netherlands.** Chicago, Chicago University Press (en prensa).


20. En este sentido Tyler-Boeckmann (1997:260) apuntan la idea de cómo el delito permite unir y mantener las fronteras de la sociedad una vez ha desaparecido el enemigo externo después de la 'guerra fria'.
21. En tanto los factores del tercer grupo son más susceptibles de ser influidos por la educación, las variables de este cuarto grupo son los que Maruna-King (2004:106, nota 6) denominan disposiciones 'afectivas', adquiridas en los tempranos procesos de socialización y por ello no susceptibles o de muy difícil variación por medio de la persuasión cognitiva.

- FRASE,R. (2001) "Comparative perspectives on sentencing policy and research" en TONRY,M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) **Sentencing and Sanctions in Western Countries**. Oxford, Oxford University Press.

- GARLAND,D. (2001a) **The Culture of Control**. Oxford, University Press.
- (2001b) (ed) "The meaning of mass imprisonment" en Special Issue on Mass Imprisonment in the USA de **Punishment and Society.** Volume 3, number 1, London, Sage.

-GONZALEZ,C. (2004) "Notas a las reformas del código penal operadas en virtud de las Leyes Orgánicas 7/2003, 11/2003 y 15/2003" en **Jornadas La reforma del Codi penal, la presó provisional i l'execució de les penes.** Begur, C.G.P.J.-Centre d'estudis juridics i formació especialitzada. Generalitat de Catalunya.

-HOPE,T.-SPARKS,R.(eds) (2001) **Crime, Risk and Insecurity**. London, Routledge.

-KARSTEDT,S.-BUSSMANN,K. (eds) (2000) **Social Dynamics of Crime and Control.** New Theories for a World in Transition. Oxford, Hart Publishing.

- LACEY,N. (2003) "Principles, Politics and Criminal Justice" en ZEDNER,L.-ASHWORTH,A.(eds) **The criminological Foundations of Penal Policy.** Oxford, University Press.

- LAPPI-SEPPÄLÄ,T. (2001) "Sentencing and Punishment in Finland: The decline of the repressive ideal" en TONRY,M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) **Sentencing and Sanctions in Western Countries**. Oxford, Oxford University Press.

-LEWIS,C. (2004) "Trends in crime, victimisation and punishment" en Bottoms,A.-Rex,S.-Robinson,G. (eds) **Alternatives to Prison**. Cullompton, Willan Publishing.

-MARUNA,S. -KING,A. (2004) "Public Opinion and Community Penalties" en Bottoms,A.-Rex,S.-Robinson,G. (eds) **Alternatives to Prison**. Cullompton, Willan Publishing.

- MATTHEWS,R. (2005) "The myth of punitiveness" en **Theoretical Criminology**. Vol. 9, nº 2.

- MEDINA ARIZA,J. (2005) "Politics of crime in Spain:1978-2004" en **Punishment and Society** (en prensa).

-MELOSSI,D. (2000) "Translating Social Control: Reflections on the Comparison of Italian and North-American Cultures Concerning Social Control, with a few Consequences for a 'Critical Criminology'" en KARSTEDT,S.-BUSSMANN,K. (eds) **Social Dynamics of Crime and Control.** New Theories for a World in Transition. Oxford, Hart Publishing.

-NELKEN,D. (2005) "When is a society non punitive? The Italian case" en PRATT,J. y otros (eds) **The new punitiveness**. Cullompton, Willan Publishing.

- O'MALLEY,P. (2000) "Criminologies of Catastrophe? Understanding Criminal Justice on the Edge of the New Millennium" en **The Australian and New Zealand Journal of Criminology.** Vol.33, nº 2.
-(2001) "Risk, crime and prudentialism revisited" en Stenson,K.-Sullivan,R. (eds) **Crime, Risk and Justice.** Cullompton, Willan Publishing.

-PRATT,J. y otros (eds) (2005) **The new punitiveness**. Cullompton, Willan Publishing.

- ROBERTS,J.V.-STALANS,L.J.-INDERMAUR,D.-HOUGH,M. (2003) **Penal Populism and Public Opinion**. Oxford, Oxford University Press.

-SIMON,J. (1997) "Governing Through crime" en Friedman,L.-Fisher,G. (eds) **The Crime Conundrum**. Westview Press.

-STANGELAND, P. (2005) "Malos tratos y homicidios en la pareja: Una perspectiva intercultural" en **Revista de Derecho Penal y Criminología.** 2ª época (en prensa).

- STENSON,K.-SULLIVAN,R. (2001) (eds) **Crime, Risk and Justice.** Cullompton, Willan Publishing.

- TONRY,M. (2004) **Thinking about Crime**. Oxford, University Press.

- TYLER,T.R.- BOECKMANN,R.J.(1997) "Three Strikes and you're out, but why?. The psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers" en **Law and Society.** Vol.31, nº 2.

-YOUNG,J. (1999) **The Exclusive Society**. Sage,London.

-ZEDNER,L. (2002) "Dangers and Dystopias in Penal Theory" en **Oxford Journal of Legal Studies**. Vol. 22, nº 1.

- ZIMRING,F.E.-HAWKINS,G. (1995) **Incapacitation.** New York, Oxford University Press.

# PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, DERECHO DE DEFENSA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA. DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA

*Por Alberto Bovino**

Abogado, pasad a los hechos;
la Corte sabe de derecho**.

## I. INTRODUCCIÓN

Con el cambio de Reglamentos de la Comisión[1] y de la Corte[2] Interamericanas de Derechos Humanos —en adelante, la Comisión Interamericana, la Comisión, o la CIDH; la Corte Interamericana, la Corte IDH, o la Corte—, en los últimos años el tribunal del sistema regional ha resuelto muchos más casos contenciosos de los que resolvía mientras estuvo vigente su Reglamento anterior[3].

Durante la vigencia del anterior Reglamento de la Corte, en cada caso, por lo general, se dictaban tres sentencias, derivadas cada una de ellas de su propia audiencia: la sentencia sobre excepciones preliminares, la sentencia sobre el fondo, y la sentencia sobre reparaciones. En ocasiones, se dictaba una cuarta sentencia, sobre la interpretación de la sentencia de reparaciones o de la sentencia sobre el fondo. Esto sucedió, por ejemplo, en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. El 26 de julio de 1987 se dictó sentencia sobre las excepciones preliminares; el 29 de julio de 1988 se dictó sentencia sobre el fondo; el 21 de julio de 1989 se dictó sentencia sobe indemnizaciones; y el 17 de agosto de 1990 se dictó sentencia de interpretación de la decisión sobre las indemnizaciones.

Con la entrada en vigor del nuevo Reglamento, la práctica de la Corte ha variado y, por lo general, en una sola audiencia se discuten las excepciones preliminares, el fondo de la demanda y la solicitud de reparaciones, y son resueltas en una única sentencia. En la historia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de los primeros 36 casos contenciosos que no concluyeron por excepciones preliminares, sólo uno de ellos fue resuelto en una sola sentencia, el resto exigió entre dos y cuatro decisiones de la Corte. Luego del cambio de Reglamento, la gran mayoría han sido resueltos en una sentencia única.

De hecho, en el caso que comentaremos ni siquiera se realizó una sola audiencia, pues la Corte obligó a las partes a presentar toda la prueba, las observaciones a las solicitudes y elementos de prueba de la contraparte, y los alegatos finales, por escrito[4]. Ante esta decisión, los representantes de la víctima[5] plantearon que por lo menos se realizara una audiencia de alegatos. A pesar de ello, se respondió:

> "Asimismo, el Presidente informó a las partes que contaban con plazo hasta el 27 de mayo de 2005 para presentar sus alegatos finales escritos en relación con el fondo y las eventuales

---

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master in Laws, Columbia University School of Law (New York). Abogado Consultor del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires.

* Citado por Sentís Melendo en el trabajo de Ledesma, Ángela, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, en AA.VV, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 358.

1 El nuevo Reglamento de la Comisión entró en vigor el 1º de mayo de 2001.

2 El nuevo Reglamento de la Corte entró en vigor el 1º de junio de 2001.

3 Un análisis de los nuevos Reglamentos en Centro por la Justicia y el Derecho internacional (CEJIL), *Los Nuevos Reglamentos de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Gaceta Número 13, Washington, D.C., en http://www.cejil.org/gacetas.cfm. Sobre la intervención de las víctimas en el procedimiento contencioso ante la Corte, cf. Bovino, Alberto, *The Victim before the Interamerican Court of Human Rights*, en "Interights' Bulletin", Ed. The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Londres, vol. 14, Nº 1, 2002. Puede verse en http://www.interights.org/page.php?dir=Publication&page=bulletin1.php.

4 De hecho, ya en lo primeros casos contenciosos de la Corte IDH bajo el nuevo Reglamento, ésta comenzó a recibir declaración de ciertos testigos y peritos en la audiencia, y otras a través de una declaración jurada. Ver Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 35.

5 Una de las reformas más relevantes en el procedimiento contencioso ante la Corte introducidas por el nuevo Reglamento consiste en que, una vez presentada la Demanda de la Comisión, la víctima o sus representantes, son notificados para que decidan si intervendrán con su propia representación, para interponer su demanda, ofrecer prueba y formular solicitudes como la Comisión (art. 23, Reglamento de la Corte Interamericana).

reparaciones y costas. Finalmente, en respuesta a la solicitud de los representantes de que era 'importante que la decisión de la [...] Corte, en cuanto a no convocar a audiencia pública, [fuera re]evaluad[a] cuidadosamente tomando en consideración la importancia de presentar [sus] alegatos *in voce* y poder rebatir directamente las posiciones del Estado, en afirmación del principio de contradicción', el Presidente consideró que no era procedente acceder a dicha solicitud, con base en que:

> [...] según lo señalado en el artículo 40 del Reglamento, el Presidente 'fijará las audiencias *que fueren necesarias*', lo cual expresa una facultad discrecional del Presidente para convocar a las partes a audiencias públicas en casos cuyos objeto y circunstancias indiquen que el ejercicio de dicha facultad resulta pertinente y necesario. Lo anterior se desprende a su vez de la lectura de varias disposiciones del Reglamento que prevén la posibilidad de convocar a audiencias sobre excepciones preliminares, medidas provisionales, recepción de prueba o procedimiento de opinión consultiva. Además, la facultad a que se hace referencia es consistente con la regulación de dicha práctica en otros tribunales internacionales de la misma naturaleza. El ejercicio de dicha facultad resulta aún más pertinente ante la necesidad de atender adecuadamente los casos sujetos a la consideración de la Corte, cuyo número ha crecido considerablemente y se incrementa de manera constante. En el supuesto de que la Corte o su Presidente decidan no convocar a audiencia pública, esto no debe ser interpretado como una inobservancia o disminución del derecho de defensa y contradicción de las partes, las cuales mantienen la oportunidad de presentar sus argumentos en sus alegatos finales escritos. En este sentido, el hecho de que se autorice este tipo de práctica va en mérito del conjunto de casos pendientes ante el Tribunal, en atención a que la Corte no se encuentra permanentemente reunida. [...]"[6].

Dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, la Convención Americana, la Convención, o la CADH— tiene un amplio catálogo de derechos y garantías que protegen a las personas sometidas a persecución o sanción penal[7], especialmente en los últimos años, ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial en los fallos de la Corte Interamericana referido a garantías del derecho penal, procesal penal y de ejecución de la pena.

Así, por ejemplo, la Corte se ha pronunciado sobre la pena de muerte, sobre detenciones ilegales y arbitrarias, sobre las salvaguardas procesales de toda persona detenida, sobre el plazo razonable del encarcelamiento preventivo, sobre el control judicial de legalidad de toda detención, sobre el principio de legalidad sustantivo, sobre la inconveniencia de utilizar el derecho penal para reprimir actos de expresión, sobre las condiciones de detención, sobre la afectación de la integridad física y psíquica por las consecuencias de acciones de operadores de la justicia penal, sobre la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, sobre la incomunicación del detenido, sobre el derecho del imputado a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, sobre el plazo razonable del proceso, sobre el principio de inocencia, sobre diversos aspectos del derecho de defensa, sobre la prohibición de múltiple persecución penal, sobre el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria, sobre la publicidad del juicio penal, entre otras cuestiones[8].

## II. EL CASO "FERMÍN RAMÍREZ"

### II. 1. Los hechos probados

La Corte Interamericana, en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, analizó la violación de diversos derechos garantizados en la Convención. En este comentario sólo nos ocuparemos de los temas del título, esto es, el tratamiento que la Corte dio al principio de correlación entre acusación y sentencia y, además, al cambio de calificación jurídica por parte del tribunal de juicio por aplicación del principio *iura novit curia*.

A continuación, sintetizamos los hechos que la Corte consideró probados:

a) En agosto de 1997, luego de que fuera detenido y encarcelado Fermín Ramírez, el fiscal solicitó que se elevara el caso a juicio y acusó por el delito de violación calificada —violación seguida de muerte culposa— (párr. 54.4)[9]. En diciembre de 1997 el tribunal de la investigación dictó auto

6 Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 23. Es dudoso que la Corte esté facultada por el Reglamento a no realizar por lo menos una audiencia, pero esa cuestión debería ser objeto de un comentario autónomo.

7 Así, por ejemplo, los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 22 y 25, CADH, entre otros.

8 Se pueden consultar los fallos de la Corte Interamericana íntegros en su página en la red: http://www.corteidh.or.cr/. En la sección "Derechos Humanos" de la página www.pensamientopenal.com.ar se ha comenzado a publicar extractos de los fallos más recientes de la Corte referidos a derechos y garantías del derecho penal.

9 Art. 175, Código Penal, (Violación calificada). Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años.

de apertura a juicio conforme a la acusación de violación calificada formulada por el fiscal (párr. 54.6).

b) El debate se llevó a cabo los días 5 y 6 de marzo de 1988. En esa audiencia, luego de escuchar a cinco peritos, el tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta, sin especificar de cuál se trataba (párr. 54.9). Según el CPP Guatemala, el debate debe suspenderse en caso de ampliación de la acusación durante el juicio:

> "Artículo 373.- Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modificare la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva.
>
> En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.
>
> Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación".

Llamativamente, en el CPP Guatemala, el derecho que se le reconoce al imputado y su defensor frente a la ampliación de la base fáctica de la acusación, también se le reconoce cuando el tribunal advierte la posibilidad de cambiar la calificación jurídica. En este último supuesto, el artículo siguiente dispone:

> "Art. 374.- Advertencia de oficio y suspensión del debate. El Presidente del Tribunal advertirá a las partes sobre *la modificación posible de la calificación jurídica*, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el artículo anterior" (destacado agregado).

c) Sin embargo, en el juicio contra Ramírez, el tribunal, más allá de advertir sobre la posible modificación de la calificación jurídica, sin señalar cuál podría ser esa calificación, no tomó nueva declaración al imputado, ni informó a las partes sobre su derecho a solicitar la suspensión de la audiencia (párr. 54.13). En su alegato de cierre, el fiscal acusó por asesinato cometido con "ensañamiento" y con "impulso brutal", y solicitó la pena de muerte (párr. 54.14). El artículo 132 del Código Penal establece:

> "Art. 132.- (Asesinato). Comete asesinato quien matare a una persona:
>
> ...
>
> 5) Con ensañamiento;
>
> 6) Con impulso de perversidad brutal;
>
> ...
>
> Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente.
>
> A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa".

Por su parte, el art. 388 del CPP establece:

> "Art. 388.- Sentencia y acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.
>
> En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público".

d) Con base en los hechos probados durante el juicio y el art. citado previamente, el tribunal condenó por asesinato a Fermín Ramírez, a la pena de muerte, en su sentencia del 6 de marzo de 1998:

> "... dicho asesinato se cometió con la mayoría de los elementos propios de este delito, tales como ALEVOSIA, PREMEDITACION CONOCIDA, ENSAÑAMIENTO, CON IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL Y EL OCULTAMIENTO DEL MISMO*, ya que la menor [de edad] Grindi Jasmín Franco Torres fue asesinada con

* [Comentario agregado] Nótese que el tribunal agregó más circunstancias de hecho que ni siquiera fueron invocadas por la fiscalía, tales como la alevosía y la premeditación conocida.

> ENSAÑAMIENTO Y PERVERSIDAD BRUTAL, QUE AL VIOLARLA LE DESGARRO SUS ORGANOS GENITALES Y RECTO, ACTUANDO DE ESTA FORMA EN CONTRA DE SU CALIDAD DE MENOR DE EDAD Y DE NIÑA, OCULTANDO POSTERIORMENTE SU CADAVER. Además de las agravantes contenidas en el artículo veintisiete del Código Penal, como son: [el] ABUSO DE SUPERIORIDAD, [el] DESPOBLADO, EL MENOSPRECIO A LA VICTIMA Y EL ARTIFICIO PARA COMETER EL DELITO AL HABERLE OFRECIDO VEINTE QUETZALES* PARA QUE LE HICIERA UN MANDADO. Por lo anterior se viene a determinar la peligrosidad social del procesado [...]" (párr. 54.18).

El tribunal concluyó por unanimidad y "con certeza jurídica" que:

> "I) [...] el procesado FERMIN RAMÍREZ SIN OTRO APELLIDO Y/O FERMÍN RAMÍREZ ORDÓÑEZ es autor responsable del delito de ASESINATO Y NO DE VIOLACIÓN CALIFICADA, como inicialmente formalizó la acusación el Ministerio Público, ya que la prueba producida en el debate, especialmente el informe médico legal referente a la necropsia practicada al cadáver de la menor [de edad] GRINDI YASMIN FRANCO TORRES en el cual se establece que la causa de la muerte de dicha menor se debió a asfixia por estrangulamiento, informe que fue ratificado por el Doctor DOUGLAS ERICK DE LEON BARRERA, Médico Forense Departamental en la propia audiencia del debate y no como consecuencia de la violación de la menor [de edad] y pudo haber ocurrido que después de fallecida la víctima [el señor Fermín Ramírez] tuvo acceso carnal con el cadáver, convirtiéndose en una NECROFILIA" (párr. 54.18).

e) La defensa impugnó la sentencia y la pena en reiteradas oportunidades, la primera de ellas fue a través de un recurso de apelación especial[10] ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones. El recurso planteaba las violaciones más groseras ocurridas durante el procedimiento. Sin embargo, la Sala de apelaciones, acudiendo a afirmaciones dogmáticas y razonamientos circulares, rechazó infundadamente el planteo defensista[11].

A la fecha de la sentencia de la Corte IDH aún estaba pendiente de resolución el segundo recurso de gracia interpuesto. A la misma fecha, la ejecución de la pena de muerte del Sr. Fermín Ramírez era competencia del Juzgado Segundo de Ejecución Penal, y se hallaba suspendida por las medidas provisionales ordenadas por la Corte en este caso (párrs. 54.51 a 54.53).

### II. 2. Los alegatos de los demandantes

#### *a) La Comisión*

Terminado el Capítulo de la Sentencia que describe los hechos probados, se continúa con el análisis de la posible violación de los distintos derechos garantizados en la Convención. Dentro de este esquema, la Corte menciona los alegatos de la Comisión, los alegatos de los representantes de la víctima —si los hay—, y los alegatos del Estado, para luego dar sus conclusiones. La Comisión señaló las siguientes circunstancias:

a) El ministerio público no formuló acusaciones alternativas, como lo permite el art. 333 del CPP Guatemala[12], y tampoco amplió la acusación durante el debate (art. 373, CPP) —párrs. 55.d y 55.e—.

b) El ministerio público solicitó la pena de muerte por asesinato en sus alegatos finales, cuando ya había precluido su oportunidad para solicitar ese cambio —párr. 55.f—.

c) El tribunal no advirtió sobre qué posible calificación jurídica podría modificar la imputación de violación agravada —párr. 55.g—.

d) El tribunal, para aplicar la calificación de asesinato, dio por acreditados dos hechos ajenos al objeto procesal, esto es, la causa de la muerte por asfixia, y que el acceso carnal había tenido lugar después de la muerte de la víctima —párr. 55.h—.

e) El tribunal, para decidir la aplicación de la pena de muerte, introdujo otra circunstancia nueva que resultó determinante en su decisión, la peligrosidad de Ramírez. Esta circunstancia, además, no fue probada, y se fundó en los mismos hechos utilizados para agravar el delito. Dado que la peligrosidad es un elemento subjetivo que implica la futura reiteración de conductas delictivas, no fue sometido

---

* [Comentario agregado] Veinte Quetzales son aproximadamente tres dólares estadounidenses.

10 Este recurso es prácticamente idéntico a un recurso de casación amplio (ver arts. 415 y ss., CPP Guatemala).

11 La defensa planteó reposiciones, aclaratorias, revisiones, inconstitucionalidades, apelaciones, etc., en veinte oportunidades diferentes, y ante seis tribunales distintos, pasando en seis oportunidades por la Cámara Penal de la Corte Suprema y en otras seis por el Tribunal Constitucional (párrs. 54.19 a 54.53). Para tratar de comprender esta promiscuidad recursiva en el régimen procesal guatemalteco, se puede ver, Moreno Ocampo, Luis, y Bovino, Alberto, *Dictamen sobre "El derecho a un recurso judicial efectivo ante un tribunal competente, independiente e imparcial en la República de Guatemala"*, en http://www.casogutierrez.com/Pages/documentos36.htm. Ver, también, Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, especialmente párrs. 200 y siguientes.

12 "Artículo 333.- Acusación alternativa. El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta".

a una valoración científica mediante la actividad probatoria, es decir que no fue probada y sólo fue presumida —párr. 55.h—.

f) El fallo condenatorio se fundó en hechos no comprendidos en la acusación y en la peligrosidad que no fue demostrada, desconociendo el tribunal el principio de congruencia e impidiendo el ejercicio del derecho de defensa del imputado. Tal fallo se dictó sin haber cumplido los requisitos del art. 332 *bis* del CPP, "que incluye como requisito sustantivo de la acusación la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible... y su calificación jurídica" (párrs. 55.j y 55.k).

g) El fiscal, para evitar la sorpresa y la indefensión de Ramírez, debería haber ampliado formalmente la acusación, para incluir los nuevos hechos y el cambio de calificación. El tribunal, por su parte, omitió decir cuál era la calificación jurídica que podría imponerse en vez de la de violación. También omitió recibir nueva declaración al imputado e informarle que tenía derecho a una suspensión de la audiencia, y formularle correctamente la intimación de los hechos por los cuales fue finalmente condenado, en violación al art. 8.2.b de la Convención. Estas circunstancias, a su vez, impidieron a la defensa técnica contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su tarea, en violación al art. 8.2.c —párrs. 55.m y 55.n—.

La importancia de los alegatos de la Comisión es que en ellos se formulan afirmaciones sobre el alcance de los distintos estándares de protección de los derechos humanos desde un punto de vista institucional, razón por la cual —a menos que la Corte rechace lo solicitado— da pie a que tales afirmaciones puedan ser oponibles a la Comisión en el trámite de una petición ante dicho órgano.

***b) Los representantes de la víctima***

En segundo término, los representantes de la víctima presentaron los siguientes alegatos:

a) La base del derecho de defensa presupone estar correctamente informado sobre la imputación. El derecho a ser oído carece de sentido si la sentencia se pronuncia sobre hechos ajenos al debate —párrs. 56.a y 56.c—.

c) Señalaron la irregularidad del tribunal de limitarse a advertir que podría cambiar la calificación jurídica —párr. 56.d—.

d) En el derecho guatemalteco la intimación reviste suma importancia, pues se prevé una audiencia previa al juicio para discutir los hechos y el derecho objeto de la imputación —párr. 56.g—.

e) El cambio de calificación jurídica tuvo lugar en el alegato final y la sentencia, "sin que se hubiese informado previamente al señor Fermín Ramírez" —párr. 56.h—.

f) La peligrosidad social no puede ser invocada en un Estado democrático de derecho; la peligrosidad criminal debe ser probada —párr. 56.i—.

g) Además de que el fiscal no amplió la acusación respecto de la peligrosidad, la decisión judicial no puede fundarse en el convencimiento privado del juez o en juicios que no han podido ser contradichos por la defensa, y en el caso no hay ningún dato objetivo incorporado legalmente que indique de algún modo la peligrosidad del imputado —párrs. 56.j y 56.k—.

h) El conocimiento previo y detallado de la imputación, la calificación jurídica y la posibilidad de aplicación de la pena de muerte hubiera permitido que la defensa solicitara la división del debate[13] y ofreciera prueba de descargo —párrs. 56.m y 56.n—.

i) Se violó el principio de inocencia, ya que se dio por comprobada la peligrosidad sin que existiera prueba sobre ella —párr. 56.o—.

## III. La decisión de la Corte Interamericana

### III. 1. Los argumentos

Para analizar las violaciones a los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), la Corte Interamericana señaló que debía determinar, en primer término, lo siguiente:

> "a) el carácter y contenido del llamado 'principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia' en materia procesal penal, a la luz de las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención; en particular, la posibilidad de que el juez penal califique al hecho delictivo en forma distinta de la planteada en la acusación, o abarque hechos no contemplados en ésta, todo ello en relación con el derecho de defensa del imputado;
>
> b) la necesidad de contemplar en la acusación penal las circunstancias que demuestren la peligrosidad del agente y la pertinencia, desde el

13 El art. 353 del CPP Guatemala permite solicitar a las partes, cuando se trata de un delito grave, la cesura del debate. En la primera etapa se determina la responsabilidad del imputado y, en su caso, la determinación de la pena en la segunda etapa.

> ángulo de la legalidad penal, de que la descripción legal del delito o la determinación de sus consecuencias incorporen referencias a la peligrosidad del agente, que influyan en la fijación judicial de la pena; y..." (párr. 64)[14].

Luego de aclarar que para cumplir con su función de determinar si había habido una violación de las obligaciones impuestas por la Convención, la Corte Interamericana debía analizar y evaluar la tramitación del procedimiento penal contra Fermín Ramírez, destacó que ella no funciona "como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos" (párr. 62)[15].

En primer lugar, la Corte comienza por definir el principio de congruencia en términos no tradicionales:

> "La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. *La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación.* El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación" (párr. 67, destacado agregado).

Así, la Corte establece dos principios: a) para no violar el derecho de defensa, la sentencia no se debe apartar de los hechos descriptos en la acusación; y b) se viola el derecho de defensa si, sin alterar los hechos objeto de imputación, *se modifica la calificación* sin observar las garantías procesales previstas en la ley para realizar tal modificación.

Estas afirmaciones resultan un tanto imprecisas. La Corte está analizando si se han violado las exigencias del art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención, ambas derivadas del derecho de defensa (párr. 68). En este contexto, el segundo principio sólo representaría una violación al derecho de defensa establecido en la Convención por el cambio de calificación jurídica realizado sin respetar las reglas del derecho interno. Ello pues, a diferencia de otras reglas de la Convención, el art. 8.2.b y 8.2.c no remiten al derecho interno, como sí lo hacen, en cambio, las siguientes disposiciones:

> "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" (art. 7.2, CADH).

> "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (art. 25.1, CADH).

Si esto fuera así, el cambio de calificación jurídica sería una violación a la Convención en el caso de una sentencia dictada en Guatemala, y no lo sería en el caso de una sentencia dictada por nuestra justicia nacional. Pues mientras el CPP Guatemala contiene una regla legal que obliga al tribunal a advertir sobre la posible calificación jurídica, el CPP Nación carece de ella.

En el caso de las dos reglas citadas de la Convención, no hay remisión alguna a las normas del derecho interno —como sí sucede con las reglas citadas en último término—, por lo tanto, la violación del derecho de defensa tal como está garantizado en el art. 8.2.b y 8.2.c no puede depender de reglas procesales específicas del derecho interno como el art. 374 del CPP Guatemala. A nuestro juicio, la única interpretación posible de esta proposición se refiere al

14 No analizaremos aquí el tema omitido en la cita (art. 25, CADH). Por otra parte, aquí la Corte comete un error, pues el término "recurso" del art. 25 —de acuerdo con su propia jurisprudencia— no significa "medio de impugnación", sino procedimiento legal para la tutela judicial de los derechos. Lo que debería haber analizado la Corte es el ejercicio del "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" garantizado en el art. 8.2.h de la Convención.

15 En un caso anterior —Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros (Caso "Niños de la Calle"), Sentencia de 19 de noviembre de 1999— la defensa del Estado había sostenido que los órganos del sistema interamericano *carecían de competencia* para evaluar las decisiones de los tribunales guatemaltecos —párrs. 205 207—. A esta impugnación, la Corte IDH contestó:
"220. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados...
221. De lo expuesto se colige que Guatemala no puede excusarse de la responsabilidad relacionada con los actos u omisiones de sus autoridades judiciales, ya que tal actitud resultaría contraria a lo dispuesto por el artículo 1.1 en conexión con los artículos 25 y 8 de la Convención.
222. El esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos...".

derecho de defensa en sentido amplio. Como veremos a continuación, la Corte Interamericana reconoce expresamente que la intimación de la calificación legal también es una exigencia derivada del derecho de defensa.

En el párrafo 69 de su sentencia, la Corte IDH reafirma la necesidad de integrar la calificación jurídica para respetar el derecho de defensa, citando un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Pelissier and Sassi vs. France:*

> "[...] La Corte observa que los preceptos del tercer párrafo, inciso a), del artículo 6 [de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] apuntan a la necesidad de brindar especial atención a la debida notificación de la acusación al imputado. Las particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, desde que el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra (ver *Kamasinki vs Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Serie A, No. 168, pp. 36-37, párr. 79). El artículo 6.3.a) de la Convención [Europea] reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Dicha información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión.
>
> [...] El alcance del precepto anterior debe ser determinado, en particular, a la luz del derecho más general referente a un juicio justo, garantizado por el artículo 6,1 de la Convención (ver, *mutatis mutandis*, las siguientes sentencias: *Deweer vs Bélgica*, Sentencia de 27 de febrero de 1980, Serie A, No. 35, pp. 30-31, párr. 56; *Artico vs Italia*, Sentencia de 13 de Mayo de 1980, Serie A, No. 37, p. 15, párr. 32; *Goddi vs Italia*, Sentencia de 9 de abril de 1984, Serie A, No. 76, p. 11, párr. 28; y *Colozza vs. Italia*, Sentencia de 12 de febrero de 1985, Serie A, No. 89, p. 14, párr. 26). La Corte considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerrequisito esencial para asegurar que los procedimientos sean justos".

A continuación, la Corte agregó:

> "... Durante el primer día de debate, el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del delito, pero no especificó a qué delito pudiera dirigirse el cambio, lo cual no es irrelevante, en modo alguno, para el ejercicio de la defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable" (párr. 70).

Nuevamente, la Corte Interamericana relaciona la violación al derecho de defensa de la Convención con la falta de advertencia sobre el posible cambio de calificación jurídica, de manera clara. También lo hace en los párrafos 72 a 74, donde luego de mencionar diversas omisiones sobre la obligación de ampliar la acusación por los nuevos hechos, sobre la obligación de advertir cuál sería la calificación jurídica que podría aplicarse, y sobre la obligación de recibirle nueva declaración al imputado y suspender el debate para que prepare su defensa, en el párr. 73 concluye:

> "... Estas omisiones [incluyendo la de advertir sobre el cambio de calificación jurídica] privaron a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados (artículo 8.2.b) de la Convención) y, en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, en los términos del artículo 8.2.c) de la Convención".

Sin embargo, la Corte no descarta la aplicación del principio *iura novit curia*, pero lo condiciona a una interpretación armónica con el principio de congruencia y el derecho de defensa (párr. 74). Luego de establecer que la sentencia consideró de manera expresa hechos no contenidos en la acusación, la Corte vuelve a citar el caso europeo, en donde se concluye que la *modificación sorpresiva de la calificación jurídica* viola tanto el derecho a ser informado de la imputación como el derecho de contar con los medios y el tiempo necesarios para preparar la defensa:

> "[...] al hacer uso del derecho que incuestionablemente tenía para recalificar hechos sobre los cuales tenía jurisdicción propiamente, la Corte de Apelaciones de *Aix-en-Provence* debió haber provisto a los peticionarios de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa respecto de dicha cuestión de manera práctica y efectiva y, en particular, de manera oportuna. En el presente caso, la Corte no encuentra algún elemento capaz de explicar los motivos por los cuales, por ejemplo, la audiencia no fue aplazada para recibir ulterior argumentación o, alternativamente, los peticionarios no fueron requeridos para presentar observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones

> deliberaba. Por el contrario, del expediente del caso ante la Corte surge que los peticionarios no tuvieron oportunidad para preparar su defensa respecto de la nueva calificación, ya que fue sólo a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones que conocieron del cambio de calificación de los hechos. Ciertamente, para ese momento fue demasiado tarde"[16].

Acto seguido, la Corte establece que en una sociedad democrática se hace especialmente exigible el respeto al conjunto de garantías que informan el debido proceso cuando se trata de la aplicación de la pena de muerte (párr. 78). Ello, de acuerdo con lo afirmado por la Corte, no significa que tales exigencias no se apliquen a todos los casos penales, sino sólo que es más estricto su cumplimiento para ese tipo de casos. En verdad, la conclusión de la Corte no parece surgir del texto de la Convención, pues se sustenta en el hecho de que el art. 4.2 exige que la pena de muerte sea impuesta por tribunal competente y haya estado prevista con anterioridad al hecho por ley[17]. Las exigencias mencionadas nc agregan nada a lo ya dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Convención, aplicable a todos los delitos.

Afirma, también, que en el caso interno se desconocieron las garantías del debido proceso, en particular el derecho de defensa, y concluye en que la República de Guatemala ha violado el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención Americana (párr. 79).

### III. 2. La peligrosidad

En cuanto a la peligrosidad, presupuesto de la aplicación de la pena de muerte por asesinato en el Código Penal guatemalteco, la Comisión —en los alegatos sintetizados anteriormente— la consideró una variable legítima para determinar la pena[18]. Su agravio consistía en el hecho de que no sólo agregaba circunstancias fácticas no contenidas en la acusación, sino que tales circunstancias no habían sido demostradas.

Sin embargo, la Corte dijo:

> "81. La Comisión alegó que el Estado incurrió en una violación del derecho de defensa cuando el Tribunal de Sentencia, en el fallo de 6 de marzo de 1998, no expresó fundamento alguno sobre la peligrosidad del agente, sino concluyó, a partir de una relación de las mismas circunstancias que utilizó como causales de agravación del delito, que el señor Fermín Ramírez revelaba una mayor peligrosidad. Desde el punto de vista procesal, es grave que la acusación no se hubiese referido a las circunstancias que demostrarían la peligrosidad del señor Fermín Ramírez. La Corte estima que esta cuestión debe ser analizada a propósito de la compatibilidad del artículo 132 del Código Penal con el artículo 9 de la Convención (*infra* párrs. 87 a 98)".

En los párrs. 84 y ss., la Corte analiza el concepto de peligrosidad en relación con el principio de legalidad sustantivo —art. 9, CADH—. Ni la Comisión ni el Estado alegaron sobre esta cuestión. Los representantes de la víctima, por el contrario, invocaron, entre otros, los siguientes argumentos:

> "b) las valoraciones subjetivas, tales como la peligrosidad o las características personales del autor, deben quedar excluidas, por imperativo del principio de legalidad, para fundar consecuencias jurídicas en contra del reo;
>
> c) el artículo 132 del Código Penal es una manifestación del derecho penal de autor basado en la idea de prevenir delitos futuros mediante la aplicación de la pena de muerte a delincuentes supuestamente peligrosos;
>
> ...
>
> f) la inseguridad jurídica que genera la peligrosidad, por su indeterminación normativa, genera un amplio margen para la discrecionalidad punitiva contrario a las exigencias de la Convención. Además, es altamente discriminatoria y refleja un derecho penal de autor que no se compadece con la dignidad inherente al ser humano" (párr. 85).

La Corte, luego de reconocer que las circunstancias de hecho para establecer la peligrosidad no integraron la

16 Caso *Pelissier and Sassi vs. France*, citado.

17 "53. El asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual 'toda persona tiene derecho a que se respete su vida' y por un principio procesal según el cual 'nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente'. De ahí que, en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta no pueda imponerse sino en cumplimiento de sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito (supra, párr. no. 9). La circunstancia de que estas garantías se agreguen a lo previsto por los artículos 8 y 9 indican el claro propósito de la Convención de extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido" (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983).

18 No se comprende esta creencia por parte de la Comisión, dada la actual deslegitimación de las disciplinas que continúan sosteniendo la posibilidad de predecir el comportamiento humano. En este sentido, se ha señalado: "Así pues, seguir, hoy por hoy, contando con la noción de predictibilidad denota la pervivencia de concepciones sustancialistas y deterministas del ser humano. Seguir contando con la posibilidad de pronosticar comportamientos individuales carece de base teórica y procedimental, y supone permanecer anclados en unas pretensiones que ya perdieron su soporte epistemológico" (García-Borés, Josep M., *El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento*, en AA.VV., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Ed. Bosch, 1994, Barcelona, p. 208).

acusación y, por lo tanto, que se violó el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención, agregó que "[e]sa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía" (párr. 94).

A continuación, se pronunció de manera contundente sobre la peligrosidad:

> "95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, *agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán.* Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.
>
> 96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (destacado agregado).

Esta parte de la decisión de la Corte en el caso "Fermín Ramírez" requeriría ser analizada con mayor profundidad, debido a las consecuencias que podría acarrear para el derecho penal —en sentido amplio— de los Estados parte de la Convención[19]. Pero no es éste el tema que analizamos, volvamos al principio de congruencia y al cambio de calificación jurídica.

## IV. DEFENSA Y CAMBIO DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

### IV. 1. El derecho procesal penal interno

#### *a) Las opiniones de la doctrina*

El principio *iura novit curia* forma parte de la tradición jurídica continental europea que los países latinoamericanos hemos heredado del proceso de colonización, y se mantiene aun en aquellos países que han adoptado sistemas de enjuiciamiento realmente orales y contradictorios en los últimos años[20], ampliamente superadores de los llamados entre nosotros "códigos modernos", de los cuales el CPP Córdoba (1939) fue el representante más conspicuo[21].

Clariá Olmedo es partidario de la posición más tradicional, ya que señala que "'la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensalidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión', ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio *iura curia novit*"[22].

En el mismo sentido se pronuncia Vélez Mariconde, al afirmar que la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta no representa una violación del derecho de defensa[23]. Los acompaña, muchos años más tarde, Creus, quien sostiene que "el principio de congruencia refiere a los 'hechos' no a su calificación jurídica"[24].

D'Álbora, en su comentario al art. 401 del CPP Nación, parece adherir a la tesis clásica, esto es, que sólo limita la decisión del tribunal de juicio a los hechos contenidos en la imputación[25]. Vázquez Rossi, por su parte, no queda muy claro en dónde se ubica, pues luego de reconocer la sola limitación a los hechos y la amplia vigencia del *iura novit curia*, aclara que "[l]o importante en este aspecto es la correlación entre la imputación, concretada en la acusación, y la decisión final, aunque sobre este punto debe señalarse que la decisión jurisdiccional no puede exceder o modificar los planteos de la acusación", fundando su posición en el principio acusatorio y no en el derecho de defensa[26].

Maier, al desarrollar el principio de "correlación entre la imputación y el fallo", establece como regla que éste se

19 Así, por ej., en la aplicación del art. 41, inc. 2, de nuestro Código Penal.

20 Así, entre otros, art. 341, párr. II, CPP Chile; art. 365, párr. II, CPP Costa Rica; art. 359, párr. II, CPP El Salvador; art. 364, párr. II, CPP Venezuela.

21 Así, art. 401, párr. I, CPP Nación (Argentina). Estos códigos sólo pueden ser llamados "modernos" porque nacen con la Modernidad, no en sentido cronológico ni por su contenido, pues, básicamente, reflejan la estructura del Código francés de 1808. En este sentido, Maier señala, al hacer referencia al CPP Córdoba (1939), que él "represent[ó] el primer paso importante de la reforma procesal penal en la República Argentina, similar a la que se llevó a cabo casi un siglo antes en Europa continental..." (Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I, p. 415).

22 Clariá Olmedo, Jorge A., *Principio de congruencia en el proceso penal*, en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, t. I, p. 363 (citado por Vázquez Rossi, Jorge E., *Derecho procesal penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 456).

23 Cf. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Cordoba, 1986, t. II, p. 228.

24 Creus, Carlos, *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 117.

25 D'Álbora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002, 5ª ed., p. 868.

26 Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, cit., t. II, p. 456.

limita a la correcta descripción del hecho. Sin embargo, admite que una calificación jurídica sorpresiva puede provocar indefensión, y en ese supuesto, propone, se debe advertir al imputado sobre el posible cambio de calificación jurídica[27].

Binder mantiene una posición similar en cuanto a la inclusión de la calificación jurídica como requisito de la imputación. Así, señala que el principio *iura novit curia* le da cierta libertad al tribunal para aplicar la ley sustantiva, pero esta discreción se halla limitada por el derecho de defensa: "... se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares"[28].

Cafferata Nores —acompañado hasta cierto momento por Ledesma[29]— es quien adhiere a la tesis más amplia en cuanto al concepto de "imputación":

> "Para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier *sorpresa*. El acto por el que se le informa de ella se suele denominar *intimación*. Ésta debe ser *previa* a cualquier declaración que se le pueda recibir, *comprensible* (sencillamente expuesta, y si no entiende el idioma se le proveerá de un intérprete, establecen los arts. 8.2.a, CADH, y 14.3.a, del PIDCP) y *detallada*, con explicación de las *causas* de la acusación, es decir, los hechos que le dan base y las pruebas existentes (y su contenido)[nota omitida] y su *naturaleza*, o sea, su encuadramiento legal[2 43] (art. 8.2.b, CADH; art. 14.3.a, PIDCP). Las leyes procesales exigen que sea realizada por la autoridad judicial que debe recibir la declaración del imputado, de modo previo a ella, tanto durante la investigación preparatoria como en el juicio oral y público. Y ¿cuán *previa* debe ser la intimación respecto de la declaración?: entre ambas deberá también transcurrir el 'tiempo' adecuado (art. 8.1.c, CADH) para la preparación de la defensa, aspecto no desarrollado especialmente entre nosotros"[30].

Ledesma explica claramente el indivisible tratamiento de los hechos y del derecho en los siguientes términos:

> "El objeto litigioso se integra con las proposiciones iniciales del fiscal, hechos constitutivos y conducentes, más los hechos impeditivos y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes.
>
> El o los hechos 'objeto del proceso no pueden ser considerados aisladamente, dado que detrás aparece la declaración de un Derecho penal estatal, es decir, el objeto del proceso es, en ese sentido, la declaración de la consecuencia jurídica derivada de un hecho acontecido determinado. El hecho se toma en consideración, en consecuencia, en tanto puede serle aplicado Derecho penal material, en tanto exista una unión entre ambos'"[31].

La autora citada continúa señalando que el requerimiento de elevación a juicio es el primer acto en el cual se concreta la identidad objetiva y subjetiva de la pretensión penal, y que el objeto del proceso sin considerar tanto los aspectos fácticos y normativos contenidos en la pretensión acusatoria como los del poder de refutación del imputado[32].

### *b) Regulación normativa*

Además de ir abriéndose paso en la doctrina más moderna, la necesidad de incluir en la intimación de la imputación la calificación jurídica del hecho atribuido, ha sido regulada expresamente en los códigos procesales penales latinoamericanos más recientes.

---

27 Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit. ps. 568 y siguientes.

28 Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2ª ed., p. 163.

29 Cf. Ledesma, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, cit., p. 373, quien en este trabajo sostuvo que como exigencia del derecho de defensa debía advertirse al imputado y darle la oportunidad de ser oído para evitar la vulneración al derecho de defensa.
243 [Nota en el texto citado] "El acusado tiene el derecho de ser informado no solamente de la causa de la acusación, es decir, de los hechos materiales mantenidos contra él que constituyen la base de su inculpación, sino también de la naturaleza de la acusación, es decir, de la calificación jurídica de estos hechos materiales" (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83).

30 Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000, ps. 112 y s. Más allá de trabajos aislados de la doctrina procesal penal local que hacen referencia a los estándares internacionales, esta obra de Cafferata Nores es la primera que analiza globalmente la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho procesal penal interno: "La obra de Cafferata Nores recorre todas esas decisiones de organismos supranacionales que 'rebotarán' en el derecho argentino a través de su aplicación por los tribunales locales. Este libro nos enseña cuáles son los estándares internacionales que ahora los tribunales locales tendrían que aplicar, gracias a la protección internacional. En este punto, entonces, debo destacar uno de los grandes méritos del trabajo que estoy prologando: su vastísima información y comprensión sobre las decisiones, incluso más recientes, de los organismos supranacionales de derechos humanos en materia de derecho procesal penal, lo que convierte sin duda a Cafferata Nores en uno de los mejores conocedores de los estándares internacionales vigentes" (Abregú, Martín, *Prólogo*, en Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. VI).

31 Ledesma, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, cit., p. 362, con cita de Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, p. 56.

32 Ledesma, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, cit., ps. 363 y 365.

Así, por ejemplo, el CPP Chile:

> "Artículo 341.- Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.
>
> Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.
>
> Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella".

Lo interesante de esta regulación consiste en el hecho de que la advertencia y la posibilidad de alegar sobre la posible modificación de la calificación jurídica se garantiza no sólo cuando tal posibilidad surge durante el debate, sino también cuando ello sucede en la deliberación, una vez clausurada la audiencia.

El nuevo CPP Colombia regula el principio de otra manera:

> "*Artículo 448. Congruencia.* El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena".

En este caso, la regla impide al tribunal la modificación de la calificación jurídica propuesta por la acusación. En el caso del CPP El Salvador, en cambio, no se limita de tal modo al tribunal:

> "Art. 359.- La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado.
>
> En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de la apertura a juicio, o aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas. El imputado no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren sólo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada".

En idéntico sentido, el CPP Venezuela:

> "Artículo 364. *Congruencia entre sentencia y acusación.* La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación.
>
> En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica".

Como se puede advertir, los ejemplos citados —con excepción del CPP Colombia— concuerdan con la doctrina de la Corte Interamericana ya que, al mismo tiempo que consagran el principio *iura novit curia*, lo limitan por las exigencias derivadas del principio de congruencia y del derecho de defensa (párr. 134).

Del mismo modo se halla regulada esta limitación al principio *iura novit curia* en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que en su § 265 establece el deber de advertencia del tribunal frente a una posible modificación de la calificación jurídica —independientemente de si se trata de una figura más grave o menos grave—. Según Roxin, este deber parece tener dos fundamentos. En primer término, frente a la facultad del tribunal de calificar el hecho según su propio criterio, en la medida en que no exceda los límites fácticos del objeto procesal, el acusado debe quedar a salvo de sorpresas en relación a las cuales no pudo preparar su defensa. En segundo lugar, el interés en lograr un esclarecimiento exhaustivo de lo ocurrido, se le debe conceder la posibilidad de pronunciarse respecto a la imputación que ha sido modificada[33].

Curiosamente, en el derecho cubano en 1889 entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal adoptada en España en 1882, que consagró en América Latina el modelo inquisitivo reformado mucho tiempo antes que en la Prov. de Córdoba, que ya debería abandonar el estandarte autoimpuesto de "cuna de la oralidad"[34]. En ese ordenamiento, luego de producida la prueba en el debate, las partes podían

33 Cf. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 367.

34 Portuondo y de Castro, José, *Curso de derecho procesal criminal*, Ed. Universidad de La Habana, La Habana, 1942, t. I, p. 28.

modificar las conclusiones de los escritos de calificación, el acusador podía retirar su acusación y, además, el tribunal podía hacer uso de las facultades que le concedía el art. 733:

> "Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente utilizar la siguiente fórmula:
>
> 'Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de.....o si existe la circunstancia.....del Código de Defensa Social'"[35].

Si alguna de las partes no se hallaba en condiciones de discutir la propuesta del Presidente, se suspendía la audiencia para el día siguiente. Resulta curioso que el derecho español, marcadamente inquisitivo, haya previsto una institución como ésta ya en el siglo XIX, y que dos siglos más tardes aún no sea aceptada de manera generalizada en nuestro medio.

### IV. 2. El derecho internacional

De acuerdo con el análisis precedente, podemos concluir en que tanto para la opinión de la Comisión Interamericana, como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un juicio penal, resulta conforme a las disposiciones de la Convención la aplicación del principio *iura novit curia* por parte del tribunal que dicta sentencia condenatoria.

Sin embargo, la aplicación del principio *iura novit curia* sólo resulta legítima en la medida en que se respete el principio de congruencia entre imputación y sentencia, y las exigencias derivadas del derecho de defensa establecidas en el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención.

El principio de congruencia exige, por un lado, que el tribunal de sentencia no se exceda de los hechos contenidos en la acusación —o en su posible ampliación durante el debate— en caso de dictar sentencia condenatoria. Por otro lado, el principio limita la discreción del tribunal al aplicar el principio *iura novit curia* al requisito de la previa advertencia de la posible calificación jurídica a atribuirse a los hechos contenidos en la imputación, sea porque la calificación estuviera contenida previamente en la imputación, sea porque se advirtió a la defensa y al imputado durante el debate respecto de la calificación jurídica alternativa.

En ambos supuestos, la calificación o calificaciones jurídicas integran la imputación y, por ende, constituyen un límite para el tribunal al momento de dictar sentencia condenatoria, límite que deriva de dos exigencias del derecho de defensa: a) derecho a que se le comunique previa y detalladamente el contenido de la imputación —art. 8.2.b—; y b) derecho a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa —art. 8.2.c—.

En consecuencia, en el supuesto de que la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación surja durante el juicio, no basta con la advertencia que *debe* formular el tribunal en el curso del debate. Si bien en este supuesto —a diferencia de la ampliación fáctica de la acusación— podría no resultar necesario que el tribunal reciba obligatoriamente nueva declaración al imputado, lo que sí se requiere, si es indispensable, es que se conceda al imputado y a su defensa técnica el tiempo necesario para preparar su defensa. En este aspecto, en nuestro ámbito, se debe aplicar analógicamente el art. 381 del CPP Nación.

De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte que hemos analizado, conforme al art. 2 de la Convención[36], hasta tanto el legislador no incorpore reglas que instrumenten el alcance del derecho que surge de la doctrina establecida por la Corte Interamericana —regulando mecanismos como los del derecho comparado ya citados—, los tribunales deben aplicar los estándares de la Corte en la materia, según la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por un lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de la reforma constitucional de 1994, en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich"[37] estableció que el derecho de réplica, *como derecho protegido por la Convención*, era "operativo" y, por lo tanto, exigible. Por otra parte, la Corte Suprema, en el fallo "Giroldi", estableció:

> "Que la ya recordada 'jerarquía costitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia'... esto es, *tal como* la Convención citada *efectivamente rige en el ámbito internacional* y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su

35 Portuondo y de Castro, *Curso de derecho procesal criminal*, cit. t. II, p. 264.

36 "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

37 CSJN, "Ekmekdjian c/Sofovich", en "La Ley", t. 1992-C.

interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana"[38].

Si bien las obligaciones de respeto, garantía, y adecuación del derecho interno a las exigencias de la Convención derivadas de sus arts. 1.1 y 2, involucran a todos los órganos del Estado, también es cierto que frente a un incumplimiento total o parcial de una obligación internacional de cualquier órgano del Estado, "es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en el derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno"[39].

## V. CONSIDERACIONES FINALES

### V. 1. Algunas razones

En primer término, consideramos que la nueva doctrina desarrollada por la Corte Interamericana sobre principio de congruencia, calificación jurídica y derecho de defensa constituye una exigencia del derecho de defensa garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional —en este sentido parecen pronunciarse Maier y Binder— y, además, en el art. 8.2 de la Convención Americana y en el art. 14.3 del Pacto Internacional.

Ello pues en un juicio oral no basta, para oponer la mejor defensa técnica posible, con conocer los hechos, pues tales hechos, desprendidos de la calificación jurídica que se pretende aplicar, pueden no resultar suficientes para desarrollar una defensa efectiva. Debemos tene en cuenta que el valor relativo de los elementos que integran cada uno de los hechos, la relevancia de las relaciones existentes entre los distintos hechos entre sí, la valoración del cuadro probatorio como un todo —tareas todas necesarias para diseñar y llevar a cabo la estrategia probatoria y la argumentación sobre la valoración de los hechos y la aplicación del derecho— son circunstancias que dependen del prisma jurídico a través del cual analizamos el caso.

Así, determinada circunstancia fáctica puede resultar casi intrascendente cuando se trata de cierta calificación jurídica, y determinante en el supuesto de una calificación jurídica distinta —v. gr., el móvil o la ultraintención, en el homicidio simple, sólo es un hecho de corroboración ajeno al hecho punible imputado; no sucede lo mismo en algunos supuestos de los homicidios calificados del art. 80, CP—.

Por este motivo, el enfoque que proporciona la posible calificación jurídica del hecho es un dato fundamental para el ejercicio de una defensa realmente efectiva.

### V. II. La posición de Ángela Ledesma

Algunos meses más tarde de haberse pronunciado sobre el tema en el mismo sentido que Cafferata Nores, en el trabajo citado en nota al pie nº 29 —punto IV.1.a—, Ledesma reformuló su posición al respecto —curiosamente, en otro libro homenaje—.

En realidad, no nos debe llamar demasiado la atención. De ser consecuente con sus puntos de partida —si bien no lo notamos hasta que justificó su cambio de opinión—, debía, necesariamente, arribar a esta conclusión.

Para Ledesma, la acusación —"pretensión"— es algo que va variando a través del proceso, y que recien culmina con lo que el fiscal solicita en su alegato final. Es decr que su posición en cuanto al tema deriva de consideraciones referidas al ejercicio de la acción al principio del procedimiento, y al carácter progresivo de cómo se forma la pretensión del acusador, esto es, la acusación, a lo largo del proceso.

Desde este enfoque, sostiene, en primer lugar, que coincide con la posición de la Corte respecto de la doctrina sentada en "Tarifeño", a pesar de que sus fundamentos dependen de cómo define a la "acusación", cuestión no tratada por la Corte Suprema. En su opinión, la "acusación" termina de formularse en el alegato final antes de la clausura de la audiencia.

Y en cuanto al tema que nos ocupa, señala, en primer término, que la facultad del fiscal de ampliar la acusación por hechos nuevos, trae el problema de que ello permitirá una calificación jurídica distinta. En la medida en que tal calificación provenga de la *solicitud del acusador*, no habría problema alguno[40].

Sin embargo —sigue Ledesma— ni siquiera por la ampliación de la acusación durante el juicio, "el *iura novit curia* posibilita que el tribunal, por vía de su apreciación jurídica, rompa esta identidad fáctica y normativa sustancial, y ello ni aun cuando se informe debidamente a las partes ofreciéndoles ampliamente el debate y la nueva prueba ya que, en tal

38 CSJN, "Giroldi, H. s/recurso de casación", 7/4/95, cons. 11 (destacado agregado).

39 Méndez, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 532.

40 Ledesma, Ángela, *Objeto del proceso penal: momento en que se define*, en Bertolino, Pedro, y Bruzzone, Gustavo (comps.), *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 340 y siguiente.

caso, se estaría introduciendo de oficio un nuevo objeto pocesal, una acusación jurisdiccional"[41].

En síntesis, dado que presupone que la recalificación jurídica es un acto persecutorio que, conforme al principio acusatorio, corresponde exclusivamente al ministerio público, no puede admitir que la decisión de modificar la calificación provenga de un órgano jurisdiccional. De ser así, sostiene Ledesma, este acto acusatorio no puede provenir del tribunal debido a que pone en peligro su imparcialidad[42].

### V. III. Algunos problemas

#### *a) Aplicación del principio por los tribunales nacionales*

Ahora bien, esta decisión podría llegar a plantear diversos problemas. En primer lugar, en nuestro derecho federal —me limito al CPP Nación—, y a diferencia del procedimiento guatemalteco[43], no hay un control por parte del tribunal de instrucción sobre la calificación jurídica invocada por los acusadores público y privado (art. 346, CPP Nación); y no hay control alguno cuando no existe oposición de la defensa (art. 349, últ. párr, CPP Nación).

En el derecho guatemalteco tiene sentido la mayor estabilidad de la calificación jurídica porque ésta, antes de presentarse formalmente la imputación, es revisada y eventualmente, recalificada. Por otra parte, el deber del tribunal de debate guatemalteco de advertir a los imputados sobre un posible cambio de calificación, informarle de sus derechos, recibirle nueva declaración y suspender el debate, también justifica que, frente a tantos controles judiciales, se exijan más requisitos formales para modificar la calificación jurídica.

Más allá de ello, no pocos tribunales de la justicia federal —la Cámara Nacional de Casación Penal, entre ellos— son reacios a aplicar estándares internacionales, a pesar de su deber jurídico y funcional de hacerlo. Y en algunos casos en que los aplican, lo hacen de mala fe, para perjudicar la situación procesal del imputado —ver, por ej., CSJN, Caso "Bramajo"[44]; CNCP, Sala III, Caso "Chabán", especialmente el voto de Riggi; etc.[45]—.

Frente a este panorama, resulta necesario difundir estas nuevas exigencias que, como bien explica Cafferata Nores, han sido impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos. Y, además y especialmente, los abogados litgantes debemos reclamar el cumplimiento efectivo de estos estándares de manera sistemática. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no hubiera dictado el fallo "Giroldi" de no ser por la intervención decidida de una defensora oficial que no aceptó los "argumentos" dogmáticos de siempre para que se nos denieguen ilegítimamente derechos fundamentales[46].

#### *b) Algunas cuestiones adicionales*

Volviendo a la doctrina de la Corte Interamericana en el Caso Fermín Ramírez, resulta evidente que ha significado un avance en el respeto efectivo de los derechos humanos fundamentales, en este caso, del derecho de defensa. Sin embargo, en la práctica judicial, el problema no es tan lineal, y pueden darse supuestos en los cuales aun habiendo cumplido los requisitos establecidos por la Corte IDH, se afecte de todos modos el derecho de defensa.

Debemos admitir que en la percepción del problema que plantearemos nos hallamos en completa soledad. En realidad, consideramos que el problema es más complejo, y, dado el contenido de los elementos de hecho y de derecho que integran el objeto de la controversia presentada al tribunal, las dificultades no se limitan, estrictamente, a la calificación jurídica supuestamente aplicable, ni a los hechos que necesariamente forman parte de los requisitos de la figura legal invocada como aplicable.

En un procedimiento penal de mediana complejidad, se discuten circunstancias de hecho y de derecho que resultan absolutamente ajenas a la imputación, pues el objeto procesal abarca todas las circunstancia de hecho y de

41 Ledesma, *Objeto del proceso penal: momento en que se define*, cit., ps. 344 y s., la cita entrecomillada corresponde a una cita textual de Asencio Mellado.

42 Cf. Ledesma, *Objeto del proceso penal: momento en que se define*, cit., ps. 342 y siguientes.

43 "Artículo 342.- Auto de apertura. La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación y abrir el juicio deberá contener:
1) La designación del tribunal competente para el juicio.
2) Las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella.
3) La designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente.
4) *Las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación*" (destacado agregado).

44 En el caso "Bramajo", la CSJN estableció que la doctrina de la Comisión también debía ser criterio y guía de interpretación de las cláusulas convencionales por los tribunales locales, al solo efecto de acudir al Informe del caso "Firmenich" (Caso nº 10.037 [Argentina]), tratado por la Comisión Interamericana. El 13/4/89 la Comisión resolvió que un plazo de detención de casi cinco años era un plazo razonable que no significaba "una violación de la Convención". En el caso, la Comisión aceptó prácticamente todos los argumentos del Estado denunciado. Además, cometió el error de vincular la duración del encarcelamiento con la gravedad del hecho. En el camino, la CSJN dejó de lado que al momento de su decisión que —con el pretexto de cumplir con los estándares internacionales— la Comisión ya había publicado un nuevo Informe —también argentino—: CIDH, Informe Nº 12/96, Argentina, Caso 11.245, 1º de marzo de 1996 (conocido como el caso "Jiménez").

45 El 24 de noviembre de 2005, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, revocó la excarcelación que había concedido la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Apelaciones de la Capital Federal a Omar E. Chabán, en la causa nº 5.996, "Chabán, Omar Emir s/rec. de casación" —con la honrosa disidencia de Ángela Ledesma—.

46 En verdad, no sabemos si esta versión es mitológica o se ajusta a la realidad, pero es lo que hemos escuchado sobre el tema.

derecho que están en disputa entre las partes, que no necesariamente deben referirse a la imputación en sí misma, pero que pueden influir sobre su suerte.

Tomemos como ejemplo el caso en se discute alguna circunstancia de hecho ajena a la imputación —un elemento extraño al tipo penal—, pero que sirve para corroborar la hipótesis acusatoria. El móvil de un homicidio doloso simple, por ej., a menos que caiga en alguna de las agravantes previstas en el art. 80, CP, es ajeno a la imputación, pero si el acusador logra demostrarlo, refuerza su caso.

Otra serie de ejemplos podrían ser aquellas circunstancias que pueden influir sobre la validez de la incorporación y valoración de un elemento de prueba, cuestión no resuelta previamente. A nuestro juicio, en estos casos también se podría violar el derecho de defensa. Para proporcionar la mejor defensa técnica posible, el abogado necesita un buen contradictor. Si el tribunal no tiene la oportunidad de evaluar los puntos de vista opuestos de las partes, poseerá menor cantidad de información al momento de decidir una circunstancia determinada.

En un caso real, actuando como defensores planteamos la nulidad de la detención y, en consecuencia, de la posterior requisa del imputado, que terminó con el secuestro de siete gramos de cocaína que tenía encima nuestro defendido[47]. Una de las discusiones entre la defensa y la fiscalía fue si se trataba de una detención policial sin orden judicial fundada en el art. 284, inc. 3, del CPP Nación, o de la detención prevista en la ley 23.950. En cierto momento, tanto la defensa como la fiscalía acordamos de cuál de los supuestos se trataba, y tal circunstancia determinó que ambas partes nos concentráramos en la discusión acerca de si, en el caso concreto, se habían cumplido los requisitos de dicho supuesto.

Terminado el juicio, al pronunciar su decisión, el tribunal consideró válida la requisa porque estableció que no se trataba del supuesto en que las contrapartes habíamos acordado, sino del otro. En este sentido, el tribunal emitió su decisión sin haber permitido a la defensa alegar sobre ese punto concreto, que —si bien no integraba la imputación—, resultó determinante de la condena.

Hasta el día de hoy, seguimos absolutamente convencidos de que se tomó una decisión sobre una regla jurídica aplicable al caso, que si bien no integraba la imputación, fue determinante del contenido de la sentencia, y de que el tribunal tomó su decisión sin que pudiéramos ejercer nuestro derecho a ser oídos sobre por qué esa regla jurídica no era aplicable al caso. El sentido que tienen los alegatos finales en el juicio, precisamente, consiste en que el tribunal, antes de tomar su decisión, escuche la opinión de ambas partes sobre los hechos y sobre el derecho. En el caso, el tribunal aplicó una regla jurídica formal que resultó determinante de la decisión, sin haber escuchado nuestra opinión respecto de por qué resultaba inaplicable, o por qué los hechos no satisfacían sus requisitos. Es por este problema que un *obiter dictum* carece de validez, aun en el sistema de precedentes —*stare decisis*—.

Lo mismo podría pasar con la posible aplicación de una excusa absolutoria, de los efectos que las distintas posiciones teóricas le reconocen a un error de prohibición indirecto sobre la inexistencia de los elementos objetivos de una causa de justificación, y podríamos imaginar varios ejemplos más.

Lo relevante, a nuestro juicio, es que en la medida en que las reglas jurídicas que el tribunal aplica a los distintos aspectos del caso no hayan sido debatidas y *no se haya permitido a la defensa alegar sobre tales cuestiones*, la situación de indefensión puede resultar prácticamente idéntica a la del cambio sorpresivo de calificación jurídica. Pero éste es, claramente, un problema distinto. Para concluir, debemos destacar que la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Fermín Ramírez ha sido un valioso aporte al fortalecimiento del derecho de defensa, al establecer un estándar que los tribunales deben aplicar en nuestro derecho interno y respecto del cual las partes deben reclamar su efectivo cumplimiento.

47 Ignoramos por qué razones la nulidad no había sido planteada con anterioridad pues tomamos el caso poco tiempo antes de la audiencia oral.

# FUNCIÓN DE TAXATIVIDAD DEL TIPO PENAL (mandato de certeza «*lex certa*»)

*Dr. Alberto Alpízar Chaves**

Una de las consecuencias que derivan del principio de legalidad[1], además de la reserva de ley, es el «mandato de certeza»[2], el cual a su vez *"se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el, por otra parte, necesario arbitrio judicial"*[3].

El «mandato de certeza» se dirige al legislador, quien debe respetar el principio de tipicidad[4] y en virtud del mismo está obligado a redactar en fórmulas legales de la mayor precisión los delitos y presupuestos de las penas[5].

Se ha dicho del «mandato de certeza» que constituye una garantía material[6], cuyo fundamento histórico deriva de la desconfianza que despertaba la labor interpretativa del juez. Lo anterior ya se nota en la obra de BECCARIA, para quien la exigencia de que *"solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador"*[7], más que un límite para el soberano era una barrera contra los jueces, pues según manifiesta dicho autor es necesario erradicar *"aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley"*[8] y por tanto *"si la interpretación de las leyes es un mal, es*

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica, Juez de Juicio.

1 Refiriéndose a la legislación española, QUINTERO OLIVARES, *Manual DP, PG,* 2ª ed., 2000, pp. 74-75, señala que aún cuando el principio de taxatividad no se encuentra recogido expresamente en la Constitución de 1978, se puede derivar del art. 25.1 "toda vez que éste señala la necesidad de que las acciones u omisiones sean constitutivas de delito para que puedan ser condenadas penalmente; de ahí es deducible la necesidad de concreción del tipo para poder ser subsumidas en él las conductas, y asimismo garantizar la seguridad jurídica". Refiriéndose en general al «buen lenguaje legal», PRIETO DE PEDRO, *Lenguas, lenguaje y derecho,* 1991, pp. 145-147, señala que la inteligibilidad de la ley vendría exigida por ser la ley expresión de la voluntad popular y por ende debería ser expresado de la forma más inteligible para todos y además por el principio de seguridad jurídica. En nuestra legislación es posible deducir tal principio del art. 39 Const. Pol., el cual exige para la imposición de una pena que el hecho delictivo se encuentre sancionado por ley anterior; por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 9° que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable"; más específica resulta la ley sustantiva, pues en el art. 1° CP se prohíbe la sanción de un hecho que no haya sido tipificado por la ley penal como punible.

2 El «mandato de certeza», también mencionado con el aforismo *nullum crimen sin lege certa* se ha dicho deriva del requisito de *lex stricta.* Sobre el tema, cfr. JESCHECK, *Tratado PG,* 4ª ed., 1993, p. 122; MIR PUIG, *DP PG,* 5ª ed., 1998, p. 78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG,* 4ª ed., 2000, p. 112. Señala PRIETO DE PEDRO, *Lenguas, lenguaje y derecho,* 1991, p. 147, que claridad y certeza evocan ideas afines, pero no son exactamente la misma cosa; la certeza, dice, es precisión y la precisión, claridad técnica, de tal manera "un pretendido lenguaje legal absolutamente claro en sentido popular no sólo dejaría de ser un lenguaje conciso, económico, sino que devendría en un lenguaje de reglas inseguras".

3 MIR PUIG, *DP PG,* 5ª ed., 1998, p. 78.

4 Así, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 1877-90 de las dieciséis horas y dos minutos del diecinueve de diciembre 1990: "Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica –contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencias de la ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo: .«será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres», ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido".

5 En tal sentido: SALA SÁNCHEZ, en VIVES/MANZANARES (Dirs.), «Estudios sobre el Código Penal de 1995», 1996, p. 18. También SÁINZ CANTERO, *Lecciones,* 3ª ed., 1990, p. 39, refiriéndose al principio de legalidad señala: "La verdadera realización práctica del mismo se logra cuando el legislador observa las consecuencias de su proclamación en la técnica de elaboración de las leyes penales, lo que puede traducirse en un sencillo postulado: la prohibición de promulgar leyes penales de contenido indeterminado". En tal sentido cfr. Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia, V- 6304, 15:56 hrs. del 19 de julio 2000, en el cual señala la pena como parte integrante del principio de tipicidad.

6 GERPE LANDÍN, RJCat, 1991, p. 687: "El principio de legalidad en materia penal implica una doble garantía: una, de carácter formal, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican conductas y regulan sanciones; la segunda, de carácter material, se refiere a la necesidad de predeterminación normativa de las conducta ilícitas y las sanciones, y al contenido que debe adoptar tal predeterminación"

7 BECCARIA, *De los delitos y de las penas,* 1979, p. 74.

8 BECCARIA, *De los delitos y de las penas,* 1979, p. 76.

*evidentemente otro mal la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación"*[9].

En consecuencia, el reclamo de precisión que se hace a la ley penal, y al tipo en particular, tiene estrecha relación con la función de interpretación de la misma, pues el intérprete debe partir de la ley al formular su razonamiento, por consiguiente, le correspondería al legislador brindarle un objeto de regulación que permita llegar a resultados interpretativos sistemáticamente adecuados, de tal forma *"la propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos"*[10]. Así entonces, si la labor interpretativa debe estar sujeta a determinados principios y reglas, como antecedente a ello, también la labor del legislador, al formar las normas penales o particularmente los tipos penales, esta sujeta a determinados condicionamientos, pues *"de la técnica legislativa depende esencialmente la efectividad de la función de garantía de la ley penal"*[11].

Sobre este aspecto HASSEMER señala: *"Si el legislador –por el motivo que sea- no logra expresarse con suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme con la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites. Estos límites son, en buena medida, construcciones del lenguaje; con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes"*[12]

Las anteriores parecen ser las razones por las cuales la doctrina, al referirse al mencionado mandato, pone énfasis en la exigencia de la mayor concreción posible[13], lo que es entendible si se parte de que "el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor"[14].

Por ello no es otra la finalidad perseguida con el mencionado principio que reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe, razón por la cual la ley dictada por el Parlamento sólo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva[15]. Así entonces, es acertado afirmar que se trata de la «piedra de toque» para determinar el respeto del principio de legalidad, pues *"poco importa que se proclame programáticamente el principio de legalidad si luego no se determinan con precisión y certeza en las distintas disposiciones legales los presupuestos y las consecuencias"*[16].

## 1 CONCEPTOS VALORATIVOS Y LEYES PENALES EN BLANCO

Además de la crítica general a las previsiones excesivamente generales, el mandato de certeza también es discutido particularmente en relación con los conceptos valorativos[17] y las leyes penales en blanco[18].

9 BECCARIA, *De los delitos y de las penas,* 1979, p. 79. Así también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*-II, 4ª ed., 1964, p. 338; señala: "las circunstancias históricas, esto es, los excesos del arbitrio judicial en el siglo XVIII, motivaron un exceso también en la reacción".

10 JAKOBS, *PG,* 1997, p. 95.

11 JESCHECK, *Tratado PG,* 4ª ed., 1993, p. 114.

12 HASSEMER, *Crítica al DP de hoy,* 1995, p. 16.

13 Así lo hace HASSEMER, *Crítica al DP de hoy,* 1995, p. 21, quien señala: "El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*)"; de manera similar ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de DP,* 1990, p. 215, indica: "La Ley Penal (pese a su carácter generalizador) ha de describir de una manera precisa, clara y exhaustiva –de una forma cierta, en definitiva- tanto la conducta prohibida, como la pena con la que se conmina su realización. Sólo de esta forma puede el ciudadano saber qué es lo permitido y qué es lo prohibido (y con qué pena se amenaza esto último) y puede el Juez determinar con exactitud si frente a un determinado hecho debe absolver o debe condenar (y con qué pena)"; BUSTOS RAMÍREZ, *PG,* 4ª ed., 1994, p. 256: "el tipo legal obedece, pues, al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a que se refiere la norma, de modo que quede totalmente claro al ciudadano qué es lo que se está prohibiendo o mandando"; también en similar sentido cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG,* 1978, p. 62; COBO DEL ROSAL,/QUINTANAR DÍEZ, en «Comentarios a la Constitución española de 1978», t. III, 1996, p. 131.

14 HASSEMER, *Crítica al DP de hoy,* 1995, p. 17. ROXIN, PG, 1997, p. 170, sintetiza la posición de parte de la doctrina alemana, al indicar sobre este tema: "Por eso tiene razón Welzel en su frase frecuentemente citada: «¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!» Naucke constata que «el Derecho penal resulta cada vez menos claro», y Schünemann ha diagnosticado que el «el punto más débil del principio nulla poena» radica en el mandato de precisión de la ley". En el mismo sentido COBO DEL ROSAL, LL, 1996-3, p. 1332, critica al actual CP porque "en una parte considerable de los tipos penales, además de los elementos valorativos incrustados en ellos, se advierte la utilización por doquier de elementos subjetivos, cuando no de un uso excesivo de la denominada técnica de las leyes penales en blanco".

15 Así BACIGALUPO, *Principios,* 5ª ed., 1998, p. 75. Cfr. también COBO/VIVES, *DP PG,* 5ª ed., 1999, p. 308: "Las exigencias de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo".

16 SÁINZ CANTERO, *Lecciones,* 3ª ed., 1990, p. 334.

17 Por ej., RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio,* 4ª ed., 1988, p. 38, quien critica "la presencia de elementos valorativos o descriptivos pero ambiguos en las normas penales". En el mismo sentido cfr. entre otros: MAURACH/ZIPF, *DP PG,* 1994, p. 158; CARBONELL MATEU, *DP: concepto y principios constitucionales,* 2ª ed., 1996, pp. 127-128.

18 En tal sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG,* 1978, p. 61; ha indicado: "el legislador penal no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo, en definitiva, a la decisión del Poder judicial o del Poder ejecutivo los límites de lo punible".

### 1.1 Conceptos valorativos

Así en cuanto a los conceptos valorativos[19], el problema radica en la dificultad que presenta la interpretación de éstos conceptos al exigir del juez una valoración, que resulta de alguna manera peligrosa desde la perspectiva del principio de legalidad. Por lo anterior se indica que "el punto neurálgico lo constituyen sobre todo los «conceptos necesitados de complementación valorativa», que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo"[20].

Por ello se ha dicho que el Estado de Derecho ha de preferir construir los tipos penales mediante el uso de conceptos fácticos[21], pues en ellos la actividad judicial es puramente intelectual de comprobación y subsunción de hechos, en donde la aplicación de las reglas de la lógica las dotan de calculabilidad y objetividad; características de las que no estarían dotados los juicios sobre elementos valorativos por tratarse de un juicio judicial de valor[22].

Específicamente, desde la perspectiva de la interpretación judicial, se distingue entre elementos valorativos que contienen una valoración y los que requieren una valoración del juez, presentando mayor problema los últimos[23]. Así entonces no presenta iguales dificultades el concepto de cosa «ajena» en el hurto (art. 208 CP), que el de «amenazas graves» en la coacción (art. 193 CP), por ello: *"Cuando el Tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (p. ej. «cosa ajena», «documento», «tributo», «pariente», etc.) el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los elementos descriptivos. A la inversa, cuando el Tribunal deba motivar la existencia de un elemento normativo que requiere una valoración judicial, la argumentación será más compleja. Comenzará con una justificación de la elección de la norma ético-social, del standard o del criterio en el que se basa la valoración judicial"*[24].

Sin embargo, lo anteriormente dicho no significa que se pueda erradicar el uso de los mencionados elementos valorativos, pues en ocasiones, por la propia naturaleza de la materia objeto de regulación, los tipos de delictivos sólo pueden ser legalmente determinados en parte y deben ser completados por una valoración del juez[25].

### 1.2 Leyes penales en blanco

En cuanto a la situación de las leyes penales en blanco, la misma presenta similitud con las de los elementos valorativos del tipo, pues requieren para su complementación, de otras normas; las mismas consisten *"en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad"*[26].

El primer aspecto que se discute es en relación con la jerarquía de las normas a las que las leyes penales en blanco remiten. Un sector de la doctrina considera que sólo son leyes penales en blanco aquéllas que remiten a una norma de rango inferior[27]; otra parte de la doctrina extiende el concepto de ley penal en blanco comprendiendo dentro de ellas las remisiones a otras leyes no penales y a disposiciones de rango inferior[28].

19 Los elementos valorativos forman parte de los elementos normativos del tipo. Sobre la clasificación de los elementos normativos cfr. MIR PUIG, *Voz: "Tipo penal: elementos descriptivos y normativos"*, en EJB-IV, 1995, p. 6547; también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN/MIR (eds.), «Cuestiones actuales de la teoría del delito», 1999, p. 69.

20 ROXIN, *PG*, 1997, p. 170.

21 El Tribunal de Casación Penal, R- 150, 8 hrs. del 24 febrero 2004, ha establecido que "debe partirse al momento de interpretación de un elemento del tipo penal de que éste es de carácter descriptivo, salvo que hayan razones suficientes para estimar que no es de este carácter, sino que es normativo".

22 Así BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 151, comentando la posición de GRÜNHUT; sobre el punto también cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., 1994, p. 285; CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 118; COBO/VIVES, *DP PG*, 5ª ed., 1999, p. 74; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 291.

23 Así BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 151.

24 BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 153.

25 Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1978, p. 62.

26 ROXIN, PG, 1997, p. 156. De manera similar, SUAY HERNÁNDEZ, ADPCP, 1991, p. 134: "tanto en los elementos normativos jurídicos como en las leyes penales en blanco se produce una remisión a otra norma jurídica"; también PUPPE, CPC, 1992-47, p. 370, luego de indicar el carácter tautológico de tales leyes, señala: "Siempre que en un tipo penal se haga remisión expresa a obligaciones reguladas en otro lugar, estamos, por tanto, frente a uno de estos elementos en blanco que debe ser completado por los tipos de las normas a las que se hace referencia para así obtener una ley penal que tenga sentido".

27 Así RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1978, p. 88, las señala como "leyes que remiten, expresa o tácitamente, la determinación concreta de ese precepto a una autoridad distinta y de rango inferior"; entre otros cfr.: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado-III*, 1963, p. 353. El origen del concepto de «ley penal en blanco» esta ligado a este concepto, precisamente en Alemania con el surgimiento de ciertas leyes "en las cuales sólo está determinada, por la ley del Imperio, la sanción penal, mientras que la calificación de los hechos se deja a otros poderes, ya sea al Emperador, al *Bundesrat*, a la administración de Justicia, a la legislación de los Estados confederados o a la policía; tal vez hasta a una legislación extranjera", von LISZT, *Tratado-II*, 3ª ed., 1917, p. 99.

28 Entre otros: MIR PUIG, Introducción a las bases del DP, 1976, p. 49; DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto de DP; 1981, p. 184; ANTÓN ONECA, DP, 2ª ed., 1986, p. 108; CURY URZUA, DP PG, t. I, 2ª ed., 1988, p. 134; SÁINZ CANTERO, Lecciones, 3ª ed., 1990, p. 353; MORILLAS CUEVA, Manual de DP PG, 1992, p. 65; JESCHECK, Tratado PG, 4ª ed., 1993, p. 98; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª ed., 1994, p. 146; MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUÍZ, Voz: Ley penal en blanco, en EJB-III, 1995, p. 4013; RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, 18ª ed., 1995, p. 189; LUZÓN PEÑA, Curso, 1996, p. 148; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 4ª ed., 2000, pp. 40-41.

La remisión a otras leyes de carácter penal no debería ser comprendida dentro del concepto de ley penal en blanco[29]; por el contrario, sí presenta importancia el concepto cuando la norma emana de una fuente de producción que no tiene competencia penal[30] y particularmente cuando se trata de disposiciones reglamentarias[31]. De allí que resulte preferible, por su incidencia práctica, entender como ley penal en blanco aquella que remite a una norma extrapenal.

Otro aspecto debatido se refiere a la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo[32]; distinción necesaria pues al requerir ambas de otras normas para su aplicación, dependiendo del concepto que se asuma, la distinción deja de tener sentido práctico. La diferencia se intenta desde dos perspectivas: considerando leyes en blanco aquéllas en las que hay una remisión expresa a otras normas y elementos normativos cuando la remisión es implícita[33]; o bien partiendo de que en las leyes en blanco existe una remisión en bloque a la norma extrapenal y en los elementos normativos una remisión interpretativa[34].

El principal problema que plantean las leyes en blanco consiste en la posible violación a la reserva de ley[35], al remitirse a la normativa de otras instancias sin facultades penales.

Específicamente, la reserva de ley resulta infringida cuando se presentan remisiones genéricas a la potestad reglamentaria, o bien, las mencionadas remisiones en bloque en donde se castiga la violación a la normativa administrativa; por ello se afirma que en estos casos no está de por medio la protección de un bien jurídico penal, sino la protección de otros bienes cuya protección el legislador ha considerado menos importantes[36].

A pesar de los riesgos que implica, arriba señalados, también se sostiene la necesidad de utilizar el mecanismo de la ley penal en blanco basándose en diversos argumentos, pudiendo los mismos sintetizarse, tal como lo hace RODRÍGUEZ RAMOS[37], en los siguientes:

1.- La razón más utilizada es la complejidad de ciertas materias, que hacen imposible su descripción sin recurrir a la técnica de las leyes penales en blanco. En tal sentido se habla de impedir el anquilosamiento del Derecho Penal, el cual es superado por la rapidez y frecuencia de los cambios sociales, por lo que resulta más fácil mediante el recurso de la ley penal en blanco remitir a otra instancia que con más agilidad puede adecuar el supuesto de hecho a estas variaciones[38].

29 Así MORILLAS CUEVA, *Manual de DP PG*, 1992, p. 65, indica: "La consideración de norma penal en blanco a los casos en que el supuesto de hecho se concreta en otra norma penal produce una distorsión extensiva no asumible pues la hace prácticamente igual a las normas penales incompletas"; también RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1978, p. 89, señala: "Tampoco es correcto hablar de norma penal en blanco en aquellos casos en que una ley nace incompleta en espera de que sea completada por otra disposición jurídica del mismo o equivalente rango"; cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 41. Por el contrario, la Sala Tercera Corte Suprema de Justicia, R- 00168, 9:45 hrs. del 11 marzo 2005, considera un caso de "ley penal en blanco", la remisión entre normas del mismo CP.

30 Así: BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 101. También, en la legislación española, para aquellos que parten de la necesidad de ley orgánica para las leyes penales; aunque no lo estima así MESTRE DELGADO, ADPCP, 1988, p. 507, quien considera que "si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho ya en la Ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simple técnica normativa".

31 En tal sentido LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 149; señala "que los mayores problemas, sobre todo de respeto al principio de legalidad penal, se dan en las leyes penales en blanco que remiten a reglamentos (y aún será más grave si se remite a disposiciones o actos particulares) la descripción o complementación del supuesto de hecho". En igual sentido GARCÍA ARÁN, EPCrim, XVI, 1993, pp. 66-67; MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUÍZ, *Voz: Ley penal en blanco*, en EJB-III, 1995, p. 4013.

32 En cuanto a la distinción entre leyes penales en blanco y los tipos abiertos, las primeras remiten a normas concretas y los segundos a la totalidad del ordenamiento; en tal sentido v. LUZÓN PEÑA, *Voz: Tipos abiertos*, en EJB-IV, 1995, p. 6550.

33 Así SILVA SÁNCHEZ, EPCrim, XVI, 1993, p. 449. Esta distinción es criticada por GARCÍA ARÁN, EPCrim, XVI, 1993, pp. 68-69, quien considera "que la distinción no pasa por el carácter explícito o implícito de la remisión, puesto que, en definitiva, se trata de un criterio meramente formal: lo importante no es tanto que la norma penal mencione expresamente la necesidad de acudir a otra norma, como la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura del injusto descrito. De hecho, expresiones legales en las que puede entenderse hay una remisión expresa ("sin autorización, fuera de los casos permitidos" etc.), son tratados frecuentemente como elementos normativos".

34 En tal sentido GARCÍA ARÁN, EPCrim, XVI, 1993, pp. 73-74. La autora señala que en la remisión en bloque la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico, sancionándose la desobediencia a la norma administrativa; y en las remisiones interpretativas la norma extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico (*Ibid*, p. 71). Por su parte SUAY HERNÁNDEZ, ADPCP, 1991, p. 134, considera que "la diferencia se ha de establecer acerca de si en la elaboración de la norma a la que se remite interviene una instancia legislativa diferente de la que promulga las leyes penales", aunque en última instancia señala que los efectos prácticos de tal distinción no son esenciales.

35 Entre quienes señalan tal peligro, cfr. MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUÍZ, *Voz: Ley penal en blanco*, en EJB-III, 1995, p. 4013; COBO DEL ROSAL,/QUINTANAR DÍEZ, en «Comentarios a la CE de 1978», t. III, 1996, p. 131; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 43; COBO/VIVES, *DP PG*, 5ª ed., 1999, p.152.

36 Así MESTRE DELGADO, ADPCP, 1988, p. 523.

37 RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 4ª ed., 1988, pp. 39-40.

38 Sobre el punto, entre otros, cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1978, p. 89; CURY URZUA, *DP PG*, t. I, 2ª ed., 1988, p. 133; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 353; MORILLAS CUEVA, *Manual de DP PG*, 1992, p. 66; MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUÍZ, *Voz: Ley penal en blanco*, en EJB-III, 1995, p. 4013; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 42.

2.- La certeza y seguridad jurídica como consecuencia de la precisión con que se describen las conductas en las normas integradoras la ley penal.

3.- La existencia de bienes jurídicos difusos y/o de imposible protección si no es merced a un refuerzo de la normativa y autoridad administrativa en la materia[39].

No obstante, los anteriores argumentos a su vez son refutados por otro sector de la doctrina. Así entonces, en relación con el primero de ellos se indica que la misma naturaleza de la materia a regular, cambiante, implica la mutabilidad del supuesto de hecho, lo que puede convertir en indeterminada la descripción de la conducta y en todo caso dificultar el conocimiento de la misma[40]; además la certeza que aportarían éste tipo de remisiones, en contraposición con la utilización por la ley penal de conceptos genéricos, también se critica, pues "algunas remisiones indiscriminadas a los reglamentos obligan en ocasiones a debatirse en auténticas «selvas normativas», que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición"[41]; y por último, con respecto a la última razón apuntada en favor de las leyes penales en blanco, se indica que convierten la norma penal en un *tertium genus* entre la punición penal y la sanción administrativa, al respaldar el cumplimiento de las normas administrativas, lo que resultaría innecesario "si cada tipo penal delimita con claridad el bien jurídico que protege y la agresión al mismo que reprime"[42].

Partiendo de que las leyes penales en blanco, pese a todas las objeciones, resultan inevitables, se ha formulado una serie condiciones que deben reunir para adecuarse a las exigencias del principio de la reserva de ley y el mandato de certeza. Así entonces, la primera condición es que la remisión constituya un mecanismo imprescindible, imposible de lograr por otros medios[43], además *"debe exigirse que la ley penal (orgánica por lo general) describa todos los elementos típicos objetivos y subjetivos que delimiten el sentido de la conducta penalmente prohibida salvo justamente aquello que no se pueda precisar técnicamente sin recurrir a los reglamentos o leyes extrapenales"*[44]; lo anterior no evita que, pese a la exigencia de describir todos los elementos típicos objetivos y subjetivos, ese «algo» que aporta la norma no penal siempre será esencial pues si *"la materia de prohibición viene configurada por los elementos (de acción y resultado) que delimitan lo punible, todos los elementos típicos son esenciales para definirlo"*[45].

También se señala como una forma de minimizar los problemas que plantean las leyes penales en blanco la utilización de «cláusulas de remisión inversa», que posibiliten el conocimiento respecto a la amenaza penal que pesa sobre la norma complementaria, lo que se ha dicho, representa una técnica para garantizar una mejor percepción de las normas en blanco y excluir aquellas normas insuficientemente determinadas[46]; además se exige someter a la norma complementaria a la misma publicidad de la ley penal, como una forma de propiciar su conocimiento[47].

Por último, cabe señalar que la incidencia de las normas penales en blanco no sólo resulta importante desde la perspectiva del principio de legalidad (reserva de ley y mandato de certeza), sino también plantea problemas en relación con el conocimiento (o desconocimiento) de la norma integradora y la vigencia temporal de las mismas[48].

---

39 Precisamente, GERPE LANDÍN, RJCat, 1991, p. 699, justifica la «devaluación de la reserva de ley» que implica dicha remisión normativa en "que son materias en la «sic» Administración tiene un notable grado de intervensionismo: inhumación y violación de sepulturas, sustancias nocivas para la salud, medicamentos y anticonceptivos, exhumación o traslado de restos humanos, medio ambiente, cuestiones laborales, caza, control de cambios, contrabando, consumo, etc. Materias que originariamente eran tuteladas exclusivamente por la Administración y que con la finalidad, de discutida eficacia, de aumentar su garantía, pasan a ser tuteladas también, en un conflictivo régimen de concurrencia, por el Derecho penal"

40 En tal sentido, cfr.: CURY URZUA, *DP PG*, t. I, 2ª ed., 1988, p. 136; BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 94.

41 GARCÍA ARÁN, EPCrim, XVI, 1993, p. 82; cfr. también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 43.

42 MESTRE DELGADO, ADPCP, 1988, p. 523.

43 En tal sentido MESTRE DELGADO, ADPCP, 1988, p. 526; propone las siguientes alternativas: la descripción de la materia de punición en los preceptos correspondientes del Código penal, la elaboración de normas especiales y la introducción en el Código de fórmulas de remisión normativa recepticia.

44 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 152; en el mismo sentido cfr. CURY URZUA, *DP PG*, t. I, 2ª ed., 1988, p. 137; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., 1994, p. 148. Sobre el punto, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*-II, 4ª ed., 1964, p. 374, indica: "Nunca ha de olvidarse por los interpretes, que las infracciones que se castigan y conforme a las cuales se opera el proceso de subsunción, son las que se hallan en la ley, aunque el reglamento las repita y concretice en el detalle".

45 GARCÍA ARÁN, EPCrim, XVI, 1993, p. 89.

46 BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 97. Debe distinguirse de lo que JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*-II, 4ª ed., 1964, p. 353, designa como «ley en blanco al revés» en la cual la parte en blanco es la sanción.

47 Así, CURY URZUA, *DP PG*, t. I, 2ª ed., 1988, p. 140.

48 SILVA SÁNCHEZ, EPCrim, XVI, 1993, p. 430; señala: "En cualquier caso, el problema de la retroactividad e irretroactividad en las leyes penales en blanco no reviste carácter excepcional, sino que se inserta en un contexto bastante más amplio, en el que se ven afectados los "equivalentes funciones " de esta figura y otros supuestos próximos".

## 2. CASUISMO

Aún cuando parezca paradójico, también el desarrollo hasta sus últimas consecuencias del «mandato de certeza», en la búsqueda de la mayor exactitud posible en el trazado de las leyes, conduce a resultados negativos[49]. Las consecuencias a las que puede llevar una excesiva tendencia a la concreción o casuismo, se demuestran partiendo de que hipotéticamente la descripción de una conducta puede ir desde los conceptos más genéricos, situación ya criticada, hasta los más concretos, en donde la descripción más pormenorizada y por tanto exacta estaría representada por el caso concreto.

El casuismo, como contrapartida a la excesiva generalización, viene a constituir un exceso de celo, producto de la tendencia histórica a constreñir o impedir la interpretación judicial, que se manifiesta principalmente en la manera «exhaustiva» de describir la conducta típica, aunque también se encuentran ejemplos del mismo en las normas de la parte general[50].

La excesiva concreción o «casuismo» resulta una situación tan censurable como los problemas de certeza antes señalados, evidenciando una tendencia histórica que a provocado críticas como la de ANTÓN ONECA, quien al respecto manifiesta: *"Con tal sistema se intenta proteger al reo contra posibles arbitrariedades de los jueces y mantener la igualdad, evitando el desprestigio que sobre la función judicial recaería si un mismo hecho fuere valorado muy distintamente, según el tribunal a quien hubiere correspondido juzgarle. Aunque tal razonamiento tiene un fondo de realidad indudable, no es menos cierto que la igualdad no consiste en tratar idénticamente casos desiguales y que la uniformidad en las resoluciones implica a veces falta de equidad, en cuanto desconoce circunstancias particulares del hecho y del autor, no previstas ni previsibles en la Ley por su carácter general"*[51]. Los aspectos negativos que el citado autor reprochaba al «casuismo» le llevaban a proponer que *"la revisión de la estricta legalidad del derecho criminal ha de ser, pues, limitada, reducida a una cierta amplitud en la definición de los delitos, que suprima el pernicioso y contraproducente casuismo, y a una mayor flexibilidad en las reglas de aplicación de las penas, que permita adaptarlas al caso concreto"*[52].

A la anterior crítica es posible agregar muchas otras[53], las cuales básicamente rechazan la tendencia legislativa a limitar mediante una excesiva concreción, más allá de lo deseable, la actividad interpretativa de los tribunales impidiéndoles una solución justa en el caso concreto, pues *"al conectar con exteriorizaciones que en modo alguno son necesarias en todos los casos merecedores de pena, origina ineludiblemente lagunas que impiden una decisión correcta en casos límites, dado que con la prohibición de analogía se veda al juez que complete la ley"*[54].

## 3. CUMPLIMIENTO DEL «MANDATO DE CERTEZA»

Como ha podido notarse, la cuestión del «mandato de certeza», se debate entre la generalidad y la concreción[55], pues, como se ha señalado, se trata de un tema complejo que no se soluciona con la sola exigencia de la mayor precisión posible en la descripción de las conductas delictivas[56].

Tratando de delimitar el ámbito del «mandato de certeza», se puede partir de que éste *"se exige hoy con mayor intensidad en el ámbito de la «garantía criminal» que en el ámbito de la garantía penal"*[57]; lo que encuentra su razón

49 En tal sentido, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 47-48, indica que la descripción hasta los mínimos detalles de la conducta prohibida "supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuísmo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal".

50 RODRÍGUEZ MOURULLO, en «Comentarios al CP», t. I, 1999, p. 147, refiriéndose a la legislación española, indicaba: "la preocupación por someter al arbitrio judicial al principio de legalidad lleva al legislador español a establecer un conjunto de reglas sobre la aplicación de las penas según las circunstancias que concurran, que dio lugar a lo que se llamó aritmética o dosimetría penal, cuya finalidad última era impedir que el Juez pudiese recorrer libremente los márgenes penales y que tuviese que efectuar ese recorrido ateniéndose estrictamente a criterios legales".

51 ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, pp. 110-111.

52 ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p. 112.

53 Entre otras: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*-II, 4ª ed., 1964, p. 337: "en materia penal es cada vez más necesario abolir el régimen de casos e implantar el de fórmulas elásticas y comprensivas, pero limitativas"; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 4ª ed., 1988, p. 38: "no es posible ni conveniente, sin embargo, intentar si fuera posible la total supresión de dicho arbitrio judicial"; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 113: "el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación. Cuando ello se intenta, se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no agotan las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad".

54 JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 115.

55 En tal sentido OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de DP*, 1981, pp. 326-327, manifiesta que "la vertiente material de este principio supone una constante fricción entre generalización y concreción, entre justicia material y seguridad jurídica, entre descripción y valoración, entre rigidez legal y arbitrio judicial, entre confianza en la Administración de Justicia y desconfianza hacia ella, entre potenciación del papel del juez en la aplicación de la ley y reducción del mismo al automatismo de la subsunción y la imposición de la pena sin margen de determinación"; cfr. también RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PG*, 18ª ed., 1995, pp. 415-416.

56 En tal sentido, CEREZO MIR, *Curso-I*, 5ª ed., 1998, p. 169, manifiesta: "El principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esta exigiría un casuísmo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos".

57 Así ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de DP PG*, 2ª ed., 1991, p. 188; cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de DP*, 1981, p. 328-329, quien califica como «excesivamente legalista» al sistema español de determinación de la pena (crítica que podría verse atemperada en el actual Código Penal).

*de ser, entre otras, en la exigencia de un más amplio arbitrio judicial en la elección de la pena a imponer y, ya desde la perspectiva de la Administración penitenciaria, en la duración de la misma, exigidas por las teorías de la prevención especial*[58] .

Situados en el campo específico de la «garantía criminal», un primer aspecto del que puede partirse es que, en general, al determinar el comportamiento delictivo, la ley procede a describir con menor precisión los elementos generales del delito que los de cada delito individual, por lo que la aplicación de los preceptos generales requiere de un mayor grado de precisión por parte del intérprete[59] . Por lo anterior es que sobre estos últimos se centra la discusión en relación con el grado de precisión exigible al legislador en el momento de su descripción[60] .

No obstante, se trata de un tema en el cual las soluciones concretas son difíciles de encontrar, pues los límites que tiene el legislador al momento de describir una conducta punible no resultan claros, salvo que se parta de casos extremos como sancionar toda conducta contra el orden social, de allí que es un campo propenso a las declaraciones generales. De tal manera, algunos señalan el uso de conceptos vagos como un factor que propicia la arbitrariedad y a la excesiva concreción como obstáculo para la justicia del caso concreto, colocando el énfasis en la función jurisdiccional, por ejemplo MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN señalan: *"Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad"*[61] .

Desde otra perspectiva, se considera a la excesiva generalización como un factor que afecta a la seguridad jurídica; así BACIGALUPO manifiesta: *"Sin embargo, el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en cláusula general. La generalización se torna, por tanto, inadmisible, cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido"*[62] .

Un criterio un tanto más preciso lo ofrece ROXIN, para quien la solución la brindan los principios de la interpretación penal, pues *"un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación"*[63] .

De todo lo dicho se desprenden las dificultades que presenta el cumplimiento del «mandato de certeza» y las consecuencias negativas que implican los conceptos indeterminados o la excesiva concreción, debiendo el legislador buscar la mayor precisión posible, sin caer en el casuismo, en tanto la materia objeto de regulación lo permita, evitándose la indeterminación innecesaria[64] . Además, las anteriores propuestas podrían precisarse un tanto más partiendo de que una de las finalidades del tipo penal, en sentido amplio, es servir de instrumento al intérprete judicial para determinar la tipicidad de una conducta concreta, desde tal punto de vista es obligación previa del legislador brindarle al intérprete un objeto de estudio que permita la conformación de un sistema que posibilite: la continuidad en la evolución conceptual, que evite la arbitrariedad en la valoración, se fundamente en una igual necesidad de regulación y ser apto para resolver lo principal del problema de regulación[65] ; el anterior criterio debe ser complementado recurriendo al bien jurídico protegido penalmente de manera tal que la descripción de la conducta establezca con claridad cuál es el bien que se protege.

Además de todo lo anterior, debe tenerse presente que dirigiéndose el «mandato de certeza» al legislador, se

58 Así ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p. 111.

59 Cfr. JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 90-91; sobre el punto indica el autor que "en la teoría general de la imputación los preceptos legales constituyen puntos fijos de un sistema que por lo demás se ha de formar sin dirección de la ley en su contenido y alcance; en la Parte Especial, los preceptos legales, en favor del autor, proporcionan todo el material disponible para la formación del sistema, lo que desde luego cabe hacer aplicable mediante complementaciones" (*Ibíd.*, p. 91); agregando, posteriormente, que "el intento de medir por el mismo rasero la teoría general de la imputación y los tipos delictivos de la Parte Especial, a la vista de las excepciones inevitables a la prohibición de generalización en la teoría de la imputación, hace que se deshaga el rigor del principio de legalidad" (*Ibíd.*, p. 107). En igual sentido ROXIN, PG, 1997, p. 173; señala: "No obstante, es cierto que falta la determinación en sí misma necesaria en aquellas partes de la Parte general que intencionadamente el legislador no ha regulado y ha encomendado su desarrollo a las jurispr. y la doctrina científica".

60 Aunque en casos particulares también las normas generales pueden ofrecer problemas de ambigüedad; en tal sentido cfr. Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia, R- 3441, 16:47 hrs. del 31 de marzo 2004, en donde se señalan problemas de constitucionalidad al "Proyecto de ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres", al entender el voto de mayoría que "el artículo 3 del proyecto, por una parte, utiliza términos dotados de un muy importante grado de ambigüedad que permiten, de acuerdo con quien los valore o considere, interpretaciones no unívocas como las requiere la norma penal y, por otra parte, la cantidad de términos de esa naturaleza que emplea, hacen que se presente una situación de imprecisión tan grave que provoca el vicio invalidante por infracción del principio de tipicidad penal".

61 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 113.

62 BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., 1998, p. 76.

63 ROXIN, PG, 1997, p. 172.

64 En tal sentido, JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 95-96, quien indica: "Si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa. Evidentemente ello no es válido cuando la regulación más precisa sólo cabe manejarla con tanta dificultad (tal es el caso en la regulación muy prolija) que al aplicarla se vuelva a perder la ventaja inicial de exactitud".

65 Así JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 104-105.

dificulta aún más el control de su cumplimiento, residiendo básicamente dicha vigilancia en la justicia constitucional[66]. Por último, cabe indicar que las dificultades ofrecidas por el «mandato de certeza» corresponde analizarlas en relación con las concretas figuras de la Parte Especial[67]; cuestión que se hará particularmente con el hurto, del que puede adelantarse que adolece tanto de los defectos del casuismo, en las diversas escalas penales asociadas a la cuantía de lo sustraído, como de una excesiva generalización, concretamente al agravarse la pena por la «especial gravedad» económica de lo sustraído.

## BIBILIOGRAFÍA


**ANTÓN ONECA**, José: *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.

**BACIGALUPO ZAPATER**, Enrique: *Principios de Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., Akal/Iure, Madrid, 1998.

**BECCARIA,** Cesare: *De los delitos y de las penas,* traducción de Francisco Tomás y Valiente, 3ª reimpresión, Aguilar, Madrid, 1979.

**BUSTOS RAMÍREZ**, Juan Manuel: *anual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.

**CARBONELL MATEU**, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales,* 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1996.

**CEREZO MIR**, José: *Curso de Derecho penal español, Parte general-I, Introducción*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

—*Curso de Derecho penal español, Parte general-II, Teoría jurídica del delito,* 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

**COBO DEL ROSAL**, Manuel/**QUINTANAR DÍEZ**, Manuel: *Artículo 25 Garantía Penal,* en «Comentarios a la Constitución española de 1978», tomo III, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 127-144.

**COBO DEL ROSAL**, Manuel/**VIVES ANTÓN**, Tomás S.: *Derecho penal, Parte General,* 5ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1999.

**CURY URZUA,** Enrique: *Derecho penal, parte general;* tomo I, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

**DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Miguel: L*os elementos normativos del tipo penal y la teoría del error,* en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Dirs.), «Cuestiones actuales de la teoría del delito», Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 61-111.

**GARCIA ARÁN**, Mercedes: Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, en EPCrim, tomo XVI, 1993, pp. 65-103.

**GERPE LANDÍN**, Manuel: *Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal*, en RJCat, 1991, pp. 685-700.

**HASSEMER**, Winfried: *Crítica al Derecho penal de hoy,* traducción de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires,1995.

**JAKOBS,** Günther: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Pons, Madrid, 1997.

**JESCHECK**, Hans-Heinrich: *Tratado Derecho Penal Parte General*, traducción de la 4ª ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

**JIMÉNEZ DE ASÚA**, Luis: *Tratado de Derecho Penal, tomo III,* 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963.

—*Tratado de Derecho Penal, tomo II,* 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

**LIZT**, Franz: *Tratado de Derecho penal,* tomo II, 3ª ed., traducción de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1917.

**LUZÓN PEÑA**, Diego-Manuel: *Voz: Tipos abiertos,* en EJB, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 6550-6552.

—*Curso de Derecho penal Parte general,* Editorial Universitas, Madrid, 1996.

**MAURACH**, Reinhart/**ZIPF**, Heinz: *Derecho penal, Parte General, 1: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7ª ed. alemana por J. Bofia Genzsch y E. Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

**MESTRE DELGADO**, Esteban: *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal,* en ADPCP, 1988, pp. 503-527.


66 BACIGALUPO, *Principios,* 5ª ed., 1998, p. 99: "Por tal motivo el verdadero control de estas exigencias, en la medida en la que ello sea posible, debe tener lugar por medio del control abstracto de constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos".

67 Así MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito,* 2ª ed., 1989, p. 53, señala: "Es imposible delimitar a *priori* todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Esta es una tarea que corresponde a la parte especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos".

**MIR PUIG**, Santiago*: Voz: Introducción a las bases del Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 1976.

*— Tipo penal: elementos descriptivos y normativos*, en EJB, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6546.

*—Derecho Penal, Parte General,* 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998.

**MORILLAS CUEVA**, Lorenzo: *Manual de Derecho penal, Parte General, Introducción y Ley penal,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

**MUÑOZ CONDE,** Francisco: *Teoría general del delito,* 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1989.

**MUÑOZ CONDE,** Franciso/ **CUADRADO RUÍZ,** María Á.: *Voz: Ley penal en blanco,* en EJB, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4013-4014.

**MUÑOZ CONDE**, Fco./ **GARCÍA ARÁN**, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

**OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO**, Emilio: *Sobre el concepto de Derecho penal*; Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

**PRIETO DE PEDRO**, Jesús: *Lenguas, lenguaje y derecho,* Civitas, Madrid, 1991.

**QUINTERO OLIVARES**, Gonzalo /**MORALES PRATS**, Fermín /**PRATS CANUT**, José Miguel: *Manual de Derecho Penal, Parte General,* 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2000.

**RODRÍGUEZ DEVESA**, José M./ **SERRANO GÓMEZ**, Alfonso: *Derecho penal español, Parte general*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

**RODRÍGUEZ MOURULLO**, Gonzalo: *Derecho penal, Parte general,* Civitas, Madrid, 1978.

**RODRÍGUEZ RAMOS**, Luis: *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Madrid, Trivum, 1988.

**ROXIN**, Claus: *Derecho penal, Parte general,* traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

**SAINZ CANTERO**, José A.: *Lecciones de Derecho penal Parte general, 3ª* ed., Bosch, Barcelona, 1990.

**SALA SÁNCHEZ**, Pascual: *Rasgos generales del nuevo Código penal,* en VIVES/MANZANARES (Dirs.), «Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)», CGPJ, Madrid, 1996, pp. 15-36.

**SILVA SÁNCHEZ**, Jesús-María: *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "Leyes en Blanco",* en EPCrim, tomo XVI, 1993, pp. 424-461.

**SUAY HERNÁNDEZ**, Celia: *Los elementos normativos y el error,* en ADPCP, 1991, pp. 97-138.

**ZUGALDÍA ESPINAR,** José Miguel: *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General),* Universidad de Granada, Granada, 1990.

# DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

## *A propósito de su instrumentalización legislativa*

*Dra. Sandra Eug. Zúñiga M*[1].

La trascendencia del tema ambiental en la sociedad actual no se puede ocultar, nuestras acciones, la respuesta brindada por el legislador –con mucha o poca consciencia- determinará en unión de las actitudes y compromisos asumidos por la Comunidad Internacional, el futuro de nuestras generaciones.

Analizar la propuesta de instrumentalización legislativa de los delitos contra el ambiente en un proyecto legislativo –como ocurre en la actualidad- implica una reflexión posible de focalizar en diversas direcciones, y que a partir de una iniciativa aún en agenda del legislativo, es importante reflexionar:

1. ¿Cuál es el concepto de ambiente acogido en esa propuesta legislativa? ¿es comprensiva de toda la problemática ambiental o sólo focaliza una faceta del mismo?

2. La necesidad o no de tipificar conductas que afecten el ambiente, ¿acaso el derecho administrativo resulta el idóneo para dar una solución a todo menoscabo de los bienes ambientales?, ¿acaso el carácter de última ratio del derecho penal aconseja utilizar otras vías antes de continuar ensanchando las lista de conductas penalmente relevantes?

3. Pero si insistiéramos en la necesaria punición de estas conductas, ¿cuál es el mejor lugar para regularlas?, ¿el Código Penal o una ley especial?, ¿cuál es la mejor técnica de instrumentalización?, ¿delitos de peligro o de resultado?, ¿delitos de peligro abstracto o concreto? ¿qué trascendencia tiene en este punto el bien jurídico tutelado?, ¿cuáles conductas son en verdad penalmente relevantes en esta materia?, ¿cómo establecer los límites?, ¿cómo regular una materia que muta día a día?, lo que ayer parecía inocuo más tarde se comprobó en un agente altamente cancerígeno.

Esas son varias de las interrogantes que motivan esta ponencia, por razones de espacio, abordaré solo algunas.

### 1. DECISIÓN DE INSTRUMENTALIZACIÓN

El Derecho Penal tutelador del medio ambiente se enfrenta al menos a tres posibilidades de codificación[2]: a) la dispersión de normas o la creación de una única disposición legal, ya fuera b) dentro del Código Penal o c) en una norma de Derecho Penal Especial.

La dispersión de normas no constituye en definitiva una opción defendida en la actualidad, son muchos los cuestionamientos respecto a la seguridad jurídica y en especial al principio de tipificación.

Los argumentos a favor de su regulación **dentro de una ley especial** subrayan la especialidad de la materia, la existencia de una serie de conceptos normativos que no pueden tener explicación dentro de un Código Penal, pero que son de uso común en leyes especiales. Comparto con CONDE-PUMPIDO TOURÓN que esta técnica provoca *"una indeseable sectorización del Derecho Penal, un retroceso en el camino avanzado hacia la paulatina desaparición de las Leyes especiales y la más garantista unificación de todos los tipos delictivos en un cuerpo único y armónico, además de la aparición de un Derecho penal menor, administrativizado y disperso, con fuerte dependencia del respectivo sector normativo en el que se encuentra incrustado y con frecuentes redundancias, lagunas o tratamientos desiguales para conductas de similar gravedad, fruto de la descoordinación, e incluso con disminución del efecto preventivo general al perderse la función simbólica derivada de la equiparación formal con el resto de los tipos delictivos de un Código Penal unificado."*[3]

A favor de la inclusión **dentro del Código Penal** se alegan argumentos sobre seguridad jurídica de los ciudadanos, pues se gana en homogeneidad, coherencia normativa y en facilidad de conocimiento para los destinatarios[4], recreando la experiencia alemana[5] pienso que su regulación en el Código Penal, implica :

a) Dar una categoría especial al bien jurídico ambiente, se

---

1 Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Doctora en Derecho Penal y Fundamentos de Derecho de la Universidad de Alcalá, Madrid. En la actualidad Jueza de Juicio del Poder Judicial de Costa Rica.

2 Autores que se ocupan de abordar las ventajas o desventajas de una u otra opción BACIGALUPO, *EPC*, V, 1982, p.197,BLANCO LOZANO, *CPC*, nº. 60, 1996, pp.705 – 710; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *DJ*, 37/40, Vol. 2, 1983, pp.887 ss; BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, pp. 27ss.

3 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *LL*, 1996-2, p.1551; *CP*, Vol.II, 1997, pp.3220 ss.

4 BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, pp.29 - 30.

5 Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *DJ*, 37/40, Vol. 2, 1983, p.888. Sobre la elección normativa alemana también TIEDEMANN, *Lecciones*, 1993, p.175.

supone que el Código Penal abarca la protección de los valores decisivos y primarios para la vida en sociedad.
b) Fortalecer la conciencia social respecto a la gravedad de los comportamientos dañosos del medio natural, por lo general visualizados como delitos "bagatela".
c) El efecto prevención general por la incriminación penal, dentro de un instrumento que regularmente es más conocido por la población, aunque ello depende de la aplicación efectiva y de la divulgación de esa aplicación.
d) A nivel pedagógico, despierta mayor interés por los estudiosos del Derecho.

## 2. CONCEPTO DE AMBIENTE RECOGIDO EN EL PROYECTO

La extensión que ha alcanzado este término es tal, que se ha incorporado al lenguaje común, sin importar la edad, nivel cultural o económico del interlocutor, lo que ha originado una variedad de significaciones. Incluso este término se ha asimilado a tendencias reformistas (tanto políticas como culturales)[6], *"es utilizado como bandera por grupos de acción social; bajo su ámbito se esconden nuevas tendencias económicas, que llegan a desembocar en la creación de nuevas estrategias de mercado, e incluso en una nueva clase de empresas y actividades cuyo fin es el Medio Ambiente, "destinadas a la producción de equipos anticontaminación y a la preservación del medio".*"[7]

Otra dificultad en el camino de esta conceptualización lo constituye la cantidad de elementos que conjugan el medio ambiente. Desde una óptica filosófica o científico-natural[8] resulta un concepto tan amplio, que incluye absolutamente todo lo que nos rodea, incluidos por supuesto nosotros, como parte de ese entorno. Se podría identificar desde ese ángulo, el medio ambiente con la creación misma, concluyendo que todo lo que habita en este mundo, e incluso en el universo, se relaciona causalmente con todo lo demás, que eso es ambiente, el conjunto de todo lo que nos rodea y sus relaciones.[9]

Es obvia la necesidad de recurrir en la esfera jurídico penal a un concepto funcional, procurando fijar de forma más precisa el objeto de protección. En el plano jurídico es posible diferenciar diversos criterios para una definición de ambiente; resulta imprescindible, sin embargo, considerar que cualquier intento de concepto debe atender a las peculiaridades de cada ordenamiento, a su distinto tratamiento normativo; pero sobre todo a la predominante subordinación constitucional del mismo;[10] precisamente, el art. 50 de la Constitución Política de Costa Rica no ofrece un concepto de medio ambiente, su contenido presenta un derecho-deber al medio ambiente; la obligación del Estado de garantizarlo, defenderlo y preservarlo, ordenando la determinación de responsabilidades y sanciones, cuando ocurran comportamientos lesivos. No se aprecia una enumeración de los elementos que lo componen, pero sí impregna un perfil antropocéntrico, cuando impone al Estado el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

> **Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.**
> **(Reforma Constitucional 7412 de 3 de junio de 1994)**

En doctrina es posible ubicar diversos grupos de definiciones[11], me refiero a tres tipos de concepciones: amplias, restrictivas, y las de denominadas intermedias:

### 2.1. Concepciones amplias

Entendido el concepto de medio ambiente de esta forma es posible distinguir tres sectores: **el ambiente natural** (aire, agua, suelo, flora, fauna, interrelacionados entre sí), **el ambiente construido por el hombre** (edificaciones en general: fábricas, vías de comunicación, etc.) y finalmente, **el ambiente social** (sistemas sociales, políticos, económicos y culturales). **Los dos últimos integran el ambiente artificial en contrapartida al ambiente natural.**[12]

---

6 El concepto de medio ambiente, su nacimiento y acogida en las ciencias sociales es presentado por LÓPEZ GARCÍA, *RFDUG*, nº.16, 1988, pp. 109 ss., en un artículo que primero alude a esta definición en el marco de la "teoría social" y, en una segunda parte, reflexiona sobre el ambiente como un problema ideológico. Vid. también GARCÍA MATOS, *LL*, 1993-4, pp.1108 ss.

7 MORENO TRUJILLO, *La Protección*, 1991, p. 32.

8 Más información sobre el tema RODAS MONSALVE, *Protección penal*, 1993, pp.61 ss.

9 Vid. MORENO TRUJILLO, *La Protección*, 1991, p.33; VIZCAINO SÁNCHEZ-RODRIGO, *Introducción*, 1996, p.5; BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, pp.102 ss.; BLANCO LOZANO, *Protección MAmb*, 1997, p.38.

10 ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.48.

11 Existen diversas clasificaciones sobre las definiciones de ambiente, por ejemplo ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.49, hace una división tripartita y concibe: concepciones muy amplias, concepciones amplias y concepciones restrictivas.

12 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *DP*, 1992, p. 32.

Algunos han optado por esta alternativa, aunque con matices[13], verbigracia, Mario DI FIBIO extiende el significado ambiente a todas las cosas materiales que rodean al hombre (naturales o artificiales), sin embargo, excluye el ambiente social. O bien, el caso de Beniamino CARAVITA, quien define el ambiente como "equilibrio ecológico, ya sea de la biosfera o de cada uno de los ecosistemas individualizados", obviando de esta manera, el denominado ambiente artificial.[14]

El rechazo de esta postura obedece a que resulta un concepto ajeno al uso común, imposible para un tratamiento coherente y homogéneo de la materia,[15] supera la política criminal y se introduce en la problemática de la transformación profunda de nuestros hábitos de vida[16].

2.2. Concepciones restrictivas

Defiende esta posición MARTÍN MATEO[17], para quien forman parte de la naturaleza los elementos "naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra". No estando esta posición exenta de críticas, al excluir el suelo (sólo excepcionalmente la contaminación del suelo no es provocada por la contaminación de las aguas o del aire), y algunos elementos de la flora y la fauna. [18]

2.3. Concepciones intermedias

Identifican el medio ambiente con la naturaleza[19] (o con los recursos naturales) a las que pueden adicionar, los agentes contaminantes, las actividades que los generan y las técnicas de protección y mejora del medio ambiente.[20] Existen dentro de este grupo sus matizaciones, aunque lo importante es que se opta por una definición intermedia y de carácter descriptivo, que deja al margen el denominado "ambiente artificial". Albin ESER[21] en la doctrina alemana; Pietro NUVOLONE[22] y Mario LIBERTINI[23] en el ámbito italiano; y dentro de los estudiosos españoles QUERALT JIMÉNEZ y BACIGALUPO, entre otros[24], son los más destacados defensores de esta concepción. Una de las concepciones con mayor aceptación es la presentada por BACIGALUPO, quien afirma se trata de una "suma de las bases naturales de la vida humana", de donde es posible deducir los objetos de protección, dice: *"...se trata del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales."*[25]

Al advertir líneas antes la necesidad básica de recurrir al precepto constitucional para definir el contenido del concepto de medio ambiente, atendiendo a los lineamientos básicos ahí dispuestos, parecieran que en principio la definición propuesta por BACIGALUPO cumple las expectativas, sin embargo, en ella el autor señala limitantes (en cuanto a los recursos que integran el medio ambiente) que el constituyente no dispone.

En efecto, recursos naturales existen de dos tipos, los **materiales** y los **energéticos**. Dentro de los **recursos naturales materiales** existen los *renovables*, que corresponden a los seres vivos (flora y fauna) e insumos derivados de ellos, donde en principio, no existe una cantidad limitada; y los *no renovables*, caso de los minerales, cuyas existencias corresponden a una suma determinada, no pueden ser reemplazados en el seno de un proceso natural, o si lo pudieran, el ritmo es "más lento que el impuesto por el consumo". Los **recursos naturales energéticos** en atención su forma de obtención, se clasifican en *recursos de inventario o de stock*, caso del carbón y petróleo; y los *recursos de flujo*, donde se encuentran la energía solar, la geotérmica, las mareas y corrientes fluviales, entre otros.[26]

Nace a consecuencia de lo anterior una propuesta más, un concepto que enmarco también dentro de los intermedios, que procura apegarse al espíritu constitucional del ordenamiento:

13 Comentarios sobre el particular es posible encontrar en: BELTRÁN BALLESTER, *PJ*, IV, 1988, p.94; CANTARERO BANDRÉS, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.72. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *AA*, 1995-2, p.516; GARCÍA HERNÁNDEZ, en: MARTOS NÚÑEZ, (Direc.), *Protección Penal*, 1997, p.55.

14 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *DP*, 1992, p.32.

15 ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.49.

16 BACIGALUPO, *EPC*, V,1982, p.200.

17 MARTÍN MATEO, *Tratado*, Vol.I, 1992, p.86.

18 Cfr. MORENO TRUJILLO, *La protección*, 1991, pp.46 - 47; RODAS MONSALVE, *Protección penal*, 1993, pp.70 ss.; LÓPEZ RAMÓN, *RDAmb*, n.º 13; 1994, pp. 38 – 39; ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, pp.49-50; GARCÍA HERNÁNDEZ en: MARTOS NÚÑEZ, (Direc.), *Protección Penal*, 1997, p.55.

19 En contra RODAS MONSALVE, *Protección penal*, 1993, p.77 "... no puede identificarse ambiente natural con naturaleza. Este último es un término omnicompresivo en el que cabría prácticamente todo y podrían incluirse hasta los llamados fenómenos naturales, como las inundaciones, las mareas o los terremotos."

20 ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.49.

21 ESER , Albin, cit.: MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *DP*, 1992, p.33.

22 Para NUVOLONE, Pietro, cit.: MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *DP*, 1992, p.33.

23 Para LIBERTINI, Mario, cit.: MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *DP*, 1992, p.34.

24 QUERALT JIMÉNEZ, *DPE*, PE, 1996, p.715.

**Medio ambiente es la totalidad de factores naturales (no artificiales) que inciden o condicionan la vida. En consecuencia, abarca todos los procesos (físicos, químicos y biológicos) que permiten la existencia de los recursos naturales, y los recursos naturales en sí mismos (aire, suelo, agua, energía solar, flora, fauna, entre otros) en su integridad.**

La justificación del contenido de este concepto, es la siguiente:

1. Para lograr una definición de ambiente se deben excluir las materias relativas al patrimonio histórico y al urbanismo, igual sucede con los sistemas sociales o económicos, en suma queda al margen el ambiente "artificial". Si bien es cierto, estos elementos condicionan la calidad de vida que procura un ambiente adecuado, se decide su exclusión porque:
   - albergar dichos fenómenos dificultaría la utilización del concepto;
   - su trato individual ofrece la ventaja de concretar con mayor rigor los bienes objeto de tutela.

2. Me refiero a "factores naturales", mencionando algunos de ellos solo a manera de ejemplo. Existen autores que han optado en sus definiciones por unos u otros elementos naturales, caso de MATEOS RODRÍGUEZ que se ciñe al agua y al aire, por considerarlos "vehículos básicos" para la existencia del hombre; o de BACIGALUPO que menciona el suelo, aire, agua, fauna y flora, así como las condiciones ambientales necesarias para esas especies, también en pro de la vida humana. Pero aunque respetuosa, de reconocidos eruditos, no comparto esta técnica y opto por una alusión general de todos los recursos naturales, sean materiales o energéticos, y por ello mismo, de todos los procesos que finalmente permiten, ya sea a nivel químico, físico o biológico, la existencia de los recursos naturales necesarios también para la vida del hombre.

3. Es un concepto de rasgos antropocéntricos: se alude a la vida, ya sea humana, vegetal o animal. El mismo texto constitucional justifica esta opción cuando se refiere a que **"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado".** La utilización adecuada de los recursos tiene por fin el bienestar de todos los habitantes del país; pero además interesa de forma directa el medio ambiente, como realidad autónoma y se consagra su defensa y restauración: **"Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."**. En otras palabras, no sólo es relevante el hábitat para la existencia y desarrollo del hombre, también es preciso un equilibrio en lo que corresponden a la flora y fauna, aún cuando no repercutan directamente sobre el ser humano, pues la naturaleza no se protege sólo en amparo de intereses humanos inmediatos. No obstante, la defensa de la naturaleza acaba donde sus fenómenos perjudican o atentan contra el hombre.[27]

4. En último término, la palabra final "integridad" tiene su razón en una dolorosa realidad. Es el hombre quien elimina especies, experimenta con ellas, es el que las coloca en nuevos y extraños hábitats, donde terminan siendo depredadoras o alimento de otras que les aventajan; ello incide en la cadena alimenticia, provoca disfunciones que llevan al exceso o al holocausto de poblaciones enteras. Es el humano, sigue siendo él, el que crea y aplica agente químicos tóxicos, el que favorece la degradación de los suelos, el deterioro de los mares. Es el responsable de la crisis que amenaza su existencia, por ello la "integridad" se refiere a la totalidad de factores naturales y sus procesos de existencia, en el sentido de que no se perjudiquen, salvo para satisfacer necesidades básicas a tono con la armonía necesaria entre desarrollo y medio ambiente, o como reacción a procesos naturales que puedan menoscabar al ser humano, básicamente en su salud.

Esta posición intermedia también es compatible con el contenido de la regulación propuesta en el Proyecto de Código Penal, con un defecto, a mi criterio no lo focalizar con la verdadera protección al bien jurídico tutelado.

## 3. ¿ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MATERIA AMBIENTAL?

El Derecho Penal pretende contribuir a la realización de la vida en sociedad del hombre, por ello tutela los bienes jurídicos considerados fundamentales. No obstante, esta vocación protectora no sólo la protagoniza el Derecho punitivo, pues éste sólo debe intervenir en los más graves ataques a los intereses sociales e individuales básicos.

25 BACIGALUPO, *EPC*, V, 1982, p.200; se adhieren a esta definición DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.50; MUÑOZ CONDE, *DP*, PE, 1996, p.502; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *CDJ*, 1994, p.287; *Delitos del MAmb*, 1998, p.24. Definición que legítimamente el propio PERIS RIERA, *Delitos*, 1984, p.28 cita como perteneciente a BACIGALUPO.

26 LIBSTER, *Delitos ecológicos*, 1993, pp.6 ss.

27 Cfr. KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.502.

Se habla entonces del **principio de intervención mínima**, que se traduce en esa exigencia de que el Derecho Penal intervenga sólo en la tutela de los bienes jurídicos fundamentales, con una tipificación –lo menos gravosa posible, aunque adecuada– que únicamente podrá restringir la libertad y los derechos del individuo, como el último de los recursos de los que dispone el Estado para la protección de esos bienes (*ultima ratio*), cuando ya se han agotado otras medidas, ya que sería desproporcionado abogar por una protección que inicie con el Derecho Penal.[28] La "*ultima ratio*" en palabras de LUZÓN PEÑA significa que el Derecho Penal ha de ser *"el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos por medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni deben utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios– sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras.*[29]

El Derecho Penal está llamado a tutelar exclusivamente los bienes jurídicos más importantes para la sociedad y para el individuo.[30] De ahí surge el denominado **carácter fragmentario** del Derecho Penal, indicando que éste sólo puede y debe intervenir en comportamientos que atenten contra las normas básicas de convivencia social, siempre que dichas conductas se efectúen de manera acentuadamente grave.[31]

En cualquier caso, la legitimación del Derecho Penal en tema del medio ambiente la otorga en primer instancia la propia Constitución Política, cuando en el art. 50 –párrafo tercero- alude a responsabilidades y sanciones correspondientes.

Este Derecho Penal del ambiente ha pretendido concientizar sobre la dañosidad en los ataques contra el medio, ha buscado el reconocimiento de un igual rango de este nuevo bien jurídico en relación a los tradicionales. Pero por otra parte, también se justifica ante el reclamo (de algunos sectores) de sanciones más severas por menoscabos o atentados relevantes a elementos naturales, frente a la demostrada inadecuación de las incriminaciones clásicas.[32]

Actualmente se concibe como un valor de enorme importancia, de manera que las sanciones penales atienden a *"una acuciante demanda social y está plenamente justificada por la relevancia del bien jurídico protegido y la trascendencia de los ataques de que éste es objeto".*[33] Pauta reafirmada no sólo en cantidad de foros especializados, como en las Jornadas de Juristas Alemanes de 1988, el Congreso de profesores de Derecho penal alemán de 1989 y en el precoloquio de la Asociación internacional de Derecho penal de Ottawa de noviembre de 1992[34], sino además en múltiples ordenamientos que se han decidido por su tipificación penal.[35] En este tópico concreto vale la pena destacar la Resolución de 1977 del Comité de Ministros de Justicia del Consejo de Europa sobre la contribución del Derecho Penal en la tutela del medio ambiente, que aconseja a todos los Estados miembros el recurso de la ley penal. Así se insistió también en la 17ª Conferencia de Ministros de 1990, que promocionaba el desarrollo del Derecho Penal Ambiental, instando sobre la necesidad de un catálogo de infracciones que representaran una adecuada protección del agua, el aire, suelo, fauna, flora y otros elementos del medio ambiente que ameritaran tutela, del hombre mismo en su relación con el medio y que, por supuesto, se definieran las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Como indica DE LA MATA BARRANCO citando el informe de la Delegación alemana, "el daño irreversible a la atmósfera, la muerte de los bosques, la desaparición de numerosas especies de nuestra rica flora y fauna y la

28 BERDUGO GÓMEZ/ARROYO ZAPATERO, *MDP*, PG, I, 1994, p.60. Vid. además BLANCO LOZANO, *CPC*, nº. 60, 1996, pp. 720 ss.; BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, p.31.

29. LUZÓN PEÑA, *Curso DP*, PG, I, 1996, p.82. En sentido similar MIR PUIG, *RFDUG*, 1987, pp. 243 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n.º 39, 1989, pp. 723 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, PG, 1990, p.187; HORMAZÁBAL MALARÉE, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.55; MORILLAS CUEVA/ RUIZ ANTÓN, *MDP*, 1992, p.2.

30 Vid. MORILLAS CUEVA/ RUIZ ANTÓN, *MDP*, 1992, pp. 3 – 4; LUZÓN PEÑA, *Curso DP*, PG, I, 1996, pp.83 – 84; QUERALT JIMÉNEZ, *DPE*, PE, 1996, p.714.

31 Afirma ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, PG, 1990, p.186. Además cfr. BERDUGO GÓMEZ/ARROYO ZAPATERO, *MDP*, PG, I, 1994, pp.59 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso DP*, PG, I, 1996, p.83: "... el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes...".

32 DE LA MATA BARRANCO, *Homenaje a Casabó*, Vol. I, 1997, pp.572-573. Vid. GONZÁLEZ-RIPOLL GARZÓN, *Derecho*, n.º 0, 1992, pp.51 ss.

33 Cfr. CONDE PUMPIDO TOURÓN, en: TERRADILLOS BASOCO, *Delito ecológico*, 1992, p. 15; *LL*, 1996-2, p.1551.

34 DE LA MATA BARRANCO, *Homenaje a Casabó*, Vol. I, 1997, p.576; KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.498.

35 DE LA MATA BARRANCO, *Homenaje a Casabó*, Vol. I, 1997, p.573: "Significativas han sido la Ley italiana para la tutela de las aguas contra la contaminación, de 10 de mayo de 1976, conocida como *Legge Merli*, que establece varias figuras delictivas; la 1ª Ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, que introdujo en 1980 en el Código penal un título específico para los delitos contra el ambiente; y los Códigos español, austríaco y portugués, tras las reformas de 1983 y 1989. Incluso en sistemas en los que tradicionalmente la problemática ambiental se ha abordado con leyes administrativas o tipos penales clásicos, como Francia, se constata la tendencia a recurrir al Derecho penal, puesta ya de manifiesto con la Proposición de la ley de 5 de abril de 1978 nº292, a favor de la institución del delito ecológico."

contaminación del suelo y del agua constituyen pruebas acuciantes del hecho de que la base natural de nuestra existencia se encuentra hora en peligro y que los actos dañinos para el ambiente merecen sanciones penales ya no es tema de dudas serias."[36]
Un adecuado modelo de intervención requiere un estudio consciente, una organización y un actuar en diversas escalas [37]:

- Identificación de las conductas peligrosas para el medio ambiente, muchas de las cuales se originan en procesos que pese a peligrosos, resultan socialmente indispensables. Serán precisos, "controles sociales primarios" fruto de la conciencia social sobre el peligro de determinadas conductas.
- Luego, el Derecho Administrativo intervendrá mediante autorizaciones o licencias, al lado también de un marco de prohibición-sanción.
- El Derecho Penal deberá abrirse a las reglas que regulan cada una de estas actividades, para esclarecer cuándo su intervención es "funcional y necesaria", en razón de la gravedad del hecho.
- Todo lo cual en íntima relación con factores relativos a la asimilación de las técnicas de prevención y de control extrapenales, acompañados de la formación profesional adecuada (en especial de los operadores del Derecho), respecto de la normativa ambiental extra penal, indispensable para una idónea materialización del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

Hoy nadie discute la necesidad de preservar el medio ambiente, lo polémico en realidad reside en el alcance de la tutela, cuando la sociedad de consumo actual ha transformado el ambiente en un indiscutible terreno de conflicto que obliga a la intervención estatal para resolver las diferencias, conciliando (idealmente) el desarrollo económico con la protección medioambiental.[38]

Tal como afirma SILVA SÁNCHEZ, *"en suma, y al igual que sucede en otros ámbitos de la modernidad, el Derecho penal debe, pues tratar de hallar su auténtico lugar en el complejo sistema de mecanismos protectores de naturaleza preventiva y represiva: lejos de la tentación de presentarse como la tabla de salvación de los bienes jurídicos medioambientales, los cuales, para bien o para mal, están desde luego fundamentalmente en otras manos."*[39]

3.1.. Relación Derecho Penal y Derecho Administrativo

La interconexión normativa entre el ordenamiento administrativo y el penal[40] resulta obvia en materia de medio ambiente, provocando una confrontación de competencias que está llamada a resolverse en virtud de la gravedad de hecho, por el principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal.[41]

Resulta esencial la eficiencia del Derecho Administrativo para tutelar los bienes ambientales. Pienso, por supuesto, en una normativa administrativa ideal, que realmente ejerza con acierto y eficacia, las tareas más importantes de un Estado en materia de medio ambiente: el control y la prevención.[42] No obstante, se debe tener claro que la eficiencia o no del aparato administrativo en esta tarea no es competencia del Derecho Penal, es decir, no corresponde a él resolver los desaciertos o dificultades de otras disciplinas; su vocación, bajo el estandarte de principios fundamentales como el de intervención mínima, es tutelar determinados bienes jurídicos en sus atentados o agresiones más graves.[43]

Es evidente que las infracciones de tipo administrativo (por actividades que lesionan o ponen en peligro el medio ambiente) no suelen circunscribirse a la permisión o no de una actividad o industria, por lo general, llevan por complemento otras sanciones. Surge entonces la necesidad de establecer con certeza, un régimen que delimite los respectivos ámbitos de competencia en lo que corresponde al Derecho Penal y al Derecho Administrativo. Lo que lleva necesariamente al tratamiento no sólo de la previsión constitucional (que las vio nacer), sino de otros principios de igual cuna como el *non bis in idem*[44]; sin

36 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, pp.29 ss.
37 En términos similares se han expresado DE LA CUESTA AGUADO, *Peligro nuclear*, 1994, pp.320 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Homenaje a Casabó*, Vol. I, 1997, p.578; MORALES PRATS, *Homenaje a Casabó*, Vol. II., 1997, pp.477 – 478.
38 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Homenaje a Casabó*, Vol. I, 1997, p.574.
39 SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1715.
40 Sobre el tema HEINE, *CPC*, nº.61, 1997, pp.54 ss.
41 Así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que en la sentencia del 11 de marzo de 1992 (Ar. 4319), señala: "Cierto que el derecho penal a virtud del principio de intervención mínima actúa de forma accesoria y subsidiaria del derecho administrativo mas en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados medio ambientales de cierta gravedad."
42 Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad*, 1995, pp.131 ss. TERRADILLOS BASOCO en: TERRADILLOS BASOCO (Edic.), *DP*, 1997, p.47 opina: "Cuando, actuando conforme al permiso, se causen lesiones o peligros típicos, no habrá responsabilidad penal, conclusión que, en opinión de Heine, encuentra mejor fundamento en la concurrencia de un riesgo permitido, como base de la atipicidad, que en la de del error. Por eso, cuando se produce un resultado manifiestamente antijurídico (penalmente), cabrá la exigencia de responsabilidad penal, pues se están traspasando los límites del riesgo permitido."
43 Vid. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad*, 1995, p.131; TERRADILLOS BASOCO en: TERRADILLOS BASOCO (Edic.), *DP*, 1997, p.42.
44 Sobre este principio MORILLAS CUEVAS/ RUIZ ANTÓN, *MDP*, 1992, p.18, señala que en "su formulación sustantiva significa que no podrá castigarse más de una vez por la misma infracción. Su operatividad se proyecta esencialmente en la aplicación e interpretación de la ley penal. Así orienta y dirige el llamado concurso aparente de normas penales... También tiene presencia en los conflictos originados por la posible concurrencia de dos o más normas pertenecientes a distintos sectores del Ordenamiento jurídico."

perder de vista los criterios propios de la responsabilidad penal. [45]

Un criterio mayoritario, al cual me adhiero, señala que los posibles roces entre una y otra materia se han de resolver atendiendo a la **gravedad del hecho** (peligro grave), teniendo en cuenta que la normativa administrativa es la que en primer orden protege el entorno, procura el equilibrio entre el desarrollo y la protección ambiental.[46]

Donde existe autorización administrativa –en principio- no existe persecución penal, sin que ello signifique que los preceptos penales sean un refuerzo de la legislación administrativa y mucho menos que el delito contra el medio ambiente, sea sólo un delito de desobediencia a disposiciones o resoluciones administrativas, pues el núcleo del injusto penal siempre es la puesta en peligro grave del ambiente por cualquiera de las conductas que la norma contempla.[47]

Lo anterior es sólo reflejo del principio de unidad del ordenamiento jurídico y la prohibición de contradicciones, que no permitirían al Derecho Penal establecer sanciones a comportamientos autorizados por la regulación administrativa.[48]

El asunto es que, finalmente, la consideración o no de gravedad es un juicio de valor, circunstancial, en manos de la específica subjetividad que lógicamente puede variar de juzgador a juzgador, de donde resulta una tarea en exceso difícil y agotadora, la búsqueda de una enumeración de criterios orientadores que determinen la gravedad; todo lo cual afecta el principio de seguridad jurídica.[49]

Dentro del tema de la gravedad siempre es importante destacar que la sanción penal tiene como ventaja sobre la administrativa (en la represión de esta delincuencia -como de otras-), el asumir una **función preventiva** y otra **sancionatoria**. Es disuasoria, frente a una sanción administrativa que muchas veces suele integrarse a los costes ordinarios de funcionamiento de una actividad o industria, y que, por lo demás, nunca llega a afectar ni intimidar siquiera a los legítimos responsables; mientras que en lo penal (aún respetando el principio de intervención mínima por el que sólo se conocen en sede criminal los comportamientos más graves en perjuicio del bien jurídico tutelado medio ambiente) hoy existen sanciones no sólo de multa, sino además de prisión e inhabilitación especial, al lado de algunas de las denominadas consecuencias accesorias, como la cláusula de la empresa, sus locales o establecimientos.[50]

Concluyo con unas líneas de DE LA MATA BARRANCO, en el sentido de que "tanto la relevante trascendencia del ambiente como interés jurídico como la gravedad de las formas de incidencia nociva que han desplegado contra el mismo reclaman esta intervención."[51] No es posible renunciar al uso del Derecho Penal, pese a las críticas que minan su pretendida función protectora[52], aún cuando se tenga que reconocer que junto al aumento de foros internacionales y de nuevas leyes en materia ambiental, la destrucción continúa. Es claro a mi entender, que la intervención del Derecho Penal en este ámbito se hará sobre la base del respeto al principio de legalidad, siguiendo los límites punitivos tradicionales de intervención mínima y de *ultima ratio*, que lleven a la tipificación sólo de las conductas más graves. Antes la Administración habrá tenido su protagonismo, regulando todas aquellas actividades que supongan un peligro para el medio ambiente. El Derecho Penal es sólo uno más de los instrumentos de control social, al lado de otros que tendrán que estimularse, como la educación, la investigación, controles previos mejor trabajados, etc..

