CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

DICIEMBRE 1998 AÑO 10, Nº15

DOCTRINA EXTRANJERA

Una Justicia Penal "a la Medida del Ser Humano."
Albin Eser

La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista.
José Luis Díez Ripollés.

La Víctima como Sujeto Público y el Estado como Sujeto sin Derecho.
Alberto Bovino

Ejecución y Proceso Penal.
Borja Mapelli Caffarena

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal Reciente
Cecilia Sánchez Romero

Jurisprudencia Constitucional
Martín Rodríguez Miranda
Lucila Monge Pizarro

DOCTRINA NACIONAL

Algunos Aspectos Importantes en el Estudio y Aplicación de la Teoría del Delito.
Mario Houed V.

La Identificación del Sujeto y la Técnica del PCR en el Análisis del ADN en Costa Rica.
Alvaro A. Burgos Mata

Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia.
Emilio García Méndez

La Tutela Efectiva de los Derechos de la Víctima en el Proceso Penal Costarricense.
Fernando Cubero Pérez

La Criminalidad Empresarial.
Manuel Rojas Salas

La Oralidad Durante la Fase Preparatoria del Nuevo Proceso Penal.
Roberto Madrigal Zamora



CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

DICIEMBRE 1998 AÑO 10, Nº 15

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL
Daniel González Álvarez, Director
Henry Issa Khoury Jacobo
Francisco Dall'Anase Ruiz

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia
Código postal 4-1003
San José, Costa Rica
Fax (506) 257-5624

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

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



ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES

Junta Directiva

Francisco Dall'Anese Ruiz
Presidente
Cecilia Sánchez Romero
Vicepresidenta
Carmen Aguilar Mora
Secretaria
Carlos Luis Redondo Gutiérrez
Tesorero
Carlos Tiffer Sotomayor
Fiscal
Jorge Luis Arce Víquez
Vocal
Luis Sáenz Zumbado
Vocal

Impreso en Punto Gráfico. Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González, con óleos y acrílicos de Rosita Portuguez.

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

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

Una justicia penal "a la medida del ser humano".
Albin Eser..... **3**

La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista.
José Luis Díez Ripollés **15**

La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho.
Alberto Bovino..... **28**

Ejecución y proceso penal.
Borja Mapelli Caffarena..... **35**

DOCTRINA NACIONAL

Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito
Mario Houed V. **41**

La identificación del sujeto y la técnica del PCR en el análisis del ADN en Costa Rica.
Álvaro A. Burgos Mata..... **52**

Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia.
Emilio García Méndez..... **58**

La tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense.
Fernando Cubero Pérez..... **72**

La criminalidad empresarial.
Manuel Rojas Salas..... **83**

La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal.
Roberto Madrigal Zamora..... **91**

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente.
Cecilia Sánchez Romero..... **98**

Jurisprudencia Constitucional.
Martín Rodríguez Miranda
Lucila Monge Pizarro..... **151**

DOCTRINA EXTRANJERA

UNA JUSTICIA PENAL "A LA MEDIDA DEL SER HUMANO"

DR.H.C. ALBIN ESER, MCJ
Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional Freiburg im Breisgau (Alemania)

VISIÓN DE UN SISTEMA PENAL Y PROCESAL JUSTO PARA EL HOMBRE COMO INDIVIDUO Y SER SOCIAL*

Hace ya algún tiempo se me invitó a impartir una serie de conferencias en Sudáfrica y se me solicitó –a la vista de los cambios políticos tan significativos que estaban teniendo lugar– una conferencia de tipo político criminal, que prestará una especial atención a "los derechos humanos en el proceso penal". En un primer momento me entusiasmó este encargo: ¿no son los derechos humanos de interés general y su aplicación, precisamente, de especial urgencia en el proceso penal? Poco después, sin embargo, me sobrecogieron sentimientos contradictorios. Por una parte, me resultaba sencillo hablar de derechos humanos en relación con la justicia penal, en la medida en que se dispone al día de hoy de un conjunto casi inabarcable de aportaciones científicas, resoluciones políticas y en parte tambiénde leyes y convenciones internacionales, en las que se insta a configurar el Derecho Penal y Procesal Penal conforme a los derechos humanos. La tarea de organizar y listar sistemáticamente tales postulados me hubiera resultado sin duda sencilla. Pero, por otra parte, no dejaría de ser, a lo sumo, una mera repetición de ideas ya conocidas, sin fuerza innovadora y por ello probablemente tan aburrido para el conferenciante como para su auditorio.

A LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO

Tras posteriores reflexiones, me asaltó sin embargo la duda de si el enfoque tradicional de "los derechos humanos en el derecho penal" es el correcto o si no sería mejor buscar un planteamiento radicalmente nuevo. Desafío especialmente acuciante para aquellos países que –como Sudáfrica– con motivo de transformaciones políticas de gran calado, luchan por instaurar un nuevo orden jurídico. La misma empresa podría haber emprendido también Alemania si, después de una crisis política igualmente dramática, se hubiera sentido llamada a abordar un replanteamiento global, en lugar de haber proseguido camino tan rápidamente –por no decir de forma excesivamente precipitada– por la senda jurídica ya transitada. En cualquier caso ningún Estado debería cejar en el empeño de perseverar como "societas semper reformanda" (sociedad en reforma permanente), consciente de la perpetua necesidad de reforma de su esencia jurídica y, en consecuencia, todo Estado debería revisar constantemente su sistema de Derecho Penal a la luz de su justicia y funcionalidad, aun cuando la situación del momento no le obligue a detenerse a reflexionar.

A primera vista, podría resultar ciertamente arrogante querer poner en tela de juicio de forma radical la posición de partida y sus efectos consiguientes, en la medida en que este hecho contemplaría implícitamente la posibilidad de que se haya estado actuando y pensando erróneamente durante siglos. Pero si se demostrara que no carece de fundamento al menos una parte de las objeciones que se vienen realizando hoy día en el contexto internacional, tanto sobre el Estado de Derecho en general, como de la justicia penal en particular y si los intentos actuales de reforma no suponen más que un simple tratamiento de los síntomas, no sólo estaría justificado, sino que resultaría incluso obligado,

* Título original: *Strafjustiz. Vision e"Menschengerechte"ines am Menschen als Einzel –und Sozialwesen orientierten Straf– und Verfahrenssystems.* Traducción de Jon Mirena LANDA GOROSTIZA (Prof. Asociado de Derecho penal. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea).

cuestionarse de forma literalmente radical si los puntos de partida, los fines y las formas de nuestra justicia penal son legitimables y en qué medida. En este contexto no debe entenderse "radical" en el sentido de ningún extremismo político, sino, conforme a su origen latino "radix", es decir, como una vuelta a las raíces de nuestro sistema jurídico penal, con el fin de abordar la cuestión de si el desarrollo del derecho penal ha seguido una evolución adecuada desde sus orígenes o si precisa un cambio de rumbo y, de ser así, en qué sentido.

Revisemos de forma crítica la interpretación tradicional de los "derechos humanos en el proceso penal" para ilustrar, mediante un ejemplo, lo decisivamente que una vuelta a las raíces del fenómeno jurídico puede modificar la perspectiva del problema. Si llevamos a cabo un breve repaso, desde la óptica señalada, a los diversos códigos procesales o a las convenciones internacionales, nos vemos confrontados de forma inevitable con la presunción de inocencia, la protección en relación con la autoinculpación, la prohibición de penas crueles, la obligación de dispensar un trato correcto así como con derechos similares del inculpado. Esto es, sin duda alguna, positivo; pero, ¿basta? Esta pregunta se formula no tanto con la pretensión de engrosar aún más el listado de derechos humanos, sino más bien a fin de cuestionar si el tipo de enfoque que subyace a aquéllos es realmente el adecuado. Y es que, si se entienden los derechos humanos exclusivamente como limitadores de un proceso previamente dado, entonces es éste el que se presupone como primordial, imponiéndosele posteriormente una serie de limitaciones externas, que precisan de la correspondiente legitimación. Desde este punto de vista la funcionalidad del proceso penal –y con ello el interés del Estado – se manifiesta nítidamente como algo previo, superior, conforme a la regla, mientras que, los derechos humanos, por el contrario, se entenderían únicamente como restricciones excepcionales del interés estatal por la persecución penal y debería buscarse su justificación en este sentido. De forma gráfica podría afirmarse que, desde esta perspectiva, los derechos humanos no son más que planetas individuales que giran como satélites alrededor de una estrella fija que es el Estado. Por el contrario, la imagen cambia de forma radical cuando no es el Estado, sino el ser humano, el que se erige en estrella fija en torno a la cual rota el Estado para brindarle su protección. Según esta constelación las instituciones estatales, como es el caso del proceso penal, no son ya lo primordial sino que se conciben exclusivamente como algo secundario, como instrumentos "al servicio de". Contemplados desde este nuevo enfoque, los derechos humanos dejan de ser puras y simples limitaciones de la violencia estatal y pasan a ser el propio ser humano, el que se encuentra preordenado al Estado quien legitima en última instancia su existencia.

Esta reflexión antropocéntrica constituye también una de las razones por las que en el título de esta conferencia no se hace alusión a los "derechos humanos", puesto que podría verse favorecida la convicción tradicional según la cual tales derechos constituyen exclusivamente puras restricciones a la justicia penal, impuestas a partir de su toma en consideración. ¿Qué formulación sería sin embargo adecuada para caracterizar de forma breve y precisa una concepción de la justicia penal que se ajuste en la medida de lo posible al *ser humano*, como *individuo* y como *ser social* ? En alemán probablemente el término "menschengerechte" Strafjustiz, en el sentido de una justicia penal a la medida del ser humano, sea el que mejor lo expresa.

De los "derechos humanos" en el derecho penal a una justicia penal "justa para el ser humano"

Más allá de las cuestiones de tipo constructivo y terminológico aludidas, hay aún otra razón material de crucial importancia para no centrarnos en los "derechos humanos". Si los "derechos humanos", como el propio nombre lo indica, se conciben solamente como *"derechos"* y si además esto sucede en el sentido tradicional de "derechos exclusivamente *individuales"*, una focalización hacia los "derechos humanos" supondría posiblemente una reducción de la perspectiva a la dimensión puramente individualista. En aras de superar en forma consciente este tipo de enfoque unidimensional, parece conveniente intentar considerar a la persona como un ente tridimensional: no únicamente como individuo, sino también –horizontalmente– como miembro de la comunidad humana ("Mitmensch") y –verticalmente– como miembro de una cadena generacional, para poder proyectar, a la luz de todas estas dimensiones, un sistema penal y de justicia que, dicho sea de paso, se perciba como justo, tanto desde el punto de vista

del autor como del de la víctima y que resulte igualmente eficaz.

Pretender esbozar dicho "sistema de justicia a la medida del ser humano" no sólo en relación con los presupuestos materiales de la punibilidad y la sanción, sino también en lo concerniente al correspondiente proceso penal –incluido un ordenamiento judicial adecuado–, en el marco limitado de esta conferencia constituye una empresa a todas luces ilusoria. Con el fin de no alentar expectativas desproporcionadas el propio título hace referencia únicamente a una "visión", en el sentido de un esbozo general de problemas. Este término no lo he elegido exclusivamente por limitaciones de tiempo, sino más bien porque yo mismo me encuentro en una primera fase de reflexión y no puedo, en consecuencia, estar seguro de ninguna manera si el camino emprendido conduce a un final feliz. A pesar de todo, deseo invitarles a participar de estas consideraciones todavía embrionarias y la razón que a ello me mueve reside en la multitud de dudas surgidas en el decurso de una larga dedicación al Derecho Penal; dudas en definitiva sobre si la manera en que nos afanamos en proteger al ser humano y su sociedad no precisan de correcciones de rumbo, e incluso de un comienzo nuevo y radical.

Para evitar que desde un principio se enfoque la perspectiva a causa de las particularidades de las diversas legislaciones o del derecho consue-tudinario, estas reflexiones se llevarán a cabo sin tener en cuenta datos previos de un determinado país o sistema jurídico. En este sentido la siguiente pregunta suena en cierto modo visionaria: ¿necesitamos –tanto el ser humano, como la sociedad o el Estado– la justicia penal? Si así fuera, ¿cómo debería configurarse ésta para que se adecue de la mejor manera posible a la persona como individuo, como ser social y como miembro del género humano?

Quisiera abordar esta cuestión mediante una reflexión de tipo gradual: en primer lugar se considerará hasta qué punto se precisa la intervención de una instancia superior (como el propio Estado) en lo concerniente a la resolución de los conflictos interpersonales e infracciones jurídicas. A continuación se cuestionará si no sería posible restringir la actuación estatal a la indemnización de daños y perjuicios y al arbitraje del conflicto. En el supuesto de que fuera imprescindible una sanción más intensa, nos debemos preguntar si –y en qué medida– la sanción debe ser específicamente jurídico penal. Todo esto nos conducirá finalmente a la problemática de los fines de la pena, así como a la valoración de las formas procesales tradicionales y, por último, posibilitará una serie de reflexiones de corte reformista. Sin embargo, antes de ocuparnos de este análisis gradual, se ha de comenzar por clarificar desde el principio el punto de partida básico.

POSTULADOS PREVIOS: EL SER HUMANO ANTES QUE EL ESTADO

Si bien la búsqueda de un Derecho Penal "a la medida del ser humano" debe iniciarse –en la medida de lo posible– sin condicionamiento previo alguno y no debe permitirse –según las posibilidades– que se gradúe el enfoque a la luz de modelos e imágenes tradicionales, no obstante, a partir del objetivo fijado de orientar la justicia penal hacia la "adecuación a la medida del *ser humano*", cabe inferir una serie de consideraciones fundamentales de las que se debe ser de antemano consciente, a saber:

* En primer lugar: la protección y el respeto por el ***ser humano*** deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del Derecho Penal y Procesal Penal.

* En segundo lugar: el ser humano tiene que ser objeto de contemplación no sólo como individuo sino simultáneamente como *miembro de la comunidad humana.* Precisamente a partir de este hecho se derivan limitaciones inmanentes a su libertad: sólo resultará legítimo el ejercicio de dicha libertad y su pretensión de respeto, en la medida en que no atente contra la misma, e igualmente respetable, libertad de otros y su esfera jurídica. Este vínculo interpersonal ofrece además la base para fundamentar determinadas obligaciones, que el ser humano tiene no sólo para con sus contemporáneos, sino también frente a las generaciones venideras. De esta forma el individuo se encuentra ubicado en una suerte de punto de encuentro atravesado horizontalmente por el vínculo con sus semejantes y verticalmente por la responsabilidad *intergeneracional* frente a sus antecesores y su descendencia.

* En tercer lugar: allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de la función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, no debe perderse de vista en ningún momento el carácter básicamente *subsidiario y de servicio* de aquél. El Estado no puede llegar a erigirse en fin de sí mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedad humana a la que sirve.

No se pretende ocultar que este conjunto de postulados de partida obedecen al convencimiento político, jurídico y filosófico de que debe otorgarse

prioridad a la persona frente al Estado. Quien sea partidario de un orden jerárquico diferente, posiblemente no estará plenamente de acuerdo con todo lo que se va a exponer a continuación. En cualquier caso, confío en que mis reflexiones sean también dignas de la atención de aquéllos que defienden posiciones opuestas, aunque sólo sea para que, a su vez, contribuyan a reflexionar sobre alternativas mejores.

INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE DEL CONFLICTO Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Siempre que no se tome como punto de partida simplemente lo ya existente, sino que realmente se pretenda profundizar de forma radical en las raíces de la justicia penal, no cabe retraerse ante la pregunta de si el Derecho Penal es realmente necesario o de si no sería mejor sustituirlo por otros instrumentos como el arbitraje del conflicto o la indemnización de daños y perjuicios.

La cuestión se puede responder de una forma poco más o menos complicada. Por una parte, responden a la pregunta de una forma simple aquéllos que consideran imprescindible el Derecho Penal basándose en el argumento de que ha existido desde siempre, argumento que, sin embargo, no se sostiene plenamente desde un punto de vista histórico. Por otra parte, también responden de manera excesivamente simple los que afirman que el Derecho Penal debe darse por superado por el hecho de que determinadas sanciones penales carezcan de una prueba de eficacia suficiente. Pero, si se observa a estos "abolicionistas" más detenidamente, se aprecia con claridad que no pretenden en modo alguno una abolición total del Derecho Penal sin sustitutivos sino, más bien, precisamente su sustitución por otros modos de control social y sanción.

Quien no se quiera dar por satisfecho con respuestas aparentes o evasivas, no podría evitar cuestionarse si la sociedad humana podrá renunciar a todo tipo de prohibición de comportamientos o, en el caso de su transgresión, a cualquier forma de respuesta sancionatoria. No obstante, planteada así la cuestión, sólo quien –al margen de la realidad– concibe al ser humano en términos ideales, o aquellos ideólogos que siguen cultivando la ilusión de la armonía social, pueden seguir aceptando que el respeto al prójimo y a sus intereses pueda realizarse sin necesidad de coerción alguna. Y es que si se parte de la falibilidad del ser humano –y hacerlo así no debe interpretarse únicamente como un signo negativo de resignación, sino en el sentido positivo de tomarse en serio la individualidad humana– y en la medida en que una sociedad organizada no puede por sí sola subvenir a todas las necesidades sociales que le afligen, resultará inevitable asociar consecuencias dañinas a los conflictos interpersonales y a las conductas excesivas. Si, por lo tanto, no se está dispuesto sin más a abandonar a las partes en conflicto a su suerte porque, de lo contrario, la cuestión de la compensación y del respeto futuro de las respectivas esferas de intereses pasaría a regirse según la ley del más fuerte, entonces no podrá prescindirse de alguna clase de moderación institucional, mediación, y en casos extremos de un arbitraje del conflicto, ni de una ejecución coactiva. Ya el hecho de reconocer esta necesidad que, por otra parte, dimana del propio *status* de la persona como ser social al margen de la superestructura estatal, conlleva a la vez otorgar carta de naturaleza a una institución de tal tipo que, aunque sobordinada en última instancia al servicio del ser humano, se coloque en cierta medida por encima de él y que, por ello, implique también determinados elementos de un derecho de intervención (*Interventionsrecht*).

De lo dicho hasta el momento, sin embargo, no se deriva necesariamente una modalidad concreta de sanción o tipo de proceso en particular. Por ello mismo, ni la intervención, ni la compensación, ni tampoco –en caso necesario– su aplicación coactiva, tienen por qué identificarse forzosamente con el Derecho Penal. Más aún, cuando se priva al autor y a la víctima de forma absoluta de la posibilidad de resolución del conflicto, trasladándose dicha capacidad resolutiva a una instancia superior, e imponiéndose, además, esta vía como solución general para evitar casos similares, en definitiva, cuando en cierto modo se "socializan" los conflictos interpersonales, pueden incluso producirse evoluciones erróneas a nivel del arbitraje del litigio o de la indemnización de daños y perjuicios. Pueden haber, sin duda, razones de peso para contrarrestar de esta manera la continuación de la venganza interpersonal

o incluso la propia guerra por venganza entre diversos grupos. No obstante, debe tenerse muy presente el hecho de que con la "desautorización" del afectado en primera instancia, y la monopolización de la legítima violencia por una instancia superior –y en definitiva por el Estado–, se produce indefectiblemente una despersonalización del conflicto y deja de percibirse por ello el arbitraje del mismo o la indemnización de daños y perjuicios como algo que atañe al individuo y ante lo que se siente de igual manera responsable.

Por todo ello se impone al respecto una pregunta con vistas al futuro, a saber: ¿no debería conjurarse el peligro señalado, prestando mayor atención al carácter interpersonal del conflicto, en un futuro modelo de arbitraje e indemnización de daños y perjuicios?

CONTROL DEL COMPORTAMIENTO MEDIANTE SANCIONES

La cuestión formulada no debe perderse de vista de cara al siguiente paso que acostumbran dar las diversas sociedades humanas, más allá de la indemnización de daños y perjuicios –sea ésta voluntaria u obligatoria–: esto es, el control del comportamiento mediante sanciones.

Este paso no resulta tan evidente para todo el mundo, puesto que la obligación a la reparación resultaría de por sí suficientemente intimidatoria y las futuras transgresiones jurídicas se abordarían más adecuadamente con una mejor prevención. A quien crea, por lo tanto, poder renunciar a reacciones más represivas ante la transgresión jurídica, se le puede argumentar en contra con base en la propia psique humana y en la experiencia histórica a este respecto. A modo de ejemplo, ¿por qué debería una persona sin recursos, que desea participar de la riqueza de su vecino, renunciar a llevar a cabo un hurto si, en caso de ser descubierto, no tuviera que temer nada más que la obligación de devolver el bien así obtenido? Si no tuviera que contar con una sanción adicional –como mínimo en forma de desaprobación que afectara su honor–, podría llegar a obtener un beneficio adicional mediante el hurto, sin que por ello se expusiera a perder nada respecto de su situación original de partida ni siquiera aunque, en el peor de los casos, fuera descubierto. Si se quiere neutralizar este tipo de tentaciones no bastará con recordar al transgresor sus límites de actuación o gravarle con la obligación de indemnización, sino que además deberá imponérsele un mal adicional.

Pero quien todavía crea posible poder solucionar el problema mediante la fijación únicamente de reglas de conducta preventivas –por ejemplo, en el ámbito de protección de la vida o de la integridad física– que hayan de impedir totalmente que se pueda producir una lesión, tendrá que reflexionar sobre el modo de garantizar el cumplimiento de dichas reglas. En el supuesto de que su violación no pudiera ser compensada de ninguna manera debería recurrirse a otro tipo de medidas para garantizar que sean respetadas. Ahora bien, en el mismo momento en que se prevea una determinada pérdida de derechos u otro tipo de desventaja –como, por ejemplo, la privación del permiso de circulación, la obligación de personamiento o incluso amonestaciones puramente formales– se trata de supuestos de tipo sancionatorio. Al margen de que pudieran designarse como específicamente penales, o de que supongan un tipo de intervención previa a la penal, o de que pueda utilizarse otro tipo de terminología, lo realmente esencial de cara a nuestra reflexión es la constatación de que el paso de la pura reparación del daño a la imposición adicional de un mal no supone sin más un salto meramente cuantitativo, sino realmente cualitativo, aunque se trate únicamente de amonestaciones o medidas educativas, y no digamos ya en el caso de multas o de privaciones de libertad.