## 4. BIEN JURÍDICO TUTELADO

### 4.1. Precisiones conceptuales

La idea de que el Estado a través de su poder punitivo protege intereses fundamentales de diverso carácter es lo que legitima su actuación en este campo; aunque paradójicamente durante mucho tiempo han criminalizado conductas que avalaban –entre otras opciones- concepciones en esencia morales, como lo ilustra la sanción del adulterio.

No obstante, desde tiempos de la Ilustración se tenía claro

45 Vid. DEL CASTILLO FALCON, *CPC*, nº. 59, 1996, p.516, quien sobre el último extremo señala: "... han de salvaguardarse específicos criterios inspiradores de la responsabilidad jurídico-penal; así, la imputación personal de la conducta típica al autor; la culpabilidad personal por la realización del tipo de injusto, y la fundamentación de la punibilidad, tanto por la presencia de reprocho jurídico (en virtud de la falta de motivación de la conducta en la norma ante la posibilidad subjetiva de haber actuado conforme a Derecho), cuando por exigencias de índole político-criminal (que acrediten la ineludible necesidad y la conveniencia de la imposición de una sanción penal)."

46 Cfr. BERDUGO GÓMEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.48; CONDE PUMPIDO TOURÓN, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.20; TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.83; VARELA AGREDO, *CDJ*, 1994, p.389; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *LL*, 1996-2, p.1552; *CP*, Vol. II, 1997, p.3231;BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, pp.32 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998-1, p.293; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Delitos del MAmb*, 1998, p.96.

47 Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *LL*, 1996-2, p.1552; *CP*, Vol. II, 1997, p.3231; BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, p.23; HEINE, *CPC*, nº.61, 1997, p.57.

48 Sobre el tema HEINE, *ADPCP*, 1993, p.293.

49 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Delitos del MAmb*, 1998, p.96. También cfr. VARELA AGREDO, *CDJ*, 1994, p.389. El tema de la gravedad será tratado con mayor detalle *Infra* en este Capítulo, Sec.F.3.

50 Comentarios en este sentido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *LL*, 1996-2, p.1551; *CP*, Vol.II, 1997, p.3220.

51 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.30.

52 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, pp.32 ss..

que los delitos eran aquellas conductas socialmente tenidas como dañosas; la garantía de "dañosidad social" se levantaba sobre la existencia de un determinado bien jurídico afectado.[53] Luego, la tarea ha sido "depurar el catálogo de bienes jurídicos protegidos" en sede penal tanto desde un plano sociológico, como de otro, valorativo. Entonces, *"...desde el primero se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales. Desde el punto de vista valorativo se estima que para que un interés pueda ser objeto de protección penal debe tener un fundamento en el orden constitucional de valores. De este modo valores constitucionales y criterios sociales sirven para depurar el catálogo de bienes jurídicos vigentes y para promover nuevas incorporaciones."*[54] [55] Como ha sucedido a partir de 1978, tras la aprobación de la Constitución española, que despenaliza delitos como el adulterio, la propaganda de anticonceptivos, etc., a la vez que se incorporaron nuevos ilícitos, uno de sus mejores ejemplos: los delitos contra el medio ambiente.

El Derecho Penal protege bienes jurídicos, derechos que pueden ser individuales (vida, integridad física, etc.), o de la comunidad (colectivos), es decir, bienes sobre los que el individuo no dispone por encontrarse en manos de los órganos estatales para su salvaguardia, dado su interés general[56]. Última categoría que, expuesta en esos términos, da pie al peligro de un Estado altamente intervencionista, que utilice el Derecho Penal como un instrumento sancionador, al servicio de una concreta política de gobierno.[57]

La defensa de muchos bienes jurídicos como el medio ambiente no sólo se limitan al amparo actual, a las puestas en peligro inmediatas, pues la idea de tutela se dirige también a impedir procesos de amenaza o menoscabo a largo plazo.[58]

El medio ambiente es un buen ejemplo -además- de que hoy la protección penal no puede limitarse tan sólo a la tutela de los bienes jurídicos clásicos, pues existen otras fuentes de peligro, representan una relación causa-efecto entre menoscabos al medio ambiente y eventuales afectaciones a la salud o vida de las personas. Por ello se admite una protección penal en la antesala del daño, aunque en esta materia con un factor añadido, plasmado en la circunstancia de que por tradición ha sido el Derecho administrativo la disciplina encargada de regular los perjuicios al medio ambiente, versus su utilización racional.[59] Último aspecto que también ha incidido en la polémica del legítimo bien jurídico tutelado en esta materia.

Todo lo anterior ilustra la nueva polémica en torno a los bienes jurídicos, que gira en torno a la *"legitimidad de la intervención penal en áreas de conflicto de extrema complejidad, propias del creciente desarrollo económico y tecnológico y la configuración de nuevas figuras delictivas que, fundamentadas en la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual, constituyen lugar común de discusión sobre el alcance de la teoría del bien jurídico como fundamento del sistema penal."*[60]

## 4.2.El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente

### 4.2.1. Posturas doctrinales

La estimación de los bienes ambientales determina su grado de protección. Por esta razón algunas legislaciones dirigen su tutela a la protección de todos los recursos que pueden integrar el medio ambiente; otras, en cambio, seleccionan y tutelan a manera de ejemplo, sólo el agua, el aire y el suelo.[61] Aunado a ello, la concepción del bien jurídico tutelado también condiciona el tipo de tutela, así como su previsión normativa.

A continuación se exponen las más conocidas corrientes en torno al bien jurídico tutelado en los delitos contra el medio ambiente.

53 En este sentido BELTRÁN BALLESTER, *PJ*, IV, 1988, pp.92 ss.; BERDUGO GÓMEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, pp.41 ss. Vid. BERDUGO GÓMEZ/ARROYO ZAPATERO, *MDP*, PG, I, 1994, pp.58 – 59; BUSTOS RAMÍREZ, *MDP*, PG, 1994, pp.250 ss.; BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, p.97; *Protección MAmb*, 1997, p.4.

54 BERDUGO GÓMEZ/ARROYO ZAPATERO, *MDP*, PG, I, 1994, p.59

55 LUZÓN PEÑA, *Curso DP*, PG, I, 1996, p.83: los "...principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal conducen a exigir la desincriminación de conductas en diferentes sectores, como se ha reflejado paulatinamente... en la evolución histórica, cuando se trata de ilícitos poco graves o incluso de injustos-bagatela: p. ej. en supuestos de aborto de mínima gravedad antes de la anidación, en el ámbito sexual, en el adulterio o en represiones no graves a la libertad sexual... o en intromisiones leves en el honor o que no llegan a la injuria criminal por falta de *animus iniuriandi*, o en imprudencias simples con resultados poco graves o en imprudencias levísimas, etc., pues en estos casos puede bastar perfectamente con medidas sancionadoras o preventivas de otros sectores del Derecho... Naturalmente que estos principios conducen, a la inversa, a legitimar la intervención penal manteniendo o incluso ampliando la incriminación de nuevas figuras típicas en casos de ataques graves a bienes jurídicos importantes cuando para su prevención no sea bastante con medidas extrapenales."

56 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.501.

57 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.43.

58 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.503.

59 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.31.

60 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.42.

61 Al respecto manifiesta HEINE, *CPC*, nº.61, 1997, p.53, "...mientras en unos países se ha considerado positivamente como objeto de protección el medio ambiente "como tal" (por ejemplo, en Grecia y en Chechenia), en otros (como Polonia, Suecia, Holanda y España) se han consignado los "más importantes" bienes ambientales, a saber, el agua, el aire y el suelo, como objeto de la protección penal... Es de tener presente, por otro lado, que de manera no infrecuente tales "bienes ambientales" son protegidos con "distinta intensidad". En Alemania y Suiza, por ejemplo, el agua se protege penalmente con mayor amplitud que el aire."

4.2.1.1. Bien jurídico de carácter autónomo (en sentido estricto)

Entre los teóricos se defiende al medio ambiente como un derecho en sí mismo, en el sentido de que es posible asegurar y a manera de ilustración, que los animales y las plantas son titulares de derechos susceptibles de lesión. Bajo este supuesto, las autoridades competentes y las asociaciones protectoras del medio ambiente representarían estos derechos.

Planteamiento sin duda errado, pues como afirma KINDHÄUSER *"entre los partícipes en el proceso de formación de la voluntad democrática no se encuentra la naturaleza"*[62], *y como antes expresara SILVA SÁNCHEZ "el medio ambiente no se puede proteger por sí mismo, sino sólo en tanto condición necesaria para el desarrollo de la vida humana."*[63]

4.2.1.2. Bien jurídico con dependencia absoluta al derecho subjetivo del hombre

Otras corrientes se refieren a la protección del ambiente subrayando la tutela que con ello se da a los derechos subjetivos del individuo, de manera que sólo interesa penalmente una contaminación del aire o del agua, si representa peligro para la salud o vida del hombre. La reflexión sobre el tema impide asumir este punto de vista, dada la acentuada limitación que sufriría la protección efectiva del medio ambiente.[64]

4.2.1.3. Bien jurídico tutelador de facultades de la Administración

Dada la estrecha relación entre el Derecho Penal y el Administrativo en materia de medio ambiente, acentuada con el recurso de las normas penales en blanco, nace esta interpretación del bien jurídico, que llega a su máxima pureza cuando la accesoriedad al Derecho Administrativo es absoluta.

En esta modalidad no se sancionan comportamientos ofensivos al medio ambiente, es la capacidad de control de la Administración el objeto ha tutelar. Aquí *"los delitos ambientales constituyen, por regla general, delitos obstáculo, delitos donde se tutelan situaciones de peligro estandarizado o violaciones de una obligación funcional (Pflichtdelikte), asumiendo tanto el bien jurídico pretendidamente tutelado como la correlativa ofensa penal una valencia de todo punto mediata, marginal, irrelevante normalmente sobre el plano probatorio, ya que no se deberá afirmar si la violación de las obligaciones preventivas se ha derivado, siquiera, un peligro concreto para el ambiente natural."*[65]

Este punto de vista no puede ser aceptado. Comparto con DE LA MATA BARRANCO que la competencia de las autoridades no puede constituir un fin en sí mismo, es sólo un instrumento de garantía de intereses ambientales, pues son éstos los vitales para la existencia humana, no así la mera desobediencia civil (que tiene a su disposición otros medios menos gravosos para solventarse).[66]

4.2.1.4. Bien jurídico autónomo de matiz antropocéntrico

Ya se relató cómo la doctrina suele discutir la naturaleza de los bienes ambientales, entre su consideración como bienes primariamente ecológicos (naturales) pero siempre en relación con el hombre o, prioritariamente administrativos (valorativos).

La opinión dominante, y en mi criterio básicamente correcta, sostiene que la "garantía penal trasciende el ámbito de la protección de las decisiones administrativas del gobierno."[67] Se protegen los bienes ecológicos, se busca el equilibrio de los sistemas naturales, es decir, se busca la tutela de la naturaleza como base esencial para la existencia del hombre, pero en el más amplio de los sentidos; no es sólo salvaguardar el entorno para amparar los intereses humanos inmediatos, es tener conciencia de que la defensa de la naturaleza, acaba ahí donde sus fenómenos menoscaban o dañan al hombre (ejemplo, virus transmisores de enfermedades).[68] Hombre entendido no como personas individuales, sino como género comprensivo incluso, de la generaciones futuras[69], es un bien jurídico supraindividual.[70]

Es un bien de estructura **colectiva y supraindividualista** (teoría de la impresión), al darse la comunión de dos facetas valorativas fundamentales: un valor representado por el conjunto de bienes naturales, de mérito medio ambiental (factor natural) y otro que corresponde a una dimensión funcional, como valor disponible por la colectividad humana (dimensión personal).[71] Se podría agregar una apreciación de DE LA MATA BARRANCO: *"...la persona no viene protegida en relación con el ambiente de forma aislada, individualizada, sino como componente del grupo social en cuyo contexto se desarrolla y produce su personalidad,*

62 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.502.
63 SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1715.
64 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.502.
65 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, pp.58 ss.
66 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.59.
67 HEINE, *CPC*, nº.61, 1997, p.53.
68 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.502.
69 Al contrario SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1716, considera que no es posible incluir dentro de lo típico, supuestos de afectación que repercutirían en las generaciones futuras, pues sería sólo una presunción que desbordarían los límites de la intervención punitiva.
70 SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1715.
71 En este sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.53; DEL CASTILLO FALCON, *CPC*, nº.59, 1996, p.520.

*a través de las costumbres esenciales que definen su cultura, como expresión de su modo de ser y de manifestarse, desde la base racional hasta la puramente biológica."*[72]

Esta postura me parece en principio acertada, aún cuando existen dificultades en la precisión del contenido de aquellos bienes protegidos, que lleva a cuestionar el estado ideal –por ejemplo del aire, entre otros bienes naturales- del estado real, para ejecutar o no un reproche. No obstante, podría resolverse este vacío en opinión de KINDHÄUSER, si el Derecho Penal sigue una concepción dinámica de tutela, que explica a través de un "estado-tendencia" que consiste en una "restitución ecológica lo más perfecta posible del patrimonio natural". De este forma considera el autor que *"el Derecho Penal no puede ignorar los intereses sociales y económicos, así como tampoco el estado de la técnica, pero también pueden contribuir a desencadenar un proceso de cambio de las valoraciones sociales. Lo que todavía hoy parece como socialmente adecuado, puede aparecer mañana como socialmente dañino. Cuando el convencimiento general esté de acuerdo en que la contaminación de la aguas es ilícita, la Administración se mostrará menos propicia a conceder autorizaciones para contaminar el suelo o el agua. Las normas del Derecho penal son el espejo de la sociedad."*[73]

Aunque a ello le objeta, SILVA SÁNCHEZ, que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, no aspiraciones globales, ni ideas programáticas de una sociedad, pues no le corresponde ejecutar "labores promocionales, ni modificar la visión del mundo del hombre actual o su actitud frente al entorno."[74]

Pero al lado de la dificultad sobre la imprecisión del contenido, existen otras añadidas. Una de las más angustiantes tiene que ver con los efectos acumulativos y sinergéticos, propios de este tipo de delincuencia. Los efectos acumulativos se refieren a aquellos comportamientos que en su individualidad resultan inofensivos, pero como resultado de una acumulación se convierten en peligrosos. Los efectos sinergéticos aluden a materiales por sí solos innocuos que al mezclarse pueden convertirse en productos tóxicos o dañinos.

Pues bien, en las situaciones de efectos acumulativos y sinergéticos, cada sujeto (en su individualidad) actúa de manera lícita, no peligrosa; su comportamiento se convierte en peligroso cuando se une al de otro individuo (que a su vez realiza un acto en sí no dañino). Cabe preguntarse ¿es posible imputar una acción a cualquiera de estos sujetos por considerarse típicamente antijurídica?; ¿es ello compatible con el principio de culpabilidad penal y de responsabilidad personal?[75] Parece que no, pues como lo apunta SILVA SÁNCHEZ citando a SEELMANN *"en la medida en que la imputación se funda, no en el peligro de la propia conducta, sino en el que surgiría 'si todos hicieran lo mismo', la fundamentación del injusto tiene lugar ex iniuria tertii, resultando inadmisible a la luz de los principios clásicos de imputación."*[76]

4.3.Conclusión

Acorde con las pautas dispuestas por el constituyente, resulta esencial conectar al contenido de este bien jurídico, el carácter antropocéntrico dispuesto en el art. 50 de la Constitución Política. En consecuencia a mi entender, es un interés supraindividual cuyo objeto de tutela es el medio ambiente que pueda garantizar el desarrollo de la persona, que proteja y mejore su calidad de vida, en el marco de una solidaridad colectiva donde se utilice racionalmente, se proteja y restaure. Entendiendo por el medio ambiente la totalidad de factores naturales (no artificiales) que inciden o condicionan la vida. En consecuencia, abarca todos los procesos (físicos, químicos y biológicos) que permiten la existencia de los recursos naturales, y los recursos naturales en sí mismos (aire, suelo, agua, energía solar, flora, fauna, entre otros) en su integridad. Entiéndase que en primer orden se tutelan los elementos naturales, es decir, las agresiones o puestas en peligro a cualquiera de sus factores, que además, inmediata o mediatamente puedan perjudicar la salud de las personas (de ahí el matiz antropocéntrico); si fuera a la inversa no podría hablar de una autonomía de bienes ambientales, sino más bien, de una autonomía de bienes de salud pública e incluso, de vida, que son los que tradicionalmente se han tutelado tanto a nivel constitucional como criminal.[77]

## 5. Reflexión: trascendencia y límites del Derecho al Medio Ambiente

Durante siglos los esfuerzos de la humanidad se orientaron hacia una búsqueda de protección, en defensa de lo que el medio ambiente pudiera ocasionarles. Hoy, el desafío es defender al medio del hombre, quien parece indiferente ante la realidad absoluta, de que sólo tenemos una Tierra para nuestra permanencia, desarrollo y posibilidad de vida de esta generación, y las futuras.

Los orígenes de esta crisis ecológica se han pretendido circunscribir al crecimiento demográfico y la búsqueda del bienestar. Otros, en cambio, hablan de la irresponsabilidad del individuo frente a la naturaleza, en especial, de aquellos

72 DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.56.
73 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.503.
74 SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1715.
75 KINDHÄUSER, *RCP*, Vol.1, nº2, 1998, p.504. En este punto SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1716, considera que se deben excluir de lo penal estos casos, donde sólo la suma de conductas puede llegar a producir el menoscabo de las condiciones de vida de las personas.
76 SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997-3, p.1717.
77 En este sentido DE LA MATA BARRANCO, *Accesoriedad*, 1996, p.56.

con mayor poder económico[78], porque no es la industrialización, ni la urbanización, ni el desarrollo económico *per se* lo que produce el deterioro; es **un determinado desarrollo**, eminentemente **técnico, consumista y cuya mayor preocupación es el beneficio –en términos económicos y de poder- con desprecio del costo humano y de su entorno.**[79]

Ya no resultan ajenos temas relativos a la degradación[80] o eliminación de los suelos, contaminación de las aguas, enfermedad de los ríos, muerte y deterioro de los mares[81], alteraciones climatológicas, disminución de la capa de ozono[82] y otros que, aunque en boca de muchos, no llega a la conciencia de todos.

Ahora no es sólo el riesgo de las bombas atómicas o químicas –supuesto en todo caso exclusivo de enfrentamientos bélicos- es el actuar ordinario de la humanidad, lo que adquiere condición potencialmente autodestructora.[83] Y aunque en cualquiera de las culturas de la Antigüedad[84] es posible encontrar ejemplos de normas que tratan de preservar una atmósfera sana, una explotación equilibrada de los recursos y el mantenimiento de aguas limpias; lo cierto es que, a partir de las Revoluciones industriales, la "actitud del hombre para con la Naturaleza" se perfiló más agresiva,[85] nacía la sociedad de consumo.[86]

Las motivaciones para una toma de conciencia podrían tener que ver con el previsible colapso económico mundial de continuarse los atentados ecológicos, originados en cantidad de catástrofes como la de Amoco Cádiz, Seveso, entre otras[87], o bien, con el "riesgo cierto y directo de enfermedades originadas por la contaminación[88]", basta recordar las explosiones nucleares de Hiroshima y Nagasaki[89] o la guerra del Golfo[90]. Es probablemente la actitud predatoria del hombre "basada en formas de explotación intensiva y acopio de recursos en el corto plazo, sin atender a la fragilidad y dinámica de las estructuras de los ecosistemas"[91], lo que justifica el nacimiento y expansión del tema jurídico ambiental.

El medio ambiente es hoy un problema social, moral, económico, pero sobre todo político, alude a relaciones de poder y compromete a los poderes públicos.[92] Por su naturaleza y connotaciones, relativas a la propia existencia humana y su entorno, se ha convertido en carta de presentación para tendencias políticas, dada la popularidad de su imagen en sectores importantes de la población (jóvenes, universitarios, etc.). Se ha dicho por ello, que el medio ambiente "tiene fuerza, poder de convicción y capacidad de adhesión".[93]

Es preciso meditar en lo siguiente: *"Lo que no ha podido ser destruido por el hombre en medio millón de años puede serlo en una década. Un lustro actual puede equivaler; en términos de devastación natural, a miles de años anteriores. Esta aceleración sintomática de la historia es un hecho cuya consideración debe estar presente a la hora de abordar la problemática de la degradación de los recursos naturales. Así, el deterioro ambiental achacable a la acción del hombre durante el siglo XX se calcula que será, como mínimo, 250 veces mayor que el acaecido durante la anterior centuria."*[94]

Este esfuerzo de investigación se suma a la voces que llaman al recato y la prudencia cuando de nuestro entorno se asuman directa o indirectamente responsabilidades y decisiones; después de todo, la actitud de cada individuo contribuye en mayor o menor grado, en el proceso histórico de una generación que queriéndolo o no, tiene en sus manos el futuro de las venideras.

78 ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.16.
79 ANDER-EGG, *El desafío*, 1985, p.30; POLAINO NAVARRETE, *Homenaje a Casas Barquero*, 1996, pp.623 ss.
80 Con respecto a la degradación del suelo ANDER-EGG, *El desafío*, 1985, p.36, comenta que se trata de "...un fenómeno que lleva a la desertización, tiene su origen en la propia dinámica de la naturaleza (erosión, inundaciones, etc.), pero también en la acción del hombre (tala de bosques, inadecuadas formas de riego, pastoreo excesivo, empleo masivo de químicos, entre otros)."
81 ANDER-EGG, *El desafío*, 1985, p.52, señala que el petróleo y otros hidrocarburos representan una agresión constante a los mares.
82 Al respecto MARTÍN MATEO en: VALLE MUÑIZ, (Coord.), *La Protección*, 1997, pp.131 – 133.
83 LOPERENA ROTA, *Homenaje a García de Enterría*, T.II, 1991, p.1456. Al respecto MORENO TRUJILLO, *La protección*, 1991, pp.22 – 23: "No sirve para mucho la acción de los mecanismos autodepuradores que contiene la Naturaleza para su propia defensa: la velocidad del daño, su cantidad inmensa, producto de las grandes concentraciones industriales y ciudadanas, y su específica calidad (abuso del cloro en las aguas, utilización de carburantes con alto contenido de plomo, la destrucción de la capa de ozono que protege de los rayos X e Y, y la lluvia ácida...) reclaman la intervención del hombre para contrarrestar las consecuencias de su propia actividad; se extiende la necesidad de una política de acción color "verde" con una adecuada legislación."
84 Así lo ilustra BELLVER CAPELLA, *Ecología*, 1994, p.186: "Los precedentes del derecho ambiental se pueden encontrar en fuentes jurídicas muy alejadas en el tiempo. Ya en el Código de Hammurabi (siglo XVII a.C.) o en la Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.) encontramos normas que velan por la higiene pública o la protección de determinados recursos naturales."
85 En este sentido BUSTAMANTE ALSINA, *DAmb*, 1995, p.24; LOPERENA ROTA, *Derecho MAmb*, 1996, p.28.
86 MORENO TRUJILLO, *La protección*, 1991, p.21.
87 Vid. TERRADILLOS BASOCO en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Delito ecológico*, 1992, p.79.
88 Sobre estos lastimosos episodios de la historia universal LOPERENA ROTA, *Homenaje a Garcia de Enterría*, T.II, 1991, p.1456.
89 En este sentido LOPERENA ROTA, *Homenaje a García de Enterría*, T.II, 1991, p.1456; MORENO TRUJILLO, *La protección*, 1991, p.22.
90 Cfr. DE VEGA RUIZ, LL, 1996-3, p.1456.
91 JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *Derecho ambiental*, 1996, p.40.
92 ESCOBAR ROCA, *La ordenación*, 1995, p.16.
93 SARMIENTO ACOSTA, *AA*, 1996-3, p.846."
94 BLANCO LOZANO, *Delito ecológico*, 1997, p.94.

# MEDIATIZACIÓN[1] DE LA ORALIDAD: LA PERVERSIÓN DEL JUICIO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL PENAL CENTROAMERICANA*

*José María Tijerino Pacheco*

**SUMARIO:** I.-La oralidad en la reforma procesal penal iberoamericana. II.-La mediatización de la oralidad. II.-El germen napoleónico de la mediatización de la oralidad. IV.- La contaminación de los códigos centroamericanos. V.- Las razones de la mediatización. VI.- Posibles soluciones.

## I.- LA ORALIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL IBEROAMERICANA

Cada vez que un equipo de técnicos promotores o facilitadores de la reforma procesal penal tuvo que responder a la inevitable pregunta de cuál forma procedimental recomendaban, en cualquiera de los países del subcontinente que se haya planteado la necesidad de modernizar su sistema de justicia penal, la respuesta fue contundente: **el procedimiento oral y público**.

A continuación los entendidos se hacían lenguas sobre las ventajas de la oralidad y arremetían contra el procedimiento escrito asociándolo con el sistema inquisitorial y con regímenes autoritarios. La oralidad iba de la mano con los nuevos vientos de democratización de nuestras menguadas repúblicas y fue defendida con el mismo ardoroso entusiasmo con que se defienden las ideas asociadas con la libertad.

Sin saberlo, quizás, pero seguramente intuyéndolo, extrayéndolo del subconsciente colectivo latinoamericano, rebrotaba en las mentes y los corazones todo un ideario liberal que fue reprimido aquí, allá y acullá con dureza innumerables veces, cuyo triunfo fue escamoteado otras tantas por sus propios líderes una vez que habían accedido al poder, que fue corrompido hasta llegar a justificar su antítesis, pero que nunca se extinguió porque ha significado a lo largo de dos siglos de historia patria la esperanza republicana para las mentes más esclarecidas y para los hombres más probos entre nuestros conciudadanos.

### a) Los ideólogos de la reforma

Siguiendo de cerca las huellas de BENTHAM, FRAMARINO DEI MALATESTA, CHIOVENDA y CALAMANDREI, los maestros argentinos ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y SEBASTIÁN SOLER se expresan así de la oralidad en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la provincia argentina de Córdoba, de 1939, que da inicio a la reforma procesal penal iberoamericana:

*"La oralidad es una de las reformas fundamentales de este Proyecto, y ha de cambiar sustancialmente la fase externa del proceso, dándole vida nueva y poniéndolo en directo contacto con la realidad. Incorporado a las legislaciones modernas, este carácter es un corolario o consecuencia indispensable del principio de la originalidad de la prueba, en cuya virtud aquélla debe ser directamente recibida por el tribunal sentenciador, toda vez que la palabra es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano. Es la forma racional de descubrir la verdad, base de la justicia, facilitando la reproducción lógica del hecho delictuoso..."*

A la vinculación de la oralidad con la originalidad de la prueba o inmediación se agregaban las benéficas consecuencias de la **celeridad,** la **economía procesal** y la **publicidad**:

*"Pero el juicio oral no solo 'asegura una justicia intrínsicamente mejor' al favorecer el descubrimiento de la verdad mediante 'el contacto directo y continuo del tribunal sentenciador con los elementos de convicción', sino que también favorece la celeridad del juicio, mediante la concentración de la actividad procesal en una o pocas audiencias inmediatas, simplifica y economiza la actividad jurisdiccional, y permite la verdadera publicidad..."*

---

* Conferencia dictada el 28 de julio de 2005 durante la IX edición de la Escuela Judicial para Centroamérica y el Caribe "Juan Carlos I", organizada por el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), en La Antigua Guatemala.

1 *Mediatización* es usado en el sentido de impedimento para el ejercicio pleno de la actividad oral en el juicio penal.

Y la no menos importante consecuencia del **principio de contradicción** o **bilateralidad**, "principio fundamental, fuerza motriz y garantía suprema" del proceso para CALAMANDREI[2]:

*"El juicio oral y público permite la actuación efectiva de los intereses individuales y sociales que el proceso debe tutelar. La lucha que se desarrolla en la audiencia, entre la acusación y la defensa y ante el Tribunal que ha de juzgar, coloca a esos intereses en paridad de situación jurídica, de donde la libre discusión y el examen bilateral de todos los actos realiza el principio de contradicción y favorece al mismo tiempo el descubrimiento de la verdad".*

Ideas sobre las que VÉLEZ MARICONDE insiste en su obra **Derecho Procesal Penal**:

*"El procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado la **inmediación**, es decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que debe basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador"*[3].

Y que, llevada al tema de la prueba pericial, lo lleva a decir:

*"Con respecto a los **peritos**, los efectos de la oralidad son notables y se advierten en los asuntos complejos, donde el médico o el contador, por ejemplo, presentan extensos informes no siempre fáciles de interpretar... La presencia del perito facilita la interpretación o su decisión franca, disipa las dudas, permite establecer a ciencia cierta la situación fáctica sometida a juicio. Lo que antes era oscuro y difícil resulta fácil y meridiano, incluso –también en esta clase de prueba- por el aporte de los defensores"*[4].

Sobre la relación juicio oral y bilateralidad CLARIÁ OLMEDO, discípulo destacado de VÉLEZ MARICONDE, diría a dos décadas de vigencia del Código:

*"Bajo la dirección del Tribunal, las partes se controlan recíprocamente y discuten entre sí, proporcionando argumentos al juzgador en función de lo que acaban de percibir de manera directa y con un mínimo de interrupciones"*[5].

Así queda claramente expuesto el pensamiento de los ideólogos de la reforma procesal penal iberoamericana sobre la oralidad. Su entusiasmo no deja entrever ninguna sombra, ninguna duda, ninguna desviación sobre lo que debe ser un procedimiento oral.

**b) Los modelos**

Las fuentes principales del Código de Córdoba de 1939 fueron dos códigos italianos de elaborada estructura: el de 1913 y el de 1930.

Los detractores de este primer código "moderno" iberoamericano enfatizaban que su modelo era el Código de 1930, o Código Rocco, llamado así por el ministro de justicia del régimen fascista que promovió su promulgación. Se pretendía de esa manera desacreditar la obra de VÉLEZ MARICONDE y SOLER asociándola al Fascismo en un momento histórico en que éste aparecía como la principal amenaza para los valores propios de la civilización occidental.

Pero dos cosas eran ciertas:

a) Los autores del proyecto cordobés también tuvieron en cuenta el código de 1913, de clara tendencia liberal;

b) El Código Rocco, aunque obra del Fascismo e influenciado por éste sobre todo en materia de libertad personal del imputado, no significó una ruptura con el sistema establecido por el código de 1913, sino la búsqueda de corrección de deficiencias técnicas de éste que ya habían sido señaladas antes del advenimiento de Mussolini al poder en 1922. Es un código que responde bien a la idea bifásica del proceso predominante entonces en la Europa continental, cuyo peligro para la oralidad no había sido aún suficientemente advertido.

Promulgado que fuera el código cordobés de 1939, su aplicación exitosa suscitó entusiasmo en la República Argentina, cuyas provincias lo tomaron a su vez como modelo. Una a una se fueron sumando todas las provincias argentinas a la reforma hasta dejar sola a la capital federal, en donde la oposición de quienes seguían prefiriendo el procedimiento escrito, como ODERIGO, demoró, hasta la última década del siglo XX, su sustitución por el procedimiento oral.

En 1970 Córdoba vuelve a ponerse a la cabeza del movimiento reformista con la promulgación del Código Procesal Penal, cuyo proyecto fue de VÉLEZ MARICONDE, quien logra persuadir a los costarricenses para que adopten el nuevo código cordobés como modelo inmediato del Código de Procedimientos Penales de 1973. La reforma procesal penal latinoamericana rebasó

2 CALAMANDREI: *El carácter dialéctico del proceso*, op. cit, pág.148.
3 VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, pág. 419.
4 VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, pág. 425.
5 CLARIÁ OLMEDO, op.cit, t. VI, pág. 234.

entonces las fronteras argentinas y sentó sus reales en tierra centroamericana.

En Costa Rica el éxito fue inmediato e incuestionable. La justicia penal, Cenicienta a la sazón en ese país, deslumbró con sus ropajes nuevos y suscitó una corriente nueva de pensamiento jurídico dentro del país que aún está lejos de agotarse.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que empezó a elaborarse por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal hecho en sus cuartas jornadas, en 1967, y que no fue presentado sino hasta 1988, es el reconocimiento del mencionado organismo a las bondades del modelo cordobés, aunque adaptándolo a las nuevas corrientes de pensamiento, sobre todo al proponer la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y la sustitución, aunque no total, de la instrucción judicial por un *procedimiento preparatorio* a cargo del Ministerio Público, que en la aplicación de los códigos que lo han adoptado ha acabado siendo una verdadera instrucción, nada sumaria, a cargo del fiscal, que es tomada como parte del proceso, aunque haya desaparecido de ella casi todo vestigio de aquel ***actus trium personarun*** del que ya hablaba BULGARO en el siglo XII.

**c) Los códigos de la región**

En el momento actual todos los códigos procesales penales centroamericanos establecen el procedimiento oral.

Escuetamente lo hizo el código costarricense de 1973 en su art. 359:

*"El debate será oral y público, bajo pena de nulidad".*

Siguiendo muy de cerca al modelo iberoamericano, el código guatemalteco de 1992 es muy preciso en su art. 362:

*"El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate...".*

El art. 329 del código salvadoreño de 1996 coincide con el art. 333 del código costarricense del mismo año en una redacción defectuosa, porque da pie a una interpretación muy restringida del concepto de oralidad:

*"La audiencia será oral; de esa forma deberán* ***declarar*** *el imputado y las demás personas que participen en ella".*

Podría ser interpretado este texto, cuya repetición revela una inmerecida fortuna, en el erróneo sentido de que en el juicio oral sólo hay declaraciones del imputado y testigos, y no también informes de peritos, solicitudes y alegatos de las partes y resoluciones del tribunal.

En contraposición, el art. 310 del código hondureño del año 2000 parece exagerar la oralidad:

*"Las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate, así como las resoluciones o* ***sentencias*** *que dicte el respectivo Tribunal, serán orales...".*

No obstante, la lectura del art. 139 permite aclarar que por *"sentencias"* debemos entender en este contexto no las que resuelven las causas, sino las sentencias interlocutorias *"que pongan término a cuestiones incidentales que requieran de previo y especial pronunciamiento".*

El código nicaragüense de 2001 es el que mayor énfasis hace en la oralidad. En tal grado que incorpora este principio, netamente procedimental, a los principios y garantías procesales de su título preliminar:

*"Art. 13* ***Principio de oralidad.*** *Bajo sanción de nulidad, las diferentes comparecencias, audiencias y los juicios penales previstos por este Código serán orales y públicos."*

*"La práctica de la prueba y los alegatos de la acusación y la defensa se producirán ante el juez o jurado competente que ha de dictar la sentencia o veredicto, sin perjuicio de lo dispuesto respecto a la prueba anticipada."*

*"El juicio tendrá lugar de manera concentrada y continua, en presencia del juez, el jurado, en su caso, y las partes."*

Reitera la oralidad en el art. 247, que es un precepto clave de la parte correspondiente a los actos de investigación, anteriores al proceso, bajo el sugerente epígrafe de ***"Forma de llevar al Juicio los resultados de los actos de investigación"***, dispone:

*"La información de interés para la resolución de la causa, que conste en actas u otros documentos redactados para guardar memoria de los actos de investigación, se incorporará al Juicio a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron mediante percepción personal."*

*"Los expertos no oficiales que hayan intervenido en los actos de investigación adquirirán la condición de peritos si son declarados idóneos como tales por el juez."*

Lo que en síntesis dispone este artículo es que para incorporar al proceso las fuentes de prueba hay que hacer uso de los medios de prueba. Las fuentes de prueba son obtenidas mediante los actos de investigación, pero sólo pueden ser llevadas al proceso mediante actos de prueba.

El segundo párrafo del artículo en cuestión, concordado con el art. 203 que reserva la intervención del perito como tal sólo para el juicio, complementa la idea expuesta en el primer párrafo en el sentido de que lo hallado por los expertos, oficiales o no oficiales (no hay ninguna diferencia entre ellos en cuanto a la forma de incorporar al proceso sus hallazgos), debe incorporarse al juicio mediante la prueba pericial rendida personalmente y de viva voz por el perito.

Reaparece en el código nicaragüense el principio de oralidad en forma expresa en dos artículos correspondientes a la audiencia del juicio:

Primero en el art. 281, que establece los principios propios de esta fase:

"*El Juicio se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.*"

Coincide este precepto con el del art. 326 del código costarricense de 1996, su fuente, que categóricamente declara:

*"El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua."*

Culmina el código de Nicaragua su consagración de la oralidad en el art. 287, que en su prolija exposición, muy semejante a la de los citados arts. 362 del código de Guatemala y 310 del código de Honduras, denota un esfuerzo por no dejar intersticio por el cual pueda infiltrarse la duda o la corruptela de la "escriturización":

*"La audiencia pública se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. Durante el Juicio, las resoluciones serán fundadas y dictadas verbalmente en forma clara y audible por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta del Juicio..."*

## II.- LA MEDIATIZACIÓN DE LA ORALIDAD

No obstante los anteriores preceptos que consagran el principio de oralidad en todos los códigos del área, generalmente claros y precisos, desde muy recién instaurado el juicio oral se fue advirtiendo en la práctica judicial centroamericana un atisbo de retorno del procedimiento escrito propio de los códigos derogados.

Quizás, más bien, se tratara de la pervivencia de los viejos hábitos, del hombre viejo que todos llevamos dentro, del jurista forjado en la práctica inquisitorial tan bien conocido por muchos de nosotros.

Como lo denunciara en España MONTERO AROCA[6] en relación con la práctica judicial de su país, en Centroamérica se empezó a confundir los actos de investigación con los actos de prueba y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación, es decir, con las actas, y por esa puerta falsa se fue introduciendo en el juicio lo que no podía ingresar por la frontera puerta de la oralidad.

Debido a esa gravísima confusión conceptual no se cita a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos u obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas ante escribientes, secretarios o amanuenses cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea éste ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir.

La prueba documental, henchida a más no poder como la rana de la fábula, ha pasado a convertirse en ***regina probatorum***. Todo cabe en ella, todo lo devora ella para satisfacer su insaciable voracidad de mastodonte. Es la venganza del inquisitorialismo, la exaltación de las actas (***Quod non est in actis non est in mundo***), o, peor aún, es la traición a la reforma procesal penal iberoamericana.

En ocasiones, nada infrecuentes, se llega al extremo de que no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la etapa sumarial o instrucción, sino que por acuerdo de las partes o, más bien, de sus abogados, se dan por incorporadas sin lectura previa. Se aniquila así respecto a esas pretendidas pruebas no sólo la oralidad,

6 MONTERO AROCA, op. cit., *passim*.

sino también totalmente la publicidad del juicio. La justicia vuelve a ser escrita y semisecreta, lo que equivale a decir opaca y sospechosa.

## III.- EL GERMEN NAPOLEÓNICO DE LA MEDIATIZACIÓN DE LA ORALIDAD

El fenómeno descrito no es exclusivo de la práctica judicial centroamericana, como ya se advirtiera al mencionar la denuncia hecha en España por MONTERO AROCA. Lo mismo hacen CORDERO, FERRAJOLI y otros en Italia. En realidad el germen de la perversión de la oralidad es, como señala FERRAJOLI[7], la estructura bifásica del proceso creada por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808.

Como se recordará, la Revolución Francesa adoptó el sistema acusatorio de tipo inglés, el paradigma de la justicia penal para todos los pensadores de la Ilustración. Fue durante el régimen napoleónico que se restauró el sumario inquisitorial de procedimiento escrito y semisecreto. Se buscó un equilibrio, de por sí imposible, entre una instrucción inquisitiva y un plenario o juicio oral y público.

Lo demás es historia sabida: la instrucción se engulló el juicio. Lo que fue concebido como accesorio y preparatorio terminó convirtiéndose en lo principal y definitivo. Del juicio quedó muy poco, en algunos países meramente la fachada pues aun para esta fase se dispuso el procedimiento escrito.

Esta era la hipertrofia que presentaban los códigos de procedimiento penal o de instrucción criminal de casi todos los países iberoamericanos cuando irrumpió el movimiento de reforma en 1939. El nombre con que se designaban esos códigos era reflejo fiel de su naturaleza: códigos de procedimiento o de instrucción, ya que no regulaban sino eso, procedimiento o procedimientos, no procesos; instrucciones, no juicios o enjuiciamientos.

Cuba, por su condición de última colonia española que pasó a ser nación soberana, se benefició de la última Ley de Enjuiciamiento Criminal de la metrópolis, la de 1882, que, aunque estructurada según el modelo bonapartista, establece un juicio oral, que la práctica y cierto sector doctrinal parecen haberse empeñado en atrofiar.

Pero aun esta Ley de Enjuiciamiento Criminal española, excelente en muchos aspectos, contiene el germen de la mediatización de la oralidad al autorizar en su art. 730 la lectura de *"las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas* (las partes)*, no puedan ser reproducidas en el juicio oral"*.

Y con el último código italiano, de 1988, se incurre en el mismo yerro que contienen los códigos de 1913 y 1930 de incluir preceptos claramente contrarios al procedimiento oral. Tales, por ejemplo, la incorporación de actas de actos "no repetibles" realizados por la policía judicial o el ministerio público (art. 431) o, bajo ciertas circunstancias, las declaraciones rendidas por el imputado durante la investigación preliminar (art. 513).

Todo indica que mientras haya diligencias previas al juicio en las que se produzcan actos con alguna semejanza con los de prueba existirá la tentación de usarlos como tales, porque el inquisitorialismo sigue vigente en el imaginario de los letrados de tradición romanística.

## IV.- LA CONTAMINACIÓN DE LOS CÓDIGOS CENTROAMERICANOS

No existe, ni puede existir, procedimiento totalmente oral. La oralidad absoluta resultaría impráctica y peligrosa para la seguridad jurídica que se procura a través de la documentación, dentro y fuera del proceso, de los actos trascendentes. Hay actos procesales que necesariamente deben ser escritos o, al menos, hacerse constar en actas: la acusación y la sentencia, por ejemplo.

Pero el hecho de que el procedimiento oral no sea incompatible con la documentación de los actos procesales, sin la cual no podría guardarse adecuada memoria del proceso, no significa que se pueda reconocer a esos documentos procesales el carácter de prueba documental en todos los casos. Tampoco significa que sea admisible reconocer tal condición a cualquier documento ajeno al proceso o a la investigación que le precede.

El procedimiento acentuadamente oral, que es al que se aspira con la reforma procesal penal, consiste en que la producción de las pruebas y los alegatos de las partes se realicen ante el tribunal que decidirá la causa. **Oralidad sin inmediación es una mera ficción**, enseñaba CHIOVENDA[8].

Esa es la razón por la cual las pruebas personales, como las declaraciones de los testigos y los informes de los peritos, son orales cuando son rendidos de viva voz en la audiencia del juicio. La prueba documental se incorpora al juicio mediante la actividad que permita imponerse de su contenido: lectura de textos, proyección de filmes o videos, audición de grabaciones, examen de mapas, dibujos o fotografías. Pero no es prueba documental la documentación de testimonios o informes de perito.

7 FERRAJOLI, op. cit., pág. 619.
8 Cit. por CORDERO, op. cit., pág 159.

En consecuencia, es contrario a la oralidad:

a) Que las **pruebas personales** lleguen al tribunal sentenciador mediante actas o documentos, salvo en los casos de anticipo de prueba mediante diligencias realizadas con observancia del principio de oralidad **cuando no sea posible que el testigo o perito comparezca en la audiencia del juicio**;

b) La ya mencionada confusión entre **actos de investigación** y **actos de prueba**, con la consecuente incorporación de aquéllos al juicio para que sirvan de sustento a la decisión del juzgador, y,

c) Incorporar al debate en calidad de **prueba documental** a documentos que no tengan esa condición..

No es prueba documental el documento en el que constan los resultados de los actos de investigación u otros actos procesales, como la denuncia, el informe policial o el informe de peritos. Excepcionalmente un documento procesal puede constituir prueba documental, como cuando se trata de demostrar el contenido de una sentencia dictada en otro proceso y se hace llegar al tribunal el expediente en que se encuentra.

Y en cuanto a documentos ajenos al proceso o a la investigación que le precede también hay algunos que no constituyen prueba documental. Hay una diferencia sustancial entre una escritura en la que consta el traspaso de un inmueble y un instrumento notarial en el que constan unas manifestaciones de alguien sobre los hechos objeto del proceso. Igualmente, entre una certificación de un expediente médico y una certificación médica sobre lo que un profesional de la Medicina dice haber apreciado al prestar sus servicios profesionales a un paciente. Los primeros elementos de esta doble confrontación serían admisibles como prueba documental, si fueran pertinentes; los segundos no pueden serlo porque existe un medio específico de prueba para esas fuentes: el testimonio. Admitirlos como prueba documental significaría la corrupción de la prueba testimonial y de la oralidad.

Desafortunadamente algunas de estas diferencias no parecen estar claras en algunos códigos de la región, que en esto siguen fieles a sus modelos inmediatos y mediatos, los cuales en general autorizan la incorporación al debate o audiencia del juicio de declaraciones recibidas en la investigación preliminar o de dictámenes periciales escritos y de otros documentos que no califican como prueba documental.

Tampoco están claras para una alta proporción de jueces, fiscales y defensores y hasta para algunos comentaristas[9].

En lo que toca a los códigos procesales penales del istmo, establecen la forma escrita para el **dictamen pericial** todos ellos, con excepción del nicaragüense, que en su art. 203 dispone:

*"Cuando sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica o materia para conocer o para apreciar un elemento de prueba, el juez podrá admitir la intervención de un perito **en el Juicio**, para que exprese su opinión sobre el punto en cuestión".*

Como ya habíamos anticipado, no hay en el procedimiento penal nicaragüense intervención de perito antes del juicio. Esto no significa que no haya aplicación de técnicas criminalísticas durante la investigación policial, sino que a quienes las aplican el Código no les reconoce condición de peritos mientras no hayan sido propuestos como tales por la parte interesada y admitidos por el juez.

Por esa razón no hay ningún informe o dictamen pericial previo al juicio que pueda ser leído durante el debate. Sí puede y suele haber un informe de experto, anterior al proceso, que debe ser puesto en conocimiento de la contraparte en el intercambio de información sobre la prueba (art. 269.4) a fin de que esté prevenida sobre los extremos del futuro dictamen pericial que tendrá lugar en la audiencia del juicio. El informe del experto no puede ser incorporado a la audiencia o debate porque no es prueba, sino simple información sobre lo que va a ser el dictamen pericial, que es el verdadero medio de prueba.

Excepcionalmente, cuando se trate del **examen de cosas** mediante un dictamen pericial propuesto por cualquiera de las partes y realizado por una persona admitida ya como perito, la operación deberá llevarse a cabo quince días antes de la audiencia del juicio o debate y el informe sobre sus resultados debe ser remitido al juez y a la contraparte (art. 278).

Este sí es un informe pericial escrito, pero no tiene la función de sustituir al que necesariamente debe rendir de forma oral el perito, del cual no es sino un elemento inescindible, sin vida propia, y del cual puede hacerse uso en el interrogatorio al perito sin necesidad de incorporarlo, porque lo único que podrá ser valorado como prueba es lo que oralmente informe el perito, no lo que haya informado por escrito. Se puede restarle mérito al informe oral en caso de que el perito no haya sabido explicar una contradicción con lo que manifestó por escrito,

9 Por ejemplo, DE LA RÚA, que llega a hablar de *"una evidente complementación entre la instrucción escrita y el juicio oral"*, op. cit., pág. 108.

pero esto último no es un medio de prueba. Consecuentemente, no sería admisible fundar en el informe escrito la decisión del juzgador.

No es otra excepción el dictamen que recae sobre la eventual **incapacidad sobreviniente del acusado** (art. 97,II) , porque no constituye prueba de los hechos de la causa sino de la condición de salud mental del reo. Pero incluso en este caso el código nicaragüense dispone una audiencia oral y pública (*"dictamen médico forense rendido en audiencia pública"*).

Todos los códigos de la región, salvo el de Nicaragua, utilizan el concepto de *"actos definitivos e irreproducibles"* para autorizar el **anticipo de prueba**. Lamentablemente se trata de una expresión muy imprecisa. El código de Nicaragua se refiere en este extremo concretamente al testimonio de quien se encuentre en inminente peligro de muerte o de la persona no residente en el país e imposibilitada de prolongar su permanencia en él hasta el momento del juicio o de regresar a ese efecto, y del perito que ya hubiere practicado el examen objeto de su pericia y éste, el examen, fuere irreproducible.

Solamente los códigos de Honduras (art.311.1) y Nicaragua (art.202) condicionan la incorporación de esta prueba en el juicio a la imposibilidad de su reproducción. Los de El Salvador (art.330.1) y Costa Rica (art. 334.a) se limitan a dejar a salvo el derecho de cualquiera de la partes y la potestad del tribunal de exigir la reproducción de la prueba, cuando fuere posible. El código de Guatemala (art. 364) limita a la prueba pericial la situación prevista en los códigos salvadoreño y costarricense.

En cuanto a la lectura de **declaraciones testificales**, fuera de los casos de anticipo de prueba con observancia de la oralidad, se da la misma situación de los dictámenes de perito: lo admiten todos los códigos, menos el de Nicaragua. Y no es que esté expresamente prohibido en la legislación nicaragüense, sino que sólo ante el juez puede producirse la prueba testimonial. Al no existir testimonio antes del juicio, no hay nada que pueda ser incorporado en esa calidad. Al respecto dispone el art. 196 del código en cuestión, con el epígrafe *Deber de rendir testimonio* :

*"Sin perjuicio de las excepciones previstas en el presente Código, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento* ***a Juicio*** *y de declarar la verdad de cuanto conozca..."*.

También en tema de **actos de investigación** se presenta el mismo cuadro: todos los códigos centroamericanos, excepto el de Nicaragua, autorizan la incorporación al juicio del resultado de actos de investigación. Por ejemplo:

a) Código Procesal Penal de Guatemala: **actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, y reconocimientos** (art. 364.3);

b) Código Procesal Penal de El Salvador: **actas de reconocimiento, registro o inspección** (art. 330.4);

c) Código Procesal Penal de Honduras: **actas que documentan inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos** (art.311.4) , y,

d) Código Procesal Penal de Costa Rica: **actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa** (art. 334.b).

En contrapartida, como ya vimos al examinar su art. 247, el Código Procesal Penal de Nicaragua exige que el resultado de los actos de investigación llegue al juicio a través de un medio de prueba.

Por último, la posibilidad de incorporar al juicio **otros documentos**, de dudosa condición y en algunos casos más que sospechosa utilidad, la situación es la siguiente:

a) Código Procesal Penal de Guatemala: **denuncia, prueba de informes, careos** (art.364.3);

b) Código Procesal Penal de El Salvador: **denuncia, prueba de informes**, y *"Todo otro elemento de prueba"* **(?)** autorizado por el tribunal (art. 330.4);

c) Código Procesal Penal de Honduras: No señala ninguno (art. 311);

d) Código Procesal Penal de Nicaragua: **informes, certificaciones** (art. 287.2), y,

e) Código Procesal Penal de Costa Rica: **denuncia, informes, certificaciones** (art. 334.b)

Examinemos primero el caso de la **denuncia**. Este acto procesal de finalidad informativa de la ***notitia criminis*** y propulsora de la investigación no tiene el menor valor probatorio. ¿Qué utilidad tiene entonces su incorporación al debate? Que no se diga que sirve para demostrar que se ha cumplido con una condición de procedibilidad porque, por una parte, esa cuestión se incidenta antes del juicio y, por otra parte, las excepciones a la oralidad se refieren únicamente a la prueba de los hechos.

La prueba de **informes**, como la llaman los códigos guatemalteco y salvadoreño, o simplemente los informes, como la denominan los códigos costarricense y nicaragüense plantean una situación ambigua. Si los informes tienen capacidad probatoria constituyen prueba documental y resulta, entonces, inapropiado distinguirlos de aquélla. Si no tienen naturaleza de prueba documental resultan inútiles para el juicio. Su aparición en el código de Nicaragua deviene de la influencia del código de Costa Rica.

En relación con el código nicaragüense de ninguna manera puede admitirse que ese informe sea el pericial, por las razones ya expuestas. Tampoco podría pretenderse que sea el **informe policial**, como lo creen algunos comentaristas, y precisamente por la razón utilitaria que ellos le atribuyen: convertir en actos de prueba los actos de investigación. Un acto de investigación jamás puede ser convertido en acto de prueba porque eso sería borrar la diferencia sustancial entre ellos. Lo que es admisible no es la *metamorfosis* del acto de investigación, ni su imposible legitimación como prueba, sino hacer llegar al juicio la fuente de prueba obtenida con el acto de investigación. Y la única forma que el código de Nicaragua admite para ello es la indicada en el art. 247: a través de un medio de prueba.

En el caso de las **certificaciones** la situación es semejante a la de los informes: son admisibles sólo en tanto sean pruebas documentales.

El **careo** o, más bien, las actas en que consten las diligencias de careo practicadas antes del debate tienen el vicio de ser actas de actos de de investigación. Se trata, entonces de verdadera prueba preconstituida en el sumario o investigación preliminar (el nombre con que se designe la primera fase del proceso es intrascendente para los efectos de constatar la mediatización de la oralidad), que no puede ingresar al juicio.

Por ultimo, la frase del código salvadoreño con que remata la lista de documentos que pueden ser incorporados "*Todo otro elemento de prueba... previa autorización del tribunal*", dada su gran laxitud es un boquete abierto bajo la línea de flotación del navío del juicio oral.

## V.- LAS RAZONES DE LA MEDIATIZACIÓN

Con pie en esas disposiciones legales que han contaminado los nuevos códigos de inquisitorialismo, y en ocasiones sin otro fundamento que los viejos hábitos, los jueces, fiscales y defensores centroamericanos propenden a un retorno del procedimiento escrito en la producción de la prueba y casi reducen el espacio de la oralidad al rincón de los informes o conclusiones finales.

Las razones que suelen esgrimirse en defensa de esta oralidad mediatizada suelen ser las siguientes:

a) La **escasez de peritos**, particularmente médicos forenses;

b) La exigencia de **celeridad** de los debates;

c) La **aceptación implícita del informe pericial escrito**, y,

d) Los **pobres resultados de los interrogatorios a los peritos**.

En cuanto a la primera razón, la escasez de médicos forenses y otros peritos, puede obedecer a que, efectivamente, sea muy reducido su número, en cuyo caso cabría cuestionar la voluntad política de los gobernantes de mantener un sistema de justicia penal con procedimiento oral. Otra causa puede ser que el sistema penal no funcione adecuadamente y esté enviando a juicio oral un excesivo número de casos. La solución habría que buscarla allí y no en la mediatización de la oralidad.

La segunda razón, exigencia de celeridad de los debates, tampoco es de recibo. Una cosa es justicia pronta y otra la falsificación de la oralidad.

La aceptación del contenido del informe pericial escrito podría dar lugar, al menos en el código de Nicaragua, a un acuerdo probatorio, o sea, a que las partes de consuno manifiesten al juez que no controvierten el hecho sobre el que recaería la pericia (art. 269.1). En los otros códigos no hay esa salida. La prueba debe producirse en la única forma admisible en un procedimiento oral: compareciendo el perito a la audiencia.

Por último, los pobres resultados de los interrogatorios a los peritos se deben a la deficiente formación profesional de los abogados y a su escasa o nula preparación de los casos. Es necesario hacer énfasis en esto. Cuando un abogado bien preparado interroga al perito se descubre cuántas fisuras suelen presentar los dictámenes. Un gran auxilio del abogado es el consultor técnico, institución reciente en Centroamérica que no se ha sabido utilizar.

## VI.- POSIBLES SOLUCIONES

Lo primero que hay que hacer es capacitar a los jueces y a los abogados en general sobre lo que es realmente el procedimiento oral. Reforzar también en ellos los conocimientos sobre prueba penal, para que no haya confusión sobre los conceptos de **fuente de prueba**, **órgano de prueba**, **medio de prueba**, **actos de investigación** y **actos de prueba**.

Lo segundo sería hacer un diagnóstico sobre el volumen de casos que están siendo elevados a juicio y las causas del fenómeno. Todo indica que las salidas alternas no están siendo usadas con la frecuencia requerida.

En tercer lugar, hacer un estudio sobre el número de médicos forenses y otros peritos oficiales en relación con el número de causas de cada país del área y comparar sus resultados con la proporción que se da en países de procedimiento penal oral de aplicación satisfactoria. Si bien es cierto que la escasez de recursos humanos es un tópico en nuestros países, es muy posible que haya otros factores más determinantes y no difíciles de corregir.

Por último, habría que expurgar en los textos de nuestros códigos toda insinuación de que es posible oralidad sin inmediación. **Oralidad sin inmediación es una ficción**.

## BIBLIOGRAFÍA:


ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter: *La Historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma del proceso penal*, **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 18, noviembre 2000, págs.47-53.

BARRIENTOS PELLECER, César: *La reforma procesal penal en Centroamérica*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 19, agosto 2001, págs. 31-33.

BARRIENTOS PELLECER, César: **Poder judicial y estado de derecho**, Guatemala, FEG Editores, 2001.

BINDER, Alberto M., y Jorge OBANDO: **De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho**, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2004.

BINDER, Alberto M.: **Introducción al Derecho Procesal Penal**, (Cap. XIX: *El juicio penal ordinario o común*, págs. 233-247), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.

BOVINO, Alberto: **Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco**, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1997.

BRAMONT ARIAS, *Procedimiento oral*, en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1976, t. XXXIII, págs. 266-271.

CALAMANDREI, Piero: *El carácter dialéctico del proceso*, en **Proceso y democracia**, trad. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, págs. 147-173.

CAPPELLETTI, Mauro: *El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano*, trad. Rodrigo Barahona, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 97-109.

CAPPELLETTI, Mauro: *Proceso oral y proceso escrito*, (*Procédure écrite et procédure orale*) trad. Santiago Sentís Melendo, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 3-84.

CAPPELLETTI, Mauro: *Valor actual del principio de oralidad*, trad. Santiago Sentís Melendo, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 85-95.

CARNELUTTI, Francesco: *De la instrucción probatoria*, en **principios del proceso penal**, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, págs. 169-228.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. VI (*El procedimiento penal*), Buenos Aires, Ed. Ediar, 1964.

CORDERO, Franco: **Giustizia e regolarità del processo**, Varese, Ed. "Multa Paucis", 1966.

CRUZ CASTRO, Fernando: *Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 8, marzo 1994, págs. 40-51.

CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto, *et al.*: **Derecho Procesal Penal de Honduras (Manual teórico-práctico)**, Tegucigalpa, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras, 2004.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco: *El juicio*, en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador): **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia/Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, págs. 649-694.

DE LA RÚA, Fernando: **Teoría general del proceso** (*La oralidad en el proceso*, págs. 99-114), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991.

EISNER, Isidoro: **La inmediación en el proceso**, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1963.

FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal** (*La publicidad y la oralidad. La media publici0dad y la media oralidad del proceso en dos* fases, págs. 616-621), 6ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

FLORES, Manuel de Jesús: *La oralidad en el nuevo procedimiento penal guatemalteco*, en SCHÖNBOHM, Horst, y Norbert LÖSING (ed.): **Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania**, Caracas, Fundación Konrad Adenauer/CIEDLA/ COPRE, 1995, págs. 79-144.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Los principios del procedimiento*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 75-86.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 11, julio 1996, págs. 60-82.

ILLUMINATI. Giulio: *Giudizio*, en CONSO Giovanni, Vittorio GREVI *et al.*: **Profili del nuevo Codice di Procedura Penale**, 3ª. ed., Padova, CEDAM, 1993, págs. 459-516.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS : **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)**, Coordinador: Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986.

JAÉN VALLEJO, Manuel: **Principios y garantías del proceso penal**, Managua, APICEP, 2004.

LAJE ANAYA, Justo, y Luis Alberto PERAZA: **Código de Procedimiento Penal de Córdoba concordado, anotado y comentado**, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1965.

LOZZI, Gilberto: **Lezioni di Procedura Penale**, 2ª. ed., (Cap. II: *I mezzi di prova*, págs. 195-229; Cap.VIII: *Il giudizio ordinario*, págs. 411-466), Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.

MAIER, Julio B.J.: *Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, págs.2-7.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: **La minima actividad probatoria en el proceso penal**, Barcelona, Ed. José María Bosch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan: *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en **Trabajos de Derecho Procesal**, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988.

MORA MORA, Luis Paulino: *La importancia del juicio oral en el proceso penal*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, págs. 8-17.

MORA MORA, Luis Paulino, y Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ: *La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América latina*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 5, marzo-junio 1992, págs. 53-65.

NAPPI, Aniello: **Guida al nuvo Codice di Procedura Penale,** 3ª. ed., (Cap. VIII: *L'alternativa accusatoria*, págs. 265-342), Varese, Giuffrè Editore, 1992.

QUEVEDO MENDOZA, Julio: *Juicio oral en materia penal*, en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1969, t. XVII, págs. 379-428.

SCHLÜCHTER, Ellen: **Derecho Procesal Penal**, colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción a cargo de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo, (*El juicio oral*, págs. 109-157), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

TIJERINO PACHECO, José María: *La prueba en general*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 269-290.

TUOZZI, Pasquale: **Il nuovo codice di procedura penale commentato**, Milano, Ed. Dottor Francesco Vallardi, 1914.

VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo: *El juicio*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 475-489.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: **Derecho Procesal Penal**, 2ª. ed., t. I, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1969.

# ORALIDAD EN EL SISTEMA COSTARRICENSE, CORRECCIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN EL JUICIO ORAL

*Jenny Quirós Camacho*[*]

Contenido:

**I. INTRODUCCIÓN.**
**II. ¿POR QUÉ EL CAMBIO?**
***a)La historia nos habla.***
***b)El problema de la delegación de funciones y la falta de equilibrio en la distribución de los poderes procesales.***
**III. ¿Y QUE TIENE QUE DECIR EL COSTARRICENSE DE ESTOS CAMBIOS PROMOVIDOS DESDE NUESTRA DISCIPLINA JURÍDICA?**
**IV. UN SISTEMA DE PRODUCCIÓN POR AUDIENCIAS**
**V. SISTEMA ORAL Y MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN:**
**VI. SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO PENAL EN COSTA RICA**
**VII. CONCLUSIONES Y ANÁLISIS DE UN ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE UN PROCESO PENAL ACUSATORIO POR AUDIENCIAS :**
***i. Aspectos generales:***
***ii. Modificación de la acusación en un proceso penal por etapas***
***iii. El proceso penal como ejercicio democrático.***
***iv. Sobre los roles dentro de un sistema adversarial***
**VII. BIBLIOGRAFIA**

## I. INTRODUCCIÓN

Sabemos que la oralidad en Costa Rica se inició en materia penal en 1973, con un Código Procesal Penal inspirado en el de la Provincia de Córdoba, Argentina, que habían elaborado los juristas Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler.

El 28 de marzo de 1996 la Asamblea Legislativa aprobó en nuestro país un nuevo Código Procesal Penal, que entró a regir a partir del primero de enero de 1998 y que se ajusta a los principios del Movimiento de Reforma procesal en América Latina, fortaleciendo la aplicación y práctica de los principios procesales ya anunciados en el Código anterior.[1]

Los cambios principales de este Código es el rol asignado al Ministerio Público, quien es ahora el encargado de la investigación; la creación del denominado Juez de garantía y la creación de una etapa intermedia para dilucidar allí el destino de la causa. (además de la creación de modos alternativos de terminación de los procesos, tema del que no nos ocupamos en estas líneas).

Tal como veremos a lo largo de esta exposición, la afirmación anterior, que suena a verdad de Perogrullo, tiene gran incidencia en la forma cómo tratemos el tema de la acusación que hoy nos ocupa.

El proceso está diseñado así:

-una fase preparatoria de investigación: en la que el Ministerio Público investiga y se prepara el caso.

-una fase intermedia: ante el juez, en la que se decide el destino de la causa, es decir, si existe mérito para llevar el asunto a juicio, si hay que sobreseer al imputado o si el asunto termina mediante vías alternativas. En esta fase está prevista una audiencia oral con la posibilidad de participación de todas las partes.

-una fase de juicio: que es la fase más importante del proceso porque en ella se produce la prueba y se enfrentan las partes ante el tribunal.

-una fase de recursos.

-una fase de ejecución.

---

* Doctora en Pensamiento Latinoamericano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional
Master en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica
Jueza del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

1 Las reformas procesales ocurridas en los años setentas y ochentas en la mayoría de los países europeos que siguen una tradición romano-germánica, principalmente Alemania, Italia, Portugal, España) le sirven de fundamento al nuevo Código, así como el Código Procesal Penal Tipo para Ibero América y el Código Procesal Penal de Guatemala y el de algunas provincias Argentinas. Y los proyectos de otros países latinoamericanos. ( Así, González Álvarez, Introducción General O. Cit. )

Veremos en las líneas siguientes cuál es la relación entre la oralidad, el proceso penal, el diseño de fases procesales y la modificación de la acusación.

## II. ¿POR QUÉ EL CAMBIO?

### *a) La historia nos habla:*

El sistema procesal vigente hasta hace poco en casi toda América Latina es básicamente el mismo que los países latinoamericanos recibieron como colonias españolas desde la época de la conquista, y que ha sido mantenido durante la vida republicana independiente de estos países. Yo suelo decir en mis charlas que los conquistadores vinieron a Nuestra América con una *santísima trinidad*, constituida por la cruz, la espada y la escritura.

Sin embargo, sabemos que durante ese mismo período, en los países de Europa continental incluida España, los ideales liberales del siglo diecinueve y los estándares internacionales de derechos humanos en el siglo veinte han producido modelos completamente diferentes de justicia penal.[2]

Aquel sistema inquisitivo heredado por América Latina era **esencialmente escrito**, en el cual el juez concentraba las funciones de investigar, acusar y sancionar. La Reforma Procesal Latinoamericana, en cambio, parte de la necesidad de la oralidad como medio de alcanzar los fines del proceso, recogiendo la experiencia histórica que muestra a la comunicación oral como el medio utilizado tradicionalmente en los sistemas procesales acusatorios o marcadamente acusatorios para la consecución de la justicia.

Sin embargo, debemos estar alertas, porque la cultura construida a través de una historia inquisitiva nos marca y nos hace invisibilizar situaciones graves. Algunos de nuestros jueces se siguen sintiendo depositarios de la seguridad ciudadana, y se tornan guerreros contra la impunidad, aunque en ocasiones ello implique entender al imputado no como sujeto sino como objeto del proceso, no como un fin sino como un medio.

### *b) El problema de la delegación de funciones y la falta de equilibrio en la distribución de los poderes procesales.*

La Reforma Procesal parte de la necesidad lograr la desconcentración de funciones, al pasar al Ministerio Público la investigación y la acusación.

En el sistema anterior la fase de investigación era realizada por los jueces siendo ésta secreta y en ocasiones mediada por actuarios y oficinistas, de manera que las víctimas y los imputados tenían escaso contacto con los jueces a lo largo del proceso. El juez despachaba órdenes de investigación a los policías sin un efectivo control sobre ellos. El juez recopilaba pruebas para la decisión final de condenatoria o absolutoria del imputado, quien tenía limitado poder de controlar el proceso. Todo el proceso se desarrollaba por escrito y se reflejaba en expedientes conformados de papel.

En contraste, en el nuevo sistema la investigación es llevada a cabo por el Ministerio Público, quien solicita diligencias a las policías y representa los intereses de las víctimas. Por su parte, el Juez de garantías controla el correcto desarrollo de la investigación y sólo interviene en caso de conflicto o de posible lesión a los derechos fundamentales de las partes. Los acusados tienen acceso a un defensor público quien está llamado a ejercer control de las actuaciones de la investigación y de las actuaciones jurisdiccionales.

Se ha comprendido que la distribución de cargas, el control recíproco y la transparencia que se pretenden, son alcanzables mediante un sistema idealmente oral y público, en el cual las actuaciones se producen en audiencias con la participación de las partes para garantizar el principio de contradictorio.

Es decir, si vemos que por un lado se encuentra la parte investigadora y acusadora y por otro el imputado con su defensor, entendemos el carácter adversarial del proceso, en el cual cada parte tiene un rol activo. **Se comprenderá entonces también la necesidad de un juez descontaminado, que *escuche*[3] a las partes** y resuelva el asunto de manera objetiva, es decir, sin los pre juicios que se forman cuando ya ha conocido el asunto por medio del expediente.

Se suponía entonces que a partir de la Reforma los jueces resolverán conociendo a las partes, recibiendo la información directamente y no por medio de actuarios o auxiliares, logrando mayor transparencia de la actuación jurisdiccional hacia las partes y hacia el público.

En síntesis se partió de que la forma de lograr los objetivos democratizadores del proceso penal como son la inmediación, la concentración, la contradictoriedad y la publicidad, no es el proceso escrito sino un proceso oral, por permitir a los intervinientes procesales la reunión, participación y contradicción en la producción de

2 "Con sólo pocas excepciones, la mayoría de países de habla hispana en América Latina han mantenido diferentes versiones del sistema inquisitivo... Sólo en las décadas recientes, en las que se ha generalizado el proceso de transición hacia la democracia desde diferentes formas de dictadura militar, la mayoría de estos países ha iniciado procesos de reforma de sus sistemas de enjuiciamiento criminal, algunos de ellos ya aprobados e implementados." Riego, Cristián, La Reforma Procesal Penal Chilena, en documentación de Curso Interamericano sobre Instrumentos para la Implementación de un Sistema Procesal Penal Oral y Acusatorio, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, La Serena, Chile, marzo 2003, Pág. 15 y 16.

3 Y cuando digo *escuche* quiero indicar literalmente *escuche*, no *lea*.

información, en el análisis de las pruebas y en la obtención de las conclusiones del caso.

## III. ¿Y QUE TIENE QUE DECIR EL COSTARRICENSE DE ESTOS CAMBIOS PROMOVIDOS DESDE NUESTRA DISCIPLINA JURÍDICA?

Véase que la idea base sobre la que se monta todo el esquema de la reforma parte de que a través del lenguaje es posible resolver o decidir los conflictos. Yo debo decirles que desde las perspectivas de otras disciplinas han sido desarrolladas posturas teóricas encontradas respecto de esa idea, que me motivaron a llevar a cabo una investigación universitaria de campo a efecto de conocer ¿cuál es el pensamiento del costarricense en ese sentido para la materia penal?

De lo recogido hasta el momento tenemos que las personas prefieren la oralidad en lugar de la escritura para la tramitación de los procesos penales, por múltiples razones, que en otra oportunidad podría desarrollar. Se trata de razones de gran contenido humano, emanadas desde lo más esencial de las necesidades de las personas de carne y hueso como seres sociales, que reclaman del sistema de Justicia un medio para ser escuchados, un espacio de inclusión social, una voz de reconocimiento de su individualidad y del daño sufrido.

No obstante, se han señalado algunos aspectos en los cuales es necesario trabajar para mejorar. Los he clasificado en 4 categorías:

1. el elemento humano (errores de los actores procesales en las distintas etapas del proceso)
2. las limitaciones propias del lenguaje jurídico (quién entiende y quién no)
3. recursos materiales y apoyo tecnológico para preservar lo acontecido a efecto del control de las partes y de los jueces (grabaciones y estenógrafas)
4. Necesidad de capacitación

Y es sobre esos aspectos sobre los que tenemos que seguir trabajando, y probablemente serán los aspectos sobre los que tendrán que trabajar las otras materias distintas de la penal cuando sea implementada la oralidad en sus procesos judiciales.

En ese sentido, yo no quisiera terminar esta sección de la exposición sin hacer dos reflexiones:
La primera: que el proceso por más oral que logremos implementarlo, siempre estará rodeado de recursos "escriturarios" como son videos, grabaciones, actas y por supuesto algunos documentos. Aún y cuando suprimiéramos todos los "papeles" ya esos elementos son registros, ajenos en principio al mundo de la oralidad

Desde la perspectiva de otras disciplinas oralidad es identificada principalmente con sociedades tradicionales, y escritura con sociedades "complejas". En cambio, desde el punto de vista jurídico oralidad se ha pretendido identificar con naturalidad y sencillez, en tanto escritura es relacionada a formalidad en la manera de comunicación. Lo importante de percatarnos de lo anterior, es reconocer que en el contexto de un proceso penal, en una sociedad moderna del siglo XXI, resulta imposible el purismo. La escogencia entre oralidad y escritura debe ser entendida como la posibilidad de dar *preponderancia a* la palabra hablada o la palabra escrita en el seno del proceso, sin desconocer que cualquiera que sea la escogencia, en mayor o en menor medida una forma influirá sobre la otra, bien directamente, bien desde las estructuras de pensamiento producidas por ambas formas de comunicación desde procesos sociales e individuales muy anteriores a cada juicio concreto.[4]

Por ello es que observamos que la Reforma Procesal habla de oralidad como correlativa a inmediación, publicidad, transparencia y desconcentración de funciones -todo lo cual evoca aquella sencillez con que podía haberse desarrollado el proceso judicial en una de las llamadas sociedades tradicionales o ágrafas-, al tiempo que habla de modelos de gestión, tecnología y capacitación. Es decir, se tratará de una preponderancia de la oralidad en la medida en que ésta reporte beneficios a los efectos de los fines sociales asignados al proceso judicial, pero que se verá enriquecida de algunos de los recursos propios de las sociedades escriturarias y tecnológicas, en la medida en que estos coadyuven al logro de propósitos muy válidos como son el control de las partes sobre la prueba, el control de la sociedad sobre el juicio y la prontitud en la administración de justicia, pues no hay que desconocer que el proceso judicial forma parte integrante del desenvolvimiento social, y como tal, está inmerso y debe beneficiarse del desarrollo de los conocimientos y de la tecnología.

De modo que la relación entre oralidad y tecnología no será de polaridad o de oposición, sino de potenciación por parte de una de los fines de la otra. Sabemos que la radio, el teléfono y la televisión han impulsado el alcance de la palabra hablada, es decir, de la oralidad. Sería de esperar que otros medios tecnológicos como los de video grabación, potencien las bondades de la oralidad en el seno del proceso.

La segunda reflexión que quisiera hacer es: que el camino recorrido hasta ahora por nuestro país en la implementación de la oralidad en la materia penal parece ser un viaje sin retorno en el que se puede mejorar cada día. Los instrumentos legales están dados. Para mejorar y dar al costarricense un proceso judicial oral de calidad se hace necesario el despliegue del trabajo de profesionales bien capacitados, la implementación de recursos materiales y

4 Platón tuvo conciencia de que "con el maestro que siembra palabras (escritas), las que no pueden ni hablar por sí mismas ni enseñar adecuadamente la "verdad" a otros, se había inaugurado una época totalmente nueva, y que el uso del alfabeto haría imposible el regreso al pasado oral". Illich, Ivan, Op. Cit. Pág. 56.

tecnológicos suficientes, así como un paso cada vez más acelerado hacia un lenguaje más sencillo y natural que sea comprendido por todos, a efecto de lograr una verdadera democratización del proceso.

Debe quedar claro entonces que la preponderancia de la oralidad debe ser entendida como una vía para lograr un proceso penal más participativo y de mejor calidad. Oralidad no significa improvisación, ausencia total de escritura ni festinación de las garantías procesales. La oralidad es un medio, y como tal, debe servir a otros fines. Nunca so pretexto de aplicar la oralidad, se deben conculcar las garantías, como ocurriría por ejemplo con la elaboración de "correcciones" orales de la acusación en la fase de juicio, que afecten el derecho de defensa, más allá de lo permitido por la ley, según veremos en líneas posteriores, pues esa no es la oralidad bien entendida que el costarricense reclama.

## IV. UN SISTEMA DE PRODUCCIÓN POR AUDIENCIAS

Si decimos que la Reforma Procesal partió de que la oralidad es el mejor medio y que investigaciones universitarias acreditan que los costarricenses desean mayor oralidad ¿por qué tenemos una primera etapa procesal de investigación con tanto papel y tan escrita? Por qué la audiencia preliminar se esta aplicando sin litigación, como un mero trámite burocrático?

En efecto, investigaciones universitarias en las que he participado acreditan que en la fase de investigación no se practica oralidad alguna; existe gran lentitud (casi dos terceras partes del tiempo que dura el proceso se consume en las fases de investigación e intermedia)[5]; se imponen medidas cautelares sin haber escuchado a las partes; hay gran rigidez en la audiencia preliminar, la cual además no desempeña su papel de filtro de lo que no debe llegar a juicio; algunos defensores que no trabajan la audiencia preliminar; algunos fiscales viciando la voluntad de las víctimas a efecto de que no se llegue a soluciones alternas; jueces que no analizan los argumentos de las partes; funcionarios llenos de cantidades inmanejables de trabajo en todos los sectores, solo por mencionar algunos de los problemas de las etapas previas al debate. Y en la fase de juicio, desde jueces que le piden a las partes presentar las gestiones por escrito, hasta preguntas improcedentes del tribunal, pasando por resoluciones orales infundamentadas; tribunales amarrados por lo resuelto en la audiencia preliminar; falta de registros fidedignos de lo ocurrido en las audiencias; inexistencia en la práctica del principio de virginidad del juez; etcétera. En la casación y en la revisión, formalismo excesivo, ausencia de contradictoriedad, jueces que no ponen atención, delegación de funciones, en fin, una oralidad a medias o muy limitada.

Todos estos problemas, que de una u otra manera compartimos Ustedes y yo, y que son comunes en mayor o menor medida en todas las zonas del país, tienen una gran relación con dos temas fundamentales:

1. El tema de la asunción de roles de cada participante en el proceso
2. El tema de cómo concebimos el trabajo de los procesos penales: como acciones encaminadas a conformar un expediente de papel.

La hipótesis de esta exposición sería : que en gran medida, el problema de la modificación de la acusación no es aislado, sino que es producto de estos dos aspectos que en Costa Rica no hemos logrado superar.

Las quejas van desde jueces, fiscales y defensores que no asumen el rol que se espera de ellos, hasta jueces y fiscales que asumen roles que no les corresponde. Unos pecan por omisión, otros por exceso.

Pero si esto ocurre así de manera generalizada –como dejan ver las investigaciones- es justo concluir que las fallas no se deben de modo principal a desidia o mala fe de los profesionales del Poder Judicial en general, sino que la causa habrá que buscarla en otra parte. Creo que lo que ocurre es que existe un gran desfase entre lo que la gente espera de nosotros y lo que hemos aprendido que es nuestro trabajo tanto en juzgados y tribunales, como en las fiscalías y en la defensa. Es decir, la forma en que hemos concebido nuestro trabajo, la forma en que la experiencia dentro de esta institución nos ha enseñado a proceder, la forma en que se nos ha enseñado la materia procesal penal en las universidades, nada de eso guarda relación con un sistema oral, ni con los principios que inspiran una justicia pronta y cumplida en los términos de nuestra sociedad actual. Por eso la gente en ocasiones se expresa con decepción, por eso hay queja por mora, y por eso la gente pone sus esperanzas en una oralidad pero bien llevada.

Lo lógico sería en realidad que todo el proceso sea oral, es decir, tener un proceso penal producido por audiencias. Esto es lo que un grupo de funcionarios al amparo de la Presidencia de la Corte y de la Escuela Judicial, estamos mostrando por todo el país: las técnicas con las cuales se desempeña cada parte procesal en un sistema verdaderamente oral, como el que es acorde con el pensamiento que motivó la reforma procesal y que por la fuerza de la costumbre y la cultura inquisitiva de los actores procesales, no ha sido llevado a la práctica, a falta de la instalación mental de la lógica de un proceso acusatorio oral más democrático y transparente.

No es poco común encontrar países en que la audiencia se ha transformado en una formalidad o ritualismo vacío sin contenido alguno y que, además, constituye un cuello

5 Según los Informes estadísticos del Poder Judicial, en el año 2004 el proceso penal tardaba en promedio 21 meses desde su inicio hasta el dictado de la sentencia. De esos 21 meses, 14 meses y dos semanas se consume en las fases previas al debate.

de botella en el funcionamiento del sistema. En muchos casos ello se debe a que falta claridad acerca de quién debe hacer qué en la audiencia y, además, por no existir imágenes específicas acerca de cómo debe hacerse lo que a cada uno corresponde. Una correcta definición de roles en el desarrollo de la audiencia resulta clave para que ésta cumpla efectivamente la función de ser una instancia de traspaso de información de alta calidad a quien está encargado de tomar una decisión que también pueda tener la mejor calidad posible y que, a su vez, cumpla la función de cautelar un entorno de justicia y razonabilidad a quienes intervienen en el proceso.

Una de las grandes ventajas de la metodología de audiencias es que permite un debate intenso de ideas entre las partes interesadas que permite producir información de mejor calidad para quien tiene que tomar las decisiones en el caso. Cuando no se permite ese debate, la información considerada para resolver el caso será indefectiblemente de menos calidad y, por tanto, con mayores posibilidades de error. Ello también infringe un principio básico que se encuentra detrás de la idea de audiencia, la contradictoriedad, que -a su vez- constituye una manifestación central del derecho de defensa en un proceso acusatorio.

Por lo anterior es necesario meditar sobre la forma en que actualmente concebimos el trabajo de los procesos penales: como acciones encaminadas a conformar un expediente de papel. En un sistema oral, nunca el material escrito puede reemplazar el debate en audiencia para la toma de decisiones relevantes. Ello sería reproducir la lógica del expediente y acabar con la metodología adversarial de un sistema acusatorio.

Un sistema marcadamente acusatorio exige la producción de resoluciones en audiencias, con la efectiva participación de las partes. Dentro de ese esquema de audiencias el imputado y su defensor, a quienes corresponde defenderse de la imputación fiscal, deben contar con una acusación relativamente fija, **en un momento procesal determinado (en nuestro caso la fase intermedia)** a efecto de garantizar un equilibrio procesal verdadero, dentro de ese juego justo que debe ser el proceso penal.

## V. SISTEMA ORAL Y MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN:

Conocidas las ideas centrales sobre lo que debe ser un proceso penal oral marcado por las ideas acusatorias y democráticas, es fácil comprender que no puede haber juicio sin acusación, a efecto de que el poder de control que ejerce la defensa sea apropiado, justo y oportuno. No hay quien pueda defenderse de algo que desconoce[6]. Por eso el imputado tiene el derecho de que se le haga una acusación formal, la cual se logra después de un proceso de investigación y debe contener una clara descripción de los hechos que se le atribuyen.
De modo que la acusación tiene como fines:
-definir el objeto fundamental y el objeto accesorio del proceso
-hacer factible una defensa apropiada
-establecer los límites de hecho de la sentencia.

Entonces es la acusación la que pone los límites, las fronteras que debe respetar la sentencia. El tribunal solamente puede fallar sobre el hecho que ha sido acusado, ya sea condenar o absolver. Este principio es violado cuando el tribunal condena, aunque sea por el mismo tipo penal, por un hecho diverso del que describió en la acusación el actor penal.

No se puede condenar por un hecho diferente aunque exista coincidencia en cuanto a la calificación legal. Toda sentencia tiene que ser congruente con su objeto, debe agotar el contenido de la pretensión, debe ajustarse a los términos de la acusación, la cual debe de haber sido intimada y no puede resolver nada que esté fuera de la misma. (Así: Maier Julio, La ordenanza Procesal Penal Alemana, Alemania, p 229.)

Por ello la posibilidad de introducir cambios en la acusación en la fase de juicio, no puede ser irrestricta. Si bien las legislaciones contemplan la posibilidad de modificar la acusación en esta etapa procesal, lo ideal es que ello no se produzca respecto de los aspectos centrales de la imputación, y en cualquier caso, que no resulte gravoso para el ejercicio del derecho de defensa.
En Costa Rica, por ejemplo, el artículo 347 del Código Procesal Penal establece la posibilidad de ampliar la acusación incluyendo un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. Veamos:
*"ARTICULO 347.- Ampliación de la acusación*
*Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.*
*En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación."*

Se permite además la simple corrección de errores

6 Artículo 39 Constitucional: A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta..., previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...

materiales y la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación:
*"ARTICULO 348.- Corrección de errores*
*La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación de la acusación o la querella."*

Las normas indicadas permiten concluir que, en punto a la posibilidad de modificar la acusación luego de que la causa ha sido abierta a juicio, Costa Rica cuenta con una legislación que impone límites, y no deja al arbitrio de las partes ni de los tribunales la aceptación de cambios sorpresivos. Los cambios en la acusación en la fase de juicio se limitan a:

1. La inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella que
    a) modifica la calificación legal o
    b) integra un delito continuado
2. La corrección de errores materiales y
3. La inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación.

**Tales especificaciones de la normativa vigente dejan ver que el legislador no consideró aceptable que la regla sea la posibilidad de modificación, sino que la regla debe ser la imposibilidad de modificación, con las escasas excepciones allí indicadas. No en vano en el numeral 365 del Código Procesal Penal se contempla el principio de congruencia entre acusación y sentencia, como parte integrante del debido proceso, razón por la que no se debe ni pueden acreditar otros hechos u otras circunstancias más que las descritas en la acusación inicial o con las eventuales correcciones o ampliaciones previstas en la ley no sustanciales que se pueden producir.**

## VI. SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO PENAL EN COSTA RICA

A continuación expongo a modo de ejemplo algunas de las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, relativas al tema de la modificación de la acusación en la fase de juicio, con el propósito de evidenciar cómo ha *leído* dicho tribunal los cambios procesales operados en el pensamiento de nuestra disciplina jurídica.

No creo prudente analizar el tema de las modificaciones a la acusación en la fase de juicio, sin recordar que con la vigencia del Código de Procedimientos Penales vigente hasta 1997 Costa Rica vivió el problema que se dio en llamar "la nulidad por la nulidad misma". Se trató de una práctica según la cual muchos de los asuntos elevados a juicio eran devueltos por los tribunales de debate a etapas precedentes por errores en las acusaciones o requerimientos de elevación a juicio. Los errores en ocasiones eran graves pero en ocasiones eran nimios. Se frustraba con ello la efectiva celebración de los debates y se alargaba la tramitación de las causas.
Como respuesta a esta problemática, la Sala Tercera mediante su resolución 137-f-92 trató de dimensionar los alcances de la legislación en cuanto a las nulidades. Según dicha resolución:
"*Tampoco debemos aplicar la sanción de la nulidad frente a requerimientos mal redactados, confusos, equívocos en la descripción del hecho. En tales supuestos, lo que procede es aplicar los correctivos establecidos en nuestro sistema procesal, por medio del cual es posible para el representante del Ministerio Público realizar una acusación supletoria, corrigiendo los defectos que estime son esenciales, para que se le otorgue la oportunidad al imputado y a su defensa de contestarlos adecuadamente. En ese sentido debe proceder a formular oralmente la corrección en el curso del propio debate, de lo cual se dejará constancia en el acta, precisando con cuidado los cambios que se le hacen a la acusación. Si el hecho que motivó la corrección del requerimiento ya se desprendía de la propia instrucción, la defensa no habrá sido tomada por sorpresa...y si el hecho surge del mismo debate, siempre tendrá, como en el primer caso, la posibilidad de solicitar la suspensión del mismo hasta por diez días, para prepararse adecuadamente o bien para ofrecer nueva prueba, si fuere necesario. Como bien se señala en doctrina, "...es posible de este modo ampliar durante el juicio el tema de la discusión, en nombre de una exigencia de economía procesal..."...los vicios deben ser esenciales para que justifiquen ser corregidos, es decir, debe ser de tal magnitud que incidan en la labor de defensa del imputado...ese parámetro será siempre el derecho de defensa..."*

Actualmente el problema de las nulidades de las acusaciones en debate no existe, al menos como práctica sistemática. El CPP prohíbe so pretexto de nulidades retrotraer las causas a fases precedentes, instauró como se dijo la audiencia preliminar, en la cual entre otras actividades se revisa la acusación por parte del órgano jurisdiccional, y lo más importante: se delimitó el rol del fiscal. A él corresponde la labor de investigar y de acusar, apartando ese interés inquisidor de manos del juez.

De manera que siendo consecuentes con la idea de una justicia procesal dinámica, acorde con los cambios legales y teóricos de nuestros tiempos, sería de esperar que los nuevos roles de los fiscales y de los jueces definidos en el CPP y en todo el pensamiento jurídico que le dio sustento a la Reforma, incidan en una actividad tan trascendental dentro del proceso como lo es la modificación, corrección y ampliación de la acusación.

Observemos con algunos ejemplos cómo ha *leído* nuestra Sala de lo Penal los cambios jurídicos de nuestro tiempo:

Sentencia 46-1999, dictada el 15 de enero de 1999: Se trata de un caso por homicidio cuya acusación original describe las circunstancias periféricas al hecho, sin describir que el imputado dio muerte al ofendido. La acusación se corrigió mediante la llamada "notificación oral supletoria" La Sala estimó que

*...el Tribunal de juicio prácticamente determinó al Fiscal para que enmendara el yerro ampliando la acusación. Sin embargo, dicho saneamiento resultó ilegal, pues la ampliación de la acusación que autoriza el artículo 347 del Código Procesal Penal se refiere a nuevos hechos o circunstancias que no hayan sido mencionados en la acusación, que modifiquen la acusación legal o integren un delito continuado, y en le presente asunto no se trató de un hecho de tal naturaleza, sino en realidad del hecho concreto propiamente constitutivo o esencial del delito acusado..."*

La Sala declaró la nulidad y ordenó el reenvío.

Sentencia 141-2002, dictada el 22 de febrero de 2002: También se trata de un caso por homicidio cuya acusación original describe las circunstancias periféricas al hecho, sin describir que el imputado dio muerte al ofendido. La acusación fue corregida en la fase de audiencia preliminar, pero remitiendo los autos al Ministerio Público, quien luego formuló una segunda acusación que sí describía la totalidad de la acción típica. La Sala conoció por medio del recurso de Casación y absolvió al imputado. Indicó la Sala que la acusación

"*debe contener la determinación concreta del hecho atribuido, y si no lo contiene, el requerimiento fiscal carecería de fundamento, lo que constituye un* ***vicio esencial,*** *situación que, como en el caso que nos ocupa, si es valorada durante la audiencia preliminar, el juez del procedimiento intermedio, encargado de controlar la procedencia de lo acusado o la querella, se enfrenta a dos posibilidades de actuación: a) desestimar total o parcialmente la causa o bien sobreseer al imputado...el saneamiento se refiere a defectos formales, secundarios o periféricos, pero nunca a la esencia misma de la acusación...la decisión de la juzgadora, cuestionada en esta impugnación, vulnera también los principios de objetividad e igualdad entre las partes, en el tanto se le permite a una de ellas-el órgano acusador- una oportunidad de enmienda que la ley no faculta, favoreciendo la deficiencia en el ejercicio de la función pública, en detrimento de los derechos de los restantes sujetos del proceso.".*

Sentencia 965-2004, dictada el 13 de agosto: Se trata de un caso por venta de droga en el cual la acusación no individualiza la conducta de uno de los imputados. Se menciona a un sujeto y el tribunal de juicio consideró que se trataba de un error material el no consignar el nombre del encartado. La Sala indica que en este caso concreto se trató de

*"material esencial de la imputación, cuya introducción oficiosa por los juzgadores, invade potestades del órgano acusador que no le corresponden, quiebra el equilibrio procesal entre las partes y lesiona gravemente el derecho de defensa*". También dijo la Sala que "*Lo que resulta absolutamente reprochable es el rol procesal desempeñado en este caso por el Ministerio Público, porque es su deficiente intervención la que culmina con una acusación totalmente incompleta, mal estructurada, que pese a que se origina en toda una investigación de la que existen incluso filmaciones, sea incapaz de identificar claramente a los acusados y el rol por ellos evidenciado a lo largo de esa investigación..."*

En similar sentido se había pronunciado la Sala en su resolución número 592-03. En la resolución 965-2004 la Sala indica que no debe sentar reglas específicas, porque esta materia debe resolverla el juzgador en cada caso concreto, siendo deber del juez ponderar las prerrogativas y las variables de cada caso concreto, atinentes a la etapa procesal, las posibilidades reales de defensa que la modificación permite y el equilibrio de fuerzas procesales de cara a los principios de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y buena fe al litigar. La Sala anuló el fallo en cuanto al imputado afectado y declaró la absolutoria.

(Ver en el mismo sentido las sentencias de la Sala números 841-01 y 102-2003)

Sentencia 1211-2004, dictada el 22 de octubre: El Ministerio Público incluyó un hecho nuevo en la acusación, luego de que la ofendida declaró en debate. Se trata de una causa por abusos sexuales contra persona menor de edad que no admite la figura del delito continuado. El tribunal de juicio aceptó la ampliación y condenó por los dos hechos. La Sala Tercera con buen tino anuló el fallo en cuanto a la condenatoria por ese hecho incluido en la fase de juicio.

Sentencia 984-2004, dictada el 31 de octubre: Se trata de un caso en que en la fase de debate el fiscal hace una ampliación oral de la acusación incluyendo un hecho que indica que las lajas que intentó sustraer el imputado estaban destinadas al uso de la comunidad y se modifica la calificación jurídica a tentativa de robo agravado. El juez se declara incompetente y declara la ineficacia de la audiencia preliminar y del auto de apertura a juicio y todas las resoluciones posteriores, enviando el asunto al Ministerio Público para que reformule la acusación con el resultado de una peritación. El Ministerio Público formula una segunda acusación que incluye un hecho tercero en donde dice que los bienes que se intentaron sustraer tienen gran valor histórico cultural. El nuevo juez de juicio condenó pero con base en la acusación inicial y la corrección hecha oralmente ante el anterior juez de juicio. Como vemos este caso se complicó de manera innecesaria puesto que se trató de un caso en el cual había que aplicar desde el principio el numeral 347, al tratarse de circunstancias agravantes. En este sentido la Sala declaró sin lugar la casación por estimar que no hubo perjuicio alguno para el imputado, quien nunca vio lesionado su derecho de

defensa. No obstante lo sencillo del caso, la Sala hace otras observaciones y aseveraciones que no es posible pasar por alto en el tratamiento del tema. Veamos:

a) **Modificación en la Fase Intermedia**: La Sala estima que si el artículo 317 del CPP establece un plazo de cinco días luego de formulada la acusación para objetar defectos formales y substanciales en la Etapa Intermedia, el juez penal puede pronunciarse respecto de esas objeciones, ya que tiene el deber, según el numeral 319, de resolver todas las cuestiones planteadas. El numeral 15 se aplica, según la Sala, sólo para corregir "defectos formales saneables" en las "gestiones , recursos o instancias de constitución" de los sujetos procesales, pero los numerales 177, 178 y 179 del CPP, junto con el 317 y 319 citados, permiten corregir defectos sustanciales en la acusación en la etapa intermedia.

b) **Modificación en la etapa del debate**: La acusación sí puede ser modificada, de acuerdo con el numeral 347 del CPP, para "incluir hechos nuevos que integran el delito continuado o configuran circunstancias agravantes del delito. La corrección de errores materiales o de circunstancias que no modifican esencialmente la acusación ni siquiera se consideran ampliación de la acusación..." y no se trata de saneamiento de actividad procesal defectuosa.

c) **Circunstancias que sí modifican sustancialmente la acusación**: He aquí el punto medular y más débil de esta resolución, porque luego de remitirse de manera rigurosa a las posibilidades legales para modificar la acusación en los casos ya citados (puntos a y b), tácitamente admite que no hay norma que permita modificar sustancialmente la acusación en la fase de juicio, y sin embargo sostiene que ello es posible. Dice la Sala: *"Queda por resolver el problema de los defectos de la acusación que no impliquen la inclusión de hechos nuevos configurativos de agravantes o delitos continuados, o que no sean errores materiales o circunstancias que no modifican sustancialmente la acusación."*

Es decir: el caso de acusación con defectos, que el Ministerio Público pretende subsanar fuera de los presupuestos del numeral 347 (agravantes y delitos continuados), que no son errores materiales y que son circunstancias que sí modifican la acusación. A este respecto indica erróneamente la Sala:

*"En realidad no estamos frente a un problema de etapas procesales, sino de derecho de defensa. Si la corrección de la acusación se hace dando al imputado la posibilidad de declarar y ofrecer prueba sobre los cambios de la acusación, ordenando incluso la suspensión del debate hasta por diez días para preparar la defensa, no hay razón para impedir la corrección de defectos sustanciales de la acusación en la etapa del debate."*

Desde luego que la pregunta obligada sería: ¿Si esa fuera la regla, cuál sería el sentido de la existencia de las normas que expresamente contienen los casos en que es posible la corrección de la acusación? ¿Para qué normar lo menos si se puede lo más?

En el mismo sentido que el fallo en comentario ver la resolución de la Sala Número 885-04.

Esta postura de la Sala, que en otro ámbito cultural no habría tenido mayores consecuencias,[7] puesto que lo único que realmente vino a resolver fue un caso en el cual se dio la corrección de la acusación por agravación del hecho, tuvo en nuestro país consecuencias inadmisibles. Veamos: En un caso por lesiones culposas en el cual el Ministerio Público pretendió corregir la acusación en la fase de debate, para indicar que el imputado irrespetó una señal de alto y no que se había acercado progresivamente hasta golpear la bicicleta del ofendido por detrás, el juez de juicio rechazó la solicitud, llevando a cabo el debate con la acusación original y absolvió al imputado. Entonces el Ministerio Público formuló Casación y el Tribunal resolvió declarar con lugar el recurso, anulando la totalidad de la sentencia y ordenó el reenvío. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Casación 20-2005 del 27 de enero de 2005. Para arribar a esta conclusión, estimó el tribunal que no era de aplicación por parte del juez de juicio el numeral 347 de CPP que establece la posibilidad de modificar la acusación, sino que

7 Me refiero aquí a la actitud de nuestros jueces de asumir los pronunciamientos judiciales de la Sala como si fueran ley, frente a los cuales sólo conciben un papel de sumisión. Esta superioridad jerárquica en lo jurisdiccional, que va de la mano con una justicia de rasgos escritos no es inocua desde el punto de vista de un análisis del poder como lo es el análisis de la independencia judicial. En efecto, Mirjan R. Damaska, al analizar la historia de los mecanismos de la justicia europea continental indica "*Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas. Los jueces de niveles superiores consideraron muy aceptable la disminución del espacio para la discrecionalidad: Se acostumbraron a decidir sobre la base de documentos ordenados que eliminaban matices personales o de situación que pareciesen confusos, y que pudiesen ejercer presión hacia la libertad de acción a la hora de tomar decisiones. Como decía una máxima burocrática del período quod non est in actos non est in mundo (lo que no está en un expediente no existe) El apego a las reglas también afectó las actitudes hacia los precedentes judiciales. Las decisiones de las cortes superiores, vinculantes o no, no fueron tratadas como ejemplos de cómo una situación real se había resuelto en el pasado, para poder comparar el caso sub judice con esos ejemplos de decisiones anteriores. Más bien lo que el magistrado buscaba en los "precedentes" era un pronunciamiento del poder superior según una regla, y los hechos del caso quedaban en penumbras....Montesquieu expresó perfectamente esta actitud continental "lógico legalista" respecto a los precedentes, afirmando que los juicios previos son meramente "un texto de la ley más preciso. En suma, mucho antes de la Revolución Francesa, el aparato judicial continental incorporó rasgos que he asociado con la idea jerárquica*" Damaska Mirjan R., Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Yale University, 1986 Traducción de Andrea Morales Vidal Editorial Jurídica de Chile, 2000.

se trató de una "acusación correctiva" en los términos del voto 984 –03 de la Sala Penal. Estimó el Tribunal de Casación que el criterio citado es de aplicación porque el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: *"Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley."*

De modo que habiendo sido alegado por el Ministerio Público ante el juez de juicio el precedente 984 citado, el Tribunal de Casación consideró que constituyó falta de fundamentación del juez de juicio no indicar las razones de su desaplicación, por lo cual anuló el fallo. Sin embargo, de la misma sentencia del Tribunal de Casación se desprende que el juez sí fundamentó su postura, según se deja ver en la cita literal que consta en el considerando III de la sentencia del Honorable Tribunal. No obstante, se trata de una posición asumida por el Tribunal de Casación, muy comprensible en el marco de nuestra cultura jurídica, como reacción frente al voto 984-03 de comentario, que generó una distorsión del mensaje emanado sobre cuán acusatorio queremos que sea nuestro proceso penal. Dichosamente, el Tribunal de Casación Penal con sus distintas integraciones, tiene muchos otros fallos en los cuales claramente ha indicado que si el hecho agregado es diverso del acusado, tanto temporal como espacialmente, no es procedente la ampliación de la acusación cuando esté fuera de los presupuestos del numeral 347 del CPP.

Dichosamente también, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha emitido un voto mediante el cual da cuenta de una *lectura* más acorde con los cambios legales y teóricos de nuestra disciplina jurídica, posibilitando una práctica procesal más democrática. Se trata del voto número 2005-00375, que a continuación analizo.

## VII. CONCLUSIONES Y ANÁLISIS DE UN ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE UN PROCESO PENAL ACUSATORIO POR AUDIENCIAS:

### *i. Aspectos generales:*

Si decimos que un sistema acusatorio es reflejo de un sistema político democrático, no solamente por la posibilidad de participación en la discusión o litigación activa del caso a resolver, sino también por la existencia de frenos y contrapesos en el que cada parte tiene un rol muy definido que cumplir y una responsabilidad de control sobre las actuaciones de los otros intervinientes, entenderemos que cada parte debe cumplir con sus obligaciones de manera eficiente en las oportunidades previstas para ello.

Es responsabilidad del Ministerio Público formular una acusación completa antes de la apertura a debate, a efecto de que el imputado cuente con la efectiva posibilidad de ejercer su derecho de defensa. En aquellos casos en que la ley lo permite, y no se afecta ese derecho, por la vía de excepción la modificación es posible.

No debe ser interés del tribunal solventar las deficiencias de las partes en el desempeño de su rol procesal, mucho menos si ello perjudica al imputado. El imputado y la víctima como administrados que son, tienen derecho a que se respete el proceso legal, el cual, en este modelo, está diseñado por fases o etapas que cumplen cada una distintas funciones. De modo que no resulta admisible, en las fases avanzadas del proceso, bajo el pretexto de salvar el asunto, venir a reparar errores graves en el desempeño de las partes en las fases anteriores.

Sin duda alguna, los vértices para articular el tema de la oralidad con el tema de la corrección y ampliación de las acusaciones, deben ser: el derecho de defensa, el principio de legalidad procesal, y el imputado como ser humano quien es fin y no medio.




Desde el numeral primero Constitucional sería imposible ignorar el imperativo democrático de que la acusación quede fijada en un soporte material en una fase procesal definitiva (fase intermedia), pues de lo contrario el imputado estaría siendo tratado como mero instrumento para la represión y no como sujeto del proceso, cuya participación activa y real en juicio requiere de una definición muy clara de los hechos acusados en la fase intermedia, momento procesal fijado por el legislador como aquel a partir del cual el encartado conoce con claridad los hechos concretos por los que será juzgado y a partir del cual debe preparar el debate. Ninguna norma procesal autoriza en Costa Rica, modificar los hechos de la acusación en juicio, más allá de lo permitido en los numerales 347 y 348 del CPP. Sobra decir que las interpretaciones extensivas en esta materia irían a contrapelo con la naturaleza pública del derecho penal, arrogándose el Estado facultades no permitidas por la ley, en perjuicio del administrado.

Por todo lo dicho, con base en los principios de un sistema acusatorio, en la lógica de un sistema procesal por audiencias y en el marco de un sistema democrático de derecho, no es posible justificar la ampliación de la acusación en la fase de juicio, más allá de lo permitido expresamente por la ley y lo meramente formal e insignificante para el derecho de defensa del imputado. En

este sentido, me ha parecido muy atinada la resolución número 2005-00375 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dictada a las diez horas del seis de mayo de dos mil cinco. Se trata de un caso en el cual la acusación solo decía que se había obtenido información sobre la ilicitud que se endilgó al imputado y que se procedió a realizar intervenciones telefónicas, vigilancias y seguimientos, lográndose decomisar droga, pero no se concretó las acciones que los justiciables realizaron de manera individual y que debían estar relacionados a cómo obtuvieron, transportaron y manejaron la droga. Durante el debate, ante las objeciones que presentaron de nuevo los defensores de los imputados sobre este tema, luego de leer la acusación, el representante del Ministerio Público, con la autorización del Tribunal de Juicio, procede a ***presentar una nueva acusación*** en la que se describe un cuadro fáctico totalmente distinto al que en un inició se formuló para solicitar la apertura a juicio en la causa. Sobre ello indicó la Sala:

*"...el actuar del Ministerio Público al solicitar en debate la aplicación del artículo 348 para corregir algunos errores en cuanto a las conductas que realizaron y la distribución de tareas que les correspondía a cada uno de los imputados en estos hechos (...), incluyéndose con esto los elementos configurativos del delito,* ***resulta del todo arbitraria e ilegal****. No se está ante una simple corrección de errores materiales o de inclusión de circunstancias sin relevancia para efectos de la defensa, es decir, meramente formales, como lo afirma el representante del Ministerio Público en la audiencia oral o vista celebrada en esta sede (...), sino que lo que realiza es una nueva acusación contra los justiciables... suplantándose la anterior... Se está así, no solo ante un* ***quebranto al principio de congruencia que debe existir entre lo que se acusa en un primer momento y lo que se resuelve al final en sentencia****, sino también ante* ***una evidente deslealtad procesal en el actuar de los representantes del ente acusador****, amparada por el Tribunal de Juicio, que es sorpresiva para las otras partes y que* ***los coloca en un estado de indefensión****, lo cual no se puede subsanar con la simple suspensión de debate por diez días, pues una cosa es ser informado y convocado a juicio para prepararse, pasando por las diferentes diligencias y etapas que se ocupan para ello, y otra que, ya en pleno debate, por un criterio antojadizo, arbitrario y sorpresivo del titular de la acción penal, se les informe a los interesados que el cuadro de hechos que se va a juzgar es otro y no el que habían conocido y discutido previamente."*

Estimó la Sala que tal proceder no constituye ni la ampliación de la requisitoria fiscal que se prevé en el artículo 347 de la normativa procesal penal, ni la corrección de errores o inclusión de circunstancias que se prevé en el numeral 348 de esta misma normativa, conforme se había indicado en los votos No. 965-2004 y No. 1211-2004.

***ii. Modificación de la acusación en un proceso penal por etapas***

Importante es resaltar la concepción que tiene la Sala sobre el proceso penal constituido por fases o etapas.

Bajo la perspectiva de un proceso adversarial, las fases o etapas procesales no deben su existencia a la comodidad de la administración de justicia, a la conveniencia de la investigación, o a simples criterios de organización del proceso penal. Se trata de garantías procesales, de fases que garantizan el derecho de defensa del imputado, mismo que debe practicarse de forma real y efectiva, esto es, sin festinar la naturaleza del debido proceso. La Sala Tercera en el fallo de comentario demuestra una total comprensión de esta idea, al indicar::

*"No bastaba además, como lo estimaron los Juzgadores en debate, la lectura de un nuevo cuadro fáctico, distinto al anterior (y que se presentó con la nueva solicitud de apertura a juicio que se agregó al expediente a folio 661 y siguientes),* ***era indispensable que durante la tramitación de la causa se cumpliera con todas las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico con el propósito de que se ejercieran los derechos respectivos****; entre los que se encuentra, el ser informado de la existencia de una acusación con todas las exigencias dispuestas en la ley. Estas garantías y derechos no sólo se encuentran recogidos en nuestra normativa interna, sino también en la de orden internacional, como lo es la "Convención Americana Sobre Derechos Humanos", en donde se encuentra regulación expresa al respecto. De manera específica, en el artículo 8 se establece el derecho de toda persona a ser oída,* ***con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable****, por un juez o tribunal competente, ante la sustanciación de cualquier denuncia o hecho de naturaleza penal que se presente en su contra (Art. 8.1). Asimismo, se prevé el derecho, en plena igualdad, de* ***"una comunicación previa y detallada"*** *de lo que se le acusa (Art. 8.2.b) y de una* ***"concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa"*** *(Art. 8.2.c)..."*

***iii. El proceso penal como ejercicio democrático.***

Por otra parte, celebro la visión que anuncia la Sala en este fallo, sobre el proceso penal como verdadero ejercicio democrático con distribución de funciones y controles, al indicar:

*"...se está ante un supuesto o hipótesis en donde lo que se pretende salvaguardar no es sólo un derecho constitucional, que los principales responsables o encargados del proceso negaron reconocer, sino la misma institucionalidad y legitimidad del sistema de justicia penal como pilar de un Estado Democrático de Derecho (sea de aspectos sustanciales)..."*

Y desde luego que ese Estado Democrático de Derecho exige el tener al ser humano como centro, a partir del numeral primero Constitucional. Así lo reconoce la Sala al indicar:
*" (de lo contrario)...estarían permitiendo un poder de disposición procesal inadmisible, en donde el ser humano se convierte tan sólo en un medio o instrumento más en función de dicho poder, cuando en realidad debe ser el fin u objetivo sobre el cual debe girar el proceso..."*

### *iv. Sobre los roles dentro de un sistema adversarial*

Obsérvese entonces cómo esta resolución es consecuente con la idea de un proceso adversarial o acusatorio, en el cual cada parte ejerce su rol, y no es admisible que en un ejercicio autoritario y paternalista, los jueces pretendan cohonestar una situación que afecte a un individuo con tal de justificar actuaciones estatales equivocadas. La mediocridad no es tolerable, y la conciencia sobre el ejercicio de los roles dentro de la justicia como un servicio y no como mera inquisición se hace presente en la resolución de la Sala:

*"En otras palabras, se pretende mantener y respetar un sistema en donde la desidia o inoperancia funcional de los intervinientes del proceso debe quedar en el pasado para dar entrada a los derechos y las garantías que las personas gozan, por el solo hecho de ser tales. No sobra agregar además, que esta Sala no puede prohijar este tipo de actuaciones, pues el límite entre lo subsanable o convalidable frente a lo que no lo es, conforme a la tesis que se mantuvo en la causa por parte del Tribunal prácticamente desaparece, lo que resulta a todas luces peligroso e inaceptable, pues los juzgadores en procura de* ***salvaguardar el proceso por el proceso mismo****, sin ponderar las consecuencias que ello puede acarrear...*

Incluso la Sala detalló cuál era la actuación correcta de cada interviniente procesal según su rol:
*"Consecuentemente, previo a haber trasladado la respectiva pieza acusatoria en contra de los imputados, el Ministerio Público debió de haber procedido a formularla de manera correcta y respetando las exigencias impuestas por la normativa procesal, pues el cumplimiento de este requisito constituye un paso indispensable para poder trasladar la acusación o querella al Juez de la etapa intermedia. Por su parte, el Juez de la etapa intermedia, conforme a las funciones que le competen, previo a dictar el auto de apertura a juicio respectivo, tiene el deber o la obligación de cerciorarse que efectivamente se haya cumplido con todos los trámites o requisitos exigidos por ley para solicitar que la causa se envíe a debate. Por ello, de recibir la solicitud de apertura a juicio sin que se cumpla con las formalidades y requisitos que se imponen, ya sea de oficio o a solicitud de parte (como sucedió en esta oportunidad), de inmediato lo que debe de hacer es señalar el defecto y remitir nuevamente el expediente ante el Ministerio Público para que éste corrija el defecto formal que aprecia, en tanto así lo permiten los artículos 15 y 179 de la normativa de rito. En otras palabras, previo a ordenarse la apertura a juicio y de haberse constado la existencia de un defecto formal que resultase posible sanear, lo que procedía era que la autoridad jurisdiccional de la etapa intermedia, como responsable de la legalidad procesal, ordenase al órgano requirente el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa, a fin de no causar quebranto o inobservancia alguna al debido proceso y al derecho de defensa. De no cumplirse con este proceder, e incluso de haberse ordenado la apertura a juicio, el defecto al formularse la acusación por parte del Ministerio Público se hace insubsanable, pues es imposible que el quebranto a un derecho constitucional pueda quedar subsanado (defecto sustancial); por ende, la devolución del proceso a etapas anteriores o precluidas no es procedente cuando aquél se ha producido."*

Del análisis del antecedente citado podemos extraer, que el más alto tribunal costarricense en materia penal se acerca cada vez más a la idea de un proceso marcado por los principios acusatorios, llevando sin temores y con gran independencia judicial la democratización a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Y es que el antecedente estudiado no es un caso aislado. Es una línea jurisprudencial que se muestra con vigor, y que se dejó ver muy claramente por ejemplo en aquel valioso fallo en el cual la Sala rechazó la tesis de un tribunal de juicio que había aceptado celebrar un debate por varias causas a pesar de que el imputado no había sido indagado por una de las causas en la fase correspondiente. También se mostró esta línea jurisprudencial en la reciente sentencia que anuló un pronunciamiento judicial y el juicio que le precedió por violar los principios de concentración y con él el derecho de defensa.[8]

Se esperaría que esta línea jurisprudencial que demuestra un ejercicio jurisdiccional ético, democrático e independiente, tenga efectos expansivos a lo largo y ancho del país, así como a lo largo y ancho de la gran gama de situaciones procesales que han sido abandonadas a la cultura inquisitiva. Costa Rica lo merece.

## VII. BIBLIOGRAFÍA:

ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1995.

BINDER, Alberto M., *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Editorial Jurídico Continental, San José, Costa Rica, 1999.

BOVINO, Alberto M., *Proceso Penal y Derechos Humanos:*

8 Caso del Estado contra los imputados Martínez, por el delito de Peculado.

*La Reforma de la Administración de Justicia Penal,* en Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1997.

De La Rua (Fernando) El Recurso de Casación. Buenos Aires, Editor Víctor P de Zavalía, 1968.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, El Procedimiento Preparatorio, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,* Compilación de varios autores, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, noviembre, 1996.

_____, Etapas del proceso, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,* Compilación de varios autores, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, noviembre, 1996, Reflexiones.

GRAU, Joan Vergé, *La Defensa del Imputado y El Principio Acusatorio,* J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1994.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, La Oralidad en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica, en VII Edición del Curso *Destrezas en Oralidad*, San José, Costa Rica, junio 2004.

Maier Julio, La ordenanza Procesal Penal Alemana, Alemania, fotocopias p 229. 67

MORA MORA, Luis Paulino, Los principios fundamentales que informan el Código, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Compilación de varios autores*, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, noviembre, 1996.

Revistas:

ARMENTA DEU, Teresa, El Proceso Penal: Nuevas tendencias, nuevos problemas, en *Revista de Ciencias Penales*, año 9, número 13, agosto, San José, Costa Rica, 1997.

BINDER, Alberto, Reforma de la Justicia Penal y Constitucional: del programa político al programa científico, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 11, número 16, San José, Costa Rica mayo, 1999.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en *Revista de Ciencias Penales,* Número 11, San José, Costa Rica.

MADRIGAL ZAMORA, Roberto, La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo Proceso Penal, en *Revista de Ciencias Penales*, Año 10, número 15, diciembre 1998, San José, Costa Rica.

QUIRÓS CAMACHO, Jenny, La ausencia de defensor en la recepción de testimonios por anticipo jurisdiccional, en *Revista Defensa Pública,* N.º 3, octubre, año 2003, San José, Costa Rica.

RIEGO, Cristián, Informe Comparativo: Proyecto Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina, en revista Sistemas Judiciales N.º 3, Buenos Aires.

RIEGO, Cristián y Fernando Santelices, Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina: Segundo Informe Comparativo, en *Revista Sistemas Judiciales* N° 5, Buenos Aires, 2003.

RODRÍGUEZ ANCHÍA, Leovigildo, Algunas nociones en torno a la Instrucción Penal Preparatoria, en *Revista de Ciencias Penales*, año 5, N.º 7, julio, San José, Costa Rica, 1993.

VARGAS, Juan Enrique, Organización y Funcionamiento de los Tribunales en el Nuevo Sistema Procesal Penal. En *Nuevo Proceso Penal.* Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Santiago, 2000.

Velez Mariconde (Alfredo) Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial Lerner, 2da Edición, 1969, ; T II p 221.

TESIS

QUIRÓS CAMACHO, Jenny, JOVEL SÁNCHEZ, Carlos, *La etapa preparatoria del proceso penal en Costa Rica: aplicación de los principios de justicia, oralidad e informalidad* Tesis para optar al grado de Maestría en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, San José, agosto, 2002.

QUIRÓS CAMACHO, Jenny, *Pensamiento jurídico y oralidad en los procesos judiciales.* Tesis para optar al grado de Doctora en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional, Heredia, 2005.

OTROS:

Poder Judicial, Informe Estadístico del Poder judicial, 2001.

Poder Judicial, Informe Estadístico del Poder judicial, 2002.

Poder Judicial, Informe Estadístico del Poder judicial, 2003.

Poder Judicial, Informe Estadístico del Poder judicial, 2004.

# ADOLESCENTES EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD:

## *Consumo de drogas en menores privados de libertad y transgresión de la ley penal.*

*M.Sc. Mario Alberto Sáenz Rojas*[1]
*M.Sc. Julio Bejarano Orozco*[2]
*Licda. Sandra Fonseca Chaves*[3]

Resumen

*En este artículo se analiza la problemática del consumo de drogas en adolescentes recluidos por infracción a la ley penal juvenil y su relación con aspectos como la contención familiar, la temprana edad de inicio, la generación de consumo problemático, la influencia del grupo de pares, la misma participación en hechos delictivos y otras percepciones sociales. Se destaca la imperiosa necesidad de atender esta población mediante la utilización de métodos innovadores, tales como la psicoterapia familiar y la educación para la salud centrada en las habilidades para la vida.*

**Palabras clave: Adolescentes, privados de libertad, consumo de drogas, programas de prevención, familia, Costa Rica.**

Abstract

*This article analyzes the situation of a group of youngsters involved in drug use and in conflict with the law and their relationship with topics like family contention, the early drug onset, the peer pressure, their participation in criminal acts and other social perceptions. The necessity of paying attention and taking care of this population are discussed as well as the importance of developing actions as family therapy and health education based on life skills.*

**Key words: Adolescents, prisoners, drug consumption, prevention programs, family, Costa Rica.**

### INTRODUCCIÓN

El consumo de sustancias psicoactivas en la población privada de libertad ha sido un tema de múltiple interés en el campo de la investigación sobre drogas. La misma se ha centrado fundamentalmente en personas adultas, encontrándose un grupo significativo de trabajos publicados en el área (Abarca, Molina y Sáenz, 1993; Bejarano, Sáenz y Ugalde, 1997; Martínez y Alfaro, 1989; Sáenz, 1995-1996; Sáenz, 1998; Sáenz, Bejarano, Alvarado y Briceño, 1998). Entre los principales hallazgos de varios de estos estudios, se destaca que una proporción importante de sujetos refirió una asociación entre el consumo de la droga y la comisión del hecho ilícito; no obstante, como bien se ha señalado, no se puede plantear una relación causal, lineal y unívoca.

Sin embargo, los estudios con personas menores de edad criminalizadas han sido escasos (Campos, 1996; Míguez, 1983). Ellos refieren a un momento histórico en que la legislación nacional se guiaba bajo el paradigma de la *situación irregular*, aunque la investigación respecto a estas edades en la población general y, especialmente escolarizada, es abundante en el país (Bejarano, 2001; Bejarano y San Lee, 1997; Bejarano, Sáenz y Ugalde, 1999; Bejarano y Jiménez, s. f.; Herrera y Valerio, 1977; Míguez, 1984; Míguez, Bolaños y Alfaro, 1985; Molina, Durán, Donas y Rocabado, 1999; Obando y Sáenz, 2000; Obando y Sáenz, 2001; Sáenz y Obando, 2000; Sandí, Díaz, Blanco y Murrelle, 1995; Ugalde et al., 2003).

En este sentido, es destacable recordar que se ha concebido la adolescencia

"*... como el periodo crucial del ciclo vital en que los individuos toman una nueva dirección en su desarrollo, alcanzan su madurez sexual, se apoyan en los recursos psicológicos y sociales que obtuvieron en su crecimiento previo, asumen para sí las funciones que les permiten elaborar su identidad y plantearse un proyecto de vida propio*"[4] (Krauskopf, 1998, p. 23).

---

1 Licenciado en Psicología y Máster en Criminología. Psicólogo del Ministerio de Justicia.
2 Psicólogo. Magister en Farmacodependencia. Investigador del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia.
3 Licenciada en Psicología. Investigadora del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia.
4 La cursiva es del original citado.

Ahora bien, tal como plantean Sandí et al. (1995), parafraseando a Torres de Galvis, existe evidencia de que el consumo de drogas en los y las adolescentes está asociado con diferentes conductas problema, tales como delincuencia, embarazo, conducta desadaptativa en el aula y deserción escolar, entre otras, lo cual sugiere que este tipo de comportamientos tienen relación entre sí.

En virtud de lo anterior, el presente estudio pretende analizar dicha problemática desde una perspectiva criminológica y de salud pública, visualizando su comportamiento en un periodo de un año. De tal manera, se ha planteado como finalidad de este trabajo la sensibilización de las autoridades de diversos sectores (salud, justicia, educación), así como la realimentación respecto de diversas políticas implantadas por la institución penitenciaria.

## MATERIAL Y MÉTODO

### ***Sujetos de análisis:***

La población objeto de estudio estuvo constituida por los jóvenes que ingresaron en el Centro de Formación Juvenil Zurquí del Ministerio de Justicia durante los períodos de inicio y finalización de los años 2003 y 2004. En general, el número de admisiones es bajo, puesto que en los dos años el total fue de 357 jóvenes. En este sentido, en 2003 se entrevistaron 30 sujetos en tanto que, en 2004, fueron 61. Estos valores representan un 25,5% del total citado.

### ***Instrumento:***

El instrumento aplicado es parte de la batería de cuestionarios que utiliza el Sistema Interamericano de Datos Uniformes sobre Consumo de Drogas (SIDUC) para los diferentes escenarios. El correspondiente a jóvenes con problemas judiciales consta de 54 ítemes y el tiempo promedio de aplicación es de 15 minutos por individuo.

Además de las preguntas sobre aspectos demográficos, se cuestiona sobre la condición ocupacional del sujeto, su grupo de convivencia, edad de la primera infracción, motivo de ingreso al centro y relación entre el consumo de drogas y la comisión del delito. La sección de drogas inquiere por sustancias tanto lícitas como ilícitas. Para todas se explora el consumo alguna vez, la edad de inicio, la ingestión en los últimos doce meses y treinta días; frecuencia y cantidad consumida, existencia de amistades que consumen, facilidad para conseguir drogas, autoevaluación de los conocimientos sobre drogas y exposición a actividades de prevención.

### ***Características de la población:***

En lo relativo a los datos sociodemográficos la totalidad de los sujetos son hombres. Esto resulta llamativo por varios aspectos; por ejemplo, la asociación existente entre conductas violentas y masculinidad (Miedzian, 1995), especialmente en el caso de los homicidios (Sáenz, 2004), así como la relación entre consumo de sustancias, principalmente alcohol, y el hecho de ser hombre (Bejarano y Sáenz, en prensa a, en prensa b; Cambronero y Ortega, 2003; Fromm y Maccoby, 1979), lo cual ha sido claramente establecido.

Tal como se aprecia en la tabla 1, la mayoría de los adolescentes son costarricenses, aunque merece destacarse la variación ocurrida en lo relativo al sector poblacional nicaragüense, aspecto que podría relacionarse con la migración ocurrida desde hace varios años, así como el incremento de la natalidad de dicha procedencia en el país. En cuanto a la provincia de residencia previo a su ingreso, se destaca la amplia proporción registrada por Limón, sobre todo siendo la de menor densidad poblacional, aspecto que necesariamente debe vincularse con los índices de violencia y desarrollo humano presentados en tal área geográfica, pues tal como demuestra Sáenz (2004), resulta la de mayor tasa de homicidios dolosos por cien mil habitantes.

Aunado a ello, más de cuatro quintas partes de los jóvenes contaban con edades entre los 16 y 17 años para ambas cohortes, determinándose una edad promedio para los dos grupos prácticamente igual (16,43 años en 2003 y 16,44 años en 2004).

Otro aspecto interesante es el descenso observado en el año 2004 respecto a la población que reportó encontrarse estudiando al interior del establecimiento, pues sería un indicador del escaso efecto reeducativo de la prisionalización. Asimismo, es llamativo que una amplia mayoría manifestó encontrarse laborando, lo cual, asociado con su escaso nivel educativo, permite prever su ubicación como mano de obra no calificada y, por ende, con una baja remuneración salarial. En otras palabras, son adolescentes que por razones de abandono, maltrato y pobreza, huyen de su hogar y son objeto de situaciones de violencia, drogadicción y otras condiciones de vulnerabilidad psicosocial.

Por último, en relación con la organización familiar de procedencia, destaca que en 2003 cerca de la mitad de los sujetos convivía en un grupo uniparental, mientras que en 2004 más de la mitad residía sin una figura parental, aspecto que remite a los grupos incompletos y desintegrados como una característica fundamental de las familias de los farmacodependientes (Sáenz, 2003). Esto se complementa con la proporción que refirió vivir solo y aquellos que manifestaron mantener convivencia de pareja, constituyendo su grupo familiar inmediato, situaciones que remiten al hecho de haber asumido responsabilidades adultas en un periodo en que aún no han alcanzado la plena madurez emocional.

Tabla 1
Características sociodemográficas de los jóvenes con problemas judiciales del Centro de Formación Juvenil Zurquí: 2003-2004

| VARIABLE | 2003 (n= 30) | | 2004 (n= 61) | |
|---|---|---|---|---|
| | Absolutos | Relativos | Absolutos | Relativos |
| **Nacionalidad** | | | | |
| - Costarricense | 25 | 83,3 | 48 | 78,7 |
| - Nicaragüense | 3 | 10,0 | 12 | 19,7 |
| - Panameña | 2 | 6,7 | 1 | 1,6 |
| **Procedencia** | | | | |
| - San José | 3 | 10,0 | 14 | 23,0 |
| - Alajuela | 7 | 23,3 | 16 | 26,2 |
| - Cartago | 4 | 13,3 | 7 | 11,5 |
| - Heredia | 3 | 10,0 | --- | --- |
| - Guanacaste | 2 | 6,7 | 6 | 9,8 |
| - Puntarenas | 1 | 3,4 | 8 | 13,1 |
| - Limón | 10 | 33,3 | 10 | 16,4 |
| **Edad** | | | | |
| - 14 años | --- | --- | 1 | 1,6 |
| - 15 años | 5 | 16,7 | 8 | 13,1 |
| - 16 años | 7 | 23,3 | 16 | 26,2 |
| - 17 años | 18 | 60,0 | 36 | 59,1 |
| **Estudia** | | | | |
| - Sí | 28 | 93,3 | 40 | 65,6 |
| - No | 2 | 6,7 | 21 | 34,4 |
| **Nivel educativo** | | | | |
| - 1 ciclo | 10 | 33,4 | 12 | 19,7 |
| - 2 ciclo | 9 | 30,0 | 48 | 78,7 |
| - 3 ciclo | 11 | 36,6 | 1 | 1,6 |
| **Condición laboral** | | | | |
| - No trabajaba | 11 | 36,7 | 27 | 44,2 |
| - En la calle | 4 | 13,3 | 2 | 3,3 |
| - En empresa | 10 | 33,3 | 7 | 11,5 |
| - Otro | 5 | 16,7 | 25 | 41,0 |
| **Con quién vivía*** | | | | |
| - Padre | 5 | 16,7 | 9 | 14,8 |
| - Madre | 21 | 70,0 | 27 | 44,3 |
| - Madrastra | 1 | 3,3 | 2 | 3,3 |
| - Padrastro | 2 | 6,7 | 5 | 8,2 |
| - Novia | 1 | 3,3 | 1 | 1,6 |
| - Esposa | 4 | 13,3 | 8 | 13,1 |
| - Otro familiar | 17 | 56,7 | 35 | 57,4 |
| - Amigo | --- | --- | 5 | 8,2 |
| - Solo | 3 | 10,0 | 9 | 14,8 |

Nota: * Respuesta múltiple.
— No se registró información en este año.

Por otra parte, en la tabla 2, se aprecia que para ambas cohortes más de la mitad de los sujetos se encontraba indiciada; o sea, sin que sobre ellos haya recaído sentencia judicial firme, aspecto que necesariamente remite al planteamiento del uso excesivo de la prisión preventiva por parte de las autoridades judiciales, la cual, según la legislación penal costarricense, ha de ser una medida de excepción[5] (Hidalgo, 1996), así como al fenómeno de los presos sin condena, tan significativo en América Latina y, particularmente en Costa Rica (Chinchilla y García, 2003).

Tabla 2
Características criminológicas de los jóvenes con problemas judiciales del Centro de Formación Juvenil Zurquí: 2003-2004

| VARIABLE | 2003 (n= 30) | | 2004 (n= 61) | |
|---|---|---|---|---|
| | Absolutos | Relativos | Absolutos | Relativos |
| **Condición jurídica** | | | | |
| - Indiciado | 17 | 56,7 | 38 | 62,3 |
| - Sentenciado | 13 | 43,3 | 23 | 37,7 |
| **Motivo de ingreso*** | | | | |
| - Propiedad | 18 | 60,0 | 30 | 49,2 |
| - Vida | 11 | 36,7 | 16 | 26,2 |
| - Sexual | 3 | 10,0 | 13 | 21,3 |
| - Tráfico** | 3 | 10,0 | 5 | 8,2 |
| **Edad 1er ingreso** | | | | |
| - Menos de 15 | 4 | 13,3 | 11 | 18,0 |
| - De 15 a 17 | 26 | 86,7 | 50 | 82,0 |
| **Edad 1er delito** | | | | |
| - Menos de 12 | 5 | 16,7 | 15 | 24,6 |
| - De 12 a 14 | 8 | 26,6 | 11 | 18,0 |
| - 17 años | 17 | 56,7 | 35 | 57,4 |

Nota: * Respuesta múltiple.
** Se refiere a delitos relacionados con el tráfico de drogas, contemplados en la Ley N° 8204 de 26 de diciembre de 2001 "***Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas***" (artículo 58 y siguientes).

En lo relativo a la infracción penal que motivó el ingreso, para ambos periodos los delitos contra la propiedad ocuparon el primer lugar, lo cual es concordante con lo sucedido en población penal adulta masculina; este tipo de acción ilícita ha sido asociada con el incremento de la proporción de hogares pobres y la disminución de la capacidad de consumo (Barreto y Álvarez, 1987; Carranza, 1994; Carranza y Solana, 1997) por lo que esta situación podría interpretarse, aunque de manera parcial, como una penalización de la pobreza. Aunado a ello, destaca el ascenso en 2004 de los delitos sexuales y la disminución de aquellos cometidos contra la vida. Valga destacar que algunos sujetos registraron más de un delito. Los que aparecen mencionados simultáneamente son aquellos contra la propiedad en conjunción con delitos contra la vida y delitos sexuales.

Llama la atención que el promedio de edad para la comisión de la primera infracción se encuentra en menos de 14 años (13,93 años en 2003 y 13,85 años en 2004), lo cual denota que el comportamiento delictivo empieza a aparecer en un periodo de la vida en que aún existe una relación de dependencia con el grupo familiar, y lleva a cuestionarse el papel socializador de la familia, así como su función de contención normativa.

En relación directa con lo anterior, la edad promedio de primer ingreso a un centro penal fue de 15,5 años en 2003 y 15,46 años en 2004, situación que refuerza el planteamiento precedente, pues la inacción familiar llegó a tal punto que no sólo permitió la iniciación del comportamiento ilícito, sino que, además, no logró evitar la institucionalización del adolescente. Los vínculos que el

5 "***Código Procesal Penal***" (artículos 238 a 243).

joven presenta con su familia se ven progresivamente deteriorados y debilitados por las situaciones de pobreza y las consecuentes limitaciones en su seguridad emocional. La familia de estos menores no cumple una función de contención adecuada, por lo que se dificulta su identificación con figuras estables y se obstaculiza una adecuada integración del yo, lo cual trae como consecuencia una baja autoestima, ansiedades, pérdidas y conductas destructivas.

## RESULTADOS

### *Niveles de consumo y edad de inicio:*

Los niveles de prevalencia de consumo de sustancias, tanto lícitas como ilícitas, son sumamente elevados (ver tabla 3) y superan significativamente los reportados para la población general en la última encuesta nacional (Bejarano y Ugalde, 2003) y los registrados para otras poblaciones jóvenes (Bejarano, Ugalde y Morales, 2005). Si bien se observan caídas sustanciales en el consumo activo para ambos años del estudio, lo cual podría deberse a la institucionalización penitenciaria del menor, también resulta interesante que, a pesar de ésta, el consumo continúe, aspecto que da cuenta de la problemática del tráfico de drogas en el interior de las prisiones.