Este paso adelante entraña, por un lado, aspectos positivos ya que, en efecto, sólo mediante una sanción especial –sea cual fuere su forma específica– puede asegurarse el respeto por las reglas de conducta transgredidas. Pero, por otro lado, en la propia imposición de un mal adicional se esconde el germen que conduce hacia evoluciones erróneas, algunas de las cuales quisiera destacar en este momento:

* Cuanto menor es el protagonismo de la reparación inmediata del daño entre autor y víctima y mayor la importancia que se otorga a la imposición de un mal adicional, mayor será también el grado de despersonalización del conflicto subyacente. Por muy importante que pueda resultar en ciertas ocasiones semejante neutralización, sin embargo, ocurre con frecuencia que se alcanza únicamente una solución externa y se aumenta la distancia entre el autor y la víctima: el autor se ve a sí mismo como responsable únicamente frente a la instancia superior,

mientras la víctima se siente abandonada a su suerte con su daño.

* Esta despersonalización del conflicto resulta a su vez agravada por el hecho de que, por ejemplo, en el caso de un homicidio o de un hurto, no sólo se produce una lesión a alguien en concreto sino también un ataque contra la vida o la propiedad en general, cuando no incluso contra la sociedad o el propio Estado. Sin duda tiene razón Emmanuel Kant –a un alto nivel de abstracción– cuando asegura con su famoso aforismo: "Si robas a otro, te robas a ti mismo" (Metafísica de las costumbres, 1797). Ya que el ladrón mediante el ataque a la propiedad ajena, ataca a la vez la institución de la propiedad como tal, por lo que también la propiedad del mismo ladrón resulta afectada. Siguiendo esta argumentación fácilmente puede llegar a instrumentalizarse a la víctima concreta en aras de la protección de la institución general de la propiedad, alejándose aún más al autor de la víctima individual y con ello debilitándose en mayor medida su responsabilidad como ser social.

* Ante todo, en cualquier clase de sanción que vaya más allá de la mera compensación, se constata la ausencia de un criterio suficientemente claro que permita determinar la modalidad de mal adicional a imponer: ¿es suficiente con una mera amonestación? ¿deben imponerse prestaciones económicas o incluso restricciones a la libertad?

El tipo de sanción jurídico penal

Los problemas ya señalados –y otros similares–, con el peligro de evoluciones erróneas, se hacen más patentes cuando se da el paso hacia una sanción específica del tipo penal. Es ahora cuando, a más tardar, hace su aparición en escena el poderoso Estado y lo hace principalmente concentrando totalmente en sí mismo el monopolio decisorio y sancionatorio, por lo que la transgresión jurídica se transforma de interpersonal en pública. Esto no resulta problemático, en la medida en que el Estado se constriña a su función de servicio y no se transforme su potestad punitiva en fin en sí mismo. Tentaciones de esta naturaleza, no obstante, acechan desde diversas perspectivas:

* Mediante la mencionada abstracción en relación con la "lesión del bien jurídico" en la que, al hilo del ejemplo del hurto, no se produce una mera lesión del propietario individual sino un perjuicio de la institución de la propiedad en general, la significación del hecho individual deviene en uno de mayor gravedad, mucho más allá del que corresponde al nivel de interacción entre autor y víctima. Y esta gravedad será mayor cuanto más vea el Estado un ataque contra sí mismo en el hecho individual. Desde este punto de vista no parece ya lejano un nuevo paso adelante consistente en considerar la pena como un acto de autoafirmación del Estado, olvidándose, con ello, a la verdadera víctima en cuanto ser humano individual.

* En el caso de un Estado fundamentalmente inestable que se vea en peligro por doquier a causa de altas tasas de criminalidad, éste tenderá a asegurar su poder mediante tipos de adelantamiento para la protección del Estado, con la consecuencia de que se restrinjan en mayor medida los espacios de libertad del individuo.

* Más aún, cuanto más se valoran los bienes jurídicos y más se entiende su perjuicio como un ataque al Estado mismo, mayor es el peligro a que se expone el Derecho Penal de aparecer como ejecutor de una aparente "justicia superior". De esta manera, no obstante, aumenta la "santidad" del Estado: de "patrón protector" del ser humano se transforma en una suerte de "ente superior", cuando no incluso en un auténtico dios para algunos.

* Y, por último, de igual manera que el ser humano debe temer la "venganza divina" parece, en consecuencia, que el derecho a la retribución se adecua perfectamente al Estado. Con la equiparación de retribución y realización de la justicia hemos llegado ya a un punto en el que el conflicto individual entre autor y víctima pasa a entenderse –ya casi exclusivamente– como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado y no ya como una auténtica herida social, que debe sanarse.

Pasos en falso en el proceso penal

No puede resultar sorprendente que la evolución desde la compensación hacia una sanción adicional en forma de pena diera también lugar a la creación de un proceso penal propio. Y es que si la transgresión jurídica de tipo criminal precisa de la correspondiente reacción estatal, entonces debe proveerse a los procedimientos de persecución y decisión

de algún tipo efectivo de instrumentos de indagación y de medidas coercitivas, distintas de aquéllas adecuadas simplemente para la pura resolución del litigio entre dos ciudadanos o la mera compensación del daño. Ahora bien, cuanto más incisivos sean los instrumentos de investigación en la persecución penal, mayor será, a su vez, la necesidad para el acusado de garantías protectoras ante posibles abusos de poder de los órganos estatales. Por ello, resulta perfectamente comprensible que, paralelamente al desarrollo de un derecho sancionador en forma de penas, se haya alumbrado también un proceso penal separado del civil.

Sin embargo, este desarrollo ha tenido que pagar un precio que, nos tememos cada vez más, era demasiado alto desde la perspectiva de un proceso "justo para el hombre", a saber: la degradación progresiva del acusado a objeto del proceso y la exclusión casi total de la víctima del mencionado proceso penal. Quizá desde el punto de vista del tradicional sistema procesal penal "inquisitorio", pueda no resultar sorprendente la evolución descrita, en la medida en que el Estado había concentrado de una forma absoluta en sus propias manos –por medio de la persona del juez y/o del fiscal– el poder indagatorio, acusatorio y sancionatorio y se había relegado a la víctima –excepto en contadas ocasiones– a la condición casi exclusiva de testigo. Sin embargo, en el mismo sentido, difícilmente puede hablarse en los procedimientos de partes u otro tipo de sistemas procesales "adversativos", de una participación autónoma de los sujetos directamente interesados; no desde luego en el caso de que al acusado se le asigne un papel de testigo y pueda así convertirse en instrumento probatorio y, mucho menos, respecto a la víctima desde que a ésta –como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso estadounidense– se le ha excluido prácticamente de forma completa del proceso penal y posiblemente no pueda siquiera intervenir como testigo. De esta forma se incide aún más en la despersonalización del proceso penal y se volatiliza su contenido interpersonal.

Lo que se revela a todas luces como algo aún más grave de cara a una resolución del conflicto "a la medida del ser humano" es la imposibilidad –inherente a la separación del proceso penal y civil– de dar una respuesta integral y simultánea en el tiempo al hecho como perturbación social. ¿Quién no está en situación de entender la frustración que la víctima debe experimentar cuando al finalizar el proceso penal se condena al autor a una pena pecuniaria o privativa de libertad, mientras que la propia víctima se queda con las manos vacías? ¿Y no resulta perturbada la indemnización en el proceso civil de una manera adicional por el hecho de que el autor deba pagar en primer lugar la multa o de que se le impida a éste –debido al cumplimiento de la pena privativa de libertad– que haga frente a dicha responsabilidad? O, desde la perspectiva de la parte contraria, ¿cómo puede sentirse el autor que ya ha hecho todo lo posible para satisfacer plenamente a la víctima y, pese a todo, se ve expuesto a un proceso penal incierto? Al hilo de lo indicado parece evidente que aquello que puede resultar útil para la autoafirmación del Estado no tiene por qué serlo necesariamente también para la persona directamente perjudicada.

VÍAS FALLIDAS DE SOLUCIÓN

No cabe sorprenderse por el hecho de que evoluciones erradas como las expuestas –o parecidas– lleven a la conclusión de que "la pena es inefectiva e inhumana". Si esta afirmación de LÜDERSSEN (A. Kaufmann-Festschrift 1993, 487) fuera correcta, debería procederse, en consecuencia, a la abolición completa del Derecho Penal, ya que ¿cómo podría compatibilizarse la pena estatal –si fuera inhumana *per se*– con la dignidad humana? Sin embargo, resulta dudoso que el citado autor se haya manifestado completamente en serio, habida cuenta de que aspira a buscar "alternativas a la pena" y no a una abolición radical del Derecho Penal. Pretende, en definitiva, una retirada del instrumento punitivo allí donde la compensación y la prevención puedan ser suficientes para lograr el respeto a los bienes jurídicos del interesado. Pero esto sólo parece posible en determinados ámbitos delictivos, como en el caso del Derecho Penal económico y del ambiente. Ahora bien, incluso en el supuesto de que se tenga que recurrir, más allá de la pura indemnización, a la imposición de obligaciones adicionales como *"punitive damages"* (incremento del resarcimiento en función de la pena) o *"community service"* (trabajos en beneficio de la comunidad), por más que se intitule a semejante forma de sanción como *"derecho de intervención social"* ("Sozialem Interventionsrecht"), no se habrá encontrado tampoco un substituto real para el Derecho Penal. Y esto es así puesto que, sea cual fuere el nombre que se le quiera dar, siempre que se trate de la sanción con un mal adicional a causa de

la lesión de un bien jurídico, nos estamos refiriendo a la postre al Derecho Penal. En cualquier caso, debe valorarse este tipo de esfuerzos que, en contraste con la tendencia expansionista actual del Derecho Penal, se dirigen precisamente a restringir su ámbito, acercando en mayor medida la solución del conflicto al sujeto interesado.

Este loable intento de contrarrestar la expansión actual del Derecho Penal puede conducir, en contra de lo pretendido, a propuestas de solución erróneas como, por ejemplo, el esfuerzo por asegurarle un ámbito de existencia autónomo al Derecho Penal, mediante la restricción del mismo a la *sanción de los delitos "clásicos"*, reforzando, sin embargo, en estas constelaciones restringidas de supuestos, el monopolio de la violencia estatal, particularmente en relación con la retribución y el distanciamiento entre autor y víctima. Quizá no haya otra posición que demuestre con mayor nitidez en qué puede llegar a desembocar un Derecho Penal orientado primordialmente al Estado en lugar de al ser humano. Para preservar el Derecho Penal como instrumento de poder estatal, éste amenaza con convertirse en fin en sí mismo, con la consecuencia de que en su reforma parece producirse más una protección *del* Derecho Penal que la protección *a través del* Derecho Penal.

Primeras correcciones de rumbo

Las evoluciones erradas descritas sólo pueden corregirse erigiendo en mayor medida a la persona –no sólo como autor sino también en cuanto víctima– en auténtico punto de referencia a la hora de configurar la reacción estatal frente a la transgresión jurídica y su supresión futura. Sin pretender anticipar futuras reflexiones, y a la luz de las afirmaciones realizadas hasta el momento de cara a un derecho sancionador "a la medida del ser humano", se revelan como particularmente urgentes las siguientes correcciones de rumbo:

* En primer lugar: por más que pueda resultar correcto interpretar que, en un homicidio, hurto u otra clase de lesión a un individuo, concurre además un ataque contra la sociedad o incluso contra el Estado como institución, no puede perderse de vista el núcleo interpersonal de la transgresión jurídica. Este ha de impedir que, por una parte, la víctima sea excluida totalmente del proceso penal y sea relegada a la condición de puro testigo y, por otra parte, que el autor sea considerado únicamente como objeto de investigación y sanción.

* En segundo lugar: no por más que se quiera evitar que la víctima se sienta abandonada con su daño en el proceso penal y que, por ello, se pueda ver atenuada la responsabilidad interpersonal del autor, se debe –en modo alguno– limitar el desarrollo separado, por un lado, de un proceso civil orientado a la indemnización de daños y perjuicios de la víctima y, por otro lado, de un proceso penal dirigido al castigo del autor. En la medida en que se descarta en principio una reunificación total de ambos procesos, tanto la vía penal como la civil deben configurarse de tal forma que el autor y la víctima puedan percibir la reacción del Estado como una respuesta unitaria al conflicto social subyacente a la transgresión jurídica. En consecuencia debería concebirse la compensación como parte integrante de la pena y además ambas deberían tener lugar en un acto sancionador lo más unitario e integral posible.

* En tercer lugar: a pesar de que al Derecho Penal también le atañe una función sancionatoria especial, no debe permitirse que ésta se transmute en un "valor en sí mismo", sino que habrá de buscarse su justificación únicamente a partir de que se revele como un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad y con ello pueda servir a la protección de la persona y de la sociedad humana. En consecuencia, los fines de la pena deberán también dirigirse al ser humano en cuanto ente social e individual.

Orientación de la sanción hacia el ser humano

En este punto nos encontramos frente a una cuestión cuya mención supone poco menos que abrir la "caja de pandora". ¿Sobre qué otra cuestión si no hay más teorías y especulaciones que sobre las razones y fines que legitiman la imposición de una pena? Ya que por cuestión de tiempo no me resulta obviamente factible presentar esta "eterna" discusión, ni siquiera de forma aproximativa, me voy a permitir –a modo de una confesión personal– únicamente enumerar aquellas razones y fines que considero compatibles con una visión del Derecho Penal "a la medida del ser humano".

Si se parte del hecho, ampliamente asumido, de que la justicia como tal no representa un fin en sí mismo, sino que constituye únicamente un criterio e instrumento al servicio de la instauración y mantenimiento de la seguridad y la paz entre los seres humanos, en condiciones de igual dignidad y libertad, entonces no cabe justificar la pena únicamente en cuanto instrumento de realización de la justicia como tal, sino que presupone –según los diferentes puntos de vista– un fin preexistente y ulterior. Este fin

deberá ser –por lo general– tetrapartito si se erige a la persona en punto de referencia central en cuanto ser individual, social e intergeneracional: en primer lugar, debe procurar al individuo la reparación del daño de sus derechos lesionados; en segundo lugar, debe orientarse, a su vez, a la estabilización de las esferas de protección y los límites de la libertad perturbados por el hecho, de cara al restablecimiento de la paz social; y esto debe suceder precisamente, en tercer lugar, tanto influyendo en el transgresor individual, como, en cuarto lugar, en el resto de miembros de la comunidad jurídica. Sin duda, le corresponde a la justicia un papel destacado en la realización de estos fines, pero más de tipo esencialmente regulativo instrumental.

De asumirse con seriedad estos fines y criterios, habrá que valorar las consecuencias que de ellos se derivan, en relación con la clase y medida de la sanción penal.

A continuación, paso a enumerar a mi juicio, algunas de las más relevantes:

* Primero: debe procurarse antes que nada la satisfacción de la víctima directamente interesada, de modo que no podrá hablarse desde un principio de auténtica resolución del conflicto jurídico si falta aquélla. *La pena presupone la reparación del daño*, por lo que como mínimo la configuración de la pena no puede imposibilitar la reparación aludida. Por ello, a modo de ejemplo, las penas de multa deben dirigirse en primer lugar a la indemnización de daños y perjuicios de la víctima, y las penas privativas de libertad deben ejecutarse de tal forma que estimulen en lo posible la reparación del daño a la víctima o que, al menos, no la imposibiliten.

* Segundo: no debe permitirse de modo alguno la sensación de impunidad ante la violación de la norma. Aunque sólo sea mediante una reprobación de tipo formal, debe afirmarse, en cualquier caso, la vigencia y respeto por la respectiva norma frente a su transgresión. Esta *estabilización de la norma* será tanto más efectiva cuanto mayor sea la celeridad y publicidad con que se lleve a cabo el acto sancionador. En el caso de que esto no resultara necesario, deberían hacerse públicas las razones del por qué, al objeto de aclarar convenientemente el fin y límites de la norma que debe observarse.

* Tercero: en lo que respecta a la *intervención sobre el autor individual* debe respetarse tanto su dignidad humana como su naturaleza falible. Su dignidad, porque el criminal, a pesar de su acción, continúa siendo un ser humano y social, por lo que deben ser rechazadas todas las teorías que tradicionalmente presuponían que el delincuente carecía de derecho alguno, que estaba "fuera de la ley", automáticamente proscrito a partir de la comisión del hecho. Respecto a su naturaleza falible, el autor continúa siendo "humano" también en el sentido de su "inclinación al mal", que debe ser objeto de identificación y a cuya superación debe orientarse la ejecución de la pena

* Cuarto: debe garantizarse no solamente la seguridad y protección de nuestros contemporáneos, sino también el *bienestar de las generaciones futuras.* Al igual que la generación actual se beneficia de las aportaciones de generaciones pasadas–y no en poca medida, particularmente, de la herencia que supone una sociedad estatal, por más que ésta resulte imperfecta y se encuentre necesitada de mejora–, la sanción de la transgresión jurídica debe dirigirse también a la *estabilización de normas de protección* en favor de las generaciones futuras. En ese sentido, la responsabilidad que el autor debe asumir, y que la sanción comporta, se proyecta al futuro, de la misma manera que la apelación a la conciencia jurídica de la colectividad, inherente a la sanción, presenta también una dimensión de futuro.

Tal y como habrán percibido ya a esta altura los expertos en la materia, el conjunto de afirmaciones esbozadas supone el reconocimiento o el rechazo tácitos de algunas de las teorías actuales de la pena. ¿Cuál debe ser, no obstante, la función que se le asigne a la *retribución*, que, pese a su no mención expresa hasta el momento, no sólo fundamenta no pocas de las teorías de la pena sino que, además, domina en la práctica y resulta popular en amplios círculos de la población? Pues bien, al igual que la justicia, tampoco la retribución puede constituir un fin, sino únicamente un principio regulador del poder punitivo del Estado. En otras palabras, la imposición de un mal adicional –más allá de la reparación del daño ocasionado según la lógica de la justicia compensatoria– no puede justificarse única y exclusivamente en el hecho de que efectivamente se cometió un delito, ya que, en tal caso, se estaría aceptando la retribución por la retribución, difícilmente diferenciable de la venganza. Más bien debe poder justificarse la sanción como un plus respecto de la indemnización de daños y perjuicios, en cuanto se dirija a la prevención futura de los delitos. El Derecho

Penal sería, en este sentido, en primer lugar un derecho dirigido a un fin.

Pese a su legitimidad, el fin mencionado no puede ser perseguido a cualquier precio. Debe por ello ajustarse tanto en su clase como en sus proporciones al criterio de justicia, si se quiere evitar que, como en cualquier ejercicio de derechos, éste degenere en abuso. Por muy difícil que pueda resultar determinar la ponderación adecuada, hay un criterio que destaca como esencial: a saber, que el mal adicional que se imponga al condenado no debe exceder la gravedad del hecho y de su culpa. Así las cosas, juega un papel más bien secundario el que lo afirmado se derive en concreto del principio de proporcionalidad, o del deber de equidad o, simplemente, sea expresión de la retribución o, incluso, que se entienda resultante de todos estos factores. Ahora bien, sea como fuere, debe existir consenso en el hecho de que no puede hacerse responder al transgresor en mayor medida que lo que suponga el injusto cometido en forma objetiva y subjetivamente imputable. Si se entiende la retribución en este sentido, no cabe hablar –como antes señalábamos– de fin de la pena, sino de un *principio regulativo* probablemente no apreciado en su justa medida.

Lo ya visto no tiene consecuencias únicamente respecto a la clase y gravedad de las penas, sino también sobre todos y cada uno de sus presupuestos, esto es, también sobre los elementos esenciales del hecho punible. Y es que –por mencionar solamente una de las muchas consecuencias hipotéticas– si la pena no debe exceder de aquello que al autor justamente le corresponde y si este límite no depende, a fin de cuentas, sólo de su grado de culpabilidad, entonces la pena presupone necesariamente la culpa. Pero se infiere al mismo tiempo de lo señalado que no hay lugar en Derecho Penal para ninguna clase de responsabilidad de tipo absoluto o "strict liability".

Después de estas afirmaciones algo generales sobre los fines y límites de la sanción penal, convendría extraer aún una serie de consecuencias de cara a la configuración concreta de la pena y a su propia ejecución, desde la perspectiva de su adecuación a la "medida del ser humano". No obstante, debido a las limitaciones del propio marco de esta contribución, voy a centrarme, en exclusiva y de forma necesariamente breve, en la pena de muerte en cuanto "prueba de fuego" del poder punitivo del Estado.

La pena de muerte como "prueba de fuego"

Cualquiera que sea el argumento que pueda traerse a colación a favor o en contra de la pena de muerte –así, por ejemplo, su presunta capacidad intimidatoria y su función de válvula de escape frente a invocaciones populistas de retribución o, por otra parte, las dudas sobre su eficacia y el miedo ante posibles errores judiciales–, analizada dicha pena desde su orientación al ser humano, resulta insostenible principalmente por dos razones:

La primera: La pena de muerte resulta ya casi indefendible desde la perspectiva tradicional de los *fines de la pena*. Dado que no es aceptable la retribución por la retribución y que a través de la eliminación física del delincuente se imposibilita de raíz su eventual reeducación, no cabría más que asignar a la pena de muerte el fin de apelar a la colectividad. Así las cosas, el fin se reduce exclusivamente a concienciar y estabilizar la norma violada, por lo que no debería ser tan esencial el tipo de castigo, sino más bien que efectivamente se sancione. De esta forma, quienes crean que debe recurrirse necesariamente a la pena de muerte en particular, sólo podrán fundamentarlo en términos de seguridad o de intimidación de la colectividad.

* Sin embargo, el *aspecto de seguridad*, citado en primer lugar, pondría más bien de manifiesto la debilidad del Estado correspondiente: ¿no tiene éste otra forma de dominar al delincuente que no sea precisamente mediante su eliminación física? De hecho debería dar qué pensar la circunstancia de que la pena de muerte se dé de forma más habitual precisamente en aquellos países que adolecen de graves problemas de desigualdad e inestabilidad interna, por la existencia de regímenes totalitarios o profundas desigualdades sociales (como se reconoce ante todo en el hecho de que la pena de muerte afecta predominantemente a los miembros de los estratos sociales inferiores). Así, cuando a falta de condiciones esenciales de vida "a la medida del ser humano", se condena a muerte por puras razones de seguridad ¿no se está poniendo de manifiesto, de una forma especialmente cruda, que el ser humano es instrumentalizado para un fin ajeno a sí mismo?