Llama la atención que, entre quienes reportaron haber consumido tabaco en el último mes, cerca de la mitad (44,4%) indicó consumir diariamente entre 11 y 20 cigarrillos. Este patrón ha de considerarse de importancia epidemiológica, sobre todo por su asociación con ciertas patologías crónicas y el riesgo de una mortalidad temprana (Bejarano y Blanco, 1995).

Respecto a la comparación con otros sectores de población privada de libertad adulta, se aprecian proporciones de consumidores similares e inclusive superiores, situación que evidencia la severa problemática sanitaria de la franja de edad en estudio, pues su promedio la ubica en los inicios de la adolescencia, siendo que, como bien se ha establecido (Sandí et al., 1995), a más temprana iniciación en la ingesta de sustancias, mayor es la probabilidad de un consumo intenso y de participar en actividades ilegales.

Tabla 3
Consumo de drogas en menores privados de libertad, por tipo de sustancia, según año y tipo de prevalencia: 2003-2004

| *Drogas* | *2003* | | | *2004* | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Vida | Año | Mes | Vida | Año | Mes |
| Tabaco | 90,0 | 70,0 | 30,0 | 86,9 | 68,9 | 23,0 |
| Alcohol | 93,3 | 53,3 | 13,3 | 77,0 | 50,8 | 9,8 |
| Tranquilizantes | 13,3 | 10,0 | 10,0 | 4,9 | 1,6 | 1,6 |
| Inhalables | 16,7 | 13,3 | --- | 19,7 | 4,9 | --- |
| Marihuana | 83,3 | 66,7 | 26,7 | 75,4 | 57,4 | 14,8 |
| Cocaína | 46,7 | 40,0 | 6,7 | 41,0 | 21,3 | 6,6 |
| "Crack" | 46,7 | 33,3 | 13,3 | 63,9 | 49,2 | 11,5 |
| Alucinógenos | 20,0 | 16,7 | 3,3 | 16,4 | 4,9 | 1,6 |
| Éxtasis | 6,7 | 6,7 | --- | 3,3 | 1,6 | --- |
| Heroína | 6,7 | 6,7 | 3,3 | 4,9 | 4,9 | 1,6 |

Notas: — No se registró información.

La prevalencia de vida designa la proporción de todas aquellas personas que hayan consumido alguna vez en la vida; la prevalencia de último año (consumo reciente) se refiere a la proporción de personas que han consumido hace menos de un año, y la prevalencia de último mes (consumo activo) se refiere a la proporción de sujetos que han consumido durante el último mes.

Retrospectivamente, en la década de 1980 se determinó en este sector poblacional un mayor consumo de sustancias inhalables (cemento o pegamento) y marihuana (Míguez, 1983); mientras tanto, en la década siguiente, alrededor de dos terceras partes de los menores privados de libertad indicaron como droga de preferencia el "crack" (Campos, 1996), la cual resultó en el presente estudio la segunda de mayor consumo en la vida y en consumo activo para ambos años, ocupando la marihuana el primer lugar en todos los tipos de prevalencia.

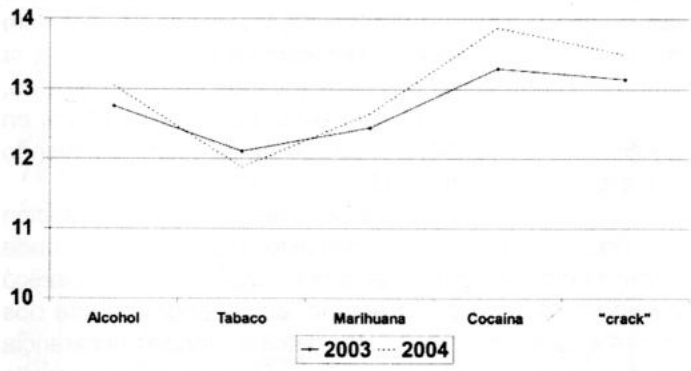
Por último, cabe resaltar el consumo de metaanfetaminas (éxtasis) y de heroína, debido a que no han sido informadas en la población general (Jiménez y Bejarano, 1991; Bejarano, Carvajal y San Lee, 1996; Bejarano y Ugalde, 2003) y en adultos privados de libertad ha sido sensiblemente inferior (Bejarano, Sáenz y Ugalde, 1997). Debe ser de preocupación sanitaria este reporte por dos razones fundamentales, a saber: los niveles de dependencia generados por estas sustancias y la vía de administración utilizada, particularmente en el caso de la heroína, por su relación con la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana y de la hepatitis B.

En la figura 1 se puede observar que para los años considerados en este estudio, las edades promedio de inicio son inferiores a los 15 años, percibiéndose una ruta de comienzo temprano con el tabaco, prosiguiendo con el alcohol, y luego las demás sustancias. En este sentido, Sandí et al. (1995) plantearon que se ha determinado que el comienzo antes de los 15 años es un fuerte predictor de un consumo problemático con posterioridad; lo anterior pone en evidencia la vulnerabilidad a la que está expuesto este sector poblacional, puesto que, en el caso del tabaco y de las bebidas alcohólicas, la legislación costarricense prohíbe su expendio a personas menores de edad[6]. Esto de alguna manera sugiere una carencia de control parental o la propia facilitación social del consumo en el contexto familiar, aspectos establecido por Sáenz y Obando (2000) en relación con el consumo de los padres/hermanos y su asociación con el consumo de los hijos escolarizados, así como con la experiencia de haber recibido la oferta de la sustancia en su propia casa u otro contexto familiar y el consumo de los niños.

6 Ley N° 7501 de 5 de mayo de 1995, "***Ley de Regulación del Fumado***" (artículo 4) y Ley N° 7633 de 21 de octubre de 1996, "***Ley de Regulación de Horarios de Funcionamiento de Expendios de Bebidas Alcohólicas***" (artículo 1).

Por otra parte, la edad promedio de inicio respecto de las drogas ilegales se presentó en todos los casos antes de los 15 años, tanto en 2003 como en 2004 (ver figura 1), resaltándose la escasa efectividad de las figuras de autoridad en cuanto a la generación de conductas desviadas por parte de los jóvenes, quienes ante tal carencia no han logrado internalizar la ley y la prohibición (Kalina, 1987).

Figura 1
Edad promedio de primer consumo de drogas lícitas e ilícitas
2003-2004
(*Valores en años de edad*)




Las edades de inicio de consumo de éxtasis y heroína, en los pocos casos que lo refirieron, son semejantes a las indicadas para las drogas ilegales. Un aspecto de interés en cuanto a estas edades promedio es que no existen diferencias significativas en el comienzo de tabaco y de marihuana, lo cual anticipa el involucramiento temprano con otras sustancias.

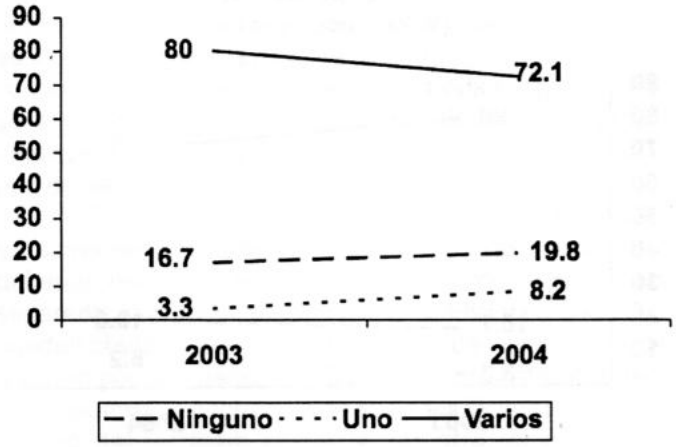
Respecto del funcionamiento familiar, Sáenz (2003) ha desarrollado el planteamiento de diversos problemas referentes a la dinámica familiar en casos de adolescentes farmacodependientes, destacando que generalmente existe una actitud permisiva de los padres hacia las drogas (aunque no necesariamente consciente); se presentan prácticas parentales débiles e inconsistentes, asociadas con el manejo de la autoridad y los límites; resulta común el consumo de sustancias por parte de los progenitores; existen pobres vínculos afectivos en el nivel paterno-filial y, por último, se trata de jóvenes criados en grupos familiares muy conflictivos.

Aunado a ello, Campos (1996) estableció para este tipo de población, un significativo factor de riesgo, que los problemas en el hogar, entendidos como una mala relación con los progenitores, conllevaban al abandono emocional y, consecuentemente, a la salida del joven de su hogar, aspecto que se asocia marcadamente con la curiosidad por el consumo, lo cual tiene una alta correlación con el trato con otros jóvenes consumidores. Por otra parte, una investigación etnopsicoanalítica con menores privados de libertad (Rodríguez y Rojas, 1997) señaló la existencia de un vínculo ambivalente con la madre, entre la omnipotencia/omnipresencia que se le atribuye y el enojo/dolor, producto de que ella no responde a la demanda de incondicionalidad que se le hace; mientras tanto, con la figura paterna se presenta una intensa y violenta rivalidad, manifestándose ese enfrentamiento violento por medio de la transgresión, la crítica y la rebelión del joven.

***Consumo de sustancias, tráfico de drogas y acto ilícito:***

Si bien no se puede establecer una asociación causa-efecto entre el consumo de drogas y sus consecuencias con la ocurrencia de comportamientos delictivos, se ha planteado que son el vehículo de condiciones latentes hacia la acción delictiva (Bejarano y Carvajal, 1993; Neuman, 1984), aunado a que, según se aprecia en la figura 2, existen indicadores para el diagnóstico del abuso de sustancias, como son los problemas legales repetidos relacionados con ésta (American Psychiatric Association, 1997). Lo anterior pone de manifiesto que se trata de un sector poblacional sensible ante este fenómeno, el cual probablemente ha generado un conjunto de criterios clínicos asociados con una situación problemática desde una perspectiva de salud pública.

Figura 2
Distribución porcentual de la población estudiada, según si la infracción
fue cometida bajo efectos de alguna sustancia:
2003-2004
(*Valores porcentuales*)




Asimismo, se destaca el efecto inhibidor de algunas sustancias sobre los sistemas inhibidores de la formación reticular que controlan la actividad cortical (Lorenzo, Ladero, Leza y Lizoasain, 1998). Esto podría explicar, aunque parcialmente, la actuación violenta o desviada de las normas sociales, ante una inadecuada acción del sistema nervioso central, especialmente por la presencia en sangre de niveles de alcohol, cocaína y "crack".

En este sentido, llama la atención la similitud de proporciones con la población penal adulta masculina, pues Sáenz et al. (1998) determinaron que un 43,8% de los privados de libertad ubicados en un régimen de custodia

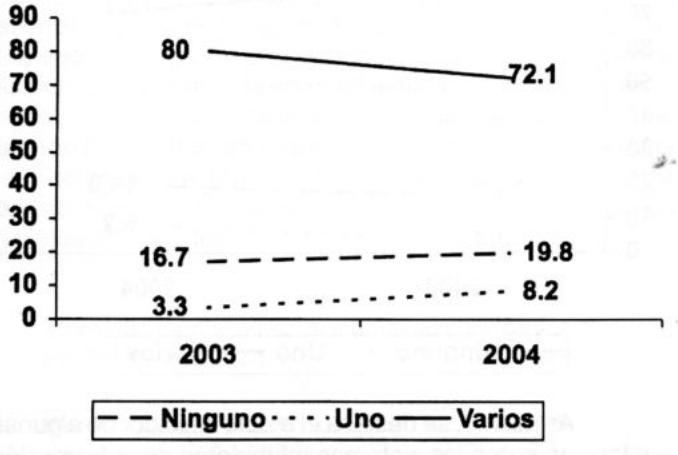
semi-abierto cometió el delito bajo los efectos de alguna droga, mientras que sólo un 25,5% lo hizo para obtenerla.

***Percepciones:***

Una abrumadora mayoría de los sujetos de investigación considera que varios de sus amigos consumen bebidas alcohólicas de manera excesiva (68,6% en 2003 y 80% en 2004), aspecto que sugiere la influencia del grupo de pares en este periodo de la vida y a la posibilidad de que este factor sea desencadenante de conductas desviadas; en este sentido, Sandí et al. (1995) señalan que se ha determinado que el peso de este factor es aún más fuerte que el de consumo por parte de los padres.

En la figura 3 se observa, al igual que en el caso anterior, que una amplia mayoría de la muestra estudiada reporta que varios de sus amigos consumen drogas ilegales, aunque se evidencia una mayor cantidad respecto de la ingesta excesiva de alcohol. Esta situación permite plantear nuevamente el tema de la influencia del grupo de pares y, tal como lo han referido Sandí et al. (1995), la relación con este es más potente como factor de riesgo para el consumo de drogas en general que para el de alcohol.

Figura 3
Distribución porcentual de la población estudiada, según su criterio sobre
la cantidad de amigos que consumen drogas ilícitas:
2003-2004
(*Valores porcentuales*)



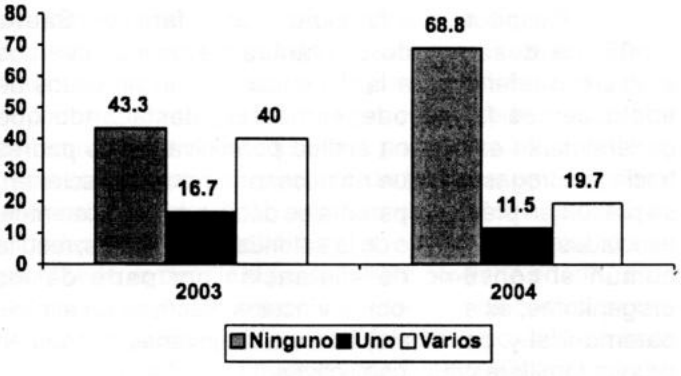

***Atención y prevención del consumo de drogas:***

En torno a la proporción de jóvenes que ha recibido información sobre las consecuencias de las drogas, en 2004 más de la mitad de la población manifestó encontrarse bien informada (52,5%), registrando un ascenso en comparación con el año anterior. Este elemento es de interés, puesto que según Sáenz y Obando (2000), con menores escolarizados se presentó una relación estadísticamente significativa entre ***no consumir*** drogas y los daños causados a la salud como motivo señalado; en este sentido, la información ha de ser entendida como un instrumento que le permite al joven enfrentar con mejores recursos los desafíos de la vida. De esta manera, los programas preventivos no pueden reducirse exclusivamente a brindar contenidos informativos sobre los efectos de las drogas, los cuales podrían asumir un carácter intimidatorio; por el contrario, deberían dirigirse a la búsqueda del desarrollo óptimo de las personas (Sáenz, 2001).

El tema del grupo de pares nuevamente aparece con valores significativos en relación con las fuentes que poseen los adolescentes para obtener información sobre las drogas (54,1% en 2003 y 53,4% en 2004). En este punto, resulta pertinente cuestionarse la veracidad de la información brindada por otros jóvenes pero, sobre todo, la escasa presencia de las figuras parentales (14,7% en 2003 y 13,3% en 2004) u otras del mundo adulto asumiendo ese papel (13,1% en 2003 y 20% en 2004).

Otro elemento interesante se refiere a la prevención de la farmacodependencia con estos adolescentes, donde como muestra la figura 4, en ambos casos la mayoría indicó no haber recibido curso alguno, alcanzando más de dos terceras partes en 2004. Estos datos evidencian la carencia relativa de acciones preventivas dirigidas a este sector y la urgente necesidad de promoverlas como parte de una política estatal.

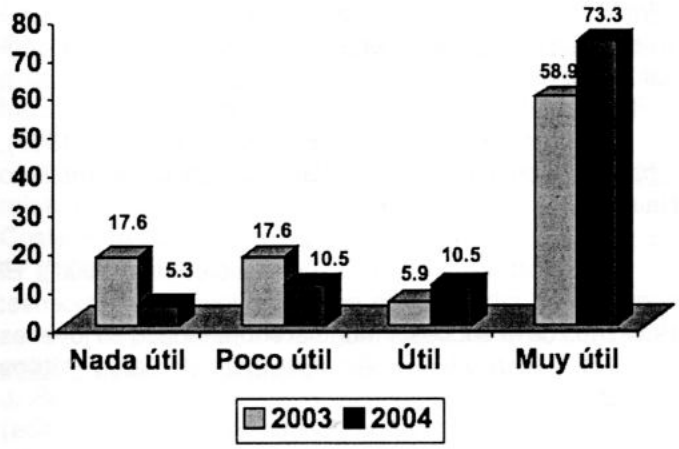
Figura 4
Distribución de la población estudiada, según si ha recibido cursos
de prevención sobre el consumo de drogas:
2003-2004
(*Valores porcentuales*)




En la figura 5 se indica que la mayoría de la población que ha participado en cursos de prevención considera los mismos como útiles o muy útiles (64,8% en 2003 y 84,2% en 2004). Estos calificativos podrían indicar la pertinencia de las acciones preventivas desarrolladas y por las cuales han pasado un grupo mínimo de adolescentes privados de libertad. No obstante lo anterior, según se observa en la figura 6, la proporción entre

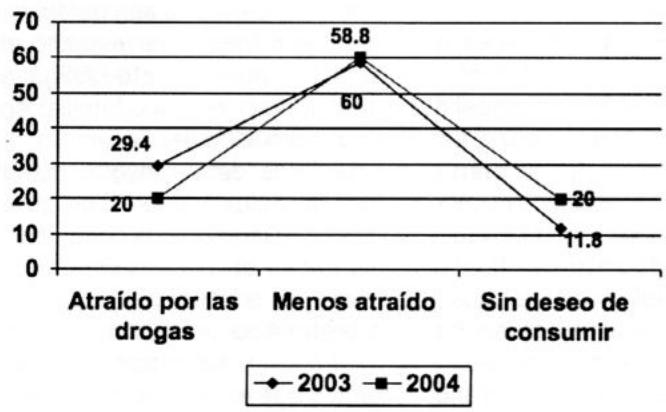
quienes manifestaron sentirse igualmente atraídos por las drogas y quienes refirieron sentirse igual aunque menos atraídos, alcanzó cifras marcadamente elevadas (88,2% en 2003 y 80% en 2004); esto podría indicar que la calificación positiva de los cursos obedecería al denominado fenómeno de "deseabilidad social", el cual indica que la persona tiende a responder según supone que se espera de ella y, además, expresar que los contenidos informativos no son suficientes para prevenir un fenómeno de tales magnitudes como el aquí estudiado.

Figura 5
Distribución de la población estudiada, según la calificación de los cursos de prevención recibidos:
2003-2004
(*Valores porcentuales*)




Por otra parte, alrededor de un tercio de las dos muestras ha requerido de ayuda para enfrentar su problemática de farmacodependencia (40% en 2003 y 32,8% en 2004). En comparación con los privados de libertad adultos, en 1996 se encontró que la proporción de quienes habían recibido algún tipo de tratamiento debido al consumo de alcohol fue de un 17,2% en el Centro de Atención Institucional de San José, mientras que en el Centro de Atención Institucional de Limón no superó el 5%; en el caso del tratamiento por consumo de drogas los niveles se establecieron en 11,5% y 7,8% respectivamente (Bejarano, Sáenz y Ugalde, 1997). Lo anterior podría coincidir con uno de los criterios diagnósticos para la dependencia de sustancias, el cual alude a un deseo persistente o esfuerzos infructuosos por disminuir, controlar o descontinuar el uso de la sustancia (American Psychiatric Association, 1997).

Figura 6
Distribución porcentual de la población estudiada, según el criterio
con respecto al efecto de las acciones preventivas:
2003-2004




## DISCUSIÓN

Por tratarse de una muestra pequeña, los datos deben examinarse con la debida cautela. De esta manera, no es posible establecer generalizaciones ni asociaciones estadísticas entre las diferentes variables, así como tampoco comparaciones entre ambas cohortes; sin embargo, si permite visualizar tendencias respecto a este grupo específico.

El consumo de drogas tiene, en este sector poblacional, un importante significado, que requiere exploraciones adicionales. La asociación entre los efectos del consumo y la ocurrencia de infracciones a la ley penal es un elemento interesante que integra dos tipos de conducta desviada en un periodo de la vida en que el sujeto se encuentra en el proceso de definición de su propia identidad y de un proyecto de vida, aspectos que remiten a una doble condición de vulnerabilidad psicosocial.

Tanto la ingesta de sustancias lícitas como ilícitas es sumamente elevada y las acciones de intervención deberían comprender ambos tipos de drogas de manera separada; lo anterior aunado a dos condiciones que no se pueden obviar y que rebasan el ámbito de la salud pública, a saber: por una parte, la asociación entre estos patrones de consumo y la ocurrencia de acciones ilícitas propias del campo del derecho penal, y por otra, el papel que desempeñan las drogas en los sistemas de privación de libertad. En este último caso, se ha insistido en que la función que la droga podría cumplir dentro de la dinámica de un centro penal es variada; no obstante, se citan: el reforzamiento de la conducta de retirada, fantasía y fuga de la realidad; la evasión psicológica; la modalidad inconsciente de autoagresión; la forma de agredir a la autoridad, en tanto burla sus prohibiciones; o bien, la búsqueda deliberada del arrojo y la excitación (Irurzun, 1968).

Adicionalmente, el tema de la influencia del grupo de pares sobre la conducta desviada es de sumo interés, sobre todo por la doble vulnerabilidad del sector poblacional en estudio (consumo-abuso de drogas y delincuencia). No obstante, según indica Sáenz (2003), diversos estudios apuntan a que si los vínculos intrafamiliares son estables, el grupo de pares no tiene mayor influencia respecto al consumo de drogas. Necesariamente esto obliga a cuestionar el papel desempeñado por el grupo familiar en su rol de crianza, autoridad y promoción del desarrollo integral de las personas menores de edad que de él dependen. En concordancia con estos aspectos, surge la necesidad de invitar a la investigación sobre la cohesión y adaptabilidad familiares en casos de adolescentes con problemas de consumo de drogas e infracciones a la ley penal, tal como ha sido planteado anteriormente en términos generales (Sáenz, 2003), y su relación con las representaciones inconscientes que estos jóvenes poseen respecto de sus figuras primarias, además de incorporar la psicoterapia familiar como parte de la modalidad de atención con estos jóvenes. Se evidencia, por tanto, la necesidad de búsqueda de soluciones concretas y realistas, no sólo a los problemas de drogadicción sino a las necesidades socioafectivas y económicas que permitan a esos adolescentes el fortalecimiento de su proyecto de vida y la intervención sobre los factores que inciden en el consumo de drogas, como la dificultad de poner límites, la baja autoestima, la desintegración familiar, la violencia, etc.

En el ámbito de las estrategias de intervención, resulta imperativo el desarrollo de una eficiente coordinación interinstitucional que convoque a entidades como el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Salud, el Patronato Nacional de la Infancia y Organizaciones No Gubernamentales, entre otras, para que en relación con el Ministerio de Justicia se potencien los efectos de las acciones.

Por tratarse de individuos jóvenes, cabe considerar la implantación de proyectos de prevención que no se han probado en el ámbito penitenciario antes, tales como las estrategias de habilidades para la vida y educación para la salud, adaptadas a esta población, o aquellas que desde la vasta experiencia en el interior del sistema penitenciario pudieran desarrollarse, siempre en apego al respeto de los derechos fundamentales de los menores privados de libertad y a un enfoque integral en la constitución de la subjetividad.

Por último, cabe mencionar que la legislación costarricense cuenta con un instrumento que contempla el principio educativo para la reinserción del joven en la familia y la comunidad, lo cual está relacionado con su desarrollo integral[7]. Esto es importante por cuanto también establece una serie de medidas alrededor de la desintoxicación por abuso de sustancias, las cuales incluyen opciones de reinserción igualmente ventajosas y con mayores posibilidades de integración para el adolescente[8].

## BIBLIOGRAFÍA


Abarca Morales, G.; Molina Brenes, M. A. y Sáenz Rojas, M. A. (1993). El fenómeno de la farmacodependencia en el Sistema Penitenciario Costarricense. *Prevención* (3): 40-47.

American Psychiatric Association (1997). *DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Traducción de Tomás de Flores, Juan Masana, José Toro, Josep Treserra y Claudi Udina. México D. F.: Editorial Masson.

Barreto Rangel, G. y Álvarez Gómez, A. J. (1987). *Crisis económica y criminalidad*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Bejarano Orozco, J. (julio-diciembre, 2001). El consumo de tabaco en la población joven costarricense: Hallazgos de la encuesta mundial sobre tabaco en jóvenes (G.Y.T.S., 1999). *Revista Costarricense de Salud Pública* (18-19): 19-25.

Bejarano Orozco, J. y Carvajal Morera, H. (junio, 1993). Abuso de drogas y conducta delictiva. *Revista de Ciencias Sociales* (60): 51-62.

Bejarano Orozco, J.; Amador Muñoz, G.. y Vargas Jiménez, A. L. (1994). *Consumo de drogas y percepciones de riesgo en el estudiante costarricense de 10° y 11° años 1993*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).

Bejarano Orozco, J. y Blanco Lizano, H. (1995). *Tabaco, publicidad y salud: Desafíos en la década de los años 90*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).

Bejarano Orozco, J.; Carvajal Morera, H. y San Lee Chacón, L. (1996). *Consumo de drogas en Costa Rica: Resultados de la encuesta nacional de 1995*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).


7 Ley N° 7576 de 30 de abril de 1996, "***Ley de Justicia Penal Juvenil***" (artículos 7 y 121 a 132).

8 Artículo 121, inciso b 7) de la citada ley. No obstante, cabe señalar que en el Transitorio II de la misma se estableció un lapso de seis meses como máximo para la creación de la institución pública especializada en el tratamiento para la desintoxicación de menores con problemas de adicción a drogas y se ordenó al Ministerio de Hacienda tomar las previsiones necesarias desde el punto de vista presupuestario para cumplir con tal cometido; a pesar de que la ley fue publicada en el Diario Oficial "La Gaceta" N° 82 de 30 de abril de 1996, más de nueve años después dicho centro especializado aún no ha sido creado, aspecto que revela una gran debilidad de la legislación vigente.

Bejarano Orozco, J.; Sáenz Rojas, M. A. y Ugalde Montero, F. (1997). *Consumo de drogas en sitios centinela: Costa Rica, 1996 (Quinta Ronda)*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA) - Organización de Estados Americanos (OEA).

Bejarano Orozco, J. y San Lee Chacón, L. (diciembre, 1997). El fenómeno social de la droga en la juventud costarricense. *Revista Costarricense de Psicología* (28): 9-24.

Bejarano Orozco, J.; Sáenz Rojas, M. A. y Ugalde Montero, F. (julio, 1999). Tabaco y recreación en adolescentes escolarizados de Centroamérica, Panamá y República Dominicana. *Revista Costarricense de Salud Pública* (14): 1-8.

Bejarano Orozco, J. y Ugalde Montero, F. (2003). *Consumo de drogas en Costa Rica: resultados de la encuesta nacional 2000-2001*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).

Bejarano Orozco, J.; Ugalde Montero, F. y Morales, D. (2005). Evaluación de un programa escolar en Costa Rica basado en habilidades para vivir. *Adicciones*, 17 (1): 71-80.

Bejarano Orozco, J. y Jiménez Martén, F. (s. f.). El consumo de drogas en el adolescente costarricense. En: J. Rodríguez; F. Morera; H. Fallas; C. Garita y A. Solano (editores). *Adolescencia y Salud* (3ª antología) (p. p. 130-140). San José, Costa Rica: Programa de Atención Integral al Adolescente, Caja Costarricense de Seguro Social.

Bejarano Orozco, J. y Sáenz Rojas, M. A. (en prensa a). Consumo de drogas en personas costarricenses mayores de 60 años: Estudio de tres cohortes. *Adicciones* (aprobado para su publicación).

Bejarano Orozco, J. y Sáenz Rojas, M. A. (en prensa b). Trauma y consumo de drogas en salas de emergencias de hospitales generales costarricenses: 1998-2002. *Revista Peruana de Drogodependencias* (aprobado para su publicación).

Cambronero Corrales, K. y Ortega Bonilla, M. A. (2003). *Masculinidad, actitudes machistas y alcoholismo: Un estudio de casos*. San José, Costa Rica: Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Psicología, Facultad de Psicología, Universidad Centroamericana de Ciencias Sociales.

Campos Chaves, M. (setiembre-diciembre, 1996). Drogadicción y minoridad infractora: Un problema de salud pública. *Revista de Ciencias Sociales* (73-74): 49-55.

Carranza, E. (1994). *Criminalidad: ¿prevención o promoción?* San José:, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia.

Carranza, E. y Solana, E. (1997). Seguridad frente al delito en Costa Rica: Estado de la Nación, 1996. En: C. Sánchez (compiladora). *Sistemas penales y derechos humanos*. San José, Costa Rica: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ).

Chinchilla Calderón, R. y García Aguilar, R. (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Fromm, E. y Maccoby, M. (1979). *Sociopsicoanálisis del campesino mexicano* (2ª reimpresión). Traducción de Claudia Dunning. México D. F.: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Herrera, M. y Valerio, E. (1977). *Investigación sobre alcohol y alcoholismo. III Ciclo y Enseñanza Diversificada*. San José, Costa Rica: Instituto Nacional sobre Alcoholismo (INSA).

Hidalgo Murillo, J. D. (1996). *La aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Irurzun, V. J. (1968). Aspectos sociológicos. En: E. Neuman y V. J. Irurzun (1990). *La sociedad carcelaria* (3ª edición) (p. p. 89-136). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Jiménez Martén, F. y Bejarano Orozco, J. (1991). *Estudio Nacional sobre consumo de alcohol y drogas ilícitas (1990)*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).

Kalina, E. (1987). *Temas de drogadicción*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Nueva Visión.

Krauskopf Roger, D. (1998). *Adolescencia y educación* (5ª reimpresión de la 2ª edición). San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia.

Lorenzo, P.; Ladero, J. M.; Leza, J. C. y Lizasoain, I. (1998). *Drogodependencias*. Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

Martínez Lanz, P. y Alfaro Serdio, A. L. (1989). *Detenciones y drogas: Estudio en población penal adulta femenina*. San José, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA).

Miedzian, M. (1995). *Chicos son, hombres serán: Como romper los lazos entre masculinidad y violencia*. Traducción de Miguel Martínez. Madrid, España: horas y HORAS la editorial.

Míguez, H. A. (1983). *Detenciones y drogas*. San José, Costa Rica: Instituto Nacional sobre Alcoholismo (INSA).

Míguez, H. A. (1984). *Estudio de menores inhalantes en una comunidad marginal*. San José, Costa Rica: Instituto Nacional sobre Alcoholismo (INSA).

Míguez, H. A.; Bolaños, D. y Alfaro, A. L. (1985). *Actitud del estudiante hacia el alcohol y las drogas. Perfil urbano-rural*. San José, Costa Rica: Instituto Nacional sobre Alcoholismo (INSA).

Molina, M.; Durán, W.; Donas, S. y Rocabado, F. (1999). *Conductas de riesgo en adolescentes de 12 a 19 años en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Ediciones Perro Azul.

Neuman, E. (1984). *Droga y criminología*. México D. F.: Siglo XXI editores.

Obando Solano, P. y Sáenz Rojas, M. A. (marzo, 2000). Percepción, consumo y factores asociados con el fenómeno droga en población escolar de Heredia, Costa Rica. *Adicciones* 12 (1): 127-135.

Obando Solano, P. y Sáenz Rojas, M. A. (diciembre, 2001). El fenómeno droga en población escolar de la provincia de San José: Tibás, 2000. *Revista de Ciencias Sociales* (94): 35-49.

Rodríguez Obando, X. y Rojas Loría, K. (abril, 1997). Adolescentes privados de libertad: entre el conflicto y la esperanza. *Revista Costarricense de Psicología* (26): 35-46.

Sáenz Rojas, M. A. (diciembre, 1995/mayo, 1996). Compilación estadística y algunos indicadores sobre el consumo de drogas en población privada de libertad. Costa Rica, 1983-1993. *Medicina Legal de Costa Rica* 12 (2) 13 (1): 2-6.

Sáenz Rojas, M. A. (agosto, 1998). Actitudes hacia los consumidores de drogas en un grupo de privados de libertad con historia de abuso de sustancias. *Revista de Trabajo Social* (53): 1060-1071.

Sáenz Rojas, M. A. (julio-diciembre, 2001). «La Aventura de la Vida»: Un programa de prevención de drogas en América Latina. *Revista Costarricense de Salud Pública* (18-19): 40-51.

Sáenz Rojas, M. A. (marzo, 2003). Aportes sobre la familia del farmacodependiente. *Revista de Ciencias Sociales* (99): 25-44.

Sáenz Rojas, M. A. (2004). *Aspectos relacionados con los homicidios dolosos cometidos en Costa Rica durante los años 1998 y 1999: Un estudio a partir de sentencias judiciales*. San José, Costa Rica: Trabajo Final de Graduación para optar por el posgrado de Maestría en Criminología, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad Estatal a Distancia.

Sáenz Rojas, M. A. y Obando Solano, P. (diciembre, 2000). Consumo de drogas y factores asociados en escolares costarricenses. *Revista Costarricense de Psicología* (32): 17-32.

Sáenz Rojas, M. A.; Bejarano Orozco, J.; Alvarado Cordero, R. y Briceño Barahona, G. A. (mayo-diciembre, 1998). Privados de libertad y drogas: Experiencias en un régimen de confianza. *Medicina Legal de Costa Rica* 15 (1-2): 62-68.

Sandí, L. E.; Díaz, A.; Blanco, H. y Murrelle, L. (1995). *Adolescencia y consumo de drogas en Costa Rica 1994*. Heredia, Costa Rica: Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA) - Universidad Nacional (UNA),

Ugalde Montero, F.; Carmiol Barboza, A. M.; Bejarano Orozco, J.; Mora Esquivel, A.; Monge Jiménez, J. y Gómez Gómez, A. (marzo, 2003). Análisis del consumo de drogas en adolescentes escolarizados de Costa Rica, 1999. *Revista de Ciencias Sociales* (99): 11-23.

Mario Alberto Sáenz Rojas
masaenz65@yahoo.com

Julio Bejarano Orozco
julio.bejarano@gmail.com

Sandra Fonseca Chaves
sandramfch@yahoo.com

# "DE LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL A LA DOCTRINA DE LA JUSTICIA NACIONAL"

## *Retos para la aplicación de los derechos humanos en materia penal y procesal penal: ¿base para un control social de nuevo cuño?".*

*Mario Zamora Cordero**

*"...MÁS LEYES, MÁS JUECES, MÁS POLICÍAS Y MÁS CARCELES SIGNIFICAN MÁS PRESOS... PERO NO MENOS DELITOS"*

El presente artículo no constituye un trabajo definitivo sobre Política Criminal[1], ni siquiera comporta un estado de la cuestión sobre este importante tema; es, por tanto, un limitado esfuerzo académico por resaltar la imprescindible vinculación, que en el debate jurídico iberoamericano, debe de darse entre el marco ontológico que emana del Estado Social y Democrático de Derecho[2], para con las tareas de formulación y ejecución de políticas públicas en materia

* Miembro Comisión Costarricense de Derecho Internacional Humanitario
Ex/Asesor Comisión de Seguridad de Centroamérica.
Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica – Especialista en Administración de Justicia Penal en Centroamérica por la Universidad Nacional (Heredia) — Master en Estudios Latinoamericanos, Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Universidad de Salamanca (España).

1 En doctrina, la política criminal se define como "aquel sector de la política que guarda especial relación con la forma de tratar la delincuencia: Se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político criminal y esta se expresa a través de una política criminal concreta. En este sentido la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Si se utiliza el modelo de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en el una dimensión de "norma", otra de "hecho" y una tercera de "valor", cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, La Criminología como hecho y la Política criminal como valor"". Siguiendo a V. Liszt le podemos definir, en un primer momento, como el compendio sistemático de los medios eficaces de lucha contra el delito; para concluir llamándola ciencia de la valoración y crítica del Derecho penal vigente y de las propuestas de Derecho penal futuro. Luzón Peña, por su parte define la política criminal como aquella ciencia que trata de determinar, con arreglo a diversos criterios, no sólo técnico-jurídicos, sino políticos en sentido amplio (lo que permite considerarla una disciplina científica en buena medida autónoma respecto a la dogmática penal), los medios que son posibles, necesarios, eficaces y adecuados de emplear para prevenir delitos. Examinando, con arreglo a esos criterios Fundamentales, los medios jurídico-penales a emplear; pero también otros medios no penales, jurídicos o extrajurídicos, que pueden contribuir a esa tarea. Por consiguiente, es una ciencia del Derecho penal, pues ese es fundamentalmente su objeto, aunque se ocupe de otros medios preventivos de delitos: su misión básica es la valoración crítica, la creación y modificación del Derecho penal, e incluso la contribución a su elaboración dogmática. A este respecto, Miguel Polaino Navarrete ha ahondado sobre la relación de conexidad entre Política criminal y Derecho penal, advirtiendo que aquella ejerce un efecto directo sobre este, en tanto le determina al establecimiento o no de sanciones penales para concretos comportamientos típicos, antijurídicos y culpables, en función de la necesidad de la pena y de la prevención delictiva. Pero a su vez, el Derecho penal condiciona y limita el campo de actuación y validez de la Política criminal en virtud de que sus postulados, tendientes a preparar y dirigir la legislación del ordenamiento punitivo, quedan supeditados a la naturaleza instrumental de dicho ordenamiento. Señala este autor que la Política criminal se refiere a las causas del delito, tratando de constatar las formas de realización de las sanciones jurídico-penales y examinando hasta que límite puede el legislador extender el ordenamiento punitivo a fin de poder prevenir con eficacia las lesiones del Derecho, por lo tanto, la proyección funcional de la política criminal se orienta al ámbito de la selección de los medios jurídicos más eficaces, al servicio del legislador ordinario, para la solución justa de aquellos supuestos de contradicción típica al Ordenamiento penal. Vid, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal,* Editorial Colex, Madrid, 2001. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, *Política Criminal Comparada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 1990.

2 *Vid.* SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán,* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, Colombia, 2003, pp. 87, 349-350, 358-359 y 361.

criminal[3] así como de su ejecución por parte del sistema institucionalizado de Control Social del Estado, a efectos de construir una Justicia inequívocamente Democrática e Igualitaria[4].

En forma subsidiaria a este objetivo preescrito, pretendemos también señalar la amenaza que para la Justicia y el Derecho comporta la influencia de mitos y estereotipos, propios de la Guerra Fría, en la construcción de las percepciones sociales[5] que con respecto a la criminalidad y la delincuencia son elaboradas y reelaboradas en sede legislativa[6], por lo cual este artículo pretende circunscribirse en el plano de la disputa por las significaciones de los significantes de dominio social que hoy emergen en el contexto de los procesos de construcción normativa del marco legal que rige al Sistema Penal y que predeterminan las actuaciones del aparato de Control Social del Estado[7]. En este marco crítico[8] por el que transita el Derecho Penal Latinoamericano pretendemos demostrar la amenaza que para el Estado Social y Democrático de Derecho implica: la adaptación e incorporación en el campo de la Seguridad Ciudadana[9] (y por este medio, en el escenario jurídico-penal sobre el cual se vertebra precisamente la seguridad ciudadana en Democracia) de la *Doctrina de la Seguridad*

3 La tendencia a sustentar las políticas públicas en criterios criminológicos implica la examinación de esta Ciencia del Ser en su papel de fuente del Derecho Penal vigente y de fuente de la Política Criminal adoptada por un Estado, por lo que en dicho marco de análisis resulta de especial recibo su definición a efectos de señalar el contexto científico para su correcto tratamiento: En este contexto, José Antón Oneca (Catedrático de la Universidad de Salamanca y Madrid), definía el concepto de criminología en los siguientes términos: "Ciencia empírica de carácter interdisciplinario, que estudia el delito en la vida del individuo y de la sociedad, la personalidad del delincuente, la personalidad de la víctima, la criminalidad como fenómeno colectivo y la aplicación práctica y eficaz de la pena". La base real que otorga la criminología al Derecho Procesal Penal constituye una garantía de carácter democrática que permite la adaptabilidad de las normas jurídico penales a la realidad social vigente mediante su permanente perfeccionamiento de cara a la función instrumental que por naturaleza está llamado a cumplir. En este sentido la finalidad de la Criminología, tomando en consideración que es una ciencia eminentemente práctica, consiste en la influencia sobre el Poder en aras de lograr soluciones al problema criminal. En pos de este cometido, la Criminología desarrolla en conjunto de tareas: 1- Explicación Teórica de la realidad criminológica (Elabora teorías sobre el comportamiento humano en torno al delito), 2- Control de la Delincuencia, ( A partir del estudio de su génesis y funcionamiento), 3- Informar sobre el problema criminal (Aportando conocimientos científicos sobre el problema y la solución criminal a través de la prevención del delito a la sociedad y a los poderes públicos), 4-Prevención Eficaz del Delito (El estudio sobre la génesis y la dinámica de la criminalidad y sus variables debe conducir a la intervención sobre la realidad social a efectos de anticipar al delito) mediante la Prevención Primaria (Estrategias Preventivas basadas en una política cultural-social dirigidas a todos los habitantes a efectos de influir en forma pre-inicial, antes de que tengan lugar las causas del delito), la Prevención Secundaria, (Prevención Inicial frente al Delito mediante el reconocimiento temprano de circunstancias criminógenas y la atención sobre delincuentes potenciales) y la Prevención Terciaria (Representada por la lucha jurídico-penal contra la reincidencia, su foco de atención está centrado sobre los sujetos delincuentes a efectos de evitar la reiteración de conductas y comportamientos criminales. Finalmente, 5- La resocialización del delincuente (Mediante: 5.1. El estudio del impacto real de las penas; 5.2. Controlar que las penas privativas de libertad no incapaciten a quien ha ido a la cárcel a retornar a la sociedad; 5.3. Diseñar programas concretos de reinserción y, 5.4., sensibilizar al conjunto de la sociedad de que el crimen es un problema de Todos, no únicamente del Sistema Penal. En este sentido la finalidad de la Criminología, tomando en consideración que es una ciencia eminentemente práctica, consiste en la influencia sobre el Poder en aras de lograr soluciones al problema criminal. En pos de este cometido, la Criminología se vincula con la Política Criminal, entendida como el conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Así, cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político criminal y expresa una concreta política criminal. En este sentido la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica, que responde al modelo político en que se desarrolla. *Vid.* GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología (Introducción y Teorías de la Criminalidad)*, Espasa-Calpe, Madrid, España, 1988. *Criminología,* tirant lo blanch, Valencia, España, 1992.

4 Reconociendo el valor que la seguridad y la seguridad jurídica otorgan al gobernado para efectos de articular una convivencia fundada en el Derecho, también es dable crear los mecanismos jurídicos para que el ciudadano pueda actuar ante las desviaciones que frente al ordenamiento jurídico puedan tener los propios órganos estatales a efectos de garantizar la voluntad del pueblo, es decir, "querer vivir desde la libertad fundada en derecho, que anule y haga imposible la arbitrariedad y la violencia en las relaciones humanas; un querer que el poder no destruya la libertad, sino que la establezca y garantice". FERNANDEZ-MIRANDA, Torcuato, *Estado y Constitución,* Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1975, p.317.

5 *Vid* BARRIOS, Olga, *Realidad y Representación de la Violencia,* Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2002.

6 *Vid*, KOONINGS, Kees y KRUIJT, Dirk, *Las Sociedades del Miedo: El legado de la guerra civil, la violencia y el terror en América Latina*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2001.

7 Bajo esta influencia, como han reconocido distintos estudios de entidades internacionales y ONGs, los entes represores del delito y del delincuente, violan, con más frecuencia y agresividad, el marco legal existente a efectos de "combatir" a la criminalidad. Para ello cuentan con el consentimiento tácito de lo "Opinión Pública" mayoritaria y con el apoyo ideológico de los Medios de Comunicación de Masas, generándose una presión social proclive al castigo y no a la atención de las causas sociales generadoras de la criminalidad. *Vid*, BARBERO SANTOS, Marino y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario (Coordinadores), *Criminalidad, Medios de Comunicación y Proceso Penal,* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

8 *Vid*, ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ALVAREZ, Rocío, *Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado,* Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1983.

9 Vid, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y BARCELONA LLOP, Javier, *Seguridad Ciudadana,* Editorial Trotta, Federación de Juristas Progresistas, Madrid, España, 1993.

*Nacional*[10] que gobernó en clave antidemocrática y lesiva para los Derechos Humanos, las políticas de seguridad de la mayor parte de naciones latinoamericanas durante la época de la *Guerra Fría*[11].

Hoy en día resulta apreciable el predominio de tendencias regresivas en el campo del Derecho Penal Latinoamericano que pretenden no solo la deconstrucción del sistema garantista a través de la reconversión e instrumentalización de la jurisdiccionalidad en función de un mayor grado de represión y uso de la violencia legal por parte del Sistema de Administración de Justicia y por parte de las agencias de control social que le integran. En este marco represivo nos interesa destacar el riesgo democrático que implica que tras muchas de estas tendencias represivas (re)emerja en Latinoamérica la Doctrina de la Seguridad Nacional a través de la conversión de sus postulados en términos de seguridad ciudadana mediante la instauración de códigos de equivalencia entre "*el guerrillero de antaño y el delincuente de hoy*".

La historia reciente de la América Latina atestigua que de manera paralela a la resolución de los conflictos armados que caracterizaron al subcontinente durante la segunda mitad del siglo XX emergieron nuevos problemas de orden público que se expresan en el plano interno de los distintos países en términos de criminalidad y delincuencia. Este cambio de la realidad latinoamericana constata la traslación del eje de la Seguridad del campo de la seguridad nacional al campo de la seguridad ciudadana.

Por lo tanto las nuevas demandas que en el campo de la seguridad enfrentan los Estados dejan de ser los problemas derivados del conflicto armado interno y pasan a ser las crisis asociadas a la inseguridad ciudadana, por lo que su atención deja de ser tratada a través de la política de defensa nacional y pasan a canalizarse a través de la Política Criminal sobre la que se estructura el Sistema Penal; además, los actores institucionales que participan en el campo de la seguridad también sufren un serio acomodo, ya que los ejércitos así como los cuerpos especiales de seguridad e inteligencia del Estado ceden su rol protagónico ante las entidades adscritas al sector justicia y que tienen por misión la contención del fenómeno criminal.

Sin embargo este tránsito de un modelo de seguridad nacional a un modelo de seguridad ciudadana no se ha dado sin la resistencia u oposición de los estamentos que ejercieron poder social durante el anterior modelo y que procuran seguir haciéndolo en este nuevo contexto. Tampoco la ideología que gobernó a los cuerpos de seguridad del Estado durante el conflicto Este-Oeste ha sido desactivada en la Post-guerra. Un caso emblemático de la continuidad de la violencia institucional que imperó durante la "Guerra Fría" y que ahora se proyecta sobre el escenario de la seguridad ciudadana a través de la reproducción de ficciones jurídicas e ideológicas en términos criminológicos[12] y que han sido elaboradas y reelaboradas bajo las mismas coordenadas de guerra política y guerra psicológica que proyectan el uso de la violencia hacia todo: "enemigo sistémico" que así ha sido previamente etiquetado por los órganos de control del Estado.

La doctrina de la seguridad nacional que durante décadas promovió el uso de la violencia estatal más allá de los límites prefijados por el Estado de Derecho emerge nuevamente a través de algunas de las posiciones que claman por una mayor represión de la delincuencia como estrategia de contención del fenómeno criminal. Por supuesto que con ello no se está afirmando que toda posición que incremente penas o promueva un mayor grado en las facultades de intervención de la policía y el Ministerio Pública sea

10 "La idea de la seguridad nacional es la expresión de un discurso determinado. Este discurso, invocado tanto en el Norte como en el Sur, en el Este como en el Oeste, es de naturaleza conservadora: busca preservar el estado de cosas existentes dando por sentado que ello es viable, deseable y necesario. Es además un discurso que pretende otorgar certezas: intenta precisar, medir y predecir eficazmente las amenazas, las vulnerabilidades, el tipo, grado, origen, dimensión, foco y alcance del peligro y las estrategias más convenientes y efectivas para superarlo y así evitar el conjunto de riesgos, sorpresas, y dificultades que vitales que ponen en entredicho valores precitados para una comunidad dada. Asimismo conjuga un discurso orientado a imágenes: esclarece u oscurece, según el caso, el perfil del adversario, del contrincante, del enemigo y su eventual futuro comportamiento y mediante ello deposita (...) (en determinados órganos) la capacidad de identificarlos y actuar en consecuencia (...) la idea de la seguridad nacional en el contexto hemisférico está asociada a la denominada *Doctrina de la Seguridad Nacional* surgida al calor de la Guerra Fría y estimulada (...) (al tenor de ese conflicto) significando el mayor esfuerzo latinoamericano para militarizar el concepto de la seguridad. El gran enemigo externo –el comunismo- pasó a mimetizarse en el ámbito doméstico y, con esto, el papel de las fuerzas armadas adquirió preponderancia ya que la corporación militar sé auto identificó ideológica y prácticamente como la única institución capaz de salvaguardar los valores nacionales, garantizar la estabilidad política, robustecer el desarrollo social, y facilitar el progreso económico de un país. Este sello doctrinario dependiente y distintivo de la seguridad nacional en América Latina se encuentra en un proceso de redefinición y transformación y aún gravita de modo sobresaliente en diversos casos continentales (...) (ya) que ésta (SIC) le puede eventualmente brindar protección y defensa a las clases gobernantes, pero inseguridad e incertidumbre a los ciudadanos". TOKATLIAN, Juan Gabriel, *Drogas, Dilemas y Dogmas,* Editorial Tercer Mundo, Bogotá, 1995, pp. 11-15.

11 "Durante las décadas anteriores (Años setentas y ochentas), los conflictos sociales y políticos internos de los países centroamericanos, exacerbados por la Guerra Fría, fueron percibidos por los gobiernos de la región como amenazas al Estado mismo y tratados, erróneamente, como un problema de seguridad nacional cuya solución se reducía a una solución militar. Todos los demás problemas, entre ellos el de la criminalidad, quedaban subsumidos al de la seguridad nacional (...) (esta tendencia, pese a los esfuerzos vertidos, no fue desactivada o descontinuada en la posguerra, por el contrario, el peso de la seguridad nacional no ha podido ser suplantado por un concepto de seguridad democrática, primero, o de seguridad humana, después, dadas las posibilidades de conversión y adaptación al escenario de la seguridad ciudadana). CHINCHILLA, Laura, *Seguridad Ciudadana y Reforma Policial en Centroamérica,* En: Documentos de un Proceso de Reforma Policial en Centroamérica, Taller Regional sobre Seguridad Ciudadana y Capacitación Policial, Unión Europea, San José, Costa Rica, 1997, p.92.

12 *Vid*, GIL VILLA, Fernando, *La Delincuencia y su circunstancia (Sociología del crimen y la desviación)*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2004.

necesariamente una postura basada en la doctrina de la guerra fría, ya que la diferencia entre esta y aquellas radica en que la primera, las posiciones represivas basadas en los postulados de la doctrina de la seguridad nacional basan su estrategia de intervención en el uso de la violencia institucional a través de vías legales e ilegales de combate a la delincuencia; mientras la segunda, las posiciones meramente represivas, se fundamentan en el uso de tal violencia pero dentro de los límites estrictos que prefija el Estado de Derecho, es decir, en el poder de la norma legal y de las capacidades del sistema para hacerla cumplir en un contexto social determinado.

Por lo tanto la Doctrina de la Seguridad Nacional y su adaptación al escenario de la seguridad ciudadana representa un factor de desviación para el ejercicio del poder punitivo del Estado bajo la tesitura de combatir la delincuencia a través de medios delincuenciales contrarios a Derecho. Esta amenaza que se cierne sobre el Sistema Penal arriesga con enfilar las respuestas de mayor fuerza y contundencia de que puede hacer uso las instituciones que tienen a su cargo el ejercicio de la violencia legal de que están revestidas las agencias de control social a efectos de que dicho ejercicio no emule el tipo de violencia que fue ejercida contra los grupos *subversivos* que amenazaban y ponían en jaque la marcha del Sistema.

La Doctrina de la Seguridad Nacional se ha reconvertido en Doctrina de la Justicia Nacional a través de un proceso de construcción simbólica que se ha fundamentado en la percepción de inseguridad ciudadana sentida por las personas y en la amplificación de la alarma social provocada por la acción del fenómeno criminal, todo lo cual legitima el uso de la violencia que entre otros recursos se apoya en la relación del significante con la función de nominación a efectos de descalificar y etiquetar social y negativamente a la delincuencia con el objeto de generar una base social de apoyo, necesaria e imprescindible, para consumar reformas legales que tienden al aumento del poder coactivo que ejerce el Sistema Penal así como de las potestades de que gozan sus agencias a efectos de contener, "por los medios que se estimen oportunos" a éstos nuevos: "Enemigos del Sistema" que son hoy en día los delincuentes.

El temor y la alarma social generada a partir de la percepción general de la criminalidad justifica y legitima (en razón de la alta peligrosidad percibida por Todos) el uso de "Todos" los medios y recursos sistémicos, legales e ilegales, para lograr el mayor de los éxitos en el combate y erradicación de esta amenaza social. El objetivo *nacional* que procuran las tendencias de seguridad y justicia que mediante este artículo criticamos son el resultado de la conjunción entre la Teoría del Etiquetamiento Social[13] y la Doctrina de la Seguridad Nacional[14], en el marco que brinda el campo de la Seguridad Ciudadana[15] y que impactan el ámbito de la Justicia Penal a través del recrudecimiento de las tendencias más represivas e inquisitoriales del Derecho.

El uso expansivo e inflacionario del Derecho Penal, como fórmula de contención de los problemas sociales[16], está inmerso dentro del proceso general de cambio y transformación social que hoy afronta la América Latina en su conjunto, por lo cual resulta oportuno visualizar la necesidad de profundizar en el inconcluso e interminable debate científico político sobre el papel del Derecho Penal como apéndice o no de la Seguridad Pública. Contrarrestar la propuesta que sobre el papel inquisitivo del Derecho Penal han elaborado desde la especulación y el uso del temor social determinados sectores y conglomerados de intereses (empeñados en el aumento de las potestades represivas de los órganos encargados del control social y de un Derecho Penal cruento y represivo), solo puede hacerse desde la objetividad e integralidad que brinda la Política Criminal. Ya que es en este ámbito concreto en donde se debe fraguar la normativa que interrelacione los postulados garantistas emanados de la dogmática penal[17] para con los principios que comporta el concepto de seguridad democrática[18], a fin de que el Derecho Penal y el Sistema Institucionalizado de Control Social respondan a criterios propios de una Justicia Democrática[19].

13 En este contexto, la teoría del "Labelling Approach" ha sido una herramienta criminológica indispensable para comprobar la incorrecta operación del Sistema Penal a través del comportamiento institucional de sus agencias. Así, "la intervención legislativa –agravando y aumentando penas-, la intervención policial –agravando la violencia sobre sectores sociales constitutivos de la clientela criminal- la intervención judicial –recibiendo y reproduciendo la violencia preseleccionada por las instancias policiales- y la intervención penitenciaria – degradando a las personas que caen en sus redes y sirviendo de factor reproductor de la delincuencia-, son, en la práctica, mecanismos que exacerban la conflictividad y violencia sociales".

14 *Vid*, CHAVES, Paul, *Solo para los ojos del Presidente: Introducción al estudio de la inteligencia y de los servicios de inteligencia*, Editorial Edisa, San José, 1998.

15 *Vid* VELÁSQUEZ DE AVILÉS, Victoria Marina, *La Seguridad Ciudadana, la Policía Nacional Civil y los Derechos Humanos*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos-PNUD, San Salvador, 1997.

16 *Vid* WALDMAN, Peter (Editor), *Justicia en la Calle: Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Instituto de Investigación sobre España y América Latina (ISLA), Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.

17 *Vid* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

18 ZAMORA CORDERO, Mario, *Modelos de Seguridad en América Latina: El caso del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica*, Tesis de Maestría, Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Salamanca, 2001.

19 *VID* Bustos Ramírez, Juan, "Manual de Derecho Penal: Parte General", 3° Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989. Luzón Peña, Diego-Manuel, "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996. Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal: Parte General", 4° Edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1996. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal: Parte General", 2° Edición, tirand lo blanch libros, Valencia, 1996. Polaino Navarrete, Miguel, "Derecho Penal: Parte General" Tomo I, 3° Edición, Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1996.

Discutir respecto de los niveles y grados de protección penal respecto de bienes jurídicos tutelados[20] debe constituir el eje central sobre el cual verificar un debate nacional tendiente a definir los parámetros sobre los cuales debe de operar la construcción normativa [21] de los tipos penales, y sobre esta base, el papel de las agencias encargadas del control social a través de la contención del delito y el tratamiento del delincuente[22]. En tal proceso resulta indispensable que sea el legislador y no a la presión social a través de él, quien esgrima y defina el papel del Derecho Penal en sociedades en transición y por tanto expuestas a un uso negativo de ese Derecho[23].

El uso simbólico e instrumental de la figura del Delincuente[24] crea las condiciones justificantes (condición suficiente) para efectos de hacer recrudecer la intervención del Derecho Penal[25], y por esta vía, del control social ejercido a través de su medio, generándose como efecto directo, no colateral, de dicho proceso una seria limitación de derechos y libertades ciudadanas en la medida en que las entidades adscritas al sector justicia y policía incrementan sus potestades más allá de los límites establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho[26]. Dicho debate, pese a su magnitud y trascendencia, ha sido invisibilizado en medio de la discusión político-criminal hoy vigente en el subcontinente latinoamericano. Esta deficiencia o déficit en el tratamiento de un tema clave para las sociedades en transición y en proceso de consolidación evidencia los temores e incapacidades para hacer de la Justicia y la Seguridad pilares en el proceso de construcción de la Democracia en Latinoamérica[27].

La instrumentalización del miedo, a partir de la alarma social provocada por la inseguridad ciudadana, ha servido de base para generar la legitimación necesaria para que las agencias de control social (Policía, Fiscales, Funcionarios Penitenciarios) incrementen sus potestades dentro de la "Sagrada" y "Nacional" lucha contra la Criminalidad y la Delincuencia. Este fenómeno jurídico ha afectado a toda

---

20 *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General,* Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.

21 Respecto de la construcción normativa cabe tomar en consideración la crítica vertida por el hoy Presidente de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica: "No es cierto que sea de aplicación real el principio de legalidad (porque están tipificadas como criminales una serie de conductas a las que debería dárseles otro tratamiento y respuesta desde el Derecho u otras disciplinas, y porque, al contrario, no están tipificadas como delictivas conductas de una gran dañosidad social); tampoco se aplica en la práctica el principio de igualdad ante la ley (porque el sistema capta sólo ciertas formas de delincuencia convencional, perpetradas por miembros de las clases marginales, y deja, totalmente por fuera, las formas de delincuencia no convencional, perpetradas desde sectores con poder económico como político); de igual manera el debido proceso es violentado constantemente en la cotidiana aplicación del ordenamiento jurídico penal (las garantías fundamentales de los ciudadanos son atropelladas en su derecho de defensa, en la liberalidad con que se acuerda la encarcelación preventiva o el abusivo monto de las penas de prisión etc.); por supuesto que son negados también el principio de inocencia (dándose como regla su opuesto, la presunción de culpabilidad del acusado), el non bis ídem (castigándose doblemente a quienes guardan prisión a través de los reglamentos disciplinarios) y desprotegiéndose por completo la garantía de legalidad durante la ejecución de las sentencias (sobre todo la ejecución de la pena privativa de libertad). Además de todo lo dicho, está claro que uno de los aspectos donde con mayor transparencia se refleja lo que se ha dado en llamarse "el fracaso del derecho penal" es en la declarada finalidad resocializadora de la pena de prisión, propósito para el que no hacen falta más investigaciones científicas, pues la mera observación empírica nos lleva al convencimiento de que la cárcel, lejos de resocializar, desocializa al prisionero y sirve de centro de reproducción de la criminalidad convencional." Arroyo Gutiérrez, José Manuel, "Función Instrumental y función Simbólica del Derecho Penal", EN: *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, Comisión Nacional para el mejoramiento en la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José, 1997.

22 Núñez Paz, Miguel Ángel, Lecciones de Criminología, Escuela de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, España, octubre-febrero, 1998-1999.

23 André Hauriou, a principios de los años sesenta, señalaba que la crisis de la función promocional de la igualdad que se indicaba como referente legitimador del Estado ha sido incumplida en medida nada escasa. La consiguiente conflictividad social se traduce no sólo en una variación cuantitativa de la demanda de justicia sino en una transformación cualitativa de la misma. No se trata solamente de la aplicación de la norma. Es precisamente el fracaso de ésta lo que determina el surgimiento del conflicto. Se pretende suplir con el momento jurisdiccional la incapacidad del momento político para satisfacer la demanda social y la evitación del conflicto.

24 *Vid.* GARCÍA RAMOS, Jesús, *Lenguajes Marginales*, Dirección General de la Policía (España), División de formación y perfeccionamiento, Madrid, 1994.

25 "El Modelo de enjuiciamiento penal inquisitivo se afianza, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio del poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. (...) La idea de pecado (bajo este contexto histórico) es central: el pecado, un mal absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal no es ya un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios y a la persona del Rey. Este fundamento, sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrantado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días". Bovino, Alberto, "La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal", pags. 202-203. EN: "Sistemas Penales y Derechos Humanos", Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente – Unión Europea, San José, 1997.

26 Los límites que impone el Estado de Derecho al Sistema Penal (Jueces, Fiscales, Policías, Funcionarios Penitenciarios) son tanto límites máximos como límites mínimos, es decir, así como se debe evitar el uso de la violencia legal que le otorga el ordenamiento jurídico a los órganos encargados de ejercer el control social a través del Derecho Penal, también es igualmente indispensable que la normativa penal no deje de cumplirse y aplicarse (Impunidad) por mera discreción de las autoridades en quienes está delegada la misión de garantizar el cumplimiento de la Ley.

27 El Derecho en Democracia demanda que la intervención del Derecho Penal, en su rol de instancia coercitiva de tutela y protección de Bienes Jurídicos mediante la aplicación de la sanción penal, deba acatar y respetar los principios rectores que emanan del Estado Social y Democrático de Derecho. Entre los límites que se preceptúan para el ejercicio del "ius puniendi" sobresalen, entre otros, el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, el Principio de Ultima Ratio y el Principio de aplicación fragmentaria del Ordenamiento Jurídico, para efectos de que el ejercicio de la coerción legalizada no termine por emular la violencia social que en principio pretende erradicar.

la Región en su conjunto mediante el desarrollo de dos tendencia concretas: La primera, consistente en el aumento y extensión del espacio social sujeto a control penal (esta expansión se da mediante el incremento de conductas constitutivas de delitos; es decir, mediante el establecimiento de nuevos delitos); mientras la segunda se estructura sobre la base de la intensificación del control sobre conductas ya penadas (a través del aumento de penas y la ampliación de las facultades investigativas de los entes públicos encargados de su persecución y procesamiento) lo cual pasa a ser una de las características de mayor relevancia en las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

La presión social (estimulada por los medios de comunicación colectiva) dirigida a incrementar el control social ejercido desde el Sistema Penal se corresponde con la producción de normativa penal, en sede legislativa, que así lo avala; lo cual permite constatar la existencia de un *corredor de influencia* (corredor ideológico) que demuestra que aún y cuando las ciencias penales constituyen un componente intrínseco que sirve como contrapeso al condicionamiento extrínseco generado por la presión social[28], la predominancia de este elemento en última instancia (dada la conformación y diseño democrático del Sistema) potencia el desarrollo y consolidación de un Derecho Penal de prima fase y no de última ratio[29].

La sociedad postcolonial Latinoamérica aún guarda de sus orígenes una acentuada estratificación social y sus formas de reproducción del poder vigente incidían en la aplicación condicionada del Derecho Penal[30] bajo el principio: "*Para los amigos Todo, para los enemigos, la Ley*"[31]. Hoy, la sociedad latinoamericana de post-guerra (Guerra Fría) y de inicios de siglo, atestigua la vigencia de nuevos condicionamientos que se suman a los preexistentes como lo demuestra el hecho de que el Moderno Derecho Penal Latinoamericana se haya elaborado y reelaborado bajo la premisa: *Todo contra el infractor, nada contra la infracción*; (es decir, contra las causas que genera la realización de conductas infractores y que se explican a partir de las condiciones de inequidad y desigualdad social prevalecientes y que sitúan a esta parte del Mundo como el lugar del planeta con mayores diferencias entre los que más tienen y los que menos tienen) y, en consecuencia el Derecho Penal dominante, así como lo hace el Ejército, la Policía y el resto de instituciones adscritas al control social institucionalizado, siguen cumpliendo un rol resguardador del statu quo.

En este contexto puede identificarse la existencia de un derecho penal de nuevo cuño que acrecienta el control social neocolonial sobre el que están, solidamente estructuradas, las sociedades latinoamericanas. Es así como el Derecho Penal latinoamericano entra en contradicción frente a los postulados provenientes del Derecho Penal Continental Europeo, que le sirve de referencia y fundamento, en la medida en que responde a un modelo de aplicación autoritario del Poder y cuyo ejercicio demanda dejar de responder a su lógica interna (lógica dogmática, lógica jurisprudencial), para pasar a administrar y canalizar, a través de la fuerza (pena y el uso simbólico de la sanción), los niveles de frustración social sobrevenidos de las desigualdades sociales y las sensaciones de venganza a estas asociadas.

El Derecho Penal Latinoamericano, a través de la represión y su faz inquisitorial, acude en salvaguarda del Sistema, generando una nueva legitimidad ante la pérdida de credibilidad en que han incurrido los actores tradicionales (Partidos Políticos, Iglesia, Autoridades Administrativas, etc.), convirtiéndose sus agencias (Policías, Fiscales, Jueces) en actores sociales de nuevo cuño[32]. Este cambio no resulta casual si se toma en consideración que las contradicciones sociales que históricamente afloran en el escenario de lo político, han comenzado a manifestarse en el escenario de lo penal a través de nuevas formas de criminalidad y nuevas conductas disfuncionales.

En síntesis, el postulado totalizante que gobierna el Derecho Penal Latinoamericano en clave de represión se estructura a partir de la definición que se ha hecho de la lucha contra la criminalidad como una lucha de *Todos*, contra *Todos* los delincuentes o posibles delincuentes (que además son enemigos de *Todos*) a efectos de ser ejercida a través de *Todos* los medios y con *Toda* la fuerza y contundencia que tiene a su haber el Sistema Penal. Así, el avance, real o percibido, de la delincuencia por parte de la ciudadanía, gracias a la acción de la prensa y muy especialmente, al de la prensa amarillista, genera la alarma social necesaria a efectos de generar la base social de apoyo para que el control social que ejerce el Derecho Penal (en defensa de

28 ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, y BURHARDT, Björn, (Coordinadores de la versión alemana-Francisco Muñoz Conde, Coordinador de la versión española), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

29 *Vid* Marín Castán, Francisco, Control democrático y legitimación del Poder Judicial, EN: *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, p.104.

30 *Vid* ABARCA VÁSQUEZ, Carlos, *Poder Político y Sanción Penal en Costa Rica (1750-1880)*, Zeta Servicios Gráficos, San José, 2001.

31 La situación surgida entre el gobernador de la ciudad de México y la polémica surgida con el presidente mexicano Vicente Fox que condujeron a la renuncia del fiscal general evidencia la tendencia a utilizar el derecho penal como un apéndice de la política por parte de quienes ejercen el poder.

32 Sin embargo, a ante la imposibilidad de que la actuación jurisdiccional erradique el sentimiento generalizado de insatisfacción, se la responsabiliza de una ineficacia que sólo es atribuible a otros centros de poder.

Todos) se dé incluso más allá de los límites que estipula el Estado de Derecho[33].

A manera de Conclusión.

En América Latina, frente a un Derecho Penal de última ratio prevalece un Derecho Penal expansivo, inflacionario, en franco crecimiento, más cruento, más duro, más selectivo y discriminatorio. Y con ello, los principios político-criminales de carácter democrático sufren un serio menoscabo y deterioro[34], dándose su suplantación, por postulados propios de regímenes autoritarios. En suma, la Política Criminal vigente en Latinoamérica, así como sus tendencias más fuertes, están asentadas en el autoritarismo totalitario de corte reactivo que promueven a toda costa el combate y enfrentamiento represivo del fenómeno criminal, mediante las respuestas violentas de las agencias que integran el sistema institucionalizado y formal del Control Social; y no, en postulados democráticos que bajo un enfoque pro-activo velen por su disminución mediante la actuación sobre las causas estructurales que ha nivel social e individual potencian el desarrollo del fenómeno criminológico.

Finalmente, la concepción del Estado Democrático de Derecho, como síntesis de las anteriores, legitima el Derecho penal en tanto sea –estrictamente- necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos, es decir, de los bienes jurídicos que representan posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida social, pero aquí hay intereses tanto individuales como colectivos. Ello supone una democratización del derecho penal y, en su caso, acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de los tipos penales protectores de bienes jurídicos (...) y con eventual participación ciudadana en la justicia penal a través del jurado; y de la ejecución de las sanciones penales atendiendo a las necesidades sociales y a los condenados y con participación de éstos y de las instituciones representativas del interés social (Jueces y fiscales de vigilancia) en el tratamiento. Pero también deben respetarse los derechos de las minorías y cumplirse escrupulosamente las garantías jurídico-constitucionales de los derechos y libertades fundamentales de los individuos (inculpados y penados). Y en cuanto a las sanciones, esta orientación puede compatibilizar la concepción preventivo-general y la preventivo-especial de las mismas, aún dejando abierta la interpretación sobre la prioridad que respectivamente se les conceda[35].

La amenaza de que el Derecho Penal pueda ser utilizado como antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central, sirve para hacer un llamado para el ejercicio de un debate social comprometido sobre un tema crucial para el desarrollo y consolidación de la Democracia en las sociedades latinoamericanas de transición, en las que el Derecho Penal, surgido del Estado Social y Democrático de Derecho, debe prefijar la pauta para ver al infractor (Justicia con rostro humano) y sobre todo incidir sobre las causas que generan y promueven la comisión de infracciones en nuestras sociedades a partir de la desigualdad y la inequidad social que les sirven como caldo de cultivo; y, en cuya resolución, descansan también las respuestas que servirán como mecanismos efectivos, justos y democráticos de contención del creciente fenómeno de inseguridad ciudadana que enfrentan la mayor parte de las naciones del subcontinente latinoamericano.

33 A este respecto, Llobeth ha señalado que tanto el cuestionamiento que se hace de las garantías procesales desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, y la respuesta que se da en defensa de dichas garantías, reviste caracteres ideológicos, estando íntimamente relacionados con lo que se ha llamado el concepto ideológico de la presunción de inocencia, cuya crítica llevó al positivismo criminológico, al fascismo, al nacionalsocialismo y al estalinismo a negar dicho principio. Llobeth Rodríguez, Javier, "Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana", EN: Sistemas Penales y Derechos Humanos, Op. Cit., p. 104.

34 En este sentido, la presente monografía pretende evidenciar el riesgo que para la consolidación democrática de las sociedades en transición de la América Latina y para sus Sistemas Penales comporta la Doctrina de la Seguridad Nacional a través del patrón de influencia que esta ideología desarrolla sobre el funcionamiento de las agencias estatales encargadas de la contención y tratamiento de la criminalidad a efectos de que esa misión institucional se desarrolle más allá del marco establecido por el Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, esta crítica no se circunscribe dentro de posiciones abolicionistas ni tampoco elude el hecho de que un segmento importante de la población percibe un notable aumento en la violencia con la que opera la criminalidad en el país y que se corresponde, en términos perceptivos, con un aumento en la atención de víctimas por parte del sistema hospitalario nacional. En este contexto, la crítica acá señalada permite generar los insumos para el desarrollo de un debate socio jurídico que ausculte los aspectos clave sobre los cuales debe versar un renovado proceso de reforma judicial, que dote de eficiencia a la operación del sistema penal ante las demandas ciudadanas en esta materia desde una óptica garantista y de justicia penal democrática. Sin mitos ni dogmatismos afronte con la misma decisión y empeño el combate a la impunidad y la ineficiencia judicial en los mismos términos que se impiden los excesos así como el uso del Derecho Penal más allá de los límites que impone el Estado de Derecho y cuya trasgresión constituye causa primera para la pérdida de legitimidad y confianza social para el Poder Judicial en su conjunto. Por ello, este debate debe partir del reconocimiento de la inoperancia policial, judicial y penitenciaria para efectos de encarar los retos, que a la sociedad costarricense, depara el complejo espectro delictivo que se yergue sobre el país y ante el cual solo es dable contemplar la cárcel como último recurso a efectos de que la prisión quede reservada para tratar al núcleo duro de la criminalidad, (evitando así que personas primerizas sean antisocializadas mediante la deformación carcelaria que generan nuestros centros de reclusión). En este escenario el tema de la reincidencia criminal se ubica como el gran reto al cual hacer frente en razón de las graves limitaciones que tiene nuestro sistema penal para efectos de detectar, enjuiciar y resocializar a quienes han hecho de la delincuencia una forma habitual de vida. ZAMORA CORDERO, Mario, *La Hora del Fiscal,* Periódico La Nación, 20 Nov. 2003

35 Luzón Peña, Diego-Manuel, "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, Pág. 117

## BIBLIOGRAFIA

MANUALES DE DERECHO PENAL

Bustos Ramírez, Juan, "Manual de Derecho Penal: Parte General", 3° Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989.

Luzón Peña, Diego-Manuel, "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996.

Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal: Parte General", 4° Edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1996.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal: Parte General", 2° Edición, tirand lo blanch libros, Valencia, 1996.

Polaino Navarrete, Miguel, "Derecho Penal: Parte General" Tomo I, 3° Edición, Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1996.

LIBROS

Armijo Sancho, Gilbert y otros, "Nuevo Proceso Penal y Constitución", Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998.

Julián Ríos, Clemente, "Guía Jurídica del Psicólogo", Editorial Pirámide S.A., Madrid, 1995.

CONGRESOS Y SEMINARIOS

Seminario sobre "El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad", Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, del 3 al 7 de julio de 1989. Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986.

Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Sistemas Penales y Derechos Humanos", Publicado por el Programa para la Mejora de la Administración de la Justicia y su adaptación al Sistema Penitenciario de la Unión Europea, San José, 1997.

# ¿CUMPLE EL/LA JUEZ/A PENAL CON LOS FINES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR?

*Rosaura García Aguilar*

**Introducción:**

El sistema procesal penal implementado en Costa Rica a partir del 1º de enero de 1998 refleja la confluencia de principios del derecho penal liberal, pero también del derecho penal moderno, advirtiéndose que por el mayor peso de los primeros y el énfasis que reciben las características acusatorias, en general se logra una mayor democratización de la justicia en comparación con la legislación otrora aplicable, la cual, pese a compartir algunos de los postulados aún vigentes, sin la fuerza del Derecho Constitucional normativo inyectado con el funcionamiento de la Sala Constitucional, no logra ese mismo resultado. Fue necesaria, entonces, la reforma operada para que las garantías constitucionales orientaran el rumbo del proceso penal y que en ese contexto político, social y jurídico, a los jueces y las juezas de la República se les circunscribiera en su función de juzgar y velar por la tutela y el fortalecimiento de esas normas y principios, elaborados y desarrollados alrededor del principio democrático y del Estado de derecho, separándoseles de la acusación e investigación.[1]

No existe un paso automático de la investigación al juicio. La convocatoria[2] a la audiencia preliminar procede bajo distintos supuestos, cuando: simultáneamente se formulen acusación y querella;[3] además de la acusación o la querella, se solicita la aplicación de una medida alterna, un criterio de oportunidad, o del procedimiento abreviado; el órgano jurisdiccional lo estime necesario según las circunstancias; y cuando existiendo solamente querella pública,[4] el fiscal gestione el dictado del sobreseimiento, o la desestimación del asunto,[5] en cuyo caso el tribunal podría coincidir con el Ministerio Público o con el

1 Finalidad que satisface el propósito del sistema marcadamente acusatorio –aún con resabios del inquisitivo claramente identificados frente a la prueba para mejor resolver ordenada de oficio o ante la reapertura del juicio con ese objetivo-, el cual demanda la delimitación de esas labores en consonancia con el principio democrático de división de funciones, plasmado en los artículos 9 y 154 de la Constitución Política. De ahí que la actividad investigativa sea resorte exclusivo del Ministerio Público, el cual también ejerce el monopolio de la acción penal -voto Nº 3389-1998 de la Sala Constitucional-, al extremo que sin la acusación o la querella no podrá ordenarse la apertura a juicio, amén de que si ante peticiones de sobreseimiento y desestimación el tribunal plantea la disconformidad y ésta no es acogida, deberá resolver conforme lo solicitado, sin que tal sujeción implique que la Fiscalía suple la función jurisdiccional, sino que la última no se puede desempeñar si no ha sido debidamente excitada con la acusación, la cual, a su vez, permite el ejercicio de la defensa. En el pronunciamiento Nº 6470-99 la misma Sala, apoyada en el principio democrático de división de funciones –de investigación y de tutela de los derechos del acusado en dos órganos distintos-, dictamina la constitucionalidad de los artículos 282 y 302 *ídem*, de suerte que la decisión del Fiscal General o del superior jerárquico ratificando lo pedido por el fiscal es vinculante para quien plantea la disconformidad, sin que el tribunal pueda obligarlo a pedir la apertura a juicio. Esos criterios fueron reiterados por el órgano constitucional en el voto Nº 12017-2002, pese a que los presupuestos para su planteamiento fueron distintos. Con similar finalidad demarcatoria de tareas, en las resoluciones N° 2550-05 y N° 2992-05 la Sala Constitucional advierte sobre la prohibición del juez de la etapa preparatoria o intermedia de prolongar oficiosamente las medidas cautelares dispuestas contra la persona acusada; argumentándose una especie de "inversión" del principio acusatorio y de división de funciones en la etapa del debate cuando pese a la solicitud de absolutoria de la Fiscalía, el tribunal emite sentencia condenatoria, en nota del juez Llobet en el voto Nº 730-2005 del Tribunal de Casación y nota del juez Chinchilla en el fallo Nº 784-05 del mismo tribunal sobre la falta de vinculatoriedad de la pena pedida por la Fiscalía.

2 El tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación para que puedan examinarlas dentro del plazo común de cinco días, lapso en el cual las partes son impuestas de los elementos probatorios recabados que sustentan la acusación, de modo que tratándose de dictámenes médicos podrían ejercer los respectivos recursos dentro de ese período, según voto Nº 1119-2003 de la Sala Tercera. En esa misma resolución se les convoca a la audiencia oral y privada, la cual deberá cumplirse en el lapso de diez a veinte días.

3 Conforme al artículo 316 del Código Procesal Penal.

4 No se trata de la querella por conversión de la acción privada en pública (artículo 20 del CPP), para la cual rige el procedimiento previsto para los delitos de acción privada regulado en los numerales 380 y siguientes *ídem*, sin que en esos supuestos sea procedente la celebración de la audiencia preliminar. Ver resolución Nº 2326-02 de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de ese trámite.

5 Solicitud que a pesar de no ser vinculante para el juez, quien puede plantear la disconformidad, finalmente conduce a la imposición del criterio fiscal en etapas previas al juicio, no así respecto a la petición de absolutoria de la Fiscalía en debate, en donde el tribunal resuelve sin tal sujeción; ver: voto Nº 61-2003 de la Sala Tercera y nota del juez Llobet Rodríguez en el fallo Nº 730-2005 del Tribunal de Casación.

querellante, lo último al decretar el auto de apertura a juicio,[6] apartándose del criterio fiscal.[7] Como se ve, no todos los actos conclusivos del procedimiento intermedio requieren tal convocatoria;[8] no obstante, la omisión de su señalamiento cuando sí resulta procedente conlleva a la vulneración del debido proceso, defecto absoluto declarable de oficio.[9]

En los artículos 310 a 323 del Código Procesal Penal (en adelante denominado CPP) se delimitan las asignaciones del tribunal de la etapa intermedia,[10] deduciéndose su esencial labor de definir el curso del proceso, es decir, servir de tamiz para determinar si se avanza o no a la siguiente fase;[11] así como su tarea como contralor de los actos conclusivos,[12] incriminantes o desincriminantes, y de la actividad requirente del fiscal o del querellante,[13] razón por la cual si bien se estipula (en el artículo 326 *ídem*) que el juicio es la principal etapa del proceso, no debe olvidarse que en ciertos casos opera su exclusión;[14] y si bien, dentro del procedimiento común, el debate es donde se evacuan y valoran las pruebas recabadas para tomar la decisión definitiva sobre la imputación, lo cual hace que sea una etapa trascendental, su pronta y adecuada celebración depende en mucho del respeto de las garantías previstas en las fases precedentes y en particular durante la audiencia preliminar.

Conforme al quehacer de quienes integramos los tribunales penales y valoramos diariamente el trabajo desempeñado por el/la juez/a del procedimiento intermedio y su repercusión en la realización y resultado del debate, así como con base en la experiencia de las partes según los reclamos planteados ante la Sala Constitucional, los órganos de casación penal,[15] y las instancias disciplinarias, surgen múltiples interrogantes alrededor de dicha actuación procesal que intentan alguna explicación a través de este ensayo, entre ellas: ¿está cumpliendo la audiencia preliminar con las expectativas legales?, ¿se convoca a las partes correcta y oportunamente?, ¿se celebra con observancia de las garantías y derechos de las partes?, ¿el órgano jurisdiccional competente filtra eficazmente los asuntos que deben llegar a debate?, ¿selecciona la prueba?...

**1. Pronta y oportuna celebración de la audiencia preliminar:** aunque se aspira a una administración de justicia cumplida y pronta,[16] es notorio el constante malestar por la tardanza en la decisión de los asuntos pendientes

6 Con base en el artículo 301 párrafo 2° del Código Procesal Penal. Pese a la existencia de la querella no podría disponerse la apertura a juicio si se declara su inadmisibilidad. Contra el sobreseimiento cabe apelación ante el tribunal penal, existiendo posiciones encontradas sobre la procedencia del recurso de casación: por un lado, quienes aseguran que se trata de un "sobreseimiento dictado por el tribunal de juicio" a los fines del numeral 444 del CPP y, por otro, quienes lo niegan, aduciendo que se trata de su "confirmación", según votos del Tribunal de Casación Nº 384-2005 y Nº 385-2005. En el pronunciamiento Nº 12403-2004 la Sala Constitucional señala que no es inconstitucional el rechazo del recurso de casación en esos supuestos.

7 Si el Ministerio Público solicita el sobreseimiento sin que exista querella, de acogerse esa petición y siendo esa resolución apelada, si el tribunal de juicio no estuviere de acuerdo con el criterio del *a quo* deberá presentar la disconformidad. Ver fallo Nº 311-2004 del Tribunal de Casación sobre diferentes supuestos prácticos y los poderes del tribunal de apelación.

8 *Vgr.* se puede prescindir de ésta cuando se plantean exclusivamente solicitudes de sobreseimiento, archivo, desestimación, criterios de oportunidad, excepción de extinción de la persecución, etc., de acuerdo con el numeral 310 del Código Procesal Penal. Ver LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Imprenta Mundo Gráfico, San José, 1998, p. 630.

9 Así lo determinó la Sala Tercera en el fallo Nº 784-2002, al acogerse el sobreseimiento pedido por el fiscal sin verificar tal audiencia, pese a la existencia de una querella, la cual ostentaba defectos cuyo cumplimiento se había prevenido y nunca se comunicó de ellos al interesado.

10 El artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al/a la juez/a penal el conocimiento de los actos jurisdiccionales de los procedimientos preparatorio e intermedio.

11 GONZALEZ, Daniel. *"El procedimiento intermedio."* Reflexiones...Op. cit., p. 616.

12 BINDER BARIZZA, Alberto. El proceso penal. Programa Para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, ILANUD FORCAP, San José, 1991, p. 35.

13 GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. *Introducción General.* Reflexiones ...Op.cit., p. XXIV.

14 En nuestro sistema penal confluyen la composición y la indagación, por lo que en atención a la preponderancia que alcanza la víctima es posible solucionar el conflicto subyacente al delito a través de formas alternativas distintas del contradictorio o método adversarial, según se razona en resolución Nº 2326-2002, entre otras, de la Sala Constitucional. Además, aún en los supuestos donde se busca una respuesta sancionatoria, si las partes han acordado la aplicación del procedimiento abreviado tampoco se cumple con el contradictorio.

15 Tomando en cuenta el factor "calidad procesal" desarrollado en la Memoria de la Reforma Judicial en Costa Rica y retomado en el Décimo Informe sobre el estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, con el cual se procura establecer qué tan justa o equitativa es la Administración de Justicia en atención al porcentaje de casaciones aceptadas por la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal, de modo que si se falla favorablemente se admite que el proceso no se realizó como debía haberse llevado a cabo, o es de "calidad inadecuada", apreciándose que, por lo menos durante el quinquenio de 1999 a 2003, del total de 3089 votos emitidos por la Sala Tercera, 2198 fueron confirmatorios y 891 o el 23.8 % fueron revocatorios o modificatorios. En ese mismo lapso del Tribunal de Casación Penal emanaron un total de 2072 votos de fondo, de los cuales 1074 fueron confirmatorios y 998 revocatorios o modificatorios sea un 48.2 %. Asimismo, al contrastar esas cifras con las obtenidas en el quinquenio anterior, de 1994 a 1998, se establece que respecto de ambos órganos de casación los porcentajes de fallos revocatorios o modificatorios aumentaron porcentualmente en el caso de la Sala Tercera un 5 %, dado que de un total de 3460 votos emitidos 823 fueron del apuntado carácter y del Tribunal de Casación un 1.2 %, al emitir 3460 votos de fondo y 1747 revocatorios o modificatorios, sin que se especifique la incidencia de la actuación del tribunal de la etapa intermedia en ese resultado.

16 Como un derecho fundamental de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso.

ante los tribunales penales, cuyo mayor retraso, según estadísticas, opera en las etapas previas al debate,[17] agravándose la situación ante el incremento de asuntos anualmente ingresados a esos despachos y la ausencia de regulación sobre su duración y las consecuencias ante su incumplimiento. Y aún y cuando se comparta la tesis sobre la ausencia de sujeción a un plazo determinado –asumido por la Sala Constitucional-,[18] lo cierto es que corresponde a las partes su control ya sea urgiendo pronto despacho, presentando la queja por retardo de justicia o alegando lo pertinente ante el tribunal intermedio -al tenor de los artículos 174 y 277 del CPP-,[19] ante lo cual llama mucho la atención que sea poco común en la práctica la formulación de estos reclamos ante el/la juez/a penal, primero porque a éste/a le corresponde su solución y, segundo, porque sí es frecuente su presentación en la vía disciplinaria;[20] óptica desde la cual pareciera que las partes "coadyuvan" con esas dilaciones cuando no buscan su reparación ante quien directa e inmediatamente puede evitar el retraso innecesario del proceso.

Igual tardanza se aprecia en la convocatoria y realización de esa audiencia, aún en asuntos sencillos –como la mayoría de los delitos contra la propiedad, por desobediencia a la autoridad, etc.- o con imputados/as privados/as de su libertad, sin que tal retraso sea totalmente atribuible al órgano jurisdiccional (cuando por ejemplo, por saturación de la agenda, no pueda señalarse con prontitud), pues la investigación está en manos del Ministerio Público y en sus funcionarios recae el deber de formular oportunamente las solicitudes viables para su conclusión;[21] resultando notoria la responsabilidad del tribunal ante el retorno de la causa a esa etapa por su indebida intervención –al no controlar la actividad requirente, ni observar las reglas de la competencia, entre otras-, por la incorrecta notificación de las partes, inadecuado traslado de los/as detenidos/as, etc..[22]

**2. Notificación al imputado:** pese a que la asistencia de la persona acusada a la audiencia preliminar es facultativa, se parte de su comunicación previa, de manera que si no concurre sea por falta de interés, más no porque se omitió imponerla de su celebración. Ese es el espíritu de la normativa vigente, notándose, sin embargo, que los juzgados penales suelen tenerla por correctamente notificada cuando se hace esa comunicación a su defensor/a, sin haberle prevenido antes de su derecho de señalar un lugar para escuchar notificaciones. Verificar lo anterior resulta de relevancia sobre todo cuando la persona endilgada pretende acudir a mecanismos alternos, los cuales, para su admisibilidad, demandan su presencia. De ahí que, ante situaciones de incorrecta notificación del/de la justiciable a la audiencia preliminar, resulta rígida la posición de la Jefatura del Ministerio Público (según circular remitida a todos los fiscales en agosto de 2005) de no autorizar la aplicación de medidas alternativas, ni el procedimiento abreviado, en la fase de debate donde se promueva la actividad procesal defectuosa por ese motivo.[23]

En el fallo Nº 697-99 la Sala Tercera definió la obligación del/de la imputado/a de mantenerse en contacto con su defensor/a para informarse sobre la marcha del proceso; siempre y cuando antes se le hubiere prevenido su derecho de señalar un lugar o medio para atender notificaciones, y que, en ejercicio de ese derecho, hubiere

17 Corroborada tanto a través de las memorias de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, como del Décimo Informe sobre el estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, en los cuales se detalla que de 1998 a 2003, en los expedientes fallados con sentencia en los tribunales penales del país, la duración promedio oscila entre 17 meses en el primer año a 21 meses en el segundo, advirtiéndose que de 2000 a 2003 la duración promedio de un asunto en las etapas preparatoria e intermedia ha sido de 10 meses y 3 semanas en el año 2000 a 14 meses y 2 semanas en el 2003, es decir alrededor de las dos terceras partes de la duración total.

18 En el pronunciamiento Nº 1116-2000 de esa Sala se explica que la negativa del legislador para la fijación de un plazo -remitiendo sólo a uno que sea "razonable"-, obedece a que sólo en cada supuesto específico se puede establecer si el cumplido es razonable o no, en atención a las vicisitudes de cada investigación penal

19 Por ejemplo en el voto Nº 5827-2002, el Tribunal Constitucional nacional sostiene que si el Ministerio Público no ha resuelto oportunamente el asunto de interés para el recurrente, éste podría acudir a los mecanismos legalmente establecidos para tales efectos, sin perjuicio de que plantee los respectivos reparos ante el juez de la etapa preparatoria.

20 Donde para el año dos mil cuatro del total de 1028 casos entrados al Tribunal de la Inspección Judicial, 194 fueron quejas por retardo de justicia, sin especificarse la materia; sin que esa responsabilidad disciplinaria por falta oportuna de resolución tenga consecuencia en el proceso, según se extrae de la sentencia Nº 142-2000 de la Sala Tercera

21 Según datos de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, referidos al cuarto trimestre del año 2004, del promedio de duración de un proceso concluido con sentencia (cuyo lapso es de 20 meses y 3 semanas), el plazo de 14 meses y 2 semanas (que constituye casi tres cuartas partes del lapso total) es el requerido para el agotamiento de la etapa preparatoria e intermedia, siendo dicho resultado una constante en otros datos de ese orden.

22 En cuanto a lo último, en el voto Nº 4265-2001, la Sala Constitucional consideró que si por no realizar los trámites indispensables para el apersonamiento de uno de los encartados privados de libertad –previamente cambiado de centro de reclusión-, dicho tribunal tuvo que modificar la fecha de la audiencia, ese atraso para su celebración por un error de la administración no debían sufrirlo los amparados, acogiendo el amparo por violación a los artículos 37 y 41 de la Constitución Política. La Sala se apoya en la necesidad de su expedita convocatoria y efectiva realización en virtud de que *"...uno de los fines de la audiencia preliminar es la posibilidad de solicitar la revocación de la medida cautelar, así como el solicitar la aplicación de medidas alternas al proceso penal en su beneficio." Vgr.* el voto Nº 367-99 de la Sala Tercera, que acoge el recurso de casación porque el Juzgado Penal citó al encartado en un horario diferente al que correspondía la celebración dela audiencia.

23 En resoluciones Nº 367-99 y Nº 262-2004 de la Sala Tercera y Nº 281-2001 del Tribunal de Casación Penal se dispuso el reenvío para el cumplimiento de ese acto, por una indebida comunicación al imputado de la audiencia preliminar.

indicado su deseo de recibirlas con su asesor/a legal.[24] De ahí que en el fallo Nº 262-2004 dicha Sala anulara la sentencia cuando el encartado nunca expresó cuál sería ese lugar o medio, sin que se le previniera que lo hiciera, vulnerándose las garantías procesales al impedírsele que se impusiera del señalamiento y de la posibilidad de plantear medidas alternativas. Además, sólo cuando la persona estuviera detenida cesaría esa obligación pues tal vinculación quedaría condicionada a las visitas carcelarias y comunicación que su representante mantuviera con ella.[25] Sin embargo, en la sentencia Nº 167-2004 la Sala Tercera asume un criterio distinto señalando que si el/la encartado/a conocía que estaba siendo investigado/a y se encontraba en libertad, debía mantener contacto con el abogado de su confianza, a quien bastaba notificar -de acuerdo con lo establecido por el numeral 158 del Código de rito-, pues ni la ley, ni la naturaleza del acto obligaban una comunicación personal.[26]

Dejando de lado esa ambivalencia jurisprudencial,[27] para evitar la anulación del fallo y el retraso del proceso lo medular es la prevención al/a la acusado/a la indicación de lugar o medio para notificaciones, de modo que sólo si éste/a señalara el mismo dispuesto por su defensor/a, la comunicación se cumplirá con la notificación a éste/a, pero si no se efectúa tal prevención no se podría asumir su realización con tal profesional básicamente por dos razones: primero, porque la autoridad jurisdiccional está sometida a la ley y, en consecuencia, deberá prevenirle ese señalamiento –al tenor de lo dispuesto por los artículos 84, 92 y 157 del CPP-, sin que su omisión pueda serle atribuida al/a la encartado/a con una interpretación como la expuesta;[28] y segundo, porque las notificaciones sólo se dirigirán a los defensores "...*salvo que la ley o naturaleza del acto exijan que las partes también sean notificadas...*" -numeral 158 *ídem*-, en cuyo caso, aunque no es obligatoria la comparecencia del/de la endilgada/a a la audiencia, cuando por la naturaleza del acto se requiera su presencia –*vgr.* realización de una conciliación, procedimiento abreviado, etc.-, sí debería cumplirse de ese modo.

**3. Juez natural, independiente e imparcial:** son diversas las circunstancias que pueden conllevar a la violación de esta garantía, destacando su afectación con la delegación de funciones del juez penal al contravencional,[29] según lo autoriza el numeral 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto, aparte de que la citada disposición puede promover el abuso de ese recurso -como en efecto ha ocurrido-,[30] la delegación suele verificarse en situaciones diversas de las legalmente admitidas: para actos del procedimiento preparatorio, bajo el control del juez penal y en casos de urgencia.[31] Así, por ejemplo, si bien en la audiencia preliminar es dable la realización de anticipos de prueba,[32] no sería factible su delegación al juez contravencional por tratarse de actos propios de la etapa intermedia; por lo que, al amparo de la mencionada garantía, debe acudirse a una interpretación restrictiva de las normas que autorizan alguna delegación de la competencia -como sucede con el artículo 118 citado-, de forma que si únicamente es aceptada para ciertos actos jurisdiccionales no pueda autorizarse en situaciones distintas, debiendo siempre motivarse y comprobarse la urgencia.[33]

Por otro lado, en los delitos contra la Hacienda y la Función Pública, el principal problema detectado es el cumplimiento indiscriminado de los actos de la etapa preparatoria e intermedia y la celebración de la audiencia

24 En similar sentido la resolución Nº 489-2001 de la Sala Tercera, en la cual se rechazó la impugnación porque la citación personal no se produjo al señalar el acusado para escuchar notificaciones la oficina de su defensor.

25 Así también en el pronunciamiento Nº 697-99 de la Sala Tercera, entre otros. Cosa distinta ocurre cuando se realiza la audiencia preliminar encontrándose el/la imputado/a rebelde, situación que en el supuesto valorado mediante el fallo Nº 549-2003 de la Sala Tercera motivó la ineficacia de la sentencia.

26 Esta resolución se apoya en la sentencia Nº 2628-2000 de la Sala Constitucional, en la cual los endilgados alegaron la violación al debido proceso ante la falta de citación personal a la audiencia preliminar; empero, la Sala consideró que a pesar de esa omisión, sí se había notificado al defensor de los amparados conforme al artículo 158 *ídem*, sin que se produjera indefensión, máxime que el abogado compareció a la diligencia, además de que el artículo 316 *ídem* no exige la notificación personal y era facultativo para ellos asistir a la audiencia.

27 Generadora de inseguridad jurídica y confusión sobre la correcta convocatoria, con repercusiones en la celeridad procesal al llegarse, en la práctica nacional, hasta a la anulación el fallo y el reenvío de la causa cuando no se cumple en consonancia con dichas valoraciones, así Nº 367-99 y Nº 262-2004 de la Sala Tercera y Nº 281-2001 del Tribunal de Casación Penal.

28 Ni tampoco establecer que, por estar fuera del perímetro judicial, no corresponde esa citación, según lo han considerado algunos juzgados penales, porque es deber de la autoridad prevenirle oportunamente de esa extralimitación territorial para que fije un nuevo lugar o medio, acorde a las exigencias de esa circunscripción.

29 En el voto Nº 2566-2003 la Sala Constitucional se pronuncia sobre la ausencia de infracción constitucional con tal acto de delegación de funciones.

30 Según se detectó en votos Nº 874-2002 y Nº 607-2003 de la Sala Tercera, los cuales anularon las actuaciones desempeñadas por no existir motivo de urgencia, incluso en el segundo asunto se estableció que la delegación ocurrió encontrándose el juez penal disponible para su ejecución. En similar sentido ver votos: Nº 240-03 y Nº 322-04 de esa misma Sala.

31 Así lo remarca el Tribunal de Casación en el voto Nº 1006-2003, indicando que los actos cumplidos por el juez delegado son violatorios del debido proceso; igual criterio sostiene la Sala Tercera en el fallo Nº 253-2004 en el caso del anticipo jurisdiccional de testigos provenientes de Panamá que debían retornar a ese país y quienes a altas horas de la noche concurren ante el juez contravencional de Bribrí en vista de la ausencia de juez penal en el lugar, y la distancia del asiento de su despacho.

32 Con sustento en los numerales 317 incisos c) y 319 párrafo cuarto en relación con el artículo 293 del CPP.

33 El Tribunal de Casación Penal en resolución Nº 477-2004 aparte de mantener el señalado criterio, rechazó que en el asunto particular existiera una situación de urgencia en tanto el allanamiento delegado bien pudo efectuarse en otro momento, sin que el hecho de que el juez tuviera otras diligencias que cumplir fuera razón suficiente para ello. Un análisis similar se hace en la sentencia Nº 1006-2003 del mismo Tribunal.

preliminar –que es el supuesto que acá interesa valorar- por los/las diversos/as jueces/zas penales del país, únicamente en atención a la competencia territorial y con desconocimiento de que en esos asuntos el tribunal previamente determinado y autorizado por ley[34] es el juez penal de hacienda del Segundo Circuito Judicial.[35] Igual afectación se genera a la inversa, es decir cuando se remiten asuntos a dicho órgano jurisdiccional frente a ilícitos que no son de su competencia.[36]

En otro orden, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre diversas normas del ordenamiento jurídico,[37] prevé que el órgano jurisdiccional debe ser competente, conocer el derecho, ser nombrado legalmente,[38] así como ser imparcial e independiente,[39] última garantía que resulta amenazada si, como parte de las diligencias preparatorias, recaba la prueba y luego interviene en el juzgamiento, ya que difícilmente podría permanecer objetivo frente a la causa.[40] Como corolario del principio democrático y la lógica acusatoria, el tribunal actuante en la investigación –por ejemplo autorizando, controlando y realizando allanamientos, reconocimientos e intervenciones telefónicas-,[41] en la definición de medidas cautelares –sobre todo cuando valora el indicio comprobado sobre la comisión del hecho delictivo-,[42] o en los actos propios de la audiencia preliminar y en la emisión del auto de apertura a juicio,[43] posteriormente no podrá participar en el debate,[44] sin que tampoco sea cualquier intervención[45] la que pueda afectar su imparcialidad y la legalidad del proceso.

34 Mediante la Ley de Creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, Nº 8275, publicada en La Gaceta Nº 94 del 17 de mayo de 2002 (a regir un año después de su publicación), se dispone que esa materia corresponde al Juzgado Penal y al Tribunal Penal de Hacienda y de la Función Pública con competencia en todo el territorio nacional y con asiento en el circuito judicial que designe la Corte Suprema de Justicia (numeral 2º de tal cuerpo normativo), la cual sesión de Corte Plena Nº 18-03 del 12 de mayo del año 2003, artículo X, aprobó las Reglas Prácticas para la aplicación de dicha ley, recargándose al Juzgado Penal y al Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José el conocimiento y decisión de tales causas, siempre que se trate de causas iniciadas a partir de la vigencia de la ley o que habiendo iniciado antes no estén en los procedimientos preparatorio o intermedio (Transitorio único). El artículo 1º de la Ley Nº 8275 establece que únicamente corresponden a ese ámbito competencial: los delitos contra los deberes de la función, los delitos tributarios, los contenidos en La Ley General de Aduanas Nº 7557 y sus reformas, en la Ley Orgánica del Banco Central Nº 7558 y sus reformas, y en la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos Nº 6872. Obsérvese que los ilícitos del Código Penal enunciados en la ley de referencia son sólo los comprendidos en el Título XV, denominado *"Delitos contra los Deberes de la Función Pública"*, por lo que sólo los abarcados por ese título podrán ser sometidos al conocimiento y decisión de los tribunales descritos. Tampoco es dable interpretar que por ser un funcionario público el presunto autor de la ilicitud esa condición, *per se,* le otorga la competencia a los órganos descritos, en virtud de que la misma está dada conforme al comportamiento típico señalado en la Ley Nº 8275 y no en esa específica condición del sujeto activo, razón por la cual un funcionario público bien puede incurrir en una actuación ilícita sin ser atraído por este ámbito competencial, como ocurre, por ejemplo, con los delitos de matrimonio ilegal, ocultación de impedimento y simulación de matrimonio autorizados ejecutados por funcionarios públicos o la inobservancia de formalidades, numerales 177 a 180 del Código Penal.

35 Según ha resuelto el Tribunal Penal del II Circuito Judicial. Ver el conflicto de competencia dirimido por el Tribunal de Casación Penal, en voto Nº 1098-2005.

36 Como sucede comúnmente con las causas penales por desobediencia a la autoridad. Sobre la vulneración al juez natural a través de las normas de la competencia o la manipulación en el reparto o radicación del proceso consúltese: SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal. 1ª Edición, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998, p. 278.

37 Por ejemplo los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 35, 39, 41 y 42 de la Constitución Política, 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1, 2, 5, 6, 55 inciso a), 178 inciso b) del Código Procesal Penal. Ver voto Nº 7531-97 de la Sala Constitucional.

38 En el fallo Nº 246-2000 la Sala Tercera determina un vicio absoluto cuando la funcionaria nombrada y actuante no es profesional en derecho y por ello no puede desempeñarse como jueza.

39 La Sala Constitucional en la resolución Nº 6470-99, al hacer una relación del último postulado con el principio democrático, menciona que éste actúa como garantía de las partes involucradas en el proceso y se traduce en el derecho del imputado de ser juzgado por tribunales independientes en relación con los otros Poderes del Estado y hacia lo interno del Poder Judicial.

40 Así lo ha considerado la Sala Tercera en el fallo Nº 489-2004.

41 A pesar de que dichas circunstancias no están expresamente previstas en el numeral 55 del CPP, el tribunal debe excusarse de conocer cuando se afecte su imparcialidad, sin que tal listado sea taxativo según votos Nº 7531-1997, Nº 4727-1998 y Nº 256-2003 de la Sala Constitucional; máxime que, en virtud del principio descrito, no sería procedente que luego de haber intervenido en la identificación de las fuentes de prueba o en su recolección, el mismo funcionario sea quien dicte sentencia. Un argumento adicional se menciona en el voto Nº 2001-781 del Tribunal de Casación respecto a los delitos por narcotráfico.

42 El Tribunal de Casación en voto Nº 589-2005 determina esa vulneración si el juez sentenciador ordenó y presenció el allanamiento y la requisa personal del encartado, además de ser quien inicialmente dispuso la prisión preventiva. En similar sentido ver Nº 781-2001 del mismo tribunal.

43 Para ese supuesto el numeral 55 inciso a) del CPP dispone expresamente que el tribunal que emite el auto de apertura a juicio *"deberá excusarse de conocer en la causa"*, motivo por el cual en la resolución Nº 980-2001 la Sala Tercera acoge la casación, al haber dictado la jueza penal que integra el tribunal sentenciador el auto de apertura, destacando el deber de todos los integrantes de efectuar esa revisión para evitar la ineficacia de la decisión.

44 Así lo ha señalado la Sala Tercera en la resolución Nº 256-2003; incurriéndose en semejante vulneración cuando en una causa contra varios imputados uno de ellos se somete al abreviado y los mismos integrantes que intervienen en ese procedimiento, participan en el debate y dictan sentencia para los restantes: Nº 342-2000 de la Sala Tercera. Igual en el fallo Nº 256-2005 de esa misma Sala se declara con lugar la revisión porque uno de los jueces de juicio en etapas precedentes decretó la prisión preventiva, participando la Sala Constitucional de ese criterio en voto Nº 5301-2005.

45 Bajo la vigencia del artículo 29 inciso 1º del Código de Procedimientos Penales de 1973, la Sala Tercera -en el pronunciamiento Nº 264-2002- interpretaba que no existía causal de inhibición cuando el tribunal si bien había emitido pronunciamiento de fondo, no lo hacía mediante sentencia. Empero en la actualidad más que el tipo de resolución interesa su contenido para definir la existencia de motivos de excusa, porque tratándose, por ejemplo, del dictado de la prisión preventiva sus valoraciones sobre la probable participación delictiva podrían considerarse lesivas a la imparcialidad que debe observar durante el debate.

El/la juez/a a cargo de la audiencia preliminar debe examinar los alcances de su proceder durante la investigación, cosa que no ha merecido mayor reflexión a la fecha –según se extrae de los citados criterios jurisprudenciales-, porque si su actuación previa se ha limitado a aspectos de mero trámite,[46] no existirá impedimento alguno para su posterior participación en la citada audiencia; pero si ordenó medidas cautelares, o fungió como contralor de los actos de investigación,[47] no sería factible que valore imparcialmente actuaciones ejecutadas o cumplidas en su presencia para decretar o no la apertura a juicio, pudiéndose argumentar "adelanto criterio" cuando antes el tribunal ha definido la probable participación ilícita de la persona a quien se le aplica una medida cautelar. De ahí que independientemente de que ese proceder esté o no literalmente contemplado como causal de excusa o de recusación, ésta sería admisible cuando se comprometa su objetividad e imparcialidad,[48] en tanto -como se dijo- no es una enunciación *numerus clausus*.[49] Una situación similar se vislumbra, entre otras, cuando en la audiencia preliminar el tribunal participa en la conciliación,[50] la suspensión del proceso a prueba o el procedimiento abreviado, y después se incumple el acuerdo o el plan reparador, o, tratándose del abreviado, se rechaza su aplicación por el tribunal de juicio, supuestos bajo los cuales el órgano podría estar impedido para actuar en la sucesiva audiencia preliminar ante su eventual contaminación.[51]

**4. Desarrollo de la audiencia preliminar:** algunos reclamos versan sobre la falta de apersonamiento del fiscal,[52] y sobre la inobservancia de la inmediación, concentración y oralidad, discutiéndose la posibilidad de hacer un parangón entre tal audiencia y el debate para aplicar analógicamente a la primera las reglas del juicio, según la sentencia Nº 1362-99 de la Sala Tercera, en la cual se afirmó esa compatibilidad entre los citados principios y se identifica la oralidad como una norma esencial.[53]

Por ese motivo, si en el caso examinado por la Sala la resolución emanada con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar fue emitida por un juez distinto del que participó en aquella, se produce una afectación a una regla elemental de la oralidad cual es la "identidad física del juzgador",[54] exigiéndose que en razón de ésta y de la continuidad sea la misma persona quien intervenga en las distintas audiencias, delibere (en forma inminente, ininterrumpida y secreta), redacte y firme la respectiva resolución, la cual deberá comunicarse verbalmente a las

46 Por ejemplo a la convocatoria de las partes a la recepción de una declaración anticipada, o a una audiencia de conciliación, según voto Nº 212-2004 de la Sala Tercera; sosteniendo un criterio similar el Tribunal de Casación en el fallo Nº 632-2002 para descartar la tesis de la defensa sobre el "adelanto de criterio" con la emisión de resoluciones de mero trámite.

47 *Vgr.* al emitir la orden de allanamiento y verificar su realización conforme a las exigencias normativas, o bien al recibir la declaración anticipada de un deponente, incluso con la posibilidad de figurar como testigo sobre esa diligencia y su resultado.

48 De ahí que el párrafo segundo del numeral 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponga que se procurará que un mismo funcionario no asuma ambas etapas en un mismo proceso, salvo que, por la cantidad de asuntos de los que conoce, el despacho esté integrado por un solo juez. Situación última preocupante cuando en el país existen juzgados penales en esas condiciones, según ocurre en Puriscal y Osa, por ejemplo. Sin embargo ese no fue el criterio sostenido por la Sala Tercera en la resolución Nº 142-2000.

49 La Sala Constitucional en el pronunciamiento Nº 7531-1997, señaló: *"...la simple omisión atribuida a una norma jurídica* (...) *no tiene la virtud -por sí misma- de servir de impedimento para el ejercicio de un derecho fundamental, pues en tal caso, lo que procede es la aplicación directa por parte del Juez, de la norma de mayor rango, en este caso, el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, del que se deriva -en el citado aspecto de la imparcialidad...."* Una posición semejante de la misma Sala en votos Nº 4727-1998 y Nº 256-2003.

50 Desde esa perspectiva se comulga con el contenido de la nota del Magistrado Dall'Anese en el voto Nº 642-2003 de la Sala Tercera en tanto enfatiza que: *"... por mucho que el juzgador de la conciliación guarde la reserva del caso, podría haberse impuesto de datos o información que lo harían prejuzgar y afectar su decisión posterior como juez de juicio, y con ello quebrar la objetividad que merecen las partes (art. 6 C.P.P.)."* Lo anterior sin desconocer también el conflicto ético que se presenta a ese/a funcionario/a.

51 Acá corresponde aplicar analógicamente el pronunciamiento Nº 7915-2004 de la Sala Constitucional para restringir esa participación: *"...resulta válido limitar la posibilidad acogerse a un proceso abreviado, porque ello se ajusta a la lógica del sistema procesal penal actual en el sentido de que* (...) *no solamente se trata de etapas que precluyen de forma sucesiva, sino porque además, esa limitación protege en principio el derecho fundamental a un juez imparcial, que se lesionaría si un tribunal toma conocimiento y opinión sobre un caso por la vía de la valoración de un proceso abreviado, y luego ese mismo tribunal realiza el juicio oral sobre el caso."* En otras palabras, si ya el tribunal ha escuchado la versión de la persona acusada sobre la motivación que tuvo para el comportamiento delictivo de cara a una conciliación, una suspensión del proceso a prueba o un abreviado, e incluso emitió resoluciones con fundamento es tales manifestaciones, cómo podría después resolver objetivamente si ese caso debe ser o no conocido en juicio, o si amerita el dictado de un sobreseimiento provisional o definitivo, por ejemplo.

52 En la sentencia Nº 823-2000 del Tribunal de Casación Penal se alude a la participación obligatoria de la Fiscalía en la audiencia, a pesar de la solicitud previa de sobreseimiento, en razón del principio de oralidad, esencial en el modelo acusatorio. En similar sentido el voto Nº 489-2001 de la Sala Tercera señala la obligación de asistencia del fiscal y del defensor para controlar la acusación y la prueba.

53 Instaurándose los siguientes postulados: *"...(i) las partes intervendrán de viva voz en una discusión moderada por el juez* (...) *el imputado podrá declarar* (...) *de manera excepcional podrá disponerse la producción de prueba, salvo que corresponda recibirla en debate* (...) *(ii)* (...) *los actos deben realizarse durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias para finalizar la discusión* (...) *(iii)* (...) *en la medida en que resultan compatibles con la naturaleza oral de la audiencia, deben aplicarse análogamente todas las reglas de oralidad, inmediación y concentración previstas para realizar el debate (artículos 333, 336, 360 y 364 del Código instrumental)."*

54 Parte del debido proceso, Sala Constitucional en voto Nº 1739-92. Cfr.: Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999.

partes tan pronto haya concluido la deliberación, pudiéndose diferir hasta por 48 horas.[55]

En el voto mayoritario Nº 36-2001 del Tribunal de Casación se indica que la superación de ese lapso de 48 horas –fijado en el numeral 319 del CPP- a lo sumo podría conllevar a una sanción disciplinaria –conforme al artículo 174 *ídem*-, o bien a la responsabilidad civil y penal por incumplimiento de deberes, al no establecer el legislador ninguna consecuencia por su inobservancia y no perderse la inmediación, como sí ocurre en el juicio –por estar la prueba plasmada en documentos-. Empero hay voto salvado del juez Dall´anese al estimar que se violenta la oralidad, la inmediación, la concentración y el contradictorio, cuando se excede por más de tres meses ese plazo, debido a que se conspira contra los atributos señalados al proceso acusatorio pues los elementos de juicio se van diluyendo en el tiempo y abandonan la memoria del juzgador, aparte de desechar el criterio de taxatividad para la exclusión del acto. A los anteriores argumentos, habría que adicionar la lesión producida al debido proceso y a la celeridad pretendida con la delimitación temporal de referencia y, finalmente, recalcar que la inmediación no sólo se tutela respecto de las pruebas, sino también de los argumentos de las partes, siendo evidente que después de un prolongado lapso de tres meses esos razonamientos e imágenes no serán tan nítidos como lo fueron dentro de las 48 horas posteriores a su producción.

**5. La función contralora de la actividad requirente:** se sabe que corresponde al tribunal del procedimiento intermedio –artículo 319 párrafo segundo del CPP- revisar sustancial y formalmente[56] la querella y la acusación –principal o supletoria, alternativa o subsidiaria-,[57] piezas mediante las cuales la persona endilgada conocerá cuáles son los hechos por los cuales se le someterá a juicio,[58] de ahí que dicha función lleve implícita la observación del derecho de defensa como parte integrante del debido proceso, tratándose de un derecho reconocido por la legislación nacional e internacional,[59] tutelable a través de la adecuada imputación y de la correlación entre esa requisitoria y la sentencia.[60]

En suma, la evaluación de la forma y del fondo de la acusación y la querella conlleva: verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 76 y 303 *ídem* –que sea clara, precisa y circunstanciada-;[61] determinar si hay base suficiente para que el asunto sea decidido en debate; valorar las modificaciones, aclaraciones o ampliaciones del fiscal o del querellante, y las objeciones por defectos sustanciales o formales. Lo último de acuerdo con el artículo 317 inciso a) del CPP, el cual autoriza a las partes realizar ese tipo de reclamos que, tratándose de vicios de forma, podrían dar lugar a la prevención de corrección o saneamiento contemplada por el numeral 15[62] en relación con los artículos 175 al 179 *ídem*,[63] sin que para los defectos sustanciales o esenciales resulte posible

55 Sin embargo, habiéndose alegado que el juez penal había participado en otra audiencia similar, sin haber resuelto previamente la de ese proceso, en el pronunciamiento Nº 889-2003 el Tribunal de Casación determinó que la observancia de tales reglas estaba supeditada a su compatibilidad y como en la audiencia preliminar no se recibe prueba y la documental ya consta en el legajo de investigación, no se impide al órgano intervenir en otras diligencias análogas, sin haber resuelto la anterior. Además, se advierte que el principio de concentración está especialmente ligado a las pruebas y los argumentos de las partes, los cuales se consignan en el acta; que no se demuestra el perjuicio ocasionado; y que tampoco hay normas que prohíban ese proceder e interpretarlo así sería violentar el principio de legalidad y taxatividad al declarar una actividad procesal defectuosa no contemplada en la ley; argumento último cuestionable al amparo del CPP, el cual a pesar de incorporar el "principio de especificidad" que supone la existencia de un texto legal que ordene la invalidez del acto para su declaratoria, también se admite la exclusión de actos que no encuentran ese respaldo, según ocurre con todas las violaciones a la legalidad referidas al debido proceso, las cuales automáticamente se convierten en infracciones constitucionales, según ARMIJO SANCHO, Gilberth. *"Derechos Fundamentales y Actividad Procesal Defectuosa."* Nuevo Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, pp. 316-317.

56 El control formal corrobora la satisfacción de los requisitos legalmente exigidos, mientras que el sustancial conlleva la verificación del mérito y la procedencia de lo requerido, como ocurre por ejemplo con la falta de fundamentación, según GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *"El procedimiento intermedio"*. Reflexiones...Op.cit., p. 620.

57 Si es alternativa no existe prioridad entre una y otra, y si es subsidiaria habrá una principal y otra secundaria. El numeral 305 del CPP regula lo atinente a la acusación supletoria o subsidiaria, advirtiéndose que en el caso de sobreirradiados de la C.C.S.S. pese a que la Fiscalía acudió a esa figura, el juez penal admitió únicamente la acusación principal, lo cual motivó el posterior reclamó de ese órgano acusador ante la Sala Tercera, según se resolvió en sentencia Nº 685-2003. Ver MORA, Luis Paulino. "*Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998*". Reflexiones...Op.cit., p. 30 y MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal ...Op.cit., p. 574.

58 MORA MORA, Luis Paulino. "*Los Principios fundamentales que informan el Código procesal Penal de 1998*". Reflexiones...Op.cit., p. 7.

59 Artículos 8.2 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3 inciso a) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y 76, 82, 92 y 303 del CPP.

60 Último principio que impide tener como demostrados hechos diversos de los contenidos en la requisitoria fiscal o la querella, según el artículo 365 *ídem* Ver, entre otras, las resoluciones Nº 1739-92, Nº 3490-95 y Nº 2618-95 de la Sala Constitucional y Nº 112-98, Nº 132-98, Nº 458-99, Nº 841-2001, Nº 102-2003 y Nº 574-2005 de la Sala Tercera.

61 Durante la audiencia toca al/a la juez/a penal constatar si describe con claridad y circunstanciadamente el hecho ilícito atribuido pues si no cumple con esos requerimientos carecería de fundamento, lo cual se considera un vicio esencial. Consúltense fallos Nº 685-2003, Nº 808-2000 y Nº 552-1999 de la Sala Tercera.

62 Lo anterior en concordancia con el deber del órgano jurisdiccional de corregir el procedimiento para evitar retrasos innecesarios, lograr una adecuada administración de justicia y la seguridad jurídica. Ver resolución Nº 5967-93 de la Sala Constitucional y Nº 337-2002 de la Sala Tercera, última atinente a la verificación de
la indagatoria respecto de todos los delitos denunciados.

63 El voto Nº 784-2002 de la Sala Tercera tácitamente reconoce la posibilidad de prevención para la corrección de defectos, en general, de la querella, con la finalidad de que esté conforme a derecho.

tal prevención[64] (por disposición expresa del artículo 15 ya citado, correspondiendo acá definir la procedencia de la apertura a juicio o el sobreseimiento).

La posición de la Sala Tercera respecto a la posibilidad de corrección de la acusación ha girado en diversos sentidos, [65] destacando que:

- inicialmente señaló que el saneamiento de la acusación es ilegal –en cualquier etapa- cuando versa sobre hechos constitutivos o esenciales del delito acusado, criterio posteriormente variado;[66]
- sólo se pueden corregir defectos de forma o errores materiales que no modifiquen sustancialmente la imputación, ni provoquen indefensión conforme al numeral 348 del CPP;[67]
- también se pueden corregir hechos nuevos o circunstancias no mencionadas en la acusación o querella que modifiquen la calificación legal o integren un delito continuado, al tenor del artículo 347 *ídem*.[68]

En dos casos de homicidio, resueltos en los votos Nº 46-99 y Nº 141-2002 por esa Sala, se describían en las respectivas piezas las circunstancias periféricas del ilícito, sin mencionar lo relativo al núcleo de la imputación -la acción de dar muerte al ofendido-, **corrigiéndose en el primer asunto ese defecto en la etapa del debate** mediante la "notificación oral supletoria", para lo cual el tribunal de juicio utilizó como antecedente el fallo Nº 137-F-92 de esa misma Sala; sin embargo, el órgano de casación consideró improcedente su aplicación, anuló la sentencia y ordenó la reposición del juicio. En el supuesto del pronunciamiento Nº 141-2002 la acusación **se corrigió en la audiencia preliminar**, habiendo la defensa técnica alegado actividad procesal defectuosa y solicitado el sobreseimiento del inculpado. En este último asunto la autoridad jurisdiccional acogió la gestión y devolvió el asunto al Ministerio Público para que saneara el vicio, con fundamento en el artículo 15 del CPP, luego el fiscal elaboró una segunda acusación que sí describía la totalidad de la acción típica, pero la Sala Tercera también anuló todo lo actuado a partir de la formulación de la primera imputación, resolvió el asunto por el fondo y, con base en tal pieza, absolvió. En el último pronunciamiento destaca la indicación de que, ante un vicio esencial valorado durante la audiencia preliminar, el juez penal tiene dos opciones: desestimar total o parcialmente la causa, o sobreseer a la persona endilgada, considerándose que -en contravención al debido proceso, al derecho de defensa, a la imparcialidad, al derecho a la igualdad, así como a los límites de la labor contralora de la actividad requirente-, el órgano jurisdiccional retrotrajo el proceso a una etapa precluída y previno la subsanación de un vicio absoluto y esencial –

64 Posición asumida por la Sala Tercera, entre otras, en sentencia Nº 46-99.

65 Expresados, entre otras, en votos: Nº 112-98, Nº 132-98 (en estos dos primeros se expresan distintas medidas utilizadas en la fase instructiva o en el juicio para la acusación correctiva, salvo que en debate el hecho sea diverso que justificaría el reinicio del procedimiento), Nº 46-1999, Nº 141-2002, Nº 577-2002, Nº 337-2002, Nº 102-2003, Nº 592-2003, Nº 685-2003, Nª 984-2003, Nº 1148-2003, Nº 965-2004, Nº 32-2005, Nº 167-2005, Nº 284-2005, Nº 375-2005 y Nº 999-2005; enfatizándose que no ha sido la finalidad de la Sala sentar reglas específicas en esta materia pues deben ponderarse las variables concretas, según resoluciones Nº 375-2005 y Nº 574-2005 y que la acusación no puede modificarse irrestrictamente, ni por cualquier motivo: Nº 1211-05.

66 Estimándose que esa pieza acusatoria es la base del juicio y debe contener una determinación concreta del hecho atribuido, de lo contrario carecería de fundamento e incurriría en un vicio esencial, según voto Nº 141-2002 de la Sala Tercera (que aún impidió su corrección durante la etapa intermedia), desde cuya óptica si la acusación está viciada el debate también, con una posición similar en pronunciamientos Nº 577-2002 y Nº 574-2005; criterios variados mediante resolución Nº 984-2003 (y reiterado en Nº 1148-2003), que, en resumen, reconoce la posibilidad de corrección de defectos sustanciales de la acusación en la etapa de debate dando al imputado la posibilidad de declarar y ofrecer prueba sobre los cambios y ordenando la suspensión por diez días para preparar la defensa, al enfrentarse un problema de derecho de defensa y no de etapas procesales. En similar sentido el Tribunal de Casación en pronunciamiento Nº 20-2005.

67 Así la Sala Tercera en sentencia Nº 46-99: *"...el saneamiento se refiere a defectos formales, secundarios o periféricos, pero nunca a la esencia misma de la acusación..."*. En la resolución Nº 574-2005, de la misma Sala, se dice que al no explicarse qué se entiende por "simple error material" o "modificación esencial" se permite corregir lo que no afecte el derecho de defensa, situación que corresponde ser valorada en cada caso por el tribunal; mientras que en el fallo Nº 167-2005 se aceptó la corrección del fiscal especificando cómo había sido la violación mediante un lenguaje jurídico adecuado, cuando antes se cometió el error –que no modifica esencialmente la acusación- de incluir como hecho la versión testimonial del ofendido menor de edad que relató en sus propias palabras el acceso carnal del que fue objeto.

68 Consultar sentencias de la Sala Tercera Nº 984-2003 (sobre la posibilidad de corregir la acusación en debate) y Nº 965-2004 (sobre los límites de esa modificación). Las principales discusiones se suscitan acá en torno a los alcances de la ampliación de la acusación durante el juicio, en especial sobre la posibilidad de incluir cualquier un hecho nuevo, incluso diverso del acusado, razonándose que el CPP de 1973 limitaba la inclusión a hechos que integraban un delito continuado o constituían causales de agravación, mientras que el CPP vigente si bien es más amplio, finalmente lo restringe al primer supuesto y a la variación de la calificación, por lo que el hecho nuevo para ser válidamente incorporado debe guardar relación con el inicialmente acusado –y no ser uno totalmente distinto- y respetarse el derecho de defensa, según votos Nº 194-92 (que impidió ampliación respecto de hecho nuevo y diverso) y Nº 999-2005 de la Sala Tercera, en este último se determinó procedente la ampliación en juicio de la acusación que originalmente describía un delito de tentativa de violación y se varió a violación consumada, mientras que en el voto Nº 237-2005 se autorizó la introducción en la acusación por abusos sexuales contra menor de edad, de hechos constitutivos de acceso carnal agravado no referidos por la víctima en etapas precedentes. Lo último a pesar de que en resolución Nº 32-2005 se había dicho que al no existir un trámite para casos en que el hecho es total o parcialmente diverso del acusado –como sí lo contemplaba el art. 397 del CPP de 1973-, el tribunal únicamente debía pronunciarse respecto del hecho descrito, siendo improcedente ampliar la acusación para incluir hechos nuevos en forma sorpresiva para la defensa, excepto que integrasen el delito continuado o fueran meras circunstancias de agravación de la figura penal básica según los alcances del concepto "modificar" (diverso de crear) la calificación legal original, al tenor del numeral 347 del CPP, lo cual no ocurrió en la especie pues después de describirse hechos por violación, se incluyeron otros constitutivos de esa misma figura y de un abuso sexual; con una posición semejante en el fallo Nº 268-2004.

que tampoco se hubiera podido corregir mediante la ampliación de la acusación en juicio-; además de que el numeral 15 del CPP permite el saneamiento de defectos formales y acá estaban referidos al fondo o a las "*condiciones sustanciales y necesarias para que esa pieza sea admisible*" en aras del respeto de los derechos fundamentales del justiciable. Igual razonaron los Magistrados integrantes de esa Sala que el artículo 178 del CPP cataloga la inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley, como un defecto absoluto que no puede convalidarse, permitiéndose el saneamiento bajo tres supuestos fundamentales: a) La renovación del acto cuando el precedente ha sido impugnado, o de oficio ha sido declarado inválido y, por ende, no puede ser tomado en consideración; b) la rectificación del error; y c) el cumplimiento del acto omitido, sin que –por disposición expresa del numeral 170 *ídem*- bajo ese pretexto se retrotraiga el proceso a períodos ya superados, salvo los casos expresamente previstos por el código.

No obstante luego, en las resoluciones Nº 592-03 y Nº 984-2003, la Sala Tercera se replantea esa posición y asume una parcialmente distinta en lo tocante a **permitir la corrección de defectos sustanciales en la fase intermedia**, determinando en la primera que si el Ministerio Público no atribuyó en forma directa, clara y precisa la conducta y ello no se corrigió en la audiencia preliminar, persistiendo el defecto en debate, el mismo no podría enmendarse de oficio porque lesionaría las posibilidades reales de defensa; mientras en el segundo se estableció la necesidad de examinar cuáles vicios podrían corregirse y en qué etapa, de acuerdo al "principio de preclusión" y a la tipología de defectos reconocida en la legislación.[69] A partir de ahí se consideró que, pese a no existir ninguna norma que definiera –con la salvedad de los últimos dos supuestos- en qué consistía un vicio esencial o no esencial, ni secundario o periférico, el numeral 317 del CPP preveía la posibilidad de que las partes objetaran la solicitud –sin especificar cuál- de la Fiscalía o del querellante tanto por "defectos formales" como "sustanciales" y correspondía al/a la juez/a penal pronunciarse sobre tales reclamos.

Con esa posición se reconocen facultades de saneamiento de vicios sustanciales en la acusación o la querella al tribunal del procedimiento intermedio, dándose una solución similar al de juicio en punto a la corrección de defectos no contemplados en el artículo 347 del CPP; y mencionándose que las variaciones a la acusación no son un problema de etapas procesales,[70] sino de derecho de defensa, pues el principio de correlación pretende evitar la sorpresa de la persona sindicada durante el debate y la posibilidad de que pueda ejercer sus derechos frente a la acusación –ya sea declarando u ofreciendo prueba para combatirlos-,[71] desde cuya óptica, surge el cuestionamiento sobre la ausencia de normativa para amparar esa interpretación en lo que concierne a la corrección de defectos sustanciales de la acusación durante el juicio, pues respecto de la etapa intermedia el numeral 317 inciso a) *ídem* sí lo autoriza.

Empero, en lo tocante a la posibilidad de corrección de la acusación en juicio fuera de los supuestos del numeral 347 del CPP, la Sala Tercera varió esa posición en el fallo Nº 375-2005, al señalar la existencia de un quebranto al principio de correlación entre acusación y sentencia cuando el auto de apertura a juicio se emite con base en una acusación contra la cual se alegaron defectos que fueron rechazados por el juez penal, siendo en la fase de debate, con la autorización del tribunal, que la Fiscalía formula una nueva acusación en la cual describe un cuadro fáctico totalmente distinto del planteado para solicitar la apertura a juicio. Ese proceder –como correspondía- se consideró lesivo del debido proceso y al derecho de defensa, señalándose que si bien la Sala había admitido la modificación de la acusación en debate,[72] en el caso examinado no se trataba de una simple enmienda de errores materiales o la inclusión de circunstancias formales e irrelevantes para la defensa, sino de la formulación de una nueva acusación, suplantando la anterior. No obstante, en cuanto al tribunal de la etapa intermedia, si bien parecen reconocerse las mismas facultades antes enunciadas, confusamente se indica que a éste corresponde cerciorarse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para que, de oficio o a petición de parte, señalé el defecto formal y remita nuevamente el asunto al Ministerio Público

69 Compuesta por cuatro categorías: "defecto formal saneable" conforme al artículo 15 del CPP, "errores materiales" en las resoluciones jurisdiccionales según el numeral 146 *ídem*, los "defectos absolutos", y, por exclusión, los "defectos no absolutos" regulados en el artículo 178 *ídem*.

70 Ese criterio fue analizado en resolución Nº 965-04 de la Sala Tercera, concluyéndose que al valorarse si se está frente a una imputación clara y precisa, a una corrección de errores formales o no esenciales de la acusación, o frente a una variación sustancial, deben tomarse en cuenta: el tiempo o etapa procesal en que la modificación se da; las posibilidades reales de defensa que ésta permite; y el equilibrio de fuerzas procesales de cara a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y de buena fe al litigar y su estado a raíz de la modificación que se hace, siendo tales aspectos los que han sido matizados en la jurisprudencia de dicha Sala; mencionándose en el voto Nº 167-05 que mientras en el Nº 141-02 el énfasis estuvo en la etapa procesal, el Nº 592-03 se centró en los dos últimos supuestos y en el Nº 984-03 "en abstracto" -porque en ese asunto el tema base se resolvía por los principios del numeral 347 del CPP- en el derecho de defensa.

71 En similar sentido: MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Volumen b, p. 336. También: MAIER, *Derecho Procesal Penal...Op. cit.*, p.568. En similar sentido, al amparo de la "acusación correctiva" y de las resoluciones N° 984-2003 y N° 885-2004 de la Sala Tercera, ver voto N° 20-2005 del Tribunal de Casación Penal.

72 Así en fallos Nº 984-2003, Nº 1211-2004 y Nº 965-2004.

para su corrección, pese a que el defecto analizado era de carácter sustancial:

> *"...**En otras palabras, previo a ordenarse la apertura a juicio y de haberse constado la existencia de un defecto formal que resultase posible sanear, lo que procedía era que la autoridad jurisdiccional de la etapa intermedia, como responsable de la legalidad procesal, ordenase al órgano requirente el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa, a fin de no causar quebranto o inobservancia alguna al debido proceso y al derecho de defensa.** De no cumplirse con este proceder, e incluso de haberse ordenado la apertura a juicio, el defecto al formularse la acusación por parte del Ministerio Público se hace insubsanable, pues es imposible que el quebranto a un derecho constitucional pueda quedar subsanado (defecto sustancial); por ende, la devolución del proceso a etapas anteriores o precluidas no es procedente cuando aquél se ha producido* (...) ***Este defecto además, por la naturaleza del mismo y en razón de la etapa en que se produjo, no puede ser subsanado, ni siquiera a través del reenvío de la causa*** (...) *se declara con lugar el primer motivo del recurso y se decreta la nulidad de la sentencia que se dictó en su contra y del debate que la precedió* (...) *se resuelve absolver de toda pena y responsabilidad..."* (la negrilla es suplida)

Aparte de que con la apuntada divergencia de criterios jurisprudenciales –que operan como fuente de derecho- se incurre en inseguridad jurídica y se afecta el derecho de igualdad, desde que casos análogos son resueltos de forma diametralmente opuesta por nuestros tribunales, aún a la fecha la Sala Tercera no ha definido con claridad si todos o sólo alguno de los defectos de la acusación se pueden corregir en la audiencia preliminar. De la confusa redacción del último voto se infiere que ese proceder sería plausible frente a vicios "formales que resulten posibles de sanear" y no sustanciales o de fondo, ante lo cual resulta sorpresivo que al final de la decisión se catalogue el vicio allí detectado en la pieza acusatoria como "formal" y se determine el seguimiento del trámite para el saneamiento de defectos formales previsto por el numeral 15 del CPP, cuando al inicio del fallo se había descartado un vicio de esa índole, al señalar que el cuadro fáctico a juzgar era otro distinto del original, situación que en otro precedente (analizado en el voto Nº 141-2002), fue calificada por el órgano de casación como un defecto "absoluto o esencial de imposible saneamiento", además de considerar que, bajo ese supuesto, su remisión a la Fiscalía implicaba su regreso a un estadio ya superado. En todo caso, sí existe coincidencia en las dos últimas resoluciones en que, en principio, es ante el/la juez/a penal que deben plantearse y dirimirse tales alegaciones para garantizar la inviolabilidad de la defensa y evitar futuras ineficacias y las consecuentes dilaciones en el proceso, o hasta la impunidad, cuando el vicio se torna insubsanable, por lo que dicho tribunal deberá ejercer con mayor rigurosidad ese control, lo cual a la fecha no ha ocurrido, según se aprecia en los casos examinados. Lo anterior sin perder de vista que tanto al Ministerio Público como al querellante les compete la adecuada formulación de la acusación y la querella y que con base en los antecedentes citados es posible que la defensa, por estrategia, no plantee tales objeciones que no podrían ser corregidas durante el debate.