* Esta degradación a puro objeto resulta aún

más evidente si se utiliza la pena de muerte con fines *intimidatorios*. Al margen de ser una forma de debilitar, antes que de fortalecer, el respeto por la vida, ya que ésta resulta instrumentalizada al servicio de la prevención, aún hay un aspecto de mayor peso argumentativo: con la pena de muerte se hace frente en buena medida al "terror" del delincuente con el "contraterror" del Estado. Cuando el Estado sólo cree posible lograr la intimidación entregando a la muerte a un ser, a la postre totalmente indefenso frente a él, tanto si la ejecución es brutal como si se transforma en un "contraterror ritualizado" mediante la formalización y una aparente humanización, se manifiesta una vez más la debilidad –y no la fortaleza– del Estado. La *prepotencia exterior* demostrada frente al individuo condenado a muerte, a través de todo el aparato de ejecución técnico y personal, apenas puede ocultar la *impotencia interior* frente a la colectividad.

Si, pese a todo, se lograran encontrar razones en defensa de la pena de muerte a partir de los fines generales de la pena, todavía podría alegarse una segunda objeción: no hay modo más evidente de negar al ser humano en su condición de tal que mediante la pena de muerte. Al igual que la seducción por el mal es inherente a la condición humana, también es parte esencial de la misma la esperanza del bien. En este sentido debe entenderse al ser humano como algo esencialmente inacabado que por naturaleza constituye un proyecto que precisa de toda una vida para su redacción definitiva. Por ello, si se le quita a la persona la pluma de su mano de forma prematura, esto es, antes de que la propia naturaleza lo haga, el ser humano se verá cercenado en su dimensión esencial de potencialidad e individualidad irrepetible y así se verá también privado, en parte, de su *dignidad humana*. ¿Y cuándo, si no con la pena de muerte, lleva el Estado a la práctica lo expuesto de una forma más radical? No es sólo que con la muerte del condenado se le priva a éste de toda esperanza de continuar la vida biológica sino que, todavía más grave, se le quita definitivamente la oportunidad de mejora y con ello se le niega básicamente su cualidad como una persona moral. Semejante clase de justicia penal no puedo concebirla como "justa para el hombre".

PAUTAS CLAVE PARA UN PROCESO A LA MEDIDA DEL SER HUMANO

El proceso juega, junto a los presupuestos y formas de la sanción, un papel esencial para un proceso penal "a la medida del ser humano". Las primeras correcciones de rumbo se dirigían a reclamar una mayor implicación de la víctima y a destacar la importancia de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, a pesar de la necesidad señalada de un acercamiento recíproco entre los procesos civil y penal, dado que se entiende que ambos procesos deben seguir siendo autónomos, debería reflexionarse sobre su finalidad y estructura a la luz de la mejor adecuación posible al ser humano. No cabe aquí un desarrollo completo de lo que esto implicaría, pero por lo menos ilustrémoslo brevemente al hilo de la exposición de tres *pautas clave*.

* Primera: si el ser humano debe mantener su posición preferencial frente al Estado, en cuanto que es el Estado quien debe su existencia al ser humano y no viceversa, y si, en consecuencia, el Estado debe limitarse a su función subsidiaria en la resolución de conflictos sociales, incluyendo la reparación de los delitos cometidos y evitando futuros actos criminales, entonces debe configurarse el proceso penal de tal manera que se conceda a las partes directamente implicadas en el conflicto el máximo de *posibilidades de participación*. Por lo tanto, sólo debe permitirse la actuación de los órganos estatales en la medida en que no quepa esperar de los directamente interesados una resolución equitativa del conflicto y una solución adecuada. De esta máxima no se infiere necesariamente que el procedimiento de tipo inquisitorio deba ser sustituido sin más por un procedimiento de partes, puesto que, con razón, se denuncia también en el procedimiento de partes la evolución errada que constituye el hecho de que la víctima pueda quedar absolutamente al margen del proceso penal, sustituida en su función por el fiscal. Sin embargo, a partir de esta máxima, sí cabe concluir, tanto para el procedimiento inquisitorio como para el de partes, que el proceso penal no debe dirigirse "desde lo alto" por encima de las partes, sino que debe implicar a éstas en la indagación de la verdad y en el procedimiento de decisión de una manera mucho más firme que hasta

ahora para que, en última instancia, se alcance el máximo grado de consenso, aceptación y respeto.

* Segunda: desde la perspectiva del ser humano afectado –y no tanto desde la de las instituciones interpuestas– se revelan los "*derechos humanos*" del proceso –tantas veces reivindicados– no ya como limitaciones del poder estatal impuestas desde afuera, sino como *elementos constitutivos inmanentes* a las relaciones interpersonales. Así la "fairness" deja de ser la incómoda excepción de un derecho de investigación ilimitado, para erigirse en elemento constitutivo de la relación procesal con y entre las partes. De igual manera la presunción de inocencia no tiene por qué convertirse en mecanismo limitador frente al Estado que, de otra manera, resultaría todopoderoso, sino que, más bien, se deriva naturalmente del principio según el cual no debe tratarse a un sospechoso como alguien que no es, mientras no haya sido encontrado culpable.

* Tercera: también la cuestión sobre la participación de *legos en la justicia penal* –vivamente discutida en la actualidad en numerosos países– cobra una nueva dimensión desde la perspectiva de la orientación del ser humano. Ya no se trata únicamente de si el lego resulta poco más o menos adecuado que el juez técnico de cara a la averiguación de la verdad, ni de si se puede esperar de él mayor imparcialidad ni, tampoco, de si, mediante la implicación de legos, se favorecería la difusión del conocimiento del Derecho o el fortalecimiento de la conciencia jurídica en beneficio del interés pedagógico más general. Partiendo de una perspectiva que valora a la persona por encima del Estado, se intenta ante todo hacer más patente el elemento interpersonal en los conflictos sociales y en su resolución. Ya no se trataría únicamente del Estado distante por medio de jueces técnicos, sino de personas como tú y yo, quienes –a modo de jueces legos– nos afanemos en la lucha por la resolución equitativa de los delitos cometidos y también por evitarlos en el futuro.

PERSPECTIVAS

Sin duda éste y otros aspectos pueden parecer utópicos. Además, gran parte de lo que aquí se ha expuesto de una manera únicamente general y sin abarcar exhaustivamente todos los ámbitos de la justicia penal debería todavía completarse y desarrollarse más en detalle. Así, a modo de ejemplo, soy consciente de que mis análisis se han concentrado preferentemente en torno a los delitos clásicos contra la persona y el patrimonio, mientras que la protección de bienes colectivos plantea en parte una problemática muy diferente. Y no en último lugar debería pensarse también –cómo no– en la proyección social propia del antagonismo señalado entre individuo y Estado, que tiene una significación muy relevante de cara a una convivencia solidaria. A pesar de todo, mi deseo de confrontarles con una visión transitoria e incompleta de la justicia penal "justa para el hombre" tenía su razón de ser. Puesto que, si bien las utopías sólo se realizan totalmente en contadas ocasiones, una eventual materialización parcial sería ya en sí misma un logro.

Quizá podría servirnos de aliento lo que uno de los estudiosos más significativos de la política criminal moderna, el italiano CESARE BECCARIA, escribió como lema en la portada de su famosa obra "De los delitos y de las penas" (1764). Presagiando que sus exigencias reformistas –especialmente la abolición de la tortura y de la pena de muerte– no podrían materializarse de un día para otro, antepuso a aquella obra que había de inaugurar una nueva época la frase de FRANCIS BACON (Del: Serm. fidel. num. XLV): "In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum, ut quis simul, et serat, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant" ("Tratándose de asuntos difíciles no cabe esperar que se pueda plantar y recolectar de una sola vez; más bien, al contrario, es una obra que precisa de un trabajo laborioso de preparación que lleve a una maduración gradual"). También en este caso había un inicio utópico y en tal medida podemos afirmar que la utopía es la madre del progreso. Daría por cumplido el objetivo de estas reflexiones si hubiera logrado indicar por lo menos algunos primeros pasos en un determinado ámbito de la justicia penal.

* * *

LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN UN DERECHO PENAL GARANTISTA

José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga, España

1. EL ORDEN SOCIAL.

Tras las modernas aportaciones de Rawils y Habermas se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, este tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos Kantianos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existente en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales.[1]

Ahora bien, los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico,[2] han sentado simultáneamente las bases para una extensión del consenso social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraídos en buena parte a la discusión pública interciudadana y que, sin constituir el núcleo primario del orden político, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia social. Este sería el caso de la política criminal.

2. EL ORDEN SOCIAL CONSTITUCIONAL.

En cualquier caso, no debe olvidarse que en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado de cara al ejercicio del poder.

En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás, ellos suelen ir referidos a un extenson catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, que supera con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en constituciones precedentes.[3]

La profunda imbricación entre Poder y Derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado substancialmente a describir el *procedimiento* acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos.

De este modo se logra introducir dentro del sistema político jurídico unas pautas valorativas, cuyo

1.- Cfr. VALLESPÍN OÑA: "Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick, Buchanan". Alianza universidad, 1985, págs. 15-29, 33-39, 50-134; Del mismo autor: "Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas". En "Claves de razón práctica," Nº 55, 1995.

2.- Véase sentéticamente HABERMAS: "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der Komunikativen Kompetenz". En "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie". Suhrkamp, 1974, págs, 101-140; DÍEZ RIPOLLÉS: "Los elementos subjetivos del delito". Tirant. 1990, págs. 198-204.

3.- Ese es el caso de la Constitución española de 1978, especialmente en el artículo 1.1 y en el Título I, y de la Constitución argentina de 1994, especialmente en su primera parte a partir del artículo 14 y en diversos lugares del artículo 75.

rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que les convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.[4]

En conclusión, si las nuevas elaboraciones filosóficas contractualistas están posibilitando, aun quizá sin pretenderlo, una extensión de la discusión y los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en el contrato social, las nuevas constituciones están forzando órdenes de convivencia social en las que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

3. EL CONTROL SOCIAL COMO FACTOR CONFIGURADOR DEL ORDEN SOCIAL.

Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local..., sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía... Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inserción en el sistema de control social irrenunciable en toda sociedad: Éste tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización en ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. Elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los diferentes subsistemas en que aquél se descompone según el ámbito social en el que se actúe, son tres: La norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de ésta.[5]

El Derecho Penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso. Ahora nos interesa, sin embargo, destacar una serie de aspectos del subsistema penal de control social:

Ante todo, la virtualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el Derecho Penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas. Esta constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el Derecho Penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y lo forza a marcarse ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo substancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

En segundo lugar, su reducido campo de actuación, derivado de su consideración, por motivos que ahora no vienen al caso, como último recurso del que dispone el control social, que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya a dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último, su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente

4.-Véase PECES BARBA: "Los valores superiores". Tecnos, 1986, págs. 11 y ss.

5.- Véanse, dentro de la abundante bibliografía sobre el control social, PITTS-ETZIONI: Voz "Control Social" en "Enciclopedia internacional de las ciencias sociales". Aguilar, págs. 160-171; CLARK-GIBBS: "Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung". En "Seminar: Abweichendes Verhalten. I. Die selektiven Normen der Gesellschaft". Hrg. L¸derssen-Sack. Suhrkamp. 1974. págs. 153-171; HASSEMER. "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts". C.H.Bec,. 1981, Págs 293-294 (hay traducción española de Muñoz Conde-Arroyo Zapatero en Bosch casa editorial).

trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social.[6]

4. MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL EN EL MARCO DEL CONTROL SOCIAL.

La caracterización que se acaba de realizar de los rasgos más sobresalientes del Derecho Penal en sus correspondientes tareas de control social, guarda estrecha relación con uno de los modelos de intervención penal defendidos en las últimas décadas, el que propugna un Derecho Penal garantista. Sin embargo, antes de seguir adelante, debemos pronunciarnos sobre los otros dos modelos de intervención penal objeto de discusión en tiempos recientes.[7]

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contra-puestos de las partes que el Derecho Penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del Derecho penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadoras de sus diferencias sociales y económicas.

La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva.

Por el contrario, el auge actual del Derecho Penal garantista quizá sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos *eclécticos* sobre la legitimación del Derecho Penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra *escéptico* respecto a las posibilidades del Derecho Penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas.[8]

En efecto, estamos ante un Derecho Penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales: Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un Derecho Penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

6.- Sobre los rasgos del Derecho penal como subsistema de control social, véanse HASSEMER: Op. cit, págs. 295-297; HASSEMER-MUÑOZ CONDE: "Derecho penal y control social". Tirant, 1989, págs, 116-117; MUÑOZ CONDE: "Derecho penal y control social". Fundac. univ. de Jerez, 1985, págs, 36-41.

En cualquier caso, todo análisis teórico sobre el control social en la sociedad moderna, así como sobre el papel de las instituciones penales al respecto, no puede prescindir del enfoque fuertemente crítico aportado por Foucault. Cfr. en ese sentido FOUCAULT: "Vigilar y castigar". Siglo XXI, 1978, págs. 11 y ss. Del mismo autor: "La verdad y las formas jurídicas". Gedisa, 1983, págs. 91-96, 117-137; sintéticamente, SAUQUILLO: "El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault". En "Historia de la teoría política. 6". Vallespín, ed. Alianza editorial, 1995, págs. 259-305.

7.- Véase una interesante exposición de los tres modelos en SILVA SÁNCHEZ: "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch editor, 1992, págs. 18-41.

8.- Resulta al respecto muy sugestiva, aunque a mi juicio exagerada, la tesis de Zaffaroni, expuesta en "Abolicionismo y garantías". Jueces para la democracia. Nº 24, 1995, págs. 23 y ss., por la que se produciría un acercamiento entre el abolicionismo y el Derecho Penal garantista en cuanto que éste renunciaría en todo momento a legitimar la intervención penal, contentándose con reducirla o interrumpirla a través de sus límites garantistas. Con ello en la práctica trabajaría en la misma línea del abolicionismo pero desde el interior del sistema.

5. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA INTERVENCIÓN PENAL GARANTISTA. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE PROTECCIÓN.

En el marco conceptual sentado en las páginas precedentes, podemos identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción:

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el Derecho Penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, el objeto de nuestro trabajo nos encamina al análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios:

El *principio de lesividad*, que ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: Debe tratarse de un comportamiento que afecte las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho Penal y moral,[9] y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.

El principio de *intervención mínima*, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En su virtud surgen dos subprincipios, el de carácter fragmentario del Derecho Penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho Penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Éste deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del Derecho Penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

En directa relación con el subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la *relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, dos subsistemas de control social que no cesan en el aumento de sus semejanzas.

Por el momento, los intentos de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han fracasado,[10] lo que se hace especialmente evidente tras la inclusión en los códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar.[11] A su vez, la diferenciación cualitativa

9.- Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS: "El Derecho penal ante el sexo". Bosch, casa editorial, 1981, págs, 34-36, 77-83.

10.- Véase un análisis detenido sobre los diferentes intentos en CEREZO MIR: "Curso de Derecho penal español. Parte general I". 5ª edic, Tecnos, 1996, págs. 43-53.

11.-Piénsese, dentro del nuevo Código Penal español, entre otros en los delitos contra la hacienda pública, contra la seguridad social, contra la ordenación del territorio, o en las nuevas figuras de los delitos contra la administración pública.

cionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas, pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un Derecho Penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención. [15]

6. La necesidad de una teoría sobre la legislación penal.

Identificadas las pautas valorativas más generales que han de delimitar los contenidos a proteger por el Derecho Penal, conviene que nos detengamos en el modo como habitualmente se produce en nuestras sociedades una modificación legal jurídico penal, antes de seguir avanzando en sucesivas concreciones valorativas.

El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo.[16] Antes de ello se ha producido un complejo *fenómeno sociológico* que podría dividirse en cinco fases:[17]

En la primera de ellas se comienza a apreciar en la sociedad un cierto desajuste entre una determinada realidad socioeconómica y la situación jurídica encargada de atender a ella, que parece expresar la producción de un determinado cambio social; con independencia de la debida comprobación de si ese cambio es real o aparente, surgen opiniones que defienden la adaptación del sistema jurídico, y en concreto del penal, a las nuevas condiciones.

En una segunda etapa se generaliza en la sociedad un estado de preocupación por esa falta de adecuación entre tal realidad socioeconómica y la jurídica. Se trata en todo caso por el momento de actitudes difusas de malestar o de generación de sentimientos individuales poco precisados de inseguridad. Por lo general se apoyan en la aparición de ciertos casos especialmente llamativos, con frecuencia destacados por los medios de comunicación.

Es en la tercera fase en la que se produce un sesgo determinante, porque los medios de comunicación entran decididamente en acción actualizando y consolidando las actitudes precedentes de la población. Una vez captado el interés social del problema, interés que en ocasiones han podido fomentar ellos mismos en la fase anterior, proceden a darle la visibilidad y autonomía precisas para que se convierta en un auténtico problema social con necesidad de solución. Para ello se reiteran las informaciones, se agrupan sucesos hasta entonces no claramente conectados –lo que en ocasiones creará la sensación de estar ante determinadas "olas" de criminalidad–, se multiplican los análisis de urgencia... y, en resumidas cuentas, se sustantiviza y delimita lo que hasta entonces no era objeto más que de una vaga, aunque a veces intensa, preocupación social.

En una cuarta fase comienzan a adquirir el protagonismo los grupos sociales de presión, los cuales a veces han podido estar ya activos en la inicial puesta de relevancia del real o pretendido desajuste social, que pretenden canalizar la preocupación y discusión públicas hacia sus propios intereses, sean o no legítimos. Se puede tratar de grupos que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales, ideológicos... sean meramente profesionales o corporativos. El caso es que comienzan a realizar acopio de información, con las correspondientes actividades de investigación y organización de los resultados obtenidos, y a formular propuestas sobre los objetivos que se deberían conseguir con la reforma legal, las cuales ya están revestidas, al menos formalmente, de la pertinente legitimación científico social. Del problema, por tanto, se han apropiado uno o varios grupos de presión, quienes, sin poderse desviar palmariamente

15.-Véase una defensa nítida de este principio en HASSEMER: "Einf¸hrung..." Op. cit, págs. 64-71. Resulta al respecto especialmente preocupante alguna iniciativa legislativa española, en proceso de elaboración, que parece querer vincular en medida variable la adopción judicial de sustanciales decisiones sobre ejecución de la pena por el delincuente, entre las que no se descartan la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena o la obtención de la libertad condicional, a la opinión de la víctima.

16.- Véanse por ejemplo los artículos. 87 a 89 de la Constitución española o los artículos. 77 a 84 de la Constitución argentina.

17.- Véanse SCHNEIDER: "Kriminologie". Walter de Gruyter, 1987, págs, 792-799; KILLIAS: "Precis de criminologie." Editions Staempfli, 1991, págs, 368, 384-387, 415-442.

de la naturaleza de las preocupaciones sociales originarias, tienen un amplio margen para reconducirlo en una dirección determinada.

Sólo cuando el problema ha adquirido la respetabilidad otorgada por los grupos anteriores[18] tiene expedito el camino para entrar en la fase que permitirá su formulación del modo adecuado para el debate parlamentario de una modificación legal. Es la hora de la burocracia ministerial, que redactará el correspondiente proyecto de ley, o de la burocracia partidista, que hará lo propio con la pertinente proposición de ley. Esta quinta fase, previa a la discusión parlamentaria, se caracteriza por un notable oscurantismo y falta de control, sin que existan mecanismos capaces de garantizar una adecuada cualificación político jurídica o técnico jurídica de los elaboradores de los proyectos o proposiciones de ley; los informes externos en ocasiones legalmente previstos[19] no suelen tener carácter vinculante, con frecuencia deben limitarse a cuestiones técnicas, teniendo vedados pronunciamientos de política jurídica –cuestiones de "oportunidad o conveniencia" en la jerga administrativa– y, al formularse en una fase demasiado avanzada del procedimiento de elaboración de los textos, sus observaciones de calado tropiezan con serias resistencias para su admisión.

Ante esta realidad, no debe extrañar que cada vez sean más numerosas las voces que aboguen por la elaboración de una *teoría de la legislación*, cuyas exigencias repercutan de modo inmediato en la fase de la elaboración legal en la que intervienen las burocracias así como en las ulteriores etapas de discusión parlamentaria. Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos, y apresuradamente, cabe mencionar: Información empírico social sobre la realidad en la que se va a operar, la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costes económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, ...etc.[20]

En ningún caso se pretende con ello cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que éste, a la hora de tomar la decisión que sólo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos imprescindibles. Y para ello parece procedente establecer un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales, admitiendo incluso pensar en el desarrollo de un sistema categorial que deba irse progresivamente superando antes de llegar al momento en que se pueda tomar una decisión legislativa, cualquiera que ésta sea.[21]

Al fin y al cabo ese fenómeno ya se ha producido, como todos sabemos, en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal: El alto valor atribuido con razón a la idea de la independencia judicial no ha impedido que el juez penal en la actualidad sienta que deba respetar estrictamente el procedimiento de exigencia de responsabilidad derivado del concepto analítico del delito. Y seríamos bastante hipócritas si añadiéramos que la aceptación judicial de tal estructura conceptual deriva sin más de la obligada

18.- Un ejemplo claro de que tal respetabilidad puede no alcanzarse a pesar de que determinadas demandas estén avaladas por listas millonarias de firmas lo constituye en España el rechazo por las instancias oficiales a introducir las draconianas medidas legislativas contra los delincuentes sexuales solicitadas con motivo de las reacciones emocionales suscitadas entre la población por el crimen de Alcacer (asesinato de tres adolescentes previamente raptadas y sometidas a todo tipo de agresiones y vejámenes sexuales).

19.- Es el caso en España del Consejo de Estado o del Consejo General de Poder Judicial.

20.- Es interesante destacar cómo la antigua Ley de Procedimiento Administrativo española en sus artículos. 129 a 132, vigentes aún en aquellas comunidades autónomas que no hayan legislado en este punto, establecía una serie de trámites previos obligatorios alusivos a algunos de los aspectos acabados de mencionar, que debían ser cumplimentados antes de alcanzar las fases más avanzadas que habían de conducir a la aprobación de disposiciones de carácter general.

21.- Ello es tanto más necesario cuanto que las presiones a favor de la consolidación de un Derecho penal meramente simbólico son cada vez mayores, y en la medida en que la influencia del ejecutivo en la labor del legislativo no deja de crecer en las actuales democracias: Se podría llegar a la sorprendente situación de que los controles formales que debe respetar aquél a la hora de dictar disposiciones de carácter general en el ámbito reglamentario los pudiera eludir acudiendo al nivel legislativo formal.

vinculación a la ley de todo juez penal: Los contenidos del concepto analítico del delito, elaborados con sus diferentes categorías o subcategorías, en el último siglo y medio, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cuotas socialmente aceptables, no sólo de seguridad jurídica, sino de acomodo a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno. La ley penal ha servido en muchos casos sólo como pretexto, y en otros se ha limitado a incorporar con posterioridad conceptos o soluciones que ya se venían aplicando en la praxis judicial precedente. Y así sigue siendo hoy día.