**6. La función selectiva de los asuntos que deben remitirse a juicio:** dentro de las principales tareas del tribunal del procedimiento intermedio durante la audiencia preliminar está la valoración de los supuestos fácticos acusados o querellados a la luz de las distintas categorías de la teoría del delito y del material probatorio existente, de manera que evite la celebración de juicios inútiles. [73] Sin embargo, en este tema se escuchan fuertes críticas de integrantes de tribunales sentenciadores y defensores, sin desconocer que los últimos muchas veces coadyuvan con esa falta de rigurosidad jurisdiccional cuando no se oponen a la apertura a juicio solicitada por el fiscal, quien, desde esa perspectiva, también transgrede su deber de objetividad porque aún previendo la insuficiencia o inconsistencia probatoria, o cualquier otra circunstancia excluyente del delito, persiste en la formalización de acusaciones infundadas, con la generación de gastos para el Estado y para los involucrados. Hace poco, incluso, se discutía sobre la razón por la cual la mayoría de las personas acusadas eran absueltas en debate y aunque se relacionaba esa decisión con la ineficiente labor de los tribunales de juicio, lo cierto es que entre las posibles causas de ese resultado no se descarta el indebido desempeño del órgano de la etapa intermedia, el cual, frente a esos supuestos, lejos de servir de "cuello de botella" opera como mero verificador

73 Por ello, se discrepa de la interpretación de los integrantes de la Sala Tercera, en el voto Nº 552-1999, del artículo 318 del CPP, en cuanto éste literalmente estipula: *"El tribunal evitara que, en la audiencia, se discutan cuestiones que son propias del juicio oral."*, sin que de allí se deduzca que en la audiencia preliminar esté vedada la discusión sobre el fondo, porque aún y cuando es clara la intención del legislador de evitar que esa diligencia se convierta en un "primer juicio", también es innegable que las partes razonarán sobre esos aspectos cuando aleguen la ausencia de acción, la falta de participación del/de la imputado/a en el hecho, la atipicidad, la concurrencia de causas de justificación, etc., con miras a la emisión del sobreseimiento del numeral 311 *idem* y, en consecuencia, a la improcedencia o rechazo por el fondo de la acusación o la querella.

de algunas de las condiciones básicas para que el asunto se envíe a debate.[74] Es más, en el Décimo Informe sobre el estado de la Nación se asegura que en los últimos tres años los tribunales penales han recibido un volumen elevado de expedientes que terminan con absolutoria cuando, en teoría, esos asuntos pudieron haberse finiquitado en los juzgados penales sin necesidad de decretarse la apertura a juicio, dato revelador de la existencia de una grave falla en la etapa que se supone serviría de filtro para todo el sistema, llevándose únicamente a juicio asuntos con suficiente material incriminatorio,[75] lo cual es evidente que no ha ocurrido así.

La percepción que se tiene es que la mayoría de los asuntos acusados se remiten a debate,[76] situación que llevaría a suponer que el fiscal sólo acusa cuando corresponde hacerlo y que el/la juez/a penal ejecuta satisfactoriamente su labor controlara de esa actividad. Empero, la experiencia diaria indica que muchos de esos asuntos no debieron llegar hasta esta última etapa, debido a la atipicidad de los hechos o a la ausencia de pruebas, entre otros supuestos, en cuyo caso la fiscalización descrita tampoco fue la adecuada.

También se detectan falencias en el control de la actividad desincriminante pues aunque los numerales 311 y 314 del CPP autorizan al dictado del sobreseimiento definitivo o provisional, no obstante los/las jueces/zas penales, generalmente, no aplican de oficio ninguno de esos dos artículos, y aunque las estadísticas por ese rubro son elevadas, corresponden a los solicitados por la Fiscalía por prescripción, cumplimiento de medidas alternativas, desestimiento, muerte de la víctima, etc..

Finalmente, otro de los principales cuestionamientos versa sobre la ausencia de valoración de la prueba legítima,[77] útil y pertinente admitida para la siguiente etapa, pues suele autorizarse toda la ofrecida, lo cual conlleva a la prolongación indebida del debate para la reproducción de prueba superabundante o innecesaria -como ocurre, entre otros, en delitos por narcotráfico, en los cuales debe escucharse a todos los oficiales que participan en la investigación aunque declaren sobre los mismos hechos-, al incremento de gastos en ese proceso y al retraso de otros que pudieron ocupar esos espacios de la agenda.

**A modo de conclusión**

Si con un estudio tan superficial como el presente se han detectado fallas de tanta relevancia respecto al cumplimiento de los fines de la audiencia preliminar como parte de un proceso penal más garantista y democrático, es evidente que el órgano jurisdiccional competente, fiscales y defensores deben redoblar esfuerzos para la consecución de tales objetivos.

En lo que concierne al tribunal intermedio –sin desconocer la cuota de responsabilidad de la Fiscalía o aún de la defensa- lo mínimo que se espera es el oportuno y pronto señalamiento de la audiencia preliminar, dado que en esas etapas previas al debate es donde se está produciendo la mayor dilación del proceso; que cumpla con la correcta notificación de las partes y principalmente de la persona acusada pues no sólo está en juego el acceso de la última a las medidas alternativas, sino la celeridad y la eficacia del fallo; que si ha participado como contralor de los actos de investigación en resguardo del juez natural, imparcial e independiente, se abstenga de celebrar la audiencia preliminar, situación altamente preocupante en juzgados penales del país donde únicamente un/a funcionario/a interviene en ambas fases, incluso contrario a lo recomendado en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Igualmente, es necesario que en el curso de la audiencia preliminar se respeten las reglas de la oralidad, concentración e inmediación; que el órgano jurisdiccional fiscalice adecuadamente la satisfacción de los requisitos legalmente exigidos en la acusación y la querella, que resuelva reflexivamente las objeciones de forma y fondo respecto de dichas piezas, y si procede, prevenga la corrección de defectos para evitar la futura ineficacia de las actuaciones, el retraso del proceso y la impunidad; lo mismo que, en los casos donde corresponda, dicte el sobreseimiento provisional o definitivo evitando la celebración de juicios inútiles y el derroche de valiosos recursos de la Administración de Justicia; y en cuanto a las pruebas, que ejerza una labor más selectiva de las que corresponden ser admitidas y rechazadas, en aras de la correcta asignación de las audiencias para la realización de ese debate y de otros que dependan de ese espacio para su verificación.

74 Sea la existencia de la acusación o de la querella, la inadmisibilidad o ausencia de voluntad para acudir a medidas alternas y la celebración formal de la audiencia.

75 También se indica que el número de sentencias dictadas en el período 2000-2004 por los tribunales penales del país ha aumentado y ello incide en el incremento del porcentaje de absolutorias, cuyo valor creció en 13 puntos porcentuales en dicho lapso.

76 Pudiéndose confirmar sólo con un amplio estudio estadístico, empero se aprecia que en el año 2004 de 170,106 asuntos terminados por las Fiscalías del país, 16,315 fueron acusados –indicándose en el Undécimo Informe sobre el estado de la Nación que la variable con acusación de 1998 a 2004 es de 9.6 por ciento, sea 1 de cada 10 casos-. Además en el año 2004 de 108,435 asuntos terminados en los juzgados penales del país, 7,267 lo fueron con auto de apertura a juicio.

77 Conforme al párrafo quinto del artículo 319 del CPP compete al tribunal del procedimiento intermedio decidir sobre la admisibilidad –cantidad, utilidad o pertinencia- de los medios de prueba, actividad comprensiva de su legitimidad si se ha cuestionado: Nº 142-2000 de la Sala Tercera.

**BIBLIOGRAFIA**

AVV. En Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, noviembre 1996.

ARMIJO SANCHO, Gilberth. Nuevo Proceso Penal y Constitución. "Derechos Fundamentales y Actividad Procesal Defectuosa". Investigaciones Jurídicas S.A., San José.

BARRIENTOS PELLECER, César Crisóstomo. Poder Judicial y Estado de Derecho. Primera edición, F G Editores, Guatemala, 2001.

BINDER BARIZZA, Alberto. El proceso penal. Programa Para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, ILANUD FORCAP, San José, 1991.

Chuquisengo, Rabin. "Constitución y Principios del proceso penal. En: www.monografias.com/trabajos16/principios-procesales/principiosprocesales.shtml

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *"La prueba en los procesos penales centroamericanos"*. En: Revista de Ciencias Penales. Nº 17, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2000.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Imprenta Mundo Gráfico, San José, 1998.

MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, Volumen b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999.

PESANTEZ MUÑOZ, Washington "Estructura y caracterización del proceso penal en Ecuador." En: judicial@uio.satnet.net

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal. 1ª Edición, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998,

# APROXIMACIÓN A LA NORMATIVA PENAL DE LAS CULTURAS MAYA Y AZTECA

*Por Jaime Robleto Gutiérrez.*[1]

## 1. INTRODUCCIÓN

La principal razón para escribir sobre este tópico radica en la frecuente negación encontrada en algunos textos, sobre la influencia del derecho de la cultura maya y la cultura azteca en las legislaciones positivas de México, Guatemala y Honduras. Se dice que sus instituciones jurídicas y normas no tuvieron ningún peso histórico en dichos Estados, ya que todo el derecho parte en realidad de la colonización española. Nada más lejos de ello, negar la identidad cultural de los pueblos es también un nihilismo jurídico inaceptable, puesto que ante todo el derecho es un fenómeno social inmerso en lo que Ortega y Gasset llama la circunstancia, de ahí que ontológicamente no es posible entender el derecho actual sin conocer sus raíces. Conforme se verá en el estudio, ambas culturas, tuvieron un alto grado de desarrollo jurídico que les permitió conformar a cada cual grandes procesos civilizatorios. El derecho positivo actual de esos países es fruto de una simbiosis en donde no cabe descartar los aportes maya y azteca.

## 2. LOS MAYAS

### 2.1 Contexto histórico de la cultura Maya.

Los mayas no tenían una única lengua, ni una organización socio- política centralizada entre las distintas ciudades-estado que la conformaron, tampoco eran un grupo homogéneo, sino un conjunto de etnias con distintas lenguas, costumbres y realidades históricas, pero que compartían rasgos que permiten integrarlas en una unidad cultural. A la vez, esta unidad forma parte de otra mayor, la cultura mesoamericana, de rasgos acentuadamente teocráticos. El idioma -también llamado con posterioridad yucateco- pertenecía a la familia lingüística maya (yucateca y quiché). Los mayas tradicionalmente han habitado en México, en los estados de Veracruz, Yucatán, Campeche, Tabasco y la zona oriental de Chiapas, en la mayor parte de Guatemala y en regiones de Belice, El Salvador y Honduras (parte occidental predominantemente). El pueblo más conocido, el maya propiamente dicho, que dio nombre a todo el grupo, ocupaba la península de Yucatán. Entre los demás pueblos significativos de esta cultura se hallan los huastecos del norte de Veracruz; los tzeltales de Tabasco y Chiapas; los choles de Chiapas; los quichés, cakchiqueles, pokonchis y pokomanes de las montañas de Guatemala y los chortís del este de Guatemala y el oeste de Honduras. Con la excepción de los huastecos, todos estos pueblos ocuparon territorios colindantes. En los estudios realizados respectos a la lengua maya, se ha concluido que, en torno a 2500 a.C. existió un grupo protomaya donde actualmente se localiza Huehuetango en Guatemala, cuyos miembros hablaban el mismo idioma, llamado también protomaya por los investigadores y que, con el transcurso de los años, se subdividió en diferentes lenguas mayences. Posteriormente, los hablantes de ese idioma emigraron a otros lugares y se asentaron en los distintos sitios donde más tarde se definiría el área maya y surgiría su civilización. Aquellas migraciones originaron tanto la separación de los distintos grupos, como la relación de éstos con miembros de otras culturas. Esto ha dado lugar a la formulación de distintas teorías acerca del sitio donde la cultura maya tuvo su origen. Para algunos investigadores fue en el norte de Tabasco y el sur de Veracruz, lugar en el cual los grupos alternaron con los olmecas. Una segunda teoría se inclina a pensar que surgió en las montañas de Guatemala, donde iniciaron una sociedad agrícola, cultivando maíz y trasladándose posteriormente al norte y al oeste, donde fueron influidos igualmente por la cultura olmeca. La cultura olmeca es tenida por la cultura madre, dado que de ella derivan los elementos que dieron cimiento al desarrollo de otros importantes asentamientos en el área mesoamericana. Los elementos fenotípicos comunes a todos los grupos mayas (color pardo cobrizo de la piel, cabello negro, lacio y grueso, ojos negros o pardo oscuro, frecuentemente oblicuos, escasa pilosidad facial y corporal) no son exclusivos de ellos, ya que coinciden con los de la mayor parte de los pueblos de Mesoamérica y proceden, en última instancia, de los remotos antepasados asiáticos que emigraron a America muchos años antes a través del estrecho de Bering. Los orígenes de la civilización maya son objeto de discrepancias académicas en virtud de las contradictorias interpretaciones de los hallazgos arqueológicos. El periodo formativo o Preclásico comenzó, cuando menos, hacia el 1500 a.C. Durante el periodo clásico, aproximadamente entre el 300 y el 900 d.C., se propagó por todo el territorio maya una civilización más o menos uniforme. Se construyeron entonces los grandes centros ceremoniales como Palenque, Tikal y Copán. Los centros

1 *Magister* en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Bachiller en Filosofía y Humanidades por la Universidad Católica Anselmo Llorente y Lafuente. Letrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Juez interino del Tribunal de Casación Penal.

maya fueron abandonados de forma misteriosa hacia el año 900, este tema ha generado múltiples hipótesis dentro de la comunidad científica, y merece un estudio que excede los objetivos de este artículo, lo cierto es que se ha demostrado que hubo una migración significativa a la península de Yucatán en esa época. En el periodo postclásico, desde el 900 hasta la llegada de los españoles a la zona en el siglo XVI, la civilización maya tenía su centro en Yucatán. Los españoles vencieron con facilidad a los grupos mayas más importantes, pero paradójicamente el gobierno mexicano no logró someter las últimas comunidades independientes sino hasta 1901. A comienzos del siglo XXI, los habitantes de ascendencia maya forman la mayoría de la población campesina en sus países de origen.

**2.2 Aproximación al Derecho Penal Maya Precortesiano.**

Lo expresado en este aparte proviene mayoritariamente de la obra de Luis Antonio Díaz Vasconcelos [2] y como señala Juan de Dios González[3], quien se basa en dicho autor, las inferencias normativas mayas narradas tienen un grado de probabilidad, no pudiendo afirmarse rotundamente.[4] No existía una concreción escrita del derecho penal maya, es atrevido de mi parte hacer la afirmación que tal derecho existió *stricto sensu*, puesto que los mayas catalogaban como asuntos dañinos graves lo que equivaldríamos hoy a delitos, tal ausencia de sistematización se mantiene en la actualidad entre sus comunidades. Los mayas velaban por bienes que podrían calificarse de garantizados, como la integridad nacional, la integridad personal, el honor en relación al matrimonio y la propiedad.[5] En consecuencia, eran consideradas formas delictivas: la traición, el homicidio, el incendio, el adulterio, el rapto, el plagio, la acusación falsa, las lesiones, el robo, el impago de deudas[6] y los daños. Las sanciones tenían dos fines, unas eran de carácter compensatorio y otras de ejemplificación para prevenir la comisión de futuros delitos.[7] Las penas eran la muerte, la esclavitud, la indemnización y la afrenta. Las resoluciones se dictaban de forma expedita luego de la audiencia por parte de los *batabs* o caciques, quienes tenían a su cargo la función de juzgar, estos eran nombrados por el *halah uinic* (jefe supremo, posición hereditaria por línea paterna)[8] aplicaban como penas principales la muerte (adúlteros, homicidas, incendiarios, raptores y corruptores de doncellas). La pena de muerte podía hacerse efectiva por introducción a un horno ardiente[9], el estacamiento, la extracción de viseras por el ombligo, los flechazos, o el ser devorado por fieras, la ejecución era realizada inmediatamente por los *tupiles* (policías-verdugos) salvo que se tratara de lapidación por parte de toda la comunidad[10] y en cuanto a la esclavitud (principalmente en casos de robo cuando el objeto sustraído no se recuperaba), era posible además, que al ladrón le labraran (literalmente) el símbolo del objeto robado en el rostro. El uso de testigos en el proceso era frecuente y las sentencias penales eran inapelables. El compañero de la adúltera podía morir o ser perdonado a elección del ofendido, en cambio la mujer adúltera tenía suficiente pena con la vergüenza,[11] el robo de bienes insustituibles -como se dijo- era sancionado con la esclavitud. La prisión no se consideraba un castigo, su propósito era detener al delincuente para aplicarle la pena impuesta,[12] a los menores infractores se les aplicaban castigos que no fueran graves.[13] El derecho penal maya era extremadamente severo, aunque con relación a la posterior normativa azteca pueda parecer moderado y más humanista en términos relativos. Como dos grandes hitos jurídicos, pueden catalogarse la posibilidad de indemnización en ciertos delitos[14], así como la distinción entre dolo e imprudencia

2 DÍAZ VAZCONCELOS (Luis Antonio). Norma e institución jurídica maya. Guatemala, Instituto de Investigaciones Científicas, Universidad de San Carlos, 1953, Nº 9.

3 GONZÁLEZ (Juan de Dios) et al. El sistema jurídico maya -una aproximación-. Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES), Universidad Rafael Landívar, 1998, páginas 25 y 26.

4 Díaz Vazconcelos, recurre a su vez a Antonio Batres Jáuregui, Bernal Díaz del Castillo, Antonio Fuentes y Guzmán, Diego de Landa, Sylvanus Morley y Antonio de Remesal, entre otros

5 GONZÁLEZ (Juan de Dios) et al. Op cit, página 26.

6 El no pago de deudas podía conducir a la muerte del deudor y responsabilidad civil por sus familiares por el monto de la obligación. Si la deuda se originaba en el juego de pelota (Tlachtli, en el caso de los aztecas) esta podía reducir a quien adeudaba a la esclavitud, ello sugiere la existencia de apuestas y de ludopatía en el pueblo maya.

7 Puede traerse a colación el precepto del Eclesiastés que pregona que no hay nada nuevo bajo el sol, por lo que sin menospreciar el trabajo de Jeremías Bentham muchos siglos después, la prevención general no es en forma alguna una novedad, sin que pueda afirmarse que su origen sea exclusivamente maya.

8 A diferencia de los aztecas, quienes no transmitían esa, ni ninguna profesión hereditariamente, generalmente los señores principales llegaban a serlo por sus hazañas de guerra, lo que sin duda constituye una forma de meritocracia. Ver GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO (Francisco). Notas para un estudio del derecho penal azteca. México, Boletín del Derecho Comparado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, año VI, número 17, mayo-agosto 1953, página 56. Aunque este dato puede discutirse, dado que aunque no existiesen castas propiamente dichas el acceso a la educación entre los aztecas estaba marcadamente determinado por el origen social.

9 Así se castigaba la homosexualidad.

10 Sanción típica para la violación.

11 Muy diferente fue el tratamiento a la mujer adúltera entre los aztecas como se verá posteriormente, por lo que puede concluirse que los mayas fueron significativamente menos severos con el adulterio que los mexicas.

12 Antecedente claro de la prisión preventiva, puesto que tenía un fin procesal. La privación de libertad posterior a la sentencia como pena, no existió dentro de esta cultura. Los condenados a muerte eran encerrados en jaulas de madera a la espera de su ejecución

13 Distinción que también realizaron los aztecas, para quienes los menores de diez años carecían de discernimiento, especialmente en el caso del delito de robo, ver GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO (Francisco). Op cit, página 61.

14 Por ejemplo en las formas culposas del homicidio e incendio, si el sujeto activo no tenía bienes propios era posible que el cónyuge pagase el monto de la indemnización.

en los delitos de homicidio e incendio.[15] Debe aclararse, que la mayor parte de la bibliografía consultada se ocupa del desarrollo normativo en las comunidades de etnia maya en el siglo XX y su interacción con las instituciones jurídicas gubernamentales, por ello la dificultad e interés en rescatar la etiología jurídica de este pueblo.

## 3. LOS AZTECAS.

### 3.1 Contexto histórico de la cultura Azteca.

Los aztecas constituyeron un pueblo de la cultura náhuatl que existió en la zona de Mesoamérica del siglo XIV hasta el siglo XVI. El término *azteca* significa "'alguien que viene de *Aztlán*", que a su vez en náhuatl se traduce como "lugar de las garzas" o "lugar de la blancura" y era su nombre tribal. En realidad ellos se referían a sí mismos como *mexicas* (pronunciado meshicas) o *tenochcas*. El uso del término «azteca» para referirse a todos los pueblos relacionados con los mexicas fue sugerido por el naturalista y geógrafo alemán Alexander Von Humboldt como criterio de distinción de los mexicanos actuales. Hacia el año 1300, los Mexicas fueron la última tribu del árido norte del actual México en llegar a Mesoamérica. Eran un pueblo pobre y atrasado y fueron mal recibidos por los habitantes de origen tolteca ya establecidos en el Valle de México. Por saberse repudiados, los mexicas decidieron adaptarse, por lo que buscaron emparentarse con las culturas ya establecidas a través de matrimonios, aprendiendo y absorbiendo sus culturas. Las crónicas mexicas dicen que ellos partieron del mítico Aztlán por orden de su dios de la guerra Huitzilopochtli y después de una larga peregrinación llegaron al valle de Anáhuac, sin poder establecerse ni en las peores tierras. Los mexicas vagaron durante años en busca de la señal en donde debían fundar su ciudad, un águila y una serpiente sobre un nopal, hasta que en 1225 d. C. fundaron Tenochtitlán (actual México D. F.). La metrópoli fue cimentada en un pequeño islote del lago de Texcoco, pero poco a poco los mexicas crearon una gran isla artificial que finalmente alojaría a una de las ciudades más grandes de su época, con unos 80.000 habitantes, (se dice que llegó a albergar hasta 120,000 habitantes).[16] Gran parte de lo que hoy conocemos sobre los aztecas o mexicas proviene de tres documentos denominados códices aztecas, que son copias de documentos que datan de antes de la llegada de los españoles. Ya asentados, los mexicas estuvieron por varias décadas bajo el dominio del poderoso señorío de Azcapotzalco, al que servían como soldados a sueldo. Hacia 1430, los mexicas habían asimilado la cultura de los pueblos avanzados del valle y se habían convertido en un eficiente poder militar. Atacaron y derrotaron entonces a Azcapotzalco y se transformaron en una de las culturas más fuertes de la región. Iniciaron así una sorprendente hazaña guerrera, que en sólo 70 años los haría dueños del más grande imperio que había existido en Mesoamérica. El imperio sería forjado principalmente por un hombre, que se volvería leyenda: Tlacaelel. Tlacaelel fue quien convenció a los mexicas de atacar al señor de Azcapotzalco en lugar de rendirse, reformó la historia y la religión mexica. Ordenó la quema de los libros meshicas y rescribió su historia. Elevó al Huitzilopochtli, dios- mago tribal mexica, al nivel de los antiguos dioses náhuatls, Quetzalcóaltl, Tláloc y Tezcatlipoca. Identificó a Huitzilopochtli, con el sol y creó la necesidad de sacrificios humanos constantes, también creó las guerras floridas para poder tener una fuerza militar eficiente incluso en tiempos de paz. Les dio a los mexicas una conciencia histórica y la responsabilidad de mantener la existencia del universo a través de los sacrificios humanos. Esa visión místico-guerrera se contraponía a la antigua visión tolteca de Quetzalcóatl que tenían los demás pueblos náhuatls. Tlacaelel rehusó convertirse en *Tlatoani* (rey), pero fue el poder detrás del trono a lo largo de tres reinados. Los mexicas formaron una alianza con los señoríos de Texcoco y Tacuba creando así lo que se conoció como la Triple Alianza. Bajo el mando de notables jefes militares, como Moctezuma Ilhuicamina y Ahuízotl, los mexicas conquistaron el centro de México, Veracruz, la costa de Guerrero, parte de Oaxaca y dominaron el territorio de Soconusco, en los límites con Guatemala. Sólo unos cuantos pueblos lograron resistir el empuje mexica: los Purépechas (también conocidos como purhépechas), los Tlaxcaltecas y algunos señoríos mishtecas. La última etapa del imperio bajo Moctezuma Ilhuicamina y Ahuízotl, se denomina Imperio Azteca pero, a diferencia de un imperio, los estados no formaban un sistema político unificado sino, más bien, un sistema de tributo. Es por ello que el Imperio Azteca, aparentemente extenso, se colapsó rápidamente. Entre los pueblos nahuas, el dirigente más importante era llamado *huey tlatoque* (o gran jefe). Entre los aztecas posteriores a la formación de la Triple Alianza, su dirigente se conoció como *huey tlatoani* (o gran orador). Los españoles lo tradujeron como "emperador" pero el equivalente más exacto sería el concepto griego de "Tirano", que no tenía el concepto negativo que tiene ahora. El *tlatoani* era elegido por un consejo; una vez elegido, su poder no tenía restricciones. Sin embargo, se sospecha que un *tlatoani,* Tizoc, fue envenenado por el consejo, por ser considerado inepto y débil. Como se sabe, Hernán Cortés aprovechó la leyenda tolteca del regreso de Quetzalcóatl (serpiente emplumada o dios del viento) para conquistar Tenochtitlán sin resistencia en un primer momento, aunque posteriormente tuvo su legendaria "noche triste".

### 3.2 Aproximación al Derecho Penal Azteca.

El derecho azteca era aún más rigorista que el maya, se caracteriza por su gran severidad moral, parte

15 FLORIS MARGADANT (Guillermo). Introducción a la historia del derecho mexicano. México, Editorial Esfinge 1997. Nauahtl

16 Desde sus orígenes la capital de México fue una megalópolis.

de una dura concepción de la vida y de una notable cohesión política,[17] sin embargo a diferencia de los mayas, los aztecas tenían una jerarquía de tribunales comunes, desde un juez electo anualmente por voluntad popular encargado de faltas menores, hasta un tribunal de jueces vitalicios para asuntos mayores, e incluso un sistema de apelación ante el tribunal del monarca que se reunía cada veinticuatro días. Los sacerdotes tenían su propio fuero de justicia en caso de incurrir en faltas. Los casos muy graves[18] eran transferidos a doce jueces del palacio quienes se reunían cada doce días. Los jueces menores tenían una junta cada veinte días con el Rey para asuntos fuera de lo común. Las principales sentencias eran registradas mediante pictografías y un proceso no duraba más de ochenta días. Los llamados *teplantoatani* fungían como los abogados actuales en el juicio. Los aztecas empleaban la prueba testimonial, confesional, careos e incluso conocieron las presunciones. La pena más común era la muerte, otras sanciones aplicables eran la esclavitud, la mutilación, el destierro temporal o definitivo, dependiendo de la gravedad del delito. A veces los castigos se extendían a los parientes del sentenciado hasta el cuarto grado,[19] todos recibían el mismo castigo, inclusive los nobles, ya que ellos debían de dar el ejemplo. Una característica muy peculiar del derecho penal azteca es la recopilación escrita de sus normas, de hecho, el derecho penal fue el primero en dejar de ser consuetudinario para convertirse en derecho escrito, el Código Penal de Netzahualcóyotl significó un gran avance, puesto que limitó la venganza privada, pero por otra parte, concedió a los jueces una gran discrecionalidad[20] al momento de fijar las penas cuando no estaban taxativamente previstas, lo que permitía la analogía, dado que no estaba prohibida.[21] Los aztecas no distinguieron entre autoría material e intelectual del delito. Los cómplices eran castigados como autores, además era obligatorio denunciar algunos delitos bajo pena de esclavitud, como aquel que conociendo de un delito de alta traición no lo informaba a las autoridades aunque no participase del mismo. Los aztecas manejaron un concepto similar al de la reincidencia, siendo posible que quien había sido reducido a la esclavitud enfrentase la pena de muerte si cometía una nueva falta. El homicidio era castigado con la muerte,[22] sin embargo la esposa del ofendido podía solicitar la esclavitud del sujeto activo.[23] No se consideraba como una atenuante el hecho de que el homicida hubiese encontrado a la víctima teniendo una relación adúltera flagrante con su cónyuge. La pena capital podía ejecutarse por descuartizamiento, cremación en vida,[24] estrangulamiento, machacamiento de la cabeza con piedras, empalamiento[25] y asaetamiento entre otros. Usualmente tras la pena de muerte se decapitaba al ejecutado y además era sujeto de confiscación cuando se trataba de un delito de alta traición o peculado, en cuyo caso, los bienes pasaban al patrimonio del monarca. Al igual que los mayas, previeron la indemnización para el homicidio culposo, solo que además podía seguirle la esclavitud (no necesariamente), por ejemplo, si un hombre libre embarazaba a una esclava y esta moría en el parto, entonces pasaba a ser esclavo del dueño de la misma.[26] El robo grave se penaba con la muerte,[27] si se perpetraba en el templo, en el mercado,[28] o si era de frutos, igual sucedía si el objeto sustraído era maíz que estaba creciendo en el campo, sin embargo, en este último caso, el ladrón podía ser castigado con la esclavitud,[29] lo mismo pasaba con los robos menores, hasta que se hiciera la restitución de lo robado,[30] o una multa del doble de la cantidad sustraída (una parte para la víctima y otra para el tesoro del clan). El que tomaba madera del bosque fuera del límite permitido, especialmente si tiraba un árbol, así como el que destruía el maíz antes de que madurara, se hacía merecedor de la pena capital. Cuando se cometía un asalto en camino público la pena era la muerte para el atracador, quien usurpaba terrenos

17 KOHLER (Josef). El derecho de los aztecas. México, Editorial Revista de la Escuela Libre de Derecho, traducción Carlos Rovalo y Fernández, 1924.

18 Los procesos más graves eran sumarios y con menos posibilidades de defensa para el acusado, esto a la luz de un derecho penal democrático sugiere una paradoja hoy.

19 Como en el delito de alta traición.

20 Como sucedía con aquel que vendía fraudulentamente por segunda vez su terreno, de acuerdo a la Ley número 20 de *Netzahualcóyotl.*

21 ello sin duda es materia odiosa dentro de nuestra formación continental europea.

22 A nivel de reacción social, era particularmente repudiado quien utilizaba el veneno como medio homicida, se puede especular que ello es un antecedente del homicidio calificado por veneno insidiosamente suministrado. El aborto recibía la misma sanción.

23 Incluso el homicidio de un esclavo o esclava era penado con muerte.

24 GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO (Francisco). Op cit, página 59.

25 Como en el caso del homosexual activo, al pasivo le sacaban las entrañas por el orificio anal. Las lesbianas eran muertas a golpes por garrote. Quien usaba ropas del otro género era condenado a muerte. En general existía un enorme rigor sexual en esta cultura, se castigaba con pena de muerte la pederastia, el incesto, el estupro, al proxeneta aunque inicialmente se le quemaba el pelo, *Netzahualcóyotl* finalmente estableció la pena de muerte. Quien se apoderaba de un niño con fines sexuales era estrangulado, la violación se castigaba con la muerte excepto que se tratase de una mujer que comerciase con su cuerpo.

26 Debe recordarse -sin embargo- que en la sociedad azteca el matrimonio entre una esclava y un hombre libre permitía operar la *manumissio* a favor de aquella y viceversa.

27 Particularmente repudiado era el caso del robo de un botín de guerra a un compañero de armas y el uso de somníferos para apoderarse de la cosa mueble. Los Aztecas no tenían una distinción entre robo y hurto como se conoce hoy.

28 Por lapidación intantánea.

29 En *Texcoco*, siete mazorcas constituían el límite a partir del cual empezaba la pena de muerte. Bajo *Moctezuma*, sustraer un solo fruto podía significar la muerte por saetas, sin embargo se permitía tomar algunos frutos del camino siempre que fueran pocos y de la primera hilera a la par de la vía.

30 Lo que hoy se entendería como reparación integral cuando no existía violencia grave.

era estrangulado a pedido del propietario,[31] y quien robaba oro o plata era desollado y ofrecido en sacrificio al dios *Xipe*.[32] El delito de alta traición se penaba con el descuartizamiento y en caso de un príncipe vasallo traidor, se le aplastaba la cabeza con dos piedras y se le confiscaban su estado y sus bienes. Se consideraba alta traición el transmitir información al enemigo, el cortejar a una mujer del príncipe hostil, el dejar escapar a un soldado contrario y el dar asilo a un enemigo. El espionaje se castigaba también con la muerte, al espía se le desollaba y se le sacrificaba en el templo de *Macuilcalli*.[33] En tiempos de paz, era prohibido portar armas para la población,[34] por lo que el duelo (la incitación al mismo más bien) se castigaba con pena de muerte pues se consideraba un delito contra la seguridad pública, sólo se permitía en tiempos de guerra y si el duelo era por el amor de una doncella, el ganador podía desposarla. A diferencia de los mayas, la mujer adúltera azteca era lapidada en caso de flagrancia, aunque fuese perdonada por el marido, dicho perdón era muy mal visto por sus semejantes. Si no eran sorprendidos en el acto, a los amantes les aplastaban la cabeza con dos grandes piedras. Sin embargo, un hombre casado podía tener relaciones sexuales con una mujer soltera y ello no se consideraba adulterio. La calumnia grave se castigaba con la pena capital. El que injuriaba a sus padres podía ser condenado a muerte o ser declarado indigno de heredar. Quien denunciaba falsamente la comisión de un delito se hacía merecedor de la pena de dicho ilícito. El peculado conllevaba la pena de muerte, la malversación implicaba la esclavitud. En las clases altas, la disipación del patrimonio se penaba con la estrangulación, en tanto que en las inferiores con la esclavitud, el fundamento penológico residía en la reverencia debida a los padres, puesto que se consideraba grave que se despilfarrara a la ligera lo que ellos habían adquirido con su trabajo. La hechicería y la brujería se castigaba con pena de muerte cuando causaban alguna desgracia, en caso contrario eran toleradas. La embriaguez implicaba penas humillantes como el corte del cabello, demolición de la morada y pérdida del empleo, en caso de reincidencia podía ser condenado a muerte, sin embargo dicha pena no se aplicaba a los mayores de setenta años, ni a quienes consumían alcohol dentro de sus casas. Un aspecto muy ilustrativo de la cultura jurídica azteca, lo constituye el hecho de que punían la mentira, según la ley de Moctezuma, quien decía una mentira era arrastrado hasta morir, las mujeres eran castigadas con arañazos en los labios, lo mismo que los niños durante su educación. El falso testimonio se castigaba de acuerdo con su gravedad, generalmente de una manera muy severa. El cohecho usualmente se sancionaba con la muerte en los casos graves y la destitución en los leves, igual sucedía con la concusión y la mala interpretación del derecho por parte de los Jueces.

## 4. Conclusiones.

El derecho penal azteca se destaca por su carácter extremadamente rigorista, donde la autoridad tenía el monopolio de la represión del daño social causado por la comisión de un delito. Debe señalarse asimismo la falta de equidad entre las faltas cometidas y las penas, puesto que éstas tenían propósito claro de infundir terror y eran además aflictivas para el delincuente. Ejemplo de ello, es la pena de muerte a partir de la sustracción de siete mazorcas de maíz, se evidencia una marcada desproporción entre la lesión al bien jurídico y la sanción infligida, sin embargo, desde una posición historicista, para una sociedad agrícola resultaba vital la protección de sus cultivos. Ello no significa en forma alguna que las sanciones mayas no fuesen crueles, sino que puestas en perspectivas, a nivel comparativo lo eran en menor grado y aplicaban la pena de muerte con menor frecuencia. Ambas culturas, compartieron la distinción entre formas culposas y dolosas para el homicidio e incendio, e igualmente admitieron la figura de la indemnización pecuniaria, pero indudablemente fueron mucho más estrictos los aztecas que los mayas en materia de adulterio. Cabe destacar que el sistema de apelaciones azteca permitía una postergación de las ejecuciones, lo que no sucedía en el derecho maya, por lo que desde el punto de vista procesal ello puede considerarse un avance. Asimismo, la codificación escrita de sus normas constituye *per se* un hito de la cultura mexica, los mayas se aferraron (hasta nuestros días) a la tradición oral. Otro punto de encuentro entre ambas normativas, es el tratamiento diferenciado que daban a los menores infractores, siendo los aztecas quienes expresamente fijaron en diez años de edad el momento a partir del cual podía sancionarse a quien cometiese un robo. No resulta sorprendente que el derecho colonial español fuese asimilado con tanta facilidad por los indígenas conquistados, quienes lo consideraron más benigno que el propio, a su vez, los colonos adaptaron el derecho de la corona a través de un mestizaje con el derecho indiano en su propio beneficio.

31 Ley número 4 de *Netzahualcóyotl*. En cambio el abuso de confianza se castigaba con la esclavitud.

32 La fiesta a *Xipe-Tótec* se llama *Tlacaxipehualiztli*, que quiere decir «desollamiento de hombres» y se celebraba durante los días de marzo en que se efectuaban las siembras. Este dios participa en el proceso en el que intervienen también el agua, la semilla y el sol. *Xipe-Tótec* simboliza la regeneración de la tierra y por ello se le relaciona con la fertilidad, la renovación y el cambio.

33 Deidad náhuatl protectora de los lapidarios o artífices de las piedras preciosas.

34 Con excepción de los guardas reales y los cazadores.

**Bibliografía consultada.**

BAHAMONDES FUENTES (Delfín). El derecho en la civilización maya. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973.

CRUZ BARNEY (Óscar). Historia del derecho en México. México, Oxford University Press, 1999.

DÍAZ VAZCONCELOS (Luis Antonio). Norma e institución jurídica maya. Guatemala, Instituto de Investigaciones Científicas, Universidad de San Carlos, 1953, Nº 9.

ESQUIVEL OBREGÓN (Toribio). Apuntes para la historia del derecho en México. México, 2a edición. 2 volumen. Editorial Porrúa, 1984.

FLORIS MARGADANT (Guillermo). Introducción a la historia del derecho mexicano. México, Editorial Esfinge, 14ª edición, 1997.

GUIER (Jorge Enrique). Derecho precolombino. San José, Costa Rica, Libro Libre, 1991.

GONZÁLEZ (Juan de Dios) et al. El sistema jurídico maya -una aproximación-. Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES), Universidad Rafael Landívar, 1998.

GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO (Francisco). Notas para un estudio del derecho penal azteca. México, Boletín del Derecho Comparado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, año VI, número 17, mayo-agosto 1953.

KOHLER (Josef). El derecho de los aztecas. México, Editorial Revista de la Escuela Libre de Derecho, traducción Carlos Rovalo y Fernández, 1924.

RUZ ESCALANTE (José Luis). Breve historia de la legislación maya en Quintana Roo: Siglos I al XIX. Quintana Roo: Fondo de Publicaciones y Ediciones, Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1991.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ (Rafael). Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana. México, Editorial Porrúa, 2001.

SMITH (Michael Ernest). The aztecs. Massachusets, Malden, Blackwell Publishers, 1996.

# CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

## *(En torno a algunos conceptos de dos iluministas)*

*Giovanni Mena Artavia*

Toda sociedad con cierto nivel de desarrollo sanciona una serie de conductas que cataloga como particularmente nocivas para su supervivencia y para el adecuado desenvolvimiento de sus miembros. De esa forma se pretende desestimular la comisión de conductas similares en el futuro. Naturalmente, para sancionar comportamientos hay que juzgarlos y ello implica a su vez, conocerlos. Luego, como los hechos en que se manifiestan esos comportamientos suelen ser ajenos a quien los juzga, se ha dispuesto un conjunto de normas —un sistema de ellas en el caso nuestro—, para establecer su verdad.

Nuestra legislación procesal penal contiene disposiciones sobre la validez de la prueba y sobre la forma correcta de producirla (al respecto puede verse el libro tercero del título primero del Código Procesal Penal). Pero además, establece reglas para valorar el material probatorio. En ese sentido, el artículo 361 del Código Procesal Penal dispone: "El tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio, de un modo integral y con estricta aplicación de las reglas de la sana crítica". La sana crítica se integra con las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, conformando lo que también se conoce como las "normas del común entendimiento humano".

Las normas del común entendimiento humano están históricamente determinadas. Los criterios que ellas arrojan no son los mismos en una época y en otra. Partiendo de ello, procuro en este trabajo comparar algunos de los criterios que conformaban ese común entendimiento en el siglo XVIII, con los que hoy son moneda corriente. Ello, en el ámbito del proceso penal. Además, expondré mi punto de vista sobre la que considero la forma más adecuada de extraer esos juicios en un proceso. La comparación y el análisis los realizaré a partir del libro "De los delitos y de las penas", de Cesare Beccaria y de los "Principios del Código Penal", de Francisco Mario Pagano, por lo que su validez comparativa también depende, entre otras cosas, de lo acertados que hayan sido esos juristas al captar los criterios de su tiempo y de mi habilidad para comprender los actuales. En todo caso, mi interés primordial es recordar al lector la importancia del aporte que hicieron esos dos grandes iluministas al derecho. Corresponde a los historiadores lo demás.

Así las cosas, este es más un estudio sobre los criterios derivados del sentido común que sobre la prueba en general; un repaso de lo que, en el tiempo de nuestros autores, se consideraban juicios de normalidad en cuanto a la valoración de hechos dentro del proceso penal (en comparación con los actuales) y sobre la mejor forma de llegar a esos juicios.

### SOBRE LA NATURALEZA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

La certeza que se obtiene en un proceso penal no es absoluta; siempre manejamos un margen de incertidumbre, aunque sea mínimo, una posibilidad de que el juicio que hacemos pueda estar errado. Sin embargo, los juicios penales son imprescindibles, y ello nos hace obviar esa realidad y persistir en el juzgamiento de las infracciones. Obviamente, procuramos lograr un juicio que minimice las posibilidades de error, hasta donde ello sea humanamente posible. Esa idea ya se expresaba con claridad en los textos bajo estudio. Véase por ejemplo que Beccaria señala: "...rigorosamente (sic), la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal que se llama certeza, porque todo hombre de buen sentido consiente en ello necesariamente por una costumbre nacida de la precisión de obrar y anterior a toda especulación La certeza que se requiere para asegurar a un hombre reo es, pues, aquella que determina a cualquiera en las operaciones más importantes de la vida"[1]. Idéntico criterio llevaba a Pagano a citar a Aristóteles, al inicio de su teoría de las pruebas: "No debe el juez sentenciar siempre por las cosas necesarias, sino también por las verosímiles"[2].

Así, despojado de arrogancia, el ser humano intenta en el proceso penal extraer una verdad que no tiene pretensiones universales. No presume de un contacto exclusivo con "La Verdad" supraterrena, ni saca a relucir un imperativo categórico; simplemente procura ajustarse a los procedimientos que un hombre normal emplearía "en las

1 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, p. 54.
2 Aristoteles, Libro 2 de la Retórica, Capítulo 25, en Pagano, Francisco Mario. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL, p 87.

operaciones más importantes de la vida", a las reglas del común entendimiento, consciente de que su acción es necesaria para el logro de los mejores propósitos sociales.

## EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

### A) Testimonios

Imposibilidad de obtener certeza a través de un solo testimonio

Nuestros autores no concebían la posibilidad de realizar un juicio de certeza a partir de un testimonio individual. Beccaria señala que "Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene de ser creído inocente"[3]. Evidentemente, este autor realiza una equiparación injustificada, apriorística, de las deposiciones. Beccaria parece tasar la prueba, de forma tal que la declaración del testigo "vale" lo mismo que la del imputado (el juzgamiento como operación contable). Hoy consideramos que la valoración de una y otra deposición requiere evaluar factores tales como los motivos y el interés del deponente, la conformidad de las declaraciones con el resto del material probatorio, la existencia o ausencia de contradicciones, etcétera.

Pagano también descarta la posibilidad de obtener esa certeza a partir de un solo testimonio. Citando leyes romanas vigentes en su época, expone como se resta valor a la declaración de un solo testigo como elemento incriminante, con independencia de la honorabilidad y dignidad del testigo que se trate. Sin embargo, su argumentación es más elegante que la de Beccaria. La explicación a esa falta de validez que da Pagano, radica en que "Los argumentos sobre la verdad de los testimonios no provienen sólo de la calidad de las personas, sino que los más certeros nacen de la confrontación de sus dichos. La verdad es como la luz, que centellea en el contraste de dos cuerpos que se topan recíprocamente"[4]. Y más adelante reafirma: "La confrontación es la piedra fundamental de la verdad, y donde el sistema de pruebas criminales desconoce esta confrontación, es el azar más que la verdad lo que dirige las sentencias de los jueces"[5].

La opinión de Pagano no es aceptada actualmente Hoy, la versión de un solo testigo puede merecer toda la fe del juzgador. Hay numerosos casos en que el infractor mismo procura actuar en la más absoluta penumbra —piénsese, por ejemplo en la mayoría de los delitos sexuales—, y sería injusto, desde la perspectiva del ciudadano actual, que en tales casos se pusieran reparos a la validez de la poca prueba que el imputado no pudo obstruir. Sin embargo, no puede dejar de admirarnos la visión y la profundidad de Pagano al señalar al contradictorio como fuente de la verdad del proceso, idea que lejos de perderse, confirma cada día su vigencia.

#### Sobre testigos excluidos a priori

En el siglo XVIII se consideraba correcto excluir de antemano a ciertos testigos. Así, partiendo de que el testigo debía ser persona de buen juicio, Pagano excluía a los imbéciles, al igual que a los ciegos y sordos como testigos hábiles, "...puesto que todos los que pueden fácilmente equivocarse o ser engañados en razón de la debilidad de sus sentidos, no merecen más que dudosa fe, como tampoco la merecen quienes pueden ser engañados por los medios a través de los que perciben"[6].

Hoy en día se vería lo anterior como una exageración, ya que no merecer más que dudosa fe no es igual a no merecerla del todo. Ahí parece descansar el error de tales exclusiones.

Pero además de poder declarar la verdad, el testigo debía querer declararla, de ahí que fuera necesario desechar a ciertos testigos cuyas condiciones hacían cuestionable su deseo de decir la verdad. Haciendo gala de su característica perspicacia, refiere Pagano que "Puesto que los hombres actúan siempre por interés y por costumbre, es necesario saber si el testigo tiene interés en mentir y si acaso su vida anterior y su carácter moral le hacen sospechoso al respecto"[7].

Eso le lleva a aceptar de buen grado las leyes romanas que prohibían a ciertos testigos ser escuchados como testigos o que permitían a los jueces interrogarlos, teniéndolos como sospechosos, entrando ahí tanto los corruptos o los fáciles de serlo, los que no habían cumplido cierta edad, los mendigos y los artesanos más viles.

En cuanto a los mendigos, aclara el autor que no se trata de los pobres. Los pobres, cuando eran honrados no estaban excluidos, ya que más bien, "...la virtud se compagina más adecuadamente con la fatiga y la vida frugal que con la opulencia y el ocio"[8].

Consideraba Pagano que la vileza de la ocupación envilecía el ánimo y predisponía a la mentira. Pero en ese rango hacía entrar las artes del placer deshonesto y de la corrupción.

3 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, p. 52.
4 Pagano, Francisco Mario. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL, p 100.
5 Ibídem.
6 Op. cit, p 102.
7 Op. cit, p 103.
8 Op. cit, p 104.

También se excluía a los que la ley declaraba infames, viciosos y faltos de probidad, a las mujeres que se prostituían públicamente. En cuanto a las últimas refería Pagano: "¿Qué probidad puede tener la mujer que no tiene ni siquiera la propiedad de su persona y de sus sentimientos?[9] Eso si, criticaba nuestro autor el que se colocara en la misma condición a las mujeres condenadas por adulterio, equiparando con las primeras a éstas que se abandonaron a la pasión, como si con ello perdieren todo sentimiento de virtud.

La razón de las exclusiones anteriores se debe a que "...el hombre de malas costumbres nunca o rara vez se comporta honestamente"[10]. En general debe decirse, sin embargo, que hoy en día tales exclusiones no son admisibles. Del testigo se requiere que sea veraz, no honesto; y aunque la deshonestidad puede conducir a la falsedad, ello no ocurre en todos los casos. A fin de cuentas, como señala Beccaria, "Cualquier hombre racional, esto es, que tenga una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los otros hombres, puedes ser testigo. La verdadera graduación de su fe es sólo el interés que tiene de decir o no decir la verdad"[11].

Parece que en la medida en que la sociedad relega al ámbito privado determinados comportamientos, renunciando a hacer un juicio estigmatizante sobre los mismos, la valoración de los testigos tiende a centrarse en los genuinos indicios de veracidad. Por ello, hoy en día resulta fundamental apreciar la verosimilitud del hecho, las posibilidades del testigo de haberlo apreciado, su relación con las partes interesadas o su condición de tal, la coherencia de su deposición, la concordancia de la misma con otros testimonios y por supuesto, el comportamiento del testigo en el juicio, sobre lo cual haremos referencia en el apartado siguiente.

**Sobre la forma de evaluar el testimonio en juicio**

Interesantes apreciaciones, de plena vigencia muchas de ellas, nos da Pagano en cuanto a la forma de evaluar los testimonios La honestidad, la vida anterior y la buena fama —dice Pagano—, son los argumentos más seguros de la fe de los testimonios. Aunque discrepamos en cuanto a excluir a priori el testimonio de la persona de "malas costumbres", no obviamos que como tantos otros factores, las cualidades personales del deponente son importantes para apreciar su testimonio en su justo valor. Quien ha dado muestras de un comportamiento ajustado a las normas legales y morales en áreas relevantes (las que tienen que ver con la decencia, la probidad, el respeto a los demás), debe ser sujeto de mayor fe que quien ha adoptado una conducta diversa. Por supuesto, con ello no se excluye la obligación de poner atención a otros factores específicos en el caso que se trate, ya que hasta la persona más honesta, en determinadas circunstancias, está expuesto a faltar a la verdad.

Muy útil en todo caso es la puntualización de Pagano en cuanto a las manifestaciones específicas de los testigos en juicio: "...la cara, el gesto, los acentos —o sea los tonos de voz—, son todos indicios del ánimo que los jueces más sabios no deben despreciar. El ánimo siempre se exterioriza cuando no falta un atento lector, y aun cuando no exteriorice el artificio mismo que oculta los movimientos del corazón bajo el velo de un rostro compuesto, expresa bastante la mendacidad y la ficción. Se nota también en la afectación que es ostentación de lo que no se es. Los esforzados movimientos exteriores que no son el desarrollo de los sentimientos interiores, sino el efecto del arte, son demasiado visibles para el ojo observador. Esa lengua muda, esa elocuencia del rostro, expresan mucho más que las palabras mismas"[12]. Y es que efectivamente, la expresión corporal sigue siendo una fuente fundamental para la apreciación de los testimonios. La verdad suele acompañarse de ciertas manifestaciones corporales visibles; de la misma forma que la falsedad. Así por ejemplo, aunque la falta de costumbre del testigo en los avatares judiciales suele provocarle algún grado de nerviosismo, lo cierto es que éste, en el común de los casos, se supera rápidamente. Cuando ese nerviosismo se mantiene, ello podría estar evidenciando otras cosas, entre ellas, el temor de verse sorprendido mintiendo. Lo cierto es que ese nerviosismo, al igual que otros estados emocionales como el temor o el aplomo, la seguridad y la inseguridad, se distinguen muchas veces en las expresiones del rostro, en los gestos, en los tonos de voz y conviene estar atento para detectarlos. Más aún, y como lo hace ver nuestro autor, el intento conciente de ocultar esos estados suele traicionar al deponente, haciéndole incurrir en manifestaciones exageradas, evidentemente ficticias.

¡Y qué no puede decirse de la falsa ostentación de cualidades! Suele resultar un espectáculo tan evidente, que hace recordar el refrán de "Dime de que presumes y te diré de qué careces". Por ello, Pagano nos hace una observación de permanente actualidad al señalar: "...si los testigos (...) hacen ostentación de religión y probidad, esto mismo es un argumento nada débil acerca de un concierto mendaz. La naturalidad y la simplicidad de los actos y de las palabras es la impronta de la verdad"[13]. Resume ahí el autor, en forma brillantemente concisa, una constante que la experiencia humana ha detectado a través de los tiempos.

9 Ibídem.
10 Ibídem.
11 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, p. 51.
12 Pagano, Francisco Mario. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL, p 107.
13 Ibídem.

**B) Manifestaciones del imputado**

**La necesidad de prueba que respalde la confesión**

Sorprende por su vigencia, el requerimiento de Pagano de que la confesión sea sostenida por prueba extrínseca y separada de ella. Nos dice este autor que "...por la misma razón de natural confianza, por la que el hombre está forzado a conservarse a sí mismo, no es creíble que confesando se procure la propia destrucción. Y por eso con frecuencia el acusado —al que se imputa un delito—, suprimiendo en el fondo de su corazón las imperiosas voces de la naturaleza, puede que no sepa que la confesión le privará de la vida o de la libertad que la naturaleza le impulsa a conservar, o que, hastiado de la vida, busque en el juez un medio para salir de ella. En el primer caso el hombre está desesperado y loco, en el segundo está desesperado. Los dichos de uno y del otro no se pueden tener en cuenta. ¿Acaso no fueron muchos a la horca para vengar la muerte de quienes aún vivían? Delitos imaginados produjeron verdaderas fechorías"[14].

El punto no puede se más actual, cuando la implementación del proceso abreviado en nuestro país, impone la consideración de la validez de la confesión, indispensable para su procedencia. En efecto, este procedimiento releva al sistema de la necesidad de agotar todos los esfuerzos en la acreditación de la responsabilidad del justiciable; a fin de cuentas, está admitiendo haber cometido el hecho. Sin embargo, las advertencias de Pagano no deben tomarse a la ligera, porque algunas veces y por muy diversas razones, las personas se hacen responsables de hechos que no han cometido, incluso cuando son delitos.

Es por razones como la expuesta que, a pesar de que el abreviado surge por motivos más de celeridad y eficiencia que de justicia, nuestro sistema ha tenido que seguir el consejo de Pagano, acompañando la confesión con pruebas ajenas al imputado, que acrediten la existencia y responsabilidad del hecho, haciendo compatible ese procedimiento con la garantía constitucional de la necesaria demostración de culpabilidad.

**La indispensable espontaneidad de la confesión**

Naturalmente, la confesión debe ser espontánea. No puede sustentarse en la esperanza de un trato especial o en el temor, ni tampoco en el dolor y los tormentos. Un sistema de justicia se engañaría a si mismo si pretendiera extraer la verdad por tales medios. Lo que se puede lograr a través de ellos es una confesión interesada, un reconocimiento espurio o una declaración empañada por el dolor, pero de ninguna manera se puede garantizar que surja de ella la verdad. De manera certera lo refiere Beccaria: "El examen de un reo se hace para conocer la verdad; pero si ésta se descubre difícilmente en el aire, en el gesto y en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en aquel a quien las convulsiones del dolor alteran, y hacen faltar todas las señales por donde, aunque a su pesar, sale al rostro de la mayor parte de los hombres la verdad misma. Toda acción violenta hace desaparece las más pequeñas diferencias de los objetos, por las cuales algunas veces se distingue lo verdadero de lo falso"[15]. El sentido común confirma hoy la sentencia de Pagano: "Si la confesión arrebatada por el dolor no prueba el delito, la resistencia al tormento no demuestra la inocencia"[16].

**SOBRE EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS**

El libro de Cesare Beccaria da muestras de una gran desconfianza en los jueces. El papel que habían venido desempeñando en el antiguo régimen lo justificaba. De ahí su insistencia en que la creación de las leyes quede en manos, exclusivamente, del legislador; que el juez se limite a aplicarlas y que se restrinja su posibilidad de interpretación hasta donde sea posible. Probablemente esa desconfianza le hizo preferir un sistema de juzgamiento de los delitos más participativo, en el que el juez sea asesorado por ciudadanos. Es así como nos dice: "...tengo por mejor aquella ley que establece asesores al juez principal, sacados por suerte y no por escogimiento, porque en este caso es más segura la ignorancia que juzga por dictamen que la ciencia que juzga por opinión"[17]

Quienes nos desenvolvemos en un sistema de justicia administrado por técnicos, a veces nos horrorizamos con la posibilidad de un juzgamiento de legos. Nos parece que se trata de un tema que no puede ser librado al juicio de personas inexpertas. Sin embargo, Beccaria nos ofrece argumentos para cuestionar esa opinión. Nuestro autor nos dice: "Donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho. Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si en el presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema de antojo recibido de sus estudios. ¡Dichosa aquella nación donde las leyes no fuesen una ciencia!"[18]

En realidad, el juzgamiento de hechos criminales implica, por una parte, la elaboración de juicios propios del sentido común y por otra, de juicios técnicos. En el primer nivel, se debe decidir si la prueba recibida permite concluir que el hecho existió, si fue cometido por el imputado y en caso

14 Op. cit, p 109.
15 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, pp. 61-2.
16 Pagano, Francisco Mario. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL, p 112.
17 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, pp. 54-5.
18 Op. cit, p. 55.

afirmativo, en qué circunstancias procedió. En el segundo nivel, el juzgamiento implica la aplicación de criterios técnicos como el relativo a la adecuación de la conducta a una figura penal, la prescripción, etcétera. Es claro que los primeros juicios no requieren formación en leyes. De hecho, no es necesariamente cierto que esa formación garantice mejores valoraciones de ese tipo. Más bien, es posible que el juzgamiento de esos aspectos se ajuste más al sentir general cuando habla el hombre medio, al que la socialización cotidiana le permite estar al tanto de lo que se piensa y se siente, que cuando decide un técnico al que las profundas elucubraciones teóricas y las pocas vivencias han alejado de los criterios prácticos. Piense el lector si alguna vez ha leído una sentencia dictada por uno o varios reconocidos juristas que sin embargo ha llegado a considerar absurda o ajena al sentido común. Si le ha ocurrido, probablemente estará de acuerdo con lo que indico.

Otro argumento en contra del juzgamiento realizado por técnicos, consiste en que los juzgadores profesionales suelen —casi como riesgo profesional—, asumir una posición distante respecto al procesado. Si nos relacionamos con imputados todos los días, por un mecanismo de esquematización[19], terminamos viéndolos como una parte claramente diferenciada del proceso, con características ajenas a las otras partes y por supuesto, al juez. El imputado es alguien que no es el juez y el juez alguien que no es imputado; pero además, es casi imposible que sea de otra forma. El juez comprende que el, como cualquier otro, puede estar sometido a un proceso penal; sin embargo, es difícil que sienta que tal cosa sea posible. El juez profesional mantiene —consciente o no de ello—, cierta distancia respecto al justiciable. Pero esa distancia es peligrosa, porque cuando alguien ocupa un lugar que nunca ocuparemos, resulta casi imposible que nos lleguemos a identificar adecuadamente con su situación particular; no se puede desarrollar empatía. Ello puede llevar entonces a relajar el rigor del juicio vertido. El considerar seriamente la posibilidad de estar sentados en el "banquillo de los acusados" lleva a la persona a tomar con seriedad la situación de aquel cuya conducta se valora; a examinar el asunto como a el le gustaría que se examinara si llegara a estar en esa posición, ya que eso es una posibilidad real.

Por ello resulta importante, a mi juicio, que la persona sea juzgada por aquellos cuya posición les permita identificarse con el encartado, los ciudadanos, sus pares. Compartimos entonces las palabras de Beccaria cuando dice: "Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano deben callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el infeliz mira al superior"[20].

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los criterios que se extraen del común entendimiento humano cambian de una época a otra; ello afecta hasta al proceso penal. Por ello, la aplicación de sus reglas nos lleva hoy a evaluaciones de los hechos distintas a las que hacían Cesare Beccaria y Francisco Mario Pagano en el siglo XVIII. Sin embargo, en mi opinión las diferencias son de detalle; apenas el producto de la evolución y el perfeccionamiento de las ideas, fruto de la experiencia colectiva del ser humano. Por lo demás, esos dos grandes iluministas plasmaron, con especial agudeza, la orientación que debía seguir el derecho penal en el juzgamiento de las personas. Tan cierto es ello, que su lectura sigue siendo de sorprendente actualidad.

## BIBLIOGRAFÍA

Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, 1ª reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

Morris, Charles y Maisto, Albert. PSICOLOGÍA, 10ª ed., México, 2001.

Pagano, Francisco Mario. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

Código Procesal Penal, 1ª ed., San José, C.R., Editorial Jurídica Continental, 1997.

19 El esquema "...es un conjunto de creencias o experctativas respecto a algo (en este caso, personas) basadas en nuestra experiencia y que supuestmanete se aplica a todos los miembros de una categoría". Morris, Charles y Maisto, Albert. PSICOLOGÍA, pp. 578-9.

20 Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, p. 55.

# LOS DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO PENAL DEL TRABAJO: PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL

*Msc. Alfonso Chacón Mata*

**Sumario:** I. Introducción. II. Teoría General de los Delitos en materia Laboral. 2.1 Derecho Penal del Trabajo. A) Los Delitos Laborales y el Bien Jurídico Protegido. B) Diferencia entre delitos contra los trabajadores y criminalidad común. 2.2 Tipo de Injusto y Subjetividad en los delitos Laborales. A) Injusto Penal e Injusto Laboral. B) Sujetos del delito laboral. III. Los Delitos contra los Trabajadores en otras Legislaciones: El Caso Español. 3.1 Influencia de la Legislación Española en la Propuesta de Reforma. IV Los Tipos Penales Propuestos en el Capítulo de "Delitos Contra los Trabajadores". 4.2 Tráfico Ilegal de Mano de Obra. 4.3 Provocación de Emigraciones Clandestinas. 4.4 Discriminación Laboral. 4.5 Delitos Relativos a la Libertad Sindical y el Derecho de Huelga. 4.6 Delitos Relativos a las Condiciones de Seguridad e Higiene en el Trabajo. V. Consideraciones Finales. VI. Bibliografía Utilizada.

## I. INTRODUCCIÓN

La intención de estas líneas, conlleva la necesidad de recalar en torno a una reforma que se pretende realizar al Código Penal vigente en Costa Rica. A través del proyecto de ley No 11.871 que pende en la corriente de la Asamblea Legislativa, se busca adicionar bajo un título denominado "Delitos contra los trabajadores", una serie de provisiones en materia penal que tutelan los intereses y derechos de los trabajadores. La importancia que reviste esta iniciativa, es de primer orden debido a que no existe en nuestra legislación penal, tipos penales de esta naturaleza o mejor dicho, de defensa de los derechos laborales a través de la vía penal.

Hemos escogido este tema de ensayo, debido a la necesidad de seguir estudiando y analizando al *trabajador(a)/obrero(a)/funcionario(a)* como sujeto de las relaciones laborales en sentido amplio, y la posible cobertura de sus intereses a través de la normativa penal. Si hacemos una mirada retrospectiva de los derechos y garantías laborales, tenemos que el tránsito histórico hacia las conquistas obreras no ha sido fácil en el espacio y tiempo, teniendo su sustrato en la época de implementación del capitalismo liberal como producto de esta fase de consolidación[1]. El proyecto liberal se impuso en los diferentes países europeos por caminos y matices diferentes. Hacia el fin de la primera mitad del siglo XIX, el sistema económico liberal se había hecho realidad en Alemania, dándose las consecuencias verdaderas en el marco de un sistema capitalista, en el que los pudientes podían desenvolverse y acumular bienes materiales en plena libertad económica. Pero las grandes y crecientes mayorías obreras desposeídas, entraban en una época caracterizada por una contradicción, cada vez mayor, entre las promesas de libertad, igualdad, fraternidad y sus condiciones de vida reales: *"Impotentes debido a su condición de individuos no organizados, sufrían cobrando salarios miserables insuficientes para la mera supervivencia, situación que obligaba a sus mujeres y hasta a sus niños a trabajar en fábricas en condiciones inhumanas. Al firmar sus contratos de trabajo, se entregaban completamente a la merced del empresario. El dictaba todas las condiciones de trabajo, desde la fijación de la jornada y la forma de realizarlo hasta el salario. En su trabajo, la mayoría de los obreros no eran más que apéndices ciegos de las máquinas. No tenían derecho de codeterminación. Al regresar a sus hogares, después de 16 horas de jornada, estaban demasiado agotados como para desenvolverse humanamente y llevar una vida familiar satisfactoria"*[2].

Ahora bien, independientemente de las variables histórico sociales que impulsan la necesidad de conformar y positivizar un derecho laboral que protegiera a los(as) trabajadores(as), tenemos además que el derecho en cuestión desarrolló sus propios principios jurídicos de tutela

---

1. El *liberalismo* fue el gran movimiento de la historia que combatía, a partir del siglo XVIII, el orden social feudalista y el absolutismo europeos. Sus raíces filosóficas eran el humanismo y el esclarecimiento. Según esta filosofía, todos los hombres tenían derechos naturales e iguales por su carácter racional. La condición de hombre implica derechos naturales no derogables. He aquí la razón filosófica de la demanda política de ***libertad, igualdad y fraternidad***. Esta demanda se convirtió en la consigna de lucha de la burguesía liberal por la reformación fundamental del Estado, de la economía y la sociedad, primero en la Revolución Francesa de 1789 y luego, paulatinamente en los demás países europeos.
2. MEYER, (Thomas), "El Socialismo Democrático : 36 Tesis", Friedrich Ebert Stiftung, Trad. al español, 1982, pág 9. .

a la parte más débil de la relación laboral, tratando de contrarrestar el desequilibrio interpartes. En la doctrina nacional, un autor como CASCANTE CASTILLO, ha dicho sobre el *Principio Protector o "Pro Operario"*, lo siguiente: *"Se considera el más importante, el que verdaderamente identifica al Derecho del Trabajo; es el "principio " del Derecho Laboral. ¿Porqué? Porque actúa como criterio fundamental en la medida que quiebra el denominado "Principio de Igualdad " del Derecho Civil; es decir, no se inspira en el denominado principio de igualdad"*[3]. En el marco de una relación laboral confluyen dos partes que son asimétricas en potestades reales de ejercer su poder. Es por ello, que el principio protector busca defender y coadyuvar al trabajador como parte que se tiene más indefensa dentro de la relación. Por esta razón estimamos además, que la legislación que vamos a proceder a analizar en este trabajo, vendría a complementar el principio protector y las prerrogativas que serían inherentes a defender y consolidar aún más los derechos de la población trabajadora a través de otra vía jurisdiccional alternativa a la sede laboral: la de naturaleza o índole penal.

## II. TEORÍA GENERAL DE LOS DELITOS EN MATERIA LABORAL

En la materia de delitos contra los trabajadores, se genera la misma funcionabilidad de la teoría general que en cualquier otra clase de delitos. Se suscita un *juicio de antijuricidad y uno de culpabilidad.* Si hablamos del primer supuesto, para que una conducta sea punible debe ser antijurídica y ello depende de la constatación de dos aspectos básicos: vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la norma, a través de la realización del tipo delictivo previsto por la norma penal y ausencia de causas de justificación[4].

En torno al juicio de culpabilidad, se concreta en el reproche personal que se realiza al autor por la realización de la conducta antijurídica, por lo que *"La culpabilidad se caracteriza así como actitud interna jurídicamente desaprobada o como negación del deber de actuar en el sentido determinado que el ordenamiento exigía, cuando ello era posible para el autor"*[5]. Procedemos seguidamente a caracterizar en las líneas que siguen, algunos elementos que nos ayudarán a comprender el fenómeno en estudio, desde la óptica de la dogmática penal y su aplicación tratándose de delitos laborales en estricto sentido.

### 2.1 Derecho Penal del Trabajo

Debemos de decir inicialmente, que este tipo de derecho es una categoría histórica, que tiene relación básicamente con la tutela del Derecho Penal a factores como el de la "libertad de trabajo" o sobre la protección de mujeres o niños[6]. Por su parte, un autor como ARROYO ZAPATERO, define al derecho penal del trabajo como *"...el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores"*[7].

En todo caso, se ha dicho que el derecho penal del trabajo se extiende a tres grandes grupos de intereses:

a) Protección penal de las condiciones mínimas de trabajo, incluyéndose en este apartado como elemento dotado de especificidad propia, además del salario y la estabilidad en el empleo, el conjunto de mecanismos de acceso al sistema de Seguridad Social.

b) Protección penal de las condiciones personales de trabajo, casi unívocamente referidas a la salud laboral (seguridad e higiene en el trabajo)

c) Protección penal y regulación en última instancia, del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva[8].

Para SEMPERE NAVARRO, existe una incorporación de bienes sociolaborales al derecho penal, generándose cada vez más, una mayor importancia de los delitos laborales en el conjunto de las normas penales[9]. Es decir, la normativa penal ha subsumido aquellos delitos que a pesar de nacer en el seno de las relaciones laborales; presentan suma importancia para conformar una materia especializada, denominada derecho penal del trabajo. Ahora bien, esta conexión entre las normas penales y las típicamente laborales, es para el autor similar a la existente en la relación de género a especie, *"lo que significa que la dogmática y el fundamento sobre el que se asienta la construcción del Derecho Penal no resulta alterado por el hecho de que existan delitos de proyección laboral, o más ampliamente social"*[10].

Tratando de hacer una reflexión sobre todo lo antes expuesto, debemos de destacar que estimamos la existencia de dos dimensiones fácticas posibles de este derecho penal del trabajo: una **interna** y la otra **externa.** Si hablamos de la *dimensión interna*, nos referimos a aquellos delitos que atañen al constreñimiento de derechos surgidos de la relación obrero-patronal; los cuales se lesionan en perjuicio de los titulares e incluso al Estado como parte pasiva –piénsese en la evasión a la seguridad social y el perjuicio a la entidad estatal como un todo con

3. CASCANTE CASTILLO, (German Eduardo) "Teorías Generales del Derecho del Trabajo", Investigaciones Jurídicas S. A ediciones, San José, primera edición, 2001, pág 206.
4. SEMPERE NAVARRO, (Antonio) coordinador; CORDERO SAAVERDRA, (Luciano); GUTIERREZ-SOLAR-CALVO, (Beatriz) y MARTÍN JIMÉNEZ, (Rodrigo) "Derecho Sancionador Público del Trabajo", Editorial Colex, Madrid, 2001, pág 149.
5. Ibíd., pág 173.
6. BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) "Derecho Penal del Trabajo", Editorial Trotta, Madrid, 1990, pág 12.
7. ARROYO ZAPATERO, (Luis A.) "Manual de Derecho Penal del Trabajo", Barcelona, 1988, pág 10. Cfr: En contra de esta posición véase a BAYLOS y TERRADILLOS, Op Cit, pág 30.
8. BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan), Op Cit, pág 31.
9. SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 34.
10. Ibíd.

este acto-. Al referirnos en contrapartida, a la *dimensión externa* del tipo de derecho que nos ocupa, estamos haciendo alusión a aquellas prácticas constitutivas de delito, que tienen su gestación fuera del ámbito de la empresa. Nos referimos a los delitos que impidan, menoscaben o desconozcan libertades públicas tales como a manera de ejemplo, el ejercicio de la libertad sindical y de organización representativo/partidista.

Por último, estimamos que sería valido ahondar más detalladamente sobre la intencionalidad de tutelar en tipos penales, aspectos laborales, y al respecto nos planteamos la siguiente interrogante: ¿por qué razón determinadas acciones que pueden tener su germen en el derecho laboral, son ventiladas en sede penal? ¿por qué razón no se pueden dejar estas conductas en ilícitos laborales?. En primer lugar la conversión de tales ilícitos en sede penal, tiene su relevancia en razón del bien jurídico tutelado, lo que implica que existe importancia por parte del ordenamiento jurídico, de tutelar las faltas cometidas hacia los(as) trabajadores(as) en su cotidiana prestación de servicios. Segundo, los principios de derecho laboral como lo hemos analizado anteriormente, buscan salvaguardar a la parte más débil de la relación obrero/patronal[11] y al reforzarse la defensa de los trabajadores en el ámbito penal; ello implica que a éstos les asiste otra vía legal y supletoria para el ejercicio de sus derechos, coactiva, oficiosa, de impulso procesal por parte del poder punitivo del Estado.

*A) Los delitos laborales y el bien jurídico protegido*

El hecho de referirnos a los delitos laborales, significa por si mismo que el derecho penal adquiere una autonomía, que produce por sí misma su desprendimiento de otras materias afines a la tutela por excelencia de los derechos del trabajador. Nos referimos propiamente al Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social. Es decir, el legislador consiente darle un mayor realce a bienes jurídicos que tengan relación o incidencia en el campo laboral, sin embargo habría que realizar una marcada distinción en lo siguiente: naturalmente no son *delitos laborales* todos aquellos que afectan a los trabajadores como sujetos pasivos o que se producen en el contexto del mercado de trabajo. En todo caso, la tipificación de delitos penales en general –y los laborales no podrían ser la excepción-, no escapan de la tendencia del principio de intervención mínima, que significa ni más ni menos que el Estado no está obligado a castigar absolutamente todo, sino lo más perjudicial para la convivencia humana puesto que *"Si pretendiese castigar todo lo malo, tendría que multiplicar el aparato policial, judicial y penitenciario hasta límites insostenibles y además, se expondría a agarrotar la convivencia normal de los individuos"*[12]. Para QUINTEROS OLIVARES este principio en estudio está ligado directamente al de protección exclusiva de los bienes jurídicos, debido a que debe discriminarse entre los intereses de la sociedad y desecharse aquellos que son considerados de índole minoritaria[13].

Por otra parte, la dinamicidad de los bienes jurídicos laborales hace que el Derecho Penal se entronice en una variabilidad de las necesidades sociales, positivizadas en cada momento en la normativa penal. Entre los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal se encuentran algunos que directa o más matizadamente –por ser comunes a otras realidades- están presentes en el ámbito de las relaciones laborales: vida e integridad física de los trabajadores, condiciones de trabajo, libertad sindical etc.[14]

Asimismo, vale destacar que lo anteriormente expuesto es válido para el Derecho Penal del Trabajo, el cual no se mantiene invariable ni ajeno a las vicisitudes históricas y políticas, que inciden en determinar que bienes jurídicos de índole laboral deben ser tutelados. Es así, como en este tipo de derechos existe la necesidad de salvaguarda de requerimientos muy concretos, que se plasman en delitos tales como discriminación laboral; tráfico ilegal de mano de obra; promoción inmigración laboral etc., los cuales han necesitado ser cuidadosamente tipificados.

*B) Diferencia entre delitos contra los trabajadores y criminalidad común*

Una arista de este trabajo que podría detallarse, es la que indaga si existe alguna diferencia sustantiva entre los delitos comunes y los delitos cometidos en contra de los trabajadores. En principio, para ambas categorías de delitos funge el principio de que el Estado ejerce su facultad represiva, basados en que el fundamento de la existencia de este ordenamiento punitivo, se vincula a su necesidad para el mantenimiento de un determinado orden social, y cuya creación deviene en la consecución de un mecanismo que nos permita vivir mejor[15].

El profesor ROXIN, nos ilustra básicamente en que consiste la misión del Estado como entidad respectiva, y al respecto aduce lo siguiente:

*"Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento del orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado"*[16].

---

11 . Supra pág 4.

12 . LANDECHO VELASCO, (Carlos María) y MOLINA BLÁZQUEZ, (Concepción), Op Cit, pág 58. Para JESCHECK este principio se caracteriza por lo siguiente: *"El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social"*, Op Cit, pág 9; en igual sentido a SEMPERE NAVARRO, pág 159.

13 . QUINTEROS OLIVARES, (Gonzalo) Op Cit, pág 94.

14 . SEMPERE NAVARRO, (Antonio), Op Cit, pág 33.

15 . BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Ignacio) y otro, Op Cit, pág 5.

16. ROXIN, (Claus), Op Cit pág 81.

Ahora bien, se hace oportuno destacar que el sistèma penal se torna como una respuesta no absoluta para infringir responsabilidades por los ilícitos cometidos y consecuentemente, para reducir el auge criminal por si mismo. Como bien lo ha dicho DANDURAND, *"Sabemos que el sistema penal, aun en el mejor de los casos, es un instrumento torpe e inadecuado para prevenir la delincuencia y proteger los derechos humanos y políticos. En su mayor parte las respuestas verdaderas a nuestros problemas de criminalidad parecen yacer fuera del ámbito de nuestro sistema de justicia penal. Sin embargo, el problema es que, si bien todos nosotros podríamos estar muy conscientes de todas estas limitaciones, el público no está compartiendo nuestras opiniones"*[17].

En otras palabras, las instancias legales institucionales creadas en el marco de nuestras sociedades para solucionar la delincuencia si las analizamos separadamente, se constituyen en un mecanismo de alcance medio en razón que no se les puede atribuir que sirvan de panacea para resolver problemas que por demás, tienen hondas implicaciones y repercusiones que deben ser solventados, por el aparato estatal en su conjunto. No es un asunto de poderes constitucionales de la República, en donde uno de ellos a manera de ejemplo, como lo es el judicial, debe solventar la conflictividad social: más bien se requiere de una labor compartida que se encamine hacia un esfuerzo conjunto de todos los órganos del Estado.

En una encuesta de opinión pública de la CID, para enero de 1995 los costarricenses consideran toda una serie de problemáticas como las principales causas del aumento de la delincuencia y en consecuencia de la inseguridad ciudadana. De todas ellas, el 41% de causas inherentes al aumento de la delincuencia, eran causas atribuibles al sistema penal[18]. La situación no ha variado mucho diez años después, la información que se dispone sobre la criminalidad en la región y su aumento a partir de los años ochenta indica que las tendencias en ascenso en el caso de Costa Rica no serían distintas de las de la generalidad de los países de América Latina y el Caribe (Naciones Unidas 2003, 2004), con la salvedad de que, comparativamente, Costa Rica sería un país de menor frecuencia delictiva y menores niveles de criminalidad violenta, más siempre con enormes reproches al aparato institucional legal[19].

En el caso concreto del sistema de justicia penal costarricense, existen autores que han detectado problemáticas inherentes al mismo, que lo han sumido en una irreversible crisis[20]. Con todos estos antecedentes, podemos apreciar la problemática que aqueja a los delitos comunes o a la criminalidad común, más entonces, ¿en qué se diferenciarían este cuadro fáctico con los delitos laborales?. Esta respuesta nos la dan BAYLOS y TERRADILLOS, cuando nos ilustran de la siguiente manera:

*"Quizá lo más sobresaliente de estas particularidades radica en que los delitos contra derechos de intereses específicos de los trabajadores despliegan su eficacia dentro del ámbito de la empresa. En contra de lo que ocurre en la criminalidad socioeconómica en general, que afecta a intereses más globales y "difusos" y a sujetos pasivos más indeterminados o indeterminables, el Derecho Penal del Trabajo se ocupa de conductas criminales que sin dejar de afectar a bienes*

---

17. DANDURAND, (Yvon), **"¿Debe una Mayor Seguridad de los Ciudadanos Significar un Mayor Castigo? Reacción a los Desafíos Actuales en Materia de Condenas y Prisiones"**, en CARRANZA, Elías (coord.), Delito y Seguridad de los Habitantes, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, siglo veintiuno editores, primera edición 1997, pág 191.

18. Citado por SALAZAR CARVAJAL, (Juan Pablo), "Sistema Penal en la Sociedad Democrática", Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998. El autor establece que ese 41% lo constituyen en su orden las penas leves (18%); el mal entrenamiento policial (7%); la corrupción policial (7%); la Sala Constitucional (4%).

19. Proyecto Estado de la Nación, Décimo Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, **"Informe Final: Seguridad frente al delito en Costa Rica"**, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, CONARE-Defensoría de los Habitantes, San José Costa Rica, pág 11.

20. *"Cuando decimos que el sistema punitivo costarricense está en crisis, es porque hemos observado que algunos de sus mayores problemas -entre otros de diversa índole- lo constituyen el congestionamiento en la tramitación de causas penales y su escasa eficiencia como respuesta al control de los conflictos que se presentan en la sociedad. Varias razones pueden apuntarse al respecto: la excesiva penalización de dichos conflictos, derivada en gran medida del llamado fenómeno de la "bagatelización" del derecho penal (utilizando como una vía sancionadora para hechos de poca monta que dificultan la resolución de los verdaderamente graves); el enconado "ritualismo" de los procedimientos judiciales en la averiguación de los ilícitos (dándose en no pocos casos, mayor trascendencia a la "forma" que al "fondo"); la impunidad de los delitos no convencionales (especialmente los económicos), que implica un severo daño a la credibilidad del sistema; y la gran demora o tardanza en la tramitación y decisión final de los asuntos."*, HOUED VEGA, (Mario), **"Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas"** en HOUED VEGA, (Mario), FALLAS REDONDO, (David) y SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia), "Proceso Penal y Derechos Fundamentales", San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1998, págs 112-113. Otras apreciaciones interesantes en torno al fenómeno judicial costarricense se vierten en el seminario organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) los días 23 24 de setiembre de 1999 en tres ciudades del país -San José, Puntarenas y Limón-. En el aspecto denominado **"La Reforma Procesal Penal y el Régimen de Garantías: Logros y Problemas"**, que contó con la presencia entre otros, del Dr. Fernando Cruz, Presidente del Tribunal de Casación Penal, el Dr. José Manuel Arroyo, juez del Tribunal de Casación Penal y del Lic. Carlos María Jiménez, Fiscal Adjunto de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, se diagnostica la siguiente situación: *"Para el caso de Costa Rica, hubo consenso en que el problema central en la aplicación de la nueva normativa lo plantea el Ministerio Público (...) Tanto para Cruz como para los juristas Arroyo y Jiménez, esa institución no estaba materialmente preparada para hacer frente a la cantidad y la calidad de la tarea que se le impuso. (...)*
*Jiménez hizo ver la carencia de los más básicos recursos que aqueja al Ministerio Público para desempeñar sus funciones: personal insuficiente en proporción con la cantidad de asuntos para tramitar; espacio físico limitado y poco propicio para ciertas diligencias; falta de equipo y materiales básicos; escaso presupuesto para la capacitación, etcétera."*, en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Seguridad Ciudadana y Justicia Penal: Perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro", CHINCHILLA MIRANDA, Laura (edit.), San José Costa Rica, primera edición, 1999, pág 40-41.

*jurídicos colectivos tienen más acotado el campo de perjudicados directos"*[21] .

2.2 Tipo de Injusto y subjetividad en los delitos laborales

El tipo es la descripción de la conducta contraria al ordenamiento jurídico y por lo tanto, prohibida, que realiza el legislador en las normas penales. La verificación del tipo delictivo significa la realización del desvalor o injusto que la norma penal asocia a cada delito descrito en la misma[22] .

Este tipo de injusto ha sido definido como el *"Conjunto de las características que fundamentan la antijuricidad de la acción"*[23] y si a su vez, hablamos de la antijuricidad, nos referimos al choque que tiene la conducta con el orden jurídico; por lo que el método según el cual se comprueba la presencia de la *antijuricidad* consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico[24] . Esta causa de justificación no solo es válida para el derecho penal, sino también en el ámbito civil, comercial, administrativo, laboral, etc.

El tipo de injusto es, por tanto, la descripción de aquellas características positivas de la acción que, en abstracto, determinan su contrariedad a Derecho. Es decir, de aquellas características en virtud de las cuales la acción aparece objetivamente como negación intolerable de bienes jurídico-penalmente protegidos. A continuación vamos a indagar en torno a si existe alguna diferencia entre el injusto penal y el de índole laboral.

*A) Injusto penal e injusto laboral*

Para SEMPERE NAVARRO, el injusto penal no coincide con el injusto laboral, *"...ya que este último es mucho más amplio que el primero. Por ello vulneran las exigencias de tipificación aquellas figuras delictivas en las que todo incumplimiento laboral que perjudique los intereses de los trabajadores tendrá relevancia penal"*[25] .

Sin embargo, el injusto laboral puede tener vicios de concreción para una correcta o adecuada tipicidad, lo cual dificultaría conocer cual es el tipo de injusto de la norma laboral, al no comprenderse certeramente los elementos normativos del tipo. Una situación que se podría dar para no obtener una adecuada tipicidad, sería la de los *conceptos jurídicos indeterminados*, los cuales contrastan la ineludible necesidad de describir la conducta típica, antijurídica y culpable. En ese sentido, tenemos que un autor como DE LA VILLA GIL, nos habla de que la indeterminación normativa no es uniforme sino que responde a exigencias y propósitos distintos que autorizan la delimitación de tres grados o niveles de intensidad: mínima, media y máxima[26] .

En nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Constitucional a través de la sentencia
No 5594-94, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de septiembre de 1994, realizó una caracterización de estos conceptos jurídicos indeterminados, de la siguiente manera:

> "V. Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, como lo son la mayoría de edad, plazos para promover recursos y apelaciones, etc. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos limites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres, etc. Así, aunque la ley no determine con claridad los límites de estos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor -buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público, justo precio, moral-, o de experiencia -incapacidad para el ejercicio de

21 . BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) Op Cit, págs 41-42. Para NAVARRO SEMPERE, *"la existencia de delitos específicamente laborales –y comunes que, de una u otra forma aparecen vinculados al ámbito de las relaciones de trabajo- no permite establecer ninguna diferenciación respecto de los demás más allá de las especialidades propias derivadas de la aplicación de las normas sustantivas (laborales) en la determinación del exacto alcance que deban tener ciertos conceptos (condiciones de trabajo, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo) a la hora de determinar la existencia o inexistencia del delito (...) Las sanciones penales que pueden imponerse como consecuencia de la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores o contra el patrimonio de la Seguridad Social no difieren en absoluto de las que se aplican a otros delitos"*, Op Cit, pág 78.

22 . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) y otros, Op Cit, pág 154. Cfr: *"La lesión del bien jurídico puede no constituir un injusto típico si no va, acompañado del desvalor de la acción (...) Es indiscutible, pues, que el desvalor de acción puede jugar, y de hecho juega en ocasiones, un papel decisivo al lado del desvalor del resultado, en la integración del contenido material de la antijuricidad"* RODRÍGUEZ MOURULLO, Op Cit, págs 332-333.

23 . RODRÍGUEZ MOURULLO, (Gonzalo) Op Cit, pág 239.

24 . ZAFFARONI, (Eugenio Raúl), "Tratado de Derecho Penal General", sétima reimpresión, Editorial Ediar, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1987, pág 480.

25 . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 155.

26 . DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) **"El Principio de Adecuación Social y los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho del Trabajo"** Capítulo XIII pág 407 y sgtes en DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) "Los Principios del Derecho del Trabajo", Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.

sus funciones, premeditación, fuerza irresistible-, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como es el caso de la determinación de las infracciones o faltas disciplinarias, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay, o acciones contrarias al orden público o no las hay, o hay acciones contrarias a la moral o no las hay, etc. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que no obstante su denominación, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes, se da en todas las ramas del derecho, como por ejemplo en la civil -buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia-, en la comercial -interés social-, en la procesal -pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable-, o en la penal -alevosía, abusos deshonestos-, son sólo algunos de los ejemplos que se pueden citar. En el Derecho Administrativo, no existe diferenciación en cuanto a la utilización de conceptos tales como la urgencia, el orden público, el justo precio, la calamidad pública, las medidas adecuadas o proporcionadas, la necesidad pública o el interés público, etc., no permitiendo una pluralidad de soluciones justas, sino sólo una solución a cada caso concreto.»

Una vez que se ha determinado la tipicidad de una conducta, esto es, la concurrencia en la misma de los diferentes elementos que definen el tipo, se considerara la relevancia penal de dicha acción. Por esta razón, los injustos laborales no pueden escapar de las demás vicisitudes que atañen a los injustos penales, puesto que en el fondo los *injustos laborales* son solamente una categoría específica del Derecho Penal.

*B) Sujetos del delito laboral*

La comprobación de los sujetos que podrían intervenir en estos tipos penales, básicamente habría que reseñarla de la siguiente manera: el sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico es el trabajador[27]. Los delitos penales son elaborados con la ferviente necesidad de proteger a esta parte de la relación laboral, y por consiguiente, estimamos que si los(as) trabajadores(as) no son aquellas personas hacia las que van dirigidas estas previsiones, entonces se desnaturaliza la razón de ser del derecho penal del trabajo como disciplina jurídica y de protección de los intereses laborales.

Mayor problema podría causar el sujeto activo puesto que ha sido frecuente en la doctrina estimar estos delitos especiales propios, que solamente pueden ser cometidos por personas que reúnen las condiciones de empresarios o empleadores (CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC). Si constatamos está situación en la jurisdicción comparada, tenemos que el artículo 318 del Código Penal español, faculta endilgar los tipos delictivos a las personas jurídicas, y la sanción se puede atribuir "..a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello". En el caso de nuestra legislación, el artículo 2 de nuestro Código de Trabajo faculta que la figura patronal recaiga sobre personas jurídicas, por lo que si conglobamos esta disposición con la legislación civil aplicable en la materia, nos encontramos las siguientes situaciones: la *persona jurídica* debe su existencia a la misma ley o de cualquier convenio, que estuviere conforme a esta ley[28], a la vez que la entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta, y de las personas jurídicas cuando dejan de existir conforme a la propia legislación[29].

En ese sentido, si analizamos que dentro del ámbito privado, la empresa puede conformarse bajo las denominadas sociedades de comercio según sus diferentes modalidades[30]; una disposición como la analizada para el caso español, permitiría la configuración de reprochabilidad a los mismos socios, *si éstos pudiendo remediar el asunto, no lo hubiesen hecho.* Además, esta connotación de sujeto activo de acuerdo con nuestra legislación cos-

27 .Sin embargo, esta posibilidad no está del todo clara en la legislación comparada. Volviendo al caso de España, tenemos que se ha dicho que *"En sentido general podemos trasladar los conceptos explicitados al ámbito penal, con alguna particularidad: en la mayoría de los artículos la protección está pergeñada hacia el "trabajador que trabaja" pero para el Título en general hay que ampliarlo no sólo a derechos reconocidos a aquél sino también al que desea ejercitar su derecho y deber al trabajo (art. 35 de la Constitución). Por ejemplo, el reclutar personas ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas (art. 312) es una conducta previa a la obtención de empleo; como lo pueden ser la inmigración clandestina de trabajadores o la emigración engañosa (art. 313)"*, MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 898.

28 .Código Civil de la República de Costa Rica, artículo 33.

29 .Ibíd., artículo 34.

30 .Código de Comercio de la República de Costa Rica, artículo 17.

tarricense, podría endilgarse a quien(es) ejerza(n) la administración de la sociedad[31].

## II. LOS DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES EN OTRAS LEGISLACIONES: EL CASO ESPAÑOL

Se hace oportuno destacar los antecedentes de los delitos contra los trabajadores en España –como modelo inspirativo al que se propone- y al respecto tenemos que los actuales preceptos que integran el Título XV del Libro II del Código Penal, encuentran su precedente en el artículo 499 bis, que regía lo que denominaba el legislador del año 1971, los "delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo"[32].

Un aspecto importante a destacar sería que en la época en que se incorporan al ordenamiento jurídico estas conductas, España estaba viviendo en el *franquismo* cuya dictadura no precisamente se podía caracterizar de salvaguardar los intereses laborales. Es paradójico que esta legislación se diera, por cuanto la ausencia de libertades en general era la tónica y lógicamente, mucho menos se salvaguardaban las garantías sindicales y el derecho de huelga. Al respecto se ha caracterizado esta coyuntura de la siguiente manera: *""El advenimiento del régimen nacido de la Guerra Civil significó desde la óptica de las relaciones de trabajo un incremento radical del intervensionismo administrativo y consiguientemente, del aparato burocrático que se reforzaría y consolidaría en etapas posteriores (....) La negación de la libertad de sindicación se compensó con fuertes medidas intervensionistas en los ámbitos más variopintos (conflictos individuales y colectivos, autorizaciones administrativas), negando virtualidad al conflicto social, acorazando la posición del trabajador e imponiendo trabas al poder de dirección del empresario y, en última instancia, al libre desarrollo económico de la empresa"*[33].

El profesor MORILLAS CUEVA, nos sigue relatando el desenlace del artículo 499 bis del Código Penal español[34], al cual en el transcurrir del tiempo se acompañó de otros artículos, que presentan igualmente la característica de protección a los trabajadores. De este modo, surge el artículo 348 bis, a) como *delito contra la seguridad en el trabajo,* incorporado por Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio de ese mismo año, al igual que los *delitos contra la libertad sindical* y el *derecho a la huelga*, del artículo 177 bis, o las *lesiones por infracción de las leyes del trabajo* del art. 427, modificado por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, o sino las *coacciones laborales* del art. 496 párrafos 2 y 3, introducidas en el Código Penal por Ley 23/1976 del 19 de julio[35].

El Código Penal vigente en España –promulgado en el año 1995- consolida el derecho penal del trabajo y ubica los tipos penales bajo el Título XV del Libro Segundo con el título "De los Delitos contra los Trabajadores", cuyos numerales corren desde el artículo 311 al 318. Básicamente se aglutinaban tales delitos en los siguientes tipos penales los cuales a su vez, poseen tipos más especializados o descriptivos: A) Imposición de condiciones laborales ilegales; B) Tráfico ilegal de mano de obra; C) Migraciones clandestinas o fraudulentas; D) Discriminación laboral; E) Límites a la libertad sindical y al derecho de huelga; F) Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo; G) Responsabilidad en las personas jurídicas.

---

31. "La administración de la sociedad, y el uso de la firma social, corresponderán exclusivamente a la persona o personas a quienes de acuerdo con los términos del contrato se hubiere dado esa facultad (...)" "Podrá ser administrador quien no sea socio, pero la escritura social deberá autorizarlo expresamente"
"Los administradores tendrán las facultades y poderes que se determinen en la escritura social" Código de Comercio de la República de Costa Rica, artículos 39,40 y 41.

32. RODRÍGUEZ RAMOS, (Luis); COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) y SÁNCHEZ TOMAS, (José Miguel) "Derecho Penal: Parte General Vol III", Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España 1999, pág 149. Para MORILLAS CUEVAS, *"El nuevo articulado asentado, según la Exposición de Motivos, en la experiencia obtenida por la vigencia del Decreto-Ley del 15 de febrero de 1952, ampliaba el número de conductas punibles en un intento no excesivamente logrado de terminar con la fenomenología empresarial de abusos contra los derechos de los trabajadores"* pág 892, en COBO DEL ROSAL, (Manuel) "Curso de Derecho Penal Español: Parte Especial", Volumen I, Marcial Pons editores, Madrid, 1998.

33. SEMPERE NAVARRO, (Antonio) y otros, Op Cit, págs 36-37.

34. El artículo 499 bis del Código Penal Español reformado el 15 de noviembre de 1971, se presentaba dentro del **Capítulo VIII –De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo-** en el **Título XII –Delitos contra la libertad y la seguridad-**, del Libro Segundo. Se componía de las siguientes infracciones delictivas: a) imposición de condiciones ilegales de trabajo (núm. 1); b) alteración ilegal de las condiciones de trabajo (núm.2); c) tráfico ilegal de mano de obra (núm.3); d) migraciones fraudulentas (núm.3 inciso final); e) crisis fraudulenta de empresa (penúltimo párrafo). El último párrafo lo dedicaba a la responsabilidad de las personas jurídicas.

35. MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) en COBO DEL ROSAL, Op Cit, pág 893. Continua el autor en estudio relatando la evolución de estos tipos penales, aduciéndonos lo siguiente: *"El Proyecto de 1980 se ocupaba de estos delitos bajo la denominación de **Delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales**, en el capítulo **V** del **Título VIII –Delitos contra el orden socioeconómico-** del Libro Segundo; los arts. 356 357 y 358 contenían de manera parecida, lo que no obviaba importantes modificaciones, las diversas modalidades del entonces vigentes 499 bis, los arts. 359, 360, 361 y 362 contenían sin epígrafe especial las defraudaciones a la Seguridad Social lo que representaba la innovación más trascendente. La Propuesta como Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, los tipifica igualmente como delitos socioeconómicos, **-Título XII-** en el **Capítulo III,** bajo la denominación de **Delitos laborales** con dos secciones, la primera, **De los delitos contra los derechos de los trabajadores** (arts. 288,289,290); la segunda, **De los delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de los trabajadores** (arts. 291,292 y 293). El Proyecto de 1992, los regulaba de manera relativamente diferente como **Delitos contra los derechos de los trabajadores** en el **Capítulo XIV** del **Título XII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico-** en los artículos 292 a 298; del 292 al 294 se pueden equiparar con algunas diferencias importantes a los contenidos del 499 bis citado, incluyendo además la discriminación laboral (art. 295), los límites a la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 296) y los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo (art. 297). Puede comprobarse con respecto a las otras Propuestas, la omisión en el Capítulo de los tipos referidos a la Seguridad Social"*, Ibíd.

En torno al bien jurídico tutelado en este tipo de derechos, siguiendo con MORILAS CUEVAS, tenemos que el autor nos relata lo siguiente: *"En cualquier caso, el cambio de comprensión asumido y desarrollado por el Código Penal supone indudables ventajas: por un lado se tutela el derecho al trabajo en condiciones dignas, como un derecho fundamental de la persona, de manera análoga a los contenidos en el Capítulo II del Titulo I de la Constitución; por otro, se unifica el bien jurídico protegido, concretándose en los derechos de los trabajadores, por encima de los posibles bienes jurídicos-derechos específicos a los que se pueden referir los diferentes tipos; por último, se utiliza la posibilidad de albergar otros comportamientos relacionados con el trabajo que constituyen de igual manera conductas intolerables. En definitiva el bien jurídico protegido en el* ***Título XV*** *son los* ***derechos de los trabajadores*** *como interés autónomo tutelado. Ello no significa que en cada tipo en concreto esta protección generalísta no se proyecte en bienes específicos, como los derechos de los trabajdores derivados de las condiciones mínimas generales de trabajo, la seguridad en el trabajo, la estabilidad en el empleo, el derecho de igualdad jurídica en el trabajo, el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, la seguridad de la vida, de la integridad y de la salud de los trabajadores desde la idea de la seguridad y la higiene en el trabajo, etc."*[36]

3.1 Influencia de la legislación española en la propuesta de reforma

En el caso de la introducción de la reforma al Código Penal, que pretende incorporar el capítulo de "delitos contra los trabajadores", nos encontramos con que la génesis de esta iniciativa, proviene de los tipos penales homólogos del derecho penal español, quien tiene incorporados los mismos delitos que se han asimilado en Costa Rica, dado que desde el año 1995 empieza a regir el Código Penal vigente en España, el cual ubica los tipos penales bajo el Título XV del Libro Segundo con el título "De los Delitos contra los Trabajadores", cuyos numerales corren desde el artículo 311 al 318 y según lo hemos relatado en el acápite anterior.

Ahora bien, podría pensarse que esta situación de "copiar" los delitos es algo perjudicial debido a que estamos hablando de implantar una legislación a otro contexto diferente. Sin embargo, en el caso costarricense es necesario partir de un cimiento que venga a servir como normativa aplicable en la especie y que hasta el día de hoy se carece dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Por esta razón, la reforma que nos ocupa reviste especial importancia, además que son tipos penales actuales y aplicables para nuestra realidad nacional.

## IV. LOS TIPOS PENALES PROPUESTOS EN EL CAPÍTULO DE "DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES"

Pasamos en este apartado, a analizar someramente los alcances del proyecto de ley en sus diferentes delitos propuestos. Haremos una transcripción del tipo penal, así como unos breves y puntuales comentarios de cada uno de los delitos que compondrían el capítulo de "Delitos contra los trabajadores", con la finalidad de ensayar algunos elementos accidentales o de modo, que podrían suscitarse en la aplicación del derecho penal laboral por parte de los operadores jurídicos.

4.1 Imposición de condiciones ilegales en el trabajo

"Serán sancionados con pena de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa:
1° Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.
2° Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.
3° Si las conductas indicadas en los incisos anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación las penas se aumentarán hasta en un tercio".

Este delito se comete si mediando engaño o abuso de situación de necesidad, se imponen por el empresario, condiciones laborales ilegales, como no afiliar o dar de alta en el Sistema de Seguridad Social al trabajador, o pagar solo parte del salario que le corresponde; o contratar de forma sucesiva a un trabajador mediante contratos temporales. Requerimos entonces precisar que tipo de condiciones laborales, podrían invocarse como violentadas por el tipo penal en cuestión, y al respecto la doctrina ha tenido posiciones disímiles; una que podríamos llamarse como **restringida** y otra en contrapartida de naturaleza **amplia**. Por un lado, tenemos que la primera postura la enarbola CONDE-PUMPIDO, para quien se hace necesario recurrir en cada caso al examen de la regulación de la prestación laboral de cada trabajador en particular: *"Tan amplia referencia a los derechos del trabajador deberá conjugarse con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, lo que conduce a requerir una cierta*

36 .MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) en COBO DEL ROSAL, Op Cit, págs 897-898.

*gravedad en la conducta y una mínima trascendencia del derecho afectado"*[37]. La posición contraria, es asumida por TERRADILLOS BASOCO, para quien por condiciones laborales debe entenderse como *"todas las que componen el contenido de la relación de trabajo"* y por condiciones de seguridad social, *"las referidas a la relación jurídica de seguridad social"*[38]. Nótese entonces que el contraste es grande, todo ello que no existe un acuerdo doctrinario, más debe encontrarse un punto inflexivo para solucionar esta disyuntiva y se hace más difícil, si estudiamos los principios que informan la materia tanto en sede laboral como penal[39].

Sin embargo, desde nuestra óptica diremos que las condiciones legales de trabajo están claramente establecidas en la normativa laboral de orden público, así como en las resoluciones que sobre dichas condiciones ha establecido la Sala Constitucional. Estas condiciones son de vital importancia, debido a que se concretan o materializan sobre acciones y tópicos variados: jornadas laborales; derechos salariales; protecciones o fueros etc.

La acción típica de este delito consiste en imponer condiciones laborales o de Seguridad Social restrictivas a los derechos reconocidos a los trabajadores. Ahora bien, el verbo de **imponer** nos merece un análisis detallado en torno a lo que podría interpretarse por este término. Para un autor como CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *"Aunque el término "imponer" parece implicar una cierta coacción (....) ésta, en realidad, es sólo exigible cuando se cometa abusando de la situación de necesidad del trabajador, para lo cual, en principio se necesita algo más que el hecho de encontrarse sin empleo. En estos casos poco importa que el trabajador conozca el alcance y trascendencia de las condiciones que se le imponen, ya que se ve obligado a aceptarlas en virtud de su situación de necesidad, como única vía para conseguir el empleo. No ocurre así en los casos en los que el trabajador acepta las condiciones restrictivas como consecuencia de un engaño, que es la otra modalidad comisiva, pues entonces, la maniobra engañosa, que puede ser cualquiera que aparezca como idónea, hace que ignore las consecuencias negativas de unas condiciones que, más que resultar impuestas, acepta voluntariamente, aunque con una voluntad viciada"*[40]. El medio utilizado es en cualquier caso el abuso de la situación de supremacía con que cuenta el patrono frente a quien vende su fuerza de trabajo, expresado por el verbo "imponer" utilizado por el legislador. Así, el propio precepto se refiere a la "situación de necesidad" en que se encuentre el trabajador o el error en que incurre éste a consecuencia del engaño de aquél, con lo cual se cubren quizás todas las posibilidades de conductas abusivas[41].

En cuanto a lo relacionado a la seguridad social, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en su artículo 44 dispone el régimen sancionatorio con diferentes multas, y se complementa con lo dispuesto en el Reglamento del Seguro de Salud de 1997, el cual impone una serie de obligaciones concretas a los patronos. En este tipo penal propuesto no se incluye la sanción penal al patrono que defraude la seguridad social, debido a que el artículo 216 del mismo Código Penal que regula el tipo penal de estafa, sería aplicable en la especie y por lo tanto, se cumpliría dicho acometido.

Ahora bien, este delito penal propuesto se infringe no solo por el perjuicio del sujeto pasivo cuando concurre la acción típica –p-e. contratarlo negando o suprimiendo

37. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) Op Cit, pág 944.

38. Citado por MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 902.

39. Es así como tenemos igualmente, un escenario biliateralizado en donde por un lado la ciencia del derecho laboral ha concebido el *principio de norma más favorable* como parámetro para solucionar las antinomias; y por otro lado el Derecho Penal posee entre sus principios el de *principio de condición más beneficiosa.* Uno a favor del trabajador que se tiene como sujeto pasivo y el otro puede ser incluso a favor del empresario o patrono, como el sujeto activo dentro de la configuración del delito, por lo que indudablemente no existe punto de encuentro. Desde nuestra óptica, el auxilio entre ambas disciplinas no debe verse en los principios propios, los cuales son disímiles entre si; sino más bien en el marco de la misma ley laboral e instrumentos internacionales aprobados en esos ámbitos.

40. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) "Derecho Penal Comentado", Tomo I, Editorial Bosh S.A., Barcelona, segunda edición, febrero 2004, págs 943-944. Cfr: *"La imposición de condiciones ha de **lesionar** –perjudicar,suprmir o restringir- los **derechos de los trabajadores** reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Que se lesione estos derechos no significa necesariamente que exista un perjuicio económico entendido como una disminución del patrimonio del trabajador, entre otras razones porque pueden lesionarse derechos carentes de contenido económico"* BAJO FERNÁNDEZ, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) "Delitos Tributarios y Previsionales", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Jorge De Palma editor, enero 2001, pág 644.

41. COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) "Derecho Penal: Parte Especial III", Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1999, pág 150. Cfr: Para MORILLAS CUEVA, *"La conducta típica nuclea alrededor del verbo **impone**. Gramaticalmente significa "poner carga, obligación u otra cosa". Desde el punto de vista técnico jurídico QUINTERO OLIVARES lo identificó con el imponer del concepto de coacciones (amenazas). Esta interpretación es excesivamente restrictiva. BAJO FERNÁNDEZ y de manera parecida ARROYO ZAPATERO, aun situando la comprensión del término en el sentido de **obligar a hacer algo,** aquí, como **sometimiento de la voluntad del trabajador en relación con su situación profesional, obligándole a aceptar unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos,** dilata el contenido al admitir un alcance distinto de los medios comisivos. Para nosotros, sin embargo, lo adecuado de ésta última idea, su sentido respecto al verbo tipo **imponer** ha de ser matizado en la línea de admitir, junto al primero de los entendimientos, obligar a aceptar, la posibilidad de obligar sin el matiz de ratificación por parte del obrero que supone la obligación de aceptar. Esto es, las condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman derechos o los restrinjan del trabajador pueden ser impuestas por el empresario bien con la aceptación del obrero mediatizado por la situación de necesidad, o bien de manera engañosa sin la aceptación ni el conocimiento directo del trabajador.*
*La imposición ha de suponer el perjudicar, suprimir o restringir los derechos reconocidos legalmente. **Perjudicar** es ocasionar daño o menoscabo, en este caso a los derechos citados; **suprimir** es hacer cesar, desaparecer; **restringir** es reducir a menores límites. Aunque los tres conceptos son muy parecidos no es desacertada su inclusión diferenciada. En sentido contrario, AYALA los considera innecesariamente reiterativos"* MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, pág 902.

las garantías mínimas de ley-, sino que además, se comete igualmente el ilícito si se pone en peligro a los trabajadores con condiciones ilegales establecidas de antemano. Estamos en presencia entonces, de la distinción dogmática entre **delitos de resultado o lesión y delitos de peligro**[42].

El inciso segundo del tipo penal, contempla la posibilidad de aplicar la misma sanción, en caso que quien asuma la empresa continúe con éstas prácticas lesivas[43]. Finalmente debemos de manifestar que si lo que se persigue es detectar condiciones ilegales de trabajo, los(as) Inspectores(as) de trabajo tendrían una oportunidad propicia para denunciar penalmente las situaciones anómalas que descubran. Ahora bien, el problema que se les plantea entonces, es el concerniente a la carencia de plazas y recursos de toda índole para cumplir efectivamente su trabajo en concordancia con la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

4.2 Tráfico Ilegal de mano de obra

"Serás sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. Los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
2. Los que recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.
3. Los que empleen a inmigrantes sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual".

Comete este delito quien trafique de cualquier manera ilegal con mano de obra, y también quien reclute alguna persona o la determine a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y asimismo, quien emplee a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos existentes. Este tipo necesariamente se configura con la acción de traficar –colocar ilegalmente- a trabajadores(as) extranjeros. Por consiguiente, el tipo penal se consolida en el momento en que se trata de emplear en condiciones que son contrarias a las leyes migratorias. En ese sentido, los elementos modales de referencia del delito implican que la acción es típicamente dolosa[44]. Es así como tenemos acciones tales como "traficar" "engañar" "suprimir" "restringir", que se encuentran encaminadas a menoscabar los verdaderos derechos del sujeto pasivo.

Precisamente el tercer inciso habla del verbo típico **emplear** y en el contexto de la norma se aduce que se sanciona solamente a quienes "empleen" a inmigrantes sin permiso de trabajo. Es decir, que se podría decir en principio que la imposición de condiciones en el momento posterior al contrato, no encajaría en el tipo. Sin embargo, esta posibilidad es desechada por un autor en estudio, quien entiende *"que la expresión "emplear en condiciones..." es aplicable a toda la vida del empleo, por lo que aunque esas condiciones restrictivas de los derechos aparezcan con posterioridad al momento inicial, será aplicable al precepto"*[45].

Todos los trabajadores extranjeros requieren de un permiso de trabajo, ya que en Costa Rica los derechos laborales están garantizados por la Constitución Política, el Código de Trabajo y otras leyes conexas. Los extranjeros

42. Delitos de resultado: La figura del delito de resultado que exige la lesión de un bien jurídico. Para CREUS, los tipos penales sólo toman en cuenta resultados que, trascendiendo de la acción u omisión, se automatizan y quedan como entidad una vez que ella ha cesado; esos delitos son de lesión o daño, en CREUS, (Carlos). "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 5° edición actualizada, 1995,pág 164. Por su parte, para los Delitos de peligro: En esta otra modalidad, el hecho constitutivo del delito no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro. Por peligro debe entenderse la posibilidad de la producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial, CUELLO CALÓN, (Eugenio) "Derecho Penal Tomo I (Parte General)", quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, pág 251. Cfr: Para MANZINI, *"El peligro no es nunca algo concreto, porque no es una realidad, sino un juicio lógico, una nueva previsión, fundada, en verdad, sobre la realidad, pero en la cual la misma realidad se evalúa en su potencialidad, esto es como indicio de lo que podrá suceder en el porvenir y no en sí misma"*, pág 155.

43. En nuestro país existe disposición expresa en la legislación de trabajo, en referencia al principio de continuidad en caso de sustitución patronal. Al respecto el artículo 37 del Código de Trabajo enuncia que "La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido ese plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono".

44. Igualmente podemos hablar de **delitos dolosos y culposos**, en donde para los primeros se requiere que haya una voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto ZAFFARONI, (Eugenio Raúl) Op Cit, pág 405. Para el segundo delito, tenemos la siguiente digresión: *"Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado"*, Ibíd, pág 427.

45. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) Op Cit, pág 947.

que poseen cédula de residencia permanente o un carné de refugiado[46], ambos vigentes, pueden laborar sin requerir permiso de trabajo. El ser residente permanente o temporal debidamente autorizado le permite laborar y ser sujeto de todos los derechos laborales que esta situación conlleva, como acceso a la seguridad social, pago de salarios conforme a la ley, así como el deber de aportar a los regímenes de protección social. Para solicitar un permiso temporal de trabajo en servicio doméstico corresponde al patrono (a) gestionar con base en los requisitos que suministra la Dirección General de Migración en su Departamento de Permisos Temporales. Con el permiso, el patrono o contratante tiene el deber de afiliar al trabajador (a) a la seguridad social, representada por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

Se debe entender como infringido el tipo penal si se suscitare la conducta descrita anteriormente, salvo que el extranjero tenga un permiso de residencia o carné de refugio, o las personas con las salvedades que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social así como las autoridades de migración, impongan (Ej: permisos temporales de trabajo).

Por otra parte, es conveniente acotar que no puede decirse que existe un concurso aparente de normas entre el artículo 245 de la recién promulgada Ley de Migración y Extranjería[47] y este tipo penal, debido a que la primera sanciona el ingresar ilegalmente a extranjeros; mientras que el delito en estudio lo que sanciona es emplear a dichas personas. Igualmente, el ilícito que nos ocupa es un tipo de delito de peligro, todo ello que se penaliza el ofrecer condiciones de trabajo engañosas o falsas para reclutar trabajadores. Es decir, no necesita concretarse la acción típica sino que con solo prometer a futuro condiciones no ciertas o ilegales, se consume el delito.

4.3 Provocación de emigraciones clandestinas

"Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a Costa Rica.
2. El que simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país".

Se comete esta figura delictiva cuando se promueve o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a Costa Rica y quien simulando contrato o colocación, o cuando otro engaño semejante, determine o favorezca la emigración de alguna persona u otro país. Es conveniente hacer mención, que este ilícito penal se compone de dos supuestos o posibilidades. Una de ellas es si se suscita la migración de fuera hacia dentro, sea de otros países a Costa Rica; la otra posibilidad sería todo lo contrario: desde dentro hacia fuera, sea de nuestro país a otro país de destino.

Ahora bien, para COBOS GÓMEZ DE LINARES, el carácter de extranjero es inherente a los sujetos pasivos del apartado primero del tipo penal –que el proyecto de reforma costarricense igualmente lo incorpora-, y que aporta la otra cara del delito anteriormente analizado ("tráfico ilegal de mano de obra"). Sin embargo, desde la óptica del autor *"la verdad, no era necesario llevar a cabo previsiones distintas cuando la finalidad es la misma, pero fundamentalmente, este precepto, como aquél, no son sino previsiones demagógicas, pues sin preverse perjuicio alguno para el trabajador (...) resulta difícil mantener la existencia de un delito, máxime cuando aparecen en la prensa constantemente, noticias sobre personas reducidas a la prostitución o explotados en talleres clandestinos durante años, gracias a la inmigración ilegal, de manera que la persecución penal de quienes provocan dichas situaciones se debe basar en la comisión de delitos contra la libertad sexual de las víctimas, o contra sus derechos como trabajadores, pero no burlar las fronteras del país para conseguir un puesto de trabajo"*[48]. Desde nuestra perspectiva, no encontramos contraposición con el delito de tráfico ilegal, en los fundamentos que apunta el autor, pero si más bien estimamos que pueden darse regulaciones del tipo reiteradamente. Es así como el concepto de **traficar** expuesto en el tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra, supone una conducta amplia que subsume globalmente el aspecto de promoción y favorecimiento de

46 .En el caso de la población refugiada, regida por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, la que define refugiado como «una persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales condiciones, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.. La Ley General de Migración les otorga la subcategoría de residente temporal (art. 36), les asigna un estatus y lo acredita con un carné, **con autorización para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite.**

47 ."Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien: a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos. b) A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos"

48 .COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 154.

inmigración clandestina. El hecho de que se aduzca que existe una ilegalidad en el tráfico, supone que se cumplen en igual sentido, el supuesto del inciso 1) del delito de migraciones fraudulentas, que es a la postre igualmente una conducta que atenta contra la misma legalidad.

Otro aspecto que nos merece la pena referirnos, es el concerniente de que la acción penal para el primer inciso, puede ser cumplida de manera amplia e indeterminada puesto que los verbos de "promover" o "favorecer", tienen estas connotaciones. Con relación al segundo inciso, nos circunscribe a la simulación de contrato o *engaño semejante*, lo cual supone al menos que el sujeto activo se valga de una argucia formal, inventando un supuesto trabajo en el exterior, amparado igualmente por un supuesto contrato inexistente o que no sería el que fuese a cumplir el sujeto pasivo.

Costa Rica es junto con Guatemala y Belice, el tercer escenario de importancia para el emplazamiento de colectivos de inmigrantes que interactúan en el medio laboral local. La información más reciente obtenida a partir de los resultados del Censo Nacional de Población, señalaban que en el año 2000 existían en nuestro país 296,461,00 personas nacidas en el extranjero. Tal cifra equivaldría a un 7,78% del total de la población del país, la cual fue estimada en 3,810.179,00 (INEC 2000)[49]. Con todo este contingente migratorio tenemos que el tipo penal basta que se tenga realizado no solo desde la posibilidad de promover o favorecer este ingreso violentando las leyes migratorias, sino que además valiéndose de la argucia de "simular un contrato". Por consiguiente, si no se atiene a lo dispuesto en tales provisiones, y se promoviere el acceso en este caso a nuestro país –emigración- en detrimento de los nuevos statuts migratorios, entonces se configura el delito en mención.

En todo caso, la nueva normativa en materia de migración dispone diferentes categorías o status migratorios, los cuales permiten la posibilidad de laborar en Costa Rica según la especificidad descrita para cada situación. Es así, como la Ley de Migración nos habla de una serie de *categorías especiales*, de acuerdo al artículo 90, las cuales tienen relación con el trabajo. En primer lugar, nos habla de los **trabajadores transfronterizos,** que son "(...) las personas extranjeras vecinas de las zonas aledañas a las fronteras de Costa Rica, que sean autorizados por la Dirección General para ingresar al territorio nacional diariamente y así egresar de él, con el fin de realizar actividades asalariadas, autorizadas por la Dirección General, con base en los estudios técnicos aplicados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social" (art. 93).

Otra categoría que se dispone en este proyecto de ley, es la de **trabajadores temporales,** que corresponde a los extranjeros(as) a quienes la Dirección General les autorice su ingreso y permanencia en el país y permanezcan en él con el objeto de desarrollar aquellas actividades económicas de carácter temporal, según corresponda, en las que sean requeridos según los estudios que por actividades ocupacionales recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 94). Este trabajo se encuentra condicionado a una serie de requisitos, como el plazo –el cual determinará la Dirección General de Migración-; solo podrán desarrollar actividades laborales remuneradas, en los términos, condiciones, zonas y para los patronos que autorice la Dirección General, con base en las recomendaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; quien definirá además, las actividades de carácter temporal en las que se requiera autorización de ingreso y permanencia de mano de obra extranjera, mediante la realización de estudios técnicos y de mercado que determinarán el contingente de trabajadores temporales necesarios, según lo dispuesto en el numeral 95.

Por último, se cuenta con la categoría de **trabajadores de ocupación específica**, los cuales son "...las personas extranjeras que, sin estar comprendidos en las demás categorías especiales, sean requeridos para ejercer actividades asalariadas según los estudios que por actividades ocupacionales recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", "Los Trabajadores de Ocupación Específica podrán permanecer en el país por el plazo, términos, condiciones y contratante o empleador que se determine en la autorización de la Dirección General" (arts. 96 y 97).

Ahora bien, solo nos resta analizar otras disposiciones que atañen a la figura del empleador y el control que éste debe ejercer, para repeler la migración ilegal. Al respecto, el artículo 170 de la iniciativa en estudio, nos dice que "Todo empleador, intermediario o contratista, al contratar o proporcionar trabajo u ocupación a un extranjero, deberá cumplir con toda obligación que le imponga la presente ley y la legislación laboral y conexa". Esta disposición, tiene conexidad con la prohibición que presenta el mismo texto, para que ninguna persona física o jurídica, pública o privada, pueda contratar trabajadores extranjeros que estén en condición ilegal en el país, o que aun gozando de permanencia legal, no estén habilitados para ejercer dichas actividades[50].

49 . MORALES GAMBOA, (Abelardo) "Situación de los Trabajadores Migrantes en América Central", Estudios sobre Migraciones Internacionales No 53, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, pág 33.

50. "Todo empleador, intermediario o contratista, al contratar o proporcionar trabajo u ocupación a un extranjero deberá verificar la permanencia legal en el país del extranjero y que se encuentre autorizado para ello, así como exigirle el documento que acredite su condición migratoria para tales efectos". **ARTÍCULO 172.** Ley de Migración y Extranjería de la República de Costa Rica.

La misma ley pretende sancionar a las personas físicas o representantes de las jurídicas, públicas o privadas, que proporcionen trabajo u ocupación a extranjeros no habilitados para ejercer actividades laborales en el país o que realicen actividades diferentes a las autorizadas, con una multa que oscilará entre cinco y hasta veinte veces el monto de un salario base definidos en el artículo 2 de la Ley Nº7337 del 5 de mayo de 1993. La multa será aplicada por la Dirección General de Migración y se agregará al Fondo Específico establecido por la presente Ley y su monto será determinado según la gravedad de los hechos y el número de extranjeros a los que se les otorgue trabajo en condición irregular[51].

4.4 Discriminación laboral

> "Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa, los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores o por el parentesco con otros trabajadores de la empresa, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimientos o sanción administrativa reparando los daños económicos que se hayan derivado".

Como tesis de principio, este delito descansa en el precepto de igualdad inserto en el artículo 33 de nuestra Carta Magna. Un aspecto importante a destacar es el relativo a que *"la igualdad ante la ley implica, en ocasiones, el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando "los supuestos de hecho que se producen en la vida, son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero"*[52].

Este delito se comete por quien provoque una grave discriminación en el empleo público y privado contra alguna persona en razón de diferentes variables: ideología, religión, creencias, etnia, raza, edad etc. Se viene a consolidar la tutela de situaciones que están debidamente normadas en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así como en normativa interna.

En este delito se necesita que la acción discriminatoria que se tenga como reprochable, deba revestir de gravedad, por lo que no es cualquier conducta la que se puede tener como lesiva. Asimismo, el tipo penal opta por una técnica de tipo cerrado, por cuanto enumera las conductas que se tendrían como discriminatorias, llamando la atención que al igual que en el caso español, no se toma la edad como elemento discriminatorio, susceptible de sancionar[53].

Ahora bien, la norma nos habla de recibir discriminación en el empleo, por lo que la doctrina ha interpretado el concepto de empleo, en el sentido de "acción y efecto de emplear, por lo que *"en el tipo se comprenden, tanto las acciones discriminatorias en la fase de concertación y contratación, así como en las que se produjesen durante la vida laboral del trabajador"*[54]. El tipo penal en estudio presenta los siguientes elementos para su realización: a) la producción de una grave discriminación, por lo que la gravedad como ya dijimos debe ser valorativa, susceptible de ser apreciada en un caso concreto por parte de la autoridad judicial, lo que introduce un elemento discrecional sumamente importante; b) la posibilidad de discriminación ha de ser no importa, tanto en una relación de empleo público como en una privada; c) la discriminación puede estar fundada tanto por leyes internas como por instrumentos de derechos humanos que conminen a que se evite este efecto y finalmente; d) Se necesita como situación objetiva, que no se haya restablecido la igualdad ante la ley, tras requerimiento o sanción administrativa previa[55].

En síntesis, el delito nos presenta la magnitud y gravedad de las prácticas discriminatorias en el empleo, las cuales se conjugan en una serie de prácticas diversas y lesivas para el trabajador o trabajadora. Asimismo el tipo penal contempla como una causal en la que se pude incurrir en discriminación hacia una persona, la de "ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores". Nos parece que existe un tipo penal específico en el proyecto, que sanciona "Los Delitos contra la Libertad Sindical y de Huelga"[56], en el que se establece una tipicidad que

51. Ley de Migración y Extranjería, art. 168.
52. PEREZ LUÑO, (Antonio) "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág 268.
53. Ver en este sentido a COBOS GÓMEZ DE LINARES, pág 155 y a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, pág 951.
54. SAINZ RUIZ, (José Antonio), Op Cit pág 2026. Para este autor "La conducta del empleador ha de producir **una grave discriminación en el empleo,** que tenga por finalidad, beneficiar a una persona en detrimento o perjuicio de otra, por razones de ideología, religión o pertenencia a etnia o raza etc...". Cfr: Así igualmente lo entiende la Organización Internacional del Trabajo, cuando en su Convenio No 111 **"Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación",** en el artículo 1, párrafo 3, se aduce que "A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo".
55. Este factor es así considerado por MORILLAS CUEVAS, Op Cit pág 909.
56. Véase Infra pág 33 y sgtes

congloba actos discriminatorios, como serían los de "estorbar o entorpecer", a quienes tienen la citada representación; los cuales en alguna medida se encuentran regulados y puede haber un concurso aparente de normas.

Ahora bien, adentrándonos un poco más en el tópico de la discriminación, tenemos que existen en el país antecedentes normativos que prohíben la discriminación en materia laboral, y que regulan más aspectos discriminatorios que el tipo penal propuesto. Empezamos por mencionar el caso de la Ley No 2694 de 1960. En ese sentido, cuando analizamos esta legislación, encontramos con que amplia e incluso contempla la posibilidad de ser discriminado por el "estado civil", así como por la "situación económica" u "origen social"; lo que supone nuevos factores discriminativos que no los contempla el proyecto de ley en estudio. Por otra parte, la Ley No 8107 del 18 de julio del 2001, incorpora la prohibición de Discriminar como garantía genérica, bajo el Título XI del actual Código de Trabajo y contempla la posibilidad discriminatoria por razones de edad, mientras la propuesta de delito penal no la contiene.

Igualmente la prohibición de discriminar tiene su asidero en una serie de tratados internacionales suscritos por Costa Rica, que regulan y prohíben esta nefasta práctica tanto en el orden del sistema de la Organización de las Naciones Unidas –tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer-, como en el seno de la Organización Internacional del Trabajo[57].

Sobre los factores de discriminación contemplados en la propuesta legal, tenemos que decir inicialmente que la discriminación por ideología, religión o creencias, los artículos 12 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíben estas posibilidades. La discriminación por motivos étnicos y raciales ha tenido algunas resoluciones a la luz de la Sala Constitucional en las que se tutela y ampara estos derechos[58]. Asimismo, la discriminación por motivos de género u orientación sexual tiene en el caso de la normativa interna, las leyes 7126, 7476 o el Decreto Ejecutivo 26898-MTSS, que regula una serie de aspectos que destacamos al respecto. Si hablamos de la discriminación por situación familiar nos encontramos con que existen normativas que discriminan para optar por una plaza si se es familiar de otros funcionarios(as) previamente contratados(as). Con respecto a la discriminación por enfermedad o minusvalía, nos vamos a encontrar una gama de disposiciones legales que prohíben esta situación, como la Ley No 7600.

4.5 Delitos relativos a la libertad sindical y el derecho de huelga

"Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.
2. Si las conductas indicadas en el inciso anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación las penas se aumentarán hasta en un tercio.
3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga".

Este tipo penal, por si mismo merece un análisis detallado y podría ser objeto de un estudio más profundo, puesto que encierra el núcleo de la defensa a la libertad sindical como medio idóneo para la defensa de los trabajadores. Para CONDE PUMPIDO FERREIRO, en este artículo se tipifican dos conductas distintas: de un lado impedir o limitar la libertad sindical y el derecho de huelga, agravándose las penas en los casos en que se emplee fuerza, violencia o intimidación; y de otro lado, lo que se ha llamado coacción a la huelga[59].

En cuanto al primer supuesto, la conducta consiste en como bien se ha dicho, **limitar o impedir** el ejercicio de los derechos de libertad sindical o de huelga. Más en este caso concreto, la doctrina ha señalado que el hecho de ejercer tales acciones restrictivas como elementos modales del tipo; supone un concurso aparente de normas con las disposiciones previstas para el tipo penal de condiciones laborales ilegales[60]. Sin embargo, esta antinomia debería ser resuelta con la aplicación del tipo penal que estamos analizando, por ser más específico que el de condiciones laborales ilegales, que obedece más que todo a una connotación de alcance general[61].

57 .Véanse al respecto el Convenio No 45; Convenio No 89; Convenio No 100 y 111.

58 .SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp: 98-003975-007-CO-P. Voto No 04427-99. San José, a las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho. Consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de reforma del artículo 76 de la Constitución Política, que se tramita en el expediente legislativo número 10.077, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Exp: 98-007361-007-CO-E. Voto No : 08857-98. San José, a las dieciséis horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

59 .CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Op Cit, pág 952.

60 .Véase sobre este tipo penal lo expuesto en supra págs 20 y sgtes.

61 .MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 910.

El sujeto activo en este caso podrían ser prioritariamente los empleadores o quienes ejerzan el poder de dirección sobre la fuerza laboral, pero también puede pensarse en la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos señalados y en general, de todos(as) los(as) trabajadores(as)[62].

Debemos señalar que para el caso del sistema normativo en Costa Rica, los derechos de libertad sindical y huelga, tienen un rango constitucional. Así, tenemos que los artículos 60 y 61 de la Carta Magna disponen lo siguiente:

> "Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.
> Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos".
> "Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia".

Volviendo al análisis del tipo, tenemos que el segundo inciso presenta una modalidad agravada, la cual consiste en utilizar los mecanismos de fuerza, intimidación o violencia, para que los(as) trabajadores(as) no se sumen a la defensa de sus libertades sindicales como a su derecho de huelga. Esta situación podría interpretarse en el sentido de desvirtuar el movimiento de huelga, por lo que estimamos más oportuno la distinción que realiza la jurisprudencia comparada, siendo que en el caso español se ha fijado una distinción basada en la siguiente forma: "...el bien jurídicamente protegido es el derecho a no hacer la huelga o a no estar en huelga; con lo que la naturaleza de esta figura delictiva se aproxima, como advierte la más reciente doctrina científica a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo; tipo delictivo a cuya existencia no obsta en forma alguna el carácter de fundamental del derecho de huelga" (STS del 22 de junio de 1986).

Por último, el tercer inciso presenta la segunda modalidad agravada; la **coacción.** Esta posibilidad de coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga, queda claro que lo que se protege es el derecho a no hacer huelga o permanecer en ella. Esta situación desde nuestra perspectiva, presenta un contrasentido en el ámbito laboral con los convenios internacionales de protección a los derechos laborales, vigentes en el marco de la OIT. Podemos ejemplificar lo anteriormente esbozado, con lo previsto en el artículo 2 del Convenio No 87 de esta organización internacional, que en su inciso segundo dice lo siguiente: "Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal". Perfectamente, se puede intervenir y constreñir administrativamente el derecho a la manifestación huelguística por parte del empleador tanto público como privado, so pretexto de decir que los trabajadores fueron coaccionados o incitados para proceder así; constituyéndose en una falsa premisa susceptible a extenderse como práctica o tendencia violatoria hacia los derechos laborales.

Además, nos sumamos a lo externado por DURÁN LÓPEZ, para quien este inciso plantea una amplia problemática tanto legal como doctrinal. El autor lo ha considerado como un obstáculo más que habría que superar en aras de conseguir un auténtico reconocimiento en el caso de la huelga como derecho y justifica su peligrosidad por dos motivos: a) porque no es la libertad de trabajo la que está en juego; b) porque incriminar directamente la formación y actuación de "piquetes" en vez de acudir en su caso, a las normas penales que pudieran ser reclamadas caso de existir conductas que integren violencias o amenazas contra las personas, significa abrir la puerta a una intervención represiva por vía penal sobre los movimientos huelguísticos[63].

Otro aspecto que es conveniente destacar y que está ligado a lo anteriormente expuesto, es el concerniente a la necesidad de no regresar a episodios históricos, que han sido superados por las luchas de los(as) trabajadores(as) unidos(as) en la defensa de sus derechos. Traemos a colación la coyuntura del año 1993, en la que organizaciones laborales denunciaron al país internacionalmente por violación a una serie de garantías laborales. A raíz de esta denuncia, la Organización Internacional del Trabajo hace que el caso sea examinado por la Comisión de Normas de la Conferencia, quien decide recomendar el envío de una Misión de Contactos Directos (aprobada finalmente por la Conferencia), para que constate en situ, las violaciones que se vienen consignando. Esta gestión consigue que el Estado reaccione, para evitar efectos adversos de esta visita, concurriendo a los tres poderes de la república y gestándose diferentes iniciativas con sus diversos resultados en el entorno laboral[64]. Ahora bien,

62. Así como se ha tejido a nivel legal la posibilidad de responsabilidad del funcionario por "Reconocimiento Ilegal de Beneficios Laborales" (art. 56) en la recién promulgada *"Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito"*, también debe señalarse en contrapartida como un suceso a reprochar, el hecho que los funcionarios constriñan los derechos laborales estatuidos para los trabajadores para su beneficio, como son los derechos que nos ocupan.

63. Citado por MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, pág 911. Cfr: Sobre este tema de la represión de movimientos de los trabajadores, véase infra pp 205-211.

64. Véase al efecto el cuadro sinóptico que refleja esta situación, elaborado por REGIDOR UMAÑA, (Jorge Emilio) **"El Caso Costa Rica"** cuadro No 15 pág 66, en SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel) editor. "Las organizaciones sindicales centroamericanas como actores del sistema de relaciones laborales", San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

para los efectos pertinentes, nos interesa destacar como uno de los resultados visibles que se gestó en este marco de presión, la derogación de los artículos 335 y 336 del Código Penal. Tales disposiciones fueron derogadas mediante Ley No 7348 del 22 de junio de 1993, publicada en el Alcance 27 a La Gaceta No 130 del 9 de julio de 1993 y consistían en las siguientes conductas típicas:

> "Será reprimido con veinte a sesenta días multa el funcionario o empleado público, que, con daño al servicio abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de éste" artículo 335 C.P.

> "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con sesenta a ciento veinticinco días multa, el que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados en los servicios públicos" artículo 336 C.P.

Estos artículos se venían usando indistintamente para acallar y reprimir a los trabajadores en este caso del sector público, pero con uso similar de los elementos modales del tipo al que pretende el inciso tercero del artículo en estudio –"coaccionar a otros" "incitar"-. En ese momento hubo un acuerdo concertado, y tales artículos fueron derogados, por lo que revivir esta posibilidad no parece conveniente debido a que perfectamente puede prestarse tal como se hizo en el pasado; para reprimir el movimiento organizado de los(as) trabajadores(as). Asimismo, hay que hacer notar que la redacción del tipo penal propuesto es mucho más amplia y no congloba solamente al personal sometido al servicio público, sino que también a la fuerza laboral inmersa dentro del sector privado. Así que en conclusión, se están volviendo a viejos rudimentos que se tenían como prácticamente superados.

Es importante destacar que comete este delito quien mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Puede presentarse en la práctica como una panacea para persuadir a los patronos a menoscabar e inobservar los derechos de libre asociación en perjuicio de sus trabajadores, más es importante no perder de vista una serie de bemoles que existen en nuestra actual legislación y práctica judicial. Como conducta reprochable generalizada, se sanciona el hecho de limitar o impedir el ejercicio de los derechos de libertad sindical o de huelga. Podría pensarse que existe un concurso aparente de normas con las disposiciones previstas para el tipo penal de condiciones laborales ilegales. Sin embargo, esta antinomia debería ser resuelta con la aplicación del tipo penal que estamos analizando, por ser más específico que el de condiciones laborales ilegales[65], que obedece más que todo a una connotación de alcance general. En cambio, en este caso específico estamos hablando de los trabajadores que ostenten la condición de ser dirigentes sindicales, lo cual reviste la necesidad de proteger su investidura de cualquier acto injustificado por parte de sus empleadores.

El sujeto activo está constituido como lo hemos dicho anteriormente, por el patrono o empleador, más sin embargo la ley de orden público, si bien reconoce al tenor de normativas como la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en su artículo 56 la figura del Reconocimiento Ilegal de Beneficios Laborales, es importante señalar que no sanciona el hecho de entorpecer o menoscabar los beneficios o derechos laborales hacia los trabajadores. Ahora bien el tipo penal propuesto puede analizarse como una manera para defender la libertad sindical, la cual está menoscabada en su ejercicio pleno dentro del sector privado en sus diferentes manifestaciones.

Seguidamente, nos permitimos esbozar algunos comentarios que estimamos conveniente destacar en referencia a diferentes tópicos que componen el delito propuesto:

- El título que se pretende incorporar mediante esta reforma al Proyecto de Código Penal concerniente a delitos contra los trabajadores, supone al menos –o eso creemos interpretar- que sus regulaciones van encaminadas a defender, fortalecer y expandir una serie de beneficios a favor de la población trabajadora; por lo que cualquier iniciativa que se separe de tales postulados, necesariamente contradice el espíritu de la normativa. Así las cosas, este controversial inciso tercero vendría precisamente a menoscabar la posibilidad de defensa del trabajador como sujeto pasivo en los tipos penales descritos, y más bien lo revierte al rol de sujeto activo de la norma. Es decir, se estaría gestando una reforma en su perjuicio en el marco de un elenco legal propuesto, con acciones típicas que tienen la intencionalidad precisamente de defender y realzar los derechos laborales, y no constituir portillos o prerrogativas a favor del empleador precisamente para gestar el efecto contrario de lo que se pretende; la efectiva tutela de sus derechos".
- El derecho a la libre sindicalización a pesar de estar consignado con rango constitucional y tutelado en los instrumentos internacionales de la OIT suscritos por Costa Rica (p.e. Convenios No 87, 98 y 135), en el foro constitucional ha sido tutelado más certeramente a partir del Voto No 5000-93. En todo caso, la estructura de patrones privados favorecen la constitución del solidarismo en detrimento del sindicalismo.

65 .Véase supra págs 20 y 21 de este trabajo.

- Por otra parte, si hablamos del derecho de huelga en Costa Rica, tenemos que la titularidad de este derecho se debe determinar con fundamento en los artículos 61 constitucional y 364 y 366 del Código de Trabajo. El Voto No 1317-98 tiene una serie de implicaciones en el ejercicio del derecho de huelga, ya que se sometieron a la Sala Constitucional una serie de vicios de constitucionalidad, los cuales tienen incidencia en el desenlace del mismo.
- El inciso tercero del tipo que se refiere a la "coacción", estimamos que es una regresión a otros tipos penales que fueron derogados y que asumían tales conductas típicas –como fueron los casos de los artículos 335 y 336 del Código Penal-. Además, al sancionar la posibilidad de coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga, queda claro que lo que se protege es el derecho a no hacer huelga o permanecer en ella como fin último. Esta situación desde nuestra perspectiva, presenta un contrasentido en el ámbito laboral con los convenios internacionales de protección a los derechos laborales, vigentes en el marco de la OIT, como sería lo previsto en el artículo 2 del Convenio No 87[66].

4.6 Delitos relativos a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo

> "Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa, los que con infracción de las normas de prevención de riegos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física".

Sobre este tipo penal propuesto, tenemos que decir que tomando como matriz la legislación española, la conducta esbozada se encontraba regulada en el antiguo artículo 348 bis inciso a) del Código Penal de ese país –en la actualidad se encuentra en el artículo 316, el cual sirvió de base al que adopta el proyecto de Costa Rica-. Este delito tiene dos modalidades comisivas diferenciadas por el elemento subjetivo: un tipo doloso y un tipo imprudente. Sobre la primera modalidad comisiva, tenemos que el **tipo doloso** castiga a quienes no faciliten los medios necesarios para que el trabajador realice su tarea en concordancia con las regulaciones de seguridad e higiene, y estando legalmente obligado a hacerlo. La conducta típica gira alrededor del verbo en negativo "facilitar" y que gramaticalmente significa hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin/ proporcionar o entregar[67].

La presentación de la conducta requiere una actuación omisiva del sujeto activo o infractor, que en este caso podría centrarse comúnmente en la persona del jefe o patrono directo del trabajador(a) afectado(a)[68]. Al respecto, MORILLAS CUEVAS, ha especificado los presupuestos que se requieren para el desarrollo de esta conducta[69]:

a) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Para el autor esta interpretación debe verse en sentido amplio y no puede contextualizarse solamente a la norma de rango legal, sino incluso a las de carácter reglamentario o convenios colectivos que ocupan esta materia.

b) Que el sujeto esté legalmente obligado. Se refiere a las personas a las que las normas citadas, les atribuye la responsabilidad de facilitar los medios necesarios para la optimización de la seguridad e higiene en el trabajo.

c) Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física delos trabajadores. Estamos ante un delito de peligro concreto. Exige que la conducta típica con la infracción de las normas correspondientes provoque un peligro grave a los bienes jurídicos citados[70].

66. El proyecto de ley de reforma procesal laboral al Código de Trabajo, que introducía el artículo 388, nos dice que "Toda persona que incite públicamente a que una huelga o un paro se efectúe contra las disposiciones de este Título, será sancionada con una multa de cinco a diez salarios mensuales". Es importante hacer notar que, en el marco de la legislación penal vigente, no existe ningún delito que pueda atribuírsele como sujeto activo, a los(as) incitadores de huelga o paro; salvo las regulaciones que se están proponiendo tanto con la legislación procesal laboral como con el delito en estudio.
67. MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 912.
68. Sobre el tipo objetivo, tenemos que para CONDE-PUMPIDO *"El sujeto activo es quien está legalmente obligado a cumplir con las normas encaminadas a suprimir riesgos en el trabajo, es decir, el empresario o los encargados por éste de realizar sus propias funciones (...)"*. pág 954.
69. MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 913
70. Sobre este último supuesto el autor nos acota lo siguiente: *"TERRADILLOS apuesta por una figura de peligro abstracto por parecerle más eficaz. No estamos de acuerdo por criticar la técnica de los delitos de peligro abstracto más próximas las conductas al derecho Administrativo o Laboral que al Penal. La gravedad va dirigida al peligro no a la infracción de las normas, es decir, un peligro intenso para la vida, la salud o la integridad de los trabajadores"*, Ibíd.. En igual sentido ver a CORDERO SAAVEDRA, (Luciano) "Los Trabajadores cualificados en prevención de riesgos laborales y sus responsabilidades Parte I", en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0195.htm. Para la jurisprudencia española, tenemos que este tipo delictual se ha definido así: "...se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral (...) Y por último, es preciso (...) se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo" STS 12 de diciembre de 1998.

Sobre este último aspecto de poner en peligro determinados bienes jurídicos, nos atenemos seguidamente a lo que expone COBOS GÓMEZ DE LINARES: *"La conducta consiste en poner en peligro, pero no de forma directa sino indirecta, a través del incumplimiento del deber de facilitar las medidas de higiene y seguridad en el trabajo a que esté obligado el autor. Es evidente (...) que se trata de una conducta omisiva, por lo que el peligro para los bienes jurídicos se crea en un momento precedente, y es un riesgo socialmente asumido consistente en el propio ejercicio de la actividad laboral. Es evidente también por ello, que no se trata de construir relación causal alguna entre la omisión del autor y el peligro creado, simplemente porque al no existir en la realidad física el* ***no hacer****, es imposible que constituya causa desencadenante de efecto alguno"*[71].

El delito que nos ocupa, tiene dos modalidades comisivas diferenciadas por el elemento subjetivo: un tipo doloso y un tipo imprudente. Sobre la primera modalidad comisiva, tenemos que el tipo doloso castiga a quienes no faciliten los medios necesarios para que el trabajador realice su tarea en concordancia con las regulaciones de seguridad e higiene, y estando legalmente obligado a hacerlo.

Con respecto a la segunda modalidad de este tipo penal propuesto, ya la doctrina se ha referido sobre el **tipo imprudente** en el sentido que es un tipo omisivo (de comisión por omisión), en el que la fuente del deber de garantía es la ley; debido a que así lo establece el tipo doloso, presente en la primera modalidad de comisión del delito de marras[72].

En síntesis, se trata de sancionar a quien o quienes infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligado a ello, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Las regulaciones contenidas en esta materia, tienen su asidero incluso en el texto de nuestra Constitución Política, la cual dispone una serie de obligaciones en la materia que nos ocupa, y en ese sentido, el artículo 66 de la Carta Magna dispone como una obligatoriedad patronal, la "de adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo". Por su parte, el artículo 73, párrafo final, enuncia que los seguros contra riesgos profesionales "...serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales".

Como fuentes jurídicas para regular este derecho, tenemos fuentes a nivel internacional y en el orden interno. Con respecto a las primeras, nos encontramos que el Convenio No 120 de la Organización Internacional del Trabajo ("Convenio sobre la higiene comercio y oficinas); Convenio No 134 ("Convenio sobre la prevención de accidentes/gente de mar"); Convenio No 148 ("Convenio sobre el medio ambiente de trabajo"). Es decir, las provisiones insertas en dichos tratados constituyen parte del ordenamiento jurídico costarricenses de acuerdo al artículo 7 de la Carta Magna y por ende, son de plena observancia y aplicación. Con respecto a las disposiciones internas, tenemos una variedad de disposiciones las cuales nos servimos a manera de ejemplo, enunciarlas. Tenemos entonces que hacer mención a ellas de la siguiente manera: Ley General de Salud en su artículo 298; Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo -Decreto Nº 1, de 1967, y Decreto 4 de 1970-; Ley sobre Riesgos del Trabajo; Reglamento para la Contratación Laboral y Condiciones de Salud Ocupacional de las Personas Adolescentes (Decreto No 29220-MTSS).

## V. CONCLUSIONES FINALES

La reforma propuesta plantea la necesidad de regular conductas típicas en las que se considere al trabajador(a) como sujeto pasivo. En ese sentido existe una concordancia con la regulación laboral, al estimar al trabajador como la parte más débil y por ende, más proclive a ser menoscabado en sus derechos.

Los delitos propuestos presentan la particularidad de tutelar diferentes posibilidades o acciones, que atañen a bienes jurídicos de muy diversa índole: honor, seguridad, condiciones dignas de trabajo, respeto, trato humano, no discriminación etc, los cuales tienen asidero en una relación jurídica sinalagmática de naturaleza laboral. Por ende, esta legislación puede llegar a constituirse en una aliada de los trabajadores ayudándoles en su continuo quehacer, constituyéndose en un catalizador entre los abusos desmedidos de los patronos y los derechos inalienables de la población trabajadora en este país. Así que, esta primera propuesta de entrelazar las normativas en el orden laboral y penal –la primera como referente y la segunda de orden sancionatoria- se establece por demás, en un marco jurídico mucho más hilvanado y complementado. Por lo tanto, habría que mirar con optimismo esta iniciativa y esperar que la corriente legislativa la apruebe sin ningún contratiempo.

71 .COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 159.
72 .Ibíd, pág 160.

## VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA


ARROYO ZAPATERO, (Luis A.) "Manual de Derecho Penal del Trabajo", Barcelona, 1988

BAJO FERNÁNDEZ, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) "Delitos Tributarios y Previsionales", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Jorge De Palma editor, enero 2001.

BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) "Derecho Penal del Trabajo", Editorial Trotta, Madrid, 1990

CARRANZA, (Elías), coord. "Delito y Seguridad de los habitantes", Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, siglo XXI editores s.a, primera edición 1997.

CASCANTE CASTILLO, (German Eduardo) "Teorías Generales del Derecho del Trabajo", Investigaciones Jurídicas S. A ediciones, San José, primera edición, 2001

CHINCHILLA MIRANDA, Laura (edit.), "Seguridad Ciudadana y Justicia Penal: Perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro", CHINCHILLA MIRANDA, Laura (edit.), San José Costa Rica, primera edición, 1999

COBO DEL ROSAL, (Manuel) "Curso de Derecho Pernal Español: Parte Especial", Volumen I, Marcial Pons editores, Madrid, 1998.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) "Derecho Penal: Parte Especial III", Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1999

Código Civil de la República de Costa Rica, 1887 y sus reformas.

Código de Comercio de la República de Costa Rica, 1973 y sus reformas.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) "Derecho Penal Comentado", Tomo I, Editorial Bosh S.A., Barcelona, segunda edición, febrero 2004

CORDERO SAAVEDRA, (Luciano) "Los Trabajadores cualificados en prevención de riesgos laborales y sus responsabilidades Parte I", en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0195.htm.

CREUS, (Carlos). "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 5° edición actualizada, 1995.

CUELLO CALÓN, (Eugenio) "Derecho Penal Tomo I (Parte General)", quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1940.

DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) "Los Principios del Derecho del Trabajo", Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999

HOUED VEGA, (Mario), FALLAS REDONDO, (David) y SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia), "Proceso Penal y Derechos Fundamentales", San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1998.

MEYER, (Thomas), "El Socialismo Democrático : 36 Tesis", Friedrich Ebert Stiftung, Trad. al español, 1982

MORALES GAMBOA, (Abelardo) "Situación de los Trabajadores Migrantes en América Central", Estudios sobre Migraciones Internacionales No 53, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.

PEREZ LUÑO, (Antonio) "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

Proyecto Estado de la Nación, Décimo Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, **"Informe Final: Seguridad frente al delito en Costa Rica"**, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, CONARE-Defensoría de los Habitantes, San José Costa Rica

RODRÍGUEZ RAMOS, (Luis); COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) y SÁNCHEZ TOMAS, (José Miguel) "Derecho Penal: Parte General Vol III", Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España 1999

SALAZAR CARVAJAL, (Juan Pablo), "Sistema Penal en la Sociedad Democrática", Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998

SEMPERE NAVARRO, (Antonio) coordinador; CORDERO SAAVERDRA, (Luciano); GUTIERREZ-SOLAR-CALVO, (Beatriz) y MARTÍN JIMÉNEZ, (Rodrigo) "Derecho Sancionador Público del Trabajo", Editorial Colex, Madrid, 2001

SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel) editor. "Las organizaciones sindicales centroamericanas como actores del sistema de relaciones laborales", San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

ZAFFARONI, (Eugenio Raúl), "Tratado de Derecho Penal General", sétima reimpresión, Editorial Ediar, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1987

# ¿QUÉ PASARÍA SI LOS ABOGADOS HABLARAN COMO LA GENTE?

*Pablo Salazar Carvajal**

"Es mejor que bajemos a confundir su idioma,
para que no se entiendan entre ellos"

*Génesis, 11,7*

## I. EL ASUNTO.

El derecho tiene la particularidad de ser un idioma dentro de otro. Cuando se contrata a un abogado se pacta con un traductor. Necesitamos de un intérprete que nos explique por qué, o por cuál razón, la parte contraria en un proceso, nos quiere sacar alguna cosa o nos quiere meter en una celda. Asimismo, nuestro abogado servirá para explicar, en el lenguaje conveniente, que ya estamos muy contentos con el fruto conseguido o que la cárcel es un lugar que no nos sienta muy bien para la salud.

El idioma lo crean los pueblos. A un concepto alguien, con base en su vivencia lingüística, le asigna un conjunto de letras ordenadas en sílabas: "compone" una palabra. A ésta la toma el prójimo, la aprovecha y la traslada, amasada, a un tercero, que a su vez, gustoso de cómo sonó y cómo reflejó la idea, se sirve de ella y la pone en oídos de otros que, con calma, le van dando forma fonética y gráfica hasta terminar el aderezo que la comunidad utiliza. Pues bien, la palabra, esa creación colectiva, democrática en su más amplio sentido, la apresa el gremio de abogados, la usurpa, la birla, la roba y la usa por encima, o en contra, de su legítimo creador.

El lenguaje del derecho es ajeno al pueblo.

Conductas que en la calle se determinan de la manera más simple, al pasar por los juzgados son expuestas de forma espeluznante.

Un ciudadano de a pie decide comprar un libro. Va a una librería, escoge el texto y lo paga. Pues bien, ese mismo proceder, ante un juez, se convierte en que "el comprador, posterior a realizar las auto-ponderaciones de índole patológico-negocial, se apersona al establecimiento del vendedor y pacta con él en cuanto a cosa y precio, perfeccionando así la especie fáctica contractual". Pero el asunto puede que no termine ahí. Nuestro lector, al arrellanarse en su sillón, descubre que al libro le faltan páginas o tiene algunas en blanco. Con obvio malestar, el frustrado leedor se encamina al sitio en el que adquirió la obra y pide que le reintegren el dinero. ¿Sencillo? No. En verdad lo que sucedió fue "que el eventual demandante, dado el vicio oculto del bien, procedió a solicitar la repetición de pago". A ver cómo se hace para explicarle a un individuo normal que intentar "la repetición de pago" significa que uno quiere que le devuelvan la plata.

Por supuesto que no se deja de lado que cada quehacer tiene su propia jerga, sus tecnicismos, su "argot". Entre colegas no sólo está justificado razonar en una lengua particular, sino que es lo natural. Pero cuando se tiene al cliente delante de uno, un lego que paga... que paga los honorarios y los platos rotos, ¿es pertinente, oportuno, hablarle en semejante jerigonza?

El fenómeno, como es fácil de presumir, se repite en todas las ramas del derecho. Sin embargo, es en el derecho penal –y su proceso- en donde el lenguaje jurídico adquiere su mayor dramatismo: un sector de la sociedad, en virtud de un interés, encierra a personas, las "priva de su libertad". Estas letras se limitan a algunos ejemplos –tratados de forma somera- del derecho penal y procesal penal.

## II. HABLAR "ASÍ".

Los funcionarios de la Corte Suprema y los "abogados litigantes" son pagados por sus clientes. (En cuanto al Poder Judicial los "clientes" son la población en general, los afectados, las víctimas, el imputado mismo y los representantes de esas gentes). Esta perogrullada la olvidan empleados judiciales y abogados, al momento de dirigirse a los consumidores.

El mundo de la "justicia" es extraño para el que lo sufre. Cuando hay un conflicto entre personas y ellas deciden llevar el asunto ante los tribunales, su problema le es

* Centro Electrónico de Información Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia.

arrebatado, en lo principal, por medio del lenguaje. Si en una sala de juicios se encuentran ofendido y acusado, estos no se hablarán, ni siquiera se mirarán. Separados de ellos, más aún, por encima de ellos, los abogados hablan, los abogados discuten, los abogados resuelven. En este diálogo los afectados son los que menos participan y, con seguridad, los que menos entienden. (Podríamos agregar que en muchos casos, en dependencia de la educación jurídica recibida o su natural inteligencia, los abogados mismos no saben de qué se está hablando).

En un caso por injuria, calumnia y difamación se condenó a la parte que inició el pleito a pagar los gastos del proceso y en los que incurrió la contraparte ("costas" que llaman). Pues la perdidosa, como no considera justo tener que pagar eso, recurre al tribunal de casación. El Tribunal dice que el abogado expuso lo siguiente:

*"[...] Se alega violación de las reglas de la sana crítica. Indica que el artículo 78 del Código Procesal Penal deja "a criterio del Tribunal sobre costas en el desistimiento expreso de los delitos de acción pública", pero no dice nada con respecto a los delitos de acción privada, por lo que se debió considerar que ello es posible también en los delitos de acción privada."* (Voto Nº 851 del Tribunal de Casación Penal de 9,05 hrs de 1 de setiembre de 2005).

Uno se pregunta: ¿en serio sabrá la cliente qué es lo que su abogado está alegando? Pero bueno, los jueces no le dan la razón a la recurrente. Uno de ellos escribe una nota en la que aclara que:

*"Al haberse decretado el desistimiento de la acción civil, procede por imperio de ley ordenar el pago de las costas, a las cuales tiene derecho la parte demandada, aún cuando el patrocinio sea del defensor público, puesto que el Estado puede hacer efectiva ese crédito [sic], de manera que corresponde mantener la condena en costas por el desistimiento y lo que se anula es el monto establecido por haberse fijado en forma prudencial sin motivación alguna, devolviendo así la causa para que sea fijado ese rubro nuevamente, por un Juez diferente al que ya resolvió."* (Ibídem).

Bonita forma de decirle a uno que tiene que pagar... tal vez un poquito menos, eso sí.

Si a un ciudadano común y corriente tres señores le condenan a sufrir cárcel o alguna restricción a su libertad, se puede presumir con cierto grado de certeza, que ese sujeto tendrá algún interés en saber cómo fue que razonaron sus condenadores.

A un comerciante le castigaron por haber cometido un delito de privación de libertad y otro de agresión con arma. He aquí un extracto de lo expresado por la Sala Tercera de Casación:

*"IV.- [...]. En el orden de problemas planteados por el recurrente aparece, en primer lugar, la posible concurrencia de un error de tipo, esto es de un error, falso conocimiento o ignorancia sobre alguno de los elementos exigidos para que el delito exista según su descripción (artículo 34 del Código Penal). Conforme ya lo había indicado esta Sala en el Voto Nº 446-F de las quince horas cuarenta minutos del 25 de setiembre de 1992, el error de hecho que se encuentra regulado en el numeral 34 del Código antes citado no es otra cosa más que la exposición del error del tipo, esto es, de una problemática de tipicidad que tiene consecuencias directas sobre la existencia y verificación del dolo de la conducta descrita en el tipo. Por su ubicación dentro de los diversos análisis que han de realizarse para la correcta aplicación de la Ley Penal, la tipicidad debe valorarse en sus dos momentos: la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva. [...]"* (Voto Nº 166 de 14,30 hrs. de 16 de abril de 1993).

Dejemos esto de este tamaño, que para los efectos buscados es suficiente. Basta decir que la sentencia, en cuanto a redacción y claridad, se complicará hasta la congoja.

Lo primero que llama la atención es el esfuerzo, desesperado quizá, por conceptuar "error de tipo". Nuestro condenado comerciante –que lo condenaron, pues- se encontró con la inusitada información de que el "error de tipo" es, antes que nada, un error. Después tuvo que desentrañar el enigmático acertijo de "falso conocimiento" ¿falso conocimiento? ¿se puede conocer algo "falsamente"? Luego hubo de darse cuenta que hay "elementos exigidos para que el delito exista según su descripción". Es decir, pudo pensar, en sentido contrario, que hay posibilidad de que el delito exista ajeno a la "descripción"... ¿Descripción? ¿qué se entiende, comúnmente, por describir un "tipo"? ¿o la descripción que hace un tipo? El negociante se enteró de que la *"problemática"* (¿no será más sencillo decir "problemas"?) *"de tipicidad que tiene consecuencias directas sobre la existencia y verificación del dolo"* ... Y uno se pregunta: ¿pero para quién está escribiendo el señor magistrado?

Por supuesto no son sólo jueces los que se expresan de esta forma.

*"[...] consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad en la que se funda la culpabilidad son: a) la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico penal del acto y b) la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación en sentido estricto). Dicho de otra manera: una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación*

*jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo con ese conocimiento."*[1]

Los reproches, aplicables a los abogados que tienen trato directo con los usuarios del sistema de justicia, no se les pueden achacar, con igual peso, a aquellos que discurren acerca de asuntos jurídicos. Un teórico escribe para entendidos, para aquellos versados en el idioma del derecho. El asunto se dificulta cuando los abogados toman y retoman el modo y tono de los escritores y pasean ese lenguaje sobre los indefensos interesados.

Surge un fenómeno de imitación y círculo: los estudiosos y profesores de derecho redactan así, en consecuencia los magistrados y, debajo de esos magistrados, los jueces y junto a los jueces, los fiscales y defensores... y eso está bien. Lo único malo es que las personas, que son el motivo para que todo ese engranaje comience a calzar, no entienden nada.

*«Con las palabras del idioma español se pueden construir los textos más enrevesados pero también los más sencillos. La diferencia estriba en que el público suele apreciar mejor estos últimos. Algunos escritores -Azorín a la cabeza- han hecho de la sencillez su estilo, acompañada de la precisión porque siempre que se evitan las complicaciones y las ambigüedades se disfruta de la claridad. Y la claridad sólo tiene esos dos factores: sencillez y precisión.*

*El genio de la lengua prefiere también la sencillez, y sobre ella ha construido su poder. Busca las fórmulas más simples: ya lo hemos visto con su espíritu analógico y su capacidad para dejarse enseñar. Los vientos que en algunos sectores tienden a contradecir esta tendencia están llamados al descrédito y luego al olvido. El idioma resulta mucho más fácil de lo que pretenden quienes hacen negocio de oscurecerlo. (...)*

*Ya lo contaba Cervantes: "aquí alzó otra vez la voz maese Pedro, y dijo: 'llaneza, muchacho, no te encumbres; que toda afectación es mala'."*

*El gusto por la sencillez lleva al genio del idioma español a proponer frases sencillas, directas, sin muchas subordinadas. Las frases largas y llenas de subordinaciones enredan su ritmo y lo amaneran.»*[2]

La acción de manifestarse –verbalmente o por medio de la escritura-, conlleva un propósito: comunicar. Tan bonito verbo deviene del latín *–communicare-*, que tiene como significado "*poner en común*", "compartir". Es necesario subrayar esto: poner en común. Disponer algo para que sea de todos. Como ya se dijo, el lenguaje legal solo permite la participación de aquellos que están más alejados del problema que se somete a consideración en estrados judiciales: los abogados. Por más identificado que esté un defensor con la causa del cliente será difícil que se acerque al agobio que puede sentir la persona inmersa en el proceso.

Si se paga por un servicio lo menos que se puede recibir es una explicación clara de qué y cómo es lo que le están sirviendo a uno. Y si ese "servicio" puede implicar que nuestros huesos terminen acomodados en el rincón de una celda, pues con mayor razón aún.

## III. EL LENGUAJE "RE-INVENTADO".

Si hay un lugar propicio para el rodeo, ese campo es el derecho.

La penetración sexual es el "acceso carnal" (art. 156 del Código Penal No. 4573 de 4 de mayo de 1970); unas lesiones gravísimas son aquellas que provocan "disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional" (art. 123, ibídem); querer y cometer un delito es pretender "la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible (art. 31, ídem); cuando una persona perpetra más de un delito hay "concurso material" (art. 22, ídem); si el comportamiento que se realiza no está descrito en el código penal significa que no está "expresamente tipificado en la ley" y a uno no le pasa nada ya que "no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención" (art. 30, mismo código); que el cumplimiento de la ley es obligatorio para todos los habitantes se expone como la "obligatoriedad de la ley" (art. 16, ídem).

Claro está que las nociones jurídicas tienen que ser definidas y precisadas. No hay nada reprochable en hacerlo; es más: es necesario hacerlo. El problema estriba en que esas definiciones van sólo dirigidas a entendidos y no existe la preocupación para que los justiciables o a las víctimas comprendan qué les pasó en el proceso.

El hecho de que los clientes no "hablen" el lenguaje judicial, no debería implicar necesariamente un problema. Ahí está su abogado traductor para resolver ese inconveniente. Sin embargo cuando lo que se informa, en un alegato o en una sentencia, tiene el propósito de poner en conocimiento de todos –nuevamente 'communicare'- la forma en que se razonó y los argumentos sustanciales que sirvieron de base para optar por una decisión, el asunto tiene su gravedad. Casi no sería necesario recordar que a quién se juzga, o se resarce, es a un cliente y no a los abogados participantes. (Se puede sumar, entre paréntesis, que muchas veces, el "traductor" "traduce" al mismo idioma. Algo así como si uno preguntara a un anglófono qué cosa significa 'house', en español y el interrogado respondiera "home".)

1 BACIGALUPO (Enrique), "Lineamientos de la Teoría del Delito", editorial Juricentro, San José,1985, p. 86.

2 GRIJELMO (Álex), "El Genio del Idioma", España, editorial Taurus, 2004, pp. 141, 146. La obra general de Álex Grijelmo ha sido esencial en la escritura de estos comentarios.

Apunta el periodista español Álex Grijelmo:

*«La cúpula de la sociedad –el poder- tiene además un sentido de propiedad sobre ese lenguaje abstruso que suele emplear, llegado el caso de que se reproche algo. El 10 de agosto de 1999, la ministra española de Justicia, Margarita Mariscal de Gante, defendió al fiscal Pedro Rubira (atacado a su vez por haber solicitado la libertad de Augusto Pinochet en el proceso que se seguía en España al ex dictador chileno entonces detenido en Londres) arguyendo que toda la sociedad debe hacer un esfuerzo por entender a los fiscales, que usan un lenguaje jurídico complicado y propio. Según la ministra, en realidad todo se basaba en un malentendido. Y ése es precisamente el truco: en el momento en que se emplea un lenguaje no comunicativo (como el de los fiscales, los magistrados, los funcionarios, los políticos) siempre quedará la escapatoria, en caso de crítica, de que el vulgo no ha entendido bien el mensaje. Margarita Mariscal de Gante pedía un esfuerzo a la sociedad (...) por entender a los fiscales. Sin caer en la cuenta de que el sentido común aconseja precisamente lo contrario: que sean los fiscales quienes hagan el esfuerzo por expresarse de una manera inteligible. ¿Para quiénes escriben, pues, sino para los ciudadanos que les pagan? A los fiscales les ocurre a menudo como a ese trabajador al que aludíamos más arriba: no hace los informes para el cliente, sino para su jefe. ¿Cómo pueden dirigirse los fiscales a un jurado popular de una vista oral si mantienen ese lenguaje? ¿Cómo resultará del agrado de un cliente el informe que se ha llenado de la jerga propia de la empresa que lo redacta? Los dueños de las palabras no son los rábulas y leguleyos que escriben autos y demandas, sino los ciudadanos que aspiran a que se imparta justicia.»* [3]

Los términos "culpa" y "culpabilidad" merecen párrafo especial.

«El concepto de culpa es uno de los más delicados para el Derecho, por los matices de la voz y las diversas valoraciones legislativas y doctrinales», dice Guillermo Cabanellas.[4] En el lenguaje común[5] ¿la dificultad es tanta?

La palabra culpa –en latín 'culpa' se escribe y pronuncia igualito... como que de ahí viene- tiene, en tres de las cuatro acepciones que provee el diccionario de la Academia, un significado que remite a la idea de responsabilidad por una conducta; conduce a pensar en un hecho que es causante de algo o al sentimiento de ser autor de un daño ("vos tenés la culpa de lo sucedido"; "la cosecha se arruinó por culpa de la sequía"; "siento culpa por haberte hecho eso"). Estas proposiciones llevan a especular que si hay una falta que implica culpa, significa que hay responsabilidad del hecho y, casi siempre, que se quería que el resultado de ese hecho se diera... Pero en lenguaje "técnico", en lenguaje "jurídico", puede significar, precisamente, lo contrario.

"-Yo quería matar y maté. Yo tengo la culpa.-" puede decir el asesino cuando reconoce su falta. –"No"-. Le contestará el experto en derecho "–Usted no actuó con culpa; su actuar fue doloso, hubo dolo, no culpa.-" Y nuestro imputado no sabrá si alegrarse o entristecerse. "-¿Entonces no soy culpable?-" preguntará nuestro imaginario asesino. "-No, hombre, usted sí es culpable... y justamente por eso es que no actuó con culpa-", se le contestará. En este momento del diálogo –dado el lío que provoca- el "técnico" comenzará a correr peligro de convertirse en víctima de otro homicidio doloso.

En cuanto al concepto "culpabilidad" el desaliento que sobreviene es igual al que provoca la palabra culpa.

Todos entendemos que la culpabilidad es la cualidad de culpable. El Derecho, siempre tan particular, a su vez, entiende que culpabilidad es el "reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad" <www.rae.es> ¿Quedó claro? Hay culpabilidad cuando a usted se le hace un reproche (¡!) por habérsele imputado una actuación (¡!) contraria a derecho (¿?); quisiera usted, o no, el resultado. Si esto se da traerá "efectos de la exigencia de responsabilidad". Bueno, y para que no quepa ninguna duda de qué cosa es esto de la culpabilidad el tratadista José María Rodríguez Devesa[6] imposta: "Actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente jurídica".

Partamos de que el párrafo que antecede puede ser aprehendido por un jurista promedio. Pero ¿podrá ser digerido por un ingeniero, una ama de casa, un obrero, un economista, un conserje o un universitario? Y es a ellos, a ese "pueblo", al que se le atribuye, dado el caso, una conducta "culpable".

3 GRIJELMO (Álex), "La seducción de las palabras", España, Santillana Ediciones Generales, 2004, p. 345.

4 CABANELLAS (Guillermo), "Diccionario enciclopédico de derecho usual", Buenos Aires, Argentina, ocho tomos, Editorial Heliastra S.R.L., 1984, p. 440.

5 Acerca del lenguaje común, el jurídico y su interpretación, así como de los alcances de la ínter subjetividad, ver el acucioso y didáctico trabajo de Pedro Haba Müller, "El espejismo de la interpretación literal, encrucijadas del lenguaje jurídico", San José, Costa Rica, tomos I y II, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2003 , p. 207 y p. 367. Además, del mismo autor, "Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos", San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004, p. 367.

6 RODRÍGUEZ DEVESA (José María), "Derecho penal español, Parte general", Madrid, 6ta. Edición, impreso en Gráficas Carasa, José Bielsa, 1979, pp. 414. Se cita a este autor como pudo haberse hecho con cualquier otro; el resultado, en cuanto a comprensión, sería el mismo.

Cuando se escogieron las definiciones de culpa y culpabilidad para mostrar las dificultades de comprensión que ellas generan, se dejaron de lado unas cuarenta y cinco derivaciones jurídicas. El asunto pudo haber abarcado la culpa aquiliana, común, concurrente, consciente, contractual, cuasidelictual, de la víctima, del censatario, del maestro, del servicio, delictual, en abstracto, en concreto, en la guarda, grave, "in committendo", "in contrahendo", inexcusable, grave, leve, levísima, lucrativa; -tome aire, porque aquí no acaba la cosa- culpa moral, no dolosa, penal, personal, por abstención, por intromisión, profesional, propia, subjetiva... Habría de agregarse, como si no fuera suficiente, culpable, culpablemente, culpación, culpadamente, culpado, culpante, culpar, culparse, culposo y, como remate, "culprit".[7]

La comunicación implica, al menos, dos sujetos. Uno se expresa, el otro escucha. Después los papeles se intercambian y se va conformando el diálogo. (En reuniones informales de abogados es muy fácil presenciar el fenómeno de que todos hablan pero nadie escucha... pero ese ya es otro tema). Para que ese hecho exista –el contacto comunicativo- es necesario un grado, si no alto, cuando menos aceptable de intersubjetividad en cuanto al alcance de los términos[8]. Lo contrario supone un diálogo infructuoso.

Ahora bien; ya que el lenguaje es un material tan dúctil, da prácticamente para todo. Con mala o buena fe, con la utilización de eufemismos o reinvenciones de los términos, se puede hacer que cualquier decisión por la que se opte sea justificada.

Un ejemplo. Tome la Constitución Política de Costa Rica y lea, en el artículo 23, acerca del allanamiento:

***«Artículo 23.-** El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.»*

"...orden escrita..." dice. Todo parece obvio. Pero no es así. Hace unos años se estuvo interpretando lo siguiente:

"*Se evacua la consulta formulada en el sentido de que no hay infracción de los principios constitucionales del debido proceso, cuando la falta de orden escrita de juez competente en una diligencia de allanamiento es suplida por la participación de forma personal y activa del juez penal en dicho acto.*" (Sala Constitucional, voto Nº 4672 de 14,47 hrs. de 28 de mayo de 2003).

Y el Tribunal de Casación Penal, remata:

*«Es importante señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el funcionario público encargado de resguardar los derechos constitucionales que pueden resultar afectados al practicarse las diligencias de allanamiento, registro o requisa es esencialmente el Juez Penal, por lo que, cuando éste se hace presente en el lugar en que han de realizarse actuaciones de esa índole, la orden no tiene necesariamente que ser escrita, pues incluso puede ser expedida de manera verbal»* (Voto Nº 565 de 9,40 hrs. de 20 de junio de 2003).[9]

He aquí, por arte de birlibirloque, como una "orden escrita" se convierte en orden verbal.

Cerremos este aparte: «Los jueces redactan sentencias confusas, de sintaxis complicada y errática, con palabras ajenas a los justiciables, llenas de gerundios incorrectos, subordinadas imposibles. Sin embargo, los magistrados habrán hecho esfuerzos inhumanos durante el juicio para imponer las formas, mantener el decoro; y habrán acudido a la sala con su toga y su prestancia seculares porque eso les parece muy significativo de su función. ¿Por qué desprecian entonces las formas del idioma? Tal vez por que eso los distancia de los ciudadanos, les garantiza su propio rincón inaccesible, porque el lenguaje constituye también un instrumento de poder." [10]

## IV. PERO, ¿POR QUÉ SE HABLA DE ESTA FORMA?

El uso del lenguaje atropellado e ininteligible, puede explicarse como resultado de un complejo de inferioridad de muchos abogados. El miedo a ser comprendidos, entendidos en sus expresiones, deviene de la idea de que si su público se entera que el caso no es tan complicado, ellos –los abogados- pierden prestigio, pierden "status"... y hasta dinero. De ahí, de sus complejos, surge la necesidad de no llamarle a la realidad, "realidad", sino "especie fáctica global", o que el inicio del pleito se convierta en que "se trabó la litis" o que el acusado no sea el acusado sino "el imputado".

Es sabida la carencia de elementos lingüísticos, gramaticales y semánticos de un gran sector de los "jurisperitos" nacionales. Asoma la pregunta: ¿no será, también, que para ocultar sus falencias alambican el mensaje? ¿Si enmaraño, desde la cúpula en que me encuentro, seré cuestionado? No puede haber cuestionamiento si no hay comprensión por parte del interlocutor.

A manera de ejemplo: un reo se entera de que hubo un congreso de Defensorías Públicas. Se interesa, supon-

7 CABANELLAS, op. cit, pp. 440-446.
8 HABA MÜLLER, op.cit. Ver nota 5.
9 El uso de la mayúscula, cuando se habla del "Juez Penal", es un síntoma de clasismo. "Juez Penal", en la sentencia, no se usa como nombre propio. ¿El redactor habría utilizado la mayúscula en el caso de que el funcionario hubiera sido un "Recolector de Basura" o un "Conserje"?
10 GRIJELMO (Álex), "Defensa apasionada del idioma español", España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 2001, p. 398.

gamos, por la actividad. Busca los documentos suscritos. He aquí lo que encontrará, el desventurado, en la introducción de las declaraciones del I Congreso Interamericano de Defensorías Públicas:

«La realización de este Congreso encontró su génesis en la necesidad de que se institucionalice de forma generalizada en América Latina, el servicio de Defensa Pública, como una asesoría de calidad, que constituya un límite constante y significativo a los abusos que en forma institucional se cometen dentro de los procesos penales. La tradición de los sistemas inquisitivos sigue aún viva, a pesar de que existan procesos de reforma procesal que la intentan superar. Frente a ello, fue vital y preponderante la realización de este Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, ya que, permitire fortalecer las Defensorías Públicas en procura de ofrecer servicios jurídicos de calidad.» http://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/icongreso.htm (Las erratas son del original).

A parte de los graves problemas de concordancia, da la impresión de que a los redactores les pagan por alargar textos. Nos preguntamos, ¿"*La realización de este Congreso*" es algo parecido a "Este congreso"? (La mayúscula es bastante discutible, pero no entremos en eso.) ¿"*Encontrar su génesis en la necesidad*" sería como decir "se origina de la necesidad"? ¿Qué significa "*que se institucionalice de forma generalizada en América Latina, el servicio de Defensa Pública*"? ¿Será "que haya servicios de Defensa Pública en América Latina"? ¿Qué se entiende por "*asesoría de calidad*", "*constituir un límite constante y significativo*", "*los abusos que en forma institucional se cometen*"? ¿Y qué hacemos con los abusos no institucionales? ¿Sabe Dios qué es la "*tradición de los sistemas inquisitivos*"? ¿"*Sigue aún viva*"? ¡Hombre! Si es tradición pues no queda más que esté "viva". Nos encontramos con que los "*procesos de reforma procesal*" intentan superar a la tradición. Interesante... ¿Quién procura esa superación? ¿el proceso de reforma procesal? ¿la reforma misma? ¿el nuevo proceso que nace de la reforma?

"*Frente a ello*", dice la introducción. ¿Frente a qué cosa? ¿Frente a los procesos de reforma procesal? ¿Frente al intento de superar la tradición? ¿Frente a la tradición? ¿Frente a que siga viva?

Y continúa con que "*fue vital y preponderante la realización de este Primer Congreso*". Pero no se nos dice "preponderante" con respecto a qué cosa. Y, bueno, con la última frase subordinada no se puede hacer ninguna pregunta porque, por errata, (cuando menos eso esperamos) no se entiende del todo.

Este párrafo no sería, en lo sustancial, muy diferente si hubiera dicho, por ejemplo: "Este Congreso se origina de la necesidad de que haya servicios de defensa pública en América Latina. Es deber de la Defensa Pública evitar cualquier abuso. Todavía existen sistemas inquisitivos; de ahí lo vital de esta reunión."

Hay otro punto que es necesario señalar. Sectores ilustrados del mundillo jurídico requieren que se valore en abundancia la actividad a la que se dedican. El motivo, la razón prístina, para solicitar esa valoración excesiva –y considerar la solicitud como legítima- se puede circunscribir a una palabra: ciencia. El jurista, a lo largo de siglos, ha pedido que se considere que su quehacer es "ciencia".[11]

El lego mostrará extrañeza al oír la expresión "ciencia del Derecho". Y no será reprochable ese desconcierto. Por lo común se entiende "ciencia" como «**1.** f. Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales»; o bien «**4.** f. pl. Conjunto de conocimientos relativos a las **ciencias** exactas, fisicoquímicas y naturales. *Facultad de Ciencias*, a diferencia de *Facultad de Letras.*»[12] Es decir, se concibe lo científico como aquello que se ha dado por denominar ciencias "duras".

Y, bueno, ese concepto –ciencia- tiene un prestigio tremendo. Cosa de decirle a alguien que lo que se expone es "científico" y el oyente bajará la cabeza, apabullado por el peso de la carga semántica. Para ser inaccesibles, para ejercer el poder, los abogados necesitan que sus afirmaciones sean incuestionables. ¿Cómo lograrlo con una disciplina que no es capaz de fijar una solución, medianamente homogénea, a los problemas sometidos a ella?[13]

Hablar, en el apartado anterior, de "re-invención" del lenguaje es quedarse corto. Hay ocasiones en las cuales

11 Por razones obvias de espacio y tema no vamos a engolfarnos en profundizar en definiciones de ciencia o en el carácter científico del derecho. Bastantes volúmenes se han llenado con el tema.

12 (http://www.rae.es)

13 Interesante el siguiente párrafo de una conferencia, en 1848, de H. J. Kirchmann: «los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, lo equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia, hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.» KIRCHMAN (H. J. v.) "La jurisprudencia no es ciencia", Madrid, trad y escrito preliminar de A. Truyo, 2da. Edición, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 54. Citado por LATORRE (Ángel), "Introducción al Derecho", Barcelona, España, 15ava. edición, Editorial Ariel, 1999, p. 98.

no se inventa nada y simple y llanamente se obliga al lector a saber otro idioma. El fenómeno de hacer citas en otras lenguas, sin traducción, es un pecado de soberbia que si bien es cierto se manifiesta más entre teóricos que entre litigantes, no deja de ser un obstáculo muchas veces insalvable.

La abogacía, más que seguir el método científico, ha inventado un lenguaje que simula ese carácter... latín incluido. Cita Ángel Latorre, mientras discurre acerca del fondo científico de la labor jurídica: «*Pero los mismos romanos calificaron esa actividad de scientia [...] Una famosísima definición de Ulpiano, jurista de principios del siglo III, dice: «iurispuredentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia».* Y para contrapesar, vuelve a citar –esta vez a Cicerón-, «*dignitas in tam tenui scientia non poteste esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae».*[14] Y tan valiosos aportes están dispuestos, como tantas veces se hace, sin traducción alguna. ¿Puede quedar claro lo que se quiso decir? Lo que sí nos queda manifiesto es que don Ángel es hombre que sabe latín.

Si el vasto grupo de abogados que hablan en "difícil", en "dificilísimo", amparados en que hacen "ciencia", tomaran conciencia de que su quehacer, el Derecho, es entretenido, y hasta hermoso, a pesar de no ser científicos, les sería mucho más llevadera su profesión... y quizás hasta se preocuparían por ser comprensibles al momento de expresarse. La poesía es posiblemente lo más "acientífico" que hay. Sin embargo su trascendencia es tal que cualquiera prefiere enamorar con Neruda que con Newton... y si prefieren a Newton tomarán lo que éste tenga de poético.

Como cierre, vale mencionar un tercer punto que puede explicar el porqué del lenguaje inextricable de los "operadores jurídicos". Para no extendernos y ser concisos, digámoslo de una sola vez y sin alargamientos: los abogados se expresan a como se expresan... porque todos, en el mejor de los estilos ovejunos, así lo hacen.

## V. TERMINEMOS CON ESTO.

Por supuesto que no se está defendiendo la idea de empobrecer el idioma –jurídico o coloquial-. Es precisamente lo contrario. La llaneza en el decir requiere un conocimiento y un constante enriquecimiento de la lengua. Porque soltar latinajos y solazarse con oraciones subordinadas es de lo más sencillo: cosa de agarrar un diccionario, utilizar los sinónimos que el programa de cómputo posee y soltar parrafada tras parrafada hasta alcanzar el paroxismo.

Ahora bien, ¿existe el equilibrio entre el lenguaje jurídico y el común? Sí, sí existe. Existe en el tanto que el "operador jurídico" quiera que exista. El abogado, en lo cotidiano, no se pasa soltando tecnicismo tras tecnicismo. Será difícil encontrar a un letrado que le espete a su hijo: -"Dejá tu actuar manifiestamente doloso. Ello tipifica un acto que si bien contravencional, es acreedor de la más agria reprochabilidad; no hay discusión: se configura, encuadra, dentro del elemento culpabilidad.-" Los técnicos de lo jurídico hablan como la gente cuando no tienen que trabajar ¿será tan difícil que lo hagan cuando están trabajando?

Pero aun y cuando no existiera ese equilibrio, no debería haber divorcio entre el idioma del derecho y el común. Se puede, en el mismo documento en que se resuelve, hacer una explicación técnica y otra "humana". Y, puede ser, que el proceso de redacción de la parte "común" ayude a mejor cimentar la parte netamente jurídica. Se insiste: no se promulga porque no se utilice un lenguaje técnico; por lo que se promulga es por la llaneza en el discurso, la sencillez en la comunicación... y porque las personas que acuden a los juzgados entiendan qué es lo que se hace con su problema.

Pero bueno, ¿qué pasaría si los abogados hablaran como la gente? Pasaría que la gente los entendería, serían más queridos, se relacionarían mejor con sus clientes. Esos mismos clientes, aun insatisfechos por un fallo adverso, comprenderían qué fue lo que hizo su representante y cómo fue que resolvieron sus juzgadores... Los letrados hasta podrían cobrar más, porque el pagador entendería cómo es que estos señores y señoras –enfundados en sus "trajes sastre"- se ganan la vida.

14 LATORRE, op. cit. 94-95.

**BIBLIOGRAFÍA:**

BACIGALUPO (Enrique), "Lineamientos de la Teoría del Delito", San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985.

CABANELLAS (Guillermo), "Diccionario enciclopédico de derecho usual", Buenos Aires, Argentina, ocho tomos, Editorial Heliastra S.R.L., 1984.

GRIJELMO (Álex), "Defensa apasionada del idioma español", España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 2001.

GRIJELMO (Álex), "El genio del Idioma", Madrid, editorial Taurus, 2004.

GRIJELMO (Álex), "La seducción de las palabras", España, Santillana Ediciones Generales, 2004.

HABA MÜLLER (Pedro), "Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos", San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.

HABA MÜLLER (Pedro), "El espejismo de la interpretación literal, encrucijadas del lenguaje jurídico", San José, Costa Rica, tomos I y II, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2003.

LATORRE (Ángel), "Introducción al Derecho", Barcelona, España, 15ava. edición, Editorial Ariel, 1999.

KIRCHMAN (H. J. v.) "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" ("La jurisprudencia no es ciencia"), Madrid, traducción y escrito preliminar de A. Truyo, 2da. Edición, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

RODRÍGUEZ DEVESA (José María), "Derecho penal español, Parte general", Madrid, 6ta. Edición, impreso en Gráficas Carasa, José Bielsa, 1979.

**PÁGINAS DE INTERNET**

http://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/icongreso.htm

http://www.rae.es

**RESOLUCIONES JUDICIALES**

Voto Nº 446 de la Sala Tercera de 15,40 hrs. de 25 de setiembre de 1992.

Voto Nº 166 de la Sala Tercera de 14,30 hrs. de 16 de abril de 1993.

Voto Nº 4672 de la Sala Constitucional de14,47 hrs. de 28 de mayo de 2003.

Voto Nº 565 del Tribunal de Casación Penal 9,40 hrs. de 20 de junio de 2003.

Voto Nº 851 del Tribunal de Casación Penal de 9,05 hrs. de 1 de setiembre de 2005.

# EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

*Ronald Salazar*

***SUMARIO:*** *Introducción. I.- Conceptualización del abreviado en la Jurisprudencia. a.- Examen de constitucionalidad. b.- Concepto. c.- Naturaleza jurídica. d.- Partes en el abreviado. e.- Requisitos. f.- Procedimiento y control jurisdiccional. g.- Sobre el momento procesal para acordarlo. III.- Principales cuestionamientos en la sede de casación. a.- Falta de precisión de los acuerdos. b.- Sobre la fijación de la pena. c.- Insuficiencia de prueba y prueba ilícita. d.- Vicios en la voluntad por comportamiento del Fiscal. e.- Sobre la motivación de las sentencias. f.- Alegatos de inocencia y lealtad procesal. IV.- Incidencia del Abreviado. a.- Porcentaje de casos resueltos por abreviado. b.- Incidencia en absolutorias y condenatorias. V.- Conclusiones y recomendaciones.*

## Introducción

La transacción de los cargos y la pena en el proceso penal, es una de los aspectos más novedosos introducidos en el Código Procesal Penal (cpp) de 1998. Bajo la denominación de Procedimiento Abreviado se reguló en los artículos 373 a 375 los requisitos y formas para acceder a esta vía diferenciada de resolver el proceso penal y desde su instauración se concibe como un elemento que debilita en alguna medida al juicio oral y público, porque permite llegar a una sentencia condenatoria sin pasar por esa fase.[1]

Los ocho años de vigencia del abreviado, nos permiten echar una mirada retrospectiva para resaltar los aspectos más relevantes de su aplicación y el papel de la jurisprudencia penal y constitucional para conceptualizar este procedimiento, adecuarlo al sistema de garantías que comprende el proceso legal y el papel que se le asigna en el proceso acusatorio.

## I.- CONCEPTUALIZACIÓN DEL ABREVIADO EN LA JURISPRUDENCIA

La regulación del abreviado es relativamente escasa, dado que en tres artículos se han establecido las reglas para prescindir de una fase tan importante como es el juicio oral y público. Esta variante tan importante en el proceso ordinario trajo consigo la necesidad de que la jurisprudencia dimensionara el contenido del instituto y las condiciones para un correcto ejercicio de los derechos de las partes.

### a.- Examen de constitucionalidad

Desde antes de su instauración en nuestro proceso penal, el abreviado venía precedido de importantes críticas que señalaban su inconstitucionalidad, por prescindir de la fase de juicio oral y público, catalogado como uno de los derechos que comprende el proceso legal. Además, por cuanto los acuerdos se toman en condiciones de desigualdad que llevan a confesiones sobre la base de la coacción y genera la condena de inocentes.[2]

La Sala Constitucional señaló al respecto, que no obstante la existencia de reglas diferentes para llegar a una sentencia no se vulneraba el debido proceso al imputado, toda vez que además de ser voluntario, tenía previstos mecanismos suficientes para asegurar su posición en el proceso:
"*Es así como al analizar la naturaleza jurídica de este procedimiento especial consideró que no resulta violatorio de norma o principio constitucional alguno en relación al debido proceso o el derecho de defensa, no obstante que el procedimiento tiene reglas diferentes dada su especial naturaleza... en el cual se dan cabal cumplimiento de las garantías del debido proceso y derecho de defensa, máxime que para su aplicación se requiere contar con el asentimiento ( o consentimiento) del imputado, y también se requiere que el Ministerio Público y la víctima estén de acuerdo en su aplicación...*"[3]

Con el fallo en mención no sólo se disipó un cuestionamiento inicial, sino que tácitamente se deriva que el derecho al juicio oral y público tiene una naturaleza instrumental y por ello puede ser disponible por el imputado y las partes.[4]

---

1 Con razón afirma Binder que el abreviado debilita el juicio oral y público en el tanto permite evadir el carácter central que se le ha asignado al juicio en el derecho procesal moderno, pero por otro lado, fortalece el carácter acusatorio del proceso. En: "Del Preso..",(2000), p. 4

2 Sobre las críticas ver autores como: Bassiouni (1988),Alschuler ( 1986), Easterbrook, Bobino (2000), Langbein (.1978) , Llobet (1998), Salazar (2003), entre otros.

3 Sentencias 4835-98 y 2743-99 y 2000-10584 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

4 Ver en igual sentido la sentencia No. 2000-08747 de la Sala Constitucional. También el Tribunal de Casación Penal señaló en su momento que las garantías son irrenunciables pero los derechos como el de declarar o el de inocencia pueden ser administrados a criterio de su titular ( Sentencia 005-f-99 del Tribunal de Casación Penal). Ya otros tribunales habían resuelto años antes la cuestión de constitucionalidad como la Corte Costituzionale Italiana que en sentencia 313-90 lo estimó acorde con la constitución. En sentido similar la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Brady vs United States (1970) y Santobello vs New York (1971), estableció que el derecho al juicio por jurado, aunque es un derecho Constitucional, no constituye una obligación y por ello puede disponerse por el acuerdo de partes.

Tampoco se ha considerado contrario a la Constitución, que el Ministerio Público tenga la facultad de decidir si acepta o no el abreviado y que dependa de su voluntad la aplicación,[5] porque igual puede afirmarse de los demás partes que intervienen, su negativa a acordarlo impide el acuerdo.

**b.- Concepto**

Se trata de un procedimiento especial[6], reglado en el Código Procesal Penal,[7] mediante el cual se faculta a las partes para variar el curso del procedimiento ordinario y tomar acuerdos sobre los hechos y la pena a imponer, para resolver la causa prescindiendo de la etapa del juicio oral y público.[8]

**c.- Naturaleza jurídica**

La regulación del código concibe el abreviado como una posibilidad para las partes, sin considerarlo como un derecho o una carga.[9] Abundante jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional, han señalado que el procedimiento abreviado no es un derecho del imputado o de las demás partes, sino una posibilidad procesal, para cuyo acceso se requiere de un acuerdo válidamente establecido.[10]

**d.- Partes en el abreviado**

Conforme la regulación inicial, sólo podían intervenir en ese acuerdo el fiscal, defensor, imputado y querellante, debiendo reformarse el inciso b) del artículo 373 del cpp para incluir al actor civil como sujeto parte en esos acuerdos.[11] No obstante lo anterior, se incurrió en una omisión al no incluir también al demandado civil como parte del acuerdo, en virtud de que los hechos que se admiten forman parte de la sentencia, hacen cosa juzgada y pueden afectar la futura responsabilidad civil que se le exige.

**e.- Requisitos**

Aunque el artículo 373 del cpp establece requisitos mínimos para acordar el abreviado, como es el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las formalidades, la jurisprudencia ha ido señalando especiales condiciones que deben cumplirse para evitar vicios en los acuerdos.

Los puntos del acuerdo versan sobre los hechos acusados que debe aceptar el imputado, la pena a imponer y la eventual responsabilidad civil. Además, la disposición de variar el procedimiento prescindiendo del juicio oral y público.

La determinación de las partes para llegar al abreviado debe provenir de un ejercicio libre de la voluntad para llegar al consenso y no es válido un acuerdo si existe coacción o amenaza de alguna naturaleza para cualquiera de las partes. También pueden viciar la voluntad los acuerdos obtenidos bajo engaño, desconocimiento o por defectuosa configuración, de ahí que se exija al Juez la labor de asesorar al imputado y las partes sobre el contenido y naturaleza de los acuerdos tomados.[12]

El instituto parte de un presupuesto fundamental de la voluntad de las partes, desde esa perspectiva, la negociación de cargos y de la pena es una declaración de voluntad de las partes.[13]
La Sala Constitucional ha señalado que *"...no hay que perder de vista que el cuerpo normativo en análisis fue cuidadoso al estipular que lo que acepta el encartado es el hecho, no su responsabilidad penal, cuya existencia y medida queda a juicio del juzgador como en cualquier proceso de esta índole."*[14] No obstante el criterio de tan

5 *"Esta Sala no tiene ninguna duda sobre la constitucionalidad de ese procedimientos especial, pues amén de que ya la Sala Constitucional (resolución 4864-99 de 15:27 horas de 8 de julio de 1998), se pronunció "en el sentido de que no es contrario a la Constitución Política el procedimiento abreviado previsto en los artículos 373 a 375 del Código Procesal Penal", no puede compartirse que una parte (Ministerio Público o querellante), tenga privilegios sobre las otras (imputado y defensor)."* Sentencia 1186-99 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

6 Sentencia 4835-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

7 *"El abreviado es un procedimiento especial, con una reglamentación propia..."* Sentencia 342-2000 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

8 Salazar (2003) p. 59

9 Sentencia 842-1998 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

10 " *...no puede decirse que exista un derecho del imputado a que se le beneficie con un proceso abreviado...no se trata de una obligación procesal ni mucho menos un derecho fundamental que pueda ser exigido."* Sentencia 2000-04983 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En igual sentido sentencia No. 842-98 y 0099-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y sentencia No. 005-1999 del Tribunal de Casación Penal. El tema también había sido objeto de discusión constitucional ante la Suprema Corte de Estados Unidos, que en el caso Carolina vs Alford definió que no existe un derecho constitucional al guilty plea. Ver: Weinred, Loyd, "Leading and Cases.." p. 838.

11 Mediante ley No. 8146 de 30 de octubre de 2001 se reformó el inciso b) del artículo 373 cpp, para incluir al actor civil como uno de los sujetos que debía manifestar su voluntad para acceder al abreviado. Ya el Tribunal de Casación Penal en diversos fallos 671-98, 674-98 y 708-98, había considerado su voluntad como un elemento esencial para la validez del acuerdo.

12 Por tal razón la jurisprudencia ha insistido en que el acuerdo debe ser lo suficientemente claro y comprensible sobre los aspectos de interés del acuerdo. ( Sentencia 564-99 del Tribunal de Casación). Se trata por ello de una escogencia racional del acusado una vez informado debidamente de las consecuencias y posibilidades del ejercicio de sus derechos. Así: Guidorizzi (2001) p. 5

13 Gimeno (1992) p. 120.

14 Sentencia 4864-98 y 9129-00 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

alto Tribunal, el Tribunal de Casación ha entendido que la aceptación de los hechos acusados por parte del imputado tiene el efecto de una confesión de cargos[15], aún cuando posteriormente el Juez al resolver pueda estimar que los mismos resultan atípicos o bien, que media alguna causa eximente de responsabilidad.[16]

En lo que sí hay coincidencia absoluta en la doctrina y jurisprudencia penal y constitucional, es que la aceptación de los hechos resulta insuficiente para poder sustentar una sentencia condenatoria, por lo que debe existir suficientes elementos de prueba, que, independientes o unidos a la aceptación de los hechos, puedan desvirtuar el principio de inocencia que protege al imputado.[17]

**f.- Procedimiento y control jurisdiccional**

Para apartarse del procedimiento ordinario se requiere el acuerdo de las partes tendente a definir el proceso por la vía abreviada. Adicionalmente, el imputado debe aceptar los hechos acusados, la pena pactada y el procedimiento a seguir.
Los acuerdos deben ser tomados o ratificados ante el Juez Penal quien debe verificar el ejercicio libre y voluntario de las facultades de las partes e imponer al acusado de la trascendencia de su renuncia al juicio oral y público y a la reproducción de la prueba. Cumplidos los requisitos debe remitirlo al tribunal debe examinar la acusación y la prueba para decidir si lo remite al Tribunal de Sentencia.
El examen en la sede de sentencia se inicia por los extremos del acuerdo alcanzado y superado ello debe avocarse a resolver la causa mediante el pronunciamiento de fondo. Esto exige el examen de la acusación, la legitimidad y suficiencia de la prueba para sustentar el juicio sobre la responsabilidad penal, la calificación legal y la pena a imponer previamente acordada por las partes.
El doble control jurisdiccional en la fase intermedia y de juicio, es un elemento trascendente porque refuerza la garantía de la transparencia de los acuerdos y disposiciones de las partes y e cumplimiento de los derechos y garantías.

**g.- Sobre el momento procesal para acordarlo**

El cpp establece como límite para acceder al abreviado antes del dictado del autor de apertura a juicio, de manera que es claro que solamente puede acordarse en la etapa intermedia y no en la sede de juicio. Por necesidad de equiparar los procesos enviados a juicio bajo el código anterior se permitió las transacciones en sede de juicio, pero como excepción a la regla.
La Sala Constitucional indicó en principio que la limitación de acordarse en la fase intermedia restringía el derecho de las partes de obtener una solución al conflicto mediante soluciones alternativas.[18] Se confunde en el fallo en mención las alternativas con el abreviado y además, se concibe como un derecho, cuando hemos señalado que no existe un derecho constitucional a ese procedimiento y como efecto práctico se permitió el instituto en cualquier estado del proceso.
Por sentencia posterior la Sala Constitucional corrigió el punto señalando la importancia del principio de justicia pronta, que obligaba a preparar los juicios con la suficiente antelación, de manera que el imponer límites temporales para llegar a acuerdos no se vulneraban derechos de las partes[19] y que en ese tanto era razonable establecer algunos límites para configurar la estructura del proceso.[20] Agregamos a ello, que tampoco se vulnera el principio de igualdad, en tanto las partes pueden acceder al mismo en la fase respectiva. Luego la Sala Constitucional vendría a considerar que si el acuerdo se generaba en la fase de juicio ello no vulnera derechos fundamentales del imputado.[21]

A lo anterior debe agregarse que el Ministerio Público en circular No.19 de 2005 señaló a los fiscales la directriz de no acceder a abreviados en sede de juicio, a efecto de darle plenitud a la disposición del código procesal penal, lo cual tiene la virtud de impedir negociaciones en sede de juicio, aún cuando no se determine la existencia de una

15 En igual sentido Binder señala que la aceptación de los cargos en el procedimiento abreviado, para denominarlo sin eufemismos es una confesión. cit. p. 8

16 Ver en este sentido la sentencias 208-99, 236- 99 y 288-99 del Tribunal de Casación Penal.

17 "*Además de que el dicho del encausado debe estar corroborado con otros elementos de convicción – peritajes, testigos, documentos-, que le hacen creíble al criterio del Juez, los que deben ser analizados en su conjunto al momento de fundamentar el fallo condenatorio.*" Sentencia 9129-2000 de la Sala Constitucional. Ver también: Miranda M ( .....) p. 125, quien señala que es necesario "*...que exista una mínima actividad probatoria en la que pueda descansar y encontrar su fundamento la apreciación probatoria llevada a cabo por el juzgador. Toda condena que se dicte debe ir precedida de esa mínima actividad probatoria.*" P. 125.
En los Estados Unidos es conocida como la doctrina de "*factual basis*" o bases fácticas adecuadas, que significa igualmente, que toda condena debe estar sustentada en prueba suficiente para fundar el juicio de culpabilidad emitido. Ver: Langbein J , p. 8.

18 Sentencia 5836-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

19 Ver sentencias 4864-2000 y 4983-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

20 Sentencia 02989-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia de comentario la Sala también hace ver algunas inconveniencias que el mismo Juez del Juicio sea el que participe en la negociación del abreviado, porque puede perder imparcialidad si luego conoce del debate.

21 Ver consulta preceptiva de constitucionalidad planteada por el Tribunal de Casación Penal, resuelto en sentencia 2004-07915 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

lesión para las partes por hacerse en fase no acordada en la norma. [22]

Analizando la gran cantidad de procesos pendientes para juicio y el importante retraso en la realización de los mismos, consideramos que no tiene sentido limitar el acuerdo del abreviado sólo a la fase intermedia y que se propicia más la justicia pronta el permitirlos aún en la sede de juicio, por lo que debe hacerse la reforma correspondiente.[23] Para tal efecto debe eliminarse del párrafo primero del artículo 373 la frase que dice "*antes de acordarse la apertura a juicio*" y en su lugar estipular: "*antes de iniciar el debate oral y público*".

## III.- PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS EN LA SEDE DE CASACIÓN

Podría pensarse que al admitir los cargos el imputado y llegar a una pena razonable de su caso, la resolución de la causa sería pacífica, lo cual no ha sido así. No obstante la experiencia considerable de los usuarios y el desarrollo jurisprudencial del abreviado, se genera una importante litigiosidad, de manera que una vez logrado el acuerdo marco pretende por la vía de los recursos atacar los acuerdos mismos para procurar mayores ventajas.[24]

### a.- Falta de precisión de los acuerdos

La jurisprudencia ha sido clara en señalar que los acuerdos a que han llegado las partes deben comprender los hechos aceptados como la pena que se pacte y la posición de las partes sobre posibles beneficios o descuentos. Así mismo, cobra especial importancia la claridad de las estipulaciones en aquellos casos que son facultativos del juez de sentencia como son los rebajos de la pena acordada y la ejecución condicional, sobre los que no puede haber promesa, sino una simple expectativa o posibilidad.
Se ha dicho que el acta debe ser lo suficientemente clara para permitir corroborar al tribunal de sentencia todos los aspectos propios del acuerdo, de manera que ante la duda debe convocar a una audiencia de partes en esa sede.

### b.- Sobre la fijación de la pena

La aceptación del abreviado se ha convertido en un mecanismo para asegurarse una pena máxima en el caso y las partes una vez hecha la fijación en sentencia, inician una etapa de reclamos atacando por un lado la motivación de la pena impuesta, la negativa a disminuir la pena por el juez y la violación del principio de igualdad cuando se trata de varios imputados.
En cuanto a la motivación de la pena impuesta, una importante cantidad los juzgadores han acudido al criterio de respetar la pena negociada, en virtud de ser producto del acuerdo en el cual ha intervenido el acusado y su defensor, lo cual ha sido admitido por el Tribunal de Casación como criterio válido para sustentar la pena ha imponer, pero que no agota otros elementos que deben tomarse para sustentar debidamente ese extremo.
Así, por ejemplo ha exigido motivar por qué razón no aplica rebajas de pena o beneficios posibles, eso sí, haciendo ver que no existe un derecho a que el juez le disminuya la pena en un tercio del mínimo del tipo penal, sino que es una facultad del juzgador.
También ha sido objeto de múltiples cuestionamientos la aplicación del principio de igualdad en las negociaciones, procurando que se fije por igual la pena a todos los intervinientes del delito. La jurisprudencia del Tribunal de Casación penal ha exigido la motivación de las distinciones en cuanto a la fijación de la pena y en múltiples procedimientos de revisión ha acogido el alegato procediendo a adecuar las penas en igualdad cuando estima que se ha vulnerado ese derecho.

### c.- Insuficiencia de prueba y prueba ilícita

El primer aspecto en que hay coincidencia plena, es que la aceptación de los hechos por el imputado es insuficiente para llegar a la convicción de su responsabilidad penal[25], y que para desvirtuar el principio de inocencia que protege todo acusado, debe existir prueba suficiente, que en forma independiente o unida a la confesión, permitan derivar más allá de toda duda, que el imputado cometió el hecho que se le atribuye.[26]

Gran parte de los recursos de casación planteados cuestionan la falta de prueba suficiente para demostrar la responsabilidad del sentenciado, para lo cual acuden a hacer un examen de la prueba documental, irrespetando

22 "*...el proceso abreviado no se ofrecerá ni concederá por Fiscal alguno, después del dictado de la apertura a juicio por parte del Juez Penal*". La rigurosidad con que se dirigió la circular del ente persecutor, ha impedido absolutamente al fiscal poder negociar en sede de juicio. El Tribunal de Casación Penal estableció que el abreviado debe darse en la fase intermedia como lo establece el numeral 373 cpp y que en caso de acordarse en la fase de juicio se genera un vicio absoluto cuyo decreto procede aún de oficio. ( Sentencia 215-f-99 ). No obstante no consideramos que se trate de un vicio y que en el tanto no cause agravio puede acordarse fuera del plazo de ley.

23 Cuando la Sala Constitucional trató el tema de la fase de acuerdo del abreviado, hizo hincapié en que la preparación del juicio en la sede de Tribunales podía verse interrumpida por negociaciones de última hora. La realidad actual nos lleva a considerar que los juicios se interrumpen en cientos de casos por múltiples circunstancias, de manera que nada alteraría que se permita el abreviado en esa sede.

24 No hay estudios concretos que determinen la cantidad de casaciones o revisiones planteadas en los procedimientos abreviados, pero por la cantidad se estima que son muy considerables.

25 Esta es una de las grandes diferencias con el sistema norteamericano, en que la aceptación del guilty plea tiene la naturaleza de una conviction del jurado, o sea, de una sentencia y por ello el juez solamente pasa a fijar la pena.

26 En este sentido la Sala Constitucional cuando valoró la conformidad del abreviado con el derecho de la constitución, estableció que el Estado está obligado a ofrecer pruebas que demuestren la responsabilidad penal del acusado, para así superar el principio de inocencia. En sentencias 005-f-99 y 025-f-99 el Tribunal de Casación Penal también ha reiterado ese extremo.

los acuerdos y restando toda importancia a la confesión de cargos expresada en la negociación.

Uno de los aspectos más reclamados es que la policía actuante no apreció bien los hechos, que hay vicios en el manejo de la prueba o cadena de custodia y que de haber completado la investigación con otra prueba se pudo llegar a conclusiones diferentes.

Al respecto se ha señalado que uno de los efectos de la renuncia al juicio oral y público, es la aceptación de la prueba que respalda la acusación, de tal forma que no puede por la vía de casación pretender reconstruir aspectos de la investigación, para cuya discusión requiere la realización del juicio oral y público, al cual renunció cuando aceptó el abreviado.

También se ha dicho que la aceptación de la acusación y la prueba convalida los posibles defectos que ella pudiera contener, salvo aquellos casos en que haya una evidente y grosera vulneración de derechos en la obtención de la prueba, como sería la tortura o situaciones equiparables.[27]

Ha indicado el Tribunal de Casación Penal:

> *"Tampoco existe en este caso, una violación a las reglas del debido proceso, pues el decomiso y registro del automotor, según se expuso, no sólo era razonable y proporcionado, sino que también debe considerarse que el imputado admitió la aplicación del proceso abreviado, legitimando, sin cortapisas, las pruebas que sustentaban la acusación. Su voluntad y silencio, evitando el contradictorio, legitimó, plenamente, la actuación de las autoridades de policía. Si tanto el accionante, como su defensor, admitieron, sin ningún reparo, la prueba que sustentaba la acusación, manifestando su acuerdo con la sanción que se les impuso, resulta contrario a la lealtad procesal que debe imperar en cualquier proceso, que posteriormente formulen una objeción que con su silencio avalaron plenamente. Si se renunció al contradictorio, escenario procesal propicio para discutir la prueba; si su contenido tampoco se objetó en la audiencia preliminar o durante el desarrollo del proceso, no es admisible que después de dictar un fallo en el que estuvo de acuerdo el acusado, éste formule, posteriormente, una serie de objeciones que debió plantear oportunamente y frente a las que guardó absoluto silencio, convalidando su inacción, las eventuales informalidades que ahora acusa.*
>
> *Además de estas omisiones, tanto el imputado como su defensor admitieron la aplicación de un proceso abreviado, aceptando los hechos y la prueba que sustenta la acusación. El silencio y voluntad del acusado y su defensor, convalidó los posibles vicios de la diligencia de reconocimiento. Durante el desarrollo del proceso, ni el imputado, ni su defensor, objetaron las formalidades aplicadas en la diligencia de reconocimiento, aceptando, finalmente, un fallo condenatorio, obviando la realización del debate oral y contradictorio, escenario procesal idóneo en el que pudo objetarse la diligencia que ahora cuestiona el accionante, después de un fallo condenatorio, en el que estuvo de acuerdo, pretende plantear objeciones que no formuló oportunamente y sobre los guardó silencio, omisión que convalidó los posibles yerros que podría tener la diligencia. Por otra parte, los supuestos yerros que acusa el impugnante no son graves, groseros y absolutamente inconstitucionales, que sería la única hipótesis, en la que a pesar de la aquiescencia del imputado y su defensor, no se convalidaría el vicio acusado."*[28]

Al respecto se ha reiterado en diversos fallos, que esos aspectos son propios de la reproducción de la prueba en juicio y que no pueden ser objeto de reclamo en sede de casación, dado que para ello era necesario confrontar en juicio los testigos y reproducir la demás prueba, derecho al cual la parte renunció con el abreviado.

Si la prueba aportada por el Ministerio Público es muy escasa entonces puede perfectamente ser cuestionada la sentencia en casación por vicios de fundamentación o de violación de reglas de sana crítica. La discusión es si al existir prueba escasa corresponde absolver o devolver a juicio.

**d.- Vicios en la voluntad por comportamiento del Fiscal**

En la sede de casación se ha reclamado varios aspectos referentes a los vicios de la voluntad, asegurando haber aceptado los cargos no obstante ser inocente y renegando del comportamiento del Ministerio Público.

En los casos planteados se alega como causal la existencia del proceso penal como elementos de coacción y el comportamiento del fiscal, lo cual ha resultado insuficiente para reconocer un reclamo de esa naturaleza y se ha señalado que la sola existencia de un proceso penal no es suficiente para presumir vicios en la voluntad.[29] Por el contrario, se aprecia que el control jurisdiccional sobre la voluntad en la toma de los acuerdos ha permitido claridad en ese sentido y no se observa ningún comportamiento vindicativo de los fiscales en las negociaciones.

No obstante los reclamos sobre la forma de negociar del

27 En el sistema norteamericano en el caso Usa vs Jakson 1968 acordó que al aceptar el guilty plea se renuncia a cuestionar la validez de la prueba, indicando que sólo podría aceptarse como agravio, aquellos casos extremos de violación de derechos constitucionales no se convalidan. En sentido similar el Tribunal de Casación Penal en la sentencia 2003-0497 ha plasmado que la aceptación de la prueba y el silencio de la parte, convalida cualquier defecto de la prueba.

28 Sentencia 2003-0497 del Tribunal de Casación Penal.

acusador, no existe ningún caso documentado, que permita reconocer comportamientos vindicativos o arbitrarios de parte del Ministerio Público en las negociaciones. Tampoco el acusador ha utilizado el instituto para encubrir investigaciones deficientes, sino que en la mayoría de los casos la prueba de cargo es bastante contundente.

**e.- Sobre la motivación de las sentencias**

Es claro el artículo 375 cpp en autorizar que la sentencia en el abreviado puede ser sucinta, lo cual es explicable en razón de que no se reproduce la prueba en juicio, lo cual no significa que deba carecer de motivación. Especialmente en los inicios los tribunales de sentencia le otorgaron excesiva importancia a la aceptación de cargos (confesión) dejando de lado la obligación de analizar la prueba, vicio que llevó a declarar con lugar la casación o la revisión en su caso.[30]
El otro aspecto observado es que las sentencias en la actualidad aunque valoran un tanto más la prueba, siempre evitan entrar al análisis detallado de la prueba documental.

**f.- Alegatos de inocencia y lealtad procesal**

Es incuestionable el derecho de la parte a luchar por su inocencia y a cuestionar los fallos que violan las reglas del proceso, no obstante hay un importante número de casos muy evidentes, en que luego de pedir el abreviado e insistir al acusador para lograrlo, sin razón alguna desconocen los acuerdos alcanzados.

Esto se manifiesta en la negación de todas las actuaciones que llevaron al abreviado, desde el desconocimiento de lo actuado, pasando por el papel del defensor hasta el del fiscal, obligando a la casación a mostrarle y transcribir el contenido de los acuerdos. También concurren los alegatos de inocencia por la suerte corrida por otros coimputados que fueron absueltos en juicio, por diversas razones, como el hecho de que la prueba de cargo no llegó a debate. Sobre este aspecto ha dicho el Tribunal de Casación que el asumir el abreviado implica algunos riesgos, sobre lo que eventualmente ocurriría en juicio, como el que la prueba no sea presentada, aspecto que debe ser tomado en cuenta por la parte al momento de tomar la decisión. Al respecto se ha señalado que:

"*En la toma de la decisión sobre la opción del procedimiento abreviado, la defensa técnica, el imputado, el Ministerio Público y el Juez, deben ser muy rigurosos en el examen de la prueba de cargo existente, a fin de poder extraer sin dificultad alguna la responsabilidad del acusado y así para poder afirmar lo innecesario de reproducir la prueba en el juicio oral y público. La elaboración de este juicio anticipado implica el examen cuidadoso de la prueba documental y material recogida, así como la testimonial que se haya recibido, sea en las denuncias o bien en forma anticipada, de manera tal que, por sí misma y sin necesidad de reproducirla en juicio, permitan derivar un juicio lo más cercano posible a lo ocurrirá en debate. Siendo un juicio anticipado siempre lleva implícitos algunos riesgos, que también deben ser valorados por las partes, como el que la prueba testimonial que sustenta el caso no llegue a juicio o que la concurrencia de otros coimputados que prefieren el debate pueda traer variantes a los hechos o en las calificaciones, o que alguna de la prueba tenga vicios importantes que terminen en su ineficacia. Hay que admitir que algunas de estas incertidumbres - como el que los testigos de cargo no sean localizados o no lleguen a juicio - serán siempre parte de la valoración y no podrá adquirirse certeza, sólo realizando el juicio oral y público. En este caso la queja del defensor reside en primer lugar en que al momento de aceptar el abreviado le pareció que la prueba de cargo apuntaba en una sola dirección que lo incriminaba como autor del hecho, lo que llevó a aceptar el abreviado. Resulta que en el juicio realizado a otros coimputados alguna parte de la prueba testimonial de cargo no se presentó al juicio, de manera que los hechos no fueron probados -respecto de ellos- con la contundencia que creyó al momento de aceptar el abreviado, no obstante, esta es una circunstancia propia del debate y que debió tomar en cuenta la defensa - técnica y material - al momento de prescindir de la reproducción y confrontación de la prueba en juicio oral. En este sentido, no es viable alegar la existencia de vicios en la voluntad para acordar el abreviado, en virtud de que lo ocurrido en juicio a los otros imputados, es una cuestión fortuita que no invalida ni vicia el acuerdo entre partes.*"[31]

Es indiscutible que estas formas de desconocer los acuerdos deben ser cuidadosamente examinados a fin

29 La jurisprudencia norteamericana en Bordenkircher vs Hayes (1978), cuando señaló que:"*La sola existencia de un proceso penal en contra de la persona no podría considerarse como una forma de coacción o amenaza, sino la consecuencia propia del ejercicio de una actividad estatal, en que la negociación es sólo una de las posibilidades que el sistema le otorga a los acusados y sólo ejerce de acuerdo a su interés.*" En el sistema norteamericano se ha desarrollado una amplia jurisprudencia para atribuir efectos a la súplica de culpabilidad, especialmente porque muchos acusados aceptan el plea bargaining conociendo que de ir a juicio podrían sufrir una pena mucho mayor. El requisito de voluntariedad – voluntary or uninfluenced plea- es esencial para la configuración del guilty plea. Uno de los casos más conocidos en la jurisprudencia es Bordenkircher v Hayes( 1978), porque además de valorar el consentimiento del acusado expresó lineamientos sobre persecución vindicativa del fiscal – vindicative excercise of a prosecutor". Ver: Israel, Kamisar, Lafave, " Criminal Procedure and the Constitution", West Group, Minnesota, Usa, año 2000, p. 586."

30 El Tribunal de Casación ha sido unánime y reiterado en exigir la debida motivación de la sentencia condenatoria, aún cuando sea producto del abreviado. Ver sentencia 25-f-99. Al respecto ha dicho: "*La Sala Constitucional ha establecido claramente que la confesión rendida con todas las formalidades, no elimina la obligación de probar con otros medios de prueba la culpabilidad del acusado... No puede el juez, aunque se trate de un proceso abreviado, fundar el fallo condenatorio en la admisión de los hechos contenidos en la acusación, como ocurrió en el presente caso. La declaración del acusado, como expresión esencial del ejercicio de la defensa, no puede transformarse en el único elemento de prueba que le dé sustento a un fallo condenatorio.*" Sentencia 452-2000.

31 Sentencia 1165-2005 del Tribunal de Casación Penal.

de no dar pie a la informalidad de los acuerdos y a desnaturalizar el espíritu del instituto, resguardando por supuesto el derecho en aquellos casos que se evidencien vicios que lesionen la inocencia del imputado.

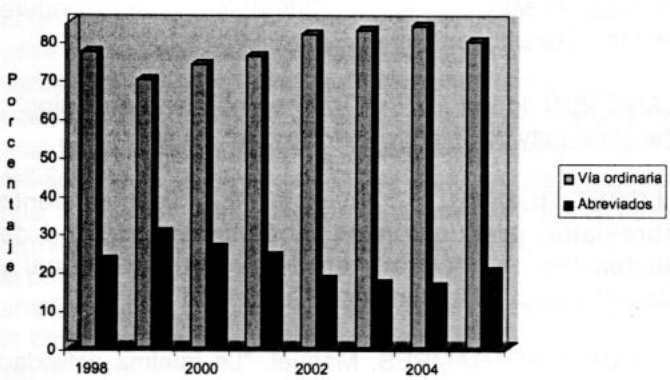
## IV.- Incidencia del Abreviado

Dos aspectos son importantes de medir, uno de la aplicación del abreviado con relación a todos los casos resueltos en sentencia y de otro lado, en relación con el número de medidas alternas que se han aplicado. Hay que advertir que los escasos mecanismos de control no permiten tener información sobre la cantidad de recursos presentados y acogidos, ni tampoco sobre la penalidad impuesta.

### a.- Porcentaje de casos resueltos por abreviado

Examinadas las estadísticas tenemos que el porcentaje de procesos resueltos por la vía del abreviado ha venido en descenso, pues por un lado en 1998 al 2001 el porcentaje promedio alcanzaba el 25% de todas las causas resueltas en sede de juicio y luego sigue descendiendo hasta un 16 % en el año 2004 tal como lo muestra el cuadro adjunto.

**Casos fallados vía ordinaria y abreviada por los Tribunales Penales durante el período 1998- I semestre**

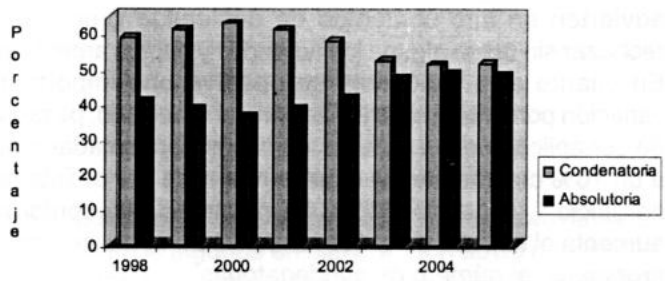



Este fenómeno es explicable por cuanto en 1998 había muchas causas elevadas a juicio y tramitadas bajo las reglas del código anterior que no permitía este tipo de transacción. Cuando se autorizó aplicar el abreviado a dichos casos resultó propicio para resolver la causa, pero conforme ese gran número de procesos se negociaron y se descongestionó de casos viejos, entonces se dio una importante disminución porcentual. Luego, al impedirse las negociaciones en sede de juicio y alguna mayor reserva de las partes en cuanto a su aceptación, han implicado una disminución importante de su aplicación.

### b.- Incidencia en absolutorias y condenatorias

En el inicio de vigencia del código procesal penal, de 1998 al 2001 representan el punto más alto de las condenatorias en el tiempo de vigencia de la nueva legislación, alcanzando su punto más alto de condenas en el año 2001 con un 63.2 % de los casos resueltos. Luego el porcentaje de condenas disminuye en forma importante en aproximadamente 10 puntos porcentuales hasta llegar al 51.7 % de condenas en el año 2004 como lo muestra el cuadro siguiente.

**Fallos dictados por los Tribunales Penales según tipo de sentencia de 1998- I semestre 2005**




La disminución porcentual de condenas tiene una relación directa y proporcional con el descenso en la cantidad de procesos abreviados que se resuelven, pues la disminución es de aproximadamente diez puntos porcentuales y en igual medida se reducen los porcentajes de condenas. Lo anterior nos permite afirmar que el juicio abreviado tiene una importante incidencia en los porcentajes de condenas dictadas, lo cual no resulta un elemento extraño, si tomamos en cuenta que salvo excepciones, al negociar un abreviado la sentencia es condenatoria.

## V.- Conclusiones y recomendaciones

La experiencia de varios años ha llevado a definir adecuadamente al abreviado como mecanismo simplificador y no como solución alternativa al proceso. El aspecto más trascendente es la adecuación del abreviado con el derecho de la Constitución, así definido por la Sala Constitucional, admitiendo con ello que aún cuando el proceso ordinario establece el juicio oral y público como eje central, se trata de un derecho del que pueden prescindir las partes.

También se ha definido por el Tribunal de Casación Penal, que la aceptación de los hechos por el imputado es una confesión simple que debe estar libre de coacción y no vulnera el principio de inocencia, por cuanto el Estado debe demostrar con prueba adicional, la responsabilidad penal del acusado. También se ha señalado que los acuerdos deben tomarse con la suficiente claridad para evitar incertidumbres y la importancia del control jurisdiccional como mecanismo de garantía de las partes.

Las discusiones más comunes en la fase recursiva se derivan de reclamos en cuanto a la fijación de la pena por cuanto los jueces mantienen una importante tendencia a homologar el contenido del acuerdo denegando rebajas no pactadas. El otro aspecto relevante son los alegatos

sobre la insuficiencia probatoria y vicios en la prueba, cuyo planteamiento generalmente introduce críticas a la prueba, ante lo cual la jurisprudencia ha sido clara en señalar que si se aceptan los hechos y la prueba que sustenta la acusación, se convalidan los defectos de la prueba y no es posible luego por la vía de la casación o revisión cuestionar el contenido, por cuanto para ello – en muchos casos - es necesario abrir el juicio oral y público, fase a la cual renunciaron cuando hicieron el pacto. También es común encontrar alegatos desconociendo lo acordado, que advierten un alto contenido de deslealtad procesal al rechazar sin razón alguna los acuerdos y pactos anteriores.
En cuanto a la incidencia se observa una importante variación porcentual en la utilización del abreviado, pasando de ser aplicado en el 25% de los casos aproximadamente a un 16% del total de las causas resueltas por el Tribunal de Juicio. El abreviado sí ha mostrado que conforme aumenta el número de casos resueltos aumenta en similar proporción el número de condenatorias.

En cuanto al comportamiento del Ministerio Público, no se observan acciones vindicativas o coacciones indebidas en las negociaciones y por el contrario, hay un clima de respeto de los derechos y garantías de las partes. Tampoco se ha convertido en un mecanismo para excusar malas investigaciones, pues en la mayoría de los casos observados la prueba de cargo es muy contundente.
No obstante la aplicación que se viene operando, debe reafirmarse que el abreviado no está diseñado para todo tipo de delitos, pues la complejidad o la naturaleza de algunos presenta dificultades importantes para sustentarlo sin escuchar la prueba de cargo, como ocurre con los delitos sexuales.
Consideramos que atendiendo a la forma en que se viene aplicando, no existe razón alguna que justifique el negar las negociaciones en la fase de juicio y hacemos votos para que se elimine esa prohibición. Además, que se permita un mayor margen de negociación de cargos al acusador para flexibilizar la persecución penal y la racionalidad de las penas, especialmente en algunos delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALSCHULER Albert (1986) "Personal failure, institucional failure and the sixth amendment", en: Law and social change law review, vol XIV, USA.

BASSIOUNI Cherif (1988), "Il processo penale negli stati uniti d'america" a cargo de Ennio Amodio y Cherif Bassiouni, Giufré, Milano.

BINDER Alberto (2000) "Del preso sin condena al condenado sin Juicio", Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, San José, Costa Rica.

BOVINO Alberto (2000), " El procedimiento abreviado y juicio por jurados", en: Revista de Ciencias Penales No. 18, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica.

EASTERBROOK F , " Criminal procedure as a marquet system", Market law review, USA

FINE Ralph Adam (1987) "Plea bargaining: ann unnecessary evil", in Marquet law review, vol 70, No. 4, USA.

FREEDMAN Warren (1989), "The Constitutional right to speedy and fair criminal trial" quorum books, New York.

GIMENO SENDRA, Vicente (1992), "La nueva regulación de la conformidad", en: Derechos Fundamentales y Justicia Penal, ILANUD, San José, Costa Rica, 1992.

GUIDORIZZI Douglas (2000)," Should we really ban plea bargaining? The core concerns of plea bargaining critics".

ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE (2000), "Criminal Procedure and the Constitution", West Group, Minnesota, Usa.

LANGBEIN John ( 1978), "Torture and plea bargaining" , the University of Chicago Law Review, vol 46.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier (1998), "Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar", en: Nuevo proceso penal y Constitución, IIJSA, San José, Costa Rica.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La mínima actividad probatoria en el proceso penal", Madrid, España.

SALAZAR MURILLO Ronald (2003) "El Juicio Abreviado: entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal", Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica.

WEINRED Loyd (1997), "Leading and Cases on Criminal Justice", Foundation Press, New Cork, 1997

# JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*MSc. Rosaura García Aguilar*

**ABREVIADO. Oportunidad procesal. Derecho de abstención. Garantía de juez imparcial.**

"**II.- Sobre el fondo.** En realidad los dos reclamos del accionante tienen un tronco común que es la alegación de que se admitió, tramitó y aprobó la realización de un procedimiento abreviado, fuera del plazo establecido por el Código Procesal Penal en el artículo 373. Sobre ese tema, como bien se señala, existe la sentencia número 02989-00 de las quince horas veinticuatro minutos del doce de abril de este año, en la que se dijo en lo que interesa: "IX.- Derivado de la concepción un sistema procesal penal como una unidad lógica, surge también otro argumento a favor de la razonabilidad de la limitación del plazo para el ejercicio de posibilidades procesales como la que se analiza: la estructura del proceso gira alrededor del juicio oral o debate y el artículo 326 del propio Código lo afirma de manera contundente: *"Artículo 326.- El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua."* Resulta por ello incuestionable que en esta etapa deban salir a relucir todas las garantías fundamentales a favor del ciudadano, entre las cuales está naturalmente la de ser juzgado por un juez imparcial cuya decisión se origine en los elementos de convicción adquiridos en la citada audiencia. Contra esta regla atenta claramente la eliminación de la obligación establecida en el artículo 373 de proponer la realización de un proceso abreviado antes de que se cierre la etapa intermedia, porque al quedar libres las partes de solicitar la medida alterna después de tal etapa procesal, se produciría una peligrosa confusión de funciones en el juez de juicio, quien, al verse obligado a escuchar las versiones de las partes sobre los hechos y bastantear los términos de la negociación y eventualmente hasta intervenir activamente en el logro de un acuerdo conciliatorio, perdería la objetividad que idealmente debe acompañarlo hasta el debate. Esta mezcla, además de maligna para los derechos fundamentales del imputado resulta innecesaria y evitable de manera sencilla simplemente con la conservación del límite temporal que ha impuesto el legislador en el citado artículo 373, de modo que deba ser el juez de la etapa intermedia quien reciba, analice e intervenga en el trámite y resolución de las medidas alternativas propuestas, de manera que, si resultan fallidas, el asunto continúe con su trámite normal y el juez encargado del debate reciba la causa sin ningún tipo de predisposición sobre los hechos que serán objeto de juzgamiento." La lesión a derechos fundamentales se produciría, según el recurrente, por el hecho de que aún siendo un asunto tramitado bajo las reglas del Código Procesal Penal, el procedimiento abreviado se solicitó, admitió y aplicó, mucho después de cerrada la etapa intermedia, y de hecho, prácticamente en el cierre del debate que se realizó para conocer el caso del imputado. Para la Sala sin embargo, no existe en la situación que se le consulta ninguna lesión a los derechos fundamentales del imputado y en particular, no se da ninguna infracción al derecho a un juez imparcial reclamada por el recurrente y que se menciona en el precedente recién citado. En efecto, lo que se sostuvo en dicha resolución y se mantiene ahora es que resulta válido limitar la posibilidad acogerse a un proceso abreviado, porque ello se ajusta a la lógica del sistema procesal penal actual en el sentido de que –tal y como se dijo- no solamente se trata de etapas que precluyen de forma sucesiva, sino porque además, esa limitación protege en principio el derecho fundamental a un juez imparcial, que se lesionaría si un tribunal toma conocimiento y opinión sobre un caso por la vía de la valoración de un proceso abreviado, y luego ese mismo tribunal realiza el juicio oral sobre el caso. Es ese el sentido justo que se comprende de la siguiente cita del precedente ya señalado: *"...se produciría una peligrosa confusión de funciones en el juez de juicio, quien, al verse obligado a escuchar las versiones de las partes sobre los hechos y bastantear los términos de la negociación y eventualmente hasta intervenir activamente en el logro de un acuerdo conciliatorio, perdería la objetividad que idealmente debe acompañarlo hasta el debate..."*. En el caso planteado no se presenta tal confusión de roles ni la temida contaminación del Tribunal, lesiva para el imputado porque justamente la sentencia emtida es el producto de la aplicación del procedimiento abreviado, con lo que se quiere decir que el Tribunal, por una sola vez tomó contacto con los elementos y particularidades del caso, los valoró y emitió de seguido una decisión sobre ellos, con lo que cumplió a cabalidad con el contenido material del precitado derecho

a un juez imparcial. Por ello, lo procedente es evacuar este aspecto de la consulta planteada señalando que no constituye infracción al debido proceso, el hecho de que el procedimiento abreviado se realice ante el Tribunal de juicio, si –como en este caso- no existió contacto previo de los integrantes del Tribunal sentenciador con el caso y más bien tal relación se hace relevante justamente dentro del trámite del procedimiento abreviado que concluyó con la sentencia recurrida. **III.-** En relación con el otro reclamo planteado por el recurrente respecto de la existencia de un límite temporal para aceptar renuncias al derecho de abstención, la Sala considera que el enfoque el recurrente resulta equivocado en tanto se entiende que la participación del imputado en el proceso mediante su declaración, consiste en una posibilidad de manera que las autoridades deben en este sentido respetar su deseo particular ya sea de declarar o bien de abstenerse de hacerlo. Así, mientras que para la posibilidad de abstenerse no existen límites, existen algunas reglas básicas, que el recurrente menciona, para limitar la posibilidad de declarar, pero ello está perfectamente acorde con la protección de sus derechos constitucionales, pues le permite exponer las cuestiones que considere importantes para su causa. No existe por tanto ninguna infracción al debido proceso en tema de la abstención tal y como la plantea el accionante. **IV.-** El Magistrado Volio Echeverría redacta nota separada. **Por tanto:** Se evacua la consulta formulada en el sentido de que a) no constituye infracción al debido proceso, el hecho de que el procedimiento abreviado se realice ante el Tribunal de juicio, en la medida en que se proteja el principio de independencia del juez; b) las declaraciones que voluntariamente, y luego de hechas las advertencias correspondientes, haga el imputado en cualquier etapa del proceso penal, no infringen el derecho de abstención reconocido a éste por la Constitución Política. Corresponde al Tribunal consultante determinar si se dio alguna infracción de las descritas en el caso concreto y declarar lo pertinente."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de** Justicia, voto Nº 7915 de las ocho horas treinta y un minutos del ocho de setiembre de dos mil cuatro.

**ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Principio de justicia pronta y cumplida.**

"En lo que concierne al derecho a la justicia pronta y cumplida, estatuido en el artículo 41 de la Constitución Política, la Sala debe juzgar las causas de los atrasos judiciales a fin de comprobar si el órgano jurisdiccional no ha empleado la requerida diligencia para acatar ese mandamiento constitucional. Al respecto, resulta evidente que la duración excesiva y no justificada de los procesos implica una clara violación a ese principio, pues los reclamos y recursos puestos a conocimiento de la Administración de Justicia deben ser resueltos, por razones de seguridad jurídica, en plazos razonablemente cortos. Sin embargo, esto no significa la constitucionalización de un derecho a los plazos, sino el derecho establecido casuísticamente con base en la consideración a determinados elementos de juicio, tales como la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora, o las pautas y márgenes ordinarias del tipo del proceso de que se trata. En este caso, conforme a la relación de hechos esbozada, ha quedado demostrado que el veintiocho de enero de dos mil cuatro, el amparado interpuso una acción civil resarcitoria y una querella ante la Fiscalía Adjunta de Puntarenas por abuso de autoridad contra el Jeison Céspedes Ovares. Sin embargo, a la fecha en que se rindió el informe de ley, la Fiscalía recurrida no se ha pronunciado respecto de la procedencia o no de la denuncia formulada. Al respecto, alega el accionado que no se ha podido localizar al encartado para ponerlo en conocimiento tanto de la acción penal, de la acción civil como de la querella que pesa en su contra y que no es cierto lo alegado por el tutelado ya que se han realizado diversas diligencias para que el mismo sea presentado ante esa Autoridad, las cuales no han prosperado. Sin embargo, observa esta Sala que a la fecha en que se rinde el informe, la Fiscalía recurrida tan siquiera a dado el traslado de ley al proceso interpuesto, sin que el recurrido haya aportado algún argumento capaz de justificar tal omisión. Por ello, estima esta Sala que en la especie efectivamente se ha violentado el artículo 41 constitucional en contra del amparado por lo que procede declarar con lugar el recurso, como en efecto se dispone."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 14116 de las once horas cuarenta y cuatro minutos del catorce de octubre de dos mil cinco.

**ACCIÓN PENAL. Conversión de la acción pública a privada. Debido proceso. Formas alternativas de finalización del proceso. Derecho a la intimidación. Participación del imputado en la investigación y producción de prueba.**

"...la acción se dirige contra lo dispuesto en el artículo 20 del Código Procesal Penal, el cual literalmente indica: ***"Artículo 20.- Conversión de la acción pública en privada.*** *La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos."* Tanto en la consulta referida como en la acción de inconstitucionalidad formulada, los gestionantes aducen la inconstitucionalidad de dicha norma porque consideran que infringe lo dispuesto en los artículos 33, 39 y 41 de la Constitución Política (...) **III.- La acción penal: pública y privada** (...) **IV.- Principios acusatorios contenidos en la legislación procesal vigente** (...) **V.- Protagonismo de la víctima en el sistema procesal penal vigente** (...)

**VI.- Instituto de la conversión de acción pública a acción privada.** (...) el instituto de la conversión de acción pública en acción privada que prevé el artículo 20 aquí impugnado, deriva de esa concepción que busca insertar a la víctima dentro del proceso penal, otorgándole un mayor reconocimiento de sus derechos. El Estado, en este caso renuncia al monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, permitiendo que en los casos en que la víctima lo solicite y; cuando a) no exista un interés gravemente comprometido, b) se trate de un delito que requiera instancia privada, c) se trate de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas; el delito se convierta de acción pública a acción privada. En este caso, es la voluntad de la víctima la que determina que el proceso continúe hasta el final o que fenezca con motivo de una solución alternativa; sea, la víctima tiene un poder de disposición sobre la acción propiamente, pues, se considera que se trata de intereses particulares, que no afectan gravemente a la colectividad. Otro elemento de razonabilidad que tomó en cuenta el legislador, no sólo en esta norma, sino en muchas otras que pretenden descongestionar el aparato judicial (aplicación de criterios de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, entre otros) es el hecho de que no es posible investigar, acusar y juzgar todos los hechos punibles que se cometen. El sistema es limitado en cuanto a sus posibilidades de recursos, tanto materiales como humanos. De ahí que se pretende racionalizar la selección, que ya de hecho existe, a fin de que el Estado ponga énfasis en la investigación y persecución de los delitos que causen una mayor dañosidad social (...) **VII.- Examen de los problemas de constitucionalidad planteados. A) Debido proceso.** Los gestionantes señalan que en virtud del procedimiento de conversión de delito de acción pública a delito de acción privada, que prevé el artículo 20 del Código Procesal Penal, el imputado sufre una vulneración en sus derechos y garantías procesales (...) **VIII.- Formas alternativas de finalización del proceso no forman parte del núcleo de derechos que conforman el "debido proceso".** Aduce tanto el Tribunal consultante como los accionantes que el imputado en un procedimiento de delito de acción privada, sólo tiene derecho a la conciliación y no al resto de las formas alternativas, tales como la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño o aplicación de criterios de oportunidad. En primer término, debe decirse que la Sala ha sostenido en forma reiterada que las formas alternativas de solución del conflicto no forman parte del núcleo de derechos básicos, que se ha definido como "el debido proceso". Ha expresado que el proceso penal no tiene como objetivo buscar la solución más favorable al imputado, sino el respeto de sus derechos fundamentales y la averigüación de la verdad de los hechos. De manera que, desde esa perspectiva es claro que no existe un derecho fundamental a conciliar, al proceso abreviado, a la suspensión del proceso a prueba, a la reparación integral del daño, a la aplicación de un criterio de oportunidad, etc. También se ha señalado, que la fase esencial del proceso es la realización del juicio oral y público porque es allí donde plenamente se materializan los principios propios del sistema acusatorio, que conforme se señaló, son los que caracterizan al proceso penal propio de un Estado Democrático de Derecho. Esos dos aspectos fueron puestos en relieve cuando la Sala se pronunció respecto de la constitucionalidad de la oportunidad procesal para plantear la aplicación de un procedimiento abreviado. En lo que interesa, se indicó: (...) (Sentencia 2000-02989 de las quince horas veinticuatro minutos del doce de abril de este año) Se rescatan, conforme se señaló dos ideas fundamentales que tienen que ver directamente con el análisis que aquí se realiza. En primer término, que las medidas alternativas no forman parte del debido proceso, se trata de elementos adicionales al debido proceso estrictamente considerado, que tienen que ver más bien con una decisión legislativa en el ámbito del quehacer de la política criminal, que no afecta el núcleo de derechos básicos que la Constitución y los Tratados Internacionales establecen como mínimos necesarios para otorgarle validez constitucional a un proceso sancionatorio. Por otra parte, debe hacerse énfasis también en que es dentro del juicio oral y público donde en forma más amplia y efectiva se pone en práctica el ejercicio de los derechos y garantías de las partes, contenidos en el principio acusatorio. En ese mismo sentido se estableció, en relación con los requisitos de la sentencia: *"La Sala entiende que de conformidad con los principios que inspiran el vigente Código Procesal Penal, son relevantes todas aquellas formas alternativas establecidas para resolver el conflicto social planteado a través del proceso; sin embargo, ello ni significa que pasen a formar parte de aquel elenco esencial de características que mínimamente deben concurrir para la existencia de una sentencia penal constitucionalmente válida. Tales formas alternativas son en general de institutos de rango legal para cuya protección se prevén recursos ordinarios y extraordinarios, pero que no alcanzan el nivel de importancia que lo haga exigible, como requisito "sine qua non" para la validez (a nivel constitucional) de una sentencia penal. En otros términos, desde una perspectiva constitucional se estima necesaria la existencia de ciertos requisitos definidos como esenciales e imprescindibles para entender que una sentencia se adecua al debido proceso constitucional, pero dentro de ellos no cabe incluir la regularidad procesal en el trámite de las diligencias de conciliación, como lo pretende el recurrente. (Sentencia 1999-00699 de las dieciséis horas dieciocho minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve)* El articulado que regula el procedimiento por delito de acción privada, ubicado en los artículos 380 a 387 del Código Procesal Penal no debe interpretarse aisladamente, sino que ha de armonizarse e integrarse tanto con los principios y normas constitucionales, como con los principios y demás normas del propio Código. En ese sentido, no puede afirmarse que el imputado cuyo proceso sea convertido de acción pública a acción privada, no tenga acceso a la aplicación de las formas o soluciones alternativas de

finalización del proceso. En la medida en que cumpla con los requisitos para la aplicación de cualquiera de esos institutos, podrá pretenderlos. En cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad, el artículo 300 del Código Procesal Penal refiere que cuando el Ministerio Público decida solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, deberá ponerlo en conocimiento de la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento, para que ésta manifieste si pretende constituirse en querellante. Es la víctima la que determina si desea o no constituirse en querellante. El criterio del imputado no es considerado para decidir si desea que su causa se tramite como un delito de acción pública o acción privada; porque no se varía su elenco de derechos y garantías constitucionales. El Ministerio Público deberá valorar no sólo el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 20, sea, que no exista un interés público gravemente comprometido, que se trate de un delito que requiera instancia privada o de un delito contra la propiedad que se ejecute sin grave violencia sobre las personas; sino que además, determinará si procede la aplicación de algún criterio de oportunidad, el dictado de un sobreseimiento o una desestimación, según corresponda. **IX.- Derecho a la intimación.** Consideran los gestionantes que en la querella se viola el derecho del imputado a una acusación o intimación circunstanciada, sujeta al respectivo control jurisdiccional, pues, el procedimiento se inicia con una simple imputación que le formula el querellante, sin participación alguna del Ministerio Público. El artículo 8 párrafo segundo inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. El Código Procesal Penal establece como un derecho del imputado, el de *"presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan"* (artículo 82 inciso d). Conceptúa como imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él (artículo 81). De manera que desde ese momento procesal existe la obligación de intimar al imputado, esto es, de ponerlo en conocimiento de la acusación en su contra y advertirle sus derechos constitucionales mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales. El artículo 91 del mismo Código refiere que cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación procederá a recibirle declaración. Esa declaración debe rendirse de conformidad con las formalidades que exigen los artículos 92 y siguientes del mismo Código, que textualmente indica: *"Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente. También, se pondrán a su disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento. Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte y que, si declara, su dicho podrá ser tomado en consideración aún en su contra. Se le prevendrá que señale el lugar o la forma para recibir notificaciones. Además, será instruido acerca de que puede solicitar la práctica de medios de prueba, dictar su declaración y, en general, se le informará de sus derechos procesales."* En los artículos siguientes, se establecen formalidades estrictas que deben observarse, tales como el nombramiento del defensor, el interrogatorio de identificación, el acta donde se consigna la declaración que rinde el imputado. Se trata de un acto solemne, formal, a tal punto que el artículo 99 expresa que la inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado impedirá que ésta se utilice en su contra, aún cuando él haya dado su consentimiento para infringir alguna regla o utilizar su declaración. Aunado a ello, desde que se tiene a una persona como imputado se pueden establecer medidas cautelares en su contra, tales como la prisión preventiva, el arresto domiciliario, obligación de presentación, obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, prohibición de salir del país, prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, abandono del domicilio, prestación de una caución, suspensión en el ejercicio del cargo, incomunicación o internación, entre otras (artículos 238 a 262 del Código Procesal Penal). Previo a que opere la conversión de la acción, el proceso se encuentra en manos del Ministerio Público quien está en la obligación de intimar al imputado, según claramente disponen las normas referidas. Cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación deberá proceder a recibirle declaración. El querellante deberá incluir en el escrito inicial de la querella (artículo 74 del Código Procesal Penal) una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, con indicación del lugar y el momento en que se ejecutó, si es conocido; así como ofrecer las pruebas, detallando en qué consiste cada una de ellas. De esa querella se otorga audiencia al querellado para que en el plazo de cinco días, manifieste lo que considere conveniente en su defensa, ofrezca la prueba conforme a las reglas comunes y oponga las excepciones y recusaciones que estime conveniente (artículo 380 ibídem). En la audiencia oral y pública se tendrá nuevamente que intimarse al imputado sobre los hechos que se le acusan, respecto de los que podrá referirse libremente con asistencia de su defensor (artículos 341 y siguientes del Código Procesal Penal). Si bien es cierto, una vez que opera la conversión, el Ministerio Público no participa más en el procedimiento, eso no implica en modo alguno que se cause indefensión al imputado, pues, el Tri-

bunal igual deberá respetar todos los derechos y garantías del imputado, particularmente los principios de intimación y correlación entre la querella y la sentencia. **X.- Participación del imputado en la investigación y producción de la prueba.** Consideran los accionantes que en la querella, el imputado ve limitada su participación en la investigación y producción de la prueba. En cuanto a la prueba, rigen las mismas reglas que se aplican para el procedimiento ordinario y que están contenidas básicamente en los artículos 180 y siguientes del Código Procesal Penal. El artículo 12 del Código es categórico al afirmar que es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento, el imputado tiene derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, siendo que, toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigente en Costa Rica. Es en el debate donde debe recibirse la prueba, en forma oral, en virtud del principio de inmediación, con excepción de los casos en donde sea necesario el "anticipo de prueba", el cual debe ser efectuado por el tribunal competente con plena participación del imputado y su defensor, en la medida de lo posible y los demás casos que prevé el artículo 334, a saber, la denuncia, la prueba documental, los peritajes, los informes, las certificaciones y actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa; las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos y las actas de pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias. El mismo artículo 381 señala que en el procedimiento de querella, cuando no se haya logrado identificar, individualizar al acusado, determinar su domicilio o cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el hecho, sea imprescindible llevar a cabo diligencias que el querellante no pueda realizar por sí mismo, requerirá en la acusación del auxilio judicial e indicará las medidas pertinentes. El imputado debe ser puesto en conocimiento del contenido de la prueba existente en su contra, desde el primer momento en que exista motivo suficiente para sospechar que ha participado en la comisión de un hecho punible. De manera que no es cierta la afirmación de los accionantes. **XI.- Posibilidad de recurrir** (...) **XII.- Derecho a una pena razonable y proporcionada** (...) **XIII.- Principio de legalidad. XIV.-** (...) **B) Principio de igualdad** (...) **XV.- Conclusión.-** En virtud de los razonamientos expuestos, considera esta Sala que el artículo 20 del Código Procesal Penal no infringe los principios de igualdad y debido proceso, razón por la cual, corresponde declarar sin lugar la acción interpuesta.

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 2002-02326 de las quince horas con trece minutos del seis de marzo del dos mil dos.

**ACCIÓN PENAL. Conversión de la acción pública a privada. Principio de igualdad.**

**"XIV.- B) Principio de igualdad.** Como último aspecto planteado por los gestionantes, se alega violación al principio de igualdad. Argumentan, que si bien es cierto en la acción privada los querellantes tienen disposición de la acción, lo que pareciera cumplir con la finalidad de buscar medidas alternativas a la pena; también es cierto que el hecho de que sólo una parte en el proceso pueda decidir sobre si la causa se debe dirimir mediante el juicio oral y público o no, produce desigualdad, al crear una discriminación grave en relación con otros imputados por delitos o hechos similares, que sí cuentan con la participación del Ministerio Público como ente objetivo de la investigación y con el juez penal como órgano que finalmente decidirá la procedencia o no de la etapa del juicio oral y público. En primer término, debe decirse que no podría hablarse de violación al principio de igualdad, aludiendo a dos categorías completamente distintas como son por una parte, "el imputado o querellado" y por otra, "la víctima". Se trata de partes completamente disímiles, de categorías diversas dentro del proceso penal, por lo que obviamente no existe ninguna obligación de trato equitativo o igualitario. En relación con el contenido del principio constitucional de igualdad, este Tribunal ha señalado: *"La jurisprudencia constitucional a través de varios pronunciamientos ha logrado decantar el contenido del principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución, señalando que por medio de él,* ***se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas,*** *sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Esa fórmula tan sencilla fue reconocida desde hace muchos años por la Corte Constitucional, a la fecha la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad antes de la creación de esta Sala especializada. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso."* (Sentencia 1996-00541 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del treinta de enero de mil novecientos noventa y seis.) Ahora, lo que sí está claro es que se produce una diferencia de trato entre los imputados, cuya causa se tramita como delito de acción pública y aquellos que son sometidos a una querella por delito de acción privada. Esa diferencia radica básicamente en la participación o no participación del Ministerio Público y en quién recae la titularidad del ejercicio de la acción penal.

Conforme se desarrolló en los considerandos precedentes, para efectos del debido proceso, el respeto de los derechos y garantías de las partes está previsto por igual en ambos procedimientos; sin embargo, ciertamente se trata de procesos distintos. Como ha señalado reiteradamente esta Sala, no toda diferencia de trato implica violación al debido proceso: (...) *(Sentencia 1996-06685 de las quince horas cuarenta y dos minutos del diez de diciembre de mil novecientos noventa y seis)* Los imputados cuyas causas son convertidas de acción pública a acción privada, son esencialmente iguales al resto de los imputados, cuyas causas se tramitan por el procedimiento ordinario de delito de acción pública. De ahí que se garantice un respeto del núcleo de derechos que compone el debido proceso, en forma igualitaria. Sin embargo, son sometidos a un procedimiento distinto, al cual se accede en virtud de la verificación de criterios objetivos, claramente definidos y constatables en el momento de la conversión de la titularidad de la acción: a) solicitud de la víctima y autorización del Ministerio Público, b) la no existencia de un interés gravemente comprometido, b) que se trate de un delito que requiera instancia privada, c) de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas.- Esa diferencia de trato es completamente razonable y justificada si se pondera el fin que se persigue en ese tipo de procesos, cual es la devolución a la víctima de su protagonismo escénico en la solución del conflicto, lo que atiende a su vez, a un sistema procesal de corte acusatorio, que fue considerado por el legislador como el más apropiado para desarrollar los principios del régimen democrático por el que optó el constituyente. El legislador pretende otorgarle una efectiva participación a la víctima dentro del proceso y posibilitar soluciones al conflicto más satisfactorias para los intereses de quienes son los verdaderos partícipes de la controversia social subyacente. Conforme se analizó, el diseño de los procesos es potestad del legislador; la Constitución Política no establece un modelo específico de proceso que debe seguirse, sino, un catálogo de derechos y garantías inalterables, que conforme se analizó son respetados en el procedimiento de querella. En consecuencia, considera esta Sala que no existe lesión alguna al principio de igualdad constitucional. **XV.- Conclusión.-** En virtud de los razonamientos expuestos, considera esta Sala que el artículo 20 del Código Procesal Penal no infringe los principios de igualdad y debido proceso, razón por la cual, corresponde declarar sin lugar la acción interpuesta."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 2002-02326 de las quince horas con trece minutos del seis de marzo del dos mil dos.

**ALLANAMIENTO. Presencia del juez u orden escrita. Motivación.**

"**III.-** Tal y como se señala en la resolución mediante la que la Sala Tercera consultante remite este asunto en consulta, existen antecedentes en relación con el tema planteado. El más relevante de ellos es la resolución número 02773-97 de las quince horas veintisiete minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete en la que sobre la cuestión se dijo: "SEGUNDO: Se plantea el tema de si el allanamiento practicado el 28 de enero de 1997 en la vivienda de la amparada Mora Chavarría es ilegítimo desde el punto de vista constitucional, y consecuentemente, si la detención provisional dictada a raíz de esa orden de allanamiento también los es. En criterio de la Sala, el recurso debe desestimarse porque la invasión a la privacidad de la amparada no fue contraria, a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política. Conforme se desprende del auto que ordena el primer allanamiento de morada (del 16 de julio de 1996), y pese a que la autoridad judicial ubica la casa de habitación de la encartada Mora Chavarría diagonal a la de la co-imputada Vilma Chavarría, y según se desprende del auto que ordena el allanamiento del 28 de enero de 1997, las casas de habitación objeto del acto procesal, estaban en un lugar diferente, unas contiguas a la casa de la señora Vilma Chavarría, y la de Jenny Mora Chavarría en forma diagonal como se dijo. Al modo de interpretar de la Sala, el artículo 23 de la Constitución Política y los artículos 209 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, requiere que exista orden por escrito de un Juez de la República cuando el allanamiento debe ser practicado por la policía en un recinto privado, sin embargo, cuando el Juez se encuentra presente en el acto procesal, tal como sucedió en el caso, no se requiere de esta orden por escrito pues precisamente quien resguarda este derecho constitucional se encuentra allí presente, es decir, es el propio Juez quien la origina, ya no desde su despacho, sino en el mismo sitio donde debe realizarse el allanamiento de diversos locales relacionados con la comisión de supuestos delitos. En otras palabras, estando la Jueza de Instrucción de Desamparados presente en el acto de allanamiento de las casas de habitación de Vilma Chavarría, y otros, ciertamente actuó como lo indica el artículo 209 del Código de Procedimientos Penales en relación con el artículo 23 de la Constitución Política, al ordenar personalmente el allanamiento en la casa de Yenny Mora Chavarría, lugar en donde se presumió había y se encontró estupefacientes (...) El constituyente buscó garantizar que los ciudadanos tuvieran derecho a la privacidad en sus hogares, y de que no fueran objeto de injerencias abusivas por parte de las

autoridades públicas, de manera que estableció que este derecho debía ser resguardado mediante un funcionario público calificado, para que cuando la esfera de intimidad se viera inquietada, lo fuera con la garantía de que la decisión fuera tomada por un Juez de la República. De esta manera, la orden por escrito exigida en la Constitución Política lo es cuando el Juez no pudiera estar presente en el acto procesal, de modo que el allanamiento, registro y secuestro lo puede delegar en la policía administrativa mediante acto escrito, debidamente fundado (...) **IV.-** La situación ahora es radicalmente distinta y por ello se justifica la interpretación evolucionista autorizada por nuestro ordenamiento como se dijo más arriba y que esta Sala ha decidido acoger respecto al artículo 23 Constitucional. En efecto, con la puesta en vigencia de un sistema procesal penal de corte netamente acusatorio, el juez deja de participar como investigador durante el proceso y se le asigna una labor de protector de la regularidad -en especial de la regularidad constitucional- del trámite, de manera que su presencia e intervención es exigida en ciertos casos, pero ya no con el fin de dirigir la investigación como en el modelo inquisitorio, sino como vigilante de que el ejercicio de la autoridad estatal se ejecute dentro de los parámetros constitucionales y legales fijados y se lleve a cabo sin abuso de poder. Para la Sala, es justa y precisamente ello lo que quiso el Constituyente y el papel que, de acuerdo con la mejor doctrina sobre derechos fundamentales, debe cumplir la garantía fijada en el artículo 23 de la Constitución Política. Ello sin duda se cumple a cabalidad si se cuenta con la presencia del juez en los allanamientos de domicilio, pero siempre y cuando obviamente su participación como se dijo, lo sea no como integrante del cuerpo investigador, sino como sujeto procesal que controla de forma estricta el balance entre los derechos de los ciudadanos y las actuaciones de las autoridades estatales encargadas de la investigación y producción de elementos probatorios. En consecuencia, pierde la relevancia que una vez tuvo la exigencia de una orden escrita, porque con ella se pretendía restringir la posibilidad de acción (y de exceso en la actuación) de las autoridades administrativas, al someterlas a las condiciones y límites que un juez les señalara por escrito, circunstancia ésta que ahora queda ampliamente cubierta si dicha orden es suplida por la propia presencia activa del juez durante la ejecución del acto. Ahora bien, las razones con base en las que esta Sala tiene como válida esa suplencia, exigen a su vez de forma ineludible que la voluntad de autorización del juez se manifieste de manera clara y expresa, no solamente en sus actos y participación necesariamente protagónica y no pasiva, sino también, que se haga constar en el acta o constancia de actuación que debe levantarse en relación con el acto efectuado. Al efecto, la oralidad que priva en nuestro actual sistema procesal penal, hace que la motivación de los actos se lleve a cabo no de la forma tradicional mediante la escritura, sino que se realiza en forma oral justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones que ameritan la actuación y con una actitud consonante con esa voluntad; ese cambio sin embargo, no debe servir para que se eluda la obligación de motivar las actuaciones y procurar se plasmen las razones en el proceso, en especial las que, como en este caso, tienen que ver con la posibilidad de lesionar lícitamente un derecho constitucional. **V.-** La Sala consultante señala su duda sobre la validez de una interpretación como la expuesta que desatiende el valor de la orden escrita previa, frente al nuevo régimen procesal penal, que establece reglas muy precisas al respecto. Sin embargo, queda claro de lo que viene expuesto que desde la perspectiva de esta Sala, para el Derecho de la Constitución la intervención personal del juez -posible u obligatoria- es por sí misma suficiente para suplir las exigencias plasmadas en la Constitución, sin que se requiera además una orden escrita previa emanada por el propio juez. Cabe indicar entonces que será suficiente para efectos de enervar la inviolabilidad del domicilio ya sea la existencia de orden escrita del juez competente en los casos en que pueda válidamente delegarse su actuación, o bien su participación personal. Ahora bien, para efectos del respeto al debido proceso, es indudable que, sea mediante orden escrita previa o mediante su participación directa e inmediata, la intervención del juez y su autorización deben incluir una motivación –no se exige fundamentación del acto, sino su motivación, sea que debe tener un motivo fundado, una razón para darse- que pueda ser validada por las demás autoridades judiciales que intervengan en el proceso. Esto resulta de la máxima importancia porque si tal motivación falta, es evidente que, en concordancia con las reglas del debido proceso derivadas del artículo 39 Constitucional la prueba se convierte en ilegítima y no podría servir de fundamento para una decisión. **VI.-** En conclusión, a criterio de la Sala se cumple la exigencia constitucional establecida en el artículo 23 de la Constitución Política, y se respetan los principios constitucionales del debido proceso en lo que a la inviolabilidad del domicilio se refiere, cuando la falta de orden escrita de juez competente en una diligencia de allanamiento es suplida por la participación de forma personal y activa por parte del juez penal en dicho acto. Tal actuación debe ser necesariamente motivada según las circunstancias de hecho y de derecho relevantes al caso y más aún tratándose de la afectación de un derecho constitucional. Además, esa motivación debe ser realizada por el juez de garantías de modo que no quede duda de ella y que pueda ser sometida a análisis y revisión por parte de las autoridades judiciales a quienes competa tal función, ya que la omisión o clara insuficiencia de dicha motivación conlleva la ilegitimidad de lo actuado. Corresponde a la Sala consultante constatar lo ocurrido en el caso concreto y resolver lo pertinente de conformidad con lo aquí expuesto."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 4672-03 de las catorce y cuarenta y siete horas del veintiocho de mayo de dos mil tres.

**CONCILIACIÓN. Oposición de Procuraduría General de la República al arreglo económico.**

"III.- En la sentencia número 7115-98 16:09 horas del 6 de octubre, en la que la Sala se refirió al artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en lo que interesa la Sala se refirió al instituto de la conciliación, en los siguientes términos: "III.- La conciliación.- La institución de la conciliación es de reciente data en nuestro derecho penal. Si bien, desde antes se contaba con figuras similares -tal como el perdón del ofendido- la conciliación, como medio de extinción de la acción penal se originó legislativamente en el Código Procesal Penal que empezó a regir en el mes de enero de este año.- Se pretende con ella otorgar a la víctima un papel más activo y participativo dentro del proceso, esto es, permitirle que en algunos asuntos reasuma su papel protagónico en la búsqueda de la solución al conflicto. Por otra parte, también se pretende evitar que en algunas clases de delitos que se consideran de menor dañosidad social, los autores ingresen al sistema carcelario, considerando lo que ello implica no sólo para quien es prisionalizado, sino también para su familia y la sociedad en general. Amén de ello, existe la convicción generalizada de que el Estado no está capacitado ni facultado materialmente para investigar, acusar, juzgar y penalizar todos los delitos que se cometen.- El 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 partes 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 le satisfaga 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.- "La posibilidad de aplicar las medidas alternativas, en los procesos en que figure el Estado, representado por la Procuraduría, está prevista en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que dispone, en lo que interesa: "ARTICULO 20.- REPRESENTACION EN JUICIO: El Procurador General, el Procurador General Adjunto y los Procuradores tienen, en cuanto a los juicios en que intervengan ante las autoridades de justicia, las facultades que corresponden a los mandatarios judiciales según la legislación común, con las restricciones siguientes: les está absolutamente prohibido allanarse o desistir de las demandas o reclamaciones, así como someter los juicios a la decisión de árbitros sin la previa autorización del Poder Ejecutivo. No tendrá valor ni efecto alguno, en juicio o fuera de él, lo que se haga en oposición al párrafo anterior, y la nulidad de los procedimientos, a que razonablemente diere lugar la transgresión, deberá ser declarada, aun de oficio, por los tribunales de justicia. (...)" En el caso que nos ocupa, a consecuencia del acuerdo del Consejo de Gobierno adoptado en la sesión del 9 de julio del dos mil dos, cuya legalidad fue cuestionada por el Procurador General Adjunto ante ese órgano el 22 de julio siguiente, en cumplimiento del principio de legalidad instruyó a los procuradores penales para que no utilizaran las medidas alternativas previstas en el Código Procesal Penal hasta tanto no fuera resuelta la gestión. En consecuencia, en la audiencia preliminar de la causa penal 00-200528/485/PE, celebrada en el Juzgado Penal de Guápiles a las 10:03 minutos del 29 de julio del 2002 en que figuran como imputados Dennis Ramírez Parajeles y Héctor Espinoza Quirós el representante del Estado, actor civil en el proceso penal señalado manifestó que no aceptaba ninguna medida alternativa que no fuese el procedimiento abreviado. Estima la Sala que la situación descrita no lesiona ninguno de los derechos fundamentales que los recurrentes reclaman como violentados, pues la posibilidad de aceptar tales medidas, previstas en el Código Procesal Panal vigente, es una facultad de la víctima. En el presente caso, pese a que los delitos acusados admiten la posibilidad de aplicación de medidas alternativas para la solución del conflicto, la Procuraduría General de la República, representante del Estado, que figura como víctima en el proceso, no aceptó la reparación integral del daño propuesta por los imputados. Ello no viola derecho fundamental alguno porque la aplicación de estas medidas alternativas no es obligatoria, como ya se dijo sino que es una facultad de la víctima aceptarlas o no. En consecuencia los actos del Consejo de Gobierno y de la Procuraduría General de la República no lesionan derecho fundamental alguno de los amparados. **IV.-** En cuanto a la ilegalidad del Acto del Consejo de Gobierno, por la infracción al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y de jerarquía de las normas, la Sala aprecia que el Procurador General Adjunto, en memorial PGA-248-2002 de 22 de julio del 2002 dirigido al Presidente de la República, entre otras cosas, cuestionó la improcedencia de que mediante una acuerdo del Consejo, se dejara sin efecto el Decreto Ejecutivo 27.514-J de 30 de setiembre del 1998.

Asimismo, que el Poder Ejecutivo lo derogó por Decreto 30599-J de 23 de julio del 2002, publicado en la Gaceta N°147 de 1 de agosto del 2002. En consecuencia, la ilegalidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno cuestionado y de su aplicación mientras estuvo en vigencia el decreto 27.514-j es un extremo que debe ser dirimido en la vía contencioso administrativa y no en la de amparo, por lo que el recurso se declara sin lugar también en cuanto a tales extremos."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de** Justicia, voto Nº 03325 de las doce y cincuenta y ocho horas del veinticinco de abril de dos mil tres.

**DERECHO DE DEFENSA. Prueba. Acceso del imputado a entrevistas. Recepción de prueba para medida cautelar.**

"El recurrente en su condición de defensor particular de Omar Chaves Mora, acusa una serie de violaciones en el proceso seguido en contra de su defendido por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado. Específicamente, acusa que ha solicitado ante el Ministerio Público que el diligenciamiento de recepción de pruebas se hiciera con señalamiento de fecha y hora para su admisión, a efecto de poder estar presente en las mismas, siendo que dicha solicitud le fue denegada por el Ministerio Público, decisión que a su vez fue respaldada por el Juez de Garantías. Por otra parte, acusa que la Fiscalía se ha negado a recepcionar la prueba ofrecida para fundamentar una revisión de la medida cautelar impuesta. Finalmente, acusa que la Fiscalía de Heredia se ha negado a facilitar los convenidos celebrados en la causa penal para solicitar eventualmente la aplicación de criterios de oportunidad (...) **Sobre la solicitud para que la recepción de pruebas se hiciera con señalamiento de fecha y hora**. Tal y como se expuso anteriormente, el primer motivo en que se sustenta el presente recurso de hábeas corpus obedece a la negativa del Ministerio Público para que toda recepción de pruebas se hiciera con el señalamiento de hora y fecha para poder estar presente en el momento de su admisión. Al respecto, conviene indicar que de conformidad con las probanzas allegadas al estudio del expediente se acredita que el proceso penal se encuentra en la etapa preparatoria. El objeto de esta etapa procesal es determinar si existe base suficiente para ir a juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal. De conformidad con lo reglado por el artículo 276 del Código Procesal Penal, no tienen valor probatorio para fundar una eventual condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo aquellas probanzas que se recaben de conformidad con las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba. A partir de lo anterior, se acredita de los informes rendidos por las autoridades recurridas, que en el caso concreto tanto la representante del Ministerio Público como el Juzgado Penal de Heredia coinciden que se tratan de investigaciones preliminares propias de la actividad preparatoria que está llevando a cabo dicho órgano y por esa razón, dichas entrevistas no son actos definitivos e irreproductibles, con lo cual no se violenta el derecho de defensa del amparado, tutelado a través del artículo 12 del Código Procesal Penal, el cual permite la participación del imputado cuando se incorporen elementos de prueba al proceso. Dicha situación no se acredita en el caso concreto, dado que hasta el momento son declaraciones espontáneas que no se están incluyendo como parte de la acusación. De todas maneras, se vislumbra que la defensa de amparado tuvo plena oportunidad de plantear sus argumentos ante el juez de la etapa preparatoria, mismo que sustentó las razones por las cuales resulta improcedente que la defensa del imputado Chaves Mora esté presente en las diligencias en que se recaben declaraciones indagatorias por tratarse de actos personalísimos y tratándose de otro tipo de investigaciones es una facultad que el ordenamiento le da al Ministerio Público al concederle la posibilidad de velar porque la participación de las partes no influya en el normal desarrollo de las actividades. Aunado a lo expuesto, conviene resaltar que las autoridades recurridas coinciden en el hecho de que solo existen entrevistas por escrito de algunos testigos ofrecidos por la defensa y otros esenciales cuyas entrevistas constan en los informes policiales y que están agregados al legajo de investigación (informe a folio 34). Asimismo, se informa que el legajo de investigación ha estado a plena disposición de las partes, con lo cual pueden hacer un control de las actuaciones y alegar lo que corresponda en defensa de sus intereses. De manera que no se acredita que se le haya denegado de manera ilegítima el acceso a los antecedentes del caso y la prueba que sustenta su privación de libertad. **Sobre el rechazo al ofrecimiento de pruebas**. Como segundo planteamiento del recurso, alega el recurrente que resulta violatorio de su derecho de defensa el hecho de que el Ministerio Público haya rechazado la recepción de pruebas que ofreció para sustentar una eventual revisión de la medida cautelar impuesta a su defendido. Bajo esos argumentos conviene indicar que esta Sala ha sido constante en indicar que no le corresponde valorar la procedencia de las pruebas solicitadas, porque esa es una competencia exclusiva del Ministerio Público y en su defecto del juez penal, cuya resolución final escapa del control de constitucionalidad, pues conlleva un análisis de pertinencia y utilidad impropio de esta jurisdicción. En ese sentido, conviene reiterar que al tenor del numeral 292 del Código Procesal Penal, el ofrecimiento de pruebas y la propuesta de diligencias de investigación deben plantearlas las partes ante el Ministerio Público, dependencia que decidirá si considera pertinente y útil realizarlas. De no considerarlas así, justificará su negativa y si aún la parte no se encuentra satisfecha, puede acudir ante el Tribunal del procedimiento preparatorio, que deberá pronunciarse sobre la procedencia de la prueba sin más sustanciación. (Sentencia número 7322-2002 de las quince horas con trece minutos del veinticuatro de julio de dos mil dos). En el caso concreto, se tuvo a la vista la

resolución de las catorce horas con treinta minutos del veintinueve de enero de dos mil cuatro (folios 23 y siguientes), en la cual el Ministerio Público fundamentó las razones para desestimar la solicitud planteada por la defensa, porque se consideró que de las pruebas ofrecidas ya se habían evacuado las entrevistas de Luis Carranza Torres, Walter Campos Fernández y Juan Carlos Villalta Jiménez. En el caso de otro ofrecimiento se acreditó que las personas mencionadas no se encontraban privadas de libertad y por ende debía la defensa indicar el nombre y apellidos de las personas, su número de cédula y su domicilio actual. De igual manera se sustentó la improcedencia de otras declaraciones por no tener relación alguna con el caso y se consideró que sus manifestaciones no tenían relevancia para la investigación. Asimismo, se vislumbra que se le explicó que algunas de las pruebas solicitadas ya habían sido requeridas por esa representación fiscal. De esta manera, considera la Sala que la actuación de la representación recurrida no resulta arbitraria ni ilegítima de forma que se conculquen los derechos del amparado, en tanto se acredita que el Ministerio Público ha sustentado las actuaciones. Por lo anterior, cualquier inconformidad por parte del recurrente deberá ser ventilada ante el tribunal del procedimiento preparatorio en los términos que dispone el artículo 292 del Código Procesal Penal.

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,** voto Nº 0761 de las ocho y treinta y dos horas del veinte de febrero de dos mil cuatro.

**DERECHO DE DEFENSA. Acceso a convenios celebrados por el Ministerio Público.**

**"Sobre el acceso a los convenios celebrados por el Ministerio Público para una eventual solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad**. Acusa el recurrente que la Fiscalía de Heredia se niega a facilitarle el acceso a los acuerdos celebrados por el Ministerio Público con los señores Luis Barrantes Godwin y John Gilberto Gutiérrez Ramírez en aras de una eventual solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad. Sobre este tema en particular, ya la Sala se ha pronunciado por semejantes reproches y en lo conducente se ha dispuesto: "...El accionante alega además que las autoridades recurridas le impiden tener acceso a la prueba recabada en contra de los amparados, a saber, el organigrama confeccionado por el Ministerio Público sobre las hipótesis de investigación y las declaraciones rendidas por otros coimputados en aplicación del criterio de oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal. Evidentemente, el principio de la inviolabilidad de la defensa constituye un elemento integrador de la garantía del debido proceso, del cual se deriva el derecho de participación del imputado. Consecuentemente, el sujeto hacia quien se dirige el ejercicio de la acción penal, tendrá la facultad de participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo en aquéllas en las que se producirán los elementos probatorios que servirán de base a la acusación y, ulteriormente a la sentencia que resolverá definitivamente la situación. No obstante, conviene precisar que el derecho de participación del imputado en los actos procesales no es de naturaleza absoluta e irrestricta, pues está limitado por el deber de lealtad de las partes, establecido para garantizar la igualdad entre los sujetos procesales. Ahora bien, el criterio de oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, tiene como finalidad la eficaz represión de la delincuencia de mayor reprochabilidad, dentro del contexto de la política criminal del Estado. **En consecuencia, la actuación del Ministerio Público, en el sentido de no permitir el acceso de la defensa al legajo que contiene las declaraciones de los imputados, recabadas en aplicación del artículo 22 inciso b), no atenta por sí misma contra el derecho de defensa, mientras la negativa se sustente en la necesidad de garantizar la igualdad de las partes y la efectividad de la colaboración brindada por el imputado que se acoge al criterio de oportunidad**. Por lo tanto, tratándose de las declaraciones rendidas en los términos del artículo citado, es admisible durante la etapa preparatoria del procedimiento imponer una limitación al derecho de participación de los otros imputados que no se acogieron al criterio de oportunidad en cuestión, siempre que tal limitación no constituya una restricción al derecho de defensa. De esta forma, mientras las declaraciones recibidas con fundamento en este criterio de oportunidad, no sean incorporadas al proceso de conformidad con las reglas establecidas a tal efecto en el Código Procesal Penal, carecerán de valor probatorio, y por lo tanto, podrán ser de conocimiento exclusivo del Ministerio Público." (Sentencia número 04142-1999 de las catorce horas cincuenta y un minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve. La negrita no pertenece al original). De conformidad con lo expuesto no se violenta el derecho de defensa con la denegatoria de acceso a las declaraciones de co-imputados beneficiados con el principio de oportunidad aun no incorporadas al proceso de acuerdo con las reglas que establece el Código Procesal Penal. En el caso concreto, se comprueba que el Ministerio Público rechazó la solicitud, basándose en el hecho de que el mismo es un acuerdo entre el individuo al que se pretende aplicar un criterio de oportunidad y la representación fiscal, siendo que el convenio no es de acceso irrestricto. Asimismo, se le indicó que dicha persona mantenía la condición de imputado y que aun no se había solicitado al Tribunal que resolviera sobre dicha solicitud. Considera esta Sala que la decisión impugnada no tiene como consecuencia lesionar el derecho de defensa del tutelado, en el tanto se informa bajo la gravedad del juramento que la declaración del imputado Gutiérrez Ramírez consta en los folios 2950 a 2972 del legajo de investigación, con lo cual la defensa ha tenido plena oportunidad de tener acceso a dicha información y por ende no se ha colocado en indefensión al tutelado. Del mismo modo, la representante del Ministerio

Público informa que no es cierto que con el señor Luis Barrantes Goodwin se haya efectuado convenio alguno, sino que respecto a esta persona existe un anticipo jurisdiccional de prueba que consta en el expediente y que es de total acceso para las partes. De conformidad con las consideraciones esbozadas, se arriba a la conclusión de que no se han quebrantado o amenazado los derechos invocados por el recurrente ya que no se acredita que se le haya denegado arbitrariamente el acceso a la sumaria y en consecuencia, lo procedente es desestimar el presente recurso de hábeas corpus como en efecto se dispone.

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,** voto Nº 0761 de las ocho y treinta y dos horas del veinte de febrero de dos mil cuatro.