Sin pretender, ni mucho menos ir tan lejos, resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisional hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del Derecho, mientras que el sector de la creación del Derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales.[22]

7. ALGUNOS ASPECTOS A DESTACAR DE UNA FUTURA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN PENAL.

Quisiera en este apartado ocuparme sumariamente de dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal, aun siendo consciente de que dejo fuera de consideración otros tanto o más importantes.

Ante todo debe decirse que tal estructura conceptual formalizadora de los procesos materiales de decisión legislativa debería desde luego integrar todas aquellas pautas valorativas generales delimitadoras de los contenidos a proteger por el Derecho Penal, que hemos ido viendo en los apartados precedentes. En este sentido, los *principios estructurales* de la protección ya aludidos deberán desempeñar una función determinante. Pero ahora quiero atender a otra serie de principios, que presuponen a los anteriores, pero que, a diferencia de éstos, se encuentran íntimamente ligados a la corrección de una concreta decisión legislativa. Me refiero a los que llamaré *principios coyunturales*, de los que voy a hacer una enumeración probablemente muy incompleta.[23]

El principio *in dubio pro libertate* corresponde en la creación del Derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio in dubio pro reo vigente en el ámbito procesal de aplicación del Derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que la libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respeto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales; debe regir desde luego en las decisiones de penalizar, pero también a la hora de deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización.

El principio de *tolerancia*, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, la concurrencia del principio de intervención mínima... etc. Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se pueden producir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzados por la sociedad correspondiente.

El principio de *ponderación de daños y ventajas*, a través del cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones puede ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización comporta.[24]

22.- La posible alegación de la revisión legislativa a través del Tribunal Constitucional, sin obviamente negarle su importante función, no puede ignorar que se encuentra limitada por las conclusiones que se puedan deducir de los contenidos de la Carta Magna. Aquí estamos hablando de algo más que de la mera compatibilidad entre el texto constitucional y determinadas decisiones de la legislación ordinaria.

23.- Véanse referencias a algunos de estos principios en HASSEMER-MUÑOZ CONDE: "Introducción..." Op. cit., págs. 65-77, 169; ZIPF: "Introducción..." Op. cit., págs. 79, 84, 94; DÍEZ RIPOLLÉS: "El Derecho penal ante..." Op.cit., págs. 86-102, 182-183, 189, 198-201, 254-263.

24.- En cualquier caso, si tales efectos colaterales son beneficiosos nunca pueden erigirse en la razón más importante para la penalización de un comportamiento, pues se atentaría contra el principio de intervención mínima.

El principio de *practicidad procesal*, que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal, sean las inherentes a sus principios fundamentales, sean las producidas contingentemente pero con frecuencia y no superables.

El principio de *abstención de tareas de ingeniería social,* por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre el código moral de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la política criminal de funciones de transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del Derecho Penal para desencadenar importantes efectos psicosociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados,[25] no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia. Por el contrario, confinado dentro de ese límite, tal efecto realiza una beneficiosa función de evitación de alteraciones artificiosas de los valores mayoritarios.

En una teoría de la legislación resulta igualmente ineludible preguntarse cuáles son los puntos de referencia que otorgan legitimidad al poder legislativo para elaborar los contenidos concretos que debe poseer el Derecho Penal. No se trata naturalmente de replantearse la legitimidad del Derecho Penal en su globalidad, que ya le hemos reconocido como subsistema de control social de un determinado orden social constitucionalmente establecido, y ajustado consecuentemente a determinados principios estructurales. Ahora nos movemos en un plano inferior, que aspira a descubrir los *criterios de legitimación* de las concretas decisiones de legislación penal. Y al respecto se suele acudir a cuatro grandes puntos de referencia.[26]

El primero es el de los criterios ideales. Dentro de ellos, los criterios ideales explícitos intentan fundamentar sus decisiones en un determinado modelo de sociedad, sin alternativas al menos dentro de una época histórica, y en el que por consiguiente no proceden cuestionamientos a partir de la variación de las opiniones o realidades sociales: Un fundamento tal se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propias de toda sociedad pluralista. Más frecuente resulta el enmascaramiento de perspectivas idealistas por medio del criterio basado en personificaciones ideales; las decisiones penales se pretenden, así, vincular a las opiniones que al respecto sustentaría una "persona media", un "ciudadano normal", de nuestra sociedad: Los problemas comienzan cuando, por un lado, se constata la vaga generalidad de tales arquetipos, desconsideradora de la variedad de nuestras sociedades en cuanto se desciende a clases o grupos sociales más singularizados, y por otro y sobre todo, al comprobar que tales arquetipos se elaboran a partir de la asunción de los valores más tradicionales de la sociedad, en concreto de la persona conformista, aquella incapaz de ir contracorriente en los juicios de valor propuestos por las instancias sociales y que no puede tomarse como modelo de ciudadano en una sociedad pluralista que asume su integración por personas autorresponsables y críticas.

Un segundo punto de referencia está constituido por los criterios expertos. En auge con la vigencia de los enfoques funcionalistas en la sociología jurídica, se caracterizan por adoptar un enfoque científico tecnocrático. Sostienen que sus conclusiones derivan sin apenas mediación de los datos obtenidos de la investigación empírico social, que se ha ocupado de analizar la realidad social sobre la que es susceptible de operar el Derecho Penal así como de las consecuencias que devendrían de su intervención. Su legitimitad nace de su apego a las necesidades objetivas de la sociedad con un nulo o escaso condicionamiento, a diferencia de los otros criterios, por un apriorístico cuadro de valores sociales. Tales enfoques son criticables, ante todo, por su pretendida neutralidad valorativa, ya que se apoyan sin duda en un concreto, aunque latente, modelo de sociedad, cuya no explicitación les permite descalificar a las restantes alternativas, tachadas de irracionales con el argumento de que no

25.- Efectos que son conceptualmente independientes de los conseguidos con la amenaza de la pena sobre los delincuentes potenciales.

26.- Véase una detenida exposición de la mayor parte de ellos y la correspondiente toma de postura en DÍEZ RIPOLLÉS: "El Derecho penal ante..." Op. cit. págs. 175-201.

se cimientan en datos empíricos. Por otra parte su enfoque tecnocrático contradice los postulados de una sociedad pluralista al sustraer en gran medida a los ciudadanos normales la decisión sobre los contenidos del Derecho Penal. Ambas críticas no deben ensombrecer la meritoria actitud de fondo que subyace a estas tesis: El análisis previo de la realidad social constituye un elemento fundamental para sentar las bases de una discusión racional a la hora de tomar decisiones sobre los contenidos del Derecho Penal. Pero no elimina el carácter valorativo en último término de tales decisiones.

En marcado contraste con los criterios anteriores, los que podemos denominar criterios constitucionalistas consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario sólo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Esta absolutización del texto constitucional ignora ante todo la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades y la pluralidad de frentes sociales a los que debe atender la política criminal, aun con un escrupuloso respeto del carácter subsidiario del Derecho Penal. Sin duda, resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos, sea en sus principios inspiradores, pero la constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal. Podríamos decir que ella delimita el campo de juego donde debe dirimirse la contienda sobre los comportamientos que atentan contra los presupuestos esenciales para la convivencia, pero el reglamento de juego queda en las manos de la legislación ordinaria. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la norma fundamental se convierta en una rémora a la paulatina evolución de las concepciones sociales.[27]

A mi juicio, sin olvidar la función que desempeñan los dos criterios precedentes, el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que podríamos denominar también democrático, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valoraciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia.

Naturalmente, en coherencia con los principios estructurales del Derecho Penal, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Tales mayorías, por otra parte, han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, esto es, ha de penarse lo que prácticamente todos creen que debe ser considerado delictivo, y no lo que cada uno de los grupos de presión social creen por su parte que debe criminalizarse; el empobrecimiento de contenidos del Derecho Penal que tal modo de proceder conlleva corresponde, coherentemente, al principio de intervención mínima.

Por otro lado, el criterio propugnado presupone una decidida utilización de métodos demoscópicos, como instrumentos de especial relevancia para dotarle de auténtico contenido, con más motivo si se piensa que se dispone ya de técnicas suficientemente fiables; su desacreditación encubre con alguna frecuencia, en lugar de razonables cuestiones metodológicas, un deseo de los legisladores de reservarse para sí la concreción de lo que opinan las mayorías sociales, con los riesgos ya vistos.[28]

27.- Véase específicamente sobre este criterio también mis opiniones en DÍEZ RIPOLLÉS: "Bien jurídico y objeto material del delito de aborto". En "La reforma del delito de aborto". Díez Ripollés coordinador. Comentarios a la legislación penal. Tomo IX, Edersa, 1989, págs. 18-20.

28.- La exigencia de mayoría cualificada para aprobar todas las leyes penales, de facto instaurada en el ordenamiento jurídico español a través de la generalización de su sometimiento a la reserva de ley orgánica, así como el amplio reconocimiento de tal reserva para la legislación penal por el Tribunal Constitucional, constituye una asunción implícita de que las decisiones legislativas penales deben tener tras sí, por medio de sus representantes, a la gran mayoría del cuerpo social (vid. con todo inmediatamente infra).

Por el contrario, no parece concorde con la significación que acabamos de atribuir al criterio de las convicciones generales el que el artículo. 39, p. 3 de la Constitución argentina excluya explícitamente de las materias que pueden ser objeto de iniciativa popular para presentar proyectos de ley las materias penales, ni que el artículo 87.3 de la Constitución española llegue a resultados en buena parte similares al excluir de la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley las materias que deban ser objeto de ley orgánica.

8. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO INSTRUMENTO DE CONCRECIÓN DE LOS CONTENIDOS PENALMENTE PROTEGIBLES.

El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al Derecho Penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su entorno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro.

En consecuencia se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquéllos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del Derecho, donde desempeña una trascendente función en la interpretación teleológica, por más que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil concordar en que es la fase de creación del Derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades. Dentro, fundamentalmente, de este último contexto, quisiera llamar la atención sobre algunos aspectos polémicos relacionados con su empleo.

Se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un Derecho Penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos.

La crítica precedente no capta, a mi juicio, la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su *materialidad*: Sin duda todo bien jurídico, en cuanto *juicio de valor* positivo sobre una *situación o relación de la realidad social,* posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales.[29] Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el *substrato* del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un *proceso de abstracción* o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación;[30] la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realzarse su componente valorativo.

Pero las *concretas formas de manifestación* de ese *substrato* son materiales: Eliminada su abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico socialmente constatable, siempre que se entienda la dañosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

A su vez, la producción de tal daño se apoya siempre en la alteración de una *realidad natural*, que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia la afección de un *objeto material* constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida.[31]

29.- Así, se valora positivamente el mantenimiento de la vida de las personas, y se estima que eso es más importante que la, también deseable, salvaguarda de su patrimonio.

30.- Se habla de la vida, patrimonio... sin referencia a vidas o patrimonios concretos.

31.- Así, bien jurídico es la vida humana en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad; substrato de ese bien jurídico es la vida humana como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese susbstrato son los procesos existenciales individuales; objeto material es el organismo biológico. Asimismo, bien jurídico es la posesión de bienes materiales en la medida en que se valora positivamente por la sociedad; substrato será el patrimonio individual como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son las capacidades de disposición por sus respectivos poseedores de objetos con valor económico; objeto material son esos objetos con valor económico.
Véase ya una formulación muy cercana a la acabada de realizar, en DÍEZ RIPOLLÉS: "El Derecho penal ante..." Op., cit., págs. 10-113.

Desde la conceptualización precedente resulta interesante señalar que, si bien la mera protección de contenidos morales contradice el principio de lesividad, no sucedería lo mismo con una eventual decisión legislativa de mantener la interiorización en la población de determinadas pautas de conducta, pautas interiorizadas que constituyen situaciones de la realidad social y que se concretan en conductas ajustadas a esas interiorizaciones o en su ausencia, lo que es constatable empíricamente. El problema, sin embargo, reside en que ese bien jurídico no satisface las exigencias del principio de intervención mínima.

También al hilo de lo anterior cabe destacar que la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del substrato del bien jurídico: Para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es precisa la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él.[32]

Sin duda, uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados, indistintamente, *bienes jurídicos colectivos*, difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia. No es éste el lugar donde podamos ocuparnos detenidamente de todos los aspectos del problema, pero sí cabe realizar algunas observaciones.

La primera de ellas ha de ser para reconocer la legitimidad de su introducción en los cuerpos legales penales: Su toma en consideración refleja el paso del Estado de derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia a un Estado que además es social y por ello aspira a lograr esa convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda, su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho Penal para labores de transformación social que son ajenas a éste, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad.[33] Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela.

Las ocasionales propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquéllos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el Derecho Penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, que es lo mismo que decir, de los individuos que las integran. La resignada admisión de que vivimos en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos, parece más bien el caballo de Troya de los partidarios de sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos técnico jurídicos más concordes con una visión expansiva del sistema de control penal y menos respetuosos con los actuales principios estructurales de intervención penal.

Frente a tales alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al Derecho Penal de modo perentorio con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología, y la política criminal, colaboración que debería orientarse en el tema que ahora nos ocupa en dos direcciones fundamentales: Por un lado, a la

32.- Sobre los bienes jurídicos colectivos véase inmediatamente infra.

33.- Véase una actitud crítica hacia la proliferación de bienes jurídicos colectivos, entre otros, en HASSEMER: "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". Pena y Estad., Nº 1.

búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, a la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídicos penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la *naturaleza secundaria* o meramente sancionatoria *del Derecho Penal*. Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico penal no le competería la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a tales tesis, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos.[34]

A mi juicio es *prima facie* acertado sostener la opinión minoritaria antedicha, y en consecuencia afirmar la naturaleza secundaria de la política criminal y, por extensión, del Derecho Penal. Al fin y al cabo ello resulta en extremo coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la precedente afirmación debe ser inmediatamente aclarada a partir de la constatación de que la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia:

En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto a las que procede una decisión de penalización. En ello jugarían un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación.

En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el Derecho Penal conlleva su reformulación a tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodo a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico penal tal como está plasmado en el concepto técnico jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello posee una especial significación desde un punto de vista axiológico ya que, por ejemplo abre la vía para el castigo de supuestos de tentativa, de participación, de delitos mutilados de dos actos... cuya consideración como ilícitos en otros sectores del ordenamiento jurídico, o su adecuada diferenciación, con frecuencia no es posible al carecer de tales estructuras conceptuales o de un afinado desarrollo de ellas.

En resumidas cuentas, se puede sostener que la política criminal y el Derecho Penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos.[35]

34.- Véase una exposición del problema con toma de postura contraria a la naturaleza secundaria del Derecho Penal, en CEREZO MIR: "Curso de Derecho Penal..." Op., cit., págs. 59-60.

35.- Véase una exposición muy cercana en DÍEZ RIPOLLÉS: "La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal". ADPCP, 1991, págs. 752-753.

LA VÍCTIMA COMO SUJETO PÚBLICO Y EL ESTADO COMO SUJETO SIN DERECHO

*Alberto Bovino**

Profesor de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires

"Con la Inquisición pasa como con todas las instituciones: ha sobrevivido a su codificación. Codificada, adquirió semblante de vida autónoma; desmantelada, sobrevive merced a la vida que la animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive –en presente del indicativo– pues aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica –espiritual, ritual, eclesiológica; es amplia la elección de adjetivos aceptables–, de la que era un exponente privilegiado, conserva buena salud" (Luis Sala-Molins, introducción a El Manual de los Inquisidores).

I. EL SIGNIFICADO DE LA INQUISICIÓN

Inquisición no es una buena palabra. Su carga emotiva es muy fuerte y remite a uno de los episodios más terribles de la historia de las prácticas punitivas. No es necesario que entremos en detalle aquí sobre las actividades de la inquisición histórica, pero sí se torna necesario analizar la influencia que los sistemas de justicia penal de la actualidad heredaron de la vieja inquisición.

En nuestro país, más específicamente, en la cultura jurídica dominante de la ciudad de Buenos Aires, suele relacionarse la inquisición exclusivamente con la figura de un monje torturador. Pero la inquisición, como veremos, es mucho más que eso.

Este particular modelo de procedimiento es el que reemplaza al sistema acusatorio que existió en la antigua Grecia, en la república romana y hasta el siglo XII entre los pueblos germánicos. Sus principales notas distintivas, la averiguación de la verdad y la persecución pública de los delitos, se conservan hasta nuestros días. A pesar de que como fruto de la Revolución Francesa se impone el sistema llamado mixto, las bases materiales de la inquisición siguen vigentes. Y aunque la tortura no esté formalmente admitida en los textos legales, la ideología inquisitiva continúa entre nosotros e informa nuestros ordenamientos procesales.

La inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento[1] que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política. Entre estas consecuencias podemos destacar el rol que ha de cumplir el juzgador en la indagación, y el lugar en el que quedan colocados el imputado y la víctima.

El modelo inquisitivo se afianza ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad. "El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición".[2] Y la idea de pecado es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido 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 ya no es un *daño* provocado a un individuo ofendido; la noción de

*.- Ponencia presentada al V CONGRESO LATINOAMERICANO UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA realizado en Santiago, Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

1.- Cfr. FERRAJOLI, L., *Il caso '7 de aprile'. Lineamenti de un proceso inquisitorio*, en DEI DELITTI E DELLE PENE, de Donato, Bari, 1983, año 1, N° 1 p. 189.

2.- Cfr. FERNÁNDEZ BLANCO, C. y Jorge, G., *Los últimos días de la víctima*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1993, N° 9, p.14.

daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Y este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el 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 súbditos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días.

Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la verdad. "El reclamo que efectuara el procurador en representación del Rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido".[3]

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convierte en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Pierde la cualidad de sujeto que tenía en el procedimiento acusatorio. Esta redefinición de sujeto a objeto se ve justificada por la necesidad de llegar a la determinación de la verdad. Y el procedimiento que se adopta ha de llevar, necesariamente, a descubrir esa verdad ya formulada a medias cuando se inicia el procedimiento penal. La indagación inquisitiva es, como afirma Ferrajoli, un método circular y tautológico que conduce a la infalseabilidad de la acusación. La hipótesis inicial que da lugar al proceso determina el enfoque del inquisidor y guía la investigación de la verdad judicial, que solo avanza en una dirección y deja de lado cualquier elemento que contradiga la hipótesis de culpabilidad.

Pero el imputado no es el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de sujeto de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo Estado sólo requerirá su presencia a los efectos de utilizarla como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde.

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo. Y la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se hayan separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Este modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente.

Los porcentajes de presos sin condena; la existencia de jueces instructores; la violación sistemática de los derechos del imputado en aras de la investigación de la verdad; las facultades instructorias del tribunal de juicio; la consideración de la declaración del imputado como método para obtener su confesión y no como medio de defensa;[4] la organización jerárquica del Poder Judicial, son sus manifestaciones cotidianas. Todas estas características heredadas se presentan sutilmente en los textos legales, más allá de que algunas de ellas sean manifiestas en las mismas prácticas punitivas. Pero los principios materiales de la inquisición se conservan declaradamente: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica. Estos dos principios producen consecuencias que determinan la aplicación del castigo y la función que el Estado desempeña en esta aplicación.

El Estado define cuáles son las conductas prohibidas penalmente; el Estado inicia la persecución penal; el Estado decide si impone la sanción; el Estado determina cuánto vale la ofensa; el Estado se encarga de ejecutar la sanción penal.

3.- Ibídem.

4.- Sin necesidad de entrar en el análisis del texto de un código procesal determinado, el simple hecho de que la declaración del imputado se denomine "declaración indagatoria" revela la ideología que lo sustenta. Y si nos tomamos el trabajo de realizar un análisis más detallado, encontraremos que, si bien de un modo más sutil, la indagatoria sigue, como en los tiempos de la inquisición, intentando arrancar la confesión del imputado; en un manual de los inquisidores puede leerse: "Durante el interrogatorio conviene que el acusado se siente en una silla más baja, más sencilla que el sillón del inquisidor. El interrogatorio se hará de forma que se evite sugerir al acusado qué es lo que se pretende, indicándole con ello el modo de eludir las preguntas peligrosas... El inquisidor prestará suma atención a la manera de responder del testigo –se refiere, en realidad, al imputado, a quien se hacía jurar obligación de decir verdad–. Si ve que el interrogado responde con precaución y astucia, le tenderá trampas forzándole con ello a responder correcta y claramente". Si analizamos los artículos 378 a 380 del nuevo código procesal penal nacional de nuestro país veremos que la idea sigue siendo la misma: obtener la confesión del imputado. Cf. EIMERIC, N. y PEÑA, F.: *El manual de los inquisidores*, trad. de Martín, F., Muchnik, Barcelona, 1983, pp. 144 y 146.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justifican esta intervención.[5] La consideración del hecho punible como hecho que presenta *algo más* que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima.[6]

Tomada la decisión político criminal por la persecución de oficio de los delitos, resta decidir si, además la persecución debe iniciarse frente a todo hecho que aparezca como delictivo. En aquellos países en que rige el principio de legalidad procesal, la balanza se inclina a favor de perseguir toda conducta que pueda considerarse como delito. Este es el caso de Argentina, en cuyo Código Penal se establece que "deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales", con excepción de aquéllas que dependieran de instancia privada y de las acciones privadas (art. 71). De todos modos, estas excepciones no alteran, por el número y por el tipo de figuras que incluyen, la base de la persecución oficial.

El principio de legalidad procesal trae consigo el deber de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible. De allí que una vez promovida la persecución penal, no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario o relacionado con la escasa gravedad del hecho puede ser utilizado para no iniciar o continuar la persecución.[7] Este criterio es, sencillamente, absurdo. El programa político criminal de nuestros Estados es, simplemente, irrealizable. Cualquier investigación sobre la "cifra negra" de la criminalidad es una buena prueba de ello.[8]

La ínfima capacidad del sistema de justicia para procesar la totalidad de los hechos punibles es una de las causas de la arbitrariedad con que el sistema selecciona los pocos casos de los que se ocupa. Cuanto mayor es el catálogo de conductas delictivas, mayor es la posibilidad de los operadores de elegir arbitrariamente cuáles serán perseguidas; la gravedad del hecho no es una circunstancia relevante para la selección, mientras que la posición social del autor aparece como la variable más importante.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos que supone la vigencia del principio de legalidad procesal, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal por diversas razones. A través de su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar, a partir de criterios distintos de los que regular e informalmente aplica todo sistema de justicia penal.