**EJECUCIÓN. Condena en daños y perjuicios. Función jurisdiccional. Debido proceso e igualdad.**

"Los jueces consultantes estiman que la interpretación jurisprudencial que ha hecho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia acerca del alcance de los ordinales 464 del Código Procesal Penal, 9, 629 del Código Procesal Civil y 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vulnera el principio de igualdad, "(...) puesto que un mismo problema jurídico tendría dos procedimientos diferentes, según se tramite en la vía civil o en la penal (...) No existe ninguna razón técnico jurídico (sic) para la exclusión de los asuntos penales del conocimiento en vía civil de una sentencia condenatoria en abstracto conforme a los términos en que se reconoce tal posibilita (sic) en otras materias (...)". Estiman que el Juez Penal puede ejecutar una sentencia que condena a una indemnización de daños y perjuicios cuando se produce un cumplimiento voluntario o espontáneo del deudor o bien cuando el bien a restituir o el monto de la indemnización está en su poder en virtud de un secuestro, orden de presentación, un depósito por concepto de caución real o la constitución de cualquier otra garantía. En su criterio, incluso, cuando la sentencia penal contiene una condena específica y concreta a dar o entregar una suma de dinero, si se requiere la ejecución forzosa es menester acudir ante el juez civil o contencioso-administrativo, puesto que, en tal circunstancia no puede ejecutarse por simple orden del Tribunal penal que la dicto. A mayor razón estiman que el asunto debe ser residenciado en la jurisdicción civil o contencioso-administrativa si se trata de una condenatoria en abstracto, dado que, se deben liquidar las respectivas partidas (quantum). Por último, en criterio de los jueces consultantes, si el Tribunal Penal resuelve la ejecución se quebranta la doble instancia prevista para los procesos de ejecución de sentencia en materia civil o contencioso-administrativa, el que, a su entender, resulta indispensable en ese cauce, dado que, se dictan autos que aprueban liquidaciones, decretos de embargo, tercerías excluyentes de dominio, nulidades, etc..

IV.- PAUTA JURISPRUDENCIAL IMPUGNADA Y ACLARACIONES PREVIAS SOBRE EL OBJETO DE LA CONSULTA. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en funciones de Tribunal de Conflictos de competencia, ha estimado que cuando una sentencia del orden penal condena de modo concreto al pago, por concepto de indemnización, de sumas líquidas o específicas su ejecución le corresponde al Tribunal sentenciador del orden penal que la dictó y no a la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo cual debe girar las ordenes respectivas y desplegar las actuaciones coactivas utilizando el mecanismo expedito del ordinal 464 del Código Procesal Penal. Es menester aclarar que la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia no está referida a las sentencias penales que condenan en abstracto al pago de daños y perjuicios, de modo que cualquier discusión sobre el particular excede el ámbito de la consulta. Asimismo, conviene agregar que este Tribunal Constitucional no se referirá a los extremos de legalidad ordinaria conexos a la consulta, tales como el régimen legal de carácter formal o adjetivo que debe observar el Tribunal penal sentenciador para ejecutar la condenatoria en concreto y las opciones de lege data que tiene cuando el deudor no cumple espontáneamente o desatiende el requerimiento que le formula el Tribunal para el pago efectivo de la suma líquida. V.- ADECUACIÓN DE LA PAUTA JURISPRUDENCIAL AL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN, PARTICULARMENTE AL DERECHO A UNA JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA, A UN PROCESO EN UN PLAZO RAZONABLE Y AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL MATERIAL DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL. La pauta jurisprudencial reseñada en el considerando anterior, lejos de contrariar el parámetro de constitucionalidad, actúa y brinda eficacia directa a una serie de derechos fundamentales y principios que conforman el Derecho de la Constitución. En efecto, esa instancia judicial suprema ha estimado que, en tales circunstancias, se brinda una eficacia directa e inmediata al derecho fundamental de los justiciables a una justicia pronta (artículo 41 de la Constitución Política), puesto que el ejecutante victorioso del proceso penal puede liquidar y ejecutar las partidas en un plazo razonable (artículo 8°, párrafo 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin exponerse a dilaciones indebidas o injustificadas por acudir, sin razón ninguna, a otro orden jurisdiccional que desconoce los antecedentes fácticos y jurídicos de la condena y que debe empezar por imponerse del contenido de la sentencia estimatoria. Es menester agregar que el derecho fundamental a una justicia pronta supone que la misma sea impartida y ejercida de forma célere, precisamente, de ahí nacen los principios ancilares del Derecho procesal común de la celeridad y economía procesales. El compeler al ejecutante victorioso a tener que acudir a otro orden jurisdiccional puede exponerlo a una justicia tardía la cual es una forma de denegación que proscribe el texto fundamental y, naturalmente, se le obliga a incurrir en costos adicionales –contratación de un abogado

y traslado a la Capital, tratándose de la jurisdicción contencioso-administrativa que tiene un asiento territorial fuertemente centralizado-. De otra parte, el derecho fundamental a una justicia efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), incluye el que los fallos sean cabal y plenamente ejecutados. Obviamente, el Tribunal o juzgado que condena de forma concreta al pago de una suma líquida está en mejores y mayores condiciones de lograr su fiel cumplimiento, que otro que desconoce la causa y el título por el cual se impone esa obligación de dar. El obligar al justiciable a tener que acudir a otro orden jurisdiccional para el cumplimiento del fallo puede retardar indebida e injustificadamente su cumplimiento efectivo, en detrimento de sus derechos fundamentales resarcitorio y a la intangibilidad relativa del patrimonio (artículos 41 y 45 de la Constitución Política). De otra parte, a tenor del ordinal 153 de la Constitución Política le corresponde a los jueces y tribunales resolver definitivamente una causa y ejecutar las resoluciones que haya pronunciado, de modo que la ejecución de una condena concreta al pago de una suma líquida en un proceso penal por el propio tribunal que dictó la sentencia no desdice el principio del juez natural y la perpetuidad de la competencia. A la luz del precepto constitucional, el núcleo duro de la función jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado, de modo que si un juez o tribunal está en condiciones para lo último debe hacerlo por imperativo constitucional. A nivel infraconstitucional, lo anterior ha sido desarrollado de modo congruente con el texto constitucional, así los artículos 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 464 del Código Procesal Penal, disponen, respectivamente y en lo atinente, lo siguiente:"(...) Tratándose de tribunales penales, la sentencia se ejecutará por el mismo tribunal, siempre que la misma condene a suma líquida" y "La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños y perjuicios, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el juez civil o contencioso administrativo, según corresponda". VI.- PRESUNTA INFRACCIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y LA IGUALDAD. En lo tocante a la supuesta infracción del debido proceso y de la doble instancia por la línea jurisprudencial impugnada, debe resaltarse que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hace referencia a las sentencias condenatorias firmes que obligan al pago concreto de una suma líquida, de modo que, en el proceso penal ya se ha discutido ampliamente tanto el an como el quantum del daño, tanto que, el Tribunal sentenciador fija una suma de numerario determinada, de modo que para conminar al deudor al pago de la cantidad preestablecida y, eventualmente liquidar intereses sobre el principal, no se requiere de una discusión plenaria como tampoco de discutir el asunto ante un Tribunal superior para que reexamine si el deudor, declarado como tal por sentencia firme y con autoridad de cosa juzgada, debe ser conminado a pagar o no. En todo caso, la doble instancia o el derecho de recurrir ante un Tribunal, a la luz del artículo 8.2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está concebido para el imputado en un proceso penal respecto del fallo condenatorio y la pena impuesta, o, a lo sumo para aquellas resoluciones que causan un perjuicio irreparable o de difícil o imposible reparación, de modo que el derecho a recurrir no se encuentra establecido para todos los casos y materias. En los casos que originan la línea jurisprudencial consultada es la propia sentencia penal condenatoria la que causa el perjuicio irreparable, siendo que el ordenamiento jurídico procesal penal pauta y regula las instancias recursivas. El requerimiento o conminación al pago es, sencillamente, la ejecución de una obligación constituida por la sentencia penal y, per se, no supone un gravamen irreparable, dado que, procura ejecutar una sentencia firme respecto de la cual es de esperar que el obligado haya interpuesto y ejercido las gestiones recursivas pertinentes. Resulta claro que la pauta jurisprudencial impugnada tampoco quebranta el principio de igualdad (artículo 33) de la Constitución Política, puesto que, a todos aquellos ejecutantes que se encuentren en una situación idéntica, esto es, que han logrado una condena al pago de una cantidad líquida en sede penal, están sometidos al mismo proceso de ejecución ante el Tribunal sentenciador, sin que se haga discriminación alguna o diferencias que no obedezcan a motivos objetivos y razonables. De otra parte, los casos en que existe una condenatoria en concreto, por razones obvias y de lógica jurídica, no pueden ser asimilados a aquellos en que la condena dictada es en abstracto. VII.- COROLARIO.- En mérito de lo expuesto, se impone evacuar la consulta judicial en el sentido que no es inconstitucional la línea jurisprudencial sentada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al interpretar y aplicar los artículos 464 del Código Procesal Penal, 9, 629 del Código Procesal Civil y 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 12628 de las quince horas del diez de noviembre del dos mil cuatro.

**EXTRADICIÓN. Detención legal por orden jurisdiccional. Naturaleza del plazo de dos meses establecido por Ley de Extradición.**

"En sentencia número 1759-95 de las nueve horas y treinta y nueve minutos del treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco, ésta Sala dispuso: "En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que el término de dos meses que como plazo de detención establece el artículo 9 inciso b) de la Ley de Extradición vigente es un término ordenatorio y no perentorio, de modo que aún cuando dicha detención se prolongue más allá de aquel plazo -por no haberse concluido aún el proceso de extradición-, ello, por sí solo, no constituye una privación ilegítima de libertad, máxime si esa dilación se ha dado, precisamente, en resguardo del derecho de defensa, en virtud de las gestiones de diversa índole que realice el de-

fensor del extraditable y que hagan necesario, por ejemplo, el traslado del expediente a otro despacho, con el consecuente retardo en la conclusión del proceso ante la imposibilidad del juzgador de seguir tramitando, al menos momentáneamente, la causa. Asimismo, la complejidad del asunto podría, eventualmente, justificar la prolongación de la detención del extraditable más allá de los dos meses, término que no resultaría ilegítimo ni arbitrario en tanto no se prolongue más allá de un plazo razonable" (ver en idéntico sentido sentencias número 4653-96 de las nueve horas y cuarenta y ocho minutos del seis de septiembre de mil novecientos noventa y seis y número 5319-96 de las nueve horas y quince minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis). III.- En el caso concreto alega la defensa que Román Jirsa se encuentra detenido ilegítimamente, ya que, no existe resolución que fundamente su detención. Del informe rendido por el representante de la autoridad recurrida -que se tiene por dado bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción- y la prueba aportada para la resolución del asunto ha sido debidamente acreditado que el cuatro de mayo del dos mil cinco la República Checa solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, se iniciaran las diligencias de Extradición de Román Jirsa. Mediante resolución de las dieciséis del nueve de marzo del dos mil cinco el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José da curso a las diligencias de extradición Román Jirsa, bajo el expediente 05-000027-016-PE, y se ordena la detención por el término de dos meses a partir del momento de la detención. Que el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José a las catorce horas cincuenta minutos del quince de marzo del dos mil cinco procedió a identificar a Román Jirsa. Mediante resolución de las trece horas del veintinueve de marzo del dos mil cinco el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José se declara incompetente y lo remite al Tribunal de Juicio de Heredia. Por resolución dictada a las trece horas treinta minutos del trece de mayo del dos mil cinco, el Tribunal de Juicio de Heredia prorroga la detención de Román Jirsa, por el plazo de dos meses que se vencen el quince de julio del dos mil cinco. Mediante sentencia del Tribunal de Juicio de Heredia, dictada a las diez horas treinta minutos del tres de junio del dos mil cinco acoge la solicitud de extradición solicitada por la República Checa contra Román Jirsa, y previene al Estado Requirente que si no dispone del extraditado dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de esta resolución, el mismo será puesto en libertad. Además establece que por tener el requerido causas pendientes en éste país se difiere la entrega del extraditado, hasta que los procesos finalicen y en su caso, hasta que descuente la pena o penas que eventualmente se le impongan. En fecha nueve de junio del dos mil cinco los defensores de Román Jirsa presentaron recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio de Heredia, dictada a las diez horas treinta minutos del tres de junio del dos mil cinco. Por auto de las catorce horas del diecisiete de junio del dos mil cinco el Tribunal de Casación Penal concede audiencia a las partes. Según sentencia de las nueve horas cincuenta minutos del once de julio del dos mil cinco el Tribunal de Casación Penal declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto. Mediante sentencia de las quince horas y quince minutos del veintiséis de julio del dos mil cinco el Tribunal de Casación Penal declara sin lugar el recurso de revocatoria presentado contra la resolución de las nueve horas cincuenta minutos del once de julio del dos mil cinco. Al respecto la Sala observa que Román Jirsa se encuentra detenido legítimamente según lo establecido en los artículos 9 y 11 de la Ley No. 4795 de 16 de julio de 1971, Ley de Extradición, dado que la República Checa se entra dentro del plazo dispuesto - dos meses - para disponer del extraditado. Por lo anterior, la Sala descarta que Román Jirsa se encuentre detenido ilegítimamente. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 10329 de las catorce horas treinta y nueve minutos del nueve de agosto de dos mil cinco.

**EXTRADICIÓN. Prórroga de la detención. Naturaleza del plazo.**

"El recurrente cuestiona el que se haya dispuesto la prórroga de la detención provisional del amparado, en diligencias de extradición que se tramitan en su contra, ya que alega que el artículo 9 de la Ley de Extradición no autoriza la prórroga de tal medida cautelar.- El reproche del recurrente no es atendible. En cuanto a este tema, esta Sala ha resuelto: "**III.- Sobre el fondo.** Del informe rendido bajo la fe del juramento y del estudio del expediente aportado a los autos, se desprende que en contra del amparado se tramitan Diligencias de Extradición promovidas por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Al respecto esta Sala, entre otras en la sentencia número 2000-02781 de las quince horas con treinta minutos del veintiocho de marzo del dos mil, que el medio de hacer posible la presencia del imputado en un proceso penal en otro país que lo requiere; su fundamento pues, está en la solidaridad de los Estados y la necesidad de superar las limitaciones que impone a la persecución y castigo de los delitos el principio de territorialidad, que impide aplicar la ley penal a hechos ocurridos fuera del país en que ha buscado refugio el presunto delincuente. Este acto de cooperación internacional entre Estados, debido a los problemas de territorialidad, distancia, diferencia de culturas y sistemas jurídicos, está dotado de una serie de trámites y regulaciones que buscan superar los obstáculos que se puedan presentar debido a estas diferencias, a la vez que se busca conciliar y hacer respetar los ordenamientos jurídicos de ambos países, incluyendo las normas de protección a los derechos del presunto delincuente. Precisamente estas diferencias anotadas, hacen que la detención y envío de la persona acusada a los tribunales

de justicia, esté regulada en forma distinta a la detención de un presunto delincuente en el propio país. En efecto, la falta de obstáculos territoriales, de distancias y la uniformidad en el ordenamiento jurídico, nos permiten determinar con rapidez (24 horas) si la detención de una persona cumple o no con los requisitos que establece la Constitución Política. Por el contrario, si la persona es requerida por otro Estado, la información que se obtiene prima facie para detener al presunto delincuente, no resulta tan clara al inicio, como lo es la que obtenemos en el propio territorio. Por ello, tanto nuestra Ley de Extradición (art. 7), como el artículo 11 del Tratado entre los Estados Unidos de Norte América y Costa Rica que se impugna, permiten que se efectúe la detención provisional del presunto delincuente de una forma menos formal que la que se exige en nuestro propio país, mientras se remiten los documentos de formalización, pero expresando el país requirente que tiene los elementos de convicción necesarios para estimar como cometido un hecho delictivo que les es atribuible al extraditable. Siguiendo el orden de ideas expuestas en el considerando anterior, lo procedente es desestimar este recurso por las siguientes razones. Esta Sala tiene por acreditado que la detención del amparado se hizo por existir en su contra una solicitud de extradición gestionada por el gobierno de los Estados Unidos, además a fin de esperar la documentación requerida para tramitar las mismas, el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, mediante resolución de las once horas quince minutos del diecinueve de mayo del dos mil cuatro, ordenó la detención provisional del extraditable y luego la prorrogó por un mes. Al respecto, y como se señaló supra, debe tenerse en cuenta que esta Sala ha manifestado que para la detención con fines de extradición no se aplican las reglas en cuanto a plazos que establece el código procesal penal. La naturaleza del enjuiciamianto criminal ordinario frente a un procedimiento de colaboración internacional en la acción de la justicia como la extradición, exigen un marco normativo e ideológico diferente en cuanto a las reglas que rigen la prisión preventiva. Respecto a la extradición no se requiere fijar un límite temporal sobre la duración de la detención provisional, pues la primera decisión judicial en la que se decreta la detención provisional mientras se cumplen todos los requisitos formales para la entrega del extraditable, determina, en principio, la legitimidad de la detención, salvo que conforme a las circunstancias del caso concreto, la medida cautelar privativa de la libertad resulte desproporcionada o injustificada, en virtud de nuevos datos que dejen sin sustento la decisión judicial inicial que impuso la detención provisional. Esa decisión inicial de la autoridad judicial en el proceso de extradición, tiene especial trascendencia, pues tratándose de este tipo de procedimientos, no existe una indagación probatoria que pueda dejar sin sustento el encarcelamiento preventivo, tal como ocurre en el proceso penal ordinario. Los objetivos políticos criminales de la prisión preventiva en el proceso penal y en la extradición, son cualitativamente diferentes. Imponer un límite temporal perentorio a la detención provisional en el proceso de extradición, no fortalece la vigencia de las garantías fundamentales del extraditable, por esta razón considera esta Cámara que no se justifica la aplicación de las reglas del código procesal penal sobre la prisión preventiva al procedimiento de extradición. En el caso concreto, el hecho que la prórroga de la detención provisional, no se hubiera hecho el propio 21 de julio del año dos mil cuatro, fecha en la cual vencía la primera orden de detención provisional, sino hasta el 23 de julio del año dos mil cuatro, no se considera lesivo de normas o principios constitucionales en perjuicio del amparado puesto que ya existía una solicitud formal de colaboración para el arresto con fines de extradición, así como una resolución expresa del Tribunal Penal de Juicio que daba curso a las diligencias de extradición además de que se encuentra dentro del tiempo razonable al que ha hecho referencia este Tribunal en reiteradas ocasiones." (Esto en sentencia número 2004-8486 de las ocho horas treinta y cinco minutos del seis de agosto del dos mil cuatro) Dicho precedente es aplicable al caso en estudio, pues este Tribunal no encuentra razones para variar el criterio vertido en tal sentencia, ni motivos que lo hagan valorar de manera distinta en la situación planteada. Así las cosas, y en consonancia con lo que ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en materia de extradición no procede imponer un límite temporal perentorio a la detención provisional del extraditable, y su detención puede prologarse el plazo razonablemente necesario, mientras se cumplen los requisitos y trámites requeridos para resolver sobre la procedencia de la extradición y la entrega del extraditable. A lo que se agrega que no estima esta Sala que en el caso en estudio haya transcurrido un plazo irrazonable, excesivo o desproporcionado. En razón de lo anterior procede rechazar por el fondo el recurso, como al efecto se declara."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 0802 de las diecisiete horas cincuenta y ocho minutos del cinco de julio de dos mil cinco.

**EXTRADICIÓN. Solicitud de naturalización en trámite.**

"La disconformidad de la recurrente radica básicamente en dos aspectos: alega que al amparado se le otorgó la nacionalidad costarricense por naturalización y que a pesar de ello se le está extraditando; asimismo, impugna que en su caso se esté aplicando la Ley de Extradiciones y no el Convenio de Extradición entre la República de Costa Rica e Italia, en relación con el momento en que deben ser presentados por el Estado requirente, los documentos que respaldan la solicitud de extradición. En relación con este último aspecto, observa la Sala que el Convenio invocado por la recurrente, suscrito por los dos Estados Partes el seis de mayo de mil ochocientos setenta y tres, aprobado por el Congreso Constitucional de Costa Rica el catorce de setiembre de mil ochocientos setenta y cuatro, en su artículo 9° dispone

que el Estado requirente deberá entregar al requerido todos los documentos que respalden su solicitud, sin mencionar para ello un plazo. Incluso el artículo 10° permite que se ordene el arresto del extraditable como consecuencia de una gestión célere e informal del peticionario, el cual queda obligado a presentar la documentación correspondiente "en el más breve término posible". La Ley de Extradición, número 4795 de veintitrés de julio de mil novecientos setenta y uno, por su parte, impone a las autoridades costarricenses, autorizar la extradición solamente en caso que los Estados requirentes aporten toda la documentación relativa a su caso, incluidas las garantías de que no se juzgará al extraditable por hechos distintos de los que justifican su solicitud, que no se le impondrán penas crueles ni degradantes ni se le juzgará por hechos no tipificados penalmente en Costa Rica (artículo 3). El numeral 7, por su parte, permite conferir al Estado requirente el plazo de diez días a partir de la detención del extraditable, para que supla la documentación que respalde su petición. Así las cosas, estamos ante un caso donde la Ley ordinaria explicita las más genéricas disposiciones contenidas en un tratado internacional, sin oponerse a las mismas, de modo que la aplicación de aquella no resulta contraria al principio establecido en el artículo 7° de la Constitución Política. Como el Estado de Italia cumplió dentro del plazo conferido con el requerimiento hecho por el Tribunal que conoce del proceso, es evidente que con ello no fueron lesionados los derechos del amparado. En lo que atañe a la afirmación hecha por la accionante en el sentido de que se pretende aprobar la extradición de un costarricense, debe comenzar esta Sala por aclarar que varias razones le llevarían a considerar ilegítima la extradición de un ciudadano costarricense; primero, la expresa prohibición que al efecto hace el artículo 32 de la Constitución Política; segundo, porque la misma Ley de Extradición en su artículo 4 inciso a) así lo impide expresamente. El Estado costarricense niega expresamente la posibilidad de que uno de sus nacionales sea compelido a abandonar el territorio nacional, aun cuando esté de por medio la extradición solicitada por un Estado con el que se haya acordado un instrumento bilateral de cooperación en esa materia. No obstante lo anterior, en el presente caso la autoridad recurrida no ha dictado todavía una resolución que declare con lugar la solicitud de extradición, y al siete de julio pasado, el procedimiento de naturalización iniciado por el amparado se encontraba todavía en trámite, por lo que no se le ha otorgado la nacionalidad costarricense que solicitó. Conociendo de un caso similar al presente, en sentencia número 2002-08666, de las nueve horas con cuarenta y cuatro horas del seis de setiembre de dos mil dos, esta Sala resolvió: "IV.- No obstante lo anterior, en el presente caso es claro que la decisión del Tribunal Supremo de Elecciones, número 1623-N-2002 de las diez horas treinta minutos del tres de setiembre de dos mil dos, en la cual se ordena suspender el trámite de naturalización seguido por el amparado, con base en lo dispuesto en los artículos 15 y 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones, debido a que a su juicio habían ocurrido irregularidades en los datos suministrados por el requirente respecto de su situación jurídica en el país de origen. Estando suspendidos los efectos de la resolución que declaró la naturalización del señor Keith Eldon Anderson Gill, es claro que la decisión del Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José de seguir el trámite de extradición y mantener preventivamente en prisión al amparado mientras se resuelve lo que corresponda no resulta contrario a los derechos de aquel, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo que corresponde es declarar sin lugar el presente recurso de hábeas corpus en todos sus extremos, como en efecto se hace." En el caso objeto de la sentencia parcialmente transcrita, si bien había un acto final aprobando la naturalización del petente, la Sala Constitucional consideró suficiente la suspensión de la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones para desestimar el recurso. Con mucho más razón se puede sostener la misma posición en este caso, donde la solicitud del amparado se encuentra apenas en trámite ante el Registro Civil, por lo que tampoco se configura una lesión al derecho reconocido en el artículo 32 constitucional. A partir de los argumentos contenidos en los párrafos que anteceden, estima esta Sala que con sus actuaciones, la autoridad recurrida no ha lesionado ni amenazado violar los derechos fundamentales invocados por la recurrente, motivo por el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el presente recurso de hábeas corpus deberá ser desestimado en todos sus extremos, como en efecto se hace."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 07921 de las diez horas veinticuatro minutos del primero de agosto de dos mil tres.

**IMPUTABILIDAD. Debido proceso. Consulta judicial preceptiva.**

"En la parte admitida por parte de la Sala Consultante se plantea la cuestión de si a) integra el debido proceso el análisis expreso en la sentencia de la capacidad del imputado de conocer el carácter lícito o ilícito de sus actos, antes y después de la concurrencia de los hechos que se le atribuyen; y, b) si vulnera el debido proceso asumir que, en principio, todas las personas son imputables y eludir de ese modo el examen expreso de la imputabilidad en el caso concreto. Lo anterior, se dice, por cuanto en el caso concreto el tribunal omitió deliberada o involuntariamente todo análisis relacionado con la llamada imputabilidad y no valoró expresamente si el imputado conocía el caracter ilícito de sus actos (...) II.- En el caso en estudio, se discute un tema sobre el cual existe ya criterio establecido por esta Sala en relación el tema planteado con el recurrente a saber el modo específico en que el Tribunal debe cumplir con la obligación de determinar las cuestiones relacionadas con la imputabilidad. Esta Sala, respecto esta Sala ha

expresado que: "la debida fundamentación de la sentencia forma parte del cumplimiento de la garantía esencial del debido proceso, lo cual implica en ese caso concreto, la necesidad de que el Tribunal, explique y fundamente la forma en que arribó a la conclusión de que el encartado obró con dolo (conocimiento y voluntad) en los hechos acusados, aunque debe quedar asentado que ello no significa de ninguna manera que en cada caso haya de indicarse y justificarse directa y explícitamente la existencia de tal conocimiento y voluntad en el agente, puesto que resulta claro que a ella hace referencia el Tribunal de juicio, cuando se manifiesta en relación con la atribución de la acción a quien se condena, es decir, cuando afirma que un sujeto determinado realizó un acción específica en un lugar y momento establecidos" (sentencia número 05922-96 de las quince horas doce minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis) Y en la sentencia número 02995-2000 de las ocho horas treinta y uno minutos del catorce de abril del dos mil se dijo: "(...) En el caso concreto, era posible para el Tribunal recurrir a los principios de libertad probatoria y a las reglas de la sana crítica racional para establecer la necesidad del examen mental a efectos de determinar la capacidad mental del sometido a juicio para afrontar el proceso; por ello la omisión de realizar ese examen, no infringe el debido proceso, pero solo 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 realizar a la Sala consultante." De lo expuesto se concluye que existe suficientes pronunciamientos de la Sala que si bien dejan claramente establecida la necesidad de una fundamentación adecuada y suficiente en relación con las cuestiones de imputabilidad, lo cierto es que ha se estimado que ellas quedan cubiertos en la generalidad de los casos, con la convicción y subsecuente declaración del Tribunal con respecto a la atribución de responsabilidad al acusado, ello por supuesto con excepción de aquellos casos ya sea de oficio o a instancia de parte, el tema sea objeto de cuestionamiento concreto y específico, en el momento procesal correspondiente. Por lo anterior, lo procedente es, de conformidad con la sentencia primeramente transcrita, devolver el expediente a la autoridad consultante para que se continúe con el trámite establecido."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 11274 de las quince horas doce minutos del veinticuatro de agosto de dos mil cinco.

**MEDIDAS CAUTELARES. Alegatos sobre persecución penal y valoración de prueba deben dirimirse en sede penal.**

"En cuanto al objeto central del recurso, que radica en la consideración de que se persigue al amparado por un delito experimental, en reiteradas resoluciones esta Sala ha considerado que tal clase de alegatos de fondo deben dirimirse en la propia sede penal y, concuerda, además, con el criterio sostenido por el Juzgado y el Tribunal de Juicio, en el sentido de que dicho extremo deberá resolverse en la etapa de juicio; lo anterior, porque esta Sala no constituye una instancia más dentro del proceso penal, sino que, mediante el hábeas corpus, la Sala analiza la legitimidad de las restricciones a la libertad, según se ajusten o no lo hagan a las exigencias constitucionales. Así, por ejemplo, en la sentencia número 0769-97 de diez horas treinta y tres minutos del seis de febrero de mil novecientos noventa y siete, se consideró que: "esta Sala no es una instancia más dentro del proceso penal ordinario, ante la cual pueda cuestionarse la regularidad de un proceso o la legalidad de las pruebas en él existentes, menos aún la valoración que de ellas hagan los juzgadores o las conclusiones que obtengan a partir del material probatorio, salvo la existencia de una violación a los derechos fundamentales del imputado en la recolección o producción de las pruebas que ponga en peligro su libertad, o que exista un grueso error en la valoración de ellas, que incida sobre la privación de libertad que sufre el acusado o que esté amenazado de sufrir, lo que no sucede en este caso. El ordenamiento procesal penal contempla las vías suficientes para canalizar las objeciones que, relacionadas con la regularidad del proceso, existan, y que finalmente pueden ser discutidas al inicio, durante y al final del juicio, quedando abierta la posibilidad de recurrir del fallo en Casación. Cuando el artículo 16 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala que la Sala valorará y analizará otras violaciones a derechos fundamentales ligadas con la libertad, permite la incursión dentro de la materia propia del proceso, cuando se constaten amenazas o lesiones a otros derechos fundamentales distintos a la libertad personal, pero en estricta relación e incidencia sobre ésta, su restricción efectiva, o la amenaza a su restricción. Esto es, no pueden analizarse en forma independiente de una concreta amenaza a la libertad o de una restricción actual de la misma, pues esas otras lesiones deben necesariamente haber tenido incidencia en la amenaza o restricción de la libertad, porque si este requisito no se da, se estaría permitiendo la injerencia en el ámbito propio de competencia de la jurisdicción penal, que constitucionalmente está reservada a los jueces correspondientes. Tampoco puede interpretarse que la existencia de un proceso penal contra una persona, o la inminencia del juicio oral y público constituyan una amenaza a la libertad, pues en principio, es potestad del Estado el ejercicio de la jurisdicción penal -ejercicio que debe darse dentro del necesario respeto de los derechos fundamentales-, pero que por sí mismo no es amenaza alguna, y además, el juicio, lejos de una amenaza, representa una garantía para el acusado, por la vigencia del contradictorio, la oralidad, la inmediación en la recepción de la prueba, que constituyen terreno fértil para el pleno ejercicio del derecho de defensa. En esta tesitura, los reparos que hace la recurrente respecto de la ausencia de pruebas en contra de su representado, de la inconsistencia de los elementos probatorios

existentes, así como las deficiencias procesales que apunta, son extremos que deben ser alegados y ventilados dentro del proceso penal correspondiente y no en esta sede, que no es la competente para ello, pues se refieren directamente al fondo de la causa".- En cuanto al hecho de que a otros imputados en la misma causa les haya sido sustituida la prisión preventiva por otras medidas cautelares alternativas, se ha de tener presente que la situación procesal de cada imputado es personalísima, el análisis de su posible vinculación al delito investigado y la existencia de peligros procesales atiende a cada uno de los imputados e imputadas, en particular, por lo que no puede extenderse pura y simplemente a otros coimputados lo que beneficie a uno o una, en particular, ni lo que los perjudique; de manera que no puede constituir un trato desigual, en cuanto a la aplicación de medidas cautelares, el hecho de que unos imputados gocen de medidas menos restrictivas, cuando, como lo afirman bajo juramento los recurridos, la responsabilidad y participación, así como los presupuestos de procedibilidad para la prisión preventiva son diferentes respecto a unos y otros (f. 31)."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 04321 de las dieciocho horas cincuenta y tres minutos del veinte de abril de dos mil cinco.

**MEDIDAS CAUTELARES. Solicitud de cambio de medida. Principio de justicia pronta y cumplida.**

"...la promovente reclama la violación al principio de justicia pronta y cumplida, en virtud de que desde el 5 de Julio de 2005, presentó solicitud de cambio de medida cautelar a favor de su representado ante el Juzgado Penal de Pavas; sin embargo, a la fecha en que interpuso el presente recurso -14 de Julio de 2005- no se había resuelto dicha gestión. Al respecto, se aprecia que en realidad la gestión referida fue presentada ante el Juzgado Penal de Pavas el 11 de Julio de 2005; sin embargo, el Juez recurrido reconoció en su informe de ley -rendido el 26 de Julio de 2005- que dicha gestión aún se encontraba pendiente de resolver, debido a un retraso en la tramitación de la causa. Lo anterior evidentemente resulta a todas luces inaceptable desde la perspectiva del Derecho Constitucional, toda vez que la omisión descrita produce una lesión al principio de justicia pronta y cumplida contenido en el numeral 41 de la Carta Magna. En efecto, al estar en juego el derecho a la libertad personal, el criterio de razonabilidad de los plazos en resolver este tipo de gestiones necesariamente debe restringirse, pues lo que se pretende es una valoración lo más célere posible del juzgador acerca de la solicitud propuesta, lo que parece haber ignorado el Juez Penal de Pavas aquí recurrido. En consecuencia, al haberse constatado la alegada lesión al principio de justicia pronta y cumplida en perjuicio del amparado, lo procedente es declarar con lugar el recurso, como en efecto se dispone.

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 10075 de las doce horas cincuenta y cinco minutos del veintinueve de julio de dos mil cinco.

**MEDIDAS CAUTELARES. Arresto domiciliario.**

"En este caso el arresto domiciliario se dispuso atendiendo a la existencia de elementos probatorios que permiten concluir razonablemente que el imputado es con probabilidad autor del hecho punible y la concurrencia de los peligros procesales, tomando en consideración que el encartado había sido intervenido quirúrgicamente de un divertículo perforado en el intestino grupo y requería condiciones adecuadas de esterilización para garantizar su salud. Pondera este órgano que, encontrándose (...) sometido a un proceso penal por un delito castigado con una pena privativa de libertad, se pretenda minimizar el peligro de fuga y garantizar que se someta al proceso, fundamentos que resultan legítimos y que se encuentran dentro de los supuestos que permiten una limitación de la libertad personal como la que se le impuso al tutelado. Debe garantizar el Despacho recurrido la observancia de esos fines, asegurándose que la medida cautelar se cumpla como la ordenó el Juez Sánchez Fallas en la resolución de las 16:50 hrs. del 18 de julio de 2003, que es la mera constatación de la presencia del tutelado en su domicilio y no la de firmar, pues esa no fue medida que impuso el juzgador para garantizar el cumplimiento de la medida cautelar alterna que ordenó en perjuicio de Agüero Aguilar. IV.- SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD. Esta Sala en reiteradas ocasiones ha señalado que no se puede equiparar la situación de un imputado a la de otro, aún en una misma causa, cuando la responsabilidad es enteramente personal y son los vínculos con el proceso y los aspectos personales del imputado los que deben incidir en la concesión o no de una medida cautelar determinada durante el proceso. En ese particular, el análisis del Juzgador debe versar sobre las circunstancias concretas de cada caso y cada imputado, por lo que no se puede alegar infracción alguna al principio de igualdad. V.- Como corolario de lo expuesto, se impone declarar sin lugar el recurso."

Sala Constitucional de la Corte Suprmea de Justicia voto Nº 04993 de las catorce horas con treinta y un minutos del doce de mayo del dos mil cuatro.

**MEDIDAS CAUTELARES. Prisión. Ampliación del plazo oficiosamente.**

"III.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 de la Constitución Política y 8.2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y para garantizar el respeto a la libertad individual y el principio de inocencia que rige en materia penal, la

privación de libertad de un individuo, como medida cautelar, deberá ser acordada excepcionalmente, cuando exista indicio comprobado de que el sujeto ha cometido un delito, en estricta sujeción a la ley, mediante resolución judicial fundada, y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. En el caso concreto, el accionante impugna la resolución dictada por el Tribunal Penal de Desamparados de las ocho horas catorce febrero del dos mil cinco -que ordena la prórroga de la medida cautelar de prisión preventiva impuesta al amparado- por considerar que carece de la debida fundamentación y en virtud de que fue dictada de oficio a pesar de que la autoridad jurisdiccional no está facultada por la ley a tal efecto, sobre el primer aspecto ya se señaló el por qué se estima que la resolución se encuentra debidamente fundamentada; se observa que contrario al dicho del actor, el juzgador expresamente manifiesta que existen elementos probatorios que permiten presumir razonablemente la participación del amparado en los delitos de robo agravado que se le imputan, además se señala que existen elementos que hacen presumir la concurrencia del riesgo de reiteración delictiva y de fuga, pues al momento de ser descubiertos por la policía, los endilgados, entre ellos el amparado, a bordo de un carro procuraron evadirse del lugar y en última instancia deshacerse de lo aparentemente sustraído, lo cual aunado a su vinculación con tres delitos contra la propiedad en un lapso tan breve del mismo día, definitivamente generan la convicción de que en libertad continuarán con ese proceder. También razona el juzgador que el arraigo territorial y familiar no exime la imposición de la prisión preventiva y de su prórroga, pues existen en la especie otros requerimientos legales, como los comentados, para sustentar la prisión preventiva. En cuanto al último aspecto, es criterio de esta Sala que en razón de la etapa en que se encuentra el proceso (ya se dispuso su apertura a juicio y se señaló fecha para la celebración del debate -ver al respecto resoluciones de folios 280 y 302 del expediente principal-), el juzgador, aún sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia, puede disponer la prisión preventiva del encausado si se hallare en libertad y desde luego mantener esa medida precautoria si no estuviere en libertad, según se dispone expresamente en los artículos 254 y 329 del Código Procesal Penal. Lo anterior conlleva a que con el voto salvado de los Magistrados Calzada, Vargas y Cruz, se declare sin lugar el recurso."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 02992 de las catorce horas con treinta y ocho minutos del dieciséis de marzo del dos mil cinco.

**MULTA. Conversión a prisión.**

"La Sala en sentencia N° 1994-01054 de las 15:24 horas del 22 de febrero de 1994, analizó el contenido del anterior artículo 56 del Código Penal, relacionado al mismo tema aquí impugnado, sea la conversión de la pena de multa a prisión. En esa oportunidad la Sala indicó: "...La doctrina imperante considera que las contravenciones protegen bienes jurídicos de menor importancia y con este argumento justifican una menor rigurosidad en las formalidades contenidas en el procedimiento que las regula, no permitidas en el procedimiento penal que sanciona los delitos. A simple vista pareciera que tal como está regulado el procedimiento contravencional no presenta ningún problema serio desde el punto de vista social, ni de los derechos humanos. No obstante es muy cuestionable esta postura, si se toma en cuenta que la mayoría de la población contraventora pertenece a una clase social baja o de escasos recursos, o a aquella que tiene valores y costumbres distintos a los de la clase predominante. Desde este punto de vista un importante sector de la doctrina considera que el sistema contravencional sirve como instrumento de control social, criminalizante y opresor de la población más marginada. Si a esto aunamos el hecho de que la mayoría de los contraventores de esta clase, de no pagar la multa, deban cumplir el castigo con pena de prisión, el problema se torna aún más grave y peligroso dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. Vo-. Estudios en la materia revelan que casi la totalidad de los contraventores en prisión, se encuentran allí porque no pueden pagar la multa impuesta sin que el sistema les ofrezca una pena alternativa; se encuentran presos como sanción a su insolvencia personal. También se ha demostrado -como ya se indicó-, a través de múltiples estudios realizados por organismos internacionales y en investigaciones de campo, que la gran mayoría de los contraventores pertenecen a las clases sociales más marginadas de nuestra sociedad, en consecuencia, lo más probable es que terminen en prisión, castigados por conductas que muchas veces censuran "lo que son" y no necesariamente lo que han hecho. No importa el fin que la doctrina haya pretendido darle a la conversión de la multa en prisión en esta materia, la realidad indica que esta sanción se convierte en una clarísima prisión por deudas, que afecta principalmente a los más desprotegidos de nuestra sociedad. VIo. (...) VIIo (...) VIIIo-. La conversión de multa en prisión, también viola el principio de igualdad constitucional, al exponer al condenado por contravención a estar recluido en peores condiciones que al sentenciado o indiciado por delito (...) IXo. En vista de los vicios constitucionales que presenta la conversión de la multa en prisión, es que debe ser declarada inconstitucional..." II.- Reforma al artículo 56 del Código Penal. El artículo 56 del Código Penal, analizado en la sentencia arriba transcrita, fue modificado por el legislador quien incluso insertó un nuevo artículo 56 bis, mediante Ley N° 8250 de 2 de mayo de 2002, publicado en el Alcance a la Gaceta N° 37 de 10 de mayo de 2002. En su texto actual la norma indica: " Artículo 56.- Incumplimiento en el pago de la pena de multa. Si la persona condenada tiene capacidad de pago, pero no cancela la pena de multa o incumple el abono de las cuotas en los plazos fijados, la pena se convertirá en un

día de prisión por cada día multa, sin perjuicio de la facultad del juez de sentencia para hacerla efectiva de oficio, en los bienes de aquella o de su garante, por medio del embargo y remate. Cuando la persona condenada carezca de capacidad de pago, no pueda cubrir el importe de la pena de multa en cuotas ni pueda procurárselo, el juez dispondrá que cada día multa se convierta en un día de prestación de servicios de utilidad a favor del Estado o de instituciones de bien público. Cuando se impongan conjuntamente las penas de multa y prisión, a esta última se le adicionará la que corresponda a la multa convertida, en su caso..." Incluso fue incluido un nuevo artículo numerado 56 bis relacionado con el anterior, en el que se manifiesta: "... Artículo 56 bis.- Prestación de servicios de utilidad pública. La prestación de servicios de utilidad pública consiste en el servicio gratuito que se ha de prestar la persona condenada a favor de instituciones estatales o de bien público. El servicio se prestará en los lugares y horarios que determine el juez, quien procurará, al establecer el horario de servicio, no interrumpir la jornada laboral habitual de la persona condenada, si posee trabajo. El control de la ejecución corresponderá a la Dirección General de Adaptación Social, que coordinará con la entidad a cuyo favor se prestará el servicio. Si la persona condenada incumple injustificadamente las obligaciones propias de la prestación de servicios de utilidad pública, derivados de la sustitución de la pena de multa, esta se convertirá en un día de prisión por cada día de prestación de dichos servicios...". Si bien la Sala en su oportunidad declaró inconstitucional la anterior frase del artículo 56 del Código Penal que permitía la conversión de la pena de multa a la de prisión, sustentado en las razones expuestas en la transcripción de la sentencia que aparece en el considerando primero, debido a la reforma introducida a la norma que ahora nuevamente se impugna, hace que su contenido sea diferente, en el tanto, si bien en su párrafo primero inserta una frase similar a la declarada inconstitucional, lo cierto es que la situación varía con el párrafo segundo en donde se establece una posibilidad de conversión de multa a servicios de utilidad a favor del Estado, desarrollada con la inclusión del artículo 56 bis. En la sentencia transcrita, la Sala denotaba la falta de una posibilidad alternativa, situación que ahora con la disposición legislativa mencionada ha quedado solventada. En la actualidad, no existiría una conversión automática de la pena de multa a prisión, cuando el condenado al pago de aquella no la cancelara, ya que, en los casos en que carezca de capacidad de pago, no pueda cubrir el importe en cuotas, ni pueda procurárselo, ante pedido expreso del interesado, el Juez dispondrá que cada día multa se convierta en un día de prestación de servicios de utilidad a favor del Estado o de instituciones de bien público, con lo cual, se abre una gama de posibilidades para el cumplimiento de este tipo de condena pecuniaria penal, por lo que ahora no podría entenderse los mismos vicios de constitucionalidad encontrados anteriormente por la Sala. Eso sí, se debe advertir a los jueces que el pedido expreso de aplicación del párrafo segundo del artículo 56 del Código Penal que realice un interesado, no implica la apertura de un proceso probatorio formal o riguroso para determinar si el condenado está bajo los supuestos de la norma, pues a lo sumo de trata de la verificación de situaciones y la referencia del programa en el cual deberá cumplir la condena convertida, ello para evitar el atraso en la aplicación de esta nueva alternativa. Bajo las circunstancias mencionadas, procede rechazar por el fondo la acción intentada."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 00609 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de enero de dos mil cuatro.

**REBELDIA. Derivada de convocatoria a la audiencia preliminar.**

"Del elenco de hechos probados se desprende que dentro de la causa penal seguida contra el amparado, el Juzgado recurrido había fijado inicialmente como fecha para realizar la audiencia preliminar el dieciocho de marzo de dos mil cinco, sin embargo, en virtud de que no fue encontrado en la dirección que aportó, reprogramó la realización de dicha audiencia para el veinticuatro de agosto de dos mil cinco. No obstante lo anterior, cuando se intentó notificar al amparado en esta segunda oportunidad tampoco pudo ser ubicado, motivo por el cual el Juzgado recurrido decretó su rebeldía, lo cual estima esta Sala, lejos de ser arbitrario se ajusta a las potestades reconocidas al juzgador en el artículo 89 del Código Procesal Penal. Ahora bien, debe indicarse que independientemente que la diligencia que se estaba notificando era la de la audiencia preliminar donde el amparado no necesariamente debía presentarse, lo cierto es que tenía la obligación de estar ubicable para la autoridad judicial en la dirección aportada, y cualquier cambio o imprecisión debió reportarlo ante dicha autoridad. Ahora bien, si tal como se alega en el escrito de interposición, el amparado continúa viviendo en el mismo lugar, lo cierto es que su defensor -que tuvo conocimiento inmediato de la declaratoria de rebeldía- debió hacerlo comparecer en forma inmediata ante la autoridad judicial respectiva y justificar el porqué no pudo ser encontrado en la dirección aportada para que su rebeldía fuera revocada tal como lo dispone el artículo 90 párrafo final del Código Procesal Penal. Al respecto, la Sala en sentencia número 1911-96 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y seis dispuso: *"Si el recurrente estima que puede justificar en debida forma la ausencia del amparado, es ante el Tribunal que conoce del asunto y no en esta instancia que debe hacerlo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 del Código de Procedimientos Penales. Del propio libelo de interposición, así como de la documentación que le acompaña se desprende que el acusado no se presentó al debate señalado para el cuatro de marzo, y que además existe una constancia en donde el Delegado Distrital de Jacó asegura haberlo citado, de modo que el diferendo existente*

*no es en esta sede donde debe dilucidarse, pues por el momento, existen razones suficientes para presumir que el imputado no se sujetará al proceso, y por ello la rebeldía decretada era más que procedente, independientemente de que existan justificaciones para esas circunstancias, que no es en esta sede en donde debe analizarse. Al no existir arbitrariedad alguna en la actuación impugnada, según se ha expuesto, el recurso debe ser rechazado. II.- Uno de los fines que han de perseguir los tribunales en materia penal, aparte de la averiguación de la verdad de los hechos, es la de asegurar la aplicación de la ley penal mediante las medidas necesarias para mantener el acuerdo vinculado al proceso. Dentro de este último aspecto, se comprende que el acusado, una vez iniciada la investigación en su contra, ha de quedar sometido al poder del juez, y deberá estar a su disposición para cualquier acto procesal legítimo y necesario que tenga interés para la causa; deberá asimismo comunicar cualquier cambio de domicilio o salida del territorio nacional que pretenda hacer, a fin de que el juzgador decida sobre las medidas necesarias para asegurar que dichos movimientos no afectarán el resultado del proceso..."* El precedente anterior resulta de plena aplicación al caso concreto pues si bien la incomparecencia del imputado a la audiencia preliminar no produce su rebeldía, lo cierto es que tiene la obligación de estar a disposición del juez para cualquier acto procesal legítimo y necesario que tenga interés para la causa, y en el caso concreto a pesar de que se le trató de ubicar en dos oportunidades no fue hallado en la dirección aportada. Así las cosas, tal como lo señala el juzgador, la rebeldía del amparado no fue decretada por su ausencia en la audiencia preliminar, sino por no ser ubicado en la dirección aportada, siendo que si existe alguna justificación debe ser presentada ante el juez y no en esta sede. En cuanto a la declaratoria de inadmisible del recurso de apelación, debe indicarse que tampoco observa esta Sala violación alguna, toda vez que el Tribunal indicó expresamente al recurrente que existen otros mecanismos procesales para resolver la situación del recurrente, tales como su presentación ante el juez o el beneficio de excarcelación, no quedando contemplada en el artículo 437 del Código Procesal Penal la apelación para los casos de rebeldía. Por lo anterior y tomando en consideración que el amparado no fue colocado en indefensión pues existen otros mecanismos que podía utilizar en su defensa, no encuentra esta Sala que en el caso concreto se haya producido violación alguna a los derechos fundamentales del amparado, motivo por el cual el recurso debe desestimarse, como en efecto se hace."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,** voto Nº 15776 de las nueve horas diez minutos del dieciocho de noviembre de dos mil cinco.

**RECURSO DE APELACIÓN. Ejercido por el Ministerio Público contra resolución que rechaza prisión preventiva e impone otras medidas cautelares. Doble instancia.**

"**Objeto del hábeas.-** De previo a entrar al análisis de fondo de este asunto, es menester realizar algunas precisiones acerca del objeto del Recurso de Hábeas Corpus, que se estiman necesarias como marco de referencia indispensable para la resolución del conflicto aquí planteado. En este orden de ideas, contempla nuestra Constitución Política en su artículo 48 el recurso de hábeas corpus como un derecho para garantizar la libertad e integridad personales. No se trata entonces de que este Tribunal se convierta en una instancia más dentro del proceso penal, o de cualquier otro proceso que se tramite en los tribunales de justicia, pues no le compete la revisión de posibles inconformidades de las partes ni la valoración de prueba que tienda a resolver el fondo del asunto de que se trate. **Sobre la actuación del Ministerio Público.-** El recurrente acusa —en primer lugar- que mediante resolución del Juzgado Penal de Limón de las catorce horas del diecisiete de diciembre del dos mil tres dispuso una serie de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y ante ello el Ministerio Público interpuso recurso de apelación. Agrega que dicho recurso fue admitido y declarado con lugar, por parte el Tribunal de Juicio de la Zona Atlántica, pese a que la normativa procesal que rige la materia no prevé dicho recurso en el caso del Ministerio Público. Sin embargo este Tribunal no comparte el dicho del recurrente pues el numeral 256 del Código Procesal Penal que también cita el recurrente indica: "*...También serán apelables, sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar o rechacen una medida sustitutiva cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio...*"y en este caso, la resolución en cuestión ordenó otras medidas cautelares, por lo que a criterio de la Sala lo actuado por el Ministerio Público se ajusta a derecho (...) **Sobre la doble instancia.-** Si bien nuestra Constitución no consagra claramente ningún derecho a recurrir un fallo judicial en ninguna materia -en realidad el artículo 42 párrafo 10 lo único que establece es la prohibición de que un juez lo sea en diversas instancias para la resolución de un mismo punto, pero no la necesidad de la existencia de más de una instancia-, la Convención Americana sobre Derecho Humanos, que es, incluso a texto expreso, parámetro de constitucionalidad (arts. 48 constitucional, 10, 20 incisos a) y b) y 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), sí establece expresamente, en su artículo 8º, párrafo 20, inciso h), entre derechos del imputado el de derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. La Sala, por su parte, ha reiterado en distintos fallos que el derecho a la doble instancia que forma parte del debido proceso tutelado en el artículo 39 constitucional no implica que todas las resoluciones que se dicten dentro de un proceso puedan ser recurridas, al respecto se consideró: "Ya esta Sala ha

expresado en reiteradas resoluciones que el artículo 8.2 inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se limita a reconocer el derecho a recurrir ante un tribunal superior, específicamente a favor del imputado; contra el fallo, entendiéndose que se trata de un fallo condenatorio en una causa penal por delito, situación que en nada tiene que ver con la resolución que dicte en alzada un tribunal civil dentro de un juicio ordinario y por tanto no es de aplicación en este caso. (...) El accionante también alega como violado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto estableció la Sala que este artículo se refiere no a los recursos que se puedan ejecutar dentro de la sustanciación de un proceso sino al amparo (en forma genérica), por violación de derechos fundamentales de la personas, reconocidos en la Constitución, la Ley o la indicada Convención... (sentencia número 4088-93 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y tres.)" De lo expuesto es claro que el derecho a la doble instancia se da dentro de un proceso penal ante una sentencia condenatoria, en ese sentido es claro que no existe un derecho constitucional a apelar, lo que existe es un derecho a recurrir dentro, del proceso penal y en el caso bajo examen esa actividad recursiva se ve cumplida con la presentación de un recurso. Además es claro que por medio del recurso de hábeas corpus, este Tribunal ejerce un control constitucional sobre las resoluciones que se dicten dentro del proceso penal, tal y como sucede en el caso concreto. En consecuencia, el hecho de que el recurrente no presente recurso de apelación contra la resolución del tribunal accionado que dictó prisión preventiva contra los amparados, no conlleva una violación al principio de doble instancia, por cuanto existe la oportunidad de que dicha resolución sea impugnada mediante el recurso de revocatoria, lo que implica que el accionante tuvo amplia oportunidad de defender los derechos de sus representados. Resulta entonces que los argumentos dados por el accionante en cuanto a este extremo tampoco son de recibo. **Conclusión.** - Analizado el considerando anterior, la Sala estima que la prisión preventiva del amparado se ajusta a derecho, independientemente de las valoraciones que da el Tribunal, ésta se encuentra debidamente fundamentada y conociendo en apelación tenía la potestad de revocar la resolución del a quo. La discusión de los fundamentos dados por el Tribunal es un asunto que no corresponde ser revisado en esta jurisdicción, pues la Sala no constituye una instancia de revisión de las resoluciones jurisdiccionales, sino únicamente en lo que a atañe a la constatación de una grosera violación a derechos fundamentales, lo cual no se evidencia en el caso concreto respecto a este extremo."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, voto Nº 2302-2004 de las nueve horas tres minutos del cinco de marzo de dos mil cuatro.

**RECURSO DE APELACIÓN. Denegatoria a la celebración de la vista.**

**"IV.-** En cuanto al alegato del recurrente de que en el recurso de apelación solicitó evacuación de prueba testimonial ofrecida y señalamiento para vista a cargo de todas las partes y el tribunal de juicio recurrido confirmó la resolución recurrida sin ni siquiera pronunciarse respecto de aquellas solicitudes, violentándose así los derechos fundamentales del amparado, en especial, el principio constitucional del debido proceso y por ende su derecho de defensa, así como el principio constitucional de proporcionalidad, considera este Tribunal que tampoco lleva razón. Como bien señaló una de las autoridades informantes, ya esta Sala ha manifestado que la denegatoria a la realización de una vista solicitada no es siempre violatoria de derechos fundamentales, depende de las circunstancias que rodeen el caso. Por ejemplo, en la resolución número 2001-05742 de las 14:46 del 27 de junio del 2001, en el siguiente sentido: "**II.- Sobre el fondo.** Corresponde a la Sala determinar si la denegatoria de la vista solicitada por el recurrente es ilegítima desde el punto de vista constitucional a la defensa y libertad de la amparada. La autoridad recurrida informó a la Sala, bajo la fe del juramento de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre lo actuado en el caso, y que, lo expuesto por el recurrente era suficientemente amplia y detallada, como para considerar innecesario la audiencia de vista solicitada. Sobre el tema de que trata el presente recurso de habeas corpus, el accionante pide que se declare con lugar, toda vez que la autoridad recurrida le ha impedido ejercer la defensa técnica en la vista solicitada el 23 de abril del 2001, para sustentar la apelación que interpuso contra la resolución de las trece horas quince minutos del diecisiete de abril del 2001, del Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Considera el accionante que esa solicitud fue rechazada por el Tribunal ilegítimamente, a lo que no coincide esta Sala, toda vez que si bien por medio del habeas corpus es legítimo discutir los quebrantamientos a otros derechos fundamentales diferentes a la libertad personal, como el debido proceso y derecho de defensa, debe verse aquélla afectada directamente. En este sentido, y no obstante los alegatos del recurrente, si bien motiva brevemente los argumentos de su apelación, señaló los puntos de su interés al deducir el recurso de apelación, pero más aún, no indicó con qué propósitos debía celebrarse la audiencia, además de reproducir los argumentos ya expuestos por escrito. De esta forma, la Sala estima que no existe quebrantamiento al derecho fundamental a la libertad personal en este caso, pues si bien, se resolvió sin la audiencia oral, la Sala no estima que lo pedido tuviera relación directa con la situación jurídica de la amparada, todo lo cual quedará por determinar en la vía de la jurisdicción común si procede o no lo solicitado, mediante los distintos mecanismos que prevé la ley procesal penal. De este modo, la Sala considera que el

recurso debe declararse sin lugar." En el presente caso, según se indicó en la resolución impugnada se cuenta con suficientes suficientes motivos de convicción para sostener, la responsabilidad del amparado en de los hechos investigados y ellos encuentran fundamento en múltiples pruebas documentales, actas apertura de evidencias, de secuestros y operativos llevados a cabo en el curso de la investigación. Razones por las cuales la autoridad recurrida consideró que no existía razón para brindarle la audiencia solicitada. Ante dicho criterio, es de aplicación lo señalado por esta Sala en el precedente parcialmente transcrito anteriormente, en cuanto a que la denegatoria a la realización de la audiencia preliminar no siempre es violatoria de derechos fundamentales, ya que en casos como el de estudio, las autoridades respectivas pueden considerar que ésta no es necesaria. **V.-** De igual manera, lleva uno de los informantes en cuanto a que este Tribunal ha establecido que puede persistir el peligro de fuga como razón procesal para mantener la privación de libertad, a pesar de que se cuente con arraigo familiar, de allí que la prueba testimonial ofrecida tendente a demostrar que el amparado nunca se iba a fugar, no tendría incidencia alguna, amén que ésta se encuentra sujeta al principio de legalidad. Aunado a lo anterior, en el caso concreto, el peligro de fuga no era el único peligro procesal existente, también se contó con la existencia del peligro de obstaculización, ambas razones para fundamentar la medida cautelar de prisión preventiva. Por lo anterior, se llega a la conclusión de que el tribunal de juicio no violentó derecho fundamental alguno del amparado, lejos de eso, según se indicó, la resolución impugnada se encuentra debidamente fundamentada, de donde es menester desestimar el recurso, como en efecto se hace."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 4268 de las diez horas nueve minutos del trece de mayo de dos mil cinco.

**RESEÑA POLICIAL. Mantenimiento de inscripción en archivo policial pese a sentencia absolutoria dictada por tribunal.**

"IV.- CONFECCIÓN DE RESEÑAS POLICIALES QUE SE MANTIENEN EN UN ARCHIVO NO JUDICIAL. Alega el recurrente que el Archivo Policial del Ministerio de Seguridad Pública mantiene, desde 1997, una reseña del amparado con datos, huellas y fotografías en los "Libros de Reconocimientos", por haber sido detenido por el delito de tenencia de marihuana, pese a que, en el expediente No.97-260-17-PE, el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, dictó una sentencia absolutoria a su favor. Al respecto, la autoridad recurrida informó bajo juramento que en Archivo Policial del Ministerio de Seguridad Pública, el amparado registra anotaciones pasivas a partir de 1957 y una anotación activa en 1997, cuando fue puesto a la orden del Ministerio Público por infracción a la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado y Actividades Conexas. Asimismo, indicó que el Archivo Policial no ha sido notificado de la sentencia que -según manifiesta el recurrente- fue dictada dentro del expediente No.97-260-17-PE, por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José y que no existen "Libros de Reconocimiento" en el Ministerio de Seguridad Pública o en el Archivo Policial, por lo que la inscripción del amparado consta únicamente en forma documental. En relación con la confección de reseñas policiales en un archivo no judicial, en las que se asientan los datos de personas que han sido detenidas y puestas a la orden de la autoridad judicial, la Sala ha manifestado que la sola existencia de dichos archivos no transgrede el Derecho de la Constitución. Por el contrario, mantener fichas y documentos con los datos de las personas que han comparecido ante estrados judiciales, en calidad de presuntos responsables de hechos delictivos favorece el interés público imperante en las labores de investigación y persecución criminales (véase, por todas, la sentencia No.2805-98 de las 16:30 horas del 27 de abril de 1998). No obstante lo anterior, la Sala también ha señalado la existencia de límites a la potestad de mantener registrados los datos personales, las huellas dactilares y fotografías de las personas que en algún momento han comparecido ante una autoridad jurisdiccional en calidad de presuntos partícipe de hechos delictivos. Dentro de esos límites se incluye la necesidad de eliminar el registro de quienes han sido detenidos por error y con base en esa detención han sido reseñados (véase, por todas, la sentencia No.1490-90 de las 14:48 horas del 31 de octubre de 1990). En sentido similar, se debe excluir del Archivo la reseña de personas que han sido absueltas o sobreseídas definitivamente en el proceso penal (véase, por todas, la sentencia No.5802-99 de las 15:36 horas del 27 de julio de 1999). Asimismo, existe un límite de naturaleza temporal que impone la obligación de eliminar toda reseña contenida en un archivo policial que permanezca después de haber transcurrido un plazo de diez años contado a partir del cumplimiento de la sanción penal, siempre y cuando el afectado no cuente con nuevas inscripciones (véase, por todas, la sentencia No.2000-6648 de las 9:24 horas del 28 de julio del 2000). Lo anterior por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales, No.6723, del 10 de marzo de 1982 (véase la sentencia No.2003-05169 delas 15:40 horas del 17 de junio del 2003). En relación con este límite temporal, la Sala también ha aclarado que no enerva la obligación del respectivo archivo de eliminar la reseña, una vez transcurrido el plazo indicado, la omisión de la parte interesada de gestionar oportunamente la cancelación de los asientos correspondientes. Al respecto, se ha considerado que mantener registrados los datos de una persona en un archivo policial o criminal, una vez transcurridos diez años desde el cumplimiento de la sanción penal, lesiona el derecho fundamental a la intimidad y el estado de inocencia, porque estigmatiza a la persona y prolonga su culpabilidad (véase, por todas, la sentencia

No.2003-05169 de las 15:40 horas del 17 de junio del 2003). V.- Con fundamento en lo anterior, se observa que en el caso concreto se produjo la lesión a los derechos fundamentales a la intimidad y estado de inocencia, toda vez, que pese haber transcurrido un plazo de 47 años, a todas luces excesivo, el amparado se encuentra reseñado bajo las denominadas "anotaciones pasivas" en el Archivo Policial del Ministerio de Seguridad Pública (informe, folio 5). Asimismo, se observa que mediante sentencia del Tribunal Penal de Juicio de San José, No.1366-98, de las 16:00 horas del 4 de noviembre de 1998 (...) fue absuelto del delito de infracción a la Ley de Psicotrópicos, por hechos acontecidos en octubre de 1997, mismos con base en los que se mantienen registrados sus datos personales y huellas en el Archivo Policial del Ministerio de Seguridad Pública, desde 1997. De ahí que se hayan transgredido dos de los referidos límites a la potestad que tiene el Estado de mantener registrados los datos de las personas que en algún momento han sido puestas a la orden de una autoridad judicial, tanto el límite temporal como el que impone la sentencia absolutoria. En ese sentido, la Sala entiende que si en el marco del proceso penal que tiene como fin, entre otros, la averiguación de la verdad real de los hechos, un juez de la República determinó que (...) no era autor responsable de los hechos que se le atribuían, no le es posible a la Administración, sin vulnerar sus derechos fundamentales, mantener vigentes consecuencias perjudiciales ulteriores a esa sentencia absolutoria, argumentando que no ha sido informada de la existencia de ese pronunciamiento jurisdiccional, porque la autoridad competente o el propio interesado, no se lo han comunicado. Al respecto, en criterio de este Tribunal Constitucional, las responsabilidades y deberes indeclinables que imponen ciertos principios de orden constitucional rectores de la función y organización administrativas, singularmente, los de eficacia y eficiencia, obligan a las autoridades administrativas que realizan una actividad que incide de manera tan grave en la esfera de los derechos fundamentales, sobre todo, a la intimidad, de poner en práctica un mecanismo idóneo que les permita depurar y actualizar la información que tienen registrada o archivada de manera oportuna, para evitar en el futuro situaciones como la que ha sido objeto de este proceso de amparo. VI.- En cuanto a la existencia de la reseña del amparado en los denominados "Libros de Reconocimientos", bajo juramento, el Ministro de Seguridad Pública informa que en el Archivo Policial del Ministerio de Seguridad Pública no se mantienen libros de esa naturaleza (folio 7). De ahí que no se haya podido constatar infracción constitucional alguna, relacionada con este extremo del recurso."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 02647 de las nueve horas con veintiún minutos del once de marzo del dos mil cinco.

**REGISTRO JUDICIAL. Anotación de sentencias condenatorias. Cancelación.**

"VII.- ANOTACIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS EN EL REGISTRO JUDICIAL DE DELINCUENTES. En cuanto a este extremo, l a Ley de Registro y Archivos Judiciales No.6723, del 10 de marzo de 1982, dispone en su artículo 3 que: "El Registro tendrá como función esencial la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República y deberá prestar colaboración a los organismos y oficinas públicas que esta ley y otras normas legales determinen." Por su parte, el artículo 11 de la misma Ley se establece que: "El Jefe del Registro cancelará los asientos de los convictos, cuando transcurrieren 10 años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción". De la inteligencia de ambos artículos se desprende la íntima relación que existe entre la obligación que la ley impone al Registro Judicial de Delincuentes de cancelar las inscripciones cuando hayan transcurrido 10 años desde el cumplimiento de la sentencia condenatoria, si no existen nuevas anotaciones, y su función esencial de " comprobar " los antecedentes penales de los habitantes de la República. Este Tribunal Constitucional dio cuenta de la existencia de dicha relación en una sentencia muy temprana en la que indicó que la imbricación era de tal naturaleza que la inscripción de los antecedentes penales era una "consecuencia propia" de la existencia de una sentencia condenatoria firme. Con base en lo anterior, la Sala declaró la inconstitucionalidad de la posibilidad que existía de certificar a perpetuidad asientos del Registro Judicial a requerimiento de los Tribunales o del Ministerio Público, al considerar que lesionaba lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política que proscribe las penas perpetuas (sentencia No.1438-92 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992). Al respecto, se indicó que la forma de acreditar los antecedentes penales es por medio de las inscripciones en el Registro Judicial de Delincuentes. Dado que dichos antecedentes pueden ser tomados en consideración en procesos penales futuros, este Tribunal Constitucional estimó la necesidad de no dejar abierta en el tiempo la posibilidad de solicitar la certificación de los asientos anotados en dicho Registro, entendiendo que esto agravaba y prolongaba desproporcionadamente las consecuencias de la sentencia penal condenatoria. Al respecto, cabe señalar, a modo de ejemplo, que los antecedentes penales pueden ser un factor por valorar en una etapa inicial del proceso penal, al momento de analizar la posible imposición de medidas cautelares, sobre todo, en virtud de la existencia de la causal de presunción razonable de reiteración o continuación de la actividad delictiva, regulada en el artículo 239, inciso b), del Código Procesal Penal, incluida como un elemento por considerar para la imposición de la prisión preventiva. Asimismo, se observa que para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, en el artículo 60 del Código Penal, se establece expresamente que " es condición indispensable (...) que se trate de un delincuente primario ". En

relación con el dimensionamiento en el tiempo de los efectos que puedan tener los antecedentes penales, en la sentencia No.2760-1996 de las 10:18 horas del 7 de junio de 1996, este Tribunal Constitucional indicó que si la pena impuesta se encontraba prescrita o se había cumplido y había transcurrido el plazo de los diez años desde la fecha de su cumplimiento, esos antecedentes no podían considerarse para calificar a la persona como reincidente, con todas las consecuencias que esto implicaba durante el proceso penal y en la etapa de ejecución de la pena. De ahí la importancia que tienen las inscripciones en el Registro Judicial de Delincuentes como consecuencias vinculadas estrechamente a la existencia de una sentencia condenatoria firme, para efectos de eventuales procesos penales futuros, lo cual ha obligado al legislador a establecer un plazo máximo para su vigencia de 10 años desde el cumplimiento de la pena impuesta, en tanto no existan nuevas anotaciones. De ahí que no resulte procedente que una anotación en el Registro de Delincuentes que exceda el plazo y las condiciones establecidas en el citado numeral 11 de la Ley No. 6723 , incida en la situación jurídica de una persona sometida a un nuevo proceso penal, ya sea al momento de analizar la posible imposición de las medidas cautelares, singularmente, la prisión preventiva, al examinar la posible concesión de la condena de ejecución condicional, etc. Por esta razón, la Sala considera que la obligación a cargo del Registro Judicial de Delincuentes de cancelar los asientos cuando se alcance el referido límite temporal, en tanto no existan nuevas anotaciones, se convierte en una garantía establecida por el legislador en protección de los derechos fundamentales de toda persona condenada por sentencia firme, concretamente, del derecho a no soportar -a perpetuidad- las consecuencias gravosas de una condena cuyo quantum fue debidamente establecido por un juez de la República. En virtud de lo anterior, el Registro Judicial de Delincuentes tiene el deber de cancelar oportunamente toda inscripción para que la sanción que se impuso por el hecho delictivo no surta efectos durante toda la vida del condenado o durante un plazo que exceda la garantía establecida al efecto por el legislador. Esta obligación indeclinable del Registro Judicial de Delincuentes no permite justificar la existencia de asientos que excedan el indicado plazo por la sola incuria de sus funcionarios de darse a la tarea de constatar si la condena impuesta fue efectivamente cumplida o se encuentra prescrita. En igual sentido, no enerva tal obligación el hecho que el interesado no haya solicitado la indicada cancelación. Esto debido a que el artículo 11 de la Ley No.6723 no le obliga a gestionar la cancelación del respectivo asiento, razón por la cual no cabe distinguir donde la ley no lo hace, ni interpretar restrictivamente su contenido, singularmente, en perjuicio de las personas, en virtud del carácter rector del principio pro homine en materia de hermenéutica constitucional. VIII.- En el caso concreto, este Tribunal Constitucional tiene como plenamente acreditado que, en relación con el amparado, en el Registro Judicial de Delincuentes, se encuentra anotado, desde el 21 de julio de 1976, un juzgamiento por lesiones leves, dictado por el Juzgado Tercero Penal de San José, el 14 de julio de 1976, con sanción de 50 días multa. Al respecto, el Jefe de ese Registro informa bajo juramento que dicha condena no aparece cumplida y aunque pudiera estar prescrita, en caso de incumplimiento, el Registro no puede, por imperativo legal hacer anotaciones, correcciones o modificaciones a los asientos que no han sido ordenadas por la autoridad judicial competente. En ese sentido, estima este Tribunal Constitucional que las razones dadas por el funcionario recurrido no justifican su falta de diligencia al mantener inscrita una sentencia que data de 28 años atrás, en la que se le impuso al amparado la pena de 50 días multa, por habérsele encontrado autor responsable del delito de lesiones leves. Al respecto, obsérvese que ante una situación como la descrita, en la que es evidente que aún en caso de incumplimiento de la sanción penal, la misma podría estar prescrita, si no se contaba con información suficiente acerca de la ejecución de la pena, para cumplir el deber que impone el artículo 11 citado, como garantía que el legislador ha establecido en protección de los derechos fundamentales de las personas condenadas, correspondía al funcionario recurrido, una vez transcurrido el plazo de los diez años desde la inscripción del indicado asiento, realizar todas las acciones necesarias para obtener la información que requería para determinar si procedía su cancelación. De lo contrario se torna nugatoria, como en este caso sucedió, la indicada garantía, con infracción, incluso, de los ya mencionados principios de eficacia y eficiencia, si el Registro no realiza las acciones a que está obligado para constatar si ha transcurrido el plazo establecido en el artículo 11 de la Ley No.6723. Bajo tales circunstancias, la Sala considera que el Registro recurrido infringió el principio a la interdicción de las penas perpetuas reconocido en el artículo 40 de la Constitución Política."

**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** voto Nº 02647 de las nueve horas con veintiún minutos del once de marzo del dos mil cinco.

# JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*MSc. Martín Rodríguez Miranda*
*Letrado Sala Tercera de la Corte*

## A.- DERECHO PENAL

**1) ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD O INCAPACES. Importancia de la existencia del abuso, no basta el fin sexual. Caso de personas menores de doce años.**
**2) ALEVOSÍA. Configuración. Indefensión de la víctima menor de edad y el actuar sin riesgo.**
**3) CONCURSOS. Delitos de pasaje. Diferencias entre el concurso aparente, material e ideal.**
**4) CULPABILIDAD. La incidencia del uso de drogas debe analizarse y acreditarse.**
**5) DELITO CONTINUADO. Solo se aplica a delitos de naturaleza patrimonial.**
**6) DELITO EXPERIMENTAL. Ausencia de peligro al bien jurídico tutelado. Caso de drogas.**
**7) DOLO EVENTUAL. Configuración en el homicidio. Diferencia con preterintención.**
**8) DROGAS. Delitos independientes ante el rompimiento de la continuidad.**
**9) ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA. Criterio jurídico y no psiquiátrico. Necesidad de un análisis general de las circunstancias.**
**10) ESTAFA. Inexistencia de un delito continuado ante dos entregas de dinero. Plan del autor.**
**11) ESTELIONATO. Desbaratamiento de derechos. Elementos que lo configuran.**
**12) FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. Solo admiten dolo directo y no el eventual.**
**13) HURTO MENOR. Las maniobras de distracción no constituyen violencia.**
**14) PIRATERÍA. Explotación de recursos ictiológicos en la Isla del Coco.**
**15) PREVARICATO. No se aplica a criterios de interpretación de la ley.**
**16) PREVARICATO. Debe concurrirse a tomar, mediante el voto, la decisión.**
**17) PREVARICATO. Requiere de una actuación dolosa contra la ley.**
**18) PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Tipos penales en blanco. Constitucionalidad del artículo 213 del Código Penal.**
**19) RESPONSABILIDAD CIVIL. La fuerza mayor o la falta de la víctima como excluyentes de responsabilidad objetiva.**
**20) RESPONSABILIDAD CIVIL. Configuración de la responsabilidad objetiva. Diferencia con la responsabilidad subjetiva.**
**21) RESTITUCIÓN. Anulación de instrumentos públicos. Casos en los que procede.**
**22) ROBO AGRAVADO. Diferencias respecto a la tentativa, delito frustrado y consumado.**
**23) ROBO AGRAVADO. Inexistencia de la agravante. Uso de arma durante luego de la consumación.**
**24) TENTATIVA DE HOMICIDIO. Acreditación del elemento subjetivo. La pericia médica no es suficiente.**
**25) VIOLACIÓN. Alcances de los conceptos chupar y lamer. Diferencia con abuso sexual.**
**26) VIOLACIÓN. Análisis en torno al himen dilatable.**

## B.- DERECHO PROCESAL PENAL

**27) ACCIÓN PENAL. Delitos de acción publica perseguibles a instancia privada. Análisis en torno a los delitos sexuales.**
**28) ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Defectos absolutos no se convalidan. Problema con rebeldía erróneamente dictada.**
**29) ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Defectos absolutos no se convalidan.**
**30) ALLANAMIENTO. Consideraciones sobre la fundamentación. No es suficiente transcribir la solicitud de la fiscalía.**
**31) ALLANAMIENTO. Deber de motivar su realización después de las dieciocho horas. Casos de suma gravedad y urgencia.**
**32) ALLANAMIENTO. Deber de motivar. La sola presencia del juez no es garantía suficiente.**
**33) ALLANAMIENTO. Formalidades como garantía de respeto a derechos fundamentales. Caso de diligencia realizada en el extranjero.**
**34) ALLANAMIENTO. Diferencia con registro de vehículos. Excepciones.**

**35) COSA JUZGADA. Identidad de objeto, partes y causa.**
**36) COSA JUZGADA. Prescripción en vía contravencional. Incidencia en vía penal.**
**37) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Alcances de la garantía. Absolutoria por uno de los delitos.**
**38) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Garantía para el imputado y no para las otras partes.**
**39) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Diferencia entre modificar y crear una nueva acusación.**
**40) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Prohibición de sustituir la acusación por otra.**
**41) CASACIÓN. Derecho a recurrir el fallo.**
**42) DERECHO DE DEFENSA. Alcances y límites legales de la defensa técnica.**
**43) IMPUTADO. La declaración como medio de defensa y de prueba. No existe un derecho a mentir.**
**44) INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. Invalidez de escuchas no autorizadas. Diferencia con grabación de conversaciones entre presentes.**
**45) PRESCRIPCIÓN. Las reglas no se modifican al convertirse la acción pública en privada.**
**46) PRESCRIPCIÓN. Regla de la reducción a la mitad en asuntos de tramitación compleja.**
**47) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. Intervenciones del juez que pueden afectar este principio.**
**48) PROCEDIMIENTO ABREVIADO. No se pueden exigir otros requisitos que no están previstos en la ley.**
**49) PRUEBA. Derecho de defensa. Amplitud de su ofrecimiento y recepción.**
**50) PRUEBA. Principio de libertad probatoria. Sentencia sustentada solo en el ofendido.**
**51) PRUEBA. Valoración cualitativa y no cuantitativa. Único testigo. Género.**
**52) PRUEBA. Valoración del in dubio pro reo. Aspectos a tomar en cuenta.**
**53) PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración. Divisibilidad o credibilidad parcial de los testimonios.**
**54) PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración. La falta de coincidencia no implica contradicción.**
**55) RECURSO DE CASACIÓN. Diferencia derecho a recurrir el fallo y doble instancia.**
**56) RECURSO DE CASACIÓN. Legitimidad del tercero afectado para interponerlo.**
**57) RECURSO DE CASACIÓN. No procede contra la resolución que desestima la querella.**
**58) REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Supuestos en los que procede el criterio del ofendido y no del Ministerio Público.**
**59) REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Alcances del concepto grave violencia. Caso sobre la amenaza.**

## A.- DERECHO PENAL

**1) ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD O INCAPACES. Importancia de la existencia del abuso, no basta el fin sexual. Caso de personas menores de doce años.**

"A pesar de que la reforma introducida por la Ley No. 7899 de 3 de agosto de 1999 ("Contra la explotación sexual de las personas menores de edad") a varias de las normas que reprimen delitos sexuales, adolece de graves y numerosas deficiencias técnicas –a algunas de ellas se ha referido la Sala en otras ocasiones, como las que se relacionan con los delitos de corrupción y sobre el tema puede consultarse la sentencia No. 1000-01, de 9:10 horas de 19 de octubre de 2001, en la que se citan otros antecedentes-; lo cierto es que, para superar tales falencias, el juez debe acudir al análisis sistemático de los diversos tipos penales, lo que permitirá definir el contorno típico de cada uno de los delitos, de forma que no se perjudique al imputado ni se vulnere el principio de legalidad penal. El artículo 161 del Código punitivo posee, en efecto, la redacción que señalan los jueces en el fallo de mérito y, contrario a lo que sucedía anteriormente, la circunstancia de que el sujeto pasivo sea menor de doce años resulta ser ahora un factor que agrava el delito. De esta situación, colige el Tribunal de mérito que cuando la víctima tenga más de doce años, no concurrirá la causa agravante, pero sí el tipo simple, a pesar de que medie el consentimiento del ofendido. Esta interpretación es errónea. La norma reprime a quien: ***"de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz..."***. No se trata, entonces, simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaliéndose de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos. La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es; salvo en los casos de menores de doce años, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal. En cuanto a las personas mayores de doce años de edad, el delito no se configura de forma automática (como lo entendió el a quo), con solo que exista un acto con fines sexuales, sino que debe examinarse si medió o no consentimiento del sujeto pasivo o si concurren otras circunstancias que se adecuen a la norma represiva (v. gr.: ataques sorpresivos o el aprovechamiento de diversos factores que pueden coincidir o no con algunas de las causas de agravación de la figura) y, en general, si fueron hechos de manera abusiva. De interpretarse el artículo 161 de cita como lo hace el tribunal, habría de concluirse que todas las personas

mayores de 12 y menores de 18 años de edad, se encuentran legalmente inhibidas para prestar un consentimiento válido en cualquier acto que pueda orientarse a "fines sexuales" y, por ende, que la libertad o la disponibilidad de la libertad sexual se adquiere en nuestro medio a los 18 años. Además de que tal propuesta contraría el sentido común (pues, por ejemplo, quien bese a una persona de 17 años, con su consentimiento, podría incurrir en el delito), el examen integrado de otras normas evidencia su incorrección. Así, el artículo 162 expresa: "S*i los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión*". Obsérvese que la norma se remite de manera expresa y directa a las descripciones típicas del artículo 161, reiterando que se trata de "abusos" y no de simples actos con fines sexuales. De nuevo, si lo entendido por el a quo fuese correcto y el consentimiento no tuviese ninguna eficacia o interés en el artículo 161, habría de concluirse que tampoco lo tiene respecto de las personas mayores de edad y, por ende, se llegaría al absurdo de que ni siquiera los adultos pueden consentir en realizar actos con fines sexuales. Pero, además, el artículo 159 dispone: "Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aún con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador". Esta norma (que, innecesaria y confusamente establece que puede ser "aún con el consentimiento", cuando es obvio que si no lo hubo se está en presencia de una violación y, por ello, más bien debió decirse que era "con el consentimiento"), recoge, modifica y actualiza las antiguas figuras del estupro y el incesto. En lo que resulta de interés aquí, se infiere de ella que el hecho de mantener relaciones sexuales (acceso carnal) con una persona mayor de quince años, con su consentimiento, es un acto impune o, por decirlo de otro modo, los mayores de tal edad pueden expresar una voluntad válida en la realización del acto sexual. Pues bien, resulta ilógico que esas personas puedan consentir válidamente un acceso carnal pleno, casarse y tener hijos, pero no puedan hacerlo respecto de otros actos que, sin implicar el acceso, posean fines sexuales, tales como los tocamientos o los besos, conclusión a la que arriban los jueces en el fallo de mérito y que, por las razones dichas, es insostenible y equivocada. Se reitera, entonces, que en todos los casos debe existir un abuso, con las implicaciones antes expuestas y que no basta la sola constatación de la existencia de un acto con finalidades sexuales y de que la víctima es menor de 18 años de edad."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 380 de las 8:25 horas del 13 de mayo de 2005.**

**2) ALEVOSÍA. Configuración. Indefensión de la víctima menor de edad y el actuar sin riesgo.**

"La alevosía es definida conforme al Diccionario de la Lengua Española como: *"(De alevoso). **1. f.** Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. **2. f.** Traición, perfidia. con ~. 1. loc. adv. A traición y sobre seguro."* (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe S. A. tomo I, 2001, página 102). Conforme al propio reclamo del impugnante, no se discute en esta sede la adecuación de la conducta del sujeto activo a la figura agravada del homicidio desde el punto de vista de la teoría objetiva de la alevosía, lo que es objeto de disputa es la falta de configuración del dolo específico necesario para la misma conforme a la tesis subjetiva que suscribe el defensor. En primer término, debe indicarse que la prevalencia de una postura u otra (objetiva o subjetiva) para definir la alevosía no es nunca una posición pacífica, por lo que resulta al menos precipitado por parte de la defensa atribuir a la Sala de Casación una toma de posición en abstracto y en forma generalizada. En el caso bajo estudio, se determinó por parte del a quo que no se había demostrado por resultar innecesario, premeditación por parte del agente, sin que ello sea óbice para que exista alevosía (ver folio 884, líneas 2 a 26), puesto que no la excluye, al igual que la premeditación puede estar presente en un homicidio simple. El punto crucial de la discusión a efectos de determinar el tipo subjetivo del homicidio calificado por alevosía es: ¿conocía y quería el imputado procurar una total indefensión de la víctima para culminar su propósito homicida?, la defensa afirma que no, incluso especula que el dolo del sujeto activo iba dirigido a la comisión de un tipo penal de connotación sexual, siendo el homicidio un resultado inesperado que el autor no deseaba, por lo que solicitó la recalificación a la figura simple del numeral 111 del Código Penal y la imposición del mínimo punitivo. Esta Sala no comparte la posición de la defensa, ya que aunque la víctima no hubiese sido escogida previamente por el sentenciado de manera "intutae personae", ni se haya comprobado que éste hubiese reflexionado hondamente antes de ejecutar el homicidio, resulta indudable que la selección de una persona menor de edad como ofendida es el primero de una serie de indicios a considerar en esta causa como constitutivos de una voluntad objetivada por parte del perpetrador de actuar sobre seguro. El ofrecimiento que hizo a la víctima de regalarle un conejo cuando ésta se encontraba con dos niños más, no significa que no estuviese en control de las circunstancias de su acción, ya que dichos niños no tenían por qué enterarse necesariamente de la desaparición de la ofendida, ni compartir la información de ese dato con un adulto, aunque en este caso sí lo hicieron, pero ello no implica que el sujeto activo actuase con riesgo para sí, porque la alevosía se refiere a la consumación del ilícito en un delito de resultado, no a una circunstancia que garantice la impunidad del

ofensor una vez realizado el hecho punible. De tal manera, que por la corta edad de los potenciales testigos, del contenido del mensaje, que era la entrega de un conejo y la invitación a la ofendida a ir a recogerlo a la casa del imputado, se puede colegir que existe una clara voluntad de facilitar condiciones idóneas para perpetrar el ilícito estudiado sin que haya peligro para sí, al fin y al cabo, la menor hoy occisa, quien se presentó a solas a la vivienda del encartado, por sí misma no representaba ningún riesgo para el justiciable, por su poca fuerza física y poca capacidad de respuesta ante la superioridad manifiesta del atacante. En este sentido, afirma Rubén E. Figari: "*Por ello fundamentalmente la alevosía consiste en un aprovechamiento insidioso de la indefensión de una persona ya que el sujeto activo despliega una conducta que no hubiera sido tal si las circunstancias hubiesen sido diversas. Esencialmente se funda en una traición, obrando sobre seguro y sin riesgos, por ello el acto en sí resulta artero, solapado o engañoso.*" (Homicidios. Rubén E. Figari. Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, página 101). La perjudicada fue determinada mediante un engaño a llegar a la casa del sindicado, el hecho de que dicho inmueble no fuese acústicamente perfecto para concretar el homicidio no significa que el sentenciado no pudiese actuar con seguridad dentro de su vivienda, él conocía el barrio, sabía de los horarios de sus vecinos, al fin y al cabo, los testigos han declarado que permanecía todo el tiempo en la vecindad, siendo que a lo sumo se dedicaba a la venta de pantalones (ver folio 851, línea 2) dentro de la misma. En otras palabras, el justiciable tenía pleno conocimiento del momento propicio cuando realizar su acción, por ello la invitación a la agraviada para hacerle entrega del supuesto conejito, no fue azarosa, ni casual, era parte de un pre-ordenamiento de las circunstancias que le hacía posible actuar sobre seguro."

**Sala Tercera de la Corte, Voto No. 553 de las 9:15 horas del 3 de junio de 2005.**

**3) CONCURSOS. Delitos de pasaje. Diferencias entre el concurso aparente, material e ideal.**

"Un único motivo constituye el recurso presentado por la fiscal L. A. A.. En este se recurre la falta de condena absolutoria del reo, por el ilícito de exhibición de pornografía, pese a que el Tribunal tuvo por cierto que, ante de acometer la agresión sexual contra el ofendido G. Q., el justiciable lo puso a ver una película de ese tipo. Lleva razón la petente. En efecto, como es visible a folio 91, en los hechos probados en el fallo, los Juzgadores tuvieron por acreditado que: "*...el encartado E. R. invitó al citado ofendido (para entonces de catorce años de edad –nota de la transcripción-) hasta su dormitorio y le da de beber dos vasos de licor y posteriormente le mostró cintas pornográficas, dejándolo solo en la habitación...*" Todo esto, antes de regresar y practicarle sexo oral. Por otra parte, a folio 101, el a quo establece que esa conducta formaba parte de la unidad de acción tendiente a la seducción del menor y no es independiente del delito de violación. Ese razonamiento no es exacto. Como se ha dicho en la doctrina nacional, para que un delito forme parte de la trama conducente a otro y se entienda disvalorado por este delito final, ha de tratarse de una lesión progresiva al mismo bien jurídico. Ello podría acontecer en las lesiones que son un paso intermedio hacia el homicidio; o los abusos sexuales respecto a la violación; o bien, los daños respecto al robo. Sin embargo, para que ello suceda se precisa en primer lugar que haya una vinculación funcional o conducente entre una acción/resultado y la final, por lo que no todo hecho estaría inserto en esa dinámica (piénsese en los actos innecesarios o de pura mala voluntad). Pero no basta para que así sea. Esa situación podría dar lugar a un concurso aparente de normas, ideal o material, según sea el caso. En otras palabras, la sola concurrencia de preordenación, no basta. Así, si el disvalor del delito de pasaje se subsume en el del delito final, se estará frente a un concurso de normas. No obstante, como es sabido, para ello se requiere que se trate de una lesión al mismo bien jurídico, pues de lo contrario no sería posible la absorción del disvalor. Por otro lado, si esta no se da (la absorción del disvalor), pero existe aquella vinculación funcional, así como identidad fenoménica (espacio-temporal), se estará ante una sola acción, o lo que es lo mismo un concurso ideal (homogéneo o no). Finalmente, si la vinculación funcional no se da (elemento subjetivo), o no existe la identidad fenoménica (componente objetivo), se estará ante un concurso material. En este asunto, resulta que la exhibición de pornografía al menor, si bien obedecía a un plan delictivo conducente a la violación, no se vería absorbida por la violación, dado que, en tanto esta protege la integridad física y libertad de escogencia sexual de las personas (de cualquier edad), la exhibición de pornografía, lo mismo que la corrupción, tutela el espontáneo desarrollo psico-sexual de los menores. Esto es, una protege la corporeidad de las personas y su disponibilidad; la otra la espontánea maduración psíquica en el campo sexual. Por lo demás, pareciera que los hechos tuvieron lugar en momentos diversos. Todas estas reflexiones fueron pasadas por alto al resolver el tópico, por lo que debe declararse con lugar el reclamo, anulando el fallo en lo que concierne a la absolutoria por el ilícito de exhibición de pornografía, únicamente en su calificación jurídica, no la existencia del hecho que se ha referido como especie fáctica. No sobra indicar, que la Sala no prejuzga sobre la eventual calificación que, conforme a sus facultades, un Tribunal de reenvío deberá resolver. Este, sin embargo, deberá plantearse los aspectos arriba expuestos y que fueron omitidos en el fallo recurrido."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 154 de las 8:35 horas del 11 de marzo de 2005.**

**4) CULPABILIDAD. La incidencia del uso de drogas debe analizarse y acreditarse.**

"La fundamentación analítica o intelectiva se produce, cuando el Tribunal valora los elementos de prueba, demostrando el vínculo existente entre estos últimos y las

conclusiones a que se arribó en sentencia. Mediante la fundamentación intelectiva se pretende que las partes conozcan la aptitud de los medios probatorios, para sustentar las afirmaciones realizadas por los Juzgadores. Pese a tratarse de un requerimiento básico, observan los suscritos Magistrados, que en el presente proceso el Tribunal no consignó en sentencia las razones por las que consideró que la encartada G. S. era imputable, limitándose a indicar que: "*(...)* ***Los Dictámenes Medico Legales practicados a J. A. G.*** *( N° 1494-2004 (folio 584, 585, 586),* ***y a N. G. S.*** *(N° 1476-2004 (folio 587, 588). DCF N° 2003-7488-QDR (folios 590, 591). DCF N° 2003-2405-TOX ( folios 594, 595, 596 ). DCF N° 2003-2407-TOX (folios 597, 598, 599)* ***a través de los cuales se logra acreditar la adicción de estos al consumo de drogas, resultan insuficientes a fin de aceptar una tesis de inimputabilidad de los acusados, la cual pretende hacer valer la defensa, en el tanto, estos mantienen su capacidad de comprensión y la capacidad de determinarse según esa compresión.***" (folio 844 fte.). (El destacado no está en el original). Como se aprecia, no obstante reconocer que de los dictámenes médico-legales se extrae que los justiciables G. S. y A. G. son adictos al consumo de drogas y que el defensor público de la primera expuso de manera amplia ese tema en sus conclusiones, indicando por qué consideraba que su patrocinada contaba con problemas de imputabilidad o imputabilidad disminuida en razón de ser adicta, los Jueces optaron por no consignarle una respuesta, señalando solamente que eran imputables, porque mantenían: "... su capacidad de comprensión y la capacidad de determinarse según esa comprensión", frase que no es más que la definición normativa del concepto de imputabilidad. Para esta Sede, es imposible desconocer que lo mínimo que podría esperarse en una sentencia, es que el Tribunal resuelva las peticiones de las partes, indicando por qué son o no de recibo. Si en este caso, la defensa de G. S. cuestionó su capacidad mental al momento de perpetrar los hechos investigados, posición que desde su óptica, respalda a través de las pericias evacuadas y sobre todo, del dicho de la propia N. (que según el doctor N. A. el Tribunal no describió en lo esencial, aspecto que esta Sala no pudo determinar, puesto que en los casetes no se registró la declaración de la referida G.S.), lo procedente era que el a-quo examinara el punto, exponiendo en sentencia las razones por las que la tesis era válida o no. Cabe aclarar aquí, que esta Sala acoge el reclamo, porque en efecto, la sentencia carece de fundamento con respecto al tema y no porque considere que la adicción a las drogas es sinónimo de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, pues como es bien sabido, no en todos los casos la toxicomanía determina la conducta delictiva del encausado en los términos referidos por el artículo 98 inciso 6) del Código Penal (...)"

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 165 de las 9:30 horas del 11 de marzo de 2005.**

**5) DELITO CONTINUADO. Solo se aplica a delitos de naturaleza patrimonial.**

"Respecto al primer agravio, se dice que el Tribunal juzgador calificó los dos abusos deshonestos ejecutados en daño de B. B. F. como cometidos en concurso material cuando debieron haber sido un delito continuado. En sustento, se alega que el sujeto persiguió siempre un solo fin, hubo homogeneidad en cuanto a la víctima, fueron etapas de una misma lesión y se refirieron al mismo bien jurídico. Con citas doctrinarias, hace una exposición de la importancia de efectuar una interpretación favorable al reo y del daño que se le acarreó al no aplicarle esa figura. No lleva razón la gestionante. En Costa Rica la modalidad de concurso material denominada "delito continuado" solo es aplicable cuando los bienes afectados sean de índole patrimonial. En efecto, el artículo 77 del Código Penal establece que "*Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.*" Siendo así, y tratándose el presente asunto de un bien jurídico lesionado que no es de orden patrimonial (consistió en abusos sexuales), esa norma no resultaba conducente para la correcta solución de la causa. Por ende, sin lugar el argumento."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 660 de las 9:40 horas del 20 de junio de 2005.**

**6) DELITO EXPERIMENTAL. Ausencia de peligro al bien jurídico tutelado. Caso de drogas.**

"Todos los datos señalados son aspectos fundamentales porque la actitud de los oficiales al declarar y la propia versión del testigo R. M., al ser contradictorias en puntos esenciales y además al contradecir al propio informe policial, generan serias dudas respecto de las verdaderas razones que motivaron la investigación y que hacen que la tesis de la provocación e incitación para cometer el delito, permanezca aún latente en los términos que el acusado expuso y que, por lo dicho, no fueron ponderados adecuadamente por los juzgadores. Está claro -el propio acusado lo reconoce- que él necesitaba dinero con urgencia, estaba desempleado y por eso quería hipotecar una finca para poder obtener el capital. Acudió a R. M., quien prestaba dinero, no obstante que la finca no fue de su agrado y el préstamo no se concretó. A partir de allí, la forma en que surge la negociación no está clara. El propio R. M. aceptó que él ofreció conseguirle un comprador –cosa que en principio ni siquiera fue sugerida por C. Q. según el propio testigo- y cuando lo hace ya tiene en mente comunicarse con las autoridades, quienes posteriormente hacen el contacto y montan el operativo para la detención. Según lo narrado por este testigo, el ofrecimiento de Q. R., hecho con "mucha vergüenza" se lo hizo a él nada más y es de él que surge la idea de conseguirle un comprador, a sabiendas de que se trata de la policía y es en estas

condiciones que se da el acercamiento con los oficiales involucrados. Pero además, de todo esto surge que ni la información que los oficiales consignaron en el informe policial haber recibido –es decir que dos sujetos, entre ellos el imputado C. Q., conocido como "Chino" se dedicaban al comercio indiscriminado de marihuana en la zona de Ll. B. de C. O.- ni el contacto con éste surge como la policía lo expuso, pues el testigo R. M. fue muy claro en decir que hasta hubo una reunión conjunta entre él, el fiscal y los oficiales de la policía judicial para planear el operativo y nada de ello se menciona en el documento dicho ni lo dijeron los oficiales en debate. Ahora bien, precisamente la "inexperiencia" que los oficiales narraron haber percibido en el acusado cuando lo contactan telefónicamente se debe a que ya él tenía pactados todos los detalles con R. M., incluido que lo iba a llamar "el novio" de la droga para ponerse de acuerdo y por eso es que se muestra tan directo en la conversación, además de que coincide con su dicho en cuanto a que de él no surgió la idea porque nunca se había dedicado a ello y estos detalles no son valorados por los Juzgadores. Teniendo presente que en efecto, la negociación fue una operación completamente controlada por la policía, lo cierto es que lo que no es tan claro es la forma en que se inició ese contacto, es decir, si el ofrecimiento de droga fue hecho en forma espontánea por el acusado, o si fue inducido por R. M. para posteriormente entregarlo a la policía, pues sí queda establecido de ambas versiones, que el testigo es quien ofrece conseguir un comprador, teniendo claro que va a acudir a las autoridades, lo que en todo caso aún no elimina la tesis de que estamos frente a un delito experimental o incluso de una provocación, pues no es necesario que el provocador sea oficial de policía, sino que podría tratarse de un tercero que provoque un delito cuando se sabe que se buscará la intervención policial y todos los eventos estarán controlados policialmente, de manera que nunca existirá en realidad puesta en peligro para el bien jurídico. La intervención de las autoridades sí marca la diferencia entre el provocador que puede ser sancionado como instigador junto con el sujeto activo -quien no es un instrumento ni tiene anulada su voluntad- y aquél que funge como colaborador de la policía –aún sin un acuerdo manifiesto con ésta- para cristalizar la provocación y dar pie a que se materialice el hecho, permitiendo su captura por las autoridades, porque en este caso estaríamos frente a un delito experimental, incapaz de generar responsabilidad penal alguna, pues a lo sumo serviría de prueba para acreditar otro hecho, variables que no se han analizado en el caso concreto, pues además debe tomarse en cuenta que el allanamiento hecho en la casa del coimputado M. A. y los hallazgos que de esa diligencia resultaron, no pueden ser tomados en cuenta porque la diligencia fue anulada por el Tribunal, por razones que esta Sala comparte y sin que en todo caso el punto haya sido impugnado por el Ministerio Público. Está claro que no hubo investigación previa alguna, que la información confidencial recibida no es la que la policía afirmó; del coimputado M. A. no se tiene mayor información salvo que es quien porta la droga y que además, en las afueras de su vivienda, en el sanitario se encontró una botella con semillas de la planta "canabis sativa" con capacidad germinadora, únicamente, pues el resto de la evidencia no puede ser considerada. La cantidad que portaba el día de la detención –marihuana empacada y prensada en dos bolsas distintas, cuya cantidad total se acerca a los cuatro kilos- así como las condiciones en que se encontraba arrojan altas probabilidades de que en efecto, el acusado se dedique a la comercialización de marihuana. Sin embargo, por las condiciones del operativo y sin la existencia de mayores elementos, los que se obtienen de lo expuesto resultan insuficientes para respaldar una sentencia condenatoria. Incluso llama la atención que el allanamiento en la casa de este acusado, quien vive en una zona alejada y montañosa, a la que tardaron en llegar aproximadamente tres horas, lo realicen en horas de la noche e incluso con sospechas de que en la zona se encontraba una plantación y la policía injustificadamente no regrese ni realice un rastreo del sitio para corroborar esa información, valiosísima al menos para sustentar con mejores elementos la causa. Por otra parte, sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado –principio de lesividad-, no puede hablarse de acción penalmente relevante, ya sea que se ubique su análisis desde la tipicidad, o se considere desde la esfera de la antijuridicidad. En un Estado de Derecho que se precie de serlo, la intervención del derecho penal se justifica como última respuesta y sólo cuando se haya comprobado la lesión o puesta en peligro de algún bien fundamental para el conglomerado social, de otro modo la intervención penal carecería de legitimación formal y sustancial y sería, en consecuencia, inaceptable. A lo dicho debe añadirse y ya en relación con el caso concreto, que no podríamos estimar que, con la prueba existente, el acusado se dedicara a la venta de droga y ni siquiera podríamos afirmar que existiera un acuerdo de voluntades entre C. Q. y M. A. para comercializar la droga o cultivarla, pues de ello no existe prueba alguna y todo apunta, por el contrario, a que su reunión fue meramente circunstancial y para el caso concreto, todo lo cual hace surgir importantes e insuperables dudas sobre la génesis de estos hechos y por ello, sobre la efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídico salud pública, lo que impide descartar tanto que estemos frente a una provocación como frente a un delito experimental. En ambos casos y aún creyendo la versión del testigo R. M., no hay certeza de la puesta en peligro del bien jurídico y en esas condiciones, no podría sustentarse una sentencia condenatoria, pues por las características de este caso, la sola tenencia de la droga resulta a todas luces insuficiente. Por ello, el reclamo debe acogerse."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 266 de las 9:55 horas del 8 de abril de 2005.**

**7) DOLO EVENTUAL. Configuración en el homicidio. Diferencia con preterintención.**

"El impugnante analiza el fallo desde la óptica de su elenco de hechos demostrados, en forma parcial y no integral, dejando de lado el cúmulo de agresiones que constituyeron la espiral de violencia física y psicológica a la que su defendido sometió a la víctima, que no se circunscriben únicamente, conforme a la acusación y al marco fáctico comprobado, al día en que se suscitó la muerte del niño. Así, según se tuvo por acreditado a lo largo del fallo, el imputado B. M. C., bajo la complacencia e inercia de su compañera sentimental e imputada M. de J. Á. J., quien por otra parte, en forma personal también coadyuvó a los actos de violencia padecidos por el menor ofendido, llevó a cabo durante varios meses, en forma sistemática, una serie de agresiones físicas y psicológicas contra el pequeño E. A. C. Á., mediante golpes en su cuerpo, sacudidas violentas, lanzamientos al río o al suelo, que le provocaron dificultades respiratorias, fracturas, hematomas, equimosis, heridas, vómitos, desmayos y por último lesiones cerebrales, a lo que se adicionaron episodios en los cuales el menor era amarrado a una silla y expuesto al sol, sin alimentación adecuada, que paulatinamente lo fueron debilitando física y emocionalmente, teniendo como corolario tal actuación la muerte del niño, cuando el día de los hechos fue sometido a fuertes y excesivas sacudidas en todas direcciones, para luego ser lanzado al suelo en el patio de la casa, lo que le provocó hemorragias del nervio óptico y hematoma subdural agudo, presentando vómitos y posteriormente un desmayo falleciendo minutos después. Lo anterior, indica que la actuación del imputado M. C. no resultó una conducta aislada e intrascendente que pudiera permitir la consideración de una intencionalidad diferente a la homicida, conforme a las pretensiones del impugnante, resultando más que evidente el animus homicida de su representado a título de dolo eventual, según se argumentó al resolver el primer motivo del recurso por vicios procesales. Conforme al marco fáctico comprobado, la posibilidad de encuadrar esos hechos dentro de los postulados típicos del homicidio preterintencional – artículo 113 inciso 2) del Código Penal -, no deviene atendible, en el tanto la conducta sistemática desarrollada por el imputado M. C. específicamente, contra el menor ofendido, con los efectos que ya sus agresiones físicas habían presentado – desmayos, vómitos, dificultades respiratorias, fracturas - , no marcan una tendencia hacia un simple deseo de causarle a la víctima un daño en su cuerpo o su salud, con el propósito de "disciplinarlo o educarlo", o bien, tan solo maltratarlo, y que el resultado "muerte" producido le pudiera ser atribuido a título de culpa – infracción al deber de cuidado -, en el tanto el cuadro fáctico acreditado indica una participación, donde el resultado que se produjo, se vislumbraba para el encausado como previsible, y aún admitiendo que no quería la muerte del menor, por los excesivos actos de crueldad en su contra, lo aceptó plenamente en caso de que se produjera."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 103 de las 10:20 horas del 18 de febrero de 2005.**

**8) DROGAS. Delitos independientes ante el rompimiento de la continuidad.**

"M. H. T. aduce indebida aplicación de la normativa de fondo, ya que considera que los hechos por los que se dictaron las tres sentencias condenatorias, son parte de una misma acción extendida en el tiempo; estima así, que se trata de un solo delito, "cuyo operativo se realizó en varios momentos pero con una sola lesión al bien jurídico tutelado..." (ver folio 222). **El motivo debe declararse sin lugar:** Esta Sala no observa error alguno al aplicarse la normativa de fondo en este caso(...) contrario a lo que estima la impugnante, en este caso las acciones de H. T. corresponden a delitos independientes y no a un solo delito, ya que con la intervención estatal, tanto de la policía como del Ministerio Público, se da una ruptura de la continuidad de la actividad ilícita. Ha sido criterio de esta Sala que, en asuntos como el presente, para que desaparezca esa unidad de acción, es suficiente que se interrumpa, aunque sea por un brevísimo período la venta de la sustancia prohibida, como sucedió en este caso con los allanamientos de la vivienda, las indagatorias y las detenciones sufridas por la sentenciada. Así las cosas, no puede decirse que la actividad delictiva desplegada por H. T. fuese continua, sino que efectivamente se trata de tres hechos punibles independientes entre sí. Por lo expuesto, se declara sin lugar este motivo."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 338 de las 16:00 horas del 27 de abril de 2005.**

**9) ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA. Criterio jurídico y no psiquiátrico. Necesidad de un análisis general de las circunstancias.**

"Nótese que de manera esencial el Tribunal (remitiendo a las conclusiones vertidas por los peritos en psiquiatría forense) descartó el supuesto estado de alteración emocional que sostuvo la defensa bajo el argumento de que la provocación que lo podría justificar necesariamente debe ser "grave y sorpresiva", lo que - dicen- no sucedió en el presente caso, así como que entre el estímulo y la reacción violenta debe mediar poco tiempo. En relación a este punto, y como primera aproximación, conviene señalar que, como bien lo hicieron notar los referidos peritos, la emoción violenta que regula el artículo 113 inciso 1) del Código Penal es un concepto o instituto de naturaleza jurídica, no psiquiátrica, y quienes tienen la potestad (poder-deber) de determinar su existencia en un caso concreto no son los especialistas en esta rama de la ciencia médica, sino los jueces, de donde el criterio orientador de aquellos no vincula ni condiciona obligatoriamente la decisión que estos vayan a adoptar. Por otro lado, no comparte esta Sala la aludida tesis de

condiciones que se da el acercamiento con los oficiales involucrados. Pero además, de todo esto surge que ni la información que los oficiales consignaron en el informe policial haber recibido –es decir que dos sujetos, entre ellos el imputado C. Q., conocido como "Chino" se dedicaban al comercio indiscriminado de marihuana en la zona de LI. B. de C. O.- ni el contacto con éste surge como la policía lo expuso, pues el testigo R. M. fue muy claro en decir que hasta hubo una reunión conjunta entre él, el fiscal y los oficiales de la policía judicial para planear el operativo y nada de ello se menciona en el documento dicho ni lo dijeron los oficiales en debate. Ahora bien, precisamente la "inexperiencia" que los oficiales narraron haber percibido en el acusado cuando lo contactan telefónicamente se debe a que ya él tenía pactados todos los detalles con R. M., incluido que lo iba a llamar "el novio" de la droga para ponerse de acuerdo y por eso es que se muestra tan directo en la conversación, además de que coincide con su dicho en cuanto a que de él no surgió la idea porque nunca se había dedicado a ello y estos detalles no son valorados por los Juzgadores. Teniendo presente que en efecto, la negociación fue una operación completamente controlada por la policía, lo cierto es que lo que no es tan claro es la forma en que se inició ese contacto, es decir, si el ofrecimiento de droga fue hecho en forma espontánea por el acusado, o si fue inducido por R. M. para posteriormente entregarlo a la policía, pues sí queda establecido de ambas versiones, que el testigo es quien ofrece conseguir un comprador, teniendo claro que va a acudir a las autoridades, lo que en todo caso aún no elimina la tesis de que estamos frente a un delito experimental o incluso de una provocación, pues no es necesario que el provocador sea oficial de policía, sino que podría tratarse de un tercero que provoque un delito cuando se sabe que se buscará la intervención policial y todos los eventos estarán controlados policialmente, de manera que nunca existirá en realidad puesta en peligro para el bien jurídico. La intervención de las autoridades sí marca la diferencia entre el provocador que puede ser sancionado como instigador junto con el sujeto activo -quien no es un instrumento ni tiene anulada su voluntad- y aquél que funge como colaborador de la policía –aún sin un acuerdo manifiesto con ésta- para cristalizar la provocación y dar pie a que se materialice el hecho, permitiendo su captura por las autoridades, porque en este caso estaríamos frente a un delito experimental, incapaz de generar responsabilidad penal alguna, pues a lo sumo serviría de prueba para acreditar otro hecho, variables que no se han analizado en el caso concreto, pues además debe tomarse en cuenta que el allanamiento hecho en la casa del coimputado M. A. y los hallazgos que de esa diligencia resultaron, no pueden ser tomados en cuenta porque la diligencia fue anulada por el Tribunal, por razones que esta Sala comparte y sin que en todo caso el punto haya sido impugnado por el Ministerio Público. Está claro que no hubo investigación previa alguna, que la información confidencial recibida no es la que la policía afirmó; del coimputado M. A. no se tiene mayor información salvo que es quien porta la droga y que además, en las afueras de su vivienda, en el sanitario se encontró una botella con semillas de la planta "canabis sativa" con capacidad germinadora, únicamente, pues el resto de la evidencia no puede ser considerada. La cantidad que portaba el día de la detención –marihuana empacada y prensada en dos bolsas distintas, cuya cantidad total se acerca a los cuatro kilos- así como las condiciones en que se encontraba arrojan altas probabilidades de que en efecto, el acusado se dedique a la comercialización de marihuana. Sin embargo, por las condiciones del operativo y sin la existencia de mayores elementos, los que se obtienen de lo expuesto resultan insuficientes para respaldar una sentencia condenatoria. Incluso llama la atención que el allanamiento en la casa de este acusado, quien vive en una zona alejada y montañosa, a la que tardaron en llegar aproximadamente tres horas, lo realicen en horas de la noche e incluso con sospechas de que en la zona se encontraba una plantación y la policía injustificadamente no regrese ni realice un rastreo del sitio para corroborar esa información, valiosísima al menos para sustentar con mejores elementos la causa. Por otra parte, sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado –principio de lesividad-, no puede hablarse de acción penalmente relevante, ya sea que se ubique su análisis desde la tipicidad, o se considere desde la esfera de la antijuridicidad. En un Estado de Derecho que se precie de serlo, la intervención del derecho penal se justifica como última respuesta y sólo cuando se haya comprobado la lesión o puesta en peligro de algún bien fundamental para el conglomerado social, de otro modo la intervención penal carecería de legitimación formal y sustancial y sería, en consecuencia, inaceptable. A lo dicho debe añadirse y ya en relación con el caso concreto, que no podríamos estimar que, con la prueba existente, el acusado se dedicara a la venta de droga y ni siquiera podríamos afirmar que existiera un acuerdo de voluntades entre C. Q. y M. A. para comercializar la droga o cultivarla, pues de ello no existe prueba alguna y todo apunta, por el contrario, a que su reunión fue meramente circunstancial y para el caso concreto, todo lo cual hace surgir importantes e insuperables dudas sobre la génesis de estos hechos y por ello, sobre la efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídico salud pública, lo que impide descartar tanto que estemos frente a una provocación como frente a un delito experimental. En ambos casos y aún creyendo la versión del testigo R. M., no hay certeza de la puesta en peligro del bien jurídico y en esas condiciones, no podría sustentarse una sentencia condenatoria, pues por las características de este caso, la sola tenencia de la droga resulta a todas luces insuficiente. Por ello, el reclamo debe acogerse."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 266 de las 9:55 horas del 8 de abril de 2005.**

(Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 500-F-92, de las 8:50 horas del 08 de octubre de 1992.) De igual modo, se ha indicado lo siguiente: *"...Cabe destacar que el a-quo toma como elemento básico para descartar el estado de emoción violenta, que el encartado antes y después de los hechos, se mostrara sereno. Sin embargo, tal apreciación es inexacta, pues no se requiere como requisito indispensable para estar en presencia de la atenuante citada, que esa situación perdure por determinado tiempo, sino que basta que al momento de los hechos esa alteración aparezca en la conducta del agente y en ese sentido, más bien la apreciación del Tribunal implicaría necesariamente, que el estado de alteración de la conducta sea propio de la personalidad del encartado y no que haya surgido en razón de las circunstancias ...",* Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 427-F-93, de las 16: 05 horas del 29 de julio de 1993. Además, *"... Es cierto que el tiempo no constituye un factor para descartar automáticamente un estado de emoción violenta, sino que debe analizarse caso por caso la situación para establecer si el transcurso del tiempo fue suficiente para que un determinado estado anímico disminuyera e incluso desapareciera, luego de producirse una causa de alteración. Sin embargo, tampoco constituye un factor que deba descartarse automáticamente ...",* Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 18-F-94 de las 08:55 horas del 13 de enero de 1994."

**Sala Tercera de Corte, voto No. 387 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2005.**

**10) ESTAFA. Inexistencia de un delito continuado ante dos entregas de dinero. Plan del autor.**

"En lo que resulta de interés, los juzgadores determinaron que el ofendido, en el mes de setiembre de 1998 y motivado en los engaños del justiciable, le entregó a este último la suma de ¢800.000, con el propósito de que le trajera un vehículo que, supuestamente, adquiriría en los Estados Unidos de América. Pocos días después, le dio otros ¢138.000, pues el acusado le indicó que requería ese dinero a fin de comprar llantas nuevas y cambiar el color del automotor que la víctima pretendía. A partir de este marco histórico, encuentra la Sala que, en efecto, los jueces incurrieron en yerro al calificar las conductas como dos delitos de estafa en su modalidad de delito continuado(...) La propuesta del Tribunal llevaría a concluir por ejemplo, que varias contravenciones de hurto menor, cometidas en forma continuada, podrían sumarse para constituir un delito de hurto simple y esto, desde luego, es por completo erróneo y vulnera flagrantemente el principio de legalidad penal. Ahora bien, la razón para desestimar el alegato se circunscribe al hecho de que, apegándose al marco histórico establecido en el fallo de mérito, no se está en presencia de dos delitos o de ningún tipo de concurso (como de manera equivocada lo entendió el Tribunal), sino de una unidad de acción que implica la existencia de un único hecho punible. En efecto, se determina en el fallo que las dos entregas de dinero se realizaron como parte de una sola operación, encaminada a obtener un vehículo que se destinaría a servir al transporte público (taxi). En estas condiciones, no pueden verse de forma aislada, sino como integrantes de una única decisión y finalidad, dirigidas a lesionar el patrimonio del agraviado; no hubo dos maquinaciones fraudulentas, sino una sola y es de ella que surgen las disposiciones patrimoniales de la víctima –en dos entregas sucesivas de dinero-, con el propósito de adquirir el bien de la naturaleza y con las características que pretendía. Desde esta perspectiva, tampoco hubo dos perjuicios al patrimonio o dos distintas lesiones, sino una sola que alcanza el monto de ¢938.000 y, por ende, supera la suma de ¢842.000 necesaria para que se configure la estafa "mayor"."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 236 de las 9:20 horas del 1º de abril de 2005.**

**11) ESTELIONATO. Desbaratamiento de derechos. Elementos que lo configuran.**

"EL TIPO OBJETIVO DEL ESTELIONATO EN LA MODALIDAD DE DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS. El inciso segundo del artículo 217 del Código Penal establece pena de prisión según el monto de lo defraudado "*al que tomare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien aunque no importe enajenación o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo*". El núcleo verbal o la acción constituye en tornar imposible, incierto o litigioso el objeto del delito, que puede ser: a) El derecho sobre un bien acordado a otro por un precio, o b) El cumplimiento de una obligación referente a un bien acordado a otro como garantía. El primer supuesto se da, a modo de ejemplo, cuando alguien vende un bien a otro y en vez de entregárselo lo oculta. El segundo podría darse en el caso de que alguien obtenga un crédito cuyo cumplimiento se ve frustrado por la actuación dolosa del deudor que mediante engaños hace embargar el bien dado en garantía. En ambas modalidades hay un requisito común: un acto jurídico previo entre el autor y la víctima, que viene a menos por una actuación posterior del primero. Sobre la necesidad de estas dos etapas, a saber, el negocio jurídico previo y el posterior debilitamiento, es conteste la doctrina ( FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 15ª Edición, 1998, p. 529. CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición, Buenos Aires, 1992, p. 529). El *nomen iuris* otorgado a ese delito por el legislador argentino es muy esclarecedor, pues al hablar de "desbaratamiento de derechos acordados", se requiere necesariamente que se hayan acordado derechos mediante un acto jurídico, para que luego esos derechos sean menoscabados mediante una actuación dolosa. (...)

LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS ACREDITADOS: Tal y como se indicó arriba, una de las características del delito de estelionato contemplado en el inciso segundo del artículo 217 del Código Penal, y conocido en la doctrina argentina como: "desbaratamiento de derechos acordados", es la existencia de un negocio jurídico previo en el cual se acuerdan derechos a favor de alguien, que luego resulta perjudicado en ellos por una actuación dolosa del autor. Sin la existencia previa de ese acto o negocio jurídico, que es un requisito objetivo del tipo penal establecido expresamente en nuestro Código Penal cuando habla de tornar litigioso o incierto "*el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía*", es imposible que se configure el delito de estelionato, en la modalidad de desbaratamiento de derechos acordados. El error fundamental del Tribunal al tratar de aplicar el tipo penal a los hechos probados, es el afirmar que los imputados lograron tornar: *"incierto y litigioso el derecho que previamente, con la muerte de la señora L. O., había surgido a la vida jurídica a favor de la ofendida B. L."*, ver folio 524). Para la configuración del delito de estelionato no basta con que el derecho haya nacido a la vida jurídica, como lo afirma el Tribunal, sino que ese derecho haya sido acordado al ofendido o a otra persona por parte del imputado mediante un negocio jurídico previo al acto que luego perjudica el derecho real acordado, ya sea por precio o como garantía. En el presente caso si bien es probable que la actuación de los imputados haya tornado incierto el derecho o la expectativa de derecho que tenía la ofendida sobre una parte de un bien inmueble, lo cierto del caso es que ese derecho o expectativa no fue confiado a ella por precio o como garantía por parte de ninguna persona. No hay forma de relacionar la compraventa realizada entre los imputados en 1981, y la expectativa de derecho que para la ofendida surgió con la muerte de su madre en 1994. Al no haber conexión entre esos dos hechos, y principalmente por no existir un negocio jurídico previo en donde formara parte la ofendida, es imposible que se configure el delito de estelionato en la modalidad de desbaratamiento de derechos acordados."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 408 de las 11:00 horas del 13 de mayo de 2005.**

**12) FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. Solo admiten dolo directo y no el eventual.**

"Los delitos de falsificación de documentos y, entre ellos, la falsedad ideológica, solo admiten la forma del dolo directo, puesto que el agente ha de conocer que el objeto sobre el que recae la falsedad o alteración es un documento, que en él se inserta un dato falso y que de su actuar puede resultar un perjuicio para terceros. El dolo eventual es lógicamente incompatible con la estructura del tipo, pues el sujeto activo debe tener plena conciencia de la falsedad y la voluntad de realizarla, como lo ha reconocido la doctrina desde mucho tiempo atrás *(ver Creus, Carlos, Derecho Penal, parte especial, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 434 y 448)*. De cualquier modo, los hechos establecidos en el fallo ni siquiera darían sustento a la figura que invoca quien recurre. Los juzgadores tuvieron por demostrado que el justiciable, actuando como notario público, confeccionó la escritura del traspaso de un bien, consignando allí que uno de los comparecientes ostentaba la representación de la sociedad vendedora, cuando lo cierto es que había dejado de tenerla algunos meses atrás, según constaba ya en el Registro. Indica el tribunal que el acusado insertó esa mención basándose para ello en un estudio registral que realizó muchos meses antes y porque las partes lo relevaron de su deber de actualizarlo. Además, el notario acostumbraba intervenir en múltiples actos y negocios jurídicos de K. J. e incluso figuraba como agente residente de la sociedad vendedora (que, según se aprecia, no desarrollaba ninguna actividad comercial, sino que fue constituida para que K. J. ejerciese su propiedad sobre un inmueble), por lo que no tenía el acusado motivo alguno para sospechar siquiera de que el compareciente había cedido sus acciones y la representación legal que mantuvo desde que creó dicha sociedad. Desde esta perspectiva, salta a la vista que quien actuó con dolo e hizo insertar el dato falso en la escritura de venta fue K. J. (ya fallecido) y que aunque se asuma que el notario obró con negligencia al omitir actualizar el estudio registral de la personería, su actuar no constituiría ninguna forma de dolo, sino, a lo sumo, una conducta culposa que también es excluida de la estructura del tipo penal."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 438 de las 10:18 horas del 20 de mayo de 2005.**

**13) HURTO MENOR. Las maniobras de distracción no constituyen violencia.**

"Considera esta Sala, que, en efecto, la conducta tenida por acreditada no es propia del delito de robo simple con violencia sobre las personas, por la que fueron condenados los encartados, sino que se está en presencia de la contravención de hurto menor. Como indica la recurrente, la maniobra de los acusados fue con el fin de distraer al perjudicado, para que, aprovechando el momentáneo desconcierto ante el choque, introducir las manos a los bolsillos y sustraer las pertenencias. Prueba de la ausencia de violencia contra M. G. es el hecho de que ni siquiera se percató de la acción sustractora, y no fue sino hasta que fue alertado por un transeúnte que observó lo ocurrido, que constató la ausencia de sus pertenencias. Cuando se produjo el encuentro, más bien se disculpó con los encartados, ignorante por completo de las intenciones de los otros, y sin que se sintiera violentado en su integridad física. La violencia sobre las personas requerida por el tipo penal del delito previsto en el artículo 212 del Código Penal, debe ejercerse con el fin de vencer la resistencia ofrecida por la víctima o un tercero, en

salvaguarda del bien que se pretende sustraer. El desapoderamiento es más drásticamente sancionado precisamente porque el actor no está aprovechando la desprotección del bien, sino más bien, venciendo el resguardo del que se le ha provisto. Indica Núñez: *"El robo se comete con violencia física en las personas, si el autor, usando una energía física, humana o de otra índole, real o simulada, ejercida sobre el resistente o en contra de él, vence la resistencia a ser desapoderado de la cosa, ofrecida por su tenedor o un tercero..." ( Ricardo C. Núñez, Manual de Derecho Penal, parte especial, Lerner, Buenos Aires, 1978, página 227).* Como se examinó líneas atrás, la acción de los acusados no estuvo encaminada a vencer la resistencia de la víctima, sino a distraerlo, para lograr el desapoderamiento con mayor facilidad, y sin que el perjudicado se percatara, como en efecto sucedió. Es por ello que se casa la sentencia en ese aspecto, y se recalifica el hecho acreditado como constitutivo del ilícito de hurto. En vista del valor de lo sustraído (cuatro mil colones), se está ante la contravención de hurto menor, prevista y sancionada en el artículo 387 inciso 1) del Código Penal. En vista del efecto extensivo del recurso, la presente resolución se aplica asimismo a la co-imputada M. U. V.. "

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 274 de las 10:40 horas del 8 de abril de 2005.**

**14) PIRATERÍA. Explotación de recursos ictiológicos en la Isla del Coco.**

"El único reproche por el fondo se refiere a la errónea aplicación de los artículos 22 y 76 del Código Penal. Expone la defensora que el delito de piratería debe apreciarse como "uno de actividad" (sic, folio 240), por lo que las conductas del justiciable, aunque separadas por tres meses de diferencia, han de valorarse como una unidad de acción, en virtud de que no se interrumpió su permanencia. A partir de su análisis del concepto de explotación propone que se le dé el trato de un "delito continuado" (sic, folio 243) y se concluya que se trata de un solo hecho punible. **Es inatendible el reproche:** La defensa invoca, en apoyo de su reclamo, jurisprudencia de esta Sala concerniente a la materia de psicotrópicos y, en resumen, pretende señalar que las acciones que ejecutó el justiciable constituyen una actividad conformadora de un solo delito. Sin embargo, aun en el tema relacionado con el narcotráfico, la Sala también ha sostenido: *"... se entiende que la multiplicidad de actos individuales configurativos de una sola acción punible, tiene un claro límite a partir del cual su reiteración ya no podrá calificarse como parte integrante de la conducta anterior. Tal límite viene constituido, precisamente, por la intervención de las autoridades policiales o judiciales que persigan no ya una finalidad probatoria (de constatar la venta de drogas, a través, por ejemplo, de compras hechas por agentes encubiertos, o de vigilancias o escuchas telefónicas que permitan establecer la venta a particulares), sino la de instaurar de manera real e inmediata la persecución penal y, en particular,* ***su puesta en conocimiento del imputado****, mediante actos tales como la captura, la detención o el decomiso personal de drogas. Una vez que el agente tiene conocimiento efectivo, a través de las propias autoridades públicas en ejercicio legítimo de sus funciones, de que se dará inicio formalizado a la persecución penal, las acciones relativas a drogas calificadas por la ley como delito que realice posteriormente, no constituirán parte del desarrollo de la actividad anterior por la que se le persigue, sino un hecho punible nuevo y separado que podrá dar base a la aplicación de las reglas del concurso material."(...) Sentencia No. 1468-99 de 10:10 horas de 19 de noviembre de 1999). En el presente caso, el a quo estableció que el justiciable, capitán de una embarcación que pertenece a una empresa dedicada a la pesca, fue sorprendido por las autoridades en dos ocasiones distintas dentro del perímetro de protección de la Isla del Coco y se le decomisó el equipo utilizado para pescar, junto al hallazgo de varios especimenes de tiburones de distintas variedades (ver folios 156 y 157). No se trató, entonces, de una actividad de explotación ilícita de la riqueza ictiológica que se ejecutó de forma permanente hasta que fue descubierta, sino de dos hechos distintos que, con acierto, calificaron los juzgadores como un concurso material, pues el justiciable, tres meses después de que fuera sorprendido por las autoridades y acusado del delito de piratería, regresa al sitio y realiza una nueva acción punible de idéntica naturaleza. Las anteriores razones bastan para desestimar el alegato; sin embargo, conviene añadir que la tesis de la defensa sólo sería aplicable a las explotaciones que se desarrollen de forma permanente y continua y no a las sucesivas incursiones que, con cierto distanciamiento temporal que asegure que no se trata de la misma acción, se efectúen para aprovechar ilícitamente las riquezas ictiológicas, ya que en estos casos existiría un concurso material."*

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 90 de las 8:50 horas del 18 de febrero de 2005.**

**15) PREVARICATO. No se aplica a criterios de interpretación de la ley.**

"Esta Sala de Casación Penal no puede entrar a conocer si la resolución que se reclama, se equivocó o no se equivocó respecto a las consecuencias jurídicas y de interpretación de la ley, que les permitió concluir en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Nº 4349 del 11 de julio de 1969, sino que el análisis debe limitarse a establecer si existe o no un delito de prevaricato en los hechos denunciados. Al existir el art. 73 inciso ch antes citado, que autoriza a resolver acciones de inconstitucionalidad cuando no se respetó el procedimiento constitucional establecido, los alcances que los Magistrados le dieron a esta norma no puede constituir el delito denunciado. Como bien lo indica el Fiscal General de la

República, si el prevaricato se diera por una errónea interpretación de la ley, cada vez que por vía de recurso se revoca o anula una resolución por una aplicación equivocada de la misma, existiría el delito de prevaricato, que en todo caso, para que se configure debe existir el dolo de resolver en forma contraria a la ley o fundada en hechos falsos. Con relación a la figura del Prevaricato, la doctrina argentina señala que: "*encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial*", (Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la administración pública", Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 417). Por otra parte, el Fiscal General de la República, con relación al contenido del libro Piedra Azul, escrito por el Ministro de Cultura G. S., consideró que un adelanto de criterio no puede constituir el delito de prevaricato. Para exponer su posición, cita un fragmento del libro cuyo contenido es el siguiente: "[...] *Ese era el tono de mi escrito, que a él le gustó como también a otros personajes. Todos aquellos convencidos de la trascendencia que tenían para nuestro maltrecho país, cuajado de balbucientes tanteos, demagogias populismo y desorientación, el posible regreso de O. A. a la Presidencia. De los siete votantes de la sala constitucional, cuatro se pronunciaron en contra, tres a favor. Lo llamé en cuanto me enteré de la catástrofe. 'Guido, yo estaba ciento por ciento seguro de que me pasaban la reforma. Tenía promesa de cuatro magistrados. Uno me traicionó.' Me dio su nombre.* [...]" (S., G.: Piedra azul: atisbos de mi vida, Editorial Costa Rica, 1ª edición, San José, 2003, p. 361) (folio 25). Lleva razón el Fiscal General, en cuanto a que no existe el delito de prevaricato, por adelanto de criterio, en el tanto que éste, no representa una resolución en sentido estricto, de modo que no se configura ninguno de los dos elementos normativos del artículo 350 del Código Penal, que son "*dictar resoluciones contrarias a la ley*" o "*fundarse en hechos falsos*", de manera que adelantar criterio no está comprendido como una forma de prevaricato, por el contrario, lo único que se podría presentar es una posible responsabilidad disciplinaria. Además de lo anterior, observa esta Sala de Casación que el tema aludido en el texto trascrito no se refiere a la resolución de la Sala Constitucional, que ahora se cuestiona por parte del diputado J. M. C., como una resolución contraria a la ley, porque precisamente el texto menciona que la votación fue en contra de la reelección presidencial, tema que conoció la Sala Constitucional en la resolución 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 115 de las 14:30 horas del 23 de febrero de 2005.**

**16) PREVARICATO. Debe concurrirse a tomar, mediante el voto, la decisión.**

"Estima el recurrente, que la sentencia no individualizó los actos del acusado O. R. L., ya que se condenó a los regidores del Consejo Municipal de O. por haber dictado una resolución contraria a la ley, y su representado era Alcalde, pero no era miembro del Consejo Municipal por lo que no podía cometer el delito de prevaricato. **El reclamo es atendible:** A pesar de que el artículo 12 del Código Municipal establece que el alcalde sí forma parte del Concejo Municipal, y en esto se equivoca el recurrente, lo cierto del caso es que el mismo puede asistir a las sesiones del Consejo con voz, pero sin voto. Así lo establece en forma expresa el artículo 17 inciso c del citado cuerpo legal, que señala dentro de las funciones del alcalde "*asistir, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del Concejo Municipal*". Desde este punto de vista, el imputado O. R. L. se encuentra en la misma situación que el imputado C. M. L. C., quien fue condenado por el delito de negociaciones incompatibles, pero absuelto por el delito de prevaricato, toda vez que según lo tuvo por demostrado el Tribunal: "*este acusado no tenía voto y por ello no pudo votar en la sesión que aprobó el convenio*" (ver folio 456). Por lo tanto, se anula la sentencia parcialmente, únicamente en cuanto condena a O. R. L. por el delito de prevaricato."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 409 de las 11:10 horas del 13 de mayo de 2005.**

**17) PREVARICATO. Requiere de una actuación dolosa contra la ley.**

"Esta Sala hace suyos los argumentos del Fiscal General de la República, pues es evidente que los hechos que se denuncian no alcanzan a tipificar como prevaricato, no sólo por las razones expuestas por este, sino también porque, debe añadirse, la denuncia se sustenta, aparte de la pretendida inaplicación del Concordato aludido, que no se encuentra vigente, en una manifiesta disconformidad del denunciante con la forma en que se resolvió su petición, deducida en el habeas corpus antes mencionado, para que se dispusiera la inmediata libertad de C. A., pues incluso reclama la "*incongruencia*" alegando que existen dos "*crímenes muy similares*" ocurridos en Costa Rica, en un caso se concede la excarcelación bajo el pago de una fianza de tres millones de colones, siendo el detenido extranjero y cuando pretendía salir del país, mientras que en el caso del sacerdote, quien no ha tratado de fugarse y los testimonios en su contra son "*sospechosos*", no se le concede (cfr. denuncia, folios 3 a 5). Es claro, como lo señala el solicitante, que la diferencia de criterio o incluso el error que se detecte en una resolución no es motivo suficiente para estimar que se está frente al delito de prevaricato, pues cada vez que una parte no está conforme con lo resuelto o que las decisiones son objeto de revocatoria o enmienda por un superior, habría de estimarse

la existencia del ilícito, lo que resulta inadmisible en un sistema democrático de independencia judicial garantizada constitucionalmente. Es necesario para que el prevaricato se de, que se resuelva ***dolosamente en contra de la ley*** y tales elementos no están presentes en este caso, por lo que la desestimación es procedente."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 485 de las 10:30 horas del 25 de mayo de 2005.**

**18) PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Tipos penales en blanco. Constitucionalidad del artículo 213 del Código Penal.**

"(...)en este caso no se evacuó la consulta preceptiva de constitucionalidad debido a que ya existe jurisprudencia idéntica o análoga en relación al tema que propone el gestionante, esto es, la supuesta inconstitucionalidad de los tipos *penales en blanco*, entendiendo por tales aquellos que a efectos de determinar su contenido remiten a otras normas de inferior, igual o superior rango. En efecto, sobre dicha cuestión se ha indicado que «... *esa técnica (norma penal en blanco) no se aparta del marco constitucional de división de Poderes, siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena. Si, por ejemplo, aceptamos que un radio de acción propio de ese Poder es proteger la salud pública, es claro que el Presidente de la República y su Ministro de Salud pueden dictar reglamentos en protección de la salud de la población, así no resulta inconstitucional el artículo 268 del Código Penal que reprime con prisión de uno a tres años o multa de cincuenta a doscientos días multa a quien violare las medidas sanitarias acordadas por la autoridad competente para evitar la introducción o propagación de una epidemia epizootia o plaga vegetal*..." (Sala Constitucional, Nº 1876-90, de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990. Como se deriva de lo anterior, la propia Sala Constitucional ha estimado que la técnica legislativa de la norma penal en blanco resulta acorde con el principio constitucional de legalidad, de donde la queja del impugnante no lleva ninguna razón. Es más, la jurisprudencia de esta Sala Tercera ha entendido lo siguiente: "... *En un sistema democrático como el nuestro la creación, derogatoria y reforma del tipo legal corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y así lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, como una garantía ciudadana de que nadie podrá ser penado por acciones no previstas como delito. Bajo este concepto, el ideal es contar con un catálogo de tipos penales cerrados, esto es que definen plenaria y herméticamente un acción como delito. Debido a una interpretación extrema del concepto de tipo cerrado y a la diversidad de relaciones intersubjetivas que surgen cada día, muchas acciones lesivas de los bienes jurídicos de mayor importancia social quedarían fuera de la protección penal. Por ello se conciben los denominados tipos abiertos que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Extremar la creación de tipos abiertos al punto de generalizar de tal modo que sea posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición penal, sería violatorio del principio de legalidad; pero la enunciación general de la conducta prohibida dando las «pautas o reglas» para que el juez individualice la conducta en cada caso concreto, no atenta contra el principio nullum crimen sine lege. (Sobre el particular v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual de derecho penal. Parte general.», EDIAR, Buenos Aires, 1978, pp. 374-375.). En igual sentido también le corresponde al Poder Ejecutivo complementar algunos aspectos del contenido del tipo penal (normas penales en blanco), cuando el propio legislador señala en la descripción típica la necesidad de remitirse a algunos parámetros, límites o criterios fijados por las autoridades administrativas, como ocurre con la «lista oficial de precios» en el delito de especulación, o las sustancias restringidas en los delitos contra la salud pública, donde el Poder Ejecutivo complementa el contenido del tipo, por medio de su potestad constitucional de reglamentación. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso de autos ... En esa misma dirección y sobre los tipos abiertos esta Sala ha afirmado que en sentencia Nº 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993: «...es imposible crear un sistema legislativo de carácter pleno o hermético, de tal forma que todos los términos estén definidos en la ley sin duda alguna; así, cae por su propio peso la objeción expuesta por el recurrente. De aceptarse su tesis valdría la objeción para los términos «persona» del artículo 111, «libidinosos» del 163 o «cosa mueble» del 208 por ejemplo, todos del Código Penal; y valdría también para cualquier norma penal, en cualquier ley especial en todo el ordenamiento jurídico...» (**Sala Tercera**, Sentencia N∞ 511-f, de 9 hrs del 10 de setiembre de 1993)* ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 570-F-93, de las 9:45 horas del 22 de octubre de 1993. De acuerdo con lo anterior, es claro que las normas sustantivas que cuestiona el gestionante cumplen a cabalidad con la garantía que tutela el principio de legalidad, pues de una sencilla integración de los artículos 213 inciso 3° y 209, ambos del Código Penal, se logra comprender y definir la conducta típica que será objeto de sanción, siendo que -igualmente- ésta también está establecida de forma clara e inequívoca. Con base en lo anterior, se rechaza la revisión interpuesta."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 168 de las 9:45 horas del 11 de marzo de 2005.**

**19) RESPONSABILIDAD CIVIL. La fuerza mayor o la falta de la víctima como excluyentes de responsabilidad objetiva.**

"Lo primero que debe plantearse con vista a la resolución del tema es si existe base normativa que contemple la responsabilidad que la acción resarcitoria exige. Como es sabido, la respuesta se encuentra en el artículo 1048 del Código Civil, que en su párrafo quinto impone a la empresa o persona explotadora, el deber de indemnizar la muerte o lesión ocasionada por el uso de un medio de transporte. Ese régimen es el así denominado de "responsabilidad objetiva", el cual encuentra su justificación en la conveniencia social de vertir en el patrimonio de la empresa las consecuencias dañosas de su actividad, considerando el riesgo que crea su tráfico y las ventajas que este le genera, a fin de proteger a los usuarios o en general afectados de su incidencia *(RESCIGNO, Pietro. Manuale di Diritto Privato. Jovene, Nápoles, 1976, p. 697).* Sin embargo, ese estatuto se ve atemperado por dos circunstancias que exoneran o limitan esa responsabilidad; a saber, la fuerza mayor y la falta de la víctima. Por consiguiente, como tantas veces lo ha señalado la doctrina, esa responsabilidad de principio que instituye la ley, puede verse excluida si se logra acreditar alguna de esas dos circunstancias. De no ser así, el régimen de garantía de la empresa explotadora se mantiene en pie. Dicho sea de otro modo, en la responsabilidad civil objetiva no se precisa demostrar la culpa, por eso cabalmente se denomina "responsabilidad no culposa", por lo que la prueba de la posible negligencia o imprudencia es innecesaria e inconducente. Lo que sí debe demostrarse, con miras a su exclusión, es la existencia de las mencionadas causas que la hacen venir a menos. En fin, el vínculo de causalidad a constatar no es entre el comportamiento y el daño, sino entre la puesta en marcha de una actividad peligrosa y la lesión: *"Se trata, en primer término, de actividades que son permitidas, pero que obligan al resarcimiento de los daños que de ellas derivan; la noción de riesgo viene a reemplazar los conceptos de culpa y antijuridicidad... A diferencia de 'responsabilidad por culpa', la responsabilidad objetiva reside en el hecho de que aquel que para su propio provecho crea una fuente de probables daños y expone a las personas y los bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica... Desde el punto de vista práctico, la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión de la carga de la prueba, en el sentido de este queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de este de probar su falta de culpa, a diferencia de lo que ocurre en los casos de responsabilidad subjetiva" (PEREZ, Víctor. Derecho Privado. Publitex, San José, 1988, págs. 415-417)."*

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 442 de las 10:30 horas del 20 de mayo de 2005.**

**20) RESPONSABILIDAD CIVIL. Configuración de la responsabilidad objetiva. Diferencia con la responsabilidad subjetiva.**

"En cuanto a los extremos civiles de la sentencia, se condenó de manera solidaria al justiciable R. C. y a la empresa A. Ltda., dueña del furgón conducido por el acusado M. O.. Con base en esas circunstancias el primer reclamo formulado por el recurrente consiste en afirmar que este último encartado no fue declarado autor del hecho punible, y que por ello no podía declararse la responsabilidad civil solidaria de la empresa demandada, para la cual trabajaba. Debe indicarse, que este argumento en particular no resulta de recibo, ya que según nuestra legislación la declaratoria de responsabilidad civil en sede penal, no requiere necesariamente de una declaratoria previa o concomitante de responsabilidad penal. Como ya ha indicado esta Sala *"...La responsabilidad civil, entendida como la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación, admite diversas clasificaciones. Una de ellas es la que la divide en contractual y extracontractual, según se origine en el incumplimiento de convenciones válidamente pactadas o en otros hechos que el legislador ha estimado de relevancia jurídica y a los que acuerda ese potencial generador. Dentro de la responsabilidad civil extracontractual, figura, entre otras, la que encuentra su origen en la comisión de hechos delictivos, entendidos estos como aquellas conductas que reúnen ciertas características que les son inherentes, desde el punto de vista jurídico penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y que reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la acción punible y, en su caso, la restitución...*[Pero] *la surgida de delito no es la única forma de responsabilidad civil extracontractual...si bien en sus inicios se hallaba exclusivamente ligada al proceder doloso o culposo del responsable, de un tercero (hijos, alumnos, aprendices, menores o incapaces sometidos a tutela o curatela, etc.) o incluso de animales u objetos inanimados, que producían un daño; razón por la que se le ha denominado responsabilidad subjetiva, en tanto parte de un vínculo causal entre esos aspectos de dolo o culpa y el resultado dañoso..." en el Derecho moderno, que empezó a desarrollarse hacia el último tercio del siglo XIX, frente a ese concepto tradicional de responsabilidad subjetiva, surgió la teoría, ya acogida por la generalidad de las legislaciones, de la responsabilidad objetiva llamada responsabilidad también (sic) sin culpa...* ***Esta forma de responsabilidad objetiva es llamada también responsabilidad por el riesgo creado****. Claro es, que esta teoría ha adquirido en su aplicación, y en lo que va del siglo, un creciente desarrollo debido a los avances de la civilización en su aspecto científico..." (OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Heliasta, Buenos Aires, 1987, voz: responsabilidad). Esta bipartición de la responsabilidad, en subjetiva y objetiva, se plasmó también en nuestras*

*leyes, concretamente en el artículo 1045 del Código Civil que, al señalar: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios", se erige como la norma general de la responsabilidad subjetiva;* ***mientras que los párrafos cuarto y quinto del artículo 1048 del mismo texto, establecen formas de la objetiva...***" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 1262-97 de las once horas treinta minutos del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete. Lo escrito en negrilla y entre corchetes es suplido). De manera que en el supuesto de responsabilidad civil objetiva, contemplado en el párrafo quinto del artículo 1048 del Código Civil, no resulta necesaria la declaratoria de existencia un delito, y más bien se presenta en algunas ocasiones, como una forma de responsabilidad civil por un hecho lícito. En el caso del artículo 106 del Código Penal, y particularmente del párrafo 5º del artículo 1048 del Código Civil, se recoge una forma de responsabilidad civil objetiva para cuya declaratoria no se requiere de la verificación de un delito, y consecuentemente de ninguno de sus componentes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En este caso la responsabilidad civil se genera para las empresas o personas explotadoras de una actividad concreta de transporte, por la creación de riesgos que dicha actividad genera, **pero más exactamente por la concreción de esos riesgos en la muerte o lesión de alguna persona, o sea, por la causación de daños y perjuicios a un tercero**. El legislador en los artículos 187 inciso b de la Ley de Tránsito, 106 del Código Penal y 1048 párrafo 5º del Código Civil ha considerado que en la sola conducción de vehículos, y más aun de vehículos de gran tamaño y peso, existe una situación de riesgo. Se prescinde así de un análisis de aspectos subjetivos del conductor del vehículo (dolo o culpa), para la determinación de la responsabilidad civil de la empresa o persona que explota la actividad de transporte, y se genera para ésta última una responsabilidad objetiva, indirecta y solidaria por un hecho ajeno, con el fin de garantizar una mejor tutela en favor de terceros, contra los daños ocasionados por una actividad, considerada, como ya se dijo, en sí misma peligrosa. A diferencia de la responsabilidad civil subjetiva contemplada en el artículo 1045 del Código Civil, la responsabilidad objetiva se genera para la empresa o persona explotadora de un vehículo, cuando la actividad de transporte que desarrolla, considerada legalmente como fuente de peligro o riesgo, se verifica en un daño a alguna persona; esto sin necesidad de que la actividad generadora de esos daños configure un ilícito en sentido penal. De manera que, aun cuando no se haya demostrado la existencia o autoría de un hecho punible, en supuestos como el contemplado en el párrafo 5º del artículo 1048 del Código Civil, puede existir una declaratoria de responsabilidad civil. **No obstante, y esta idea es la que se busca enfatizar, la declaratoria de responsabilidad civil objetiva de carácter solidario, no está exenta de un análisis de los nexos causales entre la actividad riesgosa y el daño acontecido. El resultado dañoso a indemnizar debe ser la concreción o actualización de la actividad riesgosa y no de otra actividad, o lo que es lo mismo, la imputación de los daños a la empresa o persona que explota la actividad peligrosa requiere de la conexión del daño con dicha actividad y no con otra.** En apoyo de esta tesis conviene citar el voto de la Sala Primera #578-F-03. de las diez horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de setiembre del dos mil tres, en el cual se indicó: *"Establece el artículo 187 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, N°7331: "Responderán solidariamente con el conductor: ... b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público". Esta norma preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella "...se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esa responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad ..." (N° 376, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado.* ***Tres son los elementos que conforman este tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conllevan peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño.*** *Desde esta perspectiva... no estaba obligado el actor a probar la existencia de culpa o negligencia del demandado en la producción del daño, pues bastaba su condición de propietario del susodicho automotor, para que naciera su responsabilidad civil solidaria con el conductor. En eso estriba, precisamente, la responsabilidad objetiva... En el presente proceso, bastaba con demostrarse la condición de propietario del demandado sobre el vehículo AB-779, para que prosperara la pretensión,* ***toda vez que el daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho que lo ocasionó se demostró en sede de tránsito****..."*(la negrilla y el subrayado se suplen). Entonces, según entiende esta Sala de Casación Penal, la aplicación del artículo 1048 párrafo 5º del Código Civil presupone que se haya verificado por lo menos una relación de causalidad entre el hecho o la actividad de transporte, que es la fuente de riesgo o peligro, y el daño o perjuicio resarcible. Este artículo, en el párrafo en mención, considera consecuencias dañosas específicas (muerte o lesiones) posteriores a una acción de transporte desarrollada por una persona o empresa explotadora, pero presupone una relación de causalidad entre esa actividad riesgosa y el resultado dañoso resarcible. Esta posición ya

ha sido sostenida por esta Sala, en el fallo #1262-97 antes citado ***(...)*** Efectivamente, si se crea una fuente de peligro y de probables daños, como la que existe con la explotación de la actividad de transporte mediante vehículos automotores, y se expone a las personas a dichos riesgos o peligros, existe un deber de indemnización de quien explota esa fuente, respecto de los daños ocasionados, independientemente de la existencia de dolo o culpa de la persona que desarrolla la conducción de los vehículos. Pero esa obligación se presenta si el daño se verifica como consecuencia o concreción de la actividad que es fuente de peligro o riesgo. Sobre el análisis de causalidad en este supuesto de responsabilidad objetiva, ya en doctrina más reciente se ha indicado que *"Aunque la necesidad del requisito es más evidente en el caso de la responsabilidad personal, el nexo de causalidad de hecho debe concurrir también cuando se responde a título de responsabilidad objetiva"* (VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, editorial Astrea, 1999, p.288.). De manera que, desde la perspectiva de esta Sala, no resulta correcta aquella posición según la cual en las situaciones en las que intervienen vehículos o medios de transporte explotados por una persona o empresa y se presenta la muerte o lesión de un tercero, se deba presumir el nexo causal y atribuir una responsabilidad civil solidaria a la empresa o persona que explota, por el mero hecho de hacerlo y concurrir en la situación antes descrita. Aun cuando la responsabilidad civil objetiva no debe ser necesariamente la consecuencia de un hecho punible, lo cierto es que debe existir una vinculación causal entre la actividad riesgosa desarrollada y los daños a indemnizar. Como ya se ha indicado, para el caso de las empresas que desarrollan una actividad totalmente lícita, aunque riesgosa, de transporte, existe una obligación de indemnización o resarcimiento de daños, **pero cuando estos son el resultado o la actualización de su actividad y no de las acciones de otros**. Como se ha considerado en la jurisprudencia de la Sala Primera sobre responsabilidad objetiva: *"Para que exista responsabilidad civil, contractual,* ***es requisito indispensable la existencia de un nexo causal, directo, eficiente o adecuado, entre la conducta del sujeto al que se le pretende atribuir la responsabilidad, y el daño causado. Aún en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente, y el daño ocasionado.*** *El artículo 704 del Código Civil, en materia de daño contractual, dispone expresamente que «en la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse».* ***La causa debe ser directa e inmediata en relación con el daño producido.*** *La Sala de Casación, en sentencia Nº 29 de las 15,40 horas del 25 de marzo de 1958, estableció que «Los daños y perjuicios ... deben ser una consecuencia inmediata y directa ...». En otro fallo más reciente, la Sala expresó: «La naturaleza del reclamo no constituye daños y perjuicios inmediatos y directos conforme lo pide el artículo 704 del Código Civil ... En efecto, la posible ganancia que pudiera haber obtenido la compañía demandada con la venta del terreno en el predio vecino, constituye un hecho indirecto no indemnizable sin ninguna relación de causalidad directa con el acto productor del daño» (sentencia Nº 35 de las 14,10 horas del 22 de abril de 1970).* ***Este principio, en defecto de norma expresa, es de aplicación también a la materia extracontractual.*** *Así lo consideró la Sala en la sentencia de las 15,15 horas del 10 de julio de 1970, al decir que «los daños y perjuicios que pueden reclamarse con base en el artículo 1045 del Código Civil, son los que sean una consecuencia directa e inmediata, es decir pueden haberse producido única y exclusivamente por haberse llevado a cabo los hechos que los motivaron».* ***Aún en los casos de responsabilidad civil objetiva deberá existir una causalidad adecuada, pero en este caso entre la puesta en marcha de una actividad peligrosa y el daño"*** ( Sala Primera, voto #354 de las diez horas del catorce de diciembre de mil novecientos noventa. La negrilla no es del original). El problema básico de esta forma específica de responsabilidad objetiva, radica entonces en distinguir si la actividad riesgosa de transporte es la causa **necesaria y directa** que desencadenó los daños, en particular la muerte y las lesiones que establece el numeral 1048 del Código Civil, o si solamente se presenta con ocasión de la acción de otro. En este caso la problemática relativa al nexo causal se configura como específicamente civil. Como criterio básico debe existir un nexo mínimo de causalidad entre la actividad riesgosa de transporte y el daño a resarcir, lo cual se analiza mediante un proceso de supresión hipotética de la actividad que es fuente de peligro para verificar si el daño se hubiera dado aun en ausencia de la misma. Dicho en otras palabras, quien no aporta por lo menos una *conditio sine qua non* del resultado dañoso queda excluido del deber de resarcir. Pero, ese análisis causal básico resulta necesario, más no suficiente, para determinar si el daño es o no resarcible, ya que además se debe analizar que este daño sea la actualización determinante y directa de la actividad peligrosa, y no el producto de la verificación de otra acción. En el presente caso el *a quo* determinó que los resultados dañosos, es decir las lesiones y muertes sobrevinientes, se desencadenaron *"Debido a la imprudencia del conductor R. C. y al irrespeto de la señal de alto..." (folio 446),* y más concretamente se indicó al establecer la causa del accidente, que este se produjo "*...porque el encartado C. C. "al llegar al cruce ubicado al costado suroeste de la iglesia católica de Tibás, en forma imprudente no respetó la señal de alto de acatamiento obligatorio que lo obligaba a detenerse totalmente, continuando irresponsablemente con su marcha." (folio 495).* La misma consideración sobre la causa del accidente y de los resultados dañosos se realizó en el apartado referido a la acción civil resarcitoria,

donde se indicó que el cabezal conducido por el acriminado M. O. *"...impactó violentamente con el costado derecho de la microbús, provocando que ésta hiciera un giro sobre sí misma"* pero *"Debido a la imprudencia del conductor R. C. C. y al irrespeto de la señal de alto..."* (folio 526). De manera que fue debidamente acreditado que el choque del furgón y los desafortunados resultados que sobrevinieron, se desencadenaron con ocasión de la acción imprudente del conductor de la buseta. Fue en virtud de esa acción imprudente, la cual desencadenó el resultado de muerte y lesiones, que se consideró que el encartado C. C. se encontraba en la obligación de indemnizar, a título de responsabilidad civil subjetiva, los daños y perjuicios ocasionados (folio 523 de la sentencia)."

**Sala Tercera de la Corte, Voto No. 383 de las horas 8:40 horas del 13 de mayo de 2005.**

**21) RESTITUCIÓN. Anulación de instrumentos públicos. Casos en los que procede.**

"El último motivo del recurso cuestiona la decisión del tribunal de no anular el documento de traspaso ni ordenar poner al querellante en posesión del inmueble. **Del modo que se dirá, es atendible el reparo**: Conforme lo expuso la Sala en sentencia No. 1462-04, de 9:00 horas de 22 de diciembre de 2004: *"El artículo 468 del Código Procesal Penal dispone que las sentencias en las que se declare la falsedad de un instrumento público deberán ordenar que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado, decretando, de ser el caso, las rectificaciones registrales que correspondan. Esta norma guarda correspondencia con lo previsto en el artículo 103 del Código Penal, en tanto las modificaciones, reformas o supresiones de los actos plasmados en el instrumento público pueden tener los efectos –y, de hecho, usualmente los poseen- de una restitución, a fin de retornar las cosas al estado en que se hallaban antes de que se cometiera el delito o, en fin, de que ocurriera la falsedad comprobada, se adecue o no esta última a una figura penal o aunque se absolviera al imputado por otras razones (v. gr.: porque prescribió la posibilidad de perseguir el delito). La restitución ha de ordenarla el Tribunal de oficio, es decir: incluso en el evento de que no se plantee acción civil resarcitoria que la reclame. Así deriva de lo establecido en el inciso d) del artículo 361 del Código de rito, que ordena ese pronunciamiento oficioso, por separado de lo que corresponde a la indemnización de daños y perjuicios. Significa lo anterior que no se requiere la demanda resarcitoria para que el juzgador penal decrete el deber de restituir..."*. En el presente caso, los jueces fundan su rechazo de las pretensiones de la querellante en la circunstancia de que se absolvió al justiciable B. B.. Sin embargo, tales razones no son de recibo, pues la orden de anular un documento o de restituir las cosas a su estado anterior al delito, no depende de que se dicte una condena contra una persona específica, sino de que se compruebe, en lo que resulta de interés en este asunto, la falsedad de un documento. Desde este punto de vista, no puede compartirse el razonamiento de los jueces, puesto que la absolutoria decretada se basa de modo exclusivo en la circunstancia de que el notario acusado no actuó con el dolo requerido por el tipo penal y esto, desde luego, no enerva la potestad (poder-deber) de los jueces de ordenar que se anule un documento falso y se disponga la restitución, si fuere procedente. Ahora bien, la Sala se encuentra inhibida para pronunciarse sobre el fondo de tales aspectos, ya que nunca se le confirió audiencia en este proceso a J. F. D. G., quien compareció ante el notario como comprador del inmueble y suscribió la escritura que se acusa de falsa. Como se expuso en la sentencia 1462-04 antes citada, a falta de una gestión de las partes (incluido el Ministerio Público y, desde luego, el profesional que aquí impugna) quienes también deberían ocuparse de prevenir y evitar este tipo de defectos, los tribunales, de oficio, deben adoptar las previsiones que aseguren el respeto al derecho de audiencia de todos los individuos (personas físicas y jurídicas) que puedan verse directamente afectados en el evento de que se dispongan en el fallo ciertas medidas como el comiso o, en este caso, la pretendida anulación de un documento y la puesta en posesión de un inmueble. Solo de este modo se garantiza que se hará del conocimiento del potencial afectado la posibilidad de que se anule un instrumento público del que pretende derivar algún derecho y se le permite ejercer la defensa que considere pertinente, si a bien lo tiene. La falta de tal audiencia genera un vicio que impide a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto y que debe ser corregido. Así las cosas, procede acoger este extremo del recurso. Se casa la sentencia impugnada en cuanto rechazó la solicitud de anular la escritura de traspaso de la finca inscrita en el Registro Público, matrícula No. 26009-000 y autorizada por el Notario M. B. B. el 3 de agosto de 1995, comunicar la anulación a las oficinas competentes y poner en posesión del inmueble a su legítimo propietario. En su lugar, se ordena el juicio de reenvío parcial para que con nueva conformación de Tribunal y con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 359 del Código Procesal Penal, se confiera audiencia a J. F. D. G. y se discuta y decida si procede aplicar lo dispuesto en el artículo 468 ibídem. Salvo la anulación aquí decretada, permanece incólume el fallo de mérito en todo lo demás."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 438 de las 10:18 horas del 20 de mayo de 2005.**

**22) ROBO AGRAVADO. Diferencias respecto a la tentativa, delito frustrado y consumado.**

"Se debe partir de un dato cierto, ninguno de los afectados por el hecho delictivo recuperó el dinero en efectivo que portaba, ni se recobró uno de los aparatos telefónicos móviles de las víctimas. Ha quedado fehacientemente demostrado además, que los encartados

S. M. M. y F. S. B. se apoderaron materialmente de los bienes citados, siendo perseguidos por los damnificados y otras personas que le brindaron auxilio, entre ellas autoridades policiales. Conviene recordar que mientras el sujeto pasivo tenga la posibilidad de disponer de la cosa, es decir que aún no haya sido sacada de su esfera de dominio, el delito de robo no se ha consumado, puesto que no se perfeccionado el desapoderamiento. Así, puede suceder que se inicie el robo, sin ni siquiera lograr apoderarse materialmente de la cosa, en cuyo caso estamos claramente en presencia de una tentativa; o bien que se produzca el apoderamiento material de la cosa sin que se de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende *in fraganti* al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes, este sería un delito frustrado; una tercera posibilidad, consiste en el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, claro ejemplo de un delito consumado. En el caso concreto, ¿tuvieron los ofendidos M. A. A. G. y A. S. B. alguna posibilidad de ejercer disposición sobre sus bienes mientras perseguían a los encartados? La respuesta es negativa, tanto es así que los atracadores pudieron disponer del dinero efectivo y un aparato telefónico celular (aunque no se les haya incautado) sin que los tenedores originales pudiesen recuperar sus bienes, razón por la cual se acredita que por algún lapso hubo efectivamente desapoderamiento y se sacó de la esfera de dominio de los dueños, los objetos sustraídos mediante el robo acusado, ya que los endilgados ocultaron el botín conforme a su arbitrio. Dentro de este razonamiento, conviene reseñar que aún cuando se hubiese recuperado la totalidad de las cosas robadas, es aún posible la consumación del delito de robo, cuando el, o los sujetos activos abandonan o tiran el botín con el fin de desvincularse del hecho delictivo, puesto que lo que se protege es la disposición del bien mueble por parte del propietario, poseedor o tenedor del mismo de manera continua, de forma que no puede quedar librado al azar de una eventual recuperación del objeto sustraído el disfrute de su derecho, para poder así estimar que se está ante un delito consumado sólo cuando los objetos escondidos, abandonados, botados, o lanzados por el agente no son encontrados, ya que ello supondría un esfuerzo adicional al damnificado y/o a las autoridades policiales para acreditar lo que ya está demostrado: que el sujeto pasivo ha perdido la posibilidad de disposición sobre los objetos materiales que ha sido desapoderado y por ende el delito de robo ha sido consumado. Pensar de otra manera, implicaría una asimilación indeseable del sistema de prueba tasada que no resulta necesario y es excesivo para el *onus probandi*."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 49 de las 9:35 horas del 4 de febrero de 2005.**

**23) ROBO AGRAVADO. Inexistencia de la agravante. Uso de arma durante luego de la consumación.**

"La referida plataforma fáctica, fue calificada por los Juzgadores como robo agravado mediante la utilización de armas, contemplado en el artículo 213 inciso 2) del Código Penal. Sin embargo, desde una perspectiva integral de la resolución dictada, tal conclusión no se ajusta a la relación de hechos demostrados con fundamento en las pruebas aportadas, en el tanto el uso del arma punzo-cortante por parte del enjuiciado contra el ofendido J. L. M. R., no concurrió durante el apoderamiento de los bienes sustraídos, ni aun en la etapa de agotamiento o consumación; por el contrario, la utilización del arma para amedrentar al ofendido, surgió cuando ya el delito había sido consumado, es más, los bienes habían salido de la esfera de custodia de ese último, por disposición del encausado, ya sea porque se los entregara a la mujer de identidad desconocida que lo acompañó en el despliegue de su actuar ilícito y portaba un maletín de características similares a aquel que llevaba también el justiciable, o porque los botara durante la persecución, o de alguna otra manera se deshiciera de las joyas sustraídas, al punto que no se lograron recuperar. Esta Sala ha señalado que en el delito de robo, la agravante contenida en el artículo 213 inciso 2) del Código Penal concurre cuando la conducta delictiva desplegada durante el apoderamiento, se cometa con armas, entendiendo que el apoderamiento no constituye un hecho único y aislado, sino que se conforma de uno o varios actos hasta su consumación, independientemente de que el sujeto activo utilice o no el arma, basta que sea portada incrementando el poder ofensivo de quien hace uso de ella, venciendo así la resistencia de la víctima para repeler el ataque o para impedir la materialización del desapoderamiento de los bienes. Sin embargo también ha establecido que resulta discutible aceptar la concurrencia de la calificante mencionada, cuando el uso de armas se produce después del apoderamiento pero antes de que el autor de la sustracción haya logrado sacar el bien de la esfera de custodia del ofendido, pues en estos casos la violencia se ejerce para lograr la impunidad o para obtener el provecho de la actividad ilícita, pero no busca el apoderamiento del objeto pues este ya ha sido tomado –(entre otros, ver votos números 540-F-92, de las 11:00 horas del 6 de noviembre de 1992; 179-F-93 de las 9:55 horas del 23 de abril de 1993; 304-93 de las 9:20 horas del 18 de marzo de 1993; 1134-02 de las 11:38 horas del 1 de noviembre de 2002 y 102-03 de las 8:50 horas del 21 de febrero de 2003. Sala Tercera)-. En este caso, la inexistencia de la agravante se clarifica aun más, por cuanto el uso del arma por parte del imputado contra el ofendido, se da cuando el apoderamiento contra los perjudicados ya había sido plenamente consumado y los bienes, como se indicó anteriormente, habían salido de su esfera de custodia, pues el justiciable dispuso de ellos con anterioridad al momento de su detención. Para que opere la agravante mencionada, se requiere una vinculación objetiva y subjetiva entre la violencia ejercida y el

apoderamiento realizado mediante la amenaza con el arma, lo que implica en el primero de los casos, que la conducta violenta sea la que permita precisamente ese apoderamiento o su consolidación, y desde una perspectiva subjetiva, el sujeto activo debe dirigir su acción a esas dos fases mencionadas. Tales consideraciones no resultan aplicables en la especie, en el tanto el referido nexo deviene inexistente, pues conforme a lo demostrado, el justiciable extrajo de sus ropas el arma punzo cortante con la que amenaza a M. R., cuando el apoderamiento estaba plenamente consumado, por lo que el uso del arma le sirvió tan solo para tratar de lograr su impunidad, evitando que el ofendido continuara con su persecución, lo que no consigue, pues es detenido por la policía. En consecuencia, resultando procedente la eliminación de la causal de agravación por el uso de arma, aun cuando no se determinó la forma en que el imputado logró levantar el vidrio de la urna que contenía la bandeja con las joyas sustraídas, quedó debidamente comprobado con la prueba testimonial analizada en el fallo, que el vidrio estaba unido con silicón a la urna, por lo que para despegarlo el justiciable ejerció algún tipo de fuerza adicional, incluso el joyero ofendido J. M. R. manifiesta en debate que para abrir la urna debió utilizar la navaja –(ver folios 179 y 180)-, lo que permite concluir que la maniobra empleada no era la forma usual para abril tal estructura, requiriéndose una fuerza anormal para lograr su cometido, de allí que la conducta desplegada por el convicto, conforme al marco fáctico acreditado, y siendo valorados los bienes sustraídos en la suma de un millón quinientos mil colones en forma global, se adecua dentro de los presupuestos contenidos en el delito de robo, previsto y sancionado en el artículo 212 inciso 2) del Código Penal, al haber ejercido el imputado fuerza sobre las cosas para facilitar el apoderamiento ilegítimo de los bienes sustraídos, en el tanto se venció la resistencia que le oponía el uso del silicón para asegurar el vidrio de la urna, como medio de protección de la estructura y su contenido. Por otra parte, la utilización del arma por parte del imputado, si bien no configuraría la agravante del delito de robo tantas veces mencionada, se adecua a los presupuestos atinentes a la contravención de amenazas personales prevista y sancionada en el artículo 384 inciso 2) del mismo cuerpo legal, en concurso material con el delito señalado."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 637 de las 12:00 horas del 17 de junio de 2005.**

**24) TENTATIVA DE HOMICIDIO. Acreditación del elemento subjetivo. La pericia médica no es suficiente.** "Lleva razón la defensa cuando reclama la insuficiencia en el razonar de los juzgadores, respecto de un elemento esencial del fallo, cual es el elemento subjetivo del delito de tentativa de homicidio por el que condenan a H. H.. Si bien es cierto la pericia médico legal indica que las lesiones que sufrió la víctima comprometieron su vida y este es un elemento de importancia dentro de la valoración que deba hacerse de los hechos y de la responsabilidad del imputado, no es el único ni el más importante, pues podría darse el caso de que las lesiones sufridas ni siquiera representen un peligro real, pero dentro del contexto de los hechos pueda razonable y fundadamente concluirse que se está en presencia de una tentativa de homicidio a pesar de la pericia. Lo anterior se señala, para evidenciar que aún cuando en este caso concreto la pericia sí contiene esa variable, aún así no podría afirmarse sobre esa sola base, la intención de dar muerte en el sujeto agresor. Este ejercicio nos lleva a vislumbrar la importancia esencial -como no podría ser de otra forma en un proceso penal de una democracia y en un Estado de Derecho- de que todas estas consideraciones jurídicas que se relacionan con el hecho concreto que se juzga y sobre el que se pretende la responsabilidad penal de una persona, *deban ser debidamente analizadas y suficientemente fundamentadas en la sentencia*, para hacer realidad el principio de motivación de todo acto del poder público – el judicial lo es esencialmente- y de la necesaria demostración de culpabilidad. Si se condena a alguien por haber querido dar muerte a una persona, sin que el resultado se haya producido por causas ajenas a la voluntad del agente -artículos 24, 45, 111 del Código Penal- la aplicación de estas normas debe tener un antecedente de desarrollo y motivación en la sentencia, relacionado con la causa específica que se juzga, con los hechos concretos y con la conducta del imputado en ese caso. Objetivamente podría considerarse la existencia de las variables, pero si no están razonadas en el fallo, este carece de motivación, porque faltaría la vinculación de esa objetividad con el caso concreto y la subjetividad del autor, básicos en la responsabilidad penal que es por hechos que puedan reprocharse al sujeto. **II-** A propósito de lo dicho, resulta útil traer a colación lo que la Sala y su jurisprudencia han desarrollado sobre el punto, para lo cual son relevantes las consideraciones hechas en el precedente 607-02 de las 11:23 horas del 21 de julio de 2002 (...) *(Sentencia N°. 553-2.001, de 9:20 horas del 8 de junio de 2.001) ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2000-00251, de las 9:45 horas del 15 de marzo de 2002[...]'*. (en igual sentido, consúltese la resolución 777-02, de las 11:22 horas del 9 de agosto de 2002 de esta Sala). **III-** De la cita anterior podemos rescatar efectivamente para el caso que nos ocupa, lo dicho en cuanto a que los resultados de la pericia médico legal no necesariamente "resuelven" el tema de si se está o no frente a una tentativa de homicidio, se requiere de una labor valorativa de los Juzgadores de ese dato y las demás circunstancias propias del hecho concreto, su dinámica, la conducta del agresor, de la víctima y las condiciones de tiempo, modo y lugar, que abarquen en consecuencia, cuál es la conducta, porqué razón se estima que puso en peligro el bien jurídico vida, cuál la idoneidad del medio empleado y de la conducta desarrollada para poner el peligro de lesión a la vida y cuáles serían los factores externos a la voluntad del agente que impidieron el resultado. Nada de este esfuerzo se hace en la sentencia,

cuya único sustento para concluir que se está frente a una tentativa de homicidio, es la pericia médico legal que afirmó que las lesiones pusieron en peligro su vida, sin un desarrollo específico de la dinámica del hecho y la conducta del agresor que permita sustentar adecuadamente la conclusión jurídica que obtienen, como sí se hace en el caso analizado en la resolución que se citó, lo que vicia en forma esencial lo resuelto y ello es suficiente para invalidar el fallo."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 286 de las 9:30 horas del 15 de abril de 2005.**

**25) VIOLACIÓN. Alcances de los conceptos chupar y lamer. Diferencia con abuso sexual.**

"(...)Así las cosas, los reclamos formulados por el imputado y su defensa en cuanto al primer hecho (en el que originariamente se decía tan solo que el imputado obligó al menor a que le chupara el pene, y luego se agregó una oración indicando que lo "introdujo en la boca del menor y obligó al menor a que se lo chupara") resultan improcedentes. Ese reproche en particular no es de recibo, porque a pesar de la errónea calificación legal de abuso sexual formulada en la acusación original, al utilizar el verbo "chupar" se describía en realidad un hecho constitutivo de violación, aparte de lo que parece ser un tocamiento previo impune. Esto es así porque los hechos inicialmente descritos con el verbo citado, superan la mera actividad de **lamer** o *"pasar la lengua por la superficie de algo...Rozar blanda y suavemente algo al pasar por ello..."* (Diccionario de la lengua española., Op. Cit. p.1345); y denotan una idea de acceso o penetración oral, que no encuadra con el delito de abuso sexual sino con el de violación. Por esa razón, y exclusivamente en cuanto a ese hecho, la modificación de la acusación no fue de carácter esencial, ya que desde la acusación original se achacaba un acceso oral, una violación, y esto no fue variado con la modificación que sobrevino en juicio."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 32 de las 10:05 horas del 28 de enero de 2005.**

**26) VIOLACIÓN. Análisis en torno al himen dilatable.**

"Contrario a lo que estima el defensor, el Tribunal analizó con la extensión requerida el dictamen médico legal practicado a A. B. M. (visible a folios 29 y 30 frente) y en el cual, se concluye que la niña tiene un himen de tipo complaciente. Como en efecto apuntan los Jueces a folios 158 y 159 frente, dicha circunstancia no excluye la existencia del delito pues dada esa característica, aunque se dé la penetración carnal el himen podría no romperse. Para esta Sala, en dicha conclusión no hay yerro alguno toda vez que de conformidad con la doctrina más autorizada, el himen dilatable o complaciente, *"presenta un orificio que permite el paso del pene o de dedos sin romperse y vuelve a las dimensiones normales una vez que aquel o aquellos se retiran."* (VARGAS ALVARADO, Eduardo. Medicina Legal. México: Trillas, 2° edición, 1999, p. 257.) De tal suerte, es completamente factible que pese a la penetración de la que fue objeto, el himen dilatable de la víctima no presentara rupturas y en ese tanto, no existiera sangrado alguno. Igualmente, la doctrina señala que normalmente, en niñas de más de seis años el himen dilatable permite el paso de dos dedos de un adulto promedio. Si consideramos que cada dedo de un adulto tiene una medida aproximada de un centímetro de diámetro (como se extrae del dictamen No. D.M.L. No. 8111-04 que en otro proceso penal y a pedido de esta Sala, elaboró la Sección Clínica Médico Forense del Departamento de Medicina Legal), se concluye que el himen también admitiría el paso de un pene y con más razón, si la víctima tiene entre diez y once años, pues sus órganos están más desarrollados. Así las cosas, se concluye que el a quo ponderó de forma correcta y con la amplitud necesaria la pericia que cita el quejoso, no existiendo el defecto que se reprocha."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 248 de las 11:30 horas del 1º de abril de 2005.**

## B.- DERECHO PROCESAL PENAL

**27) ACCIÓN PENAL. Delitos de acción publica perseguibles a instancia privada. Análisis en torno a los delitos sexuales.**

"En este acápite, el defensor público del justiciable reclama que el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad agravado por la relación de parentesco es de acción pública dependiente de instancia privada y no de acción pública. En concreto, agrega que el Tribunal hizo mal al considerar que se trata de una agresión sexual calificada o agravada en los términos que señala el inciso b) del numeral 18 del Código Procesal Penal. **No lleva razón el recurrente.** El Tribunal tuvo por demostrado que la ofendida I. P. D. D. a la edad de catorce años y diez meses de edad tuvo relaciones sexuales consentidas con su hermano J. A. D. D., encuentro del que nació el niño W. A. D. D. (folio 82 frente), no obstante que desde el inicio mismo del proceso la víctima manifestó su deseo de no denunciar o declarar en contra de su hermano (folio 6 frente), posición que reiteró en el mismo debate (folio 83 frente). Ante este panorama, lo primero que hay que es si el delito de *rélaciones sexuales con persona menor de edad* calificado por la relación de parentesco es de acción pública o de acción pública perseguible sólo a instancia privada. Sobre esto, nos resulta útil hacer referencia a la sentencia de la Sala Constitucional No. 00993, de las 16:21 horas del 16 de febrero de 1999, que en lo que interesa, indica: *«(...) El artículo 18 del Código Procesal Penal amplía con respecto a la legislación anterior la cantidad de delitos*

*considerados de acción pública perseguibles a instancia privada. Con relación a los delitos cuyo bien jurídico tutelado lo constituye la libertad sexual se consideran de acción pública a instancia privada las* ***relaciones sexuales consentidas*** *con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad, la violación cuando la persona ofendida sea mayor de quince años no se halle privada de razón o incapacitada para resistir (inciso a) y las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas. La nomenclatura que utiliza este artículo no coincide del todo con la utilizada por el Código Penal vigente, por ejemplo, en este último no se contempla ninguna figura denominada relaciones sexuales consentidas o agresiones sexuales.- Sin embargo es claro que se incluyen dentro del concepto de agresiones sexuales sólo las que no se encuentran incluidas expresamente en el inciso a) del artículo 18, dado que si el legislador hubiera querido incluir a esos tipos penales, entre ellos, la violación, así lo habría hecho claramente.- Esa ampliación del catálogo de delitos que son dependientes de instancia privada se origina en la filosofía del renacimiento de la participación de la víctima en el proceso penal que inspira la nueva normativa e implica el otorgarle a ésta la posibilidad de decidir tanto el inicio del proceso como su finalización. El artículo 17 del Código Procesal Penal en el párrafo cuarto, refiere que la víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, claro está, cuando se trata de delitos de instancia privada o de acción pública a instancia privada.-* ***La decisión de cuáles delitos son objeto de acción pública y cuáles de acción privada es de competencia exclusiva del legislador quien dentro del marco del diseño de la política criminal crea y define las conductas delictivas con sus correlativas consecuencias jurídicas así como las normas procesales.*** *El accionante hace una comparación entre el delito de violación y el delito de abuso deshonesto agravado y refiere que en el primero sí existe la posibilidad de revocar la instancia y en el segundo no. Esa afirmación no es verdadera. El único caso en que se puede revocar la instancia con relación a la imputación de hechos constitutivos del delito de violación es cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se hallare privada de razón o esté incapacitada para resistir. Los demás casos de violación son de acción pública en razón de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 18 del Código Procesal Penal, incluyendo claro está las figuras agravadas y calificadas. De manera que tanto en el caso de la violación agravada o calificada como en el del abuso deshonesto agravado o calificado, no es posible que la víctima revoque la instancia pues no está dentro de su poder de disposición por tratarse de delitos de acción pública. Aunado a ello, la condición de «profesional» que se prevalece del ejercicio de su cargo como agravante de la figura penal existe tanto para el caso de la violación como del abuso deshonesto.- En todo caso, se trata de dos figuras penales disímiles que el legislador puede regular conforme crea conveniente, siempre que la diferenciación no se fundamente en una razón ilegítima o discriminatoria contraria a los derechos humanos, esto es, no está obligado a otorgar el mismo trato a los autores de una y otra figura. Por todo lo expuesto, se concluye que no existe ninguna desigualdad de trato que reconocer así como tampoco ninguna irrazonabilidad o desproporcionalidad que haga inconstitucional la norma cuestionada...».* (El destacado es nuestro). Haciendo este mismo análisis con respecto al delito de *relaciones sexuales con personas menores de edad*, previsto y sancionado en el numeral 159 del Código Penal, estima esta Sala que el inciso a) del artículo 18 del Código Procesal Penal solamente contempla como perseguible a instancia privada la forma simple de dicha delincuencia, a saber, la relación sexual consentida con una persona mayor de doce años y menor de quince, siendo de acción pública los casos en que esta delincuencia se califica o agrava por el vínculo existente entre el autor del hecho y la víctima. En esto, no se puede desconocer que el legislador elevó la pena tratándose de estas conductas e incluso, amplió hasta los dieciocho años la edad que podría tener la persona ofendida, poniendo de manifiesto lo reprochable que le resulta el hecho de que un individuo que tiene la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana, tutor o guardador de la víctima, se aproveche de la edad de ésta para tener relaciones sexuales consentidas. Para los suscritos, si el legislador hubiese considerado que la figura calificada o agravada de las relaciones sexuales con personas menores de edad también debía ser incluida entre los delitos de acción pública perseguible sólo a instancia privada, así lo habría señalado en el inciso a) del numeral 18 del Código Procesal Penal, más si no lo hizo, reformando dicha norma (pues la actual redacción del artículo 159 del Código Penal entró en vigencia con posterioridad al Código Procesal Penal), fue precisamente porque estimó que se trata de conductas que lesionan seriamente el bien jurídico tutelado y en ese tanto, su persecución no podría depender de la voluntad de una de las partes. Ante esta tesitura, es evidente que no obstante la negativa de la víctima para denunciar a su hermano, era legalmente posible que el Ministerio Público investigara y acusara la delincuencia cometida por éste y que el Tribunal de Juicio, tras tenerla como demostrada, la sancionara."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 234 de las 9:00 horas del 1º de abril de 2005.**

**28) ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Defectos absolutos no se convalidan. Problema con rebeldía erróneamente dictada.**

"El tema de fondo que subyace (...) es la convalidación de la actividad procesal defectuosa, y concretamente de los defectos absolutos. En esta materia, y siguiendo la terminología propuesta por Alberto BINDER, la nulidad debe entenderse como ineficacia, el saneamiento como reparación, y la convalidación como absorción del

defecto (BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica de la teoría unitaria de las nulidades*», Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 97). En el Código de Procedimientos Penales de 1973, una versión levemente modificada del Código Rocco, la nulidad sólo podía alegarse en estrictos plazos de caducidad. El Código Modelo para Iberoamérica, aunque también tiene influencias del Código Rocco, además de la "*Strafprozessordnung*" alemana de 1877, solamente contiene una regla en cuanto al momento en que debe alegarse la conducta procesal incorrecta, y es en el momento en que la parte lo conoce (Art. 176 del C.P.P.). En caso de que no se alegue al momento de conocerlo, el mismo se convalida (Art. 177 inciso a). Pero el momento en que se conoce el vicio y se protesta por él se torna intrascendente en el caso de los defectos absolutos, como por ejemplo el caso de defectos producto de la violación de derechos constitucionales, que por disposición legal no son convalidables (art. 177 del C.P.P.). Un sector de la doctrina considera que los defectos que impliquen violación a derechos constitucionales, no sólo no son convalidables (absorción del defecto) sino que incluso no son saneables, entendiendo saneamiento como reparación del defecto (Ver: ARMIJO, Gilberth, "*La Actividad Procesal Defectuosa*" REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996, p. 548, MORA MORA, Luis Paulino, *Los principios fundamentales que informan del Código Procesal Penal de 1998*, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996, p. 46, UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*, Ed. Jurídica Continental, San José, 1ª. Ed. 2004, p. 38.) Toda rebeldía tiene como consecuencia el dictado de una orden de captura, de manera que los defectos relacionados con ella implican violación al artículo 37 de la Constitución Política que consagra el derecho a la libertad ambulatoria, y por lo tanto no son convalidables. Por otro lado, uno de los principales derechos constitucionales es el derecho al debido proceso, y la adecuada y suficiente fundamentación de los aspectos relacionados con la prescripción de la acción, forma parte de ese derecho (SALA CONSTITUCIONAL, No. 6649-01 de las 14:36 hrs. del 11 de julio de 2001). Esto significa que el error de los Tribunales en dictar la rebeldía cuando el imputado tenía un grave y legítimo impedimento para acudir al tribunal, como lo es, el hecho de encontrarse privado de libertad, por tratarse de un defecto que afecta garantías constitucionales, no puede ser objeto de convalidación. El artículo 175 del Código Procesal Penal establece que no pueden tomarse en cuenta para fundamentar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en la ley, y en general, en el ordenamiento jurídico, salvo que el defecto haya sido saneado. Tal y como se expuso arriba, los defectos relacionados con la libertad del imputado y la prescripción no son saneables ni convalidables, pues implican violación a normas constitucionales. De manera que para resolver el presente asunto, el Tribunal no podía tomar en cuenta un decreto rebeldía dictado sin darse las condiciones legales para el mismo, por lo que debe anularse y tenerse como inexistente. En cuanto al argumento del recurrente en el sentido de que ha operado la prescripción, y tomando en cuenta la ineficacia del acto procesal del juez que decretó la rebeldía y ordenó su captura, debe ser declarado con lugar. En el presente caso la indagatoria se dio el 11 de diciembre de 1998. El primer señalamiento a audiencia preliminar se dio el 24 de enero de 2001 (ver folio 58), ocho meses antes de la reforma hecha al artículo 33 del Código Procesal Penal mediante Ley No. 8146 del 30 de octubre de 2001, que incluyó a dicho acto como una causal de interrupción de la prescripción, por lo que al caso concreto no le es aplicable la referida modificación (artículo 34 de la Constitución Política). Esto significa que el delito prescribió el 11 de diciembre de 2003, casi un año antes de la celebración del juicio oral. Así las cosas, se declaran ineficaces la declaratoria de rebeldía de las 9:00 horas del 31 de julio de 2001 y la sentencia recurrida. De conformidad con los artículos 30 inciso e, 311 inciso d y 444 del Código Procesal Penal, se sobresee al imputado, por haber prescrito la acción penal en relación con los hechos acusados."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 86 de las 10:30 horas del 11 de febrero de 2005.**

**29) ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Defectos absolutos no se convalidan.**

"En el caso súblite, se ha insistido, al menos por los Juzgadores que conocieron de la causa (tanto en la etapa intermedia como en el debate), lo mismo que por los representantes del Ministerio Público, que no se ha causado quebranto alguno al derecho de defensa, pues al iniciarse el juicio se subsanaron todos los defectos o yerros que existían. Para la Sala esta posición es insostenible, pues el derecho de defensa, como ha sido concebido en nuestro sistema jurídico, no está sujeto a condicionamientos ni a simples enmiendas de parte de las autoridades responsables del proceso (Juzgadores y Fiscales), sino que es un derecho real y efectivo que permanece durante el tiempo que la causa exista. Salvo que la parte interviniente, el imputado en este caso, concurra a generar el defecto o admita su convalidación, cualquier inobservancia o quebranto al derecho que se cita, acarrea la ineficacia, invalidez, inexistencia o nulidad del acto o actos que de él dependan. La defensa de M. M. desde el mismo momento en que tuvo noticia del error en el que se estaba incurriendo, y con el propósito de que se procediera conforme a derecho, insistió que no era posible continuar con el proceso al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 303 del Código procesal. Su gestión estuvo orientada a que su patrocinado, conforme a los medios, instrumentos y demás mecanismos de orden técnico-legal existentes, se pudiera enfrentar a

una acusación debidamente formulada, es decir, que conociera cuál era la conducta que se le reprochaba. Caso contrario, de no existir conducta delictiva alguna, se procediera a dictar el correspondiente sobreseimiento. No bastaba además, como lo estimaron los Juzgadores en debate, la lectura de un nuevo cuadro fáctico, distinto al anterior (y que se presentó con la nueva solicitud de apertura a juicio que se agregó al expediente a folio 661 y siguientes), ***era indispensable que durante la tramitación de la causa se cumpliera con todas las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico con el propósito de que se ejercieran los derechos respectivos***; entre los que se encuentra, el ser informado de la existencia de una acusación con todas las exigencias dispuestas en la ley. Estas garantías y derechos no sólo se encuentran recogidos en nuestra normativa interna, sino también en la de orden internacional, como lo es la "Convención Americana Sobre Derechos Humanos", en donde se encuentra regulación expresa al respecto. De manera específica, en el artículo 8 se establece el derecho de toda persona a ser oída, ***con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable***, por un juez o tribunal competente, ante la sustanciación de cualquier denuncia o hecho de naturaleza penal que se presente en su contra (Art. 8.1). Asimismo, se prevé el derecho, en plena igualdad, de una "***una comunicación previa y detallada***" de lo que se le acusa (Art. 8.2.b) y de una "***concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa***" (Art. 8.2.c). Estas posibilidades sin embargo, más que limitarse, fueron negadas o cercenadas desde el mismo momento en el que se rechazó la actividad procesal defectuosa que interpuso insistentemente la defensa. Así las cosas, contrario al criterio esbozado por los representantes del Ministerio Público al contestar la audiencia escrita respectiva, lo mismo que su participación en la diligencia oral que se desarrolló, no es cierto que se está ante una mera corrección de errores o de inclusión de circunstancias que no modificaban la esencia de lo acusado, sea de aspectos formales, sino que se está ante un supuesto o hipótesis en donde lo que se pretende salvaguardar no es sólo un derecho constitucional, que los principales responsables o encargados del proceso negaron reconocer, sino la misma institucionalidad y legitimidad del sistema de justicia penal como pilar de un Estado Democrático de Derecho (sea de aspectos sustanciales). En otras palabras, se pretende mantener y respetar un sistema en donde la desidia o inoperancia funcional de los intervinientes del proceso debe quedar en el pasado para dar entrada a los derechos y las garantías que las personas gozan, por el solo hecho de ser tales. No sobra agregar además, que esta Sala no puede prohijar este tipo de actuaciones, pues el límite entre lo subsanable o convalidable frente a lo que no lo es, conforme a la tesis que se mantuvo en la causa por parte del Tribunal prácticamente desaparece, lo que resulta a todas luces peligroso e inaceptable, pues los juzgadores en procura de ***salvaguardar el proceso por el proceso mismo***, sin ponderar las consecuencias que ello puede acarrear, estarían permitiendo un poder de disposición procesal inadmisible, en donde el ser humano se convierte tan sólo en un medio o instrumento más en función de dicho poder, cuando en realidad debe ser el fin u objetivo sobre el cual debe girar el proceso. Consecuentemente, previo a haber trasladado la respectiva pieza acusatoria en contra de los imputados, el Ministerio Público debió de haber procedido a formularla de manera correcta y respetando las exigencias impuestas por la normativa procesal, pues el cumplimiento de este requisito constituye un paso indispensable para poder trasladar la acusación o querella al Juez de la etapa intermedia. Por su parte, el Juez de la etapa intermedia, conforme a las funciones que le competen, previo a dictar el auto de apertura a juicio respectivo, tiene el deber o la obligación de cerciorarse que efectivamente se haya cumplido con todos los trámites o requisitos exigidos por ley para solicitar que la causa se envíe a debate. Por ello, de recibir la solicitud de apertura a juicio sin que se cumpla con las formalidades y requisitos que se imponen, ya sea de oficio o a solicitud de parte (como sucedió en esta oportunidad), de inmediato lo que debe de hacer es señalar el defecto y remitir nuevamente el expediente ante el Ministerio Público para que éste corrija el defecto formal que aprecia, en tanto así lo permiten los artículos 15 y 179 de la normativa de rito. En otras palabras, previo a ordenarse la apertura a juicio y de haberse constado la existencia de un defecto formal que resultase posible sanear, lo que procedía era que la autoridad jurisdiccional de la etapa intermedia, como responsable de la legalidad procesal, ordenase al órgano requirente el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa, a fin de no causar quebranto o inobservancia alguna al debido proceso y al derecho de defensa. De no cumplirse con este proceder, e incluso de haberse ordenado la apertura a juicio, el defecto al formularse la acusación por parte del Ministerio Público se hace insubsanable, pues es imposible que el quebranto a un derecho constitucional pueda quedar subsanado (defecto sustancial); por ende, la devolución del proceso a etapas anteriores o precluidas no es procedente cuando aquél se ha producido."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 375 de las 10:00 horas del 6 de mayo de 2005.**

**30) ALLANAMIENTO. Consideraciones sobre la fundamentación. No es suficiente transcribir la solicitud de la fiscalía.**

"El artículo 1 de la Constitución Política marca un derrotero en las decisiones que adoptan tanto los legisladores que crean las normas, como los operadores jurídicos que las aplican. En concreto, la existencia de un estado democrático de derecho vincula a quienes intervienen en el ámbito penal - sea en la esfera de lo policial, lo judicial o lo penitenciario - con el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad que se reconoce a

los seres humanos. Un estado democrático de derecho es entonces, un estado que reconoce los derechos fundamentales de los individuos y que a su vez encuentra un límite a su actuación en esos derechos fundamentales. La dignidad de las personas, sus libertades, sus derechos y las garantías de esos derechos, se erigen como una barrera que previene y evita los excesos del estado en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, la Constitución Política asume un sistema político que protege al individuo, frente a las invasiones del aparato estatal, en esferas que son exclusivas del primero. Se reconoce que los seres humanos son seres libres y que solo excepcionalmente, podría darse una limitación a esos derechos fundamentales, restricción que tampoco es discrecional, sino que está sujeta a una serie de límites que previenen los abusos de parte del Estado. En este sentido, el artículo 28 de la Constitución Política menciona que: "*... Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*" Como se ve, los límites a los derechos fundamentales solo podrían imponerse a través de una ley formal y solamente con relación a acciones privadas que dañen la moral, el orden público o perjudiquen a terceros(...) Con esta misma orientación, el numeral 24 constitucional que garantiza la inviolabilidad del domicilio y otros recintos privados, reconoce que: *"(...) pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley".* Como se extrae de lo antes expuesto, la Carta Magna condiciona la injerencia en el domicilio de los individuos al cumplimiento de lo que prescribe la ley, en este caso, el Código Procesal Penal. Éste en su artículo 193, admite que los Jueces autoricen tal injerencia, siempre y cuando la diligencia la realicen de manera personal. Asimismo y en lo que aquí interesa, el artículo 195 señala, que la resolución que ordena el allanamiento debe contener, el nombre del funcionario que lo autoriza y la identificación del proceso en que se ordena, la determinación concreta de los lugares que habrán de registrarse, la hora y fecha en que se practicará la diligencia y el motivo del allanamiento. Finalmente, el artículo 142 del Código de rito señala, que las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa y que en ellos se expondrán las razones de hecho y derecho en que se sustentan las decisiones, además del valor otorgado a los medios probatorios. Según esta norma: *"... **la simple relación de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación.** Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. (...)"* (El destacado es de la Sala). Como se observa, a través del Código Procesal Penal, el Poder Legislativo pone fuera de toda discusión la importancia del fundamento de la orden. Este último extremo es – precisamente - el que se cuestiona en el caso sometido a examen. Analizada la resolución en que se ordenó el allanamiento, concluye esta Sala que el Tribunal de la etapa preparatoria no le dio el fundamento debido. Pese a tratarse de una exigencia no sólo de orden legal, sino y sobre todo de naturaleza constitucional, en la resolución visible entre folios 169 y 214 frente, la Jueza Penal F. F. S., se limitó a transcribir la solicitud que le presentó la Fiscalía, para concluir que: *"... Por lo anterior y contando con elementos suficientes de prueba, de que en dicho lugar se está vendiendo drogas, lo procedente en este caso (...) es ordenar por parte de la suscrita, el Allanamiento y Registro de los siguientes lugares (...)"* (folio 212 fte.). Del párrafo transcrito se concluye, que la Jueza pretendió sustituir los razonamientos de hecho y derecho que debía plasmar en la resolución, mediante una simple referencia a la solicitud de la Fiscalía. En vez de ponderar la petición, valorando la proporcionalidad de la medida, se limitó a acoger los argumentos del órgano acusador como sustento de su decisión. Con su proceder, el Juez Penal quebrantó el numeral 142 del Código Procesal Penal, que como se indicó supra, señala que: "*... la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación.*" Pese a que con la orden se afectaba el derecho a la privacidad del domicilio, la citada profesional omitió toda ponderación respecto a la proporcionalidad del acto procesal solicitado. No analizó si el allanamiento en este caso era el mecanismo idóneo, necesario y proporcionado a la finalidad propuesta, ni indicó cuáles eran los motivos justificantes de la diligencia, no obstante tratarse de una medida excepcional que sólo debía emplearse cuando no existieran otros medios probatorios menos lesivos a los derechos fundamentales, para demostrar la delincuencia cometida. En síntesis, la decisión mediante la que se ordena el allanamiento carece del más mínimo fundamento, en virtud de que el Juez o no realizó ni el más mínimo estudio de la solicitud planteada, o no lo plasmó en el fallo emitido, impidiendo que las partes conozcan las razones que dan asidero a su decisión y menos aún, que puedan cuestionarlas. Este vicio, según se desprende del artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal, es absoluto(...) Lo que se exige - porque así lo demanda la normativa constitucional y legal - es que los Juzgadores cumplan con la obligación de analizar la solicitud y consignar las razones por las que las consideran apropiadas. Al respecto, no pueden dictarse reglas. Lo que sí debe quedar claro es, que la Sala ni pretende que el Juez en la orden escriba nuevamente, con sus propias palabras, la relación de hechos que menciona la solicitud de allanamiento, o bien que ofrezca justificaciones adicionales para practicar la diligencia, si es que no hay más que las indicadas en la gestión de la parte. Lo único que se espera es, que se cumpla con el artículo 142 del Código Procesal Penal y como consecuencia, que el Juez manifieste de manera expresa y con la extensión requerida, por qué hace suyos los argumentos expuestos en la solicitud y por qué la diligencia - en el caso concreto - resulta proporcional a los fines perseguidos."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 165 de las 9:30 horas del 11 de marzo de 2005.**

**31) ALLANAMIENTO. Deber de motivar su realización después de las dieciocho horas. Casos de suma gravedad y urgencia.**

"Como ha indicado en repetidas ocasiones esta Sala, el artículo 23 de la Constitución Política garantiza la inviolabilidad del domicilio, con las excepciones previstas expresamente por la ley. Los motivos por los cuales se puede autorizar la restricción del derecho a la privacidad del domicilio se encuentran desarrollados en los artículos 193 y siguientes del Código Procesal Penal. De conformidad con estos artículos el allanamiento debe realizarse entre las seis y las dieciocho horas salvo que el morador o su representante consientan que se inicie fuera del horario establecido, o se trate de casos **"sumamente graves o urgentes"**. En caso de que existan estas razones de extrema gravedad o urgencia, las mismas deben hacerse constar en la resolución mediante la cual se ordena el allanamiento. En el caso de la adecuada fundamentación de las ordenes de allanamiento nos encontramos ante formas procesales con las cuales se pretende regular de manera racional la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en particular, del derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio. La inviolabilidad del domicilio debe ser la regla, y por esa razón el allanamiento se debe practicar tratando de afectar lo menos posible el derecho a la intimidad personal, lo cual se pretende salvaguardar mediante la limitación en cuanto al horario establecido por el artículo 193 arriba indicado. Si bien el allanamiento es una excepción a una regla general, **todavía lo es más el allanamiento realizado en aquéllas horas en que el derecho a la intimidad y a la privacidad del domicilio es más vulnerable, es decir, entre las dieciocho horas y las seis horas**. El Ministerio Público y la policía deben tener como regla, que no se deben realizar allanamientos dentro de ese horario. Para romper esa regla se requiere de casos que sean o de suma urgencia, o de extrema gravedad. Es decir, no basta con que se trate de sucesos graves, como lo son la mayoría de los casos sometidos a conocimiento de esta Sala, sino que debe tratarse de casos extremadamente graves, o de una urgencia tal que su no realización inmediata y en el horario indicado, generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento, como ya lo ha indicado esta Sala en las resoluciones No. 699 de las 9:40 horas del 23 de junio de 2000, No. 917 de las 10:00 horas del 21 de setiembre de 2001, No. 408 de las 10:20 horas de 03 de mayo de 2002, No. 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003 entre otras. Debe agregarse y enfatizarse entonces, que si con las formalidades mencionadas se pretende proteger el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, **esta protección debe realizarse por separado para los titulares de cada uno de los diversos domicilios que pretenden ser allanados en una investigación penal**. Esto significa, que en el caso excepcionalísimo de un allanamiento que se pretende realizar después de las dieciocho horas, si se trata de autorizar jurisdiccionalmente el ingreso a varios domicilios, las razones de suma gravedad y urgencia que lo ameritan deben presentarse para cada uno de dichos lugares. Consecuentemente, en la resolución que faculta dicha actuación debe realizarse una adecuada fundamentación, indicando los motivos por los que se considera que existe gravedad y urgencia para autorizar el allanamiento para cada domicilio en particular."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 370 de las 9:05 horas del 6 de mayo de 2005.**

**32) ALLANAMIENTO. Deber de motivar. La sola presencia del juez no es garantía suficiente.**

"El ejercicio de motivación como exigencia del accionar de los funcionarios del Estado es básico para el mantenimiento de un sistema democrático porque implica, en primer lugar, la necesidad de leer y releer la importancia de los derechos fundamentales como límite a la arbitrariedad y como esencia de todo Estado de Derecho, de modo que cuando un funcionario pretenda desplegar una actuación o adoptar una decisión que comprometa, limite o restrinja un derecho fundamental, el ciudadano, que de antemano no puede garantizarse la ausencia de arbitrariedad, tenga al menos la constancia de un ejercicio de motivación previa a tales actuaciones o decisiones, que serían la carta de presentación de su reclamo y la garantía, a su vez probatoria, de la ilegitimidad o arbitrariedad de la actuación. No es pues la persona del funcionario o su investidura la que garantizan el respeto de los derechos fundamentales, ***sino los requisitos que el propio Constituyente ha estatuido para ello*** y que ha delegado además en el legislador, que deben leerse en forma absolutamente restrictiva a partir de la norma de principio de los artículos 9 y 11 constitucionales: Costa Rica es una República democrática, con un gobierno popular, representativo, alternativo y ***responsable*** y los funcionarios ***son simples depositarios de la autoridad*** y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Añade, como solemnidad de significado político importantísimo, que deberán prestar juramento de observar y cumplir fielmente la Constitución y la ley. ***Entonces, en realidad el funcionario no es en sí mismo la garantía, sino antes bien, la garantía es la sujeción del funcionario a las restricciones constitucionales y a las exigencias legales***. Es dentro de este esquema que cobra trascendental relevancia la exigencia constitucional de orden escrita que debe emitir el juez en respaldo a la autorización para el ingreso coactivo a un sitio habitado. Si el funcionario fuera la garantía, flaco favor se haría a los ciudadanos a los cuales, la sola presencia del juez justificó

injerencias arbitrarias en la intimidad de su casa, que no tenían de antemano justificación alguna y que se intentaron por responder por ejemplo, a simples sospechas, o a un puro ejercicio arbitrario de poder, muy difícilmente comprobables si no hay razonamiento previo de la autoridad, pero fácilmente subsanables si con posterioridad a la diligencia, el funcionario puede justificar, incluso con elementos que antes no constaban, el por qué de la actuación, sin que pueda ejercerse un control sobre esta forma de actuar, ***porque la justificación posterior permite la entrada a cualquier tipo de arbitrariedad y da un amplísimo margen para esconder y disimular el abuso.*** Es cierto que la existencia de una orden previa no descarta por sí misma la realización de allanamientos ilegales o inmotivados, pero indiscutiblemente el ejercicio previo y escrito de motivación, como exigencia del actuar jurisdiccional, contribuye a cercar, a delimitar el campo de acción del juez, que no es omnipotente, sino funcionario sometido a la Constitución y a la ley. Creemos que en una democracia, la confianza no está en los funcionarios, sino en el respeto a la Constitución y a la ley, única garantía de que la actuación estatal está delimitada por el respeto a tales principios y que existen los mecanismos para controlar, dentro de ese esquema, la arbitrariedad. En particular sobre la necesidad de orden previa escrita y su importancia como garantía de la inviolabilidad del domicilio y de que las incursiones en éste deberán ser excepcionales y fundadas en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad –numeral 28 de la Constitución Política- ***(...)*** Sala Tercera, sentencia 468-99 de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999. Constitucionalmente, en consecuencia, se exigen en forma expresa tres requisitos para legitimar la orden que autoriza el ingreso en forma coactiva a un recinto habitado o domicilio: ***i)*** la emisión de una orden previa escrita, ***debidamente motivada*** en ***ii)*** la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un delito, ***iii)*** en la necesidad razonable de la medida, su proporcionalidad en relación con el delito que se persigue y con la finalidad probatoria que se espera de la diligencia -numerales 23, 9 y 28 párrafo segundo de la Constitución Política-. El resto de los requisitos quedó librado a la voluntad legislativa y se concretan en los numerales 193 a 197 del Código Procesal Penal. **VI-** Según quedó establecido, la Sala Constitucional estima que la exigencia de orden escrita previa se mitiga con la presencia directa del juez en la práctica de la diligencia, aún cuando ello no lo exime del deber de motivar la decisión para autorizar el ingreso a un recinto habitado. Por ello, estima que la orden puede ser verbal, pero que deberán quedar asentados –en el acta que debe levantarse al realizar la diligencia, además de la fundamentación oral- cuáles son las razones que justificaron la injerencia en este derecho fundamental, porque deben poder controlarse. Entonces, podría admitirse que la orden no sea escrita, sino verbal, pero cómo puedan razonarse y plasmarse los fundamentos, no lo resuelve la instancia constitucional, más esta Sala interpreta que, como la fundamentación y motivación es una garantía fundamental, del ejercicio de poder en un Estado de Derecho, según se ha expuesto, esos fundamentos deben constar en el acta de allanamiento y en todo caso ***en forma previa al ingreso***, salvo las excepciones que contempla la ley para realizar el allanamiento sin orden, porque sólo así se garantiza la ausencia de arbitrariedad y, en todo caso, el control posterior. La garantía, como hemos analizado, ***está en la motivación*** y en la vocación del juzgador –como es su deber- de razonar la existencia de todos los presupuestos que desde la Constitución le autorizan a adoptar la medida, pues no basta que sea un juez el que la ordene, el poder jurisdiccional está sujeto a los requisitos de la Carta Fundamental y ese ejercicio de motivación debe ser necesariamente previo al ingreso, aunque la orden haya sido verbal y por supuesto, con la participación directa del juez, porque así se prescribe desde la Constitución y, por cierto, lo exige la ley. No se puede equiparar la existencia de fundamentación previa al acto lesivo de un derecho fundamental, a la sola presencia del juez –esta de por sí puede ser absolutamente inmotivada e improcedente-. La presencia física del juzgador no garantiza el cumplimiento de esa exigencia constitucional ni puede de forma alguna suplir la debida motivación y el ejercicio de la función jurisdiccional propia, de razonar la existencia de los requisitos excepcionales que autorizan la injerencia en un derecho fundamental."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 211 de las 11:15 horas del 18 de marzo de 2005.**

**33) ALLANAMIENTO. Formalidades como garantía de respeto a derechos fundamentales. Caso de diligencia realizada en el extranjero.**

"La naturaleza excepcional de diligencias tendientes a restringir derechos fundamentales dentro del proceso penal, hace que su aplicación no sólo deba respetar parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, sino que además, obliga a contar con un control jurisdiccional que se refleje –de manera inexorable - en una resolución que exponga en forma diáfana los motivos por los que resulta necesario transgredir determinados derechos constitucionales. Dichos requisitos deben cumplirse en diligencias como intervención de las comunicaciones y allanamiento, que si bien es cierto en esta última se permite en casos muy excepcionales prescindir de una orden de juez, la utilización de ambas encuentra un límite intrínseco en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El respeto a esas condiciones que se exigen constitucionalmente, constituye un freno al ejercicio del poder estatal y -de manera correlativa- una garantía para el imputado en el sentido de que su esfera de intimidad, su domicilio y demás derechos fundamentales, no serán vulnerados mediante actuaciones ilegítimas producidas en el ejercicio del poder abusivo, sino, dentro de un marco de constitucionalidad reflejado en cada una de las actuaciones que tendrán como fin el desarrollo

del proceso penal en un Estado de Derecho. **II.-** Es precisamente por la importancia de los derechos que pueden resultar lesionados, que las formalidades que preceden a actuaciones propias de una investigación no pueden ser soslayadas por las autoridades policiales, ni por los jueces que tienen a su cargo el examen de legitimidad de la prueba. Debe tenerse claro, que no se trata del mero afán de cumplir con ritualismos, sino de una garantía constitucional que toma vida al momento en que un órgano jurisdiccional expone razonadamente los motivos por los que resulta indispensable para efectos del proceso, vulnerar derechos fundamentales cuya tutela deriva de la misma Constitución Política. En este caso en concreto, como bien lo apunta la defensa, la sentencia se erigió sobre dos columnas principales: las intervenciones telefónicas hechas por la Real Policía Montada de Canadá y el allanamiento que en aguas internacionales se hizo en la embarcación denominada "Sin Rumbo". Para sustentar el fallo, el Tribunal tuvo por cierto que existió una orden para intervenir las comunicaciones, únicamente con base en la manifestación de los oficiales de la policía de Canadá, pues el documento en el que supuestamente constaba tal mandato, no se tuvo a la vista. Así, el Tribunal esquivó el análisis correspondiente a la legalidad y oportunidad de la medida, señalando que: *"[...] su procedimiento y contenido nos está vedado valorarlo, pues eso es un aspecto que compete dilucidarlo al estrado penal de Toronto donde se tramita la causa por estos hechos, sin perjuicio del valor probatorio que aquí se le ha dado y que es complementario de la abundante prueba de orden documental, pericial y testimonial valorada con antelación."* (cfr. folio 344) Esta Sala entiende, que el control de la investigación correspondía a la Policía del Canadá; sin embargo, si para los efectos de proceso ya estaba delimitada la competencia de las autoridades judiciales costarricenses por resolución vinculante de la Sala Constitucional y de igual forma dichas autoridades prestaron colaboración dentro de dicha fase, los Juzgadores no podían eludir el examen de legitimidad de la prueba. Si existió una orden que autorizó las intervenciones telefónicas, no bastaba con que los oficiales de la policía así lo manifestaran. Tales declaraciones obligaban no sólo al Fiscal a ofrecer toda la prueba útil y pertinente para comprobar dicho extremo, sino al Juez a comprobar la existencia y valorar el contenido de dicha orden, precisamente para poder así constatar que la misma cumpliera con los requisitos necesarios para garantizar el derecho de defensa. Ya esta Sala ha señalado, que si bien es cierto, nuestro ordenamiento jurídico contempla el principio de libertad probatoria, su aplicación no es irrestricta ni arbitraria y debe de tener como punto de partida, un medio de prueba idóneo que contribuya a la determinación de la verdad de los hechos. Así, por más credibilidad que si los Juzgadores hayan otorgado al dicho de los oficiales de policía que tuvieron a su cargo la investigación, sus versiones no suplen la ausencia de la orden judicial de intervención de las comunicaciones, requisito indispensable para la validez de este tipo de actuaciones. "

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 70 de las 8:45 horas del 11 febrero de 2005.**

**34) ALLANAMIENTO. Diferencia con registro de vehículos. Excepciones.**

"El defensor C. L. interpuso casación, alegando en el único motivo que en la causa sustentada contra su patrocinado, se violentó el debido proceso, al no haberse respetado la privacidad de los recintos y realizarse un allanamiento sin las formalidades de ley. Arguye que a su representado le fue encontrada la droga en el vehículo en el que viajaba; pero con la particularidad de que, siendo una transportista salvadoreño que circula por Centroamérica, el automotor en cuestión es su *"recinto privado de vivienda"*, lo cual exigía una serie de requisitos que no fueron cumplidos, siendo que al llegar el personal judicial, ya la policía había ingresado al mismo y lo había registrado. No lleva razón el recurrente. Por mucho que una persona permanezca buena parte de su tiempo en un espacio determinado, ello no lo convierte en su morada o lugar de habitación. Esta se entiende como ámbito físico vital, donde concentra su intimidad y punto físico de referencia personal, lo cual no cumple un automotor. Quizá la excepción es la de los "autos-vivienda" (o "campers"), en los que algunas personas habitan usualmente y se trasladan con frecuencia de un sitio a otro. Sin embargo, estos, a diferencia del caso en cuestión, son en sí mismos ese espacio de intimidad y punto físico de referencia, visto que vivir en ellos es el dato esencial o designio principal. En el caso de los transportistas, quienes a menudo usan un camarote en el automotor, la situación es distinta, pues en este asunto, aunque pueden albergar algún nivel de intimidad, en ese sentido no son en sí mismos su espacio principal ni su punto físico de referencia personal. Al contrario, permanecer en ellos es sólo una contingencia instrumental, encaminada al desempeño de una actividad laboral. Entonces, de inicio nomás media entre ambas situaciones una diferencia sustancial que impide equipararlas a efectos de la tutela de la privacidad que reclama el defensor."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 386 de las 8:55 horas del 13 de mayo de 2005.**

**35) COSA JUZGADA. Identidad de objeto, partes y causa.**

"Consta a folio 173 que el Tribunal de Juicio de Heredia consideró que por haber una sentencia firme del Juzgado Contencioso Administrativo (resolución Nº 743-2001 de las 15:00 horas del 28 de septiembre de 2001; visible a folio 365 del legajo de prueba que acompaña el expediente principal de la presente causa), en la cual se señaló que no se apreciaba irregularidad alguna que viciara de nulidad la escritura que dio origen al asunto bajo examen, entonces ese fallo constituye cosa juzgada respecto del

tema discutido en sede penal *(...)* Lo que sucede es que para que surja a la vida jurídica la cosa juzgada se requiere de identidad de objeto, partes y causa entre dos o más procesos judiciales. En primer término, téngase presente que el aquí imputado no figura como demandado en el proceso contencioso administrativo, lo que es suficiente para descartar la identidad de partes que se requiere para la configuración de la cosa juzgada. Además, en aquella sede se discutía la licitud del negocio y la validez del instrumento público, todo desde la normativa civil y notarial, pero no desde la penal, pues los jueces de lo contencioso administrativo no tienen competencia para ello. Asimismo, en la demanda tramitada en esa otra jurisdicción no se atribuyó al notario público aquí acusado la actuación fraudulenta que se conoce en sede penal. Así, no se configura la identidad de partes, tampoco de la causa, ni de objeto, por lo que no era viable acoger la excepción de cosa juzgada de la que se valió el Tribunal de Juicio de Heredia para sobreseer al imputado. Cabe acotar que en sede penal no podría discutirse nuevamente si el instrumento que aquí interesa (o sus notas) se configuraron siguiendo los principios del derecho notarial, ni tampoco el apego del negocio jurídico a la normativa civil, pues ya ambos temas fueron resueltos mediante sentencia firme dictada por la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que no se ha analizado es si hubo alguna conducta que constituya ilícito penal en la configuración de la escritura (incluidas las notas) y sobre ello es lo que versa la causa que se ventila en esta vía. Ciertamente podría darse el caso que la solución que se dé al asunto por los jueces penales siga el mismo sentido que lo resuelto por el juez contencioso administrativo, pero el enfoque normativo desde el cual ha de hacerse el análisis es diferente. Por lo expuesto, salta a la vista que la excepción de cosa juzgada que acogió el Tribunal de Juicio de Heredia en la resolución recurrida no era procedente, por lo que **debe declararse con lugar el primer motivo del recurso de casación interpuesto por J. G. M. y, en consecuencia, anular la sentencia de sobreseimiento impugnada y el debate que le precedió, ordenándose el reenvío de la causa para la reposición de ambos actos**."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 552 de las 9:10 horas del 3 de junio de 2005.**

**36) COSA JUZGADA. Prescripción en vía contravencional. Incidencia en vía penal.**

"En la resolución recurrida, se estimó que el presente asunto tenía en común: sujeto, objeto y causa, con el contenido en el expediente # 02-500209 del Juzgado Contravencional de Alajuelita, de ahí que al haberse dispuesto en este último la prescripción de la acción penal, ello resultaba extensible a la causa seguida por el delito de robo simple con violencia sobre las personas que se tramitaba bajo el expediente # 02-000947-0277-PE del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, Sede Desamparados. Del estudio del caso sometido a examen, se observa que al ser las 9:20 horas del 22 de abril de 2002, la ofendida E. E. A. C. se presentó en la Fiscalía de Hatillo, e interpuso la denuncia contra la imputada L. R. M., por los siguientes hechos: *"Yo trabajo transportando niños, hoy veintidós de abril alrededor de las ocho de la mañana yo llegué frente al Instituto E. un O. de A. ubicado en A., del Supermercado Acapulco quinientos metros al Oeste. Observé el vehículo de la denunciada se acercó a mí me tomó de los brazos y del cuello como abrazándome, me aruñó el brazo izquierdo, intentó quitarme el reloj pero no pudo, me arrebató con las uñas una cadena de oro gruesa con un dije de corazón, desconozco el valor porque me lo habían regalado. Yo le decía que me soltara, ella no quería, le pedí que me permitiera cerrar la puerta del microbús, yo aproveché para encerrarme dentro de la microbús, ella me empezó a gritar y golpear el carro, yo arranque y me fui..."* (cfr. folios 1 a 3). Ese mismo 22 de abril, al ser las 10:45 horas, la ofendida A. C., se apersonó al Juzgado Contravencional de Alajuelita, donde procedió a denunciar a L. R. M., en los siguientes términos: *"...El problema es que ella es mi exsuegra, yo transporto estudiantes del Liceo de Alajuelita, y ahora eso(sic) de las ocho de la mañana, yo llegué a la institución y vi el carro de ella ahí estacionado, creí que algo me iba a decir, pero seguí y entre a la institución, parquee la microbús y me baje y la vi que venía hacia mi, me puse a bajar a los niños que son de cuatro y cinco años, y no pude ya que me agarró del cuello por la espalda, me agarró del brazo y me intentó quitar el reloj y me quitó la gargantilla que andaba de oro, me decía que le dejara a su hijo en paz, hijueputa, que lo dejara en paz, yo le decía que me soltara y me decía que hasta que lo dejara a él en paz, yo le dije que me soltara para cerrar la puerta de la microbús pero no quería, no se como me solté y me metí a la microbús y cerré la puerta y le puse seguro, pasé por los asientos y cerré las otras puertas, ella dio la vuelta y tocaba las ventanas y las puertas, yo arranqué la microbús y me fui... valoró la gargantilla que era de oro en la suma de cincuenta mil colones, ya que tenía un dije... era un corazón, tengo golpes en los brazos y en el cuello y rasguñados los brazos, sí considero ser vista por el médico forense"* (cfr. folio 282 y 283). El artículo 42 de la Constitución Política establece, en lo conducente, que: *«Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.»* Por su parte, el artículo 11 del Código Procesal Penal señala: *"Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por un mismo hecho."* En ese entendido, la garantía del non bis in idem, se circunscribe al doble juzgamiento penal de una persona por los mismos hechos y la aplicación del principio exige, dos requisitos imprescindibles, que haya identidad en cuanto a la persona y en cuanto a los hechos (cfr. en ese sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 709-F-93, de las 10:55 horas del 17 de diciembre de 1993), lo que se verifica en este caso. La circunstancia de que el juzgado contravencional -conforme lo reclama la gestionante- no fuera competente para el juzgamiento de

delitos no implica que lo resuelto por el titular de ese despacho no sea extensible a la totalidad de los hechos que fueron denunciados en esa dependencia judicial, como expresamente se indica en la resolución de las 8:00 horas del 26 de mayo de 2003 que declaró prescrita la acción penal, independientemente de la denominación que se haya consignado en su encabezado (cfr. folio 307), y que al no ser recurrido por ninguna de las partes, adquirió firmeza. Es más según reza el artículo 48 del Código Procesal Penal: *"...La inobservancia de las reglas sobre competencia sólo producirá la ineficacia de los actos cumplidos después de que haya sido declarada la incompetencia"*. Por otra parte, la recurrente procura demostrar que no se dio el quebranto del principio al estimar que no se hace alusión expresa a la sustracción de la cadena y el dije que portaba, sin embargo, ese aspecto está claramente detallado en la denuncia incoada en sede contravencional, en donde incluso se valoró el bien en la suma de cincuenta mil colones. En esa tesitura, no puede alegar que ese aspecto no debía ser considerado por el juzgador, pues fue la ofendida quien optó por acudir primero a la fiscalía y en segundo lugar al juzgado contravencional en tutela de sus intereses, pese a que por la forma en que se desarrollaron los hechos existía conexidad entre la contravención y un delito, de ahí que el Tribunal con competencia para conocer de delitos podía pronunciarse sobre la totalidad de los hechos denunciados (artículo 46, párrafo segundo del Código ibídem). Así las cosas, es claro que si a favor de la imputada se dictó la prescripción de la acción penal en vía contravencional por hechos que simultáneamente estaban incluidos en la querella, ello produjo cosa juzgada en sede penal, pues la garantía constitucional que se invoca se refiere al doble juzgamiento penal por el mismo hecho, lo cual se ha verificado en este caso."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 603 del 10:10 horas del 17 de junio de 2005.**

**37) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Alcances de la garantía. Absolutoria por uno de los delitos.**

"El hecho de que los juzgadores concluyeran que la hipótesis acusatoria no se probó en su totalidad y optaran por emitir la condena solo respecto de uno de los delitos acusados, no tiene vínculo alguno con la correlación invocada. Esta última persigue que no se introduzcan en el fallo **y en perjuicio del justiciable** elementos o datos esenciales que resulten sorpresivos, en tanto no fueron acusados y, por ende, no existió sobre ellos posibilidad real de refutación y defensa. Si, como ocurre en el presente caso, se absolvió al encartado de uno de los delitos que se le endilgaban, mal puede invocarse esa absolutoria para reclamar la correlación en el sentido en que la entiende quien impugna, pues, de ser así, ella requeriría que en todos los supuestos se condenase al imputado por todos los hechos delictivos que se le acusan, lo cual es por completo ilógico y, como se dijo, no se relaciona con la exigencia que pretende asegurar una defensa efectiva."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 173 de las 10:15 horas del 11 de marzo de 2005.**

**38) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Garantía para el imputado y no para las otras partes.**

"Según el impugnante, la introducción de este "*hecho nuevo*" a saber, la ebriedad de la víctima, implica una incongruencia del fallo, porque no está contemplado en la acusación. En cuanto a este reclamo debe señalarse que carece por completo de sustento. El principio de congruencia entre acusación y fallo es garantía ***al imputado*** de que no se le condenará por hechos distintos de aquellos que le fueron intimados y con los cuales llegó a juicio, en respeto al derecho de defensa. Por supuesto que si la acusación –querella en este caso- no contemplaba el estado de ebriedad de la víctima y su maniobra imprudente al cruzar la calzada, es precisamente porque esos hechos impedirían siquiera que la causa hubiere llegado a juicio, porque a partir de ellos queda excluida la responsabilidad del acusado en el evento, salvo que se estructurara una especie de concurrencia de infracciones al deber de cuidado con importancia en la producción del resultado lesivo. Sin embargo, este no es el caso. La sentencia tiene por acreditado que el ofendido se encontraba en estado de ebriedad y cruzó intempestivamente la vía, interponiéndosele al paso al vehículo que conducía Mora Fonseca sin que éste pudiera evitar el atropello. Esto no significa una incongruencia entre lo acusado y lo resuelto, sino sencillamente que la acusación no fue probada y, por el contrario, se probó la falta al deber de cuidado de la víctima como causa del atropello y de su muerte."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 527 de las 15:33 horas del 30 de mayo de 2005.**

**39) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Diferencia entre modificar y crear una nueva acusación.**

"Sobre el tema, esta Sala ha indicado claramente que la acusación formulada por el Ministerio Público no puede ser modificada de manera irrestricta, ni por cualquier motivo. Como se sostuvo recientemente en el **voto de esta Sala #1211 de las 10:05 del 22 de octubre de 2004**, en lo que respecta a la acusación: "*Incluso la posibilidad de ser corregida cuando contenga algún error tiene sus límites. A manera de ejemplo, la acusación no puede ser sustituida por otra por la simple razón de que al representante del Ministerio Público le desagrade como la formuló otro colega, o incluso él mismo. Sólo cabe la corrección, si ella tiene un defecto sustancial en su formulación, y no simplemente por una cuestión de estilo en la redacción. Por otro lado, cuando se trata no ya de defectos procesales, sino de la inclusión de hechos nuevos, la posibilidad es todavía más*

*restrictiva. Hay una norma expresa que indica que la inclusión de hechos nuevos es posible sí y sólo si: a) modifica la calificación legal –como el caso de las circunstancias agravantes-, b) integra el delito continuado. Si se trata de un hecho nuevo absolutamente diverso, que no modifica la calificación legal, por ejemplo, mediante la inclusión de una circunstancia agravante; o no integra el delito continuado, la acusación no puede ser ampliada (art. 347 del C.P.P.) El Código de Procedimientos Penales de 1973 contenía una norma, que está ausente en el código vigente, que resolvía en forma expresa el punto: "Artículo 397. En sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior. Si resultare del debate que el hecho es* ***diverso*** *del enunciado en la acusación, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al fiscal para que formule nueva requisitoria". La norma corresponde al artículo 365 del C.P.P. de 1996, pero se eliminó la referencia a los casos en que el hecho es diverso al enunciado en la acusación. Sin embargo, esto no es excusa para no resolver el punto. En los casos en que, a la luz de la prueba recibida en el debate, se demuestre que el hecho es total o parcialmente diverso al descrito en la acusación, lo procedente sería pronunciarse únicamente respecto del hecho descrito en la acusación.* ***Es improcedente ampliar la acusación para incluir hechos nuevos en forma sorpresiva para la defensa, excepto que estos integren el delito continuado, o sean meras circunstancias de agravación de la figura penal básica****. En un modelo procesal que, a pesar de la mentalidad inquisitorial prevaleciente en muchos funcionarios, intenta acercarse al paradigma acusatorio, sería resorte del Ministerio Público, y no de los tribunales ni de esta Sala, iniciar la persecución penal en los casos en que se detecten hechos nuevos en el debate –con las excepciones indicadas-." (La negrilla es suplida)* A esto habría que agregar, que la confusión en cuanto al punto se genera por el significado equivocado que se le ha querido asignar al término ***modificar***, presente en el artículo 347 del Código Procesal Penal. El diccionario de la Real Academia Española contiene las siguientes acepciones para el término ***modificar***. *"... transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes. 2.Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material."* (Diccionario de la lengua española, Madrid, Real Academia Española, 21ª edición, 2001, p.1520). Con lo que debe entenderse que solamente se puede modificar algo que existe previamente, pues resulta imposible modificar, transformar o cambiar cualquier elemento de algo, si esto no preexiste. En este último caso, cualquier operación que se realice sobre una sustancia, concepto o idea no implica modificar, sino "crear" o sea: *"Producir algo de la nada...2.Establecer, fundar, introducir por vez primera algo..."* (Diccionario de la lengua española., Op. Cit. p.679). En lo que se refiere a la ampliación de la requisitoria fiscal que autoriza el artículo 347 citado, el hecho nuevo o la nueva circunstancia que se incluye debe cumplir con los requisitos fijados en ese numeral, es decir, que debe **modificar** (y no crear) una calificación legal original, o bien debe integrar un delito continuado. Un hecho nuevo puede **modificar** una calificación legal, solamente en aquellos casos en que la acusación sobre unos hechos concretos preexiste. Para poder **modificar** la acusación sobre unos hechos concretos y su calificación legal, se requiere que ésta preexista, pues en caso contrario el hecho nuevo no modificaría, sino que crearía una nueva acusación y una nueva calificación, lo que se ha considerado que afecta el derecho de defensa."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 32 de las 10:05 horas del 28 de enero del 2005.**

**40) CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Prohibición de sustituir la acusación por otra.**

"Analizado el punto que reclama la defensa, esta Sala estima que efectivamente se está ante el defecto que se acusa y que es constitutivo de un quebranto al principio de correlación entre la acusación y la sentencia y, con él, al derecho de defensa. En este sentido, resulta claro, que en el fallo, al justiciable M. M. M. se le señaló como responsable de una relación de hechos distinta a la que el Ministerio Público le acusó formalmente en un primer momento, según lo que consta en la solicitud de apertura a juicio de folios 496 a 501 del Tomo III, la cual se discutió, sin que se hicieran modificaciones, en la audiencia preliminar de folios 551 a 554 del Tomo IV. Incluso, a pesar de las objeciones interpuestas por los licenciados P. S. M. y E. G. V., en cuanto a los defectos que presentaba, el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica indicó que, sin bien la requisitoria fiscal no era extensa, se ajustaba a las exigencias que la normativa procesal establece al respecto (ver folio 558, Tomo IV). En esta primera acusación tan solo se decía que se había obtenido información sobre la ilicitud que se endilgó y que se procedió a realizar intervenciones telefónicas, vigilancias y seguimientos, lográndose decomisar droga, pero sin concretarse las acciones que los justiciables realizaron de manera individual y que debían estar relacionados a cómo obtuvieron, transportaron y manejaron la droga. No obstante lo anterior, ya durante el debate, ante las objeciones que presentaron de nuevo los defensores de los imputados sobre este tema, luego de leer la acusación, el representante del Ministerio Público, con la autorización del Tribunal de Juicio, y admitiendo que los elementos constitutivos del delito en esta oportunidad estaban presentes tan solo en forma genérica, procede a ***presentar una nueva acusación*** en la que se describe un cuadro fáctico totalmente distinto al que en un inició se formuló para solicitar la apertura a juicio en la causa. Este proceder, sin duda alguna, contraviene el debido proceso y el derecho de defensa, pues si bien esta Sala ha admitido la posibilidad de corregir la acusación en debate, conforme se dijo en el

voto **No. 984** de las 10:30 horas del 31 de octubre del año 2003, también ha dicho que estas correcciones tienen límites, tal y como lo señaló en el voto **No. 1211** de las 10:05 horas del 22 de octubre del año 2004, o bien, en el voto **No. 965** de las 9:50 horas del 13 de agosto del año 2004. Bajo esta tesitura, y en especial atendiendo lo resuelto en estos últimos pronunciamientos sobre los límites que existen en cuanto a la corrección o ampliación de la requisitoria fiscal, si en la acusación de folios 496 a 501 se describía de manera genérica la supuesta existencia de un tráfico internacional de cocaína, sin establecer en concreto en qué consistía la conducta y responsabilidad de cada de los imputados en esta ilicitud (salvo la acción endilgada a M. Á. C. L.), el actuar del Ministerio Público al solicitar en debate la aplicación del artículo 348 para corregir algunos errores en cuanto a las conductas que realizaron y la distribución de tareas que les correspondía a cada uno de los imputados en estos hechos (con excepción de C. L.), incluyéndose con esto los elementos configurativos del delito, ***resulta del todo arbitraria e ilegal***. No se está ante una simple corrección de errores materiales o de inclusión de circunstancias sin relevancia para efectos de la defensa, es decir, meramente formales, como lo afirma el representante del Ministerio Público en la audiencia oral o vista celebrada en esta sede (ver folio 1347 vto.), sino que lo que realiza es una nueva acusación contra los justiciables M. S. M. C., C. B. I., M. M. M. y G. V. V., suplantándose la anterior. En otras palabras, se sustituye sustancialmente la acusación que se les endilgó por parte de la licenciada A. Y. R. H. (fiscal auxiliar) y se introduce por parte del licenciado L. G. M. B. (también fiscal auxiliar) una nueva relación de hechos; la cual incluso había preparado antes de que se iniciara al debate, pues el documento que la contiene se agregó materialmente en el expediente el mismo día en que este último inició (así folio 662 y siguientes, antes del acta de juicio), incluso con fecha 8 de setiembre del año 2004 (ver folio 670). Esta situación además, en criterio de esta Sala, resulta ser de suma importancia para el caso, toda vez que se aprecia cómo, con anticipación, el representante del Ministerio Público sabía que la solicitud de apertura a juicio de folios 496 a 501 del Tomo III, tenía serios defectos al no describir los hechos concretos constitutivos del delito por el que se acusaba a la mayoría de los imputados (con excepción de C. L.), y por ello, ante una eventual oposición de la defensa, como en efecto sucedió, ya tenía preparada una nueva que vendría a suplantar la inicial. Por lo anterior, la supuesta corrección de errores a la que se refiere el fiscal auxiliar licenciado M. B. en debate, al solicitar aplicar el artículo 348 del Código Procesal Penal, según lo que consta en el acta de debate de folio 675 del Tomo IV del expediente, no es una simple corrección material o una inclusión circunstancial de poca trascendencia, sino que constituye un cuadro fáctico diferente que pasa de una referencia genérica del delito de tráfico internacional de drogas (prevista en un folio y algunas líneas más), a la descripción de una serie de conductas concretas y específicas realizadas por cada uno de los imputados que no habían sido contempladas en la requisitoria fiscal con la que se convocó a la audiencia preliminar y a debate (ahora en cinco folios). Se está así, no solo ante un ***quebranto al principio de congruencia que debe existir entre lo que se acusa en un primer momento y lo que se resuelve al final en sentencia***, sino también ante ***una evidente deslealtad procesal en el actuar de los representantes del ente acusador***, amparada por el Tribunal de Juicio, que es sorpresiva para las otras partes y que ***los coloca en un estado de indefensión***, lo cual no se puede subsanar con la simple suspensión de debate por diez días, pues una cosa es ser informado y convocado a juicio para prepararse, pasando por las diferentes diligencias y etapas que se ocupan para ello, y otra que, ya en pleno debate, por un criterio antojadizo, arbitrario y sorpresivo del titular de la acción penal, se les informe a los interesados que el cuadro de hechos que se va a juzgar es otro y no el que habían conocido y discutido previamente. Toda esta situación, sin duda alguna, como ya se adelantó, constituye el defecto que se acusa, toda vez que el Ministerio Público no podía suplantar la acusación inicial por una totalmente distinta, ya que esto no constituye ni la ampliación de la requisitoria fiscal que se prevé en el artículo 347 de la normativa procesal penal, ni la corrección de errores o inclusión de circunstancias que se prevé en el numeral 348 de esta misma normativa (conforme se indica en los votos **No. 965-2004 y No. 1211-2004**). Con este proceder se violenta, en consecuencia, no solo el principio de congruencia entre lo acusado y lo resuelto, sino también el derecho de defensa y el debido proceso."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 375 de las 10:00 horas del 6 de mayo de 2005.**

**41) CASACIÓN. Derecho a recurrir el fallo.**

"Lo que se establece en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es una exigibilidad de que los procesos penales cuenten con doble grado de jurisdicción (eso es la denominada «doble instancia»). Es decir, no se obliga a los Estados parte de ese convenio a realizar dos juicios sobre los hechos en torno a los cuales versa la acusación. Lo que sí se establece es la exigencia de que todo Estado-parte, cuente con un recurso efectivo que haga posible un verdadero, amplio e integral control de las sentencias penales. Ese recurso puede ser el de casación, el de apelación o cualquiera otro que se quiera, siempre que haga posible un examen como el señalado, antes de que la sentencia adquiera firmeza. En la medida en que se entienda -como se hace actualmente en aplicación directa del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que menciona el propio accionante- que mediante el recurso de casación es posible realizar un completo examen de la sentencia de mérito, es decir, que se vea la casación como un amplio juicio sobre el juicio, se estará cumpliendo con las

exigencias del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que será posible cuestionar en esa sede y desde allí controlar la aplicación del derecho, tanto en sus alcances sustantivos como en los relativos a la determinación de los hechos y valoración de la prueba. Ahora bien, en este caso no se ha negado al accionante su derecho de recurrir la sentencia penal. Lo que se aprecia es que simplemente no ejerció su derecho antes de que la misma adquiriera firmeza, por lo que es su propia actuación la que le impidió acceder a casación. En todo caso, ello no le ha causado perjuicio alguno, `pues mediante este procedimiento de revisión ha obtenido un amplio e integral examen del fallo condenatorio, en los términos que él mismo ha planteado."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 441 de las 10:27 horas del 20 de mayo de 2005.**

**42) DERECHO DE DEFENSA. Alcances y límites legales de la defensa técnica.**

"El derecho de defensa se vulnera cuando la actuación del profesional que patrocina al imputado evidencia negligencia y desidia, de manera tal que ello acarree para el justiciable una violación de sus garantías procesales y que le cause agravio. En este caso, el impugnante en ningún momento concreta una sola actuación u omisión de su defensora que sea producto de negligencia o desidia, ni que implique una lesión de sus derechos fundamentales, ni que le cause agravio alguno. Lo que reclama el recurrente no es más que actuaciones que ahora él cree podían haberse realizado, mas nunca explica por qué eran necesarias como parte de una adecuada defensa técnica. No dice qué se habría logrado con la pericia psicológica que ahora extraña, ni qué podía impugnarse de la pericia médica, ni de qué manera ello habría significado para él un resultado distinto de la condena. Tampoco señala para qué debía intervenir la defensora en el debate, aparte de los casos en que lo hizo. Ni siquiera explica sobre cuáles aspectos debía ella oponerse a la acusación, ni por qué. En síntesis, se limita a reclamar que la profesional no actuó como él ahora creía que debía haberlo hecho, pero en ningún caso evidencia las lesiones que de ese proceder derivarían para su derecho al debido proceso, ni evidencia que se la haya causado agravio alguno. Además, debe decirse que la Defensa Pública es un órgano del Poder Judicial creado para garantizar el derecho a la defensa técnica, nada más. Es decir, su tarea consiste en velar porque durante el proceso, a la persona sometida al mismo se le respeten las garantías que el ordenamiento jurídico (nacional e internacional) le reconocen, de manera tal que en todo momento se respete el debido proceso. Lo que se le reprocha a la defensora pública en este caso, es no haber actuado a favor del interés que tiene el encartado de que no se dicte una condena en su contra, pero eso es una defensa a ultranza que resulta ajena al concepto de defensa técnica y que además excede la vinculación de la defensa al resguardo estricto de los derechos (que son distintos de los intereses) del acusado. Recuérdese, que este derecho implica la obligación de que se siga un proceso en estricto apego a la normativa y además, que se debe garantizar la oportunidad de que el justiciable conozca y se defienda de los cargos que se le atribuyen. Pero de ningún modo lo dicho implica un derecho a no ser acusado o a no ser condenado; tales "derechos" no existen; lo que existe es el derecho de la persona a que se le siga el debido proceso y a que sólo mediante éste se resuelva su situación jurídica. La persona puede tener el anhelo o el interés de que no se dicte una sentencia condenatoria en su contra, pero la insatisfacción de ese interés no acarrea un quebranto del derecho de defensa. Este último se quebranta sólo mediante el ejercicio negligente o con desidia del cargo por parte del defensor y en los casos en que ese proceder perjudique al encartado mediante la infracción de sus garantías procesales. En el presente asunto no se ha evidenciado de qué manera la actuación de la defensora pública del acusado (incluyendo el no haber realizado las gestiones que se mencionan en el recurso), ha sido negligente o refleja desidia, ni tampoco se ha acreditado que por su proceder se haya perjudicado al imputado en lo que se refiere al resguardo de sus garantías procesales."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 260 de las 9:10 horas del 8 de abril de 2005.**

**43) IMPUTADO. La declaración como medio de defensa y de prueba. No existe un derecho a mentir.**

"El tema sobre la naturaleza de la declaración del imputado en debate, en el sentido de considerarla como medio de prueba o medio de defensa, no ha sido pacífico en la doctrina. Así, algunos autores han estimado que el interrogatorio del imputado es un medio de defensa y no de prueba – *Manzini, "Manuale di procedura penale italiana". Torino, Fratelli Bocca, 1912, p.573* -. Otros, como Leone, si bien no le conceden la condición de medio de prueba, pues estiman que el acto de la declaración del imputado posee dos funciones: ***a parte judicis***, que asegura la identificación del imputado y la intimación; y ***a parte rei***, que garantiza la defensa, sí le reconocen la posibilidad de ser consideradas las manifestaciones del justiciable como fuente de prueba – característica de la doctrina italiana – no pudiendo el juez inhibirse de tomar de su declaración, elementos a favor o en contra del mismo acusado – *Leone. "Tratatto di diritto processuale penale". Tomo II. Napoli. Jovene, 1961, pp. 249 y 250* -; en igual sentido se pronuncia Clariá Olmedo en su obra *"Tratado de Derecho Procesal Penal"*. Tomo IV. Buenos Aires, Argentina. EDIAR, 1964, pp.498 y 499, cuando indica que la declaración del convicto es esencialmente un medio de defensa y no puede ser considerada como medio de prueba, pero también reconoce que sus manifestaciones pueden servir como elementos de convicción que guían a

los juzgadores proporcionándoles fuentes de prueba. Por el contrario, otros autores, entre ellos Montero Aroca – *"Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid. Technos, 1976, página 243* - consideran que la declaración del imputado constituye un medio de prueba, que también le permite ejercer su defensa, criterio que también exteriorizó en su momento Foschini, al rechazar las tesis sobre el interrogatorio como medio de defensa o medio de intimidación y lo consideró como un medio de prueba, reconociéndole también algunos aspectos atinentes a la autodefensa del imputado, los que a su juicio no excluían su condición esencial de medio de prueba – *Foschini. "L'interrogatorio dell'imputato", publicado originalmente en "Annali di diritto e procedura penale, 1943, "L'imputato, studi". Milano, Giuffré, 1956. Citado por Tijerino Pacheco, José María. "Acerca de la declaración del imputado". Revista de Ciencias Penales número 3. Año 3. 1990. San José, Costa Rica* -. Por último, la doctrina también recoge criterios sustanciales que interpretan la declaración de un justiciable, estimándola tanto como instrumento para su defensa, como también un medio de prueba. Así, Florián en su obra *"Elementos del Derecho Procesal Penal". Barcelona, Bosch, 1934, pp.335 y 336,* fundamenta sus aseveraciones señalando que en el derecho italiano, la deposición de un imputado es un medio de prueba, en el tanto se impone para el juzgador la obligación de investigar todo cuanto aquel haya afirmado, y ello con el fin de descubrir la verdad – derecho de defensa -. Por su parte, Altavilla también estima la declaración del convicto como un medio de prueba, un medio de defensa y fuente de prueba – *ver Tijerino Pacheco, op cit. Citando a Foschini, op cit, pp. 49 a 58* -. Siguiendo este criterio ecléctico, el derecho costarricense, dentro de una interpretación que esta Sala comparte, ha estimado que la declaración del imputado es considerada tanto como medio de defensa como de prueba, e incluso como fuente u objeto de prueba – artículo 88 del Código Procesal Penal -, en el tanto, una vez que el acusado, pese a su derecho constitucional de abstención, consagrado en el artículo 36 de nuestra Carta Magna, decide declarar, el juez está obligado a verificar por los medios probatorios a su disposición, en aras de la búsqueda de la verdad real y el respeto a sus derechos fundamentales, conforme a las reglas de la sana crítica, la veracidad de sus afirmaciones. En la causa que se examina, contrario a lo que señalan los impugnantes, dentro de un enfoque subjetivo que no responde al mérito de la sentencia dictada, el Tribunal de juicio en modo alguno conminó al imputado S. D. a declararse culpable, remitiéndose a analizar sus manifestaciones a la luz de las probanzas aportadas, concluyendo que su versión sobre los acontecimientos no resultaba creíble y por el contrario se veía desvirtuada por los elementos probatorios analizados, expresando los fundamentos y razones sobre los cuales cimentó su decisión – ver folios 153 frente y vuelto y 154 frente -. Por último, conviene referirse a la aseveración de los gestionantes, reclamando para el imputado un pretendido "derecho" a mentir. Tal y como en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala, en concordancia con los planteamientos vertidos en sede constitucional, todo imputado, bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Política, mantiene el derecho de abstención dentro del proceso penal, en el tanto no se encuentra obligado a declarar contra sí mismo ni a colaborar con la justicia, reclamando el respeto a sus garantías constitucional y legalmente establecidas; pero en caso de que decida renunciar a su posibilidad de abstención, no le asiste un correlativo "derecho a mentir" y a obstruir intencionalmente la acción de la justicia en aras de su defensa – ver votos números 7498 de las 15:42 horas del 2 de octubre de 1998. Sala Constitucional; 637-01 de las 9:05 horas del 29 de junio de 2001 y 1203-04 del 22 de octubre de 2004, ambos de la Sala Tercera Penal -, aunque obviamente no se le puede conminar a que diga la verdad, de allí que, si el imputado en su declaración opta por mentir, sus manifestaciones, tal y como lo indicamos supra, deberán ser sometidas a análisis por parte de la autoridad jurisdiccional a la luz de las probanzas aportadas, y si no encuentran respaldo probatorio acreditándose en su contra la hipótesis de la acusación, podrá enfrentar una condena, pero no porque haya mentido, sino porque su versión se ha visto desvirtuada con las pruebas sometidas a análisis. En el caso presente, el Tribunal analizó en forma exhaustiva la declaración vertida por el convicto en debate, estimando que las pruebas aportadas la hicieron caer por su propio peso, restándole toda credibilidad, pero ello no significa, como erradamente lo interpretan los quejosos y así lo reclaman, que su condena se sustentara en las mentiras alrededor de las cuales, conforme al juicio de los juzgadores, versó la tesis defensiva del justiciable."

**Sala Tercera de las Corte, No. 172 de las 10:05 horas del 11 de marzo de 2005.**

**44) INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. Invalidez de escuchas no autorizadas. Diferencia con grabación de conversaciones entre presentes.**

"Efectivamente, observa esta Sala que durante las escuchas realizadas por la Jueza Penal, la misma incluyó conversaciones entre personas presentes en el domicilio, puesto que por error o descuido, alguien no cortó la llamada que había ingresado al teléfono intervenido. Esta situación, permitió que se grabaran, no las conversaciones realizadas por el aparato telefónico, sino un diálogo entre las personas que estaban en el domicilio. De acuerdo con la *"Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones"*, artículo 9, la autorización de intervenciones puede darse respecto a comunicaciones orales incluidas las telecomunicaciones o, de acuerdo con el párrafo segundo, la intervención puede ser, respecto de comunicaciones entre presentes. En este sentido se indica: *"En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones*

*entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente Ley; cuando se produzcan dentro de domicilios y recintos privados, la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva*". Resulta, en consecuencia, que la ley hace una distinción entre la intervención de comunicaciones por medio de telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, de la intervención de comunicaciones entre personas presentes. Esto último, sería como utilizar micrófonos u otros medios para captar la comunicación. Si por una circunstancia casual o accidental, un teléfono no se cuelga adecuadamente, y por eso se graban conversaciones producidas en el ámbito de intimidad del domicilio, esta prueba no se puede equiparar a las escuchas telefónicas, y en consecuencia, el órgano jurisdiccional encargado de realizar la intervención, debe excluirlo. En el presente caso, de acuerdo con el legajo de "*copias de transcripción telefónico*", la jueza encargada hace una nota en la que indica lo siguiente(...) Con relación a la validez de esta prueba, el Tribunal Sentenciador indicó lo siguiente: "*se declara sin lugar la incidencia presentada por la Defensa, ya que en vista la (sic) intervenciones realizadas se encuentra dentro de las disposiciones legales, además que la Juez ordena la intercepción de las comunicaciones, y estas intervenciones son comunicciones (sic) que son legalmente intervenidas*". (ver acta de juicio de folio 760). Aparte de la forma desordenada o incongruente de la redacción, lo cierto del caso es que no se realizó un análisis jurídico del tema planteado. Tampoco se realizó tal consideración en la sentencia, donde se indica: "*La intervención que se ordena es del número telefónico y del aparato que trasmite sus comunicaciones. Si la persona descuelga el auricular para hacer una llamada y, mientras le contestan, habla, esa información es legalmente utilizable. En todo caso, aún suprimiendo de estas intervenciones, las conversaciones que se grabaron cuando el teléfono estaba descolgado, el resto de la prueba sigue siendo suficiente para arribar exactamente a la misma conclusión de certeza*" (ver folio 837). Independientemente de la importancia o trascendencia de la prueba, que lo considerara esta Sala por aparte, para cada imputado, lo cierto del caso es que no se pueden confundir los supuestos que contiene la citada ley. No es lo mismo, grabar conversaciones producidas entre dos interlocutores, que utilizan como medio de comunicación un teléfono, que grabar una conversación producida entre dos o más personas que se encuentran presentes en un ámbito de intimidad. Precisamente esta es la distinción que se hace en el artículo 9 parcialmente trascrito. Incluso, la exigencia probatoria es mayor, cuando se trata de intervenir comunicaciones entre los presentes, puesto que en este caso, la ley exige que existan indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva de las que permite la intervención, mientras que para las comunicaciones telefónicas, basta que dentro de los procedimientos de una investigación policial se conozca de alguno de los delitos que permiten esta medida. Por lo anterior, debe eliminarse de los elementos probatorios que se utilizaron para dictar sentencia, las conversaciones que se grabaron entre personas presentes. Lo anterior, no afecta el valor probatorio de las intervenciones telefónicas, lo que significa que, la situación probatoria de los imputados se debe analizar individualmente, cuando se conozca de los restantes motivos. Esto en virtud que la sentencia, utiliza otros medios probatorios ajenos e independientes a las conversaciones que deben ser excluidas. Por lo anterior, aún cuando tengan razón los recurrentes, deberá valorarse individualmente la situación probatoria de cada uno de los imputados."

**Sala Tercera de la Corte, Voto No. 139 de las 8:50 horas del 4 de marzo de 2005.**

**45) PRESCRIPCIÓN. Las reglas no se modifican al convertirse la acción pública en privada.**

"Es cierto que en los casos de conversión de la acción pública en privada, el procedimiento a seguir es el de acción privada (artículos 380 y siguientes), y que por ende, habría de entenderse que una causal de interrupción de la prescripción es la presentación de la querella de conformidad con el artículo 33 inciso b del Código Procesal Penal. Sin embargo, en este caso, aún haciendo propios los alegatos que esgrime quien recurre, no cambiaría la conclusión a la que llegó el Tribunal, ya que la querella en este caso se presentó el 20 de febrero del año 2001 (cfr. folios 386 a 402, tomo I) y la conversión de la acción pública en privada se autorizó después, el 19 de abril de 2001 (cfr. folios 201 a 204, tomo I). Es claro, que es únicamente a partir de esa última fecha en que el procedimiento debía desarrollarse como de acción privada y no puede aceptarse -como lo pretende el recurrente- que las reglas procesales deban retrotraerse a partir del inicio del procedimiento, pues antes de la conversión se trataba de un procedimiento propio de delitos de acción pública y por lo tanto, la causal de interrupción correspondiente a la presentación de la querella no podía haber surtido ningún efecto interruptor de la prescripción."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 513 de las 14:35 horas del 30 de mayo de 2005.**

**46) PRESCRIPCIÓN. Regla de la reducción a la mitad en asuntos de tramitación compleja.**

"Es cierto que el artículo 376 del Código Procesal Penal establece la posibilidad para el Tribunal, de oficio, o a solicitud del Ministerio Público, de autorizar, mediante resolución fundada, la aplicación del procedimiento para asuntos de tramitación compleja, cuando la causa se dificulte por la multiplicidad de los hechos, del elevado número de imputados o de cualquier forma de delincuencia organizada, adicionándose la citada norma, con un nuevo

párrafo, mediante reforma legal del 30 de octubre de 2001, publicada en La Gaceta número 27 del 26 de noviembre siguiente, donde se indicó que cuando dicho trámite especial sea dispuesto durante las fases preparatoria o intermedia, no regirá la reducción del término de prescripción a la mitad, previsto en el artículo 33 idem. Consecuentemente, cuando la autorización para que se aplique el referido procedimiento, se realice en la etapa de juicio, no es atendible la citada excepción, por lo que en estos casos el término de prescripción imperante será aquel que corresponda, pero reducido a la mitad. A efecto de resolver la petición planteada por la representante del Ministerio Público, conviene recordar las etapas conclusivas, tanto de la fase preparatoria como intermedia, a fin de determinar, en el caso presente, si la resolución que autorizó la tramitación compleja, se enmarcó efectivamente dentro del procedimiento intermedio, conforme lo reclama la impugnante, lo que permitiría estimar el término completo de prescripción, sin la reducción legal establecida. El procedimiento preparatorio concluye, conforme se señala en el artículo 299 del Código Procesal Penal, cuando el órgano fiscal o el querellante, solicitan la apertura a juicio y presentan la acusación correspondiente, o bien se requiera la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o se promueva la conciliación, remitiendo al Juez las actuaciones, evidencias y demás pruebas materiales existentes. Por su parte, la etapa intermedia finaliza cuando el juzgado penal se pronuncie sobre las distintas solicitudes que se le puedan presentar, sea porque se le planteen requerimientos diversos a la acusación o la querella – sobreseimiento definitivo o provisional – o bien porque se haya formulado la pieza acusatoria por parte del Ministerio Público o bien la querella, para cuya resolución el juzgador convocará a audiencia preliminar, notificando a las partes y poniendo a su disposición las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación para que puedan ser examinadas dentro del término común de 5 días –(artículo 316 del Código Procesal Penal)-. Ante esta última posibilidad, el juez del procedimiento intermedio analizará la procedencia de la aceptación de la pieza acusatoria o la querella, pronunciándose si hay base para el juicio, o bien si corresponde desestimar la causa en forma parcial o total, o sobreseer al imputado. En esta misma resolución el juez tiene la facultad de examinar la procedencia en la aplicación de un criterio de oportunidad, del procedimiento abreviado o de la suspensión del procedimiento a prueba, así como la autorización para aplicar las reglas en asuntos de tramitación compleja –(artículo 319 de la ordenanza procesal penal)-. Si el juez se pronuncia por admitir la acusación o la querella dictará un auto de apertura a juicio trasladando los autos al Tribunal de sentencia – numeral 322 idem -. Determinadas las fases conclusivas correspondientes al procedimiento preparatorio e intermedio, es preciso situar la resolución que en la causa examinada ordenó aplicar la tramitación compleja. Así, se advierte en autos que el Tribunal unipersonal de Santa Cruz de Guanacaste, mediante resolución dictada a las 17:00 horas del 18 de febrero de 2002, remitió el expediente a conocimiento del Tribunal colegiado –(ver folio 152)-, despacho que señaló por primera vez a debate mediante resolución de las 10:40 horas del 15 de mayo siguiente –(ver folio 154)– fijando para tales efectos las 8:30 horas del 16 de setiembre de 2002, audiencia que no se realizó a solicitud de la defensa técnica de la imputada G. C. B., alegando enfermedad, por lo que se trasladó la nueva fecha para las 8:00 horas del 31 de julio de 2003. Pocos días antes de la fecha indicada para la audiencia oral y pública, la autoridad juzgadora, mediante resolución de las 7:40 horas del 23 de julio de 2003, ordenó la aplicación del procedimiento complejo, dado el elevado número de delitos en esta causa (221), por lo que la referida autorización extendió sus efectos sobre los plazos procesales, de conformidad con el artículo 378 del Código Procesal Penal, pero no amplió el término a efecto de que no operara la reducción a la mitad del artículo 33 ejúsdem, establecido en el numeral 376 del mismo cuerpo legal. Lo anteriormente dispuesto deja establecido, que en la especie, contrario a lo que reclama la representación del Ministerio Público, no resultaban aplicables los supuestos contenidos en el último párrafo del citado artículo 376 reformado en noviembre de 2001, en el tanto la autorización jurisdiccional a efecto de que se aplicara el procedimiento complejo se dispuso durante la etapa de juicio, cuando ya habían precluido sobradamente las fases preparatoria e intermedia, que sí permitían considerar el término completo de prescripción y no la reducción a la mitad."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 638 de las 12:05 horas del 17 de junio de 2005.**

**47) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. Intervenciones del juez que pueden afectar este principio.**

"Efectivamente, el Juez J. L. S. C., quien integrara el tribunal que dictó la sentencia cuestionada, ejerció con anterioridad dentro de este mismo proceso, el cargo de Juez Penal de la localidad, en cuya condición autorizó por vía telefónica allanar y recibir el anticipo jurisdiccional de prueba por parte del Juez Contravencional de Bribrí (cfr. folios 19, 22, 24 y 27), ordenó la prisión preventiva del imputado A. A. a través de resolución dictada a las 17:35 horas del 11 de diciembre de 1998; confirió audiencia a las partes acerca de la solicitud de revisión de la medida cautelar (folio 264); mediante resolución de las 7:30 horas del 20 de mayo de 1999, denegó la solicitud para cambiar esa medida (folios 267 y 268) y en virtud de la apelación interpuesta, emplazó a las partes ante el Superior (folio 272); a folio 393 convocó a las partes a la audiencia preliminar y según se aprecia a folio 417 de la causa, tuvo por constituidas a las partes civiles. Dicho lo anterior, debe señalarse que no todas las decisiones asumidas por el Juez S. C., afectaron el principio de objetividad jurisdiccional

establecido legalmente, ya que las autorizaciones vía telefónica y las audiencias conferidas resultan ser de mero trámite, en tanto no implican un pronunciamiento de fondo, ni tampoco perjudica en alguna medida, su participación en forma personal en la recolección de la prueba. No obstante, dicha vulneración sí se observa al dictar prisión preventiva, porque en ella el funcionario valoró y analizó las probanzas, externando criterios de fondo acerca de la responsabilidad del justiciable. Al respecto indicó, que: *"... El artículo 239 del Código Procesal penal, en su inciso a) requiere para el dictado de esta medida, en primer lugar que* ***existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él****. En este sentido se tiene que la prueba testimonial con que se cuenta en autos (folios 7 a 9, 10 a 11, 12 a 13) resulta más que categórica y explícita en involucrar al aquí acusado (alias "Chino", ver su dicho a folio 21) como el autor de los macabros hechos que se investigan. Existe prueba directa que acredita la probabilidad requerida , del(sic) que el hecho investigado es cierto, y que el acusado es probable autor del mismo. El inciso b) del artículo referido exige [...]. La actuación del imputado evidencia una alta dosis de violencia..."* (cfr. folio 38 vto.; el subrayado se suple). Acorde con lo expuesto, el Juzgador S. C., antes de dictar el fallo, valoró la prueba y emitió pronunciamiento dentro del mismo proceso, acerca de la culpabilidad del encartado. Cabe destacar, que el uso del término "probabilidad", no es un factor que avale excluir los juicios de certeza apreciados en la resolución de cita."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 256 de las 8:45 horas del 8 de abril de 2005.**

**48) PROCEDIMIENTO ABREVIADO. No se pueden exigir otros requisitos que no están previstos en la ley.**

"El artículo 373 del Código Procesal Penal establece con claridad los requisitos para aplicar el procedimiento abreviado, a saber: 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 y actor civil, manifiesten su conformidad. En la especie, pese a la aceptación de los hechos acusados, efectuada por C. F. en la audiencia preliminar y a la aquiescencia del órgano requirente y del querellante y actor civil (cfr. folios 225-226), la Juez de garantías decidió no homologar la solicitud del procedimiento abreviado sometida a su conocimiento, razonando al efecto, que en virtud de que C. F. había rechazado los cargos al rendir declaración indagatoria, (folios 206-208): *"... Es obvio que existe una contradicción inconciliable entre aquella declaración y la que rinde en la audiencia preliminar, de modo, que con el propósito de garantizar los derechos fundamentales del imputado... esta Autoridad... con el fin de tutelar el debido proceso concluye, que lo oportuno es ventilar los hechos contemplados en la acusación formulada por el Ministerio Público en contra de Adrián E. C. F. a través del Juicio Oral y Público, para que éste haga uso del derecho al contradictorio y de la reproducción de la prueba en el debate para determinar de esta forma la verdad real de los hechos acusados..."*, (folio 242). Cierto es, que la aceptación de los hechos por parte del imputado debe ser expresa, libre, inequívoca e indubitable. Sin embargo, resulta arbitrario sumar a los requisitos mencionados, otros no estipulados legalmente en este caso, como que la aceptación de los hechos se extienda también a la declaración indagatoria. La verificación relativa a la libre aceptación de los hechos acusados por parte del justiciable, se relaciona con que ésta sea producto de una decisión nacida del libre arbitrio del manifestante, a quien se ha informado con precisión acerca de los alcances y consecuencias de su decisión. No obstante, no es la ausencia de tales condiciones lo que se objeta, pues no se resalta en qué sentido la manifestación de voluntad del imputado durante la audiencia preliminar, resultó viciada, sino la no coincidencia existente entre la aceptación de los hechos en la fase intermedia y el rechazo de los cargos realizado por C. F. en su declaración indagatoria. Múltiples son los motivos que pueden haber provocado tal situación, entre ellos, un cambio en la estrategia de defensa. Sin embargo, no alcanza a sustentar debidamente la Juez de juicio, por qué la circunstancia apuntada generó duda respecto a la: *"... veracidad de la confesión del imputado"* y en ese tanto, la resolución resulta ilegítima por falta de fundamentación. Obsérvese además, que en la nueva audiencia preliminar realizada luego de la no homologación del acuerdo, la defensa técnica de C. F. insistió en que se despejara cualquier duda respecto a la libre aceptación de los hechos por parte del acriminado, pero el Juzgado Penal adujo, que: *"... en este caso no es posible aplicar el proceso abreviado, toda vez que el Tribunal de Juicio rechazó la aplicación del mismo y ordenó el reenvío a la oficina de origen para su tramitación ordinaria"*, (folio 254 vto.). Esta Sala ha señalado ya, que si bien el rechazo de la solicitud o la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado, no conlleva per-sé, un quebranto al derecho de defensa, ni al debido proceso: *"... la negàtiva a esta solicitud, en los casos que se haya formulado, sí debe quedar fundamentada de manera apropiada, ya que, como consecuencia de la regla que se impone en materia de decisiones, los juzgadores están obligados a motivar lo que resuelven conforme lo establece el artículo 142 del Código Procesal Penal..."*, (resolución # 348, de 10:55 horas del 2 de abril de 2004). En el caso concreto, producto de una resolución judicial ayuna de la debida motivación, se impidió al justiciable acceder al procedimiento abreviado - como era de su interés - y pese a cumplir - en principio - con los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente. Aun habiéndose insistido en la rectificación del vicio (ver folios 254 vto. y 593), éste mantuvo sus efectos hasta el dictado de la sentencia condenatoria. En virtud de lo expuesto, procede **declarar con lugar** el primer motivo por la forma de las impugnaciones presentadas por los abogados J. Z.

y M. G., defensores particulares de A. C. F.. Se casan la sentencia y el juicio que le precedió, únicamente con respecto a dicho encartado, a fin de que el Tribunal de Juicio decida lo concerniente respecto a si se homologa o no la solicitud presentada para tramitar un procedimiento abreviado con respecto a C. F.. Ante la eventualidad de que la aplicación de dicho instituto resulte inviable, se sustanciará un nuevo juicio de forma originaria, advirtiéndose que en todo caso, la integración del Tribunal deberá ser diversa de la que participó al dictar la sentencia casada y atendiendo el principio de no reforma en perjuicio, las penas imponibles al justiciable, no superarán los montos fijados en el fallo que ahora se deja sin efecto."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 200 de las 9:50 horas del 18 de marzo de 2005.**

**49) PRUEBA. Derecho de defensa. Amplitud de su ofrecimiento y recepción.**

"En un Estado de Derecho como el nuestro los medios empleados en la búsqueda de determinados fines son tan importantes como los fines mismos. Así por ejemplo, en el campo de la administración de justicia, no podría hablarse de justicia, -valga la redundancia-, si en procura de la eficiencia en la persecución de los delitos se irrespetan los principios o derechos sustantivos y procesales que se reconocen a toda persona. Llevando estos conceptos al caso que aquí interesa, vemos cómo el Tribunal, amparándose en normas legales, olvida la esencia misma de nuestra Constitución Política, privilegiando la obtención de una sentencia en un plazo determinado aunque con ello, se niegue el derecho de defensa y específicamente, la posibilidad del encartado para que ofrezca la prueba que estime oportuna. Refiriéndose a la amplitud que debe tenerse con relación a la prueba, la Sala Constitucional señaló: *"Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente,* ***e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente****."* (Resolución No. 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992, el destacado no es del original). Esta sentencia, que hace amplia referencia al debido proceso, mantiene su vigencia pues no obstante el cambio en la legislación procesal penal, la Constitución Política sigue siendo la misma. De tal suerte, no podría aceptarse que con base en criterios de extemporaneidad, se rechace la prueba que ofrecen las partes -y específicamente, la defensa- cuando ésta sea esencial para la decisión de un asunto, pues aquí priva el derecho de defensa sobre la celeridad que pretende imprimírsele al proceso. En el caso concreto, la defensora pública del justiciable aportó en el debate un dictamen donde consta que su patrocinado sufre un padecimiento mental y con base en él, le solicitó a los Jueces que se determinara pericialmente la imputabilidad del encartado (folio 98 frente). No obstante esta circunstancia, el Tribunal rechaza la prueba, toda vez que: *"desde que se recibió indagatoria hizo referencia al padecimiento, y es hasta estas alturas donde la defensa viene a hacer las manifestaciones pertinentes, estas tramitaciones no se pueden hacer de manera apresurada, y psiquiatría no va ha (sic.) rendir dicho dictamen en los diez días para la continuación. Por otro lado existe una manifestación a folio 37 y procede hacer lectura del mismo, en dicha manifestación indica el encartado que no quiere hacerse presente a la cita Psiquiátrica."*(folio 98 vuelto). Como se aprecia, se descarta la solicitud de la defensa básicamente con tres argumentos, en concreto, la necesidad de darle término al debate en el plazo de diez días (criterio que ciertamente, es de estricta legalidad), la extemporaneidad de la petición y el hecho de que el encartado no quiso presentarse a la cita psiquiátrica. Sobre los primeros dos tópicos, debe reiterarse que el eficientismo en la persecución de los delitos no justifica el sacrificio de los derechos y garantías procesales. Jamás podría pensarse que la celeridad en la obtención de una sentencia priva sobre el derecho de defensa y la búsqueda de la verdad. Con relación al último extremo, el artículo 39 de la Constitución Política exige como requisito para la imposición de una condena la previa demostración de la culpabilidad, o en otras palabras, un juicio de certeza con relación a cada uno de los elementos del delito. Si en un caso como el presente, el Tribunal rechaza la prueba ofrecida no obstante que cuenta con indicios que generan sospechas sobre la culpabilidad con que actuó el encartado (en concreto, el documento que cita la recurrente e incluso, la manifestación que hizo el imputado a folio 15 frente) y que a su vez le daban fundamento a la petición de la licenciada M. G., no puede más que concluirse que se trata de una decisión arbitraria. Esta conclusión no se modifica si se considera la negativa del encartado, en la etapa preparatoria, a presentarse a la valoración psiquiátrica, pues pensarlo de esa manera implicaría una inversión en la carga de la prueba. Inclusive, no podría descartarse que esa decisión se deba también a la misma situación mental del procesado. Como si esto fuese poco, según se extrae de la lectura de la sentencia (específicamente, del folio 113 frente) el a-quo no ahondó en el tema de la culpabilidad, omitiendo pronunciarse con respecto a la capacidad mental de P. U. y en ese tanto, dejando sin respuesta los cuestionamientos que le habían sido sometidos al respecto. En este punto, debe aclararse que esta Sala no ignora que lo común es que las personas tengan una adecuada capacidad mental y que lo contrario es lo que debería probarse; sin embargo, en aquellos casos donde de oficio o a solicitud de parte, el Tribunal tiene elementos para cuestionar dicho extremo, surge la obligación de hacerlo, analizando las probanzas que tiene a su alcance o bien, ordenando la recepción de aquellas que aunque se soliciten de manera extemporánea, son esenciales para la decisión

del tema. Finalmente, sobre el testimonio de la madre del encartado, se reiteran los argumentos ya expuestos con respecto a la extemporaneidad en el ofrecimiento de la prueba, pues esta fue la razón por la cual el Tribunal lo rechazó (folio 98 vuelto). Como se apuntó líneas atrás, no obstante el atraso de la parte, si se establece la importancia que tiene la prueba para la decisión del caso (tal y como sucedió aquí, pues según la recurrente, la testigo siempre estuvo en la vivienda donde se cometieron los hechos), el órgano de mérito debería recibirla, pues de lo contrario estaría privilegiando criterios de celeridad procesal sobre el derecho de defensa, cuyo rango es constitucional. En virtud de lo expuesto, se acoge el presente motivo."