Existen dos modelos de aplicación del principio de oportunidad. Para el primero de ellos la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal.[9] Este es el sistema de EE.UU., en el que los fiscales ejercen discrecionalmente la acción penal y utilizan prácticas como el *plea-bargaining y el guilty plea*, que dan lugar a condenas aun contra un imputado que confiesa un delito "legal y lógicamente imposible".[10] La aplicación de este sistema arroja como resultado uno de los más altos índices de población carcelaria: 504 reclusos por cada 100.000 habitantes, lo que significa 1.200.000 personas encerradas en prisión (en los países occidentales europeos este índice oscila entre 40 y 109 reclusos por cada 100.000 habitantes).[11] Si a esta

5.- Cfr. BAUMANN, J., *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. de Finzi, C. A., Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 42-48.

6.- Cfr. CHRISTIE, N., *Los conflictos como pertenencia*, trad. de Bovino, A. y Guariglia, F. en AA.VV. De los delitos y de las víctimas, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad Hoc, Buenos Aires, 1992. Este autor desarrolla diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el derecho penal.

7.- Cfr. MAIER, J. B. J., op. cit., t. 1b, p. 548.

8.- Cfr. BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de Búnster, A., Siglo XXI, México, 1986, p. 101 y siguientes.

9.- Cfr. MAIER, J. B. J., op. cit., t. 1b, p. 557

10.- Cfr. CARRIÓ, A., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 63, nota 75.

11.- Cf CHRISTIE, N., *Crime control as industry*, Routledge, Londres-Nueva York, 1993, p. 28. Hay edición castellana: *La industria del control del delito*, trad. de Costa, S., del Puerto, Buenos Aires, 1993.

cifra agregamos las personas bajo *probation* y en libertad condicional, llegamos a un total de 1.794 personas por cada 100.000 habitantes sometidas a control formal jurídico penal.[12]

Si bien la constitución estadounidense establece el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial, casi ningún imputado hace uso de ese derecho. Más del 90 por ciento se declara culpable, antes de correr el riesgo de ir a juicio por un hecho más grave o por una pena mayor. Langbein afirma, frente a esta realidad, que EE.UU. ha logrado, utilizando el *plea-bargaining* como elemento coercitivo, un sistema de confesiones como el del procedimiento inquisitivo de la Europa medieval. El sistema de *plea-bargaining* pone en manos del fiscal las tres fases del procedimiento estadounidense: acusadora, decisoria (que corresponde al jurado) y sancionadora (que corresponde al juez que determina la pena si el jurado declara la culpabilidad).[13]

El segundo modelo de principio de oportunidad es el de países que tradicionalmente adoptaron el sistema de legalidad en la persecución. En estos países (p. ej., Alemania), la oportunidad opera como excepción a la regla de legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública.[14] Pero si nos detenemos a analizar los casos en que se permite al fiscal utilizar criterios de oportunidad, comprobamos que estos criterios pueden ser aplicados en muy pocos casos, en general cuando se trata de hechos leves y también en otro tipo de supuestos de escasa relevancia práctica.[15] Esta breve descripción del sistema permite afirmar que no resulta adecuado para revertir la selección arbitraria del sistema penal. La magnitud de la "cifra negra" y las diferentes causas que producen la selectividad de las personas más expuestas a la acción de la justicia penal por condiciones socioeconómicas, entonces, implican que esta disfuncionalidad no puede corregirse con esta implementación de la persecución oficial.

III. EL SUJETO PÚBLICO

Ninguno de los sistemas conocidos para llevar a la práctica la persecución pública de los delitos permite llegar a resultados admisibles. Y es aquí donde debemos cambiar la pregunta. Es hora de que dejemos de preguntar cuál es el mejor modo de implementar la persecución de oficio para preguntarnos por qué el titular de la acción penal debe ser un órgano del Estado, y no un individuo.[16]

Los fundamentos que dieron origen a la persecución pública no pueden sostenerse actualmente. El Estado de derecho, integrado por ciudadanos y no por súbditos, no justifica la subsistencia de la acción pública como regla del sistema. La única opción es abandonar el modelo acusatorio formal, que nunca permitió la realización del programa iluminista y de su catálogo de garantías individuales, y volver a un modelo acusatorio material, en el cual el ofendido recupere su carácter de sujeto de derechos interesado en la persecución penal. La víctima debe dejar de ser ese sujeto privado de algo que le pertenece y que le ha sido expropiado.

El fundamento de la persecución estatal está dado por ese *plus* que, supuestamente, contiene el hecho punible y que excede el daño ocasionado a la víctima. Pero aun si estuviéramos de acuerdo con aquellas justificaciones del castigo que encuentran este *plus* en conductas que se desarrollan estrictamente entre individuos, y que solo producen consecuencias entre estos individuos, ello no significa que un órgano del Estado deba llevar adelante la función de acusador. El interés público que justifica la intervención penal no exige esta decisión por la persecución de oficio. Este interés ya está representado por la definición estatal de las conductas prohibidas penalmente y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado. Si sumamos a estas dos actividades la facultad de decidir sobre la persecución a través de la oficialidad de la acción penal y la de decidir sobre la existencia de la lesión que exige la

---

12.- Ibídem, p. 82.

13.- *Torture and plea-bargaining*, en The University of Chicago Law Review, 1978-1979, vol. 46, pp. 3-22, citado por Christie, N., *Crime control as industry*, cit., pp. 137-138.

14.- Cfr. MAIER, J. B. J., op. cit., t. 1b, pp. 557-562.

15.- Cfr. GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán*. Introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 47-48. Los supuestos de oportunidad están regulados en los parágrafos 153, 153a-153e, 154 y 154a-154e de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

16.- El planteo realizado en este trabajo hace referencia, exclusivamente, a los delitos con víctimas individuales, que constituyen la amplia mayoría de los casos que se resuelven en los tribunales.

mayoría de las figuras penales, ignorando la voluntad de la supuesta víctima, estaremos en presencia de un derecho penal autoritario que niega los fundamentos del Estado de derecho: el respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y a la autonomía de su voluntad.[17]

A través de la persecución estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la indisponibilidad de los bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de sujeto de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos.

El Derecho Penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del Derecho Penal muestra, sin embargo, cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

Si el fin que justifica la existencia del Derecho Penal es la protección de la convivencia social y, además, la protección del autor del delito, el titular de la acción penal deber ser el ofendido y no el Estado. En este marco de justificación, la imposición del castigo sólo adquiere sentido si reduce la violencia que generaría el hecho de no imponerlo.[18] Y un sistema penal concreto que opere dentro de este marco de justificación debe verificar empíricamente el cumplimiento de los fines que esta justificación le asigna. Dado que el fiscal, por ser el "representante" de todos, no es el representante natural de nadie, la única forma de asegurar el fin del Derecho Penal consiste en otorgar la titularidad de la acción a la víctima, constituyéndola, de este modo, en sujeto público.[19]

Un sistema penal con este fundamento y organizado principalmente sobre la base de la acción privada trae aparejado diversas consecuencias. En primer lugar, el modelo implica una reformulación del catálogo de conductas prohibidas. De este modo, aquellas conductas que no se vinculen con graves lesiones a los derechos humanos, carecerán de relevancia penal, adquiriendo la importancia que nunca tuvo el principio básico del derecho penal como *ultima ratio*. En otro orden de ideas, las figuras penales deben describir comportamientos que afecten bienes jurídicos con un titular cierto, individual o colectivo. Así, no podrán prohibirse comportamientos haciendo vagas referencias a la protección de la "salud pública" u otros conceptos semejantes.

Por otra parte, la consecuencia más importante de un sistema de acción privada es la posibilidad de utilizar mecanismos de composición. La adopción del principio de *ultima ratio* unida a un sistema penal que reconoce a la víctima como sujeto, impone la necesidad de crear mecanismos que permitan evitar la solución penal incluso en aquellos casos en que se

17.- Cfr. CÓRDOBA, F., *La posición de la víctima*, en AA. VV., el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, cit., p.81.

18.- La justificación del castigo a través de esta doble finalidad ha sido desarrollada por Ferrajoli. Cfr. *El derecho penal mínimo*, en Poder y Control, PPU, Barcelona,1986, N° 0, pp. 25-48.

19.- El fiscal no puede saber en cada caso si la víctima actuará vengativamente. El único modo de evitar la venganza cuando este deseo existe, es permitir que sea la propia víctima la que decida sobre la persecución penal. Si la víctima tiene ánimo de venganza, este será ejercido a través del derecho penal y, en este caso la sanción penal estará justificada.

trate de comportamientos penalmente relevantes. A través de los mecanismos de composición, no solo se logra el fin de protección del autor del hecho punible, sino también se atienden los intereses de la víctima que, en muchos casos, puede preferir la solución reparatoria. En este último sentido, sostiene Maihofer: "en un Derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido".[20]

IV. EL SUJETO SIN DERECHOS

En el marco de un sistema acusatorio material, el rol que debe cumplir el Ministerio Público como órgano del Estado vinculado a la persecución penal es completamente distinto al que desempeña en la actualidad. En principio, poco tiene que hacer el Ministerio Público en el procedimiento penal –tal como sucede hoy día con los delitos de acción privada– si en la generalidad de los casos es el ofendido el único titular de la acción penal.[21] Pero esta inactividad del acusador público está sujeta a la voluntad de la víctima. Así, si el ofendido desea iniciar la persecución penal y, además, ejercer por su cuenta la acción, el fiscal no puede ni debe involucrarse en el caso. En cambio, si la víctima opta por la persecución pero no tiene medios o no desea llevar adelante personalmente la persecución, el Ministerio Público debe brindar su servicio a la víctima interesada, quien conservaría, en todo momento, facultades dispositivas sobre la acción. El tema central en esta delegación consiste en reconocer el derecho de la víctima a disponer de la acción, aun después de haber otorgado su conformidad para que la persecución se lleve a cabo, posibilitándole la retractación de la instancia.[22]

Otra actividad a cargo del Ministerio Público consistiría en el asesoramiento a las víctimas sobre sus derechos y sobre todas las posibilidades que la ley contemple para la satisfacción de sus intereses. Esta tarea, que algunos consideran secundaria es, en realidad, fundamental en este marco que reconoce a los individuos como sujetos. Frente al fenómeno generalizado del desconocimiento del derecho, esta función clarificadora se torna primordial si la pretensión es no solo reconocer a la víctima como sujeto de derechos, sino también posibilitar el ejercicio efectivo de esos derechos.

El órgano del Estado conocido como Ministerio Público, en este contexto, pasaría a desempeñar una función de servicio a favor de las víctimas interesadas en la persecución o en los diversos mecanismos de composición que el Derecho Penal debe ofrecer, necesariamente, para contemplar los intereses de los involucrados en el conflicto.

La adopción de un sistema privado de persecución penal también proyectaría sus influencias sobre el poder jurisdiccional. Es innegable que el programa de límites al poder penal del Estado propuesto por el iluminismo y concretado en las reformas penales decimonónicas aún no se ha realizado. Las garantías enunciadas en las constituciones no han servido para contener el ejercicio del poder penal en un marco de respeto por los derechos fundamentales del individuo. Por el contrario, puede afirmarse que nuestros sistemas penales operan cotidianamente como si hubieran sido diseñados para violar sistemáticamente tales derechos.

Una de las razones por las cuales no ha cumplido con el programa iluminista está relacionada con la ideología inquisitiva. La necesidad de investigar la verdad y la consideración de que la actividad acusatoria del Ministerio Público está objetivamente dirigida han provocado que los jueces y los fiscales compartan un objetivo común vinculado a la persecución penal. Porque el fiscal actúa de acuerdo con la regla de objetividad, no se considera injusto que el juzgador colabore –o, en algunos casos, reemplace– con la actividad acusatoria. Nuevamente, como en los tiempos de la inquisición, se confunden las funciones requirentes y decisorias. Como consecuencia, el juez penal se convierte en otro acusador, sin tener en cuenta que su función no es la persecución. Una vez interesado el juez en la persecución, resulta imposible que lleve adelante esta persecución y, además, controle su propia actividad para respetar los límites establecidos por el marco de garantías individuales.

20.- Citado por ROXIN, C. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA. VV., De los delitos y de las víctimas, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 141.

21.- Aun cuando el sistema esté basado en la acción privada, ello no impide la subsistencia de la acción pública en algunos supuestos excepcionales, que involucren de modo claro los intereses de todos los grupos sociales, tales como, por ejemplo, atentados contra el orden constitucional, presupuesto fundante del carácter de sujetos de los individuos.

22.- Cfr. CÓRDOBA, F., op. cit., p. 84.

La función de juzgar los casos que son presentados con imparcialidad resulta de cumplimiento imposible en cuanto el juzgador crea que su tarea consiste en perseguir el delito.

En el modelo acusatorio material, las garantías cumplirían una función distinta a la que cumplen actualmente. Su contenido adquiere una nueva significación cuando la acción penal es ejercida por el ofendido, que ahora consistirá en actuar como freno de las pretensiones del ofendido. El Estado pierde sus derechos de persecución, ahora en manos de la víctima, y su tarea se limita a decidir y controlar las actividades de los individuos involucrados en el conflicto. Las garantías, entonces, no tienden a impedir la arbitrariedad del poder estatal, sino a prohibir las pretensiones desmedidas del ofendido. Se produce una brecha, de este modo, entre los intereses del poder jurisdiccional y el poder requirente, que torna más difícil la confusión de ambas funciones. Esta brecha genera mayores posibilidades para la realización del programa de garantías limitadoras del poder penal.

Aun cuando no podamos asegurar que el sistema acusatorio material pueda revertir la situación a que hemos llegado por la persecución pública, otra circunstancia abona la elección de la persecución privada. Este sistema carece de una característica fundamental de los sistemas penales actuales: su importancia como instrumento de control social. Si son los sujetos involucrados en el conflicto quienes deciden si los sucesos tienen o no carácter conflictivo, el Estado pierde la discrecionalidad sobre esta decisión, y con ello, el control acerca de lo penalmente relevante. El ejercicio del poder penal, el poder más violento ejercido por los Estados modernos, ya no puede ser dirigido por éste. Si el procedimiento es, en cierto sentido, una oportunidad para la clarificación y la verificación axiológica de las normas sociales, estas dos funciones ya no quedan en manos del Estado, sino que terminan repartidas entre todos los individuos.

El sistema propuesto redefine el rol de los órganos que actualmente intervienen en la persecución penal. Estos órganos tienen, en este contexto, la obligación de actuar al servicio de los individuos y de proteger sus derechos.

* * *



Autor: Rosita Portuguez

EJECUCIÓN Y PROCESO PENAL

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático de la Universidad de Sevilla
Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología

El mundo del derecho penitenciario se caracteriza por ser un mundo completamente diferente ajeno a la realidad cotidiana de las prisiones, tanto es así que se ha dicho muchas veces que la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir.

¿Cuáles son los problemas en términos generales con que se ha visto el control judicial de la pena privativa de libertad y por dónde pienso que puede ir la solución o el encaje más adecuado de esta figura judicial en el marco en el espacio carcelario? El control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad es una vieja reivindicación político criminal que se pierde en la oscuridad de los tiempos, en realidad podríamos decir que desde que el Estado se hace tripartito, al Poder Judicial se le asigna la competencia no sólo de juzgar sino también de ejecutar lo juzgado, de manera que se puede decir que la judicialización, o sea el control judicial de la ejecución de la pena, se enmarca dentro de un programa más ambicioso de la juridización de todo lo que es la ejecución de la pena; como tal, la juridización de la ejecución de la pena es enormemente positiva, no solamente para la ejecución de la pena, sino también para el conjunto del sistema penal. Que podamos conseguir un sistema previsible, controlado y un sistema penal que está vinculado con determinados criterios y determinados principios es en términos generales muy positivo, de manera que acentúo esto para que quede bien claro que todo lo que podamos avanzar en el campo del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad hay que valorarlo desde el punto de vista político criminal y político penitenciario como muy positivo. Positivo porque permite prever, permite seleccionar la conducta, permite distanciar los distintos protagonistas del conflicto penal, permite también trabajar con mesura sobre las alternativas de la pena privativa de libertad, positivo por todas estas razones. Otro aspecto que es importante también dejar claro es que cualquiera que sea la orientación que tenga el sistema penal de las muchas orientaciones que se le han ido asignando a través de su historia, ya hablemos de un sistema penal orientado hacia la retribución, ya hablemos de un sistema penal, orientado hacia la prevención general o especial, está claro que en el marco de un Estado de derecho la finalidad del sistema penal, sea cual sea, tiene que estar siempre sometida a los propios principios que sirven de fundamento al Estado de derecho.

El derecho penitenciario, o mejor dicho la ejecución de la pena privativa de libertad, se inserta dentro del sistema penal; sistema penal que, como se ha dicho tantas veces, no es más que una forma de sistema de control social que se encuentra formalizado y comparte con el resto de los sistemas de control social las normas, la sanción y el proceso. El sistema penal protege, formaliza y recubre de una serie de garantías esos tres elementos a los que otros sistemas de control social no le dan esos niveles de formalización, ergo, otra idea que está fuera de dudas es que la ejecución de la pena privativa de libertad está inserta a todos los efectos positivos y negativos dentro de la administración de justicia penal. Pero si analizamos las distintas fases de que se compone el sistema penal observamos con sorpresa que las garantías emanadas del Estado de derecho no gravitan con la misma presión en cada una de las fases; vemos que la actividad policial y la actividad penitenciaria se desarrollan con mucha más liberalidad, arbitrariedad, discrecionalidad que la actividad propiamente judicial, de manera que se podría establecer mediante unas coordenadas un dibujo en forma de U, de manera que los momentos que pudiéramos llamar extremos o polares de todo lo que es el sistema penal, es decir la actividad policial y penitenciaria vendrían a coincidir con los momentos en donde menos garantías se establecen para el justiciable. Basta pensar por ejemplo, cómo la actividad policial y penitenciaria está impregnada de una serie de principios políticos con los que no juega o no actúa normalmente el Poder Judicial; principios de oportunidad, de adecuación, de seguridad, de idoneidad, de conveniencia, todos estos

principios están constantemente presentes en el desarrollo de las actividades de policías y funcionarios de instituciones penitenciarias. Comparativamente con la actividad de los jueces, la actividad policial y penitenciaria presenta una opacidad y un hermetismo cualitativamente más importante, de manera que lo que se hace en las comisarías de policía, los criterios por los que se detiene o no, o por los que el atestado pasa o no al juzgado de guardia, como lo que se hace en las prisiones por los funcionarios de prisiones, está revestido de un cierto hermetismo y opacidad que sin embargo no se acompaña a la actividad de los jueces que es completamente transparente para el mundo del derecho positivo.

Por otra parte, las propias normas reguladoras de estas tres actividades juegan de manera muy distinta o se han desarrollado a lo largo de la historia de forma completamente diferente. Piensen ustedes los niveles alcanzados de diferenciación, sistematización y definición de conceptos que hay en las leyes procesales o en las leyes penales; compárenlos en cambio con esos mismos niveles en el ámbito de la actividad policial o en la actividad de los trabajadores penitenciarios. Como consecuencia de todos estos presupuestos, el exponente máximo del control, que es la praxis judicial, necesariamente tiene que mostrar carencias y dificultades. Si tenemos una actividad opaca y hermética, si tenemos una legislación no suficientemente diferenciada y sistematizada, y si además se trabaja con criterios que son eminentemente de carácter político, la consecuencia es que el Poder Judicial encuentra constantemente obstáculos y obstruccionismo a realizar con la misma eficacia un control de estas actividades, eso no es lo más paradójico, lo más paradójico es que además esta carencia de control garantístico en estas dos actividades, la policial y la penitenciaria, no encuentra explicación desde el punto de vista de la importancia que en el conjunto del sistema penal tienen precisamente estas fases, no desde el punto de vista del jurista sino desde el punto de vista de las ciencias de la conducta; desde el punto de vista de las ciencias de la conducta lo verdaderamente definitorio del sistema penal no es tanto la actividad judicial como la actividad policial y la actividad penitenciaria. La actividad policial, en la medida en que si no hay actuación policial las normas penales carecen de eficacia intimidatoria; la capacidad selectiva que tienen las fuerzas policiales, sobre todo en relación con los delitos de bagatela de escasa entidad es enorme. La utilización de esos criterios a los que me he referido antes permite una enorme discrecionalidad a las fuerzas de policía de la que en absoluto disponen los jueces o el Poder Judicial. Otro tanto se puede decir en relación con el mundo penitenciario, la enorme cantidad, cada vez mayor, de medidas indulgentes que se están concentrando en torno a la fase de la ejecución de la pena privativa de libertad, tales como beneficios penitenciarios, permisos de salida a régimen abierto, libertad condicional, etc., de acuerdo con las legislaciones de cada país, está haciendo que los órganos administrativos penitenciarios sean realmente los que producen la configuración exacta de la pena privativa de libertad, de la pena de prisión; es verdad que los jueces deciden el tiempo de duración, entre comillas claro, de la pena privativa de libertad pero es completamente ajeno al poder de los jueces decidir la intensidad con que se debe aplicar la privación de libertad y esa intensidad puede ser considerablemente mermada hoy día gracias a los institutos jurídicos penitenciarios. Y ¿qué explicación dar por lo tanto a esta diferencia cualitativa que hay en cuanto a los controles jurídicos del Estado de derecho en torno a las distintas fases del sistema penal? ¿Cómo explicar que si la curva que habíamos dibujado antes en forma de U señalando los dos extremos superiores, la actividad policial y penitenciaria como las menos formalizadas, no coincide sino a la inversa con la curva de la importancia que en el conjunto del sistema penal tienen estas dos actividades? Sin lugar a dudas la explicación de esa falta de interés en establecer las garantías del Estado de derecho sobre esos dos extremos del sistema penal tiene mucho que ver con la institucionalización de cada una de esas fases; la proximidad que hay entre el justiciable, el reo, el imputado, el condenado y la administración de justicia no es la misma en cada una de estas fases, o dicho en otros términos, el distanciamiento es mayor en el momento de la determinación judicial y es mucho más inmediato en el momento de la actividad policial y de la actividad penitenciaria. Cuando se eliminan todas las trabas garantísticas del Estado de derecho en esas dos fases se está queriendo transmitir un mensaje al justiciable diciéndole cuál es la dimensión auténtica del sistema penal como sistema de control social, su arbitrariedad, su falta de

garantías, su lesión al principio de igualdad, etc. Esto en el campo del derecho penitenciario o en el campo de la ejecución de la pena privativa de libertad resulta particularmente interesante de estudiar, que las garantías del Estado de derecho a estas alturas de finales del siglo XX no hayan llegado a ser virtuales en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad, tiene mucho que ver con lo refractaria que resulta la cárcel a cualquier tipo de injerencia externa a ella misma. La prisión es ontológicamente resistente a someterse a cualquier tipo de control externo sea del tipo que sea, en el famoso libro de FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, en su última página, dice este filósofo francés que la cárcel no permite que desde fuera personas ajenas a ella establezcan ningún tipo de fiscalización, la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; no está subordinada al tribunal como un instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener, es el tribunal el que es por relación a ella exterior y subordinado.

Durante mucho tiempo la ciencia jurídica intentó dar una explicación a este obstáculo que existía de inserción de todo lo que es el espacio carcelario dentro de los controles de los principios del Estado de derecho, para ello se utilizó y usó fundamentalmente a lo largo del siglo XIX una tesis de origen administrativista que se conoce como la teoría de las relaciones especiales de sujeción, de manera que podemos decir que el Estado o la administración establece con determinados sectores sociales unas relaciones especiales de sujeción, en función o justificado por la realización de ciertos servicios públicos; esto es lo que ocurriría con la población penitenciaria, el mandato judicial de ejecución de la pena privativa de libertad determina que entre la administración y el condenado exista una relación especial de sujeción, esta relación especial de sujeción significa que la administración en función de la prestación de ese servicio establece unas relaciones no jurídicas con la población penitenciaria, una especie de relaciones internas o domésticas que le permite regular todo lo que es la ejecución de la pena privativa de libertad en un campo completamente ajeno al control del derecho. Esta tesis de la relación especial de sujeción, que curiosamente ha sido reactualizada en España precisamente a partir de la incorporación del control judicial después de la ley penitenciaria de 1979 sobre las instituciones penitenciarias, ha sido reutilizada por la jurisprudencia constitucional española; en sentencias reiterativas en aspectos muy problemáticos y muy delicados para los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Español ha venido a decir que entre la población penitenciaria y la administración penitenciaria existe una relación especial de sujeción. Evidentemente que ya no le da el contenido originario que esta tesis tenía, en el sentido de decir que es un campo ajeno al derecho, pero sí que es importante destacar, porque sin lugar a dudas este fenómeno se puede reproducir allá donde la legislación imponga un control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad, que con ella se debilita el propio principio de legalidad; el principio de legalidad que se reconoce en el ámbito de la ejecución no tiene la misma intensidad que tiene en el Derecho Penal sustantivo, y todavía más el Tribunal Constitucional Español ha llegado a decir que ciertos derechos fundamentales de la persona, como son por ejemplo el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, pueden verse mitigados, reducidos con respecto a la sociedad libre en virtud de la relación especial de sujeción que existe entre la administración penitenciaria y la población reclusa. En casos tan delicados como les decía antes, como el de las huelgas de hambre de los reclusos, entiende el Tribunal Constitucional que si un ciudadano libre se pone en una huelga de hambre de carácter reivindicativo no existe obligación ninguna de imponerle una alimentación forzada, pero si esto sucede en el ámbito penitenciario las relaciones especiales de sujeción justifican poder imponer una alimentación forzada a los reclusos. Seguro que si JELLINEK, que fue quien diseñó la teoría de la relación especial de sujeción, levantara su cabeza se llevaría las manos a la misma viendo hasta qué extremos el Tribunal Constitucional Español ha llevado la tesis de la relación especial de sujeción. Pero por encima de la tesis que en definitiva no plantea más que un problema local, en nuestro país está claro que en el Estado moderno de derecho es inconcebible que existan espacios de intervención de la administración que no estén jurídicamente regulados; si añadimos además la complejidad que ha ido adquiriendo todo el problema de la ejecución de la pena privativa de libertad en la medida en que se ha ido alejando de los postulados retributivos y se ha ido aproximando a postulados más relativos como son las

teorías preventivas y específicamente la teoría resocializadora, que concibe la ejecución de la pena privativa de libertad como un lugar o un espacio de tiempo en donde se ejercita un aprendizaje de integración social, es lógico pensar que se haya dado paso paulatinamente en los distintos países a la figura del juez de vigilancia penitenciaria y juez de ejecución de las penas. En la actualidad vemos como esa jurisdicción que se conoce como jurisdicción penitenciaria o mejor sería competencia penitenciaria de Poder Judicial, se va asentando en las legislaciones de los distintos países, pero esta incorporación del juez de vigilancia penitenciaria ni es pacífica, ni a mi juicio es acabada; creo que nos encontramos en lo que podríamos llamar un momento de transición en cuanto al control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad; creo que estamos en un momento de transición entre una situación absolutamente hermética y ajena al control judicial, a una situación en donde definitivamente el Poder Judicial se haga cargo de la ejecución de la pena privativa de libertad. La incorporación no ha sido en absoluto pacífica; voy a señalar en forma resumida los tres órdenes en los que yo creo que ha habido mayor dificultad de integración eficaz del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad. En primer lugar, con respecto a la incorporación de los jueces de vigilancia penitenciaria se ha planteado un problema de falta de cualificación. Efectivamente el juez de vigilancia penitenciaria se ha encontrado con un quehacer que es completamente ajeno al quehacer natural del Poder Judicial; las cárceles son microsociedades que funcionan con una enorme diversidad de problemas, en donde se confunden problemas sanitarios con problemas educacionales, problemas de tratamiento de las personas, problemas terapéuticos, problemas para los que normalmente el juez de vigilancia penitenciaria no está profesionalmente cualificado; nuevamente en este terreno los brasileños han tenido el gusto de ser pioneros además en crear la propia figura del juez de vigilancia penitenciario, en ampliar sus competencias, quizá porque en su ordenamiento jurídico la idea del control judicial ya esté más asimilada. Lo cierto es que el ordenamiento jurídico brasileño permite a los jueces de vigilancia penitenciaria una serie de actividades que hoy por hoy no están conquistadas todavía en la mayoría de los países; actividades en relación con el control de los programas terapéuticos resocializadores en relación con los condenados. Yo no sé cómo está la situación en Argentina, pero me pregunto en relación con mi país cómo puede un juez de vigilancia penitenciaria controlar un programa terapéutico resocializador, qué sabe un juez de vigilancia penitenciaria sobre resocializar, qué es un programa terapéutico, qué es una psicología; si apenas sabe derecho penitenciario, cómo va a saber lo que tiene que hacer un condenado o lo que tiene que hacer un equipo técnico para alcanzar la resocialización de los condenados; situación que por cierto es creada por la propia normativa, es decir, tampoco interesa mucho, por las razones que apunté antes, favorecer que el juez de vigilancia penitenciaria pueda tener conocimientos y tener cualificación suficiente como para controlar esos programas; pero no solamente en el aspecto de los programas terapéuticos, también en los aspectos que se refieren a los controles de los establecimientos penitenciarios. Como ya les he dicho, se trata de microsociedades en donde el juez tiene que conocer algo de medicina para saber si los instrumentos de la enfermería son o no adecuados, lo mismo tiene que saber de educación, de los tratamientos que se hacen, los beneficios que se aplican, etc.; no cuenta con formación personal ni con un equipo de profesionales especializados suficientemente independientes como para que le garanticen una información fidedigna para llevar a cabo el correspondiente expediente; problemas por lo tanto de cualificación, problemas de orden jurisdiccional; el juez de vigilancia penitenciaria en su praxis judicial es un juez que está inserto en un *totum revolutum*, de manera que no sabe exactamente a qué perfil ésta responde; un doble procedimiento a veces actúa en primera instancia, otras actúa en segunda instancia, a veces existen órganos jurisdiccionales específicos, órganos penitenciarios específicos, jueces de vigilancia penitenciaria y tribunales penitenciarios, pero en otras ocasiones, como sucede por ejemplo en España, el juez de vigilancia penitenciaria es controlado de forma bifurcada, bien sea por el órgano judicial sentenciador, bien sea por la audiencia de la jurisdicción común, lo cual entraña un auténtico bosque procedimental de muy difícil solución en la práctica y que lógicamente perjudica la agilidad y eficacia del control judicial; doble procedimiento, doble competencia. El juez de vigilancia penitenciaria se encuentra abocado a controlar dos materias que son

de naturaleza jurídica completamente distinta, por una parte la ejecución de la pena privativa de libertad y por otra parte el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La pena privativa de libertad por su naturaleza tiene en común con el resto del sistema punitivo que se cumple igual que la pena de multa, la pena de inhabilitación o cualquiera otra de las penas que forman el elenco del Derecho Penal se cumple, pero a diferencia del resto de las penas, la pena privativa de libertad además se ejecuta, de manera que podemos hablar en relación con ella de dos aspectos completamente distintos, el si y el cómo, por esa doble coordenada a la que antes hice referencia de la prolongación en el tiempo y de la intensidad en la limitación de la privación de la libertad, esa doble competencia provoca también una dificultad en la actuación del juez de vigilancia penitenciaria de ejecución de pena hasta tal extremo que en algunos países, como en la República Federal Alemana existen dos órdenes jurídicos y dos órdenes jurisdiccionales completamente distintos; el orden jurisdiccional y el orden jurídico que tiene relación con el cumplimiento de la pena y el orden jurídico y jurisdiccional que tiene relación con la ejecución de la pena. Nuevamente vemos una figura híbrida difícil de ubicar en un esquema preconstruido que facilite su actuación. Doble procedimiento, doble competencia, doble función. El juez de vigilancia penitenciaria del ordenamiento jurídico italiano cumple hasta cuatro funciones distintas, consejos, deliberaciones, controles y resoluciones; no creo que haya en todos los órganos judiciales un juez que tenga que actuar en tantos órdenes funcionales distintos como se le exige al juez de vigilancia penitenciaria, de manera que a la vez que está resolviendo está haciendo labores de consulta, labores de deliberación y labores de control, control en el sentido activo y pasivo, y por último es común a los distintos países en relación con el problema del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad el conflicto entre administración penitenciaria y juez de vigilancia penitenciaria; se ha hablado mucho tiempo de que el juez de vigilancia penitenciaria ejerce una jurisdicción delegada del órgano judicial sentenciador y punto, incluso se ha dicho que ejerce una función delegada en el colmo de las contradicciones, de la propia administración penitenciaria; lo cierto es que la actividad del juez de vigilancia penitenciaria se ha calificado siempre críticamente como la administrativización de un órgano judicial, se entendía que estábamos convirtiendo al juez de vigilancia penitenciaria en un super director que a lo único que venía era a solapar las funciones naturales que ejercían los directores de las prisiones; en un auténtico encaje de bolillos se trata de distinguir entre lo que son actividades de organización, gestión e inspección que corresponderían a los órganos administrativos penitenciarios, de lo que serían actividades de ejecución y control de la ejecución de la pena privativa de libertad. Sé que entre ustedes hay trabajadores penitenciarios y ustedes saben en la praxis lo difícil que resulta distinguir entre gestión, administración e inspección de una actividad penitenciaria y control de la misma. De hecho la legislación penitenciaria española puede ponerse como ejemplo de lo que no se ha podido nunca conseguir desde el año 79 en que existen los jueces de vigilancia penitenciaria. La institución judicial ha sido un permanente rosario de conflictos, que es además alimentado por una absoluta falta de normativa que ayude a resolverlos. En un alarde por avivar esta conflictividad entre jueces y administración penitenciaria el artículo 77 de la Ley Penitenciaria indica que los jueces en relación con los temas de régimen, tratamiento, cuestiones económicas, cuestiones laborales, lo único que pueden hacer es dirigirse a la administración haciendo sugerencias; pero qué hay en la cárcel que no sea régimen, tratamiento, cuestiones económicas, cuestiones laborales, qué quedaría entonces si nos atenemos a una interpretación literal del artículo 77. Todo esto está a mi juicio fomentando una conflictividad que genera una situación de ineficacia en el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad. Después de más de 10 años de vigencia de la jurisdicción penitenciaria en España se puede decir que salvo contados casos en donde lo que prima es el compromiso progresista y el voluntarismo o como el de Manuela Carmena quien se jugó a que le abran un expediente por intentar llevar a una virtualización eficaz la figura del juez de vigilancia penitenciaria en el ámbito de las cárceles, salvo esos contados casos en el resto lo que se ha producido es una desidia degenerativa de adaptación a una realidad que le viene ya preordenada e impuesta. Y termino mi intervención aventurándome a hacer algunas propuestas, unas más concretas, otras más abstractas, en torno a lo que considero que es o que debe de ser,

el punto final de encuentro de ese principio del Estado de derecho que es el control judicial eficaz y absoluto de todas las fases del sistema penal. Empezando por decir que entiendo que la ejecución de la pena privativa de libertad es una fase más de la administración de justicia penal y que nada justifica que si la determinación de la pena está absolutamente sometida a la jurisdicción no lo esté la ejecución de la pena; por lo tanto y buscando una figura análoga para simplificar las soluciones entiendo que debiera tratarse al funcionario de prisiones de forma equivalente o análoga a como se trata a la policía judicial; el funcionario de prisiones está o debe estar de *lege ferenda* bajo la dirección del juez y tiene como misión auxiliar a la actividad del juez de vigilancia penitenciaria en cuanto que de él depende la organización, gestión e inspección de la ejecución de esta fase del sistema penal. Pero claro está un juez va a seguir, por razones de tipo orgánico, un modelo jurisdiccional predeterminado que encaja mal con lo que el juez de vigilancia penitenciaria para ser verdaderamente eficaz tendría que desarrollar en el campo del derecho penitenciario; ¿qué duda cabe?, nosotros no podemos darnos por satisfechos si lo único que queremos es reproducir la función jurisdiccional ordinaria en el campo penitenciario, eso no sería suficientemente eficaz. Hemos de partir de las especificidades que presenta la población penitenciaria, los presos son los parias del derecho, son personas que están acostumbradas a ser tratadas como objetos del derecho y no como sujetos del derecho; y por lo tanto sólo un juez que tenga una intervención activa, que incite a la población penitenciaria a ejercer sus derechos podría llegar a obtener un resultado eficaz de su gestión. El principio de igualdad exige tratar de forma desigual lo que es desigual y es desigual la población penitenciaria con respecto a la población libre; en la población libre no tendría sentido un juez que buscara la conflictividad para resolverla, en la población penitenciaria a mi juicio está completamente justificado, porque de lo contrario si los condenados no confiaron nunca en la administración de justicia penal que les condenó, difícil es que terminen confiando en el juez de vigilancia penitenciaria. Por lo que se refiere a las actividades, hay algunas actividades de *lege ferenda* que me parece que tendrían que ser urgentemente incorporadas dentro de las actividades a desarrollar por los jueces de vigilancia penitenciaria; es importante a mi juicio que los mismos controlen toda la normativa no jurídica que se aplica en los centros penitenciarios, normativas, como son las normas de régimen interno, que para regular las cuestiones concretas de cada establecimiento penitenciario; las normas del régimen interno no son normas jurídicas y por lo tanto el juez de vigilancia penitenciario que tiene bajo su jurisdicción un determinado establecimiento está obligado a aprobarlas como una función preventiva; el juez de vigilancia penitenciaria deberá intervenir también en la distribución de los horarios, en la distribución de las actividades del centro, en la distribución de los presupuestos económicos. Todas estas son actividades que en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad pueden degenerar en lesiones a veces irreversibles de los derechos fundamentales de los condenados y por lo tanto la única objeción por la que uno podría entender que no debe intervenir un juez en esas actividades porque no son funciones jurisdiccionales es una razón formal, lo importante no es en lo que interviene el juez. Finalmente debe garantizarse que el juez se sienta plenamente independiente en el ejercicio de su función jurisdiccional; eso es lo que tenemos que seguir salvando de la figura del juez de vigilancia penitenciaria para que pueda eficazmente completar el control de la administración de la justicia penal.

* * *

DOCTRINA NACIONAL

ALGUNOS ASPECTOS IMPORTANTES EN EL ESTUDIO Y APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO(*)

Dr. Mario Houed V.
Profesor de la Universidad de Costa Rica. Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

I.- La Teoría del Delito. Su utilidad práctica.

El Derecho Penal, como parte importante del control social institucionalizado, debe procurar una adecuada comprensión de sus temas de estudio, lo que normalmente depende en gran medida del desarrollo de nuestra cultura y de las circunstancias, de muy variada clase, que le rodean. De ahí pues, que trate de ajustar sus principios y normas (la llamada dogmática) a la realidad y de obtener una interpretación coherente y lógica –en lo que resulte posible conforme a la racionalidad que dicha labor supone–, pues construir una teoría alejada por completo de aquélla sólo produciría un grave desequilibrio en las relaciones armónicas que cabe esperar entre una y otra. Lo anterior suele llevarse a cabo, además, con el importante auxilio que el Derecho Penal recibe a su vez de diversas áreas y disciplinas que le brindan sus conocimientos (la criminología, la psicología, la sociología, la historia, etc.) así como con la necesaria implementación de un sistema para su análisis, el cual no puede entenderse como un instrumento acabado y estático, completo en sí mismo, sino como algo perfectible que "debe estar sometido a la permanente crítica del devenir del mundo".[1]

De acuerdo con las razones expuestas, es una tarea ineludible definir con claridad el objeto principal de dicho planteamiento con base en ciertas directrices o líneas estructurales que permitan el mencionado acomodo teórico práctico que se pretende. Por ello un concepto de "delito" que no establezca ninguna diferencia con cualquier otro modo de acciones humanas conflictivas resultaría inocuo: por ejemplo, no es lo mismo negarse a pagar el precio convenido por la reparación de un electrodoméstico (lo cual puede orginar el correspondiente reclamo ante el incumplimiento del compromiso), que sustraer por la fuerza el citado artefacto del sitio en que se encuentra, omitiéndose la cancelación de su arreglo. Esto es así porque no todas las conductas indeseables, inmorales, o reñidas con la normal convivencia humana, abren la posibilidad de una sanción penal.

La Teoría del Delito, entonces, como parte de la ciencia penal, se ocupa de explicar qué es el acto ilícito para tales fines; es decir, tiene la misión de señalar cuáles son las características o elementos esenciales de cualquier delito. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas de estudio o útiles para otros efectos (por ejemplo en el ámbito social o criminológico), pero no para precisar el hecho específico que la legislación represiva castiga. En síntesis, como apunta el profesor Raúl Zaffaroni, la Teoría del Delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto,[2] razón por la que no puede limitarse a definirla como una conducta dañosa que afecta intereses de terceros, o que vulnera los derechos de sus semejantes, o peligrosa para la convivencia social, etc., como tantas propuestas que suelen hacerse para significar un hecho contrario a las costumbres ciudadanas dentro de una comunidad.

a.- ***El concepto de delito para el Derecho Penal. Breve desarrollo de su evolución.*** Con apoyo en lo expuesto, puede decirse que la doctrina más autorizada ha logrado uniformar su criterio al señalar que el delito consta de cuatro elementos

(*) Colaboró en la revisión de este artículo el Lic. Alexánder Rodríguez Campos, especialista en Ciencias Penales.

1.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, sexta edición, Ediar, Argentina, 1986, p.13.

2.- Ib., p. 318.

básicos o niveles analíticos, que son ***la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.***[3] Sin embargo, no siempre ha sido así, ni los contenidos asignados a cada uno de ellos son aceptados pacíficamente o de modo unánime. Hasta principios del presente siglo (1906), no se contemplaba el delito de tal manera, e incluso hasta antes de la segunda mitad del siglo XIX se desconocían los referidos elementos, examinándose aquél –en esa época– desde dos puntos de vista: la parte objetiva (*imputatio facti* o imputación del hecho) y la parte subjetiva (*imputatio iuris* o imputación de derecho). La primera se refería a la atribución de responsabilidad por la parte externa del hecho y el mal causado en el mundo exterior, mientras que la segunda concernía a la responsabilidad por la parte interna, esto es, la capacidad, conocimiento, intención, móviles, etc., del sujeto.[4] Después de mediados del siglo XIX los aportes de la doctrina alemana van precisando más el examen de los diversos aspectos del delito, surgiendo el elemento *acción* como requisito básico suyo, acuñándose poco después (1867) por Ihering en el campo del Derecho Civil– el concepto de antijuridicidad (como categoría jurídica objetiva que significaba contrariedad a Derecho). Dicho término se trasladó al área penal particularmente por Von Liszt (1881), siendo entonces la ***acción antijurídica*** (que sustituyó en buena medida la llamada acción ilícita, injusta o ilegal) el núcleo del delito.[5] Pero como la sanción penal clásica exige –por lo menos como regla general– la responsabilidad subjetiva (a diferencia de lo que suele ocurrir en el aspecto civil), se agregó el requisito de la ***culpabilidad*** (que venía a determinar esa clase de responsabilidad del individuo ante un acto concreto suyo), concepto utilizado inicialmente por Merkel y Binding, y, perfilado modernamente, como último elemento del delito contrapuesto al de la antijuridicidad, por el mismo Von Liszt (1881). Faltaba sin embargo el elemento ***tipicidad***, derivado del concepto de tipo, ya que resultaba obvio que no toda acción antijurídica y culpable podía ser sancionada como delito, a menos que se admitiera que ello era así sólo cuando la ley la reprimía con una pena. Surge entonces el citado elemento, establecido en un principio sólo como comprensivo de los aspectos objetivos o externos del hecho previsto en la descripción legal.

b.- ***El denominado concepto clásico de delito. El causalismo.*** Al concepto anteriormente mencionado (acción típica, antijurídica y culpable) se le suele considerar el concepto clásico de delito, el cual, según se dijo, comenzó a desarrollarse de forma cuatripartita a comienzos del siglo XIX, y cuyo estudio doctrinario va a ser influenciado más tarde por el positivismo científico.

Es así como, con base en el método analítico de este último, se llega a distinguir y separar claramente los mencionados elementos del hecho delictivo, estableciendo sus contenidos del siguiente modo: ***La acción***, concepto ontológico base de los demás, era de carácter descriptivo, naturalista y causal (por lo que se denominó causalistas a los impulsores de esa teoría de la acción o criterio, cuya concepción vendría a determinar los restantes elementos de aquél). Es decir, se entendía la acción como impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal que supone la causación de un resultado,[6] por lo que puede decirse que se trataba de una visión fundamentalmente objetiva, donde lo que se destaca es el aspecto causal de las modificaciones o cambios en el mundo exterior que provienen de aquélla, sin que se detenga a examinar el contenido propio de la citada voluntad (esto es, sin que interesara en este primer nivel qué fue lo que se propuso el sujeto, o el fin que lo llevó a realizarla).

El tipo y por ende la ***tipicidad*** (acción típica), también tiene un carácter objetivo, pues sólo comprende los elementos externos u objetivos del hecho previsto en la descripción legal (que por lo común son los únicos que aparecen expresados en la norma). De esa manera quedaban fuera del tipo todas las circunstancias subjetivas o internas del delito (por ejemplo el conocimiento, las intenciones, móviles, el

3.- Cabe advertir que un sector minoritario de la doctrina pretendió incluir a la punibilidad como un quinto elemento del delito, lo cual hoy día suele rechazarse al estimar que aquélla surge precisamente como consecuencia del hecho delictivo que la ley sanciona (por ser una acción típica, antijurídica y culpable), sin olvidar que incluso en ciertos supuestos, pese a la existencia de tales elementos, no se impone pena alguna (por ejemplo en las llamadas "excusas absolutorias" o en otras situaciones similares).

4.- Para mayor información sobre este tema ver de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Iniciación a la Teoría General del Delito*, Editorial UCA, Managua, Nicaragua, 1995, pp. 13 y ss.

5.- Ib., p. 15.

6.- Von Liszt la definía como una inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural y de acuerdo con las leyes causales de la naturaleza, provoca una mutación o cambio en el mundo externo, perceptible por los sentidos.

descuido, o la actitud interna del sujeto, etc.) las que pertenecían a la culpabilidad (dolo y culpa). Por otra parte la tipicidad tiene un carácter descriptivo y no valorativo, ya que se afirma que el hecho simple de que una conducta esté descrita en la ley penal no implica todavía una valoración negativa ni positiva, sino neutra.

La ***antijuridicidad*** también es para esta concepción un elemento objetivo, valorativo y formal, pues sólo se enjuicia la parte externa del hecho: lo antijurídico o contrario a derecho consiste en modificar o perturbar un estado o situación jurídica valiosa, y aunque se hace una valoración negativa de la acción, lo valorativo recae sobre lo objetivo (ya que lo que se valora negativamente de la conducta son los resultados externos, malos o indeseables jurídicamente).

Por último, es en la ***culpabilidad*** donde se sitúan todos los aspectos subjetivos del delito conforme ya se indicó. Al igual que en la acción se hablaba de un *nexo* causal material entre el movimiento y el resultado, en la culpabilidad se da la relación o el nexo *psicológico*, no material, entre el autor y el hecho. Ello da lugar a las formas de culpabilidad que reiteradamente mantuvo la anterior doctrina sustentadora de este concepto: el dolo y la culpa. El *nexo* psíquico que en el caso del primero une al sujeto con el hecho, es la voluntad de querer el resultado e incluso la intención (ya que aquél conoce lo que hace y quiere que se produzca); y aunque en el caso de la culpa resultaba más difícil encontrar dicho nexo, los seguidores de esta corriente lo ven en que se quiso la acción en sí, o en que se conoce o se podía conocer la producción del hecho típico.

Para finalizar este punto cabe advertir que como presupuesto de la culpabilidad se exigía la *imputabilidad* (es decir, la capacidad individual bajo condiciones de madurez y normalidad psíquica), así como otras circunstancias subjetivas del agente: propósitos, fines específicos que lo determinaron, condiciones particulares, etc., las que podían graduar o excluir la culpabilidad.

c.- ***El concepto neoclásico del delito.*** Puede señalarse que la línea divisoria más relevante para el concepto clásico del delito se daba entre la parte objetiva (acción, tipicidad y antijuridicidad) y la parte subjetiva (la culpabilidad). Pero ello no satisfacía completamente a quienes se ubicaron bajo el dominio, en el campo jurídico, de la filosofía neokantiana, de modo más particular en el área del Derecho Penal influenciada por la filosofía de los valores de la llamada escuela sudoccidental alemana, que había abandonado el enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente se da énfasis a lo normativo y axiológico, diferenciándose –entre otros aspectos– las llamadas ciencias del espíritu (a las que pertenece el Derecho) en el objeto y método empleado por las ciencias naturales (ya no va a ser, por ejemplo, el método empírico y de observación de estas últimas el que se utilice, sino que lo esencial es aprender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las obras y situaciones humanas).

La anterior característica se transmite a la ***concepción neoclásica del delito***, dando lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con enfoque normativo valorativo, no siendo tan trascendente que se separen de modo tajante los elementos objetivos y subjetivos, pues se admite que puedan entrecruzarse. Así pues, en el elemento ***acción*** se mantiene el concepto tradicional, aunque despojado de su carácter naturalista y entendido de modo más amplio: se define ahora como conducta humana (o comportamiento), externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de voluntad hacia el exterior. La acción ya no es el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa con olvido de la pasiva, pues se piensa entonces en los delitos de omisión). Sigue manteniéndose, sin embargo, un concepto causal, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental es el aspecto externo (de carácter material o ideal) del comportamiento del sujeto y aunque se acepta que la conducta pueda ser activa o pasiva, lo habitual será la primera, con la causación de un resultado, en tanto que para la pasiva se señala la provocación de un "resultado" con su inactividad, que consiste precisamente en la no modificación del mundo exterior cuando así se requería.

Poco después surge un nuevo ***concepto de acción***, que es el ***social***, con un enfoque valorativo más destacado (concibe a aquélla como un comportamiento humano socialmente relevante, lo que en varios autores apareció unido a la exigencia de imputación objetiva del resultado, "...de modo que

negaban ya la cualidad de acción a la causación de un resultado que no sea jurídicamente imputable al acto...").[7]

El tipo ya no es, para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, y aunque su función es meramente indiciaria de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que concibe al tipo con carácter esencialmente valorativo (es la llamada concepción del tipo como ***ratio essendi*** de la antijuridicidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad). Este enfoque mantiene a su vez dos vertientes distintas: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado (Mezger) y la teoría de los elementos negativos del tipo (Frank). Para tales posiciones, el tipo es un *tipo de injusto*, sin que deba hablarse de acción típica y antijurídica, sino de acción típicamente antijurídica.

Por otro lado en la concepción neoclásica que estamos examinando, el ***tipo*** se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir "elementos subjetivos del tipo" que son ánimos o fines específicos, distintos del dolo (por ejemplo el ánimo de lucro en ciertos ilícitos). La ***antijuridicidad*** se observa con mayor o total vinculación a la tipicidad según se dijo (se habla no solo de un concepto formal de antijuridicidad–como mera comprobación lógica de la contrariedad con las normas jurídicas–, sino que se comienza a utilizar un concepto material de ella, como dañosidad o nocividad social de la conducta). En la ***culpabilidad*** se produce un cambio significativo, pues se abandona la concepción psicológica y se sustituye por el llamado concepto normativo, según el cual aquélla se entiende como "reprochabilidad" o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta, corriente –que vale la pena advertir– se sigue manteniendo mayoritariamente en nuestros días, aunque con diversas modificaciones sobre el número y clase de los elementos que hacen posible esa censura individual.

d.- ***Los aportes del finalismo. Estructura compleja del tipo.*** Uno de los cambios más profundos para la Teoría del Delito lo produjo la denominada corriente ***finalista*** de la acción, especialmente al término de los años cuarentas y hasta la década de los sesentas, pese a que sus inicios pueden remontarse con Welzel a los años treintas, coincidiendo con los orígenes de la teoría social de acción, y con el auge del Derecho Penal de autor que luego señalaremos como un obstáculo para la evolución del Derecho Penal democrático.[8] El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuridicidad) van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquélla, es decir, su finalidad. Al principio en los delitos culposos Welzel seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante). Sin embargo, luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos también es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta al deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho). Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el ***tipo*** se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo); así pues, se estructura la ***concepción compleja del tipo penal***, dejando atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La ***antijuridicidad*** igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de

7.- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 28.
8.- Ib., p. 35 y ss.

contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía un quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevó a algunos autores a acusar al finalismo de "vaciar" la ***culpabilidad,***[9] se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que la señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja, eso sí, de elementos valorativos neutros (el dolo neutro) y le deja sólo aquéllos (como la conciencia del injusto) auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual. Tal posición, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado "*dolus malus*" (el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concebía como requisito de la culpabilidad plena) y lo sustituye por el concepto de "dolo natural" (ubicado en el tipo de injusto) que podría tener perfectamente un demente, un niño o un indígena que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable.

El finalismo se inclina por mayoría, entonces, hacia una teoría "estricta de la culpabilidad", frente a la cual surge la llamada "teoría limitada de la culpabilidad", que viene a ser la necesaria complementación de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya referida anteriormente, presentando ambas, enfoques distintos en áreas sensibles del último nivel de análisis del delito, en particular en lo que se refiere al error en las causas de justificación (justificación putativa), tema que luego será objeto de nuestro estudio.[10]

e.- ***Un paréntesis en la evolución del Derecho Penal democrático: El surgimiento del Derecho Penal de autor.*** Con el auge del nacionalsocialismo (nazismo) en Alemania, durante los años treintas e inicios de los cuarentas, surge la doctrina penal que lo apoya, conocida como Escuela de Kiel, impulsando el abandono del Derecho Penal de acto (o de hecho), el cual se consideraba con excesivas garantías en favor de los delincuentes, debido a la orientación liberal que avalaba la Teoría del Delito y de la pena; de ahí que suele usarse "Derecho Penal liberal" como sinónimo de Derecho Penal democrático, para contraponerlo al Derecho Penal autoritario o totalitario. Tal movimiento logra sustituir aquél por un Derecho Penal más intervencionista, "eficaz" y represivo, que es el Derecho Penal de autor, para lo que se requiere la construcción de "tipos de autor" (que sancionan ya no el hecho o el acto en sí, sino la personalidad o peligrosidad de los delincuentes, procurando su "adecuado" tratamiento).

La anterior concepción, pese a que ganó muchos adeptos a los regímenes totalitarios (puesto que permite reprimir a los disidentes con mayor facilidad al desprotegerlos de la tutela de sus garantías y derechos) nunca obtuvo unanimidad en la doctrina, ni siquiera en Alemania durante la oprobiosa dominación nazi, y, por el contrario, es sumamente criticada en la actualidad. Pese a ello hoy se reconoce que un pequeño sector del Derecho Penal de culpabilidad–que por lo general es Derecho Penal de acto–, contiene por excepción (a veces por derivación de ideas generales de "política criminal" que pretenden disminuir la delincuencia de modo poco ortodoxo) ciertas formas de Derecho Penal de autor, lo que no deja de ser cuestionable.

En cualquier caso es cierto que todo el Derecho Penal de peligrosidad se sustenta sobre un Derecho Penal de autor, mientras que el Derecho Penal de culpabilidad (establecido dentro de un sistema de Derecho Penal liberal o democrático) debe fundamentarse sobre un Derecho Penal de acto, aunque se le critique por contemplar excepcionalmente modalidades del primero.[11]

II.- PANORAMA ACTUAL SOBRE EL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO.

9.- Cabe advertir que el contenido de la culpabilidad no queda tampoco reducido con el finalismo "...a los elementos primero y último del concepto neoclásico de culpabilidad, o sea, a la imputabilidad y la ausencia de causas de exculpación, sino que Welzel señala que tras la imputabilidad (y antes de la ausencia de causas de exculpación) operan como requisitos de la culpabilidad, la libertad o poder actuar de otro modo –lo que también iba sobreentendido en la concepción normativa neoclásica– y, sobre todo, la conciencia de la antijuridicidad..." LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., pp 38 y 39.

10.- Ver al respecto de Zaffaroni, Raúl. Op. cit., p.p. 527 y ss.

11.- Para mayor información sobre este tema consultar: ZAFFARONI, Raúl. Op. cit., pp. 72 y 73.

a.- Generalidades.

No cabe duda de que el Derecho Penal de hoy se encuentra inmerso en una realidad sociopolítica que no le resulta muy favorable y que sus reconocidas deficiencias han convertido en un lugar común el que se aluda de modo reiterado a la "crisis" que enfrenta.[12] Ello no es un espejismo, pues por una parte, es evidente que sus mecanismos represivos y sus sanciones no han sido eficaces para disminuir el delito o disuadir seriamente a los infractores; es decir, la pena no ha cumplido satisfactoriamente su función de "prevención positiva" (entendida como aquélla que se dirige a quienes no han delinquido) ni de "prevención negativa" (dirigida a quienes ya delinquieron). Por otro lado, los legisladores e impulsores de la correspondiente normativa han continuado, en no pocos casos, con la práctica –endémica en América Latina– de seguir sancionando penalmente muchas conductas que tal vez no ameritan esa clase de control o que quizá pueden estar bajo la tutela de otras áreas jurídicas (por ejemplo del Derecho Civil, del Derecho Comercial, etc.) o a las que se les puede buscar soluciones "despenalizadas" (diálogo, conciliación, arreglos a nivel administrativo, etc.) que permitan un desahogo del sistema o al menos intentar un rumbo diferente para luego examinar sus resultados. Se ha acusado al referido sistema y al Derecho Penal de ser obsoletos e ineficaces, pero paradójicamente en ciertos casos se les quiere convertir en instrumentos más represivos ante los cuestionados problemas de "seguridad ciudadana", de supuesto fomento de la "impunidad", y de otras tantas congojas de nuestras comunidades (ciertas o ficticias) de las que muchos medios de comunicación de masa suelen hacer eco.

Sin embargo, en los últimos años, con la desaparición de regímenes autoritarios ha comenzado a aparecer con fuerza una corriente democratizadora de las instituciones punitivas que viene a dar nuevos aires a las ideas liberales de antaño, como lo es el respeto de los Derechos Humanos, el resurgimiento de las garantías constitucionales, la creación de organismos de tutela (nacionales e internacionales), que han venido a fortalecer la doctrina del Derecho Penal mínimo dentro de un marco de garantías que lo avalan. Ello no impide que algunos sectores minoritarios aboguen por criterios abolicionistas,[13] lo que concuerda en mucho con otros que cifran sus esperanzas –según se dijo– en alternativas diferentes para la solución de los conflictos (RAC) inclusive en materia penal, presentando un panorama que aunque bastante inexplorado, no debe mirarse con indiferencia por sus fundadas críticas y sus interesantes propuestas para disminuir la tensión social en un mundo cada vez más complejo. En todo caso, no es ajeno a la legislación, a la teoría ni a la realidad, que un Derecho Penal de mínima intervención pueda a su vez buscar nuevas respuestas dentro de las diversas opciones que pregonan aquellos movimientos.

b.- Causalidad e imputación objetiva.[14]

Al mismo tiempo que se cuestiona la eficacia del Derecho Penal y los fines de la pena,[15] aparecen nuevas teorías o se reformulan otras que presentan algunas novedades dentro de la Teoría General del Delito. Dentro de ellas se encuentra la denominada **moderna teoría de la imputación objetiva**, que pese a bien ponderadas objeciones y críticas[16] ha cobrado fuerza en Europa, especialmente en Alemania y España, donde ya los tribunales acuden a ella con cierta frecuencia para establecer las responsabilidades penales. La imputación objetiva del resultado suele estimarse como un requisito implícito del tipo (en los delitos de resultado); esto es, se le debe considerar en la parte objetiva de aquél, para distinguirlo de los aspectos que conforman su parte subjetiva. En los

---

12.- Ver sobre este tema, entre otras, la obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*"; de Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 13 y ss.

13.- Para mayor información sobre este tema puede consultarse de SÁNCHEZ C. y HOUED M. *La abolición del sistema penal. Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*, Editec editores S.A., San José, Costa Rica, 1992.

14.- A mayor abundamiento, sobre la imputación objetiva, véase: GONZÁLEZ, Patricia, y SOTO ARROYO, Hannia: *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Librería Barrabás, San José, Costa Rica, 1998. Las autoras realizan un amplio análisis sobre el origen y evolución de dicha corriente, y desarrollan los diferentes criterios utilizados en su aplicación, señalando las críticas que suelen plantearse a cada uno de ellos.

15.- Sobre este punto resulta de sumo interés la lectura del artículo "La actual discusión sobre las finalidades de la pena" del profesor alemán Wilfried Bottke, que aparece en el libro publicado en homenaje al Profesor Klaus Roxin, Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, compilado por Jesús María Silva Sánchez y publicado por José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 41 y ss, donde su autor analiza y critica los propósitos de la llamada prevención de asociación (que pretende alcanzar una concepción globalizante dirigiendo la interpretación del Derecho Penal, del Derecho sancionador y del Derecho Procesal Penal). Asimismo, examina la teoría de la pena de la prevención de integración de Roxin, y otros aspectos que sobre dicho tema hoy día están siendo planteados o reformulados.

16.- Para conocer las críticas fundamentales a esta teoría y los principales aspectos en que se asienta su origen y desarrollo, consultar de VARGAS GONZÁLEZ, Patricia y SOTO ARROYO, Hannia. Op. cit., p.120 y ss.

delitos comisivos normales –los que se realizan mediante actividad– la imputación objetiva presupone inexcusablemente que exista relación causal material entre la acción y el resultado, pues si no ocurre de esa manera (o sin que así se compruebe) ya no se puede discutir si se imputa jurídicamente dicho resultado; en cambio, en los delitos de comisión por omisión o supuestos de omisión impropia no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos.[17]

El concepto de imputación objetiva suele reconocerse como proveniente de Larenz y Honig (1927, 1930), quienes a su vez acudieron a la respectiva teoría de Hegel para formular una exigencia –apoyada en criterios teleológicos– de que la causación del resultado fuese "adecuada" y por eso le podía ser "imputada objetivamente" a la acción. Así pues, se le concibió en sus inicios como un requisito de la tipicidad y también de la acción. De esa manera apareció hasta los años 50-60 vinculada a la teoría objetivo-final de la acción como teoría de la "acción típica", denominada luego concepto social de la acción. Pero después de los años sesentas se desvincula de este último concepto y pasa a entenderse como elemento del tipo adicional a la causalidad y no se limita a la exigencia de adecuación sino que se amplía a otros requisitos como el fin de la norma o el de la realización del riesgo, siendo hoy admitido por la doctrina dominante de tal modo. Para ésta, entonces, hoy día la imputación objetiva del resultado significa que el mismo puede jurídicamente (teleológico-valorativamente) atribuirse a una acción como obra suya, y no como obra del azar, lo cual es necesario para el indicio de antijuridicidad penal que en principio supone la conducta que realiza el tipo en sentido estricto, independientemente de que la citada imputación pueda plantearse también en la participación criminal (complicidad e instigación) y no sólo en la autoría.[18]

Para establecer la forma en que debe aplicarse la imputación objetiva se recurre a diversos **criterios**. Los más reconocidos son: (i) el de la adecuación de la acción y del curso causal –que supone a la adecuación de la acción la creación de un riesgo mínimamente relevante–, (ii) la concordancia con el fin de protección de la norma, y como subcriterio de éste, (ii.1.) la realización del peligro de la acción. Otros criterios que suelen agregarse a los anteriores son los relativos a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o los del incremento y disminución del riesgo, o el de la evitabilidad.

1.- El criterio de adecuación.

Afirma en primer término que la acción causante del resultado debe ser adecuada para alcanzarlo, lo que a su vez exige que, *ex ante*, sea objetivamente previsible que con tal actuación se pueda causar ese resultado en la forma específica en que se produjo. Así pues, la previsibilidad objetiva del resultado se juzga a priori, en el momento de actuar, conforme al criterio del hombre medio, implicando cierto grado de posibilidad o probabilidad de que se produzca (no cuenta la previsibilidad subjetiva o individual que dependa de la excitación o alteración del sujeto o de su menor educación o inteligencia, etc., lo cual sería importante para la culpabilidad, sino la previsibilidad objetiva o general en relación con el hombre medio).

2.- El fin de protección de la norma y realización del peligro inherente a la acción.

Señala que la imputación objetiva requiere además que el resultado concreto causado encaje en el fin de protección o evitación de la norma; esto es, que coincida con el tipo de causación de resultados que precisamente la norma prohibitiva directa o la norma de cuidado vulnerada pretenden evitar. Para ello es necesario primeramente que el resultado concreto suponga justamente la realización del peligro inherente a la acción inicial (con cierta probabilidad de que aquél se va a producir). Además, debe admitirse que la idea del fin de protección de la norma es un criterio interpretativo más amplio que puede excluir la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin.

17.- Para mayor información sobre este tema ver de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 97 y ss.
18.- Ib., pp. 99-100.

3.- La creación de un riesgo "jurídicamente desaprobado" o no permitido.

Este criterio apunta que si la acción implica ya una dosis considerable de peligro, pero proviene de un riesgo permitido y por tanto jurídicamente aprobado, no puede haber imputación objetiva del resultado. Para caracterizar el vínculo que debe darse entre la conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y la producción del resultado penalmente relevante, los seguidores de esta tesis diferencian la creación y la realización de riesgos. Sin embargo, debe aclararse que tal postura ha sido la más criticada, inclusive por quienes apoyan la corriente de la imputación objetiva manteniendo sus principios generales.[19]

4.- El incremento y disminución del riesgo.

Con sustento en este criterio –bastante complejo–, formulado por Roxin, se pretende resolver los casos de cursos causales hipotéticos en que la supuesta conducta alternativa correcta, con seguridad o gran probabilidad también habría causado el resultado. Es decir, propone comparar el grado de peligro que suponía la acción incorrecta, con el riesgo permitido que hubiera supuesto la hipotética acción correcta: si hay un incremento del riesgo permitido, habrá imputación objetiva; pero esta no existirá si no hay aumento de él, porque ello violaría el principio de igualdad.

5.- Otros criterios adicionales, como el de la evitabilidad y dominabilidad (que supone que un resultado puede serle atribuido a su autor cuando haya podido "dominar" el suceso y conducirlo a su producción, deviniendo en evitable), no han tenido mayor sustento dentro de los seguidores de la teoría de la imputación objetiva por diversas dificultades en su implementación.[20]

c.- El tratamiento de la culpabilidad.

Uno de los temas que ha sido objeto de las más enconadas controversias dentro de la Teoría del Delito, es sin duda alguna el de la culpabilidad. Según decíamos al examinar anteriores aspectos, este elemento ha sufrido no pocas modificaciones en su concepción, pasando desde una ***tesis psicológica*** (la culpabilidad entendida como relación psíquica, sin contemplar el aspecto valorativo, lo que significaba que el dolo es parte integrante suya) hasta llegar a una **tesis** eminentemente **normativa** (la culpabilidad entendida como juicio de reproche que supone la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta y que el ámbito de autodeterminación del sujeto haya tenido cierta amplitud).

Desde luego, cabe advertir que ciertos sectores de la doctrina han desarrollado otros conceptos de culpabilidad que no necesariamente siguen las pautas establecidas para su tradicional análisis, y en determinados casos, incluso pretendiendo formularlo desde una óptica diferente, o al menos desde una perspectiva orientada hacia criterios que no suelen ser tan conocidos. Aunque dichas posturas no han alcanzado apoyo mayoritario, resulta de interés mencionar algunas de ellas ya que mantienen importantes críticas del concepto comúnmente aceptado, o aun podrían servir como complementos de éste en lo que así pudiera considerarse:

1.- La "co-culpabilidad". Acuñado del Derecho Penal socialista, según este criterio todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado, condicionados por causas sociales que no se le pueden cargar al momento de establecer el juicio de reproche.[21] Lo anterior suele admitirse en la medida en que para graduar la pena se toman en cuenta las necesidades o dificultades del individuo para ganarse el sustento propio.

2.- Culpabilidad fundamentada en la teoría del fin de la pena (Roxin), que sostiene que aquélla puede apoyarse "como un puro criterio político, a partir de la finalidad de la pena",[22] lo que significa quesi no hay posibilidad de evitar el injusto, carece de sentido sancionarlo. Para el Prof. Zaffaroni el principal obstáculo a esta tesis radica en que invierte el planteamiento general de la cuestión,

19.- Así LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., pp. 106-107.
20.- VARGAS GONZÁLEZ, Patricia y SOTO ARROYO, Hannia. Op. cit., pp. 102 y 103.
21.- ZAFFARONI, Raúl. Op. cit., p. 520.
22.- Ib., p. 521.

según el cual debe conocerse si hay delito para saber si se debe aplicar una pena y no a la inversa.

3.- Otra teoría es la de la llamada ***"atribuibilidad"*** (Maurach y Bacigalupo), según la cual debe distinguirse entre lo que es exigencia conforme a un término medio, que fundaría una responsabilidad por el hecho, y la exigencia conforme a pautas individualizadas, que darían lugar a la culpabilidad como juicio de reproche individualizado: "...culpabilidad y responsabilidad serían así, dos estadios de una más general **atribuibilidad** del injusto..."[23] La objeción más relevante es que complica de forma innecesaria el contenido de la culpabilidad.

4.- Un criterio interesante aunque polémico es aquel que sostiene que existe verdadera inculpabilidad en los supuestos en que no hay posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de la conducta, mientras que en los casos en que opera una simple reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto lo que hay no es inculpabilidad, sino una causa de exclusión de la pena fundada en la escasa culpabilidad (así Bacigalupo). Tal distingo lleva al estado de necesidad inculpante y otros presupuestos a la posición degradada de causas de exclusión de la pena, en razón de que la posibilidad de actuar de otro modo no se halla del todo excluida. Tampoco se hallaría del todo excluida la exigibilidad en ciertos supuestos de inimputabilidad o en algunos casos de error de prohibición, lo que hace inexacto el planteamiento.[24]

d.- La culpabilidad como concepto normativo.

Puede decirse que la culpabilidad normativa fue tomada de Aristóteles, pese a separarse de su aspecto meramente moral y ético para referirlo al área específica del Derecho Penal. Conforme señalábamos al iniciar el tratamiento del presente tema, hoy día el criterio dominante considera que la culpabilidad debe estimarse como juicio de reproche (reprochabilidad), en el cual al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Por otra parte, las teorías que ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad (causalistas) no siempre exigieron que el primero (dolo culpable) tuviese una efectiva conciencia de la antijuridicidad, sino que hubo algunas que al lado del dolo –pero fuera de él–ubicaron el requisito de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, entendido como conocimiento potencial o posibilidad de conocimiento. Esta tesitura era más coherente y se mantiene cuando el dolo se elimina de la culpabilidad para trasladarlo al tipo, constituyendo la llamada ***teoría estricta de la culpabilidad*** (que aparece actualmente como la de mayor aceptación). Frente a esta última surge la denominada ***teoría limitada o restringida de la culpabilidad***, como lógica complementación de quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo,[25] según la cual las causas de justificación son causas de atipicidad, siendo que la tipicidad comprende –como elementos negativos– las ausencias de causas de justificación. Así pues, de acuerdo con dicha posición, la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad (dolo), mientras que en la primera (teoría estricta) la posibilidad de comprensión del injusto (conocimiento potencial) se halla en la culpabilidad, permaneciendo ajeno al dolo, sea que éste se encuentre en el tipo (estructura finalista) o en la culpabilidad (estructura causalista).

e.- Tratamiento del error.

Aunque en el Derecho Penal están superados los conceptos de error de hecho y de error de derecho por los problemas que representaron sus anticuados planteamientos,[26] estableciéndose hoy el fundamento del error en el tipo o en la prohibición,

---

23.- Ibídem.

24.- En ese sentido el Prof. Zaffaroni cuestiona esa relación "inculpabilidad e impunidad" que con esta teoría pretende introducirse: "...Precisamente porque no se halla totalmente excluida la otra posibilidad es que algunos autores han pretendido quitar la imputabilidad (capacidad psíquica de culpabilidad) del ámbito de la culpabilidad y llevarla a mera causa de exclusión de la pena (Antolisei). Entedemos que tan graduable es el concepto de culpabilidad en el supuesto de posibilidad de comprensión de la antijuridicidad como en el del requerimiento de un cierto límite en el ámbito de autodeterminación..." Ib., p. 522.

25.- Mayor información sobre las críticas a esta teoría puede verse: ZAFFARONI, Eugenio. Op. cit., p. 381 y 382, punto 225.

26.- Entre otros, ver: LONDOÑO BERRÍO, , Hernando: *El error en la moderna Teoría del Delito*, Temis, Bogotá, 1982, p. 13.

según sea que, respectivamente, se incurra en yerro sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, o que se crea que el hecho realizado no está sujeto a pena, es lo cierto que de acuerdo con el concepto que se tenga de la culpabilidad así serán las consecuencias en el examen y tratamiento del mismo, particularmente en lo que atañe a los errores sobre las justificaciones putativas. Debe reconocerse inicialmente que el ***error de prohibición*** incide sobre la culpabilidad, la que se puede eliminar del todo si el primero es invencible o insuperable, atenuándose la pena prevista para el delito cuando así no fuese. En cambio, en el caso del ***error de tipo*** si el yerro es invencible se elimina la tipicidad, pero si es vencible o superable, se mantiene la posibilidad de sancionar la conducta culposa (por falta al deber de cuidado) en los delitos que así lo permitan. La principal diferencia se presenta cuando en aplicación de la teoría de los elementos negativos del tipo y por ende de la teoría limitada de la culpabilidad, se interpreta que el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación (justificación putativa) se está ante un error de tipo, mientras que para los que se apoyan en la teoría estricta de la culpabilidad en tal caso se estaría ante un error de prohibición. Este último criterio fue seguido por la Sala Tercera Penal a partir de su resolución Nº 446-F del 25 de setiembre de 1992, donde se realiza un estudio interpretativo de los requisitos del conocimiento exigidos por el actual Código Penal costarricense. Sin embargo, un fallo posterior del Tribunal Superior de Casación Penal (que conoce como última instancia recursos por delitos con penas de menor gravedad) sostuvo la tesis contraria en Voto 805-F-96 de las 10.15 horas del 8 de diciembre de 1996, esto es, que se trata de un error de tipo, aunque no señaló de modo expreso cuál es el concepto de culpabilidad que estima correcto, pues llegó a la conclusión dicha, en apariencia, porque consideró que la acción debía analizarse exclusivamente dentro de lo establecido por el artículo 34 ib., ya que "... interpretarlo de otra forma, independientemente de la rigurosidad técnica del análisis, sería una interpretación en perjuicio ..."(sic). No obstante, tal postura –seguida de ordinario por la jurisprudencia y un sector doctrinal español– ha sido criticada con dureza por otros autores que estiman que con ello no sólo se puede llegar a una peligrosa confusión entre antijuridicidad y culpabilidad, sino que además niega, a su vez, a las víctimas de las acciones realizadas en situación de justificación putativa, la posibilidad de legítima defensa real, "...con lo que se produce una indeseable desprotección de personas, en todo caso inocentes, que no tienen por qué soportar los errores ajenos por fundados que sean..."[27] Desde luego no se desconoce que existen otras teorías disidentes sobre el error, las que se pronuncian contra las anteriormente analizadas, en especial la ya referida de los elementos negativos del tipo y la denominada de la precedencia de la antijuridicidad con respecto al tipo, para la cual la diferencia entre este último y la antijuridicidad resulta artificiosa y en la práctica de imposible manejo.[28] Pese a todo ello, sea que se estime más ajustada a la realidad una teoría monista o que sigamos con la dualista, consideramos que mientras la teoría del error no se desvíe mayoritariamente hacia criterios distintos de los que la han venido sustentando –lo cual cabe reconocer como posible– no existe mayor margen para un tratamiento diverso sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación.

CONCLUSIONES

Los temas que fueron analizados no agotan de modo alguno los problemas que enfrenta el Derecho Penal actual y la Teoría del Delito en que se apoya. Desde luego existen aspectos de medular importancia que ni siquiera fueron mencionados, entre los cuales destaca el relativo a los bienes

27.- Muñoz Conde señala, con razón que: "...de lo que en estos casos y similares se trata no es tanto de la posible exención de pena del que actúa putativamente en situación justificada, sino de si esa creencia errónea, por explicable que parezca, puede convertir lo que todo lo más puede ser una causa de exculpación en una auténtica causa de justificación con todas sus consecuencias, es decir, eliminando las posibilidades de que el afectado por la acción pueda reaccionar a su vez en legítima defensa, excluyendo la responsabilidad civil directa, o subsidiaria del Estado, etc....A mi juicio, la licitud o ilicitud de un hecho típico no puede depender sólo de las creencias subjetivas del particular, por muy explicables que sean, por lo menos mientras se siga manteniendo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad base de la actual Teoría del Delito y del tratamiento dualista del error...Por tanto, creo que igual criterio hay que mantener en todas las demás causas de justificación"(sic). MUÑOZ CONDE, Francisco: *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 55.

28.- FERNÁNDEZ C., Juan: *Delito y Error, perspectiva político criminal*, Temis, Bogotá, 1990, p. 50 y ss.

jurídicos y la antijuridicidad, entre otros que en definitiva son vitales para integrar de modo más comprensivo y eficaz el estudio de la ciencia a que se refieren. Tampoco entramos a discutir la afirmación de que carece de importancia el concepto final de acción y el sistema finalista que se estructuró para sustituir la tradicional Teoría del Delito (causalista) ante las nuevas influencias de la sociología funcionalista y sistémica que se vienen desarrollando con fuerza, particularmente en Alemania,[29] pues ello derivaría en un extenso examen que se alejaría de las metas propuestas en este breve ensayo, donde lo que se quiso fue esbozar algunas ideas relativas a cuestiones que si bien son muy importantes, no son las únicas ni exclusivas de la doctrina aquí expuesta. En todo caso, mi mayor deseo es haber podido orientar el estudio de los problemas que fueron señalados. Si pude o no lograrlo queda a juicio de los lectores.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Bottke, Wilfried: *"La actual discusión sobre las finalidades de la pena"*, en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (homenaje al Profesor Klaus Roxin), compilado por Jesús María Silva Sánchez, editor José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 41 y ss.

Fernández C., Juan: *Delito y Error, Perspectiva político criminal,* Temis, Bogotá, 1990.

González, Patricia, y Soto Arroyo, Hannia: *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Librería Barrabás, San José, Costa Rica, 1998.

Londoño Berrío, Hernando. *El error en la moderna Teoría del Delito*, Temis, Bogotá, 1982.

Luzón Peña, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal.* Parte General I, Editorial Hispamer, Managua, s.a.e.

Luzón Peña, Diego Manuel: *Iniciación a la Teoría General del Delito*, Editorial UCA, Managua, Nicaragua, 1995, p. 13 y ss.

Muñoz Conde, Francisco: *El error en Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Sánchez C. y Houed M.: *La abolición del sistema penal. Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*, Editec editores S.A., San José, Costa Rica, 1992.

Silva Sánchez, Jesús María. *"Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo"*; de Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 13 y ss.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, sexta edición, Ediar, Argentina, 1986.



Autor: Rosita Portuguez

29.- Ib. PP. 54 y 55.

La identificación del sujeto y la técnica del PCR en el análisis del ADN en Costa Rica

*Álvaro A. Burgos Mata**
Defensor Público

Agradecimiento

Nuestro más profundo agradecimiento a la Dra. Sandra Silva del Centro de Biología Molecular de la UCR, a la Dra. Patricia Cuenca del INISA y al Dr. Marco Madrigal de la Sección de Bioquímica del OIJ por su valiosa colaboración en la elaboración del presente estudio.

INTRODUCCIÓN

Pocos descubrimientos del complejo mundo científico actual pueden ser considerados realmente como revolucionarios.

Sin embargo, cuando ello ocurre, transformamos correctamente el modo en que trabajamos y pensamos. Aunque el progreso en las diferentes ciencias parece ser lento y su evolución resulta una letanía paso a paso, en el caso de la biología molecular ha sucedido lo contrario. Dicha disciplina ha sido afortunada con grandes cambios en tiempo relativamente corto. Uno de los principales cambios tecnológicos citados ocurrió en 1985, con la introducción de una de las herramientas con mayor aplicación en el laboratorio clínico: la reacción en cadena de la polimerasa, más conocida por las siglas en inglés PCR (Polymerase Chain Reaction).

En el presente trabajo enfocaremos el análisis del PCR en torno a los casos de identificación de sujetos, y sus posibilidades concretas de utilización a la luz del nuevo Código Procesal Penal,[1] y de otras normas legales pertinentes, para luego finalizar con unas conclusiones generales en torno a nuestro tema de estudio.

"...Yo soy el que soy..."

Éxodo 3:14

1) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PROFESIONAL DEL USO DEL PCR

a- Conceptualización.

La reacción en cadena de la polimerasa,[2] es una forma simple y especialmente rápida de multiplicar el ADN[3] presente en diferentes muestras biológicas para posibilitar su identificación al permitir la obtención de millones de copias de una determinada secuencia de ADN.[4]

Esta es una forma simple y especialmente muy rápida de multiplicar el ADN presente en diferentes muestras biológicas para permitir su identificación al facultar la obtención de millones de copias de una determinada secuencia de ADN.[5]

Esta tecnología ha revolucionado la investigación clínica y el laboratorio de diagnóstico.[6]

---

* Bachiller en Ciencias Criminológicas, UNED; Licenciado en Derecho, UCR; Especialista en Ciencias Penales, SEP, UCR; Máster en Psicología Criminal CUNY, NY, USA; egr. Doctorado Derecho Penal y Criminología, UMA, España.

1.- Ley N°7594 del 28/3/93, publicada en el Alcance N°31 de La Gaceta N°106 del martes 4/6/96, a la que en adelante nos referiremos con las siglas CPP.

2.- De ahora en adelante la denominaremos PCR.

3.- Ácido Desoxirribonucleico que contiene la información genética del individuo.

4.- Información recabada por medio de la red Internet. "¿What is PCR Technology?" http://www.promega.com/pcrref/whatis.html.

5.- Información recabada por medio de la red Internet. "Paternity Testing", http://www.execpc.com.

6.- Información recabada por medio de la red Internet. "Paternity Testing", http://indigo15.carb.nist.gov.

La técnica del PCR fue inventada y desarrollada por el químico Kary B. Mullis, quien ganó gracias a sus trabajos el premio Nóbel de química en 1993.[7]

b- Campo de acción diagnóstico.

Las aplicaciones diagnósticas de esta tecnología se realizan en campos tan diversos como el de las enfermedades infecciosas (SIDA, Papiloma virus humano, Hepatitis C, Tuberculosis, Clamidia, Herpes, Malaria, etc.), en el estudio de enfermedades genéticas (enfermedad de Duchenne, fibrosis quística, etc.), oncología o en Medicina Legal identificando paternidad o culpabilidad en líquidos biológicos, etc.[8]

En el terreno diagnóstico microbiológico de las enfermedades infecciosas no virales, la técnica del PCR detecta directamente en diferentes tipos de muestras, patógenos tradicionalmente difíciles de cultivar tales como: Clamidia, Legionella y Micoplasma y/o aquéllos que requieren de largos períodos para su desarrollo in vitro y/o que se encuentra, en el caso del Micobacterium tuberculosis –enfermedad en la que muchas veces el tratamiento empírico tiene que iniciarse antes del diagnóstico definitivo–, apoyándose únicamente en el cuadro clínico.[9]

c- Aplicación del PCR en el laboratorio.

En el laboratorio, mediante el uso del PCR se puede identificar en una pequeña muestra biológica al Micobacterium tuberculosis, en tan sólo 4 horas, en lugar de las 6 semanas que toman las técnicas convencionales del cultivo, con una gran sensibilidad y una especialidad muy similar.[10]

d- PCR y virología.

En virología, esta tecnología nos permite identificar al agente infeccioso independientemente de su respuesta serológica, una gran ventaja en el diagnóstico de enfermedades virales donde los anticuerpos aparecen luego de un largo período de aquellos numerosos casos donde se quiere precisar si la presencia de anticuerpos es señal de infección antigua o activa, como puede ser el caso del hallazgo de anticuerpos a Hepatitis C y la necesidad de precisar si el virus está presente o no. También es de gran aplicación en el diagnóstico de enfermedad viral neonatal, donde el diagnóstico serológico de la infección es generalmente enmascarado por la presencia de anticuerpos maternos circulantes.[11]

e- PCR y anormalidades genéticas.

En otro campo, grandes progresos han llevado a la identificación de los defectos genéticos responsables de diferentes entidades por medio de la técnica del PCR. Entre ellas, tenemos la distrofia muscular de Duchenne y la fibrosis quística. En este último caso, el gen causante fue identificado en 1989, y hasta entonces, no había información sobre la base bioquímica de la enfermedad.

Desde el descubrimiento del gen, numerosos estudios han aclarado la función tanto del producto genético normal como del producto genético defectuoso, responsable de la enfermedad.

El estudio genético por PCR se efectúa en ambos padres y pacientes para identificar el defecto y el riesgo de enfermedad. Existe una larga lista de mutaciones, algunas de ellas asociadas con grados de enfermedad, con diferencias de razas, etc. La actual tecnología detecta sólo de 10 a 20 de las mutaciones más frecuentes causantes de fibrosis quística, sin embargo, otras múltiples mutaciones pueden ser responsables de la enfermedad.[12]

También se ha introducido el uso del PCR para el estudio del complejo mayor de histocompatibilidad que son los antígenos HLA, especialmente los de la región HLA-D conocidos en la actualidad como moleculas HLA de clase II. Con ello, se pueden realizar pruebas de paternidad y la identificación de tejidos.[13]

7.- VARSI, Enrique: "Derecho y Manipulación Genética". Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, segunda edición, 1996.

8.- AGUIRRE, Raúl: y otros: *"Identificación Genética y Pruebas de Paternidad"*. Editorial Universitaria, colección de textos universitarios editados por la Vicerrectoría de Asuntos Académicos y estudiantes de la Universidad de Chile.

9.- Información recabada por medio de la red Internet. "Paternity Testing Division", http://www.gentestlabs.com/paternity.html.

10.- Entrevista telefónica con el Dr. Alejandro Leal Ezquivel, del Depto. de Biología Molecular de la UCR.

11.- Información recabada por medio de la red Internet. "Preguntas frecuentes sobre la Prueba de Paternidad, http://www.paternidad.com/preguntas.-html.

12.- Entrevista telefónica efectuada a la Dra. Patricia Cuenca del INISA.

13.- Información recabada por medio de la red Internet. "Laboratorio de Identificación Genética", http://uchile.cl/facultades/medicina/boletín/boletin3/identifi.html.

2) PROCEDIMIENTO EN LA UTILIZACIÓN DEL PCR

La reacción en cadena de la polimerasa se utiliza con el fin de amplificar un segmento de ADN a través de una serie de ciclos repetitivos consistentes en tres pasos:

i- El primero es la desnaturalización por calor del ADN de la bacteria o virus o, de alguna célula humana en la búsqueda de algún rasgo genético;

ii- Luego de desnaturalizado el ADN, se realiza la separación física de las dos cadenas (de acuerdo con el modelo de Watson y Crick el ADN está formado por 2 cadenas complementarias), mediante la incubación de la muestra a alta temperatura (93-97 grados centígrados). Éstas permanecerán separadas libres en la solución hasta que la reacción sea enfriada (35-40 grados centígrados), para permitir que los "primers" o sondas (secuencias específicas comple-mentarias que se añaden a la reacción) se unan a las secuencias blanco o buscadas y se realice la hibridización.

iii- El tercer paso consiste en la polimerización, elongación o extensión del complejo (sondas + ADN) mediante cambios cíclicos de temperatura repetidos un gran número de veces y por la acción de una enzima llamada "Taq DNA polimerasa" la cual es muy termoestable y es la que en buena cuenta ha permitido automatización del proceso PCR en una forma relativamente sencilla.[14]

3) ANÁLISIS DE PATERNIDAD Y PCR

Definitivamente una de las características más importantes de la utilización de la técnica del PCR es que puede trabajar incluso con muestras muy pequeñas y/o degradadas, pese a que en los casos de las pruebas de paternidad, por su propia naturaleza, requieren generalmente la presencia y participación de los diferentes interesados, en especial si se considera que todo individuo tiene derecho a conocer su plena identidad y a que se "defina su filiación".[15]

No existe ninguna restricción de edad para efectuar la prueba de paternidad por medio de la técnica del PCR en el análisis del ADN. Con el análisis de sangre tradicional se debería tener por lo menos 6 meses de edad. Además, se requiere una muestra bastante grande, generalmente dos tubos grandes de sangre. La extracción de esta cantidad de sangre puede ser un problema cuando se trata de niños pequeños. Sin embargo, la prueba ADN de paternidad solamente requiere unas gotas de sangre o pasar un estropajo bucal por la boca. Esta suma pequeña, o estropajo bucal, permite la prueba de recién nacidos y niños. Desde que el ADN se fija a concepción, se puede ejecutar la prueba antes de que el niño sea