**Sala Tercera de la Corte, Voto No. 629 de las 11:34 horas del 17 de junio de 2005.**

**50) PRUEBA. Principio de libertad probatoria. Sentencia sustentada solo en el ofendido.**

"Nuestro sistema procesal se sustenta sobre el principio de libertad probatoria, donde los hechos y las circunstancias de interés en la resolución de una causa, pueden probarse por cualquier medio de prueba permitido, salvo expresa prohibición legal – artículo 182 del Código Procesal Penal -, sin que exista inconveniente alguno que impida fundamentar un juicio condenatorio sobre la versión de los directamente ofendidos como sucede en el caso examinado, e incluso sobre un sólo testimonio, bastando la razonabilidad de tales declaraciones, cuando al ser sometidas al análisis jurisdiccional conforme a las reglas de la sana crítica, se vean revestidas de absoluta credibilidad, que permita inferir un juicio certero sobre la participación y responsabilidad del acusado, tal y como lo ha sostenido esta Sala en reiterados pronunciamientos – (sobre el particular ver votos números 787-F-96, de las 9:50 horas del 13 de diciembre de 1996; 273-F-94, de las 9:00 horas del 22 de julio de 1994 y 208-98, de las 9:00 horas del 6 de marzo de 1998. Sala Tercera)-. Dentro del sistema de sana crítica, se carece de disposiciones legales tendentes a la predeterminación del valor conviccional de las pruebas, quedando en poder del Juzgador la facultad de analizarlas precisamente bajo las normas que informan el correcto entendimiento humano."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 637 de las 12:00 horas del 17 de junio de 2005.**

**51) PRUEBA. Valoración cualitativa y no cuantitativa. Único testigo. Género.**

"En este sentido, quienes presenciaron la prueba por vía inmediata, estimaron que el miedo, baja autoestima y sentimiento de impotencia experimentada por L., motivó que ésta no acudiera a que le practicaran una pericia médica con posterioridad a la violación. Dicho razonamiento no constituye una ocurrencia del Tribunal: Tal y como explicó la testigo C. J., ella le brindó ayuda económica a la perjudicada para que asistiera a realizarse la pericia, pero al darse cuenta de que no concurrió y ante su reclamo, B. B. le explicó que no había ido por miedo y vergüenza. Paralelamente a dicha referencia, el a-quo valoró el ciclo de agresión relatado tanto por la ofendida, como por sus hijas e ínsito en dicho panorama, el síndrome de invalidez aprendida de la perjudicada, extraíble de la prueba testimonial, pero también de la pericia psicológica-forense incorporada a los autos (folios 65 a 68). Los criterios imperantes para estimar el correcto fundamento del fallo, no son de orden cuantitativo, siendo incluso posible acreditar hechos partiendo de una declaración única, siempre y cuando se trate de prueba lícita, debidamente incorporada al juicio y que arrancando de un análisis apegado a las reglas del correcto entendimiento humano, se determine que el elemento de convicción aporta datos veraces y suficientes como para dilucidar correctamente el asunto (en este sentido, ver resoluciones #1246, de 9:05 horas del 21 de diciembre de 2001 y # 265, de 9:45 horas del 8 de abril de 2005, ambas de la Sala Tercera). En la especie, el juicio de certeza acerca de los hechos acusados, lo deriva el Tribunal de forma suficiente partiendo de la prueba incorporada, sin que la ausencia de la pericia médica implique falta de motivación alguna."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 452 de las 11:15 horas del 20 de mayo de 2005.**

**52) PRUEBA. Valoración del in dubio pro reo. Aspectos a tomar en cuenta.**

"En cuanto a ese punto en particular, es decir, que el imputado obligó al joven ofendido a lamer su pene, y de que no medió ningún consentimiento al respecto, el tribunal de juicio no expresó absolutamente ninguna posición dubitativa que haga pensar en la desaplicación del principio *in dubio pro reo.* Lo mismo cabe indicar sobre el hecho de que el encartado permaneciera o no en el lugar de los hechos luego de desplegar su conducta, y de que el tribunal valorara o no esa versión, pues en este caso eso no tenía ninguna incidencia en la certeza que guardó el tribunal sobre la existencia del hecho acusado. Debe indicarse, que en el motivo expresado por el recurrente se observa una simple discrepancia con las apreciaciones y valoraciones realizadas por los juzgadores de instancia, la cual no basta para que prospere la casación por violación al principio *In dubio pro reo.* Como ya ha señalado esta Sala anteriormente: "*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 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...**Obsérvese que no es una simple disconformidad lo que podría legitimar la acogida del recurso de casación...**El Tribunal se encuentra en duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero a los cuales no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí misma no merece confianza... La duda... se presenta cuando hay incertidumbre entre distintas opciones sin poderse inclinar con certeza por alguna de ellas. Para tales efectos debemos tener presente que, luego del juicio oral, la convicción de los juzgadores plasmada en la sentencia pasa por dos distintos niveles: (a) el primer nivel consiste en la formación del criterio que se forman los juzgadores con base en todo lo percibido en el juicio oral. Se trata del examen sobre la credibilidad de la prueba, es decir el valor asignado a cada uno de los elementos de constatación incorporados a la audiencia oral. Este nivel está conformado por dos momentos: la percepción de la prueba que se realiza durante el juicio; y la motivación de la interpretación de la percepción que tuvo lugar en ese juicio. (b) El segundo nivel se refiere a la estructura racional de la formación de la convicción, es decir a la observancia de las leyes de la lógica, la psicología, la experiencia, los conocimientos científicos, el sentido común, en las deducciones que el Tribunal realice a partir de la prueba (Véanse por todos, IBAÑEZ, PERFECTO ANDRES. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, N° 12, 1992, pp. 257 ss.; y BACIGALUPO, ENRIQUE. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, en op. cit., pp.13 ss, en especial 29 y 30). Se trata de la estructura lógica por medio de la cual los juzgadores de instancia justifican sus conclusiones a partir de los elementos de prueba percibidos. La casación no puede incursionar en el primer nivel, porque ni puede percibir la prueba recibida en el debate en forma oral (con inmediación), ni puede suplantar la motivación de los juzgadores sobre cómo percibieron la prueba y cuáles conclusiones extraen. Lo impugnable en casación en lo que al principio del in dubio pro reo se refiere, sería el segundo nivel. En efecto, la impugnación tendría que dirigirse a atacar la estructura racional al formarse la convicción, demostrando con bases firmes que conforme a las leyes de la lógica, la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicos, no podía derivarse una conclusión certera sobre la culpabilidad, sino un estado admisible y real de duda en cuanto racionalmente no era posible concluir otra cosa entre al menos dos posibilidades...."*(SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto #1098, de las 9:45 horas del 16 de noviembre de 2001. La letra negrilla es suplida). En el caso que nos ocupa, no sucede que los Juzgadores de instancia desaplicaran el *in dubio pro reo*, y las observaciones del recurrente no pasan de ser meras reinterpretaciones subjetivas de la prueba. No debe olvidar el impugnante que el recurso de casación no puede ser utilizado como un mecanismo para intentar una nueva ponderación de la prueba, sino para lograr un análisis que vele por la logicidad y legalidad de la sentencia impugnada."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 32 de las 10:05 horas del 28 de enero de 2005.**

**53) PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración. Divisibilidad o credibilidad parcial de los testimonios.**

"Ahora bien, en cuanto se cuestiona la valoración de las declaraciones de los testigos E. A. S. A. y A. S. F. porque resulta incongruente que se utilice su testimonio para acreditar algunas circunstancias y se desmerezca para otras, el reclamo no es atendible. Nada impide que los Juzgadores den crédito parcial a una declaración, lo importante es la calidad y peso de los razonamientos que se den para justificar esa circunstancia, pues muchas pueden ser las variables que justifiquen que un deponente sea veraz en algunas partes de su declaración y altere, omita, tergiverse u olvide otras y por eso los Juzgadores, auxiliados por la inmediación de la prueba y la obligación de considerar en conjunto toda la prueba esencial, puedan establecer aspectos a los que den credibilidad y otros que no y por eso dependerá del fundamento que se dé. En el caso concreto los jueces tienen un dato científico concreto e independiente que señala que el ofendido se encontraba en estado de ebriedad y es el resultado de los exámenes auxiliares dispuestos en la autopsia, en este caso la alcoholemia, visible a folio 10 y que permite establecer que se detectó en sangre 0.284 mg de etanol por cada 100 mililitros de sangre, nivel que como lo señala el Tribunal, es de franca ebriedad y genera descoordinación y exceso de confianza. Precisamente este dato científico permite desmerecer la versión de los testigos en el sentido de que la víctima no había ingerido licor, o al menos sólo un par de cervezas, porque es claro que la realidad era otra. Adicionalmente, este dato refuerza la declaración del acusado en el sentido de que la víctima se cruzó intempestivamente en su camino, en una zona de poca visibilidad y que no tuvo tiempo de reaccionar, pues precisamente la ingesta alcohólica explicaría un tipo de maniobra como la que el acusado narró y así lo razonan los Juzgadores. El Tribunal expresamente desmerece el aporte de estos testigos porque los percibió complacientes y con un evidente interés en favorecer a la víctima. Y el dato de la ingesta alcohólica permite comprobar esa percepción, pues es claro cómo tratan de evitar con sus versiones, que se concluya que el ofendido estaba ebrio. Pero adicionalmente y como en forma expresa lo razonan los Juzgadores, hay ciertos aspectos de sus declaraciones que no concuerdan con el resto de la prueba y es a propósito de estas valoraciones que analizan cómo la dinámica del accidente que los deponentes exponen no resulta acorde, por ejemplo, con el detalle de las lesiones sufridas por el ofendido, la mayoría sobre su costado derecho, tampoco con los daños evidenciados en el vehículo, todos al frente lado izquierdo, lo que evidencia

que el ofendido cruzaba hacia el sur cuando fue impactado, aunado a la posición final del cuerpo, sobre la calzada a la izquierda del taxi y que tiene vía hacia el oeste y por donde circulaba la motocicleta que terminó impactando con violencia a la víctima."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 527 de las 15:33 horas del 30 de mayo de 2005.**

**54) PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración. La falta de coincidencia no implica contradicción.**

"Conviene señalar, en lo que al análisis de la prueba testimonial se refiere, que el hecho de que los testigos difieran en sus declaraciones, no implica necesariamente que sean contradictorias o bien que su relato roce con la verdad de lo acontecido, pues sobre un mismo hecho, según la perspectiva histórica desde la que el testigo se impuso del conocimiento de los hechos, así será su versión, correspondiéndole al juzgador, valorar tales declaraciones a la luz de la sana crítica, reconstruyendo de esta manera la verdad real de los acontecimientos, a efecto de determinar si lo acusado mantiene un respaldo lógico y congruente con la prueba, o en su defecto si resulta desvirtuado. En el caso presente, si bien es cierto ambos testigos estuvieron dentro del local comercial al momento de la sustracción de las joyas, por las circunstancias que rodearon el delito, no tuvieron la misma percepción conjunta de lo acontecido: así la propietaria N. S. A. logra apreciar cuando el imputado sale del local con los bienes robados, mientras que el joyero M. R., por la posición en que se encontraba y las personas que se hallaban en el sitio, incluyendo la mujer que servía de pantalla al imputado para que este, sin ser visto, lograra abrir la urna y sacar la bandeja con las joyas, aun cuando sí apreció al encausado entrar a la joyería con la citada mujer de identidad desconocida – aspecto que su jefa no logró precisar -, y lo ubicó junto a la urna, no pudo observar el momento en que se marchó con los bienes, pero sí determina, cuando se da la persecución que él mismo protagoniza, la utilización del arma punzo cortante – cuchilla – con la que el acusado lo amenaza para impedir que continúe en su seguimiento, a pesar de que siempre se logra su detención y el decomiso de los objetos a los que se hizo referencia anteriormente, circunstancias que no son apreciadas por la testigo S. A., quien se mantiene en su negocio comercial; versiones que, aun cuando en lo esencial son coincidentes, difieren en los aspectos según la perspectiva histórica apreciada por cada uno de los declarantes, pero que valoradas en conjunto por la autoridad sentenciadora, permitieron concluir sobre la demostración certera de la hipótesis acusatoria presentada por el Ministerio Público, emitiendo el fallo condenatorio."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 637 de las 12:00 horas del 17 de junio de 2005.**

**55) RECURSO DE CASACIÓN. Diferencia derecho a recurrir el fallo y doble instancia.**

"El artículo 35 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal» dispone que «*Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior*». El artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también contempla el «*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*», como también lo dispone el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al decir que :» *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*». Se advierte que estos artículos disponen claramente el *derecho al recurso*, no se refieren necesariamente a que deba existir una *doble instancia* en el sentido riguroso del término, como se dirá más adelante. Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha tenido el cuidado de diferenciar entre el derecho al recurso y la doble instancia, en vista de la pluralidad de acepciones que tiene la palabra instancia. La doble instancia, en sentido estricto, supone que el proceso se desenvuelve en etapas o grados que han sido ordenados conforme al principio de preclusión, una instancia sucede a otra, para que la decisión del caso sea sometida sucesivamente a jueces distintos y en iguales condiciones de inmediación, de modo que no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera (Véase COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, págs. 169 a 170; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, págs. 207 y 361). MONTERO AROCA ha precisado con rigurosidad la diferencia entre el derecho al recurso y la doble instancia, advirtiendo que no existe base alguna para pretender que lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice es que sea necesario que el legislador disponga una verdadera segunda instancia o segundo grado jurisdiccional en el proceso penal (MONTERO AROCA, Juan: *Principios del Proceso Penal Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, págs. 184 a 185). Al establecer el nuevo Código Procesal Penal de 1996 -como lo hizo el Código de 1973- el juicio de instancia única, tanto el *juicio de hecho* como el *juicio de derecho* son revisables por vía del recurso de casación, y este derecho al recurso ha sido diseñado en nuestro sistema para el uso de todas las partes, pues la igualdad de las partes es un principio consustancial a la naturaleza del proceso. En efecto, toda sentencia condenatoria (también la absolutoria) supone dos operaciones: la primera consiste en determinar lo que ha te tenerse por «hecho probado» (juicio de hecho); la segunda æluego de que se ha determinado el hechoæ, consiste en la labor de subsunción de ese hecho en alguno o algunos preceptos legales (juicio de derecho). Ambas operaciones pueden ser rigurosamente controladas mediante el recurso de casación contra la sentencia penal,

la primera al examinar la motivación de los hechos (en este sentido véase ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en A.A.V.V.: «La sentencia penal», Madrid, Imprime Mateu Cromo S.A., 1992, págs. 117 a 159, e IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de le prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995) y la segunda al examinar la motivación de la subsunción típica en la sentencia penal. Epistemológicamente la casación sí permite juzgar la rectitud de razonamiento tanto en el juicio de hecho como en el juicio de derecho que efectuó el tribunal de mérito. Para satisfacer las exigencias de nuestra Constitución Política, la sentencia penal (absolutoria o condenatoria) debe ser un texto inteligible y convincente para todos y, tratándose de una condenatoria se requiere la «necesaria demostración de culpabilidad» y ello supone necesariamente una previa y también necesaria demostración de los hechos a los que se refiere la culpabilidad de su autor. Respecto al Código de 1973, la Sala Constitucional ha considerado que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención Americana sobre 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 el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso (Cfr. Sala Constitucional, Nº 719 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990), principios cuya observancia definitivamente debe mantenerse para la interpretación y aplicación de la nueva regulación legal. En relación al Código Procesal Penal vigente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 2 de julio de 2004 (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica), consideró que el Estado costarricense debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el supracitado artículo 8.2.h CADH, en relación al artículo 2 de la misma. Al respecto es necesario hacer las siguientes observaciones. En el §162 de la sentencia citada, dice la Corte que analiza el recurso de casación a que tuvo acceso el Sr. Herrera Ulloa, y en el §167 dice que «en este caso» el recurso no satisfizo los requisitos del artículo 8.2.h. CADH de ser un recurso «amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior», sino que fue un recurso limitado. Se considera que en los términos en que se ha diseñado legalmente el recurso de casación, sí permite un control sobre el juicio de hecho por parte del tribunal superior (llámese Tribunal de Casación o Sala de Casación). La Casación costarricense, en general, sí puede ser un recurso ordinario y eficaz, accesible y amplio en el sentido de que permite al tribunal superior realizar una análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal de juicio, tanto de hecho como de derecho, que sí garantiza un examen integral de la decisión recurrida, mediante el cual el tribunal superior puede procurar la corrección de aquellas decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Y lo más notable del caso es que esa amplitud de la casación costarricense ha venido orientándose a equilibrar el derecho de todas las partes del proceso (bilateralidad). Es necesario subrayar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no garantizan la posibilidad de dos enjuiciamientos sucesivos por dos órganos judiciales diferentes, de modo que el segundo prevalezca sobre el primero (aunque tampoco la descartan), sino que en realidad buscan garantizar el control o fiscalización de la condenatoria que fue resuelta en el juicio, para que esté exenta de error que agravie al imputado (en caso de error el superior puede anular la sentencia y ordenar el reenvío a un nuevo juicio æcuando fuere necesario y posibleæ, o resolver directamente de acuerdo con la ley aplicable). Se cumple con nuestra Constitución Política y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer un recurso contra las sentencias condenatorias, sin que importe su denominación (apelación o casación), lo que interesa es que permita verificar: A) si para la determinación del hecho que el *a quo* estimó acreditado en su sentencia se observaron las formas procesales que han sido dispuestas en favor del imputado (por ejemplo, se desvirtúa la determinación del hecho si por medio del recurso se pone en evidencia que la prueba esencial no es legítima; o que la existencia del hecho no se deriva de la prueba; o que la prueba no fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica; o que la sentencia no describe el contenido ni la valoración de la prueba; que la correcta valoración de la prueba no permite tener certeza acerca de la existencia del hecho o de la participación del acusado; que arbitrariamente se omitió la incorporación o el análisis de prueba esencial para resolver con objetividad las cuestiones planteadas); B) la calificación jurídica del hecho acreditado. La repetición o ampliación del juicio en un segundo grado o instancia no es lo que realiza o satisface los instrumentos internacionales en comentario, sino que a lo sumo extendería innecesariamente el proceso, viniendo más bien a deteriorar la situación del acusado, al someterlo a un doble enjuiciamiento que puede dar lugar a un círculo vicioso, porque si la repetición (o segunda instancia) da lugar a una nueva condena, sería necesario æpara ser consecuentesæ repetir el proceso y hacer otra repetición del juicio (tercera instancia) para poder cumplir los instrumentos en comentario. El número de juicios no garantiza mayor cosa per se, porque nunca habrá dos juicios iguales, el segundo diferirá del primero por efecto del transcurso del tiempo, por la variación de las condiciones de su realización y la eventual «contaminación» del primer juicio en los testigos (salvo casos de, por así decirlo, inmutabilidad de la prueba, por ejemplo si toda la que es decisiva es de naturaleza documental); puede pensarse en testigos que mueren o que por otra razón no comparecen al nuevo juicio, o que olvidan u omiten decir detalles relevantes; o que ahora sí se acogen a la facultad de abstenerse de declarar (cuando ello es posible), entre otras hipótesis."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 540 de las 16:15 horas del 30 de mayo de 2005.**

**56) RECURSO DE CASACIÓN. Legitimidad del tercero afectado para interponerlo.**

"Distinto a lo que expone la licenciada M. I. P. D., representante legal de la parte civil, la Sala no aprecia impedimento legal alguno para que el licenciado F. S. F., actuando como apoderado judicial del Banco Nacional de Costa Rica, quien se presenta como tercero adquirente de buena fe, interponga recurso de casación contra el sobreseimiento definitivo que dictó el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica a favor de I. L. M., por el delito de falsificación de documento y uso de documento falso. Sobre este particular, ya los suscritos Magistrados se han pronunciado - en reiteradas oportunidades - indicando que terceros ajenos al proceso penal, pero interesados directos en los que en este se resuelva, pueden recurrir de la sentencia en los aspectos que les afecte, como lo sería la pérdida de bienes de su propiedad, inscritos o no en el registro, ante la orden que decrete su comiso, devolución o entrega a otros (puede verse al respecto de esta Sala, el voto **No. 318-F** de las 10:25 horas del 12 de agosto de 1994). Se ha dicho así que: "*(...)aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, **en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público**. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente. En el presente caso el recurrente expresa sus agravios, los fundamenta y formula su pretensión, lo cual cumple con los requisitos de admisibilidad. En especial con el requisito señalado en el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto éste dispone que el recurso debe expresar la pretensión, independientemente de que dicha pretensión sea procedente o no de acuerdo con el vicio que se acusa.*" (**Sala Tercera de la Corte**, voto **No. de 155-A** de las 10:25 horas del 12 de abril de 1991, el subrayado no aparece en la resolución original. Pueden verse también de esta misma Sala, los votos **No. 821-F** de las 11:00 horas del 23 de diciembre de 1995; **No. 074** de las 9:15 horas del 23 de enero de 1998). Unido a lo anterior, se tiene que la posibilidad de participación en el proceso también ha sido reconocida por la propia Sala Constitucional al tratar precisamente el problema del comiso y la afectación de terceros propietarios o adquirentes de buena fe, consideraciones que se aplican de igual forma al caso bajo análisis, toda vez que se indicó que: "*Recaída sentencia, si ésta ordenare el comiso, debe entenderse que se dió oportunidad de defensa y audiencia a los terceros propietarios o poseedores de los bienes y no partícipes en el delito juzgado, que pudieran verse afectados con la medida, de conformidad con los artículos expuestos, que si bien no prevén expresamente un determinado procedimiento de traslado o apersonamiento del tercero, por imperativo de la propia Constitución Política y los principios fundamentales que la inspiran, contemplados básicamente en los numerales 39 y 41(...) el juzgador deberá, en la medida de lo posible, estructurar con los elementos procesales que cuenta, la forma de dar esa audiencia previa al tercero que pueda verse afectado, pues no podría pensarse en un despojo que opere de pleno derecho, o en una decisión que afecte derechos o intereses legítimos de una persona, sin haber sido ésta siquiera oída, sobre todo cuando se expone su propiedad a una disminución que casi operaría de pleno derecho aplicando en forma automática las disposiciones relativas al comiso y confiscación, práctica que resulta inconciliable con los derechos fundamentales de defensa y de audiencia a que se ha hecho mención. Igualmente, luego de recaída sentencia, si ésta no ha dispuesto el comiso o la confiscación, conservan los terceros algunas posibilidades para gestionar la devolución, restitución o entrega definitiva de los objetos, o incluso para discutir la forma en que ésta habrá de realizarse, si hubiere intereses contrapuestos de varias personas, según lo dispuesto en los artículos 535 a 538 del Código de Procedimientos Penales, de manera que el recurrente puede hacer uso de esas vías con las que cuenta en el seno del mismo proceso penal, en tutela de los derechos que estime afectados. Además, ha de tomarse en cuenta lo que se establece en la ley número 6106 del siete de noviembre de mil novecientos y sus respectivos reglamentos, de fechas veinticinco de abril de mil novecientos setenta y ocho y quince de abril de mil novecientos ochenta, normativa que regula todo lo referente a los bienes decomisados durante un proceso penal, o bien que han sido objeto de confiscación o comiso en sentencia.*" (**Sala Constitucional**, voto **No. 5447** de las 16:57 horas del 4 de octubre de 1995, en igual sentido el voto **No. 4121** de las 16:51 horas del 13 de agosto de 1996). Por lo anterior, se rechaza el alegato que interpone sobre la legitimidad para recurrir la licenciada M. I. P. D. a folios 1614 y 1615 del tomo III del expediente."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 57 de las 10:15 horas del 4 de febrero de 2005.**

**57) RECURSO DE CASACIÓN. No procede contra la resolución que desestima la querella.**

"Por más esfuerzos que realice el impugnante para estimar que en el fondo, pese a que las Juzgadoras ordenaron "*La Desestimación y Archivo*" de la querella, en realidad se trata de una sentencia de sobreseimiento, no es posible acuerpar esta posición. Erróneamente, en efecto, el Tribunal *ex oficio* dispuso desestimar la querella, potestad, en primer lugar, que solamente está reconocida

al Ministerio Público y que el Juzgador puede dictar ante su requerimiento y en delitos de acción pública como regla general. Convertida la acción penal pública en privada, no sólo el procedimiento sufre modificaciones, sino las posibilidades del juzgador están limitadas a los supuestos legalmente establecidos para este tipo de proceso: a saber el sobreseimiento en fase de juicio, según las causales del numeral 311 en relación con el 340, ambos del Código Procesal Penal. En el caso concreto, erróneamente el Tribunal dispuso desestimar la querella sin que pueda desprenderse de sus razonamientos que está dictando en primer lugar, una sentencia, es decir, una resolución que pone fin al proceso y lo cierra irrevocablemente y segundo, que se trate de una de sobreseimiento. Se trata de un auto en el que se exponen algunas consideraciones de fondo que llevan al Tribunal a considerar que no existe delito alguno que perseguir y por ello *desestiman* la causa, que ni reúne las formalidades de una sentencia, ni le pone fin al proceso, dos de los requisitos mínimos para que pueda hablarse de la posibilidad de impugnar en casación lo resuelto –numeral 444 ibid-. Ninguna justificación existe para las especulaciones del recurrente respecto a su imposibilidad de gestionar judicialmente de nuevo sus reclamos, pues no se ha dictado, como se vio, resolución alguna que lo impida. Por lo expuesto, procede declarar inadmisible el recurso."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 411 dc las 8:15 horas del 20 de mayo de 2005.**

**58) REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Supuestos en los que procede el criterio del ofendido y no del Ministerio Público.**

"En cuanto al primer aspecto, debe decirse que en aquellos delitos en los que exista un perjudicado individualizable, sea porque el bien jurídico protegido así lo sugiera o porque la lesión a este no muestre que el daño trascienda a un número indeterminado de personas, el criterio prevalente es el del ofendido; no el del Ministerio Público. En ese sentido, debe ser entendida la frase: *"según el caso"*, contenida al final del párrafo primero del inciso j del artículo 30 del Código Procesal Penal de 1996. Esto es, cuando no haya una afectación comprobable en el caso concreto (no en vía de discurso penal normativo), a intereses sociales o de sujetos indeterminados, el criterio definitorio será el del ofendido. Señalar que cuando se lesione los bienes jurídicos "públicos", el juicio prevalente será el del órgano fiscal, es vaciar de significado el instituto, pues también en tesis de principio, todos los delitos afectan el interés público; de lo contrario no serían delitos. En consecuencia, para la constatación del ámbito subjetivo de afectación en cada caso, deberá estarse justamente, a cada uno en específico y la comprobación idónea a él; no a la extensión del discurso penal, que entregaría la totalidad de los ilícitos de acción pública al talante del Ministerio Público. Nótese, que el inciso j del artículo 30 del Código Procesal Penal indica, que la reparación mencionada será posible: *"...siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según sea el caso"*. Como se dijo, esta última parte *("...según sea el caso")* hace referencia a que no siempre el criterio del Ministerio Público será el relevante, sino este que se manifestará, como custodio del interés aparentemente lesionado cuando el titular de este no sea individualizable, o bien no pueda hacerlo por sí mismo o su representante. Cuando esto sea posible, es decir sea posible identificar al ofendido y este pueda emitir parecer (directamente o a través de su representante) sobre la conveniencia o no de la reparación integral del daño (así como de otros mecanismos que exigen contar con su aquiescencia), la importancia de la posición del Ministerio Público decae. En el presente asunto, habiendo mostrado el señor C. J. su disposición a acordar la reparación criticada, la oposición del Ministerio Público, aunque relevante por sus argumentos, no era impedimento para su homologación procesal."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 243 de las 11:05 horas del 1º de abril de 2005.**

**59) REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. Alcances del concepto grave violencia. Caso sobre la amenaza.**

"En lo tocante al segundo punto, tampoco comparte la Sala el criterio del impugnante, de que la amenaza de causarle un mal al ofendido (algo siempre comprendido en toda amenaza), sea por sí misma constitutiva de violencia grave y, por consiguiente, inhiba la aplicación de esa salida procesal en la presente causa. Ha de reconocerse, es cierto, que no todas las amenazas son iguales, pues no es lo mismo ser receptor de ese tipo de conminaciones (la de una posible lesión física), que de otras menos severas (poner en vergüenza u ocasionar daños a la propiedad de la víctima). En otras palabras, aquella es una amenaza seria y grave. Pero de allí a que sea la *"grave violencia"* a la que alude el Código Procesal Penal, hay distancia. No es lo mismo la violencia en acto, que la anunciada, ni tampoco lo es aquella que se sustenta en la exhibición de un arma, que la que no cuenta con ese elemento. Como puede palparse, en este caso se está ante las variables menos drásticas de esas dos hipótesis, lo cual conduce a decir que, como lo sostuvo el a quo, efectivamente no se estuvo ante un caso de violencia grave. De lo contrario, habría que decir que basta el mero hecho de que la amenaza consista en un mal físico, para que esta constituya violencia grave e impida la reparación integral del daño, lo cual establecería una regla de principio que imposibilitaría la ponderación en cada una de las especies de hecho."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 243 de las 11:05 horas del 1º de abril de 2005.**

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

*Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas*
*Juez a. i. de Casación Penal*

**A. DERECHO PENAL**

1. Abandono dañino de animales. Configuración.
2. Arma no permitida. Dictamen pericial no es necesario en todos los casos.
3. Desobediencia a la autoridad. Desobedecer una misma orden varias veces constituye un solo delito.
4. Desobediencia a la autoridad. Desobedecer una misma orden varias veces da lugar a un concurso de delitos.
5. Ofensas en juicio. Alcances del artículo 154 del Código Penal.
6. Resistencia. Unidad de acción.

**B. DERECHO PENAL JUVENIL**

7. Conciliación. En materia Penal Juvenil, la resolución que homologa un acuerdo conciliatorio, cuando este queda sujeto a plazo, no da por terminado el proceso, sino que lo suspende.
8. Criterio de oportunidad. Diferencia en la aplicación. Penal de adultos y Penal Juvenil.
9. Libertad asistida y órdenes de orientación y supervisión. Plazo máximo.
10. Libertad asistida. Independencia de la sanción de internamiento.
11. Prescripción de la acción penal. Causales de interrupción y suspensión introducidas por el artículo 30 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.
12. Prescripción de la acción penal. Forma del cómputo cuando media una sentencia que ha sido anulada parcialmente, sólo en cuanto a la pena.
13. Prescripción de la pena. Forma de computar a partir de la fecha en que se comprueba el incumplimiento.
14. Características de la sanción penal juvenil. Es socioeducativa, pero también es sancionatoria. No se puede fijar a gusto del sentenciado y tampoco debe promover su irresponsabilidad.
15. Suspensión del procedimiento a prueba. Obligación de cumplir con las condiciones, como requisito para el sobreseimiento.
16. Sentencia. Plazo para su dictado.
17. Recurso del Patronato Nacional de la Infancia.

**C. DERECHO PROCESAL PENAL**

18. Abreviado. En casación no se puede cuestionar la prueba (cadena de custodia), porque se prescindió de la etapa de juicio.
19. Abreviado. Improcedencia en fase de juicio.
20. Abreviado. Plazo legal para acordarlo.
21. Acción civil resarcitoria. Absolutoria penal no impide condenatoria civil, pues esta se rige por otras reglas del ordenamiento jurídico.
22. Acción civil resarcitoria. Indefensión por falta de traslado de la acción civil. Reenvío exclusivo para resolver el aspecto civil.
23. Acción civil resarcitoria. Ejecución civil. Competencia.
24. Acción civil resarcitoria. Responsabilidad civil objetiva procede en los casos autorizados por ley.
25. Acción civil resarcitoria. Responsabilidad Civil objetiva. Exclusión de empresa que contrata a otra servicio de seguridad.
26. Deber de lealtad. Si el defensor estimaba que el juez no era imparcial, debió recusarlo y no guardarse ese detalle para reclamarlo en casación.
27. Denuncia. Naturaleza del acto y valor probatorio.
28. Extradición. Inexistencia de conflicto bélico entre Costa Rica e Italia que impida aplicar la Convención de Extradición existente entre ambos países.
29. Extradición. Sobre los delitos políticos.
30. Extradición. Condenatoria en ausencia. Condición de nuevo juzgamiento.
31. Prescripción. Interrupción. Resolución que convoca a primera audiencia preliminar, aunque no se haya notificado a todas las partes.
32. Prescripción. Interrupción. Presentación de la querella en delitos de acción privada.
33. Prescripción. Concurso ideal. Se resuelve en sentencia por delito más grave.
34. Principio acusatorio. La norma que permite al juez imponer pena mayor a la pedida por el fiscal roza con el principio acusatorio.
35. Recurso de casación. Inadmisibilidad. Absolutoria pedida por el Ministerio Público.

36. Recurso de casación y de apelación. Tema de la segunda instancia a partir del voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## A. DERECHO PENAL

**1. Abandono dañino de animales. Configuración.**
"estando ...en el deber de cuidar que sus animales o vacas no causaran daño alguno, omitió dicha obligación, específicamente reparar la cerca en mal estado en donde se encontraban encerradas, y ello permitió que las mismas la botaran e invadieran el inmueble del ofendido ..., en donde destruyeron los sembradíos de café, caña, plátano y maíz que en este fundo existían... Probanzas de las cuales se acredita (a) que la cerca del terreno en donde estaban los animales del justiciable se encontraba en mal estado, (b) que dichos animales botaron una parte de dicha cerca dada el estado que esta presentaba, (c) que no se encontró u observó árbol o rama alguna sobre la cerca que hubiese provocado que se cayera, (d) que el justiciable nunca se preocupó por repararla de pesar de que era su deber como dueño de los animales, (e) y que, debido a lo anterior, el ganado ingresó a la propiedad del ofendido y destruyó las plantaciones de café, caña, plátano y maíz que existían en este inmueble conforme se explica en el fallo de folios 100 a 104.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0050, de las 9:30 horas, del 2 de febrero del 2006.**

**2. Arma no permitida. Dictamen pericial no es necesario en todos los casos.**
En este asunto en ningún momento se discutió siquiera la posibilidad de que el arma decomisada al acusado pudiera estar en mal estado y no representara, por lo tanto, ningún peligro para la seguridad de las personas. Por el contrario, el punto de partida es que ese revólver estaba en buenas condiciones de funcionamiento, puesto que, como se indica en la acusación formulada por el Ministerio Público, tenía en su interior tres tiros sin percutir y dos ya percutidos (folio 7). De manera que esto último representa una evidencia importante de que el arma estaba en capacidad de ser usada para disparar, con el consecuente riesgo para la seguridad común... La defensa estima que no hay seguridad jurídica cuando ha faltado el dictamen de balística, que es "*un elemento indispensable para determinar la existencia del delito acusado*". Sin embargo, este razonamiento es evidentemente erróneo. En primer lugar, en el proceso penal rige el principio de *libertad probatoria*, de conformidad con el cual los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso se pueden acreditar por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley (artículo 182 del Código Procesal Penal). De ahí que la ausencia de un determinado elemento de juicio, en este caso el dictamen de balística, no impide probar, por otros medios, la existencia del hecho ilícito, así como el peligro para el bien jurídico protegido por la norma. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, se nota que el defecto que se viene alegando consiste propiamente en una nulidad por la nulidad misma, pues lo que se echa de menos es la prueba en sí, o sea, la simple falta del dictamen pericial, sin mencionar siquiera que el resultado de ese examen pudiera llevar a una conclusión distinta a la que se llegó en sentencia, donde el peligro para el bien jurídico, como elemento de la antijuridicidad material, se acreditó por medio de otros elementos de juicio. En ese sentido, el presente caso no es igual al resuelto por esta cámara en el voto que cita el recurrente (2004-0098 de las 10:39 horas del 12 de febrero de 2004). En efecto, a diferencia de lo ocurrido en autos, dicha jurisprudencia se refiere a un asunto en que existían motivos fundados para dudar del funcionamiento del arma decomisada, lo que fue alegado expresamente por la defensa.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0707, de las 9:10 horas, del 28 de julio del 2005.**

**3. Desobediencia a la autoridad. Desobedecer una misma orden varias veces constituye un solo delito.**
Debe establecer esta Cámara de Casación que los hechos no constituyen tres delitos de desobediencia a la Autoridad, sino solamente dos. Lo anterior porque no es cierto que cada acto de perturbación implique una desobediencia a la Autoridad en concurso material. En este caso, incluso el mismo Tribunal de instancia reconoce que fueron muchas las ocasiones que se perturbó la tranquilidad de... y, sin embargo, tiene como establecido tres delitos de Desobediencia a La Autoridad en concurso material. Pese a lo anterior, en este caso, como hubo una segunda orden judicial que imponía nuevas medidas de protección en favor de..., surge una segunda Desobediencia, originada por el hecho que se tiene como ocurrido el día dos de noviembre del año dos mil dos. Pero los hechos ocurridos el cinco de febrero del año dos mil dos y el once de mayo de ese mismo año constituyen un solo delito de Desobediencia a La Autoridad, por las órdenes de medida cautelar que se le habían girado en la resolución de las catorce horas y cincuenta minutos del treinta y uno de diciembre del año dos mil uno...

**Tribunal de Casación Penal, No. 2006-0676, de las 9:30 horas, del 7 de julio del 2006. En igual sentido 2003-1152 y 2005-0337.**

**4. Desobediencia a la autoridad. Desobedecer una misma orden varias veces da lugar a un concurso de delitos.**

Con un nuevo estudio de la cuestión se debe llegar a considerar que el delito de desobediencia a la autoridad, no es siempre un delito de omisión propia, y que únicamente existiría un delito por el incumplimiento de la orden inicial. Inclusive algunos autores como Creus, no ven extraña del todo la modalidad del delito de desobediencia a la autoridad mediante la comisión por omisión

y que se consuma al momento o momentos en que desobedece la orden. Dice el indicado autor: « *Según algunos autores, la desobediencia es un delito de pura omisión, en lo que dogmáticamente llevan razón, puesto que la norma-mandato se representa en la obligación de obedecer las órdenes de la autoridad, es decir, se trata de una norma imperativa (obedecerás, que solo puede ser violada por medio de una conducta que deja adoptar la que el mandato dispone, es decir dejar de obedecer, no obedecer. Lo cual implica que esa comisión se consume siempre en un hacer, ya que como hemos visto, la orden de la autoridad tanto puede disponer un hacer; en el primer caso la desobediencia se consumará mediante un no hacer y en el segundo mediante un hacer. En este segundo caso nos encontramos con la violación de un mandato imperativo mediante una conducta positiva, por lo cual, así se habla de delitos impropios de omisión (comisión por omisión), bien podemos hablar de un delito impropio de comisión ( omisión por comisión).* ( cf. al respecto: CREUS, Carlos. Delitos contra la Administración Publica. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1981, p. 62 a 63). Por otra parte tal y como lo expone el Ministerio Publico, al contestar la audiencia respectiva, en el delito de desobediencia a la autoridad no se tutela de modo exclusivo a la autoridad pública, sino que el mandato en que se concreta la orden también pretende la tutela del particular. Lo anterior es especialmente importante en materia de violencia doméstica, en que se quiere la protección de la persona o personas ofendidas, de tal suerte que la conducta delictiva no se reduce únicamente al no acatamiento de la orden, sino que la propia Ley relativa a esta materia pretende la tutela de los ofendidos, de tal modo que cada vez que el acusado incumple, y considerando el carácter reiterativo de la agresión, se irrespeta la orden.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0816, de las 10:10 horas, del 25 de agosto del 2005.**

**5. Ofensas en juicio. Alcances del artículo 154 del Código Penal.**

Como vemos, la fundamentación es clara en cuanto la aplicación del art. 154 del Código Penal, al entender las expresiones consignadas por los querellados en el escrito de contestación de la demanda agraria, en contra de la querellante, si bien es cierto contienen calificativos que, en otro contexto, podrían ser subsumidos dentro de los tipos penales de injuria, difamación o calumnia, en el caso *subjúdice* corresponden a ofensas en juicio. En ello consiste la excepción que se realiza por medio de la norma citada, pues de no existir esta disposición o presentarse estas manifestaciones en otro contexto, la acción realizada podría considerarse delictiva. Abordando el problema de otro modo, realizaríamos un ejercicio de exclusión hipotética, pues si obviamos que las llamadas "ofensas" del artículo 154 del Código Penal no son las correspondientes a los tipos penales de injuria, difamación y calumnia, no tendría razón de existencia esta norma, porque de no contarse con ella, tampoco nada pasaría en el ámbito penal, debido a la escasa o intrascendente identificación del disvalor de la acción y el disvalor del resultado, para alcanzar una valoración jurídico-penal positiva.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0121, de las 9:15 horas, del 23 de febrero del 2006.**

**6. Resistencia. Unidad de acción.**

Se aprecia un error en cuanto el tribunal de juicio consideró que se está ante dos delitos de Resistencia agravada en concurso material, error que agravia al imputado porque implicó la doble sanción de una misma conducta. En este asunto el delito de resistencia agravada se consumó a partir del momento en que el encartado desatendió la primera señal de alto, lanzando el vehículo contra tres oficiales de la Guardia Civil, a partir de ese instante el acusado no hizo otra cosa que continuar impidiendo que aquellos pudieran constatar la identidad de los pasajeros del vehículo al mismo tiempo que, escapando a alta velocidad, procuraba su impunidad por la falta cometida contra esa autoridad pública, de modo que si más adelante volvió a arrojar el vehículo contra otros oficiales, este segundo acometimiento forma parte de la misma acción que él ha emprendido en contra de la autoridad pública, aunque fuera una pluralidad de oficiales los afectados o dos los acometimientos los verificados en al especie, pues no debe perderse de vista que no hubo solución de continuidad en la realización del hecho hasta que el imputado fue detenido, en flagrante delito de resistencia a la autoridad. Por lo razón indicada debe anularse la segunda pena de dos años de prisión que le fue impuesta al imputado, pues no hubo el concurso material que supuso el tribunal de juicio. Pero además debe anularse la fijación de la pena que se le impuso el tribunal de juicio, porque la misma carece de fundamentación razonable que la legitime, razón por la cual se debe ordenar el reenvío del proceso al competente para una nueva sustanciación de la pena a imponer por el delito de Resistencia agravada.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0802, de las 15:15 horas, del 9 de agosto del 2006.**

## B. DERECHO PENAL JUVENIL

**7. Conciliación. En materia Penal Juvenil, la resolución que homologa un acuerdo conciliatorio, cuando este queda sujeto a plazo, no da por terminado el proceso, sino que lo suspende.**

En materia Penal Juvenil, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de adultos, la homologación de los acuerdos conciliatorios no produce –*per se*– la extinción de la acción penal. En efecto, cuando el cumplimiento queda sujeto a un plazo, la consecuencia de la homologación de los acuerdos es simplemente la *suspensión* del procedimiento (párrafo final del artículo 65 de la Ley de Justicia Penal Juvenil). Por consiguiente, como en el presente caso nos hallamos frente a esta última circunstancia; es decir, los acuerdos homologados están sujetos a un plazo (ver folios

181 a 183), la resolución recurrida no da por terminado el proceso y, por ende, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 ibídem, no puede ser objeto del recurso de casación. Lo que sí se podría interponer en contra de decisiones de esta naturaleza es el recurso de apelación, siempre que se estime que lo resuelto causa un gravamen irreparable, según lo dispone el artículo 112 inciso f) de la Ley en mención.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0433, de las 8:45 horas, del 12 de mayo del 2006.**

**8. Criterio de oportunidad. Diferencia en la aplicación. Penal de adultos y Penal Juvenil.**

Esta cámara luego del estudio de los autos determina, que efectivamente tal y como lo argumenta el representante del Ministerio Público, en el presente caso se dan dos situaciones diferentes una con la aplicación del artículo 23 del Código Procesal en penal de adultos y otra diferente con la aplicación del artículo 56 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, donde por lo que consideramos una decisión de política criminal de los legisladores en ésta última ley, no se le dio el efecto extensivo al beneficio de aplicarle un criterio de oportunidad a otros partícipes. Por otra parte no lleva razón el juzgador al considerar, que se trata de los mismos hechos o que reúna las mismas condiciones, puesto que si analizamos la imputación fiscal que se le hizo al adulto y al menor tenemos, que se trata de dos conductas diferentes básicamente se les acusó ver folio 42 en lo conducente: *«... el menor acusado JOSE FERNANDEZ ARIAS sacó por la ventanilla un rifle de balines, mismo con el cual apuntó al ofendido, esto mientras el adulto que lo acompañaba le indicaba que le iban a pegar un balazo ...»*, lo que determina que si bien los hechos se desarrollaron en un mismo momento y lugar, una conducta la efectuó el imputado adulto y otra el menor, de allí que tenga razón el fiscal al alegar, la diferencia entre las materias que tratamos y la independencia que existe entre ambas, por lo que al no estar expresamente previsto el efecto extensivo del criterio de oportunidad en la materia penal juvenil y al tratarse de actuaciones independientes, no procede el dictado del sobreseimiento en favor del acusado. Por otra parte aún cuando en materia Penal Juvenil el juez tiene atribuciones diferentes al juez penal de adultos, la aplicación de los criterios de oportunidad, siguen siendo resorte del órgano encargado de la persecución penal, además de que los fines del proceso tienen su diferencia en ambas materias.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0915, de las 9:20 horas, del 5 de setiembre de 2006.**

**9. Libertad asistida y órdenes de orientación y supervisión. Plazo máximo.**

Se observa que, acorde con la normativa vigente a la fecha de los hechos (entre diciembre de 2002 y febrero de 2003), tanto la Libertad Asistida como las Órdenes de Orientación y Supervisión sólo podían aplicarse por un período máximo de dos años (ver, respectivamente, los artículos 125 y 128 de la Ley de Justicia Penal Juvenil). No obstante, en la resolución de este asunto, cada una de esas sanciones fue impuesta: "*...por el plazo de DOS AÑOS por cada delito*" (sic, folios 80, 81, 94 y 95). Lo anterior implicaría que, al tratarse de dos delitos, la Libertad Asistida se estaría aplicando en total durante cuatro años y lo mismo sucedería con las Órdenes de Orientación y Supervisión, que se acordaron "*...por el mismo plazo*". Lo anterior da lugar a un quebranto de los principios de legalidad y debido proceso, pues las sanciones alternativas se fijaron por un plazo superior al permitido por la ley, lo cual constituye un *defecto absoluto*, declarable aun de oficio, con base en lo dispuesto por el artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal. Por ello, procede revocar parcialmente el fallo de mérito, estableciendo –en cuanto a los hechos probados– que la Libertad Asistida como también las Órdenes de Orientación y Supervisión tendrán una duración máxima de dos años.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0116, de las 14:40 horas, del 21 de febrero del 2006. En el mismo sentido 2006-0077.**

**10. Libertad asistida. Independencia de la sanción de internamiento.**

Es cierto que en diversas resoluciones del Tribunal de Casación se sostuvo que no era posible imponer la libertad vigilada, cuando no fuera posible aplicar directamente la sanción de internamiento. Sin embargo, este criterio ha sido abandonado por el Tribunal, el que sostiene ahora acertadamente que no se ha establecido tal límite en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así en el voto 398-2004 del 29 de abril de 2004 se dijo;"*Debe anotarse que aunque se ordenó la sanción de libertad asistida, se dispuso el cumplimiento de un programa de desintoxicación en un centro de salud, lo que está contemplado dentro de las órdenes de orientación, de acuerdo con el artículo 121 inciso b) 7) de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así no se necesitaba la aplicación de la sanción de libertad asistida para imponer estas condiciones. Lo mismo cabe indicar con respecto al trato con el ofendido, que está previsto en el artículo 121 inciso b) 2) de la mencionada ley como orden de orientación y supervisión. Por lo anterior no habría interés de la parte impugnante en su reclamo, ya que el contenido de las sanciones impuestas como libertad asistida, en realidad corresponde a órdenes de orientación y supervisión contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, sin que el plazo determinado para las mismas supere las previsiones legales establecidas, puesto que dichas órdenes pueden disponerse hasta por dos años, de acuerdo a lo establecido en el artículo 128 de la citada ley. Lo anterior es suficiente para declarar sin lugar este motivo, sin embargo, a mayor abundamiento debe decirse que hay que reconocer que el Tribunal de Casación Penal en diversos fallos indicó que la sanción de libertad asistida solamente podía disponerse cuando fuera posible aplicar la sanción de internamiento. Así se pronunció, por ejemplo, en los votos 380-2002 del 17 de mayo del 2002 y 262-*

*2003 del 28 de marzo del 2003. Sin embargo, el Tribunal de Casación en el voto 1100-2003 del 30 de octubre del 2003 sostuvo otro criterio, estimando que la sanción de libertad asistida podía ser impuesta aunque no fuese posible de acuerdo con el artículo. Este voto tuvo como antecedente el voto salvado del juez Dall'Anese Ruiz en la sentencia 516-2003 del 5 de junio del 2003. En el mismo se indicó que debía permitirse la imposición de la sanción de libertad vigilada aunque no fuera posible el internamiento en centro especializado, ya que en ocasiones la sanción más adecuada de acuerdo con las necesidades del joven era precisamente la libertad vigilada, de modo que si no se procediera de esta manera se iría en contra del principio del interés superior del niño. Debe anotarse que la mayoría de los integrantes del Tribunal de Casación que intervinieron en el voto 1100-2003, formada por los jueces Sanabria Rojas y Dall' Anese Ruiz, remitieron a lo indicado por el indicado voto salvado. Los argumentos dados en este voto salvado, sin embargo, no pueden ser aceptados, puesto que, como bien lo indica la parte recurrente en este asunto, puede suceder que en un caso concreto la libertad vigilada como sanción sea más gravosa para el joven que otras sanciones no privativas de libertad, debido al amplio margen de acción que se le concede al Programa de Sanciones Alternativas (folio 144), lo que no es sino una consecuencia del carácter general que tiene la redacción del artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Por ello la argumentación de que con base en el interés superior del niño pueda disponerse una sanción no privativa de libertad no es admisible, puesto que puede llevar con ello a una sanción más gravosa que las otras no privativas de libertad, con lo que dicha justificación se acercaría a consideraciones propias de la superada doctrina de la situación irregular. Sin embargo, en el voto 1100-2003 el Juez Zúñiga Rojas dio una serie de argumentos adicionales que son deben ser admitidos, por dar una solución razonable a la discusión. Lo anterior en contra de la limitación de la imposición de la sanción de libertad vigilada a los delitos en que sería procedente la aplicación del internamiento en centro especializado. Dijo: 'En primer lugar, estimo que si fuera cierto que la libertad asistida sólo puede acordarse cuando sea procedente la pena de internamiento, entonces esta relación (libertad como internamiento no ejecutado) tendría que operar igualmente en cuanto a todas las demás sanciones –diferentes del internamiento– previstas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, como son la amonestación y advertencia, la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y las órdenes de orientación y supervisión, pues estas también suponen que el imputado conserve su libertad. Es obvio que esta reducción al absurdo demuestra que también es ilógico el planteamiento de la libertad (asistida) como una categoría jurídicamente dependiente del internamiento. Debe quedar claro, en segundo lugar, que en el artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil lo que se aprecia es un error de redacción, en cuanto expresa que la medida 'consiste en otorgar la libertad al menor de edad'. En realidad, conforme a la doctrina de los Derechos Humanos, el estado normal de la persona humana es la libertad. El ser humano es libre en cuanto tal y no porque lo disponga una sanción penal. Por lo tanto, esa desafortunada redacción del artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no puede utilizarse para interpretar la naturaleza de la sanción que contiene, como no sea con plena conciencia de que ello conducirá a un error. La libertad (asistida) y el internamiento no son aquí medidas homogéneas, no hay entre ellas una correspondencia tal que sólo se pueda aplicar la primera cuando también resulte aplicable la segunda. Para afirmar lo contrario se recurre a una lógica de las apariencias, a una falacia jurídica, en la que alguna vez hemos caído (valga reconocerlo), pero que ya no se puede sostener'. En realidad la Ley de Justicia Penal Juvenil solamente establece con respecto a la sanción de internamiento en centro especializado que la pena contemplada para el delito sea superior a seis años de prisión (Art. 131 inciso a). Sin embargo, lo anterior no está dispuesto con relación a las otras sanciones contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, ni siquiera para la ejecución condicional de la sanción de internamiento, puesto que la misma es posible no solamente cuando se dispone la sanción de internamiento en centro especializado, sino también cuando se ordena otra sanción privativa de libertad, por ejemplo el internamiento en centro domiciliario, previsto en el artículo 129 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, o el internamiento en tiempo libre, contemplado en el artículo 130 de la mencionada ley. Debe anotarse que ni el internamiento domicilio ni el internamiento en tiempo libre exigen que la pena contemplada para el delito sea superior a seis años de prisión en la legislación de adultos. La libertad asistida está contemplada dentro de las sanciones socio-educativas, ello en el artículo 121 inciso a) 2. Es cierto que el artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil hace referencia a que en la misma '(...) consiste en otorgar la libertad al menor de edad (...)'. Sin embargo, ello no debe ser interpretado en el sentido de que debe ser procedente el internamiento en centro especializado, como erróneamente se sostuvo en los votos 380-2002 y 262-2003. La Ley de Justicia Penal Juvenil no señala ello. Más bien la referencia indicada pretende recalcar el carácter de sanción no privativa de libertad que tiene la de libertad asistida. Téngase en cuenta incluso que el artículo 131 de la citada ley no establece la imposición del internamiento en centro especializado en forma obligatoria cuando la pena en el Derecho de adultos es superior a seis años de prisión, por lo que, llevando el razonamiento dado en los votos 380-2002 del 17 de mayo del 2002 y 262-2003 del 28 de marzo del 2003 en forma lógica hasta sus últimas consecuencias, habría que concluir, conforme a esos votos, que solamente cuando en el caso concreto el juez se hubiera decidido por aplicar la sanción de internamiento en centro especializado, podría aplicarse la libertad vigilada. Ello en realidad no tiene fundamento legal ni lógica, existiendo más bien una regulación expresa con respecto a ese supuesto, que es la correspondiente a la ejecución condicional de la sanción*

*de internamiento, regulada en el artículo 132 de la Ley de Justicia Penal Juvenil*".

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0856, de las 9:40 horas, del 1 de setiembre del 2005.**

**11. Prescripción de la acción penal. Causales de interrupción y suspensión introducidas por el artículo 30 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.**

La Ley número 8460, de 20 de octubre de 2005, denominada «*Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*», fue publicada en La Gaceta número 229 del 28 de noviembre de 2005 y entró en vigor íntegramente a partir de esta última fecha. Por lo tanto, se trata de una normativa que está vigente, con el carácter obligatorio que le confiere el artículo 129 de la Constitución Política. Dicho lo anterior, debe señalarse que la Ley recién citada vino a complementar el régimen de prescripción de la acción penal en la materia que nos ocupa, aspecto que hasta ese momento había estado regulado básicamente por el artículo 109 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. En efecto, conforme dispone el párrafo primero del artículo 30 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles: «*El dictado de la sentencia, aunque no esté firme, interrumpe la prescripción de la acción penal. En los delitos de acción penal pública y de acción pública a instancia privada, la declaratoria de rebeldía suspende el plazo de prescripción de la acción penal por un período que en ningún caso será superior a un año. Vencido ese período, la prescripción seguirá corriendo, aunque el estado de rebeldía se mantenga.*» Como se puede observar, la norma introdujo una causal de interrupción y otra de suspensión, con respecto al cómputo de la prescripción de la acción penal.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0628, 10:10 horas, del 28 de junio del 2006.**

**12. Prescripción de la acción penal. Forma del cómputo cuando media una sentencia que ha sido anulada parcialmente, sólo en cuanto a la pena.**

De previo a conocer el recurso antes mencionado, considera esta cámara que es necesario pronunciarse acerca de la prescripción de la acción penal. En efecto, de acuerdo con los hechos contenidos en la acusación formulada por el Ministerio Público, el delito de Lesiones Graves a que se contrae el conocimiento de esta causa habría ocurrido el 25 de setiembre de 1999 (tomo I, folios 23 a 25). En consecuencia, acorde con lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la prescripción de la acción penal, que en este caso es de cinco años, comenzó a correr a partir de esa fecha, y su curso no cesó sino hasta el día 26 de agosto de 2004, que es el momento en que adquirió firmeza la sentencia condenatoria dictada en autos, cuando fueron declarados sin lugar los recursos de casación interpuestos por la defensa y por el Ministerio Público (ver folios 828 a 845 del tomo II). No obstante, resulta que, mediante voto número 2005-0141, de las 10:10 horas del 25 de febrero de 2005, este Tribunal de Casación Penal acogió un procedimiento de revisión a favor del sentenciado Alfaro Córdoba, anulando parcialmente el fallo que se hallaba firme, sólo en cuanto a la sanción de internamiento que se le había impuesto a dicha persona por el delito de Lesiones Graves, debiéndose aceptar que, a partir de ese momento, al no estar firme la sanción por el delito mencionado, nuevamente se retornó al ejercicio de la acción penal, por lo que también era menester retomar el curso de la prescripción de la acción penal. Al respecto, debe quedar claro que, tratándose de la materia penal juvenil, el dictado de la sentencia no es una causa que interrumpa la prescripción, de manera que (a diferencia de lo que hubiera ocurrido en un proceso de adultos) en la especie no se suscitó ningún evento capaz de eliminar el tiempo corrido antes de que la condena adquiriera firmeza, resultando, entonces, que lo único a excluir del recuento es el lapso en que el fallo permaneció firme, pues durante ese período no estuvo en juego el ejercicio de la acción penal. Sobre el *resurgimiento* del cómputo de la prescripción de la acción penal, cuando ha sido declarado con lugar un procedimiento de revisión, pueden consultarse los votos 2001-0692 de las 9:50 horas del 7 de setiembre de 2001 y 2004-1094 de las 14:10 horas del 21 de octubre de 2004, ambos de este Tribunal de Casación. Así las cosas, al efectuar el cómputo de la prescripción de la acción penal tenemos lo siguiente: ***A)*** Desde la fecha de la comisión del hecho (ocurrido el 25 de setiembre de 1999) y hasta el 26 de agosto de 2004, fecha en que el fallo adquirió firmeza, transcurrieron en total cuatro años, once meses y un día. En otras palabras, para que ocurriera la prescripción de la acción penal sólo quedaron faltando veintinueve días. ***B)*** El 25 de febrero de 2005 se anuló la pena impuesta al justiciable por el delito de Lesiones Graves, por lo tanto, a partir de ese momento se reinició el conteo de la prescripción, de tal manera que los veintinueve días restantes se cumplieron el 24 de marzo de 2005. En esta última fecha prescribió la acción penal para perseguir el delito que interesa. De ahí que, ante esa circunstancia, procede revocar parcialmente, sólo en lo que corresponde, la sentencia número 17-2004 dictada por el Juzgado Penal Juvenil de Heredia a las 14:00 horas del 14 de junio de 2004 y revocar en su totalidad la sentencia número 14-2005 dictada por el Juzgado Penal Juvenil de Heredia a las 14:25 horas del 8 de junio de 2005, debiendo absolverse al imputado J.A.C por el delito de Lesiones Graves que se le ha venido atribuyendo como cometido en perjuicio del menor O.S

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0864, de las 15:10 horas, del 6 de setiembre del 2005.**

**13. Prescripción de la pena. Forma de computar a partir de la fecha en que se comprueba el incumplimiento.**

En ese asunto, la sentencia condenatoria le impuso al menor B.M. la sanción de dos años de internamiento, por dos delitos de Robo Agravado en daño de A.M.M y D.R.H. Dicho pronunciamiento fue dictado el 12 de febrero de 2002

y para esa fecha el joven se hallaba detenido provisionalmente por el asunto, de modo que, tan pronto como lo resuelto adquirió firmeza, pasó a descontar la sanción impuesta (ver auto de liquidación de pena, de folio 129). Habiéndose recibido informes favorables sobre la ejecución de la sanción privativa de libertad y previa audiencia realizada al respecto (folios 141 a 154, 156 a 169, 171 a 176 y 185 a 188), el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela, mediante resolución de las 11:00 horas del 25 de octubre de 2002 modificó la sanción de internamiento, sustituyéndola por una libertad asistida, la que debería extenderse por el resto de la condena, esto es, hasta el 02 de diciembre de 2003 (ver folios 189 a 192, pero sobre el plazo en sí, concretamente el folio 190). Pese a la fecha de la resolución de marras, debido a gestiones de aclaración y adición formuladas por la defensa, el menor fue puesto en libertad finalmente el día 20 de noviembre de 2002 (constancia de folio 210). Ahora bien, resulta que, según informe de fecha 13 de enero de 2003, rendido por funcionarias del Programa de Sanciones Alternativas de la Dirección General de Adaptación Social, el joven Benavides Molina fue citado para el día 07 de enero de 2003, a fin de iniciar el proceso grupal, pero no se presentó y además se tuvo noticias de que –aparentemente– el justiciable había reiniciado el consumo de drogas y la comisión de delitos (folio 213). Ante ese informe, la fiscalía pidió que se señalara una audiencia para determinar las razones del incumplimiento; además, informó que el sentenciado había sido detenido nuevamente el 21 de enero de 2003 (oficios de folios 215 y 218). La audiencia fue programada para el primero de abril de 2003 y al parecer no se llevó a cabo, por razones que se desconocen (ver folio 219 frente y vuelto). Con fecha 20 de mayo de 2003, el Juzgado de Ejecución dictó una resolución que indica lo siguiente: «*Siendo que el joven M.B.M. se encuentra internado en el CENTRO DE FORMACIÓN JUVENIL ZURQUÍ por una orden de internamiento por diez meses impuesta por el Juzgado Penal Juvenil de San Ramón, dentro del expediente número 03-000058-068-PE, por lo que el Programa de Sanciones Alternativas no le ha podido dar el seguimiento ni el abordaje respectivo y vista la naturaleza de la orden impuesta que no puede ejecutarse en su totalidad en el centro de detención se modifica la resolución de las diez horas del trece de marzo de dos mil tres (ver folio 129) y la hoja de referencia y se indica que la medida empieza a correr a partir del cese de la sanción de internamiento. Se solicita al director del Centro de Formación Zurquí informar a este Juzgado en el momento que el citado joven cese la sanción de internamiento.*» (Véase folio 220). Esta decisión jurisdiccional debe ser objeto de un examen detallado, no sólo en cuanto a su contenido, sino también respecto a sus efectos. En primer lugar, el juez deja ver que ha habido problemas con el *cumplimiento* de la sanción de libertad asistida, pero se limita a tomar en cuenta el internamiento decretado en otra causa. En segundo lugar, aunque concluye que la orden impuesta no podía ejecutarse en su totalidad en el centro de reclusión, omite señalar los fundamentos en que se basa ese extremo. Sin embargo, independientemente de la validez de lo resuelto, lo cierto es que la sola indicación –en un auto posterior a la sentencia– respecto a que la medida de libertad asistida sólo empezaría a aplicarse a partir del cese de la sanción de internamiento no puede tomarse como una causa de suspensión de la prescripción de la sanción penal. No procede darle ese efecto a lo resuelto, porque no está establecido así en la Ley de Justicia Penal Juvenil, mucho menos con carácter retroactivo, como procuró hacerlo el juez. En consecuencia, el cumplimiento de la libertad asistida debió extenderse desde el 20 de noviembre de 2002 (fecha en que B.M. quedó en libertad) hasta el 02 de diciembre de 2003 (fecha prevista para la expiración de la medida), es decir, durante un año y doce días. Asimismo, acorde con lo dispuesto por el artículo 110 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, también el plazo de prescripción de la libertad asistida era de un año y doce días, *el cual debió computarse a partir del momento en que se comprobó el incumplimiento.* En el informe de folio 213, rendido por funcionarias encargadas del Programa de Sanciones Alternativas, se establece un primer incumplimiento ocurrido el 07 de enero de 2003. Esa es la fecha que debe tomarse como punto de partida del incumplimiento de la libertad asistida y, en consecuencia, también como fecha de inicio del cómputo de la prescripción de esa sanción, por lo que cabe concluir que ésta última se extinguió en virtud de la citada causal el día 19 de enero de 2004. Por lo tanto, siendo procedente el recurso interpuesto en esta causa, se debe revocar la resolución recurrida, declarándose la prescripción de la sanción penal juvenil impuesta al sentenciado M.B.M., lo que justifica ordenar el archivo del expediente.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-1043, de las 9:20 horas, del 13 de octubre del 2005. En igual sentido: 2005-671 y 2005-693.**

**14. Características de la sanción penal juvenil. Es socioeducativa, pero también es sancionatoria. No se puede fijar a gusto del sentenciado y tampoco debe promover su irresponsabilidad.**

La jueza citó claramente la prueba que le sirvió de base y la valoró conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual permite constatar la inexistencia de los vicios que se reclaman en el recurso. Se observa, en primer lugar que, en cuanto al incumplimiento en sí, la resolución de mérito se apoya en los informes emitidos por el Programa de Sanciones Alternativas, fechados 28 de setiembre de 2004, 19 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004 (agregados a folios 215 y 216, 222 a 225, 241 y 242), todos relativos al seguimiento que se le ha dado al joven F.A. En lo esencial, el contenido de esos informes fue transcrito por la juzgadora en la resolución y resulta concluyente acerca de los ingentes esfuerzos hechos por los funcionarios del Programa de Sanciones Alternativas para conseguir que el justiciable cumpla la sanción alternativa que le fue impuesta, con resultados absolutamente

negativos (ver folios 245 a 247). Es importante señalar que estos informes no fueron cuestionados en el recurso, de manera que resulta innecesario ahondar más en su contenido. Ahora bien, en cuanto al alegato de que no se analizó correctamente la prueba referente a las circunstancias por las cuales el justiciable no se ha presentado al Programa de Sanciones Alternativas, que según se indica obedecen a problemas no sólo de salud, sino también económicos, es necesario acotar que en el fallo recurrido sí se analizan esos extremos, señalándose claramente las razones que sirvieron de base para concluir que, en realidad, no justificaban los reiterados incumplimientos que se le atribuyen al sentenciado.... no hay razón para considerar que el acatamiento de la sentencia deba posponerse por todo el tiempo que Fonseca Ávila lo desee y que sólo se podrá ejecutar cuando él decida hacerlo. Las sanciones que se imponen en materia penal juvenil son mandatos jurídicos, que deben hacerse cumplir en forma oportuna por los funcionarios respectivos. Su naturaleza no es meramente simbólica, ni están diseñadas para fomentar la irresponsabilidad de la persona a la que se la ha impuesto alguna medida de ese tipo. En cuanto a ello, ya este tribunal en su jurisprudencia ha señalado que: «*Debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal Juvenil persigue fundamentalmente un carácter educativo, pero ello no debe llevar a negar que se trata propiamente de un Derecho Penal, aunque con características especiales derivadas precisamente del principio educativo. Por ello la sanción penal juvenil es como su nombre lo dice una sanción, implicando en definitiva una restricción de derechos del joven, no pudiendo dejarse a voluntad de éste la escogencia de la sanción, ni tampoco su cumplimiento. Debe anotarse que el sistema de Derecho Penal Juvenil persigue también que los jóvenes asuman la responsabilidad por los actos que realizan, no pudiéndose simplemente fomentar la irresponsabilidad, lo que de todas maneras sería inadecuado desde una perspectiva educativa. En otras palabras la sanción penal juvenil aun con el sentido educativo que debe tener es propiamente una sanción, no necesitándose que sea percibida por el joven como una medida que se dicta en su beneficio y que por lo tanto puede cumplirla si quiere.*» (Voto 2004-0206 de las 9:34 horas del 4 de marzo de 2004).

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0111, de las 10:30 horas, del 18 de febrero del 2005.**

**15. Suspensión del procedimiento a prueba. Obligación de cumplir con las condiciones, como requisito para el sobreseimiento.**

Esta cámara luego del estudio de los autos determina, que si bien existe jurisprudencia nuestra en el sentido de que el plazo de que habla el artículo 92 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es perentorio y no ordenatorio, lo anterior ocurre siempre y cuando no exista evidencia en la causa, que el menor no haya cumplido con las condiciones impuestas. En el presente caso ocurre lo contrario, donde se observa que la representación del Ministerio Público estuvo atenta al cumplimiento de las condiciones y se mantuvo gestionando durante todo el plazo que suspendía el proceso a prueba, siendo que la juzgadora sin realizar ninguna motivación válida sobre tales gestiones, opta por dictar la sentencia de sobreseimiento definitivo, obviando la falta de interés del joven acusado en acercarse al Tribunal e informar lo pertinente. Las condiciones impuestas al menor al momento de acordar la suspensión del proceso a prueba, se encuentran debidamente indicadas y notificadas al joven al folio 110, siendo que la fiscalía se mantuvo gestionando el control de tales medidas en diversas ocasiones, incluso se trató de efectuar una audiencia oral y privada con el menor y el mismo debidamente notificado con su defensor, su abuela y su padre (ver folios 138 a 140), no se presentó a la misma, aspectos que omitió valorar adecuadamente la *a quo,* al dictar la sentencia de sobreseimiento impugnada, no bastando hacer un recuento de lo ocurrido en la especie, sino tomar las medidas correctivas respectivas, máxime que evidentemente si es imposible efectuar la audiencia oral ante la inasistencia del interesado en diciembre del 2005, debió resolver en dicha oportunidad lo pertinente con fundamento en lo que constaba en autos, pero no esperar a que venciera el plazo sin efectuar algún pronunciamiento.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0989, de las 9:45 horas, del 22 de setiembre de 2006. En sentido de que es suficiente el vencimiento del plazo 2005-0646 y 2005-0675.**

**16. Sentencia. Plazo para su dictado.**

El artículo 106 de la Ley de Justicia Penal Juvenil dispone lo siguiente: «*El Juez dictará sentencia inmediatamente después de concluida la audiencia, con base en los hechos probados, la existencia del hecho o su atipicidad, la autoría o la participación del menor de edad, la existencia o la inexistencia de causales excluyentes de responsabilidad, las circunstancias o gravedad del hecho y el grado de responsabilidad. El Juez podrá diferir el dictado de la sentencia hasta tres días después de finalizar la audiencia.*» Esta norma aparece complementada por lo dispuesto en el artículo 108 ibídem, según el cual: «*La decisión sobre la culpabilidad y la sanción se les notificará personalmente a las partes en las mismas audiencias. La sentencia definitiva será notificada por escrito en el lugar señalado.*» En cuanto a la recta interpretación de estas normas, esta cámara –en el voto número 2006-0235 de las 9:45 horas del 16 de marzo del año en curso– formuló las siguientes observaciones: «*La primera es que en tesis de principio, la sentencia debe ser dictada inmediatamente. Sin embargo, como excepción se autoriza que se dicte únicamente la parte dispositiva, debiendo dictarse la sentencia integral dentro de los tres días siguientes. La segunda observación es en cuanto a la redacción de la sentencia definitiva. Sobre el particular la ley de justicia penal juvenil mezcla rasgos de dos sistemas diferentes. Si nos encontramos en un proceso oral y privado, la lógica indica que la sentencia también debiera ser notificada a las partes en una audiencia oral y privada. No*

*obstante, conforme a una característica propia de otro sistema procesal se dispone la notificación por escrito en el lugar señalado. Aparte de lo anterior, confunde los conceptos de 'parte dispositiva del fallo', sentencia documento y sentencia definitiva. De acuerdo con la doctrina, la sentencia definitiva, entendida como pronunciamiento de fondo, surge con la parte dispositiva del fallo, mientras que la sentencia integral es el documento donde finalmente se registra lo resuelto. De allí que lo que se notifica es la sentencia documento, puesto que la sentencia definitiva ya fue dictada y notificada con la lectura del 'por tanto'. A pesar de esas distorsiones, lo cierto y relevante es que la ley establece un plazo dentro del cual debe necesariamente dictarse la sentencia documento y proceder a notificar a las partes.*» Ahora bien, en el presente asunto, partiendo de la certificación de piezas que conforma el expediente, se observa que el juzgador, al momento de cerrar el debate, esto es, el 15 de febrero de 2006, procedió efectivamente a dictar la parte dispositiva del fallo (folios 139 y 140); omitiendo indicar de modo expreso para qué fecha difería la redacción del fallo íntegro, lo cual –de todas maneras– no impide señalar que, acorde con lo dispuesto por el artículo 106 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, esa actuación debió llevarse a cabo dentro de los tres días hábiles siguientes. Por ende, el documento sentencia debió estar impreso, firmado y agregado al expediente a más tardar el día 20 de febrero de 2006. Sin embargo, en la constancia ofrecida como prueba por el recurrente, el juzgador consignó que: «*...al ser las nueve horas diez minutos del día veintitrés de febrero de dos mil seis, el Licenciado Víctor Manuel Ortega Jiménez solicita el expediente con sentencia, la cual se encuentra en proceso de revisión y por ello no ha sido incorporada al expediente o leída formalmente, para lo cual no se hizo el señalamiento al leerse la parte dispositiva al finalizar la segunda audiencia de este proceso, lo cual se hará en el transcurso de la mañana...*» (ver folio 180). Ello demuestra sin lugar a dudas que, tres días después de la fecha en que el fallo de instancia debió estar redactado y firmado, ello aún no se había hecho, con evidente violación de los principios de continuidad y concentración que rigen en la fase oral del proceso penal. Lo anterior constituye un defecto absoluto, pues se trata de la carencia total de la sentencia íntegra, lo que provoca un quebranto del debido proceso, a diferencia de lo que sucedería, por ejemplo, frente a problemas de firma tardía o de atraso en las notificaciones, los cuales, por su naturaleza, normalmente son subsanables. Conforme ya se dijo, la continuidad y la concentración del debate exigen que una vez terminada la audiencia el juez pase inmediatamente a deliberar y que, también de inmediato, redacte y firme la sentencia. Por excepción se permite diferir el dictado del fallo, en cuyo caso se procede a leer sólo la parte dispositiva, debiendo estar elaborado el pronunciamiento en su totalidad dentro de los tres días siguientes. En este caso el *a quo* se acogió a esa excepción, pero no cumplió con el plazo establecido para la redacción, firma y comunicación de la sentencia íntegra. Nótese, por lo demás, que el presente asunto no es de excesiva complejidad, por lo que no ameritaba ningún estudio o trabajo fuera de lo normal. Por el contrario, se trata de un caso sencillo, en que sólo se evacuaron dos testimonios y alguna prueba documental y pericial sin mayores complicaciones. Ello es suficiente para acoger el motivo, con sus consecuencias.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0463, de las 9:05 horas, del 19 de mayo de 2006. En el mismo sentido 2006-0577.**

**17. Recurso del Patronato Nacional de la Infancia.**

En vista que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1, 2 incisos a), b) y d), 3 incisos a) y e), 4 incisos c), h) k) y l) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia; 43 de la Ley de Justicia Penal Juvenil y 55 de la Constitución Política, el Patronato Nacional de la Infancia está legitimado para actuar en representación de la víctima menor de edad, procede admitir, a título de recurso de casación, el escrito a que se ha hecho referencia. En lo tocante al principio de *taxatividad subjetiva* de los medios de impugnación, esta cámara –con base en las normas citadas y artículos 2 del Código Procesal Penal, 8 y 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, 108 inciso a) y 111 del Código de la Niñez y la Adolescencia– estima necesario interpretar *extensivamente* el numeral 117 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, a fin de favorecer las facultades de intervención conferidas al Patronato Nacional de la Infancia, reconociéndole el derecho a formular recurso de casación en casos como el presente.

Tribunal de Casación Penal, 2005-0074, de las 8:55 horas, del 10 de febrero del 2005.

## C. DERECHO PROCESAL PENAL

**18. Abreviado. En casación no se puede cuestionar la prueba (cadena de custodia), porque se prescindió de la etapa de juicio.**

Debe agregarse que, desde la convocatoria a la audiencia preliminar (folio 704 frente y vuelto), las actuaciones y evidencias fueron puestas en conocimiento de todas las partes, de modo que la defensa, tanto material como técnica, si hubiese tenido interés, podría haber reclamado cualquier defecto relacionado con la validez de las pruebas. Sin embargo, lejos de ello, se inclinó por la aplicación del procedimiento abreviado, admitiendo los hechos contenidos en la acusación y renunciando a combatir los elementos probatorios que constaban en autos, pues hubo total anuencia a prescindir de la fase del contradictorio (folios 717 y 718). Lo anterior, examinado en conjunto con los principios que derivan del *deber de lealtad* (regulado por el artículo 127 del Código Procesal Penal), constituye otra razón de peso para rechazar el procedimiento de revisión bajo análisis.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0579, de las 8:30 horas, del 14 de junio de 2006. En igual sentido 2004-0399, 2006-0570.**

**19. Abreviado. Improcedencia en fase de juicio.**
Esta cámara previo a entrar a conocer el presente procedimiento de revisión, efectuó la consulta preceptiva a la Sala Constitucional la cual en el voto # 2005-0017615 de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del veintiuno de diciembre del dos mil cinco, en la parte dispositiva dispuso literalmente (ver folio 206): ***«Se evacua la consulta formulada en el sentido de que no constituye infracción al debido proceso, el hecho de que el procedimiento abreviado se realice ante el Tribunal de Juicio, en la medida en que se proteja el principio de imparcialidad del juez; asi mismo que el derecho a una fundamentación y motivación adecuada y suficiente de la sentencia condenatoria penal forma parte del debido proceso. Corresponde al Tribunal consultante determinar si existe infracción en el caso concreto y declarar lo pertinente.»*** De tal forma que si bien en la presente causa se acordó la aplicación del procedimiento abreviado en la etapa de juicio, fue a petición de las partes donde se acordó la fijación de la sanción en 21 años cuatro meses (ver acta de folio 115). La Sala Constitucional considera que si no se viola el principio de imparcialidad del juez no se da la violación al debido proceso, principio que no se considera violado en la especie, puesto que los juzgadores que intervinieron en el acuerdo consensual fueron: Edwin Duartes, Alfredo Carrillo y Mylene Acosta, siendo ésta última juzgadora la que dictó el fallo condenatorio, los mismos no habían participado ni con anterioridad, ni se trata de una causa donde figuren otros imputados y hayan participado en la resolución del juicio oral y público posteriormente. De modo tal que la garantía del juez imparcial no se vio afectada en el presente caso, al no ser violatorio de tal principio el que una de las juzgadoras, que aprobaron el consenso de efectuar el proceso abreviado ante el tribunal de juicio, dictara la sentencia condenatoria.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0175, de las 8:55 horas, del 9 de marzo de 2006.**

**20. Abreviado. Plazo legal para acordarlo.**
Tampoco existe autorización alguna, por parte de la misma Sala Constitucional, para la aplicación de esta medida alternativa, así como tampoco del procedimiento abreviado, en la etapa de juicio, pues en el voto N° 2004-07915 de las 8:31 horas del 8 de setiembre del 2004, ante consulta preceptiva de este Tribunal de Casación, se resolvió lo siguiente; *"Para la Sala sin embargo, no existe en la situación que se le consulta ninguna lesión a los derechos fundamentales del imputado y en particular, no se da ninguna infracción al derecho a un juez imparcial reclamada por el recurrente y que se menciona en el precedente recién citado. En efecto, lo que se sostuvo en dicha resolución y se mantiene ahora es que resulta válido limitar la posibilidad acogerse a un proceso abreviado, porque ello se ajusta a la lógica del sistema procesal penal actual en el sentido de que -tal y como se dijo- no solamente se trata de etapas que precluyen de forma sucesiva, sino porque además, esa limitación protege en principio el derecho fundamental a un juez imparcial, que se lesionaría si un tribunal toma conocimiento y opinión sobre un caso por la vía de la valoración de un proceso abreviado, y luego ese mismo tribunal realiza el juicio oral sobre el caso. Es ese el sentido justo que se comprende de la siguiente cita del precedente ya señalado: "...se produciría una peligrosa confusión de funciones en el juez de juicio, quien, al verse obligado a escuchar las versiones de las partes sobre los hechos y bastantear los términos de la negociación y eventualmente hasta intervenir activamente en el logro de un acuerdo conciliatorio, perdería la objetividad que idealmente debe acompañarlo hasta el debate...". En el caso planteado no se presenta tal confusión de roles ni la temida contaminación del Tribunal, lesiva para el imputado porque justamente la sentencia emitida es el producto de la aplicación del procedimiento abreviado, con lo que se quiere decir que el Tribunal, por una sola vez tomó contacto con los elementos y particularidades del caso, los valoró y emitió de seguido una decisión sobre ellos, con lo que cumplió a cabalidad con el contenido material del precitado derecho a un juez imparcial. Por ello, lo procedente es evacuar este aspecto de la consulta planteada señalando que no constituye infracción al debido proceso, el hecho de que el procedimiento abreviado se realice ante el Tribunal de juicio, si -como en este caso- no existió contacto previo de los integrantes del Tribunal sentenciador con el caso y más bien tal relación se hace relevante justamente dentro del trámite del procedimiento abreviado que concluyó con la sentencia recurrida."* Por ello, no es posible llevar la aplicación de las medidas alternativas -con excepción de la reparación integral del daño-, así como del procedimiento abreviado, a la etapa de juicio. De ahí que, inicialmente y aunque no se alegara, resulta improcedente la admisión de la suspensión del proceso a prueba que se realizó en la etapa de juicio y antes del inicio del debate oral y público.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0758, de las 9:10 horas, del 11 de agosto de 2005. En igual sentido 2005-0792.**

**21. Acción civil resarcitoria. Absolutoria penal no impide condenatoria civil, pues esta se rige por otras reglas del ordenamiento jurídico.**
Tal y como lo acepta la recurrente, el último párrafo del artículo 40 del Código Procesal Penal establece, de modo expreso, que el dictado de la sentencia absolutoria no impedirá que el juzgador se pronuncie sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda. Esto, precisamente, es lo que ocurrió en el presente asunto. Sin embargo, en la impugnación se aduce que en este caso la acción civil no se interpuso en forma válida, porque el Estado no figuró como demandado civil en el proceso. Sobre este tema es pertinente hacer las siguientes consideraciones. En *primer lugar*, debe aclararse que el punto fue planteado en el debate y el juzgador lo resolvió

en forma concreta, indicando que: «*Este Tribunal no puede compartir las apreciaciones del señor defensor en el sentido de que se ha insinuado una persecución del querellante a la querellada por ser la única acusada y demandada civil, ya que la posibilidad de escoger o decidir contra quién o quiénes se ejerce la correspondiente acción, es un derecho que tiene cada ciudadano, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 41 de la Constitución Política, por lo que es inadmisible pretender cuestionar este derecho...*» (folios 266 y 267). En *segundo lugar*, interesa señalar que la Administración Pública es responsable solidariamente, junto con sus servidores, por los daños que estos causen a terceros (artículo 201 de la Ley General de la Administración Pública). Sin embargo, como bien lo señala la doctrina nacional: «*...lo propio de la solidaridad es que el acreedor puede dirigir su demanda contra todos los deudores solidarios, sólo contra algunos de ellos o, bien, únicamente contra un deudor solidario. De igual manera, si demanda sólo a uno y éste resulta insolvente, por ejemplo, conserva su acción contra los restantes deudores.*» (RIVERO SÁNCHEZ: Los sujetos de la acción civil resarcitoria. En GONZÁLEZ ÁLVAREZ y otros: *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, San José, Mundo Gráfico, 1996, pág. 398). En consecuencia, si el actor civil decidió demandar exclusivamente a la querellada Herrera García, ello no provoca ningún vicio, pues, como bien lo indica el fallo de mérito y se desprende de la cita anterior, se trata del ejercicio de una facultad que la ley le confiere a las partes interesadas. Incluso es importante añadir que el hecho de que la acción civil se haya dirigido exclusivamente contra dicha persona no significa, por sí solo, ningún impedimento o preclusión de la posibilidad de accionar, en otra vía, contra otros presuntos responsables civiles, acorde, obviamente, con las reglas que rigen la solidaridad. De lo expuesto hasta ahora se desprende, en forma diáfana, que si bien el Estado no figuró como demandado civil en esta causa (porque la parte actora decidió no accionar contra dicho ente), ello no incide de modo alguno en la validez de la acción civil ejercitada contra Herrera García, ni en la procedencia de la condenatoria civil dictada en su contra. También debe examinarse si existe alguna incongruencia en que se haya absuelto a la querellada en lo penal, por falta de dolo, pero acogiendo la acción civil en su contra, por la realización de una conducta culposa. La tesis que parece esgrimir la recurrente, aunque no la haya planteado de modo expreso, es que sólo cabía esa condenatoria en caso de haberse demostrado la existencia de un ilícito penal. Sin embargo, esa postura no encuentra asidero en nuestro ordenamiento jurídico, ni en la jurisprudencia de la Sala Tercera o de este Tribunal de Casación Penal; incluso es rechazada por la doctrina mayoritaria. Más bien la tesis correcta es que, para que sea procedente la acción civil resarcitoria, basta con que el hecho demostrado produzca la obligación de responder civilmente. (Sobre lo anterior puede consultarse LLOBET RODRÍGUEZ: Proceso Penal Comentado, San José, Editorial Jurídica Continental, segunda edición, 2003, pág. 126). Así, en el voto 2001-0134 de las 11:22 horas del 2 de febrero de 2001, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose ampliamente al punto bajo análisis, concluyó lo siguiente: «*La frase 'cuando proceda', contenida en el párrafo tercero del artículo 40 del Código Procesal Penal debe necesariamente interpretarse en el sentido de que, a pesar de la absolutoria penal, el tribunal puede pronunciarse sobre la acción civil cuando subsistan otros supuestos normativos distintos al delito en los cuales pueda sustentarse ese deber de indemnizar. Es decir, cuando los hechos acreditados sean suficientes para demostrar la existencia de responsabilidad civil, sin necesidad de que la norma sustantiva que genera la obligación de indemnizar el daño proceda del Derecho Penal, y sin necesidad de que se demuestre la responsabilidad penal o administrativa de un funcionario público determinado. La anterior interpretación es la única posible a derivar de los principios de Economía Procesal e Interpretación Restrictiva, en consonancia con nuestro ordenamiento constitucional, con el único requisito de que debe concederse al demandado oportunidad de defensa.*» En la presente causa, la parte recurrente no aporta ningún elemento de peso que pudiera justificar una modificación de esa línea jurisprudencial, que, como ya se dijo, también ha seguido en otras oportunidades esta cámara (por ejemplo, voto 249-F-98 de 3 de abril de 1998). Al respecto, es importante señalar que los hechos que tuvo por ciertos el juzgador coinciden en lo esencial con los contenidos en el escrito de la acción civil resarcitoria (folios 8 a 11), sin que la sola circunstancia de que se haya tenido por acreditado que Herrera García no incurrió en una conducta dolosa, pero sí culposa, haya afectado de modo alguno su derecho de defensa ni la aplicación del debido proceso. El artículo 1045 del Código Civil es claro al indicar que: «*Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.*» En la especie, no se trata de que Herrera García haya sido condenada en lo civil por hechos ajenos, imputables exclusivamente a terceras personas, sino que se le atribuye una conducta desplegada por ella misma. En efecto, según se tuvo por cierto en el pronunciamiento recurrido fue la propia querellada y demandada civil quien sañaló, en un informe emitido después de inspeccionar la Clínica del querellante Pino King: «*...que el médico responsable del establecimiento no se encontraba incorporado al Colegio Profesional correspondiente, afirmación que es falsa.*» (Ver folios 228 y 229). En ese mismo sentido, el juzgador analiza además que: «*...la querellada y demandada civil actuó con evidente descuido a la hora de redactar o llenar los informes, ya que es evidente que una persona de su condición, no solamente médica, sino además Máster en Salud Pública conforme ella misma se identificó, debe conocer y quedó claro que conoce, la diferencia entre no estar incorporado al Colegio Médico y la no presentación de una certificación, de modo tal que el acudir a la 'interpretación' en contra del administrado es inaceptable para este Tribunal. Es claro que una médica con un grado*

*académico de Maestría, que está incorporada en el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, tal y conforme ha quedado evidenciado con la existencia de procesos desde el punto de vista de Moral y Ética, que se llevan en el citado colegio contra la demanda civil, revelan que la doctora HERRERA GARCIA está incorporada y conoce y sabe las implicaciones y consecuencias tanto del estar incorporada como de no estarlo, ya que para alguien que estimó que no era suficiente para verificar o constatar la situación profesional de un colega, la presentación del carné, es obvio y evidente que conocía las implicaciones de no estar incorporado y con descuido o desatención grave a lo que se estaba consignando, señaló que el querellante no estaba incorporado al Colegio de Médicos y Profesionales.*» (Ver folios 262 y 263). Debe agregarse que no existe ninguna duda en cuanto a que la conducta atribuida a Herrera García fue realizada mientras desempeñaba una función pública. Sin embargo, ello no significa, de ningún modo, que la afirmación falsa consignada en el informe de marras, que se estimó lesiva de la reputación del querellante Pino King, pueda considerarse como realizada en cumplimiento de un deber legal, pues es obvio que, por el contrario, el ordenamiento jurídico establece las responsabilidades en que incurre quien se excede de esa manera, ya sea actuando dolosamente (que no es el caso) o bien, actuando con violación al deber de cuidado, como ocurrió en la especie (ver artículo 1045 del Código Civil). En todo lo demás, las alegaciones de la recurrente se limitan a suministrar una valoración alternativa, tanto de la prueba como de los propios hechos investigados, pero sin demostrar que el juez *a quo* haya dejado de valorar elementos esenciales o haya llegado a conclusiones ilógicas, contrarias a la experiencia común. La impugnante hace caso omiso de la argumentación que contiene el fallo de mérito, en el cual se explica ampliamente por qué el querellante Pino King no estaba obligado a soportar o tolerar los resultados del informe en los términos ya señalados, indicándose expresamente que esto le causó un daño moral y que la demandada civil no puede escudarse en un formulismo que es inaceptable en un Estado de Derecho (folios 258 a 270).

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0638, de las 15:45 horas, del 28 de junio del 2006.**

**22. Acción civil resarcitoria. Indefensión por falta de traslado de la acción civil. Reenvío exclusivo para resolver el aspecto civil.**

Conforme consta en la documentación aportada por la recurrente (folios 106 a 113), ante la delegación realizada por la víctima, María Auxiliadora Sánchez Cruz, la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas, presentó acción civil resarcitoria en este proceso, el veinte de octubre del dos mil cuatro. La fiscalía formuló acusación el veinticinco de abril del dos mil cinco (folios 49 a 55), lo cual implica que dicha gestión se realizó dentro del plazo que autoriza el artículo 114 del Código Procesal Penal. El fiscal auxiliar no dio trámite a la acción civil y por ello tampoco se permitió la participación de la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas en la audiencia preliminar y en el juicio oral. Dicho defecto fue alegado por el representante el respectivo fiscal en el juicio y el Tribunal estimó que no procedía acoger la actividad procesal defectuosa pues eso implicaría retrotraer el proceso a etapas ya superadas (folio 86). Esta Cámara estima que efectivamente existe el defecto cuya subsanación se venía pidiendo, el cual pudo realizarse en la etapa de juicio, brindando las audiencias respectivas a los demandados civiles (art. 115 del Código Procesal Penal). Resulta claro que el representante del Ministerio Público, a cargo de la investigación, incurrió en un error al no tramitar la acción civil resarcitoria que fue presentada oportunamente. Lo propio ocurre con el Tribunal de Juicio, ante el cual se realizó el reclamo. Al no permitírsele a la víctima, a través de su representante, participar en el juicio, se le está limitando su derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política, fundamentalmente a que se defina si tiene o no derecho a una reparación por los daños sufridos. Con fundamento en lo anterior se casa la sentencia y se decreta el reenvío, a efecto de que se resuelva la acción civil resarcitoria. Permanece firme el fallo en lo dispuesto sobre la acción penal.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0176, de las 9:00 horas, del 9 de marzo del 2006.**

**23. Acción civil resarcitoria. Ejecución civil. Competencia.**

Este Tribunal de Casación Penal, en el voto 2005-0805 de las 9:20 horas del 25 de agosto de 2005 (precedente que fue reiterado en el voto 2006-0380 de las 9:00 horas del 27 de abril de 2006), resolvió lo siguiente: «***A)*** *Esta cámara ha examinado [...] las dos resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que cita el recurrente (números 853-C-2003 de las 10:10 horas del 17 de diciembre del 2003 y 110-C-2004 de las 10:25 horas 18 de febrero de 2004), las cuales señalan efectivamente que: 'De conformidad con los ordinales 9 y 629 del Código Procesal Civil y 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial las ejecuciones de sentencia firme y demás resoluciones se ordenará siempre a gestión de parte, y* ***serán ejecutadas por el tribunal que hubiese conocido en primera instancia.****' (La negrita es del original). Asimismo, notan los suscritos que esos precedentes deben complementarse con otras resoluciones de la citada Sala, en particular el voto número 355-C-2004 del 26 de mayo de 2004, según el cual: '...es de vital importancia señalar que cuando se trata de la condenatoria de sumas líquidas en la sede penal, es innecesario acudir al proceso de ejecución, puesto que corresponde al propio tribunal sentenciador, girar las órdenes respectivas y las actuaciones coactivas del caso, para el efectivo pago del monto establecido. Remitir a las partes a una fase posterior*

*de cumplimiento frente a una sentencia condenatoria de cantidad específica y concreta, va en demérito de los derechos del lesionado, tal y como ocurre en este caso, con grave infracción a la tutela judicial efectiva, la que entre otras cosas, dispone la prontitud en la eficacia de los derechos declarados. Así las cosas, la suma señalada por el Tribunal de Juicio de Liberia y sus correspondientes intereses deberán ser cancelados a requerimiento e imposición del propio tribunal, por el mecanismo expedito y ágil que señala, entre otros, el numeral 464 del Código Procesal Penal vigente.' **B)** Con base en las resoluciones citadas, debe quedar claramente establecido que la ejecución civil de las sentencias dictadas por los Tribunales Penales de Juicio se rige por el artículo 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en estrecha relación con lo establecido por el artículo 464 del Código Procesal Penal, que, como norma especial y posterior, determina los alcances de esa modalidad de ejecución. De acuerdo con la primera norma citada: 'Los fallos y demás resoluciones serán ejecutados por el tribunal de primera instancia que falle el asunto. Tratándose de tribunales penales, la sentencia se ejecutará por el mismo tribunal, siempre que la misma condene a suma líquida.' (El subrayado es suplido). Por su parte, el artículo 464 del Código Procesal Penal indica lo siguiente: 'La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños y perjuicios, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el juez civil o contencioso administrativo, según corresponda.' En consecuencia, de las normas citadas se desprenden los siguientes principios: **1.-** Cuando la condenatoria implique la 'restitución' de un bien, el tribunal penal debe realizar la ejecución civil, cuando ello pueda hacerse en forma 'inmediata'. Una primera hipótesis de esta situación la constituye el caso en que el bien a restituir esté en poder del tribunal, en cuyo caso bastará con entregarlo a quien el fallo así lo haya ordenado. Una segunda hipótesis consiste en la facultad de emitir una 'simple orden' dirigida a la parte perdidosa para que restituya el bien. **2.-** Cuando la condena implique la 'indemnización o reparación de daños y perjuicios', el primer requisito es que se haya establecido una 'suma líquida'. De ser así, una primera hipótesis consiste en la facultad de girarle al ganancioso los dineros decomisados o embargados que estén en poder del tribunal. Asimismo, una segunda hipótesis consiste en emitir una 'simple orden' dirigida a la parte perdidosa para que deposite esas sumas a la orden del tribunal, de tal manera que luego puedan ser entregadas al ganancioso. Sin duda, esa 'simple orden' puede incluir una liquidación de intereses, cuando la condena contenga ese rubro y para su determinación baste con una mera operación aritmética. **3.-** Por lo demás, debe entenderse que, para efectos de la ejecución civil, se procederá siempre a solicitud del interesado. **4.-** Cuando la sentencia no pueda ser ejecutada en forma 'inmediata' o la parte perdidosa no acate la 'simple orden' del tribunal, entonces lo que corresponderá es que el interesado –si a bien lo tiene– plantee la ejecución ante los tribunales civiles o contencioso administrativos, como ordena el artículo 464 del Código Procesal Penal. **C)** Respecto a todo lo anterior, es imprescindible tomar en cuenta que el capítulo sobre ejecución civil que contiene el Código Procesal Penal (artículos 464 a 468) no contiene ninguna norma que establezca la posibilidad de interponer recursos durante esa etapa, lo que resulta razonable, pues entrar en una fase de contención no sería compatible con la naturaleza de lo que corresponde decidir a las autoridades penales en ese momento procesal.* [...] *Sólo interpretando y aplicando dicha norma de la manera que ha quedado expuesta, los tribunales penales de juicio seguirán conservando la naturaleza propia de sus funciones, pues, de lo contrario, si tuvieran que realizar la ejecución civil en otros aspectos y llevarla hasta sus últimas consecuencias, dejarían de ser lo que son, es decir, se desnaturalizarían, para convertirse en auténticos tribunales civiles o contencioso administrativos, lo que resultaría ilógico y carente de sustento legal. Por lo tanto, procede declarar que, en la ejecución de los aspectos civiles de las sentencias, los tribunales penales deben limitarse exclusivamente a lo dispuesto por los artículos 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 464 del Código Procesal Penal, en la forma indicada en el presente considerando.»*

Vista la jurisprudencia anterior, debe concluirse que el despacho competente para seguir conociendo del presente asunto es el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. En efecto, en cuanto a los montos por *daño moral* y *daño material*, que fueron fijados en concreto (suma líquida que totaliza cinco millones de Colones), ya el Tribunal Penal de Juicio hizo la prevención a la Procuraduría General de la República (como representante legal del Estado) para que se procediera, por simple orden, a depositar dicha cantidad (folios 509 a 514). Sin embargo, la prevención no pudo ser cumplida por el órgano mencionado, de manera que la simple orden del tribunal no ha surtido efecto alguno. Por otra parte, la liquidación de *intereses* y *costas* está siendo cuestionada por la representación estatal, según se desprende del contenido del escrito de folios 475 a 482. En resumen, estamos frente a un caso en el cual la sentencia que condenó al pago de daños y perjuicios no pudo (en su momento) ser ejecutada en forma inmediata, ni ha podido serlo por simple orden del tribunal que la dictó. Ello conduce a determinar que la fase de ejecución deberá continuarse ante el respectivo juez contencioso administrativo, por cuanto, conforme lo dispone el artículo 464 del Código Procesal Penal, esta es la autoridad jurisdiccional competente para realizar este tipo de tramitación. Lo anterior no se ve afectado por las alegaciones que se formulan en el escrito visible a folios 529 y 530, que presentó el Licenciado Edwin Phillips Ávalos, abogado de la parte actora. En consecuencia, con base en las normas citadas y artículo 93 inciso 5) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara que el competente para seguir conociendo de este asunto es el Juzgado

Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, despacho judicial al cual se ordena remitir los autos. Lo resuelto deberá comunicarse al Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, por ser de su interés.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0780, de las 9:50 horas, del 28 de julio de 2006.**

**24. Acción civil resarcitoria. Responsabilidad civil objetiva procede en los casos autorizados por ley.**

No es posible pensar en la existencia de la responsabilidad objetiva para resolver el presente caso, como bien lo hace notar el recurrente, pues no estamos ante alguno de los supuestos que se recogen en el artículo 1048 del Código Civil y, además, dicha responsabilidad se debe fundamentar en la ley. Por ello, en el presente caso el *a quo* debió establecer la responsabilidad subjetiva civil para condenar, como se hizo, al pago de la acción civil resarcitoria; sin embargo, el fundamento de la condena se basa, esencialmente, en la responsabilidad objetiva, dejando de lado la debida y correcta fundamentación del fallo, pues parte de supuestos falsos, lo que lo dirige a dejar de exponer razonamientos en forma adecuada. No se logra extraer la existencia de la posible responsabilidad del imputado en materia civil, como tampoco el proceso de producción y desarrollo del nexo causal, como elemento esencial de la responsabilidad civil –tanto objetiva como subjetiva–. De igual forma, debe describirse una relación fáctica que permita llegar a la conclusión adecuada, lo que –para efectos de una responsabilidad civil objetiva– no se encuentra en la sentencia de mérito. Aunado a lo anterior, en el mismo libelo de interposición de la acción civil resarcitoria, delegada en el Ministerio Público, su fundamento jurídico se encuentra en el artículo 1045 del Código Civil, el cual requiere, sin lugar a dudas, la comprobación de una responsabilidad civil subjetiva, contrario a lo que se expone en la sentencia recurrida. Es por ello que la condena civil resulta ayuna de fundamentación, por lo que procede declarar la nulidad parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la condena civil permaneciendo el resto del fallo incólume.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0188, de las 10:10 horas, del 9 de marzo de 2006. En igual sentido 2006-0899.**

**25. Acción civil resarcitoria. Responsabilidad Civil objetiva. Exclusión de empresa que contrata a otra servicio de seguridad.**

Revisada la sentencia en su contenido propio de resolución de los extremos civiles, se llega a la conclusión que cuenta con una debida fundamentación y aplicación de disposiciones normativas de fondo. En efecto, tenemos que el aspecto de medular de determinación de la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de la Universidad Latina de Costa Rica, sede Santa Cruz, Guanacaste, radica en la contratación que hiciera de una empresa que le prestaba los servicios de vigilancia en su sede o centro de estudios de Santa Cruz. Esta relación contractual, conforme se dice en la sentencia, dirige a que la contratación del personal, su preparación en actividades de seguridad, así como la entrega y portación de armas, se realice en forma correcta, eficiente y conforme las regulaciones legales y reglamentarias existentes. Esta vigilancia no se llevó a cabo por la empresa «Falcon Seguridad empresarial, Investigación y Protección S.A.», la cual resultó condenada civilmente por responsabilidad objetiva directa que se genera el artículo 1048 del Código civil. La exclusión en la condena civil de la citada Universidad se encuentra debidamente realizada conforme la norma señalada, pues quien debía realizar esta labor de vigilancia y correcto desempeño de los guardas, así como el cumplimiento de las normas de seguridad para el efectivo desempeño de sus labores lo era, sin lugar a dudas, la empresa «Falcon Seguridad empresarial, Investigación y Protección S.A.» y no la Universidad Latina de Costa Rica. Es importante realizar un análisis que ni siquiera se alega en el recurso de casación, pero resulta de especial relevancia; dirigido hacia el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor, que describe el régimen de responsabilidad. En este sentido se dice en dicho artículo lo siguiente; *«El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos» (la negrita ha sido suplida).* En el presente caso, estamos ante un servicio ofrecido y contratado por el ofendido con la Universidad Latina de Costa Rica, sede Santa Cruz, el cual consiste en recibir educación universitaria que lo capacite para el ejercicio profesional de una profesión. Como vemos, éste fue el servicio contratado por el ofendido con la Universidad mencionada, lo que nada tiene que ver con el servicio de seguridad que presta la empresa «Falcon Seguridad empresarial, Investigación y Protección S.A.» a la Universidad Latina de Costa Rica. Es evidente que la relación que mantiene el ofendido con el centro universitario, es estrictamente en el ámbito académico, respecto a la aplicación de la normativa de protección al consumidor. Por su parte, la empresa Falcon Seguridad resulta la responsable por la prestación del servicio de seguridad ante su contratante -la Universidad- y, por supuesto, de los daños y perjuicio que provoque a terceros -caso del ofendido-, conforme las reglas de responsabilidad objetiva que se recogen en el art. 1048 del Código Civil. Por ello, resulta adecuada la declaratoria sin lugar de la acción civil resarcitoria en contra de esta última.

**Tribunal de Casación de Penal, 2006-0671, de las 9:05 horas, del 7 de julio del 2006.**

**26. Deber de lealtad. Si el defensor estimaba que el juez no era imparcial, debió recusarlo y no guardarse ese detalle para reclamarlo en casación.**

Es importante agregar que en este asunto el Licenciado...,

Defensor Público del justiciable, tuvo conocimiento, desde el momento mismo en que se realizó la audiencia para la determinación de la pena (folios 246 y 247), que la jueza que estaba interviniendo en el caso era la misma que ya había dictado sentencia. Por ello, notando que se comprometía el principio de imparcialidad, bien pudo haber recusado a dicha funcionaria, pero no consta que lo haya hecho, actitud mediante la cual resulta lesionado el deber de lealtad que establece el artículo 127 del Código Procesal Penal. Sin embargo, pese a la afectación de dicho deber, el recurso se está acogiendo por estar en juego un interés público y tratarse de una nulidad declarable de oficio.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0806, de las 9:22 horas, del 25 de agosto del 2005.**

**27. Denuncia. Naturaleza del acto y valor probatorio.** Para empezar, hay que dejar claro que la denuncia simplemente configura la noticia del hecho, importante a efecto de identificar quien denuncia, cuándo y cómo, aspectos que revisten importancia a fin de la prescripción de la acción penal, de la instancia privada, y hasta del interrogatorio que pueda darse en el juicio. Pero la denuncia no puede asimilarse a un testimonio, que deba examinarse en su relato histórico, darle tal carácter violaría el derecho a contradecir la prueba en juicio, y haría inútiles las previsiones del anticipo de prueba, pues bastaría con ser denunciante para garantizarse la incorporación de lo manifestado por el testigo en el juicio, impidiendo el interrogatorio de la defensa. Además, implicaría que la condenatoria podría basarse en la «prueba testimonial» de la investigación, anulando con ella la prohibición del artículo 276 del C.P.P. y la exigencia de que la prueba debe evacuarse en el juicio, ante el órgano jurisdiccional. Es cierto que el artículo 334 inciso b) del C.P.P. permite la incorporación de la denuncia, como excepciones a la oralidad (no a la contradictoriedad de la prueba), pero esa autorización no puede verse en forma aislada, sin integrarla con los principios del juicio, y los derechos esenciales en un proceso acusatorio, como lo es el de contradecir la prueba, con el interrogatorio de los testigos en el juicio, con la única salvedad prevista por el código del anticipo jurisdiccional de la prueba (artículos 293 y 327 del C.P.P.), que precisamente tiende a tutelar en todo momento ese derecho, tal y como lo exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14. 3. e). Por ello, debe quedar claro que no podría el juzgador valorar el «testimonio» del ofendido contenido en la denuncia, para fundamentar una eventual condena.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0058, de las 10:30 horas, del 2 de febrero de 2006.**

**28. Extradición. Inexistencia de conflicto bélico entre Costa Rica e Italia que impida aplicar la Convención de Extradición existente entre ambos países.** De acuerdo con los documentos que obran en autos, la "*Convención de Extradición para Costa Rica e Italia*" fue firmada en Roma el 6 de mayo de 1873 y aprobada por el Congreso Nacional mediante Ley número LIII del 24 de julio de 1874, recibiendo la sanción del Poder Ejecutivo el 14 de setiembre de 1874 (folio 32). Además, considerando que dicha Convención había quedado en suspenso durante la Segunda Guerra Mundial y que el 28 de junio de 1949 se efectuó un Canje de Notas entre los Gobiernos de ambos países acordando su vigencia, el Poder Ejecutivo decidió, mediante Decreto Ejecutivo número 11 de 5 de abril de 1966, promulgar nuevamente dicho instrumento, teniéndolo como vigente para todos los efectos internos y externos a partir del 28 de junio de 1949 (mismo folio). Lo anterior demuestra que no es cierto que el instrumento de marras carezca actualmente de vigencia, pues lo correcto es que sí fue ratificado por el órgano respectivo, que en aquella época (1873-1874) recibía el nombre de Congreso Nacional. Por lo demás, la "*declaratoria de guerra*" sólo motivó una suspensión temporal, absolutamente superada mediante la nueva promulgación a que se ha hecho referencia. En consecuencia, este extremo también debe ser declarado sin lugar.

**Tribunal de Casación Penal, 2004-0084, de las 15:25 horas, del 6 de febrero del 2004. En igual sentido 2005-1276.**

**29. Extradición. Sobre los delitos políticos.** Contrario a lo que argumenta el defensor, la sentencia del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que accedió a la solicitud de Extradición del Gobierno de Panamá, del ciudadano..., se encuentra ajustada a derecho y al mérito de todos los elementos probatorios aportados en las presentes diligencias. Lo anterior porque efectivamente el presente caso se trata de un delito común y no de un delito político o uno conexo con éste. En ese sentido, de acuerdo con la sentencia de instancia, (ver parte dispositiva de folio 688 vuelto y 689) ... es requerido por el delito de Homicidio en perjuicio de Juan José Arza Aguilera, León Tejada González, Edgardo Estanislao Sandoval Alba, Jorge Bonilla Arboleda e Ismael Vicente Ortega Caraballo y si bien es cierto, estas muertes ocurrieron como producto de una rebelión de los ofendidos en contra del Gobierno Panameño, esta circunstancia no convierte el homicidio de ellos en un delito político. Como bien lo indica la resolución de instancia «*en un Estado democrático la coerción debe reducirse al mínimo indispensable, en caso de que el mismo se vea amenazado con fuerzas dirigidas a limitarlo, se debe contar con los medios para acrecentar la democracia, de manera que el levantamiento protagonizado por quienes figuran como ofendidos dentro del proceso por el que se solicita la extradición, debió ser tratado conforme las leyes del Estado requirente, así, una vez que los mismos se rindieron a las fuerzas leales del General Noriega Moreno, correspondía entregarlos a las Autoridades Judiciales encargadas de la investigación y juzgamientos del (sic) los delitos que conforme a las leyes del Estado requirente, presuntamente habían realizado,*

*de ahí, que no se justifica, ni puede ser considerado delito político o común conexo con el delito político el ajusticiamiento que por la vía sumarial realizó el extraditable...»* (ver folio 686). No es válida la tesis que ensaya el defensor, en el sentido que se trata de una parte de un mismo todo, como si pudiera existir una relación de causa a efecto que provoque trasladar las condiciones de un hecho a otro. En ese sentido, si hubo un acto de rebelión de un grupo de personas, que pretendieron derrocar por la fuerza al gobierno instaurado legítimamente en Panamá, quienes participaron en esto, sí cometieron un delito político, que de acuerdo con nuestra legislación penal, podría constituir la figura tipificada en el artículo 294 del Código Penal, pero esta circunstancia no se traslada a quienes, luego de haber vencido y detenido a los rebeldes, optan por irrespetar los procedimientos legales correspondientes y sin juzgamiento previo, aplican por sí mismos una especie de «*justicia vengativa*». Tampoco es aceptable, para ampliar a delito político o conexo con éste, las circunstancias particulares del Gobierno Panameño para el momento que se cometieron los hechos. Lo que la defensa propone es que si Panamá podía ser invadido, como en realidad lo fue, esto justificaba a los militares a proceder a asesinar a los detenidos, como una forma de no dejar impune la rebelión, un argumento como éste no es más que una manera de hacer prevalecer la venganza por propia mano, en lugar de el respeto a las garantías y derechos humanos básicos de cualquier persona, aún bajo condiciones de guerra. Incluso, el propio recurrente reconoce que «*lo justo y correcto hubiera sido entregar a los militares sublevados a las Autoridades Judiciales*» (ver folio 696). Al no haberse hecho de esa forma, se cometió un delito común, que para este caso fueron varios homicidios y nunca un delito político o conexo con éste.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0588, de las 9:05 horas, del 16 de junio de 2006.**

**30. Extradición. Condenatoria en ausencia. Condición de nuevo juzgamiento.**

Contrario a lo plantean tanto el Ministerio Público como la Procuraduría General de La República, en el presente caso, la jueza de instancia no hizo más que aplicar los antecedentes jurisprudenciales que resultaban aplicables y condicionar en consecuencia, la entrega del extradido a que se le juzgue de nuevo, ya que el mismo fue juzgado en ausencia. En ese sentido y por ser de aplicación, es conveniente transcribir el Voto Nº 1351-05 del 22 de diciembre del 2005, de este Tribunal de Casación que en lo que interesa señaló: «*: Si bien se ha dicho que en el procedimiento de extradición, como acto de asistencia internacional, no se cuestiona -en principio- las formas o procedimientos que los Estados han adoptado para el juzgar los delitos cometidos; también es lo cierto que, como acto de colaboración de naturaleza jurídica, los Estados deben observar que los derechos fundamentales que han reconocido a las personas sean respetados o protegidos en todo momento. Por ello, nada obsta para que, de ser aceptada la solicitud de un gobierno o Estado requirente, se le impongan o exijan ciertos compromisos o condiciones a cumplir para que pueda ejecutar o materializar este otorgamiento. Al respecto, ya en nuestro medio se había dicho, al tener noticia de lo resuelto en otras latitudes sobre este tema, lo siguiente: "La jurisprudencia argentina y la española se han pronunciado por denegar la extradición de quien ha sido requerido en estas condiciones, señalándose además que puede accederse a esta extradición si se obtiene garantía suficiente del Estado requirente de que el individuo ha de someterse a nuevo proceso. Para nosotros es claro que el juzgamiento en ausencia viola de manera terminante el principio constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna si no se ha concedido "...previa oportunidad... al indiciado para ejercitar su defensa...". La obligada colaboración internacional, no puede violentar derechos humanos fundamentales, estén o no reconocidos formalmente en el Estado que requiere la entrega de un prófugo de la justicia." (ver ARROYO GUTIERREZ, José Manuel, "**La extradición (Nociones y principios generales)**"; en "Ciencias Penales", Diciembre 1989, No. 1, Año 1, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, p. 45). Lo que se busca, con este proceder, según lo que se deriva de lo anterior, es garantizar que los derechos otorgados a las personas sometidas a esta clase de diligencias se van a respetar por el país que pide su entrega; y no, como podría pensarse, entorpecer las relaciones de asistencia internacional que están implicadas en este tipo de procedimiento. Bajo esta tesitura, aun cuando en el sistema de enjuiciamiento italiano se acepta la condenatoria en contumacia y es consecuencia de una decisión soberana de ese país, ello no impide que el Estado costarricense, conforme a los principios que regulan esta materia, a la propia Constitución Política, lo mismo que con fundamento en los tratados y convenciones internacionales relativos a derechos humanos fundamentales, pueda imponer ciertas condiciones o requisitos al Estado requirente para poder ejecutar la extradición concedida. Entre estas condiciones, tal y como también lo ha resuelto la Sala Constitucional, estaría la de garantizar que el extraditado tendrá la posibilidad de ser juzgado nuevamente en el país que lo solicita, mediante un procedimiento que le asegure un ejercicio efectivo del derecho de defensa, consistente, entre otras cosas, en ser oído, ofrecer prueba y actuar de manera directa ante la autoridad jurisdiccional respectiva. Para una mayor claridad de lo dicho, la Sala Constitucional ha resuelto lo siguiente: "En el recurso interpuesto por los señores Chaves Requenes, Golfín y Arias Villalobos se alega que la concesión de la extradición resulta ilegítima en el caso en examen, pues una sentencia dictada en ausencia no puede tener aplicación alguna en nuestro medio, dado que atenta contra el principio del debido proceso en cuanto no permite el ejercicio pleno de la defensa, criterio que, parcialmente, es de recibo, pero no para negar la extradición solicitada, sino para exigir, como ya quedó anotado supra, del Gobierno requirente, garantía*

*suficiente de que el extradido será nuevamente juzgado, dándosele amplia facultad para ejercer su defensa. Costa Rica está en el deber de posibilitar el castigo de quienes infrinjan las normas penales que tratan de proteger a la sociedad actual del flagelo del narcotráfico y por ello debe conceder -incluso para evitar que el territorio nacional se convierta en guarida de personas perseguidas por la justicia de otros países y aún cuando la administración de justicia del país requirente le depare confianza- las solicitudes de extradición que se le planteen, pero también está en la insoslayable obligación de lograr las mayores garantías del respeto a los derechos fundamentales del extradido. Es por ello que en el caso presente, aun aceptándose que el conceder la extradición no atenta contra ningún derecho fundamental de Tajudeen, sí debe exigirse la garantía antes apuntada." **(Sala Constitucional**, voto **No. 1011-91**, de las 18:00 del 5 de junio de 1991; este criterio puede verse también en el voto **No. 3630-05** de las 14:59 horas del 5 de abril de 2005**).** Como se colige de lo transcrito, nada obsta para que el Estado costarricense le exija al Estado italiano que, a efectos de poder ejecutar la sentencia de extradición dictada, se comprometa y garantice que Manuel Zaratin tendrá la oportunidad de ser juzgado nuevamente conforme a un procedimiento que le permita un adecuado ejercicio de su derecho de defensa. Esto no significa que la extradición acordada se deba anular o rechazar, pues para su otorgamiento se han seguido los procedimientos y cumplido los requisitos que la Ley, la Convención y los principios generales establecen en esta materia. De igual forma, si bien el Tribunal no se pronunció de manera exhaustiva sobre este tema, cual es el juzgamiento en ausencia, nada le impedía que otorgar la extradición, aun cuando se considera que sí debió haberla condicionado a que el gobierno italiano presentara formal promesa conforme a lo dicho, es decir, de que al extradido le sería garantizaba un nuevo juicio con pleno reconocimiento de su derecho de defensa. Al no haberlo hecho de esa forma el Tribunal, se considera que, sin anular o rechazar la extradición, como lo pretende la defensa, procede ser confirmada, pero condicionada a que se cumpla con este último requisito o promesa. No sobra agregar además en este punto, que nada impediría solicitar en este momento al gobierno italiano formal promesa en este sentido, pues el plazo inicial que se otorgó por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José era tan solo para presentar los documentos que se establecen en el artículo 9 de la Ley de Extradición, y el plazo que se estaría otorgando en este caso sería para poder ejecutar o materializar la extradición ya concedida, claro está, condicionada a que se presente esta promesa. Por lo anterior, se declara sin lugar los reclamos que se formulan en este extremo del recurso y se confirma la sentencia de extradición dictada en el presente asunto. Sin embargo, se estima que, previo a materializar o ejecutar la entrega del extraditable, la autoridad jurisdiccional competente deberá exigir del Gobierno italiano garantía suficiente, dentro de un plazo de dos meses, de que aquel será juzgado de nuevo en su país, otorgándosele amplia facultad para ejercer su derecho de defensa.»*

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0588, de las de las 9:05 horas, del 16 de junio de 2006.**

**31. Prescripción. Interrupción. Resolución que convoca a primera audiencia preliminar, aunque no se haya notificado a todas las partes.**

En efecto, en criterio de este Tribunal el representante del Ministerio Público lleva razón en su alegato, pues resulta evidente el error en el que incurre el Juzgador al considerar prescrita la acción penal en la presente causa. Conforme lo dispone el artículo 33 del Código Procesal Penal una de las causales interruptoras del término de la prescripción en los delitos de acción pública lo constituye la "*resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar*"; y en ella no se exige como requisito adicional, que se notifique a las partes, o bien, que la diligencia efectivamente se realice en un determinado momento o plazo. Unido a lo anterior, en la parte final de este numeral se agrega, aspecto que omite considerar el Juzgador, que siempre opera la interrupción aun cuando las "*resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente*". En otras palabras, aun cuando durante el trámite de la causa se decrete la ineficacia o nulidad de la sentencia, que es una de las resoluciones que se citan, o la del auto que convoca por primera vez a la audiencia preliminar, se tendrá por interrumpida la prescripción desde el momento en el que se dictan. Lo importante es que se hayan emitido tales pronunciamientos o decisiones, independientemente de lo que ocurra después con las mismas. Dicho lo anterior, resulta equivocado el pronunciamiento del Tribunal de Juicio al decretar el sobreseimiento definitivo por prescripción en la causa, pues la resolución que convocó por primera vez a audiencia preliminar, de fecha 22 de setiembre del año 2004, interrumpió el término previsto en la ley para estos efectos, y que en este caso era de un año y seis meses como consecuencia de la reducción a la mitad del plazo ordinario que la normativa dispone (tres años).

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0019, de las 9:30 horas, del 26 de enero de 2006.**

**32. Prescripción. Interrupción. Presentación de la querella en delitos de acción privada.**

La ley dispone que en los delitos de acción privada el plazo de la prescripción se interrumpe con «la presentación de la querella» (artículo 33 inciso b) del Código Procesal Penal), y dicho efecto interruptor debe asignarse solamente a la primera querella (aunque fuera defectuosa), y no a la que se presente con posterioridad para enmendar los defectos formales de la primera, pues conforme al texto legal resulta claro que la interrupción se produce con la *presentación* (es decir, con la acción y efecto de *presentar* la querella ante el tribunal de juicio, cfr. artículo 380 ibídem), no con la admisión formal de la querella. En este asunto la primera querella se declaró inadmisible porque el

querellante no corrigió oportunamente los defectos formales que el tribunal le previno enmendar (cfr. voto n° 84 de las 7:30 horas del 1 de junio de 2004) y si bien la segunda querella sí fue admitida, a esta última no puede atribuírsele el efecto de interrumpir el plazo de la prescripción, pues la causal legal se refiere a la querella *presentada*, no a la querella admitida.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0071, de las 8:55 horas, del 9 de febrero de 2006.**

**33. Prescripción. Concurso ideal. Se resuelve en sentencia por delito más grave.**

Este cuadro fáctico se estimó como constitutivo del delito de *Violación de Domicilio* y de la contravención de *Lesiones Levísimas*, con base en lo dispuesto por los artículos 204 y 380 del Código Penal. Ello permite afirmar –*prima facie*– que los hechos acusados por el Ministerio Público podrían constituir un concurso ideal (ver artículo 21 del Código Penal). En consecuencia, aunque la acción para perseguir cada uno de los ilícitos investigados prescribe separadamente, lo cierto es que resulta incorrecto, tanto desde el punto de vista procesal como sustancial, que en este caso se haya dictado un sobreseimiento por prescripción de la acción penal para perseguir la contravención de *Lesiones Levísimas*, puesto que, dada la naturaleza del hecho, ello podría producir cosa juzgada con respecto al delito de *Violación de Domicilio*, que es precisamente lo que se reclama en el recurso. Lo anterior se confirma de modo expreso porque, en el relato de hechos probados que contiene la resolución recurrida, se incluye no sólo lo relativo a las lesiones sufridas por la ofendida, sino también lo referente al ingreso sin autorización al negocio comercial y a la vivienda (folio 52). Debe quedar claro, entonces, que lo más adecuado en casos como éste es que no se haga ningún pronunciamiento interlocutorio acerca de la eventual prescripción de alguno de los ilícitos, sino que se reserve ese aspecto para el momento en que se deba resolver, en sentencia definitiva, la situación jurídica de la persona acusada por todos los hechos que se le estén atribuyendo.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0088, de las 9:45 horas, del 10 de febrero de 2006.**

**34. Principio acusatorio. La norma que permite al juez imponer pena mayor a la pedida por el fiscal roza con el principio acusatorio.**

Se aprecia en la sentencia una falta de fundamentación sobre por qué se impusieron en definitiva sanciones más graves que las pedidas por el Ministerio Público, lo que es de relevancia, debido a la importancia que tiene el principio acusatorio dentro de proceso penal. Es cierto que el Código Procesal Penal establece en forma expresa que puede imponerse una pena mayor que la pedida por el Ministerio Público, ello en el artículo 365. Sin embargo, debido a los problemas que presenta dicha norma con el principio acusatorio debe exigirse una fundamentación del juzgador sobre las razones por las que procede apartarse del criterio del Ministerio Público.

**Tribunal de Casación Penal, 2005-1214, de las 8:40 horas, del 17 de noviembre de 2005.**

**35. Recurso de casación. Inadmisibilidad. Absolutoria pedida por el Ministerio Público.**

Conforme consta en el acta del debate (folio 47) y también en la sentencia (folio 55), el representante del Ministerio Público solicitó absolutoria, por estimar que existía duda sobre la comisión del delito que se venía atribuyendo a Edgardo Zúñiga Moraga. En estos casos, al retirar la acusación el actor penal, no es factible para el juez emitir una condena, excepto que a la vez se haya formulado una querella y la víctima mantenga su pretensión punitiva al emitir conclusiones en el juicio oral. Lo anterior obedece a los principios acusatorios que informan el nuevo proceso penal costarricense y que han sido tratados en forma extraordinaria por el juez Llobet Rodríguez, en su nota que contiene el voto 2005-730, de las 11:00 horas, del 3 de agosto del 2005, y que la integración encargada de resolver este caso en particular avala y toma en cuenta para la decisión mencionada. Se expuso por el citado juzgador: *...en el presente asunto no existía posibilidad de que el juez de juicio dictase una sentencia condenatoria, ante la petición del fiscal de absolver, por lo que no se aprecia agravio alguno. La jurisprudencia costarricense, siguiendo la concepción tradicional de la doctrina, ha sostenido, sin mayor cuestionamiento, la posibilidad de que se dicte sentencia condenatoria por el Tribunal, a pesar de que en el juicio oral se haya pedido una absolutoria por el Ministerio Público y no existía querellante en el caso concreto. En particular debe mencionarse el voto 61-2003 del 7 de febrero de 2003, ordenado por la Sala Tercera, ello en un asunto en que se dictó una sentencia condenatoria, a pesar de la petición de absolutoria del Ministerio Público, el que recurrió la sentencia pidiendo que se anulara la sentencia (sic). Se dijo en dicho voto: "La absolución pedida por el Ministerio Público, una vez celebrado el juicio oral y público, no es una declinación de la instancia, ni una renuncia a la misma". Se trata de la concepción de la que parte la doctrina alemana, la que le confiere grandes poderes inquisitivos al juez en el juicio oral. Julio Maier defiende esta posición, indicando: "El poder penal pertenece, en primer lugar, a los tribunales; es, dicho en idioma vulgar, cosa propia de ellos. Es por ello que, contrario a lo que sucede en materia de Derecho privado y aun en Derecho público, el tribunal penal no resulta estrictamente vinculado a lo propuesto por un actor extraño a él y puede, en la sentencia, mirar al objeto procesal desde puntos de vista distintos a los sostenidos durante el procedimiento, si observa ciertas exigencias formales para no sorprender a la defensa del imputado y, aún más importante, no está por regla, vinculado a ninguna pretensión que haya hecho valer la fiscalía, de tal manera que puede condenar aun cuando ella requiera la absolución, o medir la pena según crea que corresponde, incluso sobre el límite solicitado por el Ministerio Público" (Cf. Maier, Julio. Derecho Procesal*

*Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, T. II, pp. 69-70). Al final de cuentas esta posición se basa, como se aprecia en lo indicado por Julio Maier, en el poder del juez en el juicio oral y público, ya no como un sujeto pasivo en el mismo de acuerdo al carácter contradictorio. Se trata de asignarle en definitiva caracteres inquisitivos al rol del juez, lo que por supuesto entra en conflicto con el principio acusatorio y en definitiva con el principio de imparcialidad. En Argentina en particular en los últimos años ha existido una profunda discusión sobre si el juez puede condenar cuando el Ministerio Público solicita una sentencia absolutoria. Así inicialmente la Corte Suprema de Justicia argentina negó dicha posibilidad, posición que luego rectificó. Debe afirmarse con base en el principio acusatorio y el de imparcialidad, que ante la petición absolutoria del Ministerio Público y la ausencia de un querellante que pida una condenatoria, el Tribunal no puede dictar una sentencia condenatoria. Debe tenerse en cuenta que el principio acusatorio supone no solamente que el Ministerio Público o el Fiscal hayan presentado acusación, sino además que en las conclusiones los órganos acusadores reiteren su posición acusadora, de modo que pidan el dictado de una sentencia condenatoria. Lo anterior tiene importancia, ya que si bien la acusación propiamente dicha se presenta luego de terminado el procedimiento preparatorio, éste no tiene un carácter definitivo, sino debe servir para la preparación de la acusación o desechar la misma. Así de acuerdo con el artículo 276 del Código Procesal Penal: "(...) No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproductibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura". Dicha disposición tiene una gran importancia dentro de la estructura del Código Procesal Penal costarricense de 1996, resultando que si pudiera condenarse con base en las conclusiones que el Fiscal formuló con respecto a la etapa preparatoria, no dándole ninguna importancia a la conclusión del fiscal al final de juicio oral y público, entonces se actuaría en contra de lo dispuesto en el artículo citado, ya que el valor probatorio asignado por el Ministerio Público a las probanzas recabada en la etapa preparatoria habría adquirido un papel fundamental. Se agrega a ello que dicha acusación se basa en un mero juicio de probabilidad. En el juicio oral, por el contrario, la petición condenatoria del Ministerio Público debe basarse en un juicio de certeza sobre la culpabilidad del imputado, a lo que se agrega que esta valoración debe ser el resultado de lo acontecido en el juicio oral y no en el procedimiento preparatorio. Por ello puede suceder que conforme a la investigación preparatoria lo adecuado era la presentación de la acusación por el Ministerio Público (y el querellante), pero en el juicio oral la prueba recibida no confirmó las conclusiones que se habían emitido al presentarse la acusación (o querella), o bien el juicio de la responsabilidad penal del imputado se mantuvo en la probabilidad, pero no se llegó a la certeza de ella, por lo que corresponde aplicar el principio in dubio pro reo. Así frente a una petición de absolución del Ministerio Público y del querellante, al tribunal le está vedado dictar una sentencia condenatoria. Ello está relacionado con el principio de imparcialidad, ya que en caso contrario el tribunal en definitiva abandonaría su papel de tercero imparcial decisor, asumiendo propiamente la función acusadora, ello ante la ausencia de una pretensión acusadora de parte del Ministerio Público y del querellante. Esta posición no debe sorprender, puesto que cuando el Ministerio Público no presenta acusación, no existiendo querellante, ello al formular sus conclusiones del procedimiento preparatorio, el juez no puede ordenar la apertura a juicio. Téngase en cuenta que la disconformidad, aun con todos sus problemas con el principio acusatorio y el de imparcialidad (véase en particular: Tribunal de Casación Penal, voto 311-2004 del 1-4-2004), no autoriza a que el juez se aparte del criterio contrario a la formulación de la acusación, emitido por el Fiscal General o del fiscal superior designado por éste. Así es lógico que si no puede ordenarse la apertura a juicio sin acusación del Ministerio Público o del querellante, de modo que no puede llegarse ni siquiera a discutir la posibilidad del dictado de una sentencia condenatoria en un juicio oral y público, ocurre lo mismo cuando el Ministerio Público pide la absolutoria en el juicio oral y público y no hay querellante. El hecho de que no puede dictarse una sentencia condenatoria sin petición del fiscal o del querellante en el juicio oral y público, lleva también lógicamente a que no se pueda fijar una pena mayor a la solicitada por ellos, esto como consecuencia del principio acusatorio y del de imparcialidad del juzgador, relacionado con el primero. Ello no debe llevar a aceptar la posibilidad de disponibilidad de la acción penal por el Ministerio Público de acuerdo con criterios de oportunidad o por medio de acuerdos con el imputado. El principio que rige en nuestro sistema procesal es el de legalidad, estableciéndose solamente en forma taxativa excepciones a él, como por ejemplo la aplicación de criterios de oportunidad con el límite temporal de la apertura a juicio, o bien la del procedimiento abreviado. El Ministerio Público se encuentra obligado a actuar conforme a ello, debiendo desempeñar su función con apego al principio de legalidad, pudiendo solamente actuar de acuerdo con la oportunidad en los casos expresamente autorizados. Si se llegara a acuerdos fuera de ello, que llevaran, por ejemplo, a la petición de una absolutoria por el Ministerio Público, a pesar de que debería haber solicitado la condenatoria, estaría incumpliendo sus deberes, lo que le podría acarrearle responsabilidad disciplinaria e incluso penal.* Como bien se señala en la nota del Dr. Llobet, de acuerdo con los principios acusatorios y de imparcialidad que informan nuestro proceso penal, que están contemplados en los artículos 35 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1 y 6 del Código Procesal Penal, no es factible que un tribunal emita una condenatoria cuando el actor penal ha retirado su pretensión punitiva en

los alegatos finales (art. 356 del Código Procesal Penal). En un sistema de corte acusatorio existe una clara división de funciones en el proceso penal y no puede el juez tener por acreditada la comisión de un hecho delictivo, sin que previamente se mantenga una acusación sobre el particular. En este caso el representante del Ministerio Público solicitó absolutoria y no había querellante particular, razón por la cual, al no existir acusación, resultaba improcedente la condenatoria.

**Tribunal de Casación Penal, 2006-0201, de las 10:55 horas, del 9 de marzo de 2006. En sentido similar voto 2005-0412; 2005-0730; 2005-0759; 2006-0995.**

**36. Recurso de casación y de apelación. Tema de la segunda instancia a partir del voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Los reclamos genéricos que hace la recurrente, en el sentido de que no se le permitió el derecho a la doble instancia, no lo comparte este Tribunal puesto que en primer término, no debemos perder de vista de que la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, en el artículo 8.2.h regula el derecho a la doble instancia refiriendo que: ***«...Durante el proceso, toda persona tiene, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h- derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.»*** de tal forma, consideramos que el recurso de casación ya resuelto, sí constituyó una garantía para su persona ante el proceso donde se le encontró culpable del delito de Usurpación. En el presente caso el Tribunal de Casación en el voto cuestionado (ver folios 650 a 658), analizó en trece considerandos los agravios planteados por el señor defensor de la imputada, de modo tal que no es dable afirmar, que no se le respetó el derecho de recurrir del fallo de instancia. Tampoco es acertado indicar, que no se entró a conocer del fondo de la causa, puesto que como se expresó en los múltiples agravios planteados se analizaron motivos tanto de forma como de fondo relativos a la aplicación de la norma sustantiva, indicándosele el por qué se consumó el delito de Usurpación por parte de la sentenciada, como por ejemplo cuando a los folios 656 y 657 se expresa en lo que interesa: *«...Pese a lo defectuoso de la exposición del motivo, lo que dice el recurrente sugiere un motivo de fondo, en el que se alega falta de tipicidad de la conducta de la querellada, por ser propietaria, y porque en su criterio no se configuran las formas de realización de la acción de usurpar. En cuanto a que la acusada es la titular del derecho de propiedad del inmueble, ello no solo no se tiene por demostrado en los hechos tenidos por acreditados, sino que, tal y como se ha dicho, no es un aspecto que excluya el delito de usurpación, que protege al poseedor del inmueble, en este caso la señora ofendida Sinaí Solano, conforme con los hechos afirmados por el juzgador. Con relación a las formas de realización del delito de usurpación, basta que el despojo de la posesión se realice por alguna de las formas que indica el artículo 225 del Código Penal para que la conducta sea típica, en este caso se afirma en la sentencia que la querellante tuvo una inquilina en la vivienda hasta finales de setiembre, principios de octubre de dos mil uno, decidiendo entonces la ofendida reparar y mejorar la casa mientras estaba desocupada, 'siendo que ese tiempo es aprovechado por la acusada XINIA ARIAS ALFARO quien con total intención de despojar a la ofendida de su terreno y de la vivienda construida por aquella, el día trece de octubre del año dos mil uno en forma clandestina, ingresa a la misma. 5) De esta forma la encartada despoja totalmente a la denunciante SINAÍ SOLANO ARROYO de la posesión del inmueble de marras y del ejercicio de su derecho real sobre el mismo, al invadir este y mantenerse en él sin derecho alguno'...»* de tal forma, que el examen de fondo se dio en la sentencia de esta cámara, no dándose los vicios alegados por la recurrente. También es importante citar lo expresado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, concretamente en el voto # 2005-00501 el cual en lo conducente refiere: *«...El punto que plantea el proponente ha sido largamente discutido en la doctrina y jurisprudencia nacionales, concluyéndose que la garantía de control en alzada era cumplida en nuestro país por la casación, siempre que no se interpretara o entendiera con rigor formalista. Lo que el fallo de la Corte Interamericana viene a agregar, es que ni siquiera las limitaciones que canónicamente se admiten en la casación, son aceptables a aquellos efectos. Es decir, que para cumplir con aquel papel (a saber, un reexamen integral del fallo por un superior, pues la resolución de la Corte Interamericana no habla, como dice el gestionante, de una 'doble instancia', sino de aquella posibilidad), la casación debe cumplir con la amplitud de un Tribunal ordinario de alzada. Ahora bien, lo que acontece en el presente asunto es que ese cambio de criterio o mayor exigencia procesal, no implica por sí mismo que las sentencias y (sic) confirmadas emitidas conforme a los anteriores, sean inválidas...».*

**Tribunal de Casación Penal, 2005-0711, de las 9:50 horas, del 28 de julio del 2005.**

establecido legalmente, ya que las autorizaciones vía telefónica y las audiencias conferidas resultan ser de mero trámite, en tanto no implican un pronunciamiento de fondo, ni tampoco perjudica en alguna medida, su participación en forma personal en la recolección de la prueba. No obstante, dicha vulneración sí se observa al dictar prisión preventiva, porque en ella el funcionario valoró y analizó las probanzas, externando criterios de fondo acerca de la responsabilidad del justiciable. Al respecto indicó, que: *"... El artículo 239 del Código Procesal penal, en su inciso a) requiere para el dictado de esta medida, en primer lugar que* ***existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él****. En este sentido se tiene que la prueba testimonial con que se cuenta en autos (folios 7 a 9, 10 a 11, 12 a 13) resulta más que categórica y explícita en involucrar al aquí acusado (alias "Chino", ver su dicho a folio 21) como el autor de los macabros hechos que se investigan. Existe prueba directa que acredita la probabilidad requerida , del(sic) que el hecho investigado es cierto, y que el acusado es probable autor del mismo. El inciso b) del artículo referido exige [...]. La actuación del imputado evidencia una alta dosis de violencia..."* (cfr. folio 38 vto.; el subrayado se suple). Acorde con lo expuesto, el Juzgador S. C., antes de dictar el fallo, valoró la prueba y emitió pronunciamiento dentro del mismo proceso, acerca de la culpabilidad del encartado. Cabe destacar, que el uso del término "probabilidad", no es un factor que avale excluir los juicios de certeza apreciados en la resolución de cita."

**Sala Tercera de la Corte, voto No. 256 de las 8:45 horas del 8 de abril de 2005.**

**48) PROCEDIMIENTO ABREVIADO. No se pueden exigir otros requisitos que no están previstos en la ley.**

"El artículo 373 del Código Procesal Penal establece con claridad los requisitos para aplicar el procedimiento abreviado, a saber: 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 y actor civil, manifiesten su conformidad. En la especie, pese a la aceptación de los hechos acusados, efectuada por C. F. en la audiencia preliminar y a la aquiescencia del órgano requirente y del querellante y actor civil (cfr. folios 225-226), la Juez de garantías decidió no homologar la solicitud del procedimiento abreviado sometida a su conocimiento, razonando al efecto, que en virtud de que C. F. había rechazado los cargos al rendir declaración indagatoria, (folios 206-208): *"... Es obvio que existe una contradicción inconciliable entre aquella declaración y la que rinde en la audiencia preliminar, de modo, que con el propósito de garantizar los derechos fundamentales del imputado... esta Autoridad... con el fin de tutelar el debido proceso concluye, que lo oportuno es ventilar los hechos contemplados en la acusación formulada por el Ministerio Público en contra de Adrián E. C. F. a través del Juicio Oral y Público, para que éste haga uso del derecho al contradictorio y de la reproducción de la prueba en el debate para determinar de esta forma la verdad real de los hechos acusados..."*, (folio 242). Cierto es, que la aceptación de los hechos por parte del imputado debe ser expresa, libre, inequívoca e indubitable. Sin embargo, resulta arbitrario sumar a los requisitos mencionados, otros no estipulados legalmente en este caso, como que la aceptación de los hechos se extienda también a la declaración indagatoria. La verificación relativa a la libre aceptación de los hechos acusados por parte del justiciable, se relaciona con que ésta sea producto de una decisión nacida del libre arbitrio del manifestante, a quien se ha informado con precisión acerca de los alcances y consecuencias de su decisión. No obstante, no es la ausencia de tales condiciones lo que se objeta, pues no se resalta en qué sentido la manifestación de voluntad del imputado durante la audiencia preliminar, resultó viciada, sino la no coincidencia existente entre la aceptación de los hechos en la fase intermedia y el rechazo de los cargos realizado por C. F. en su declaración indagatoria. Múltiples son los motivos que pueden haber provocado tal situación, entre ellos, un cambio en la estrategia de defensa. Sin embargo, no alcanza a sustentar debidamente la Juez de juicio, por qué la circunstancia apuntada generó duda respecto a la: *"... veracidad de la confesión del imputado"* y en ese tanto, la resolución resulta ilegítima por falta de fundamentación. Obsérvese además, que en la nueva audiencia preliminar realizada luego de la no homologación del acuerdo, la defensa técnica de C. F. insistió en que se despejara cualquier duda respecto a la libre aceptación de los hechos por parte del acriminado, pero el Juzgado Penal adujo, que: *"... en este caso no es posible aplicar el proceso abreviado, toda vez que el Tribunal de Juicio rechazó la aplicación del mismo y ordenó el reenvío a la oficina de origen para su tramitación ordinaria"*, (folio 254 vto.). Esta Sala ha señalado ya, que si bien el rechazo de la solicitud o la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado, no conlleva per-sé, un quebranto al derecho de defensa, ni al debido proceso: *"... la negàtiva a esta solicitud, en los casos que se haya formulado, sí debe quedar fundamentada de manera apropiada, ya que, como consecuencia de la regla que se impone en materia de decisiones, los juzgadores están obligados a motivar lo que resuelven conforme lo establece el artículo 142 del Código Procesal Penal..."*, (resolución # 348, de 10:55 horas del 2 de abril de 2004). En el caso concreto, producto de una resolución judicial ayuna de la debida motivación, se impidió al justiciable acceder al procedimiento abreviado - como era de su interés - y pese a cumplir - en principio - con los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente. Aun habiéndose insistido en la rectificación del vicio (ver folios 254 vto. y 593), éste mantuvo sus efectos hasta el dictado de la sentencia condenatoria. En virtud de lo expuesto, procede **declarar con lugar** el primer motivo por la forma de las impugnaciones presentadas por los abogados J. Z.

Impreso en los talleres de
Imprenta y Litografía
MUNDO GRAFICO S.A.
San José, Costa Rica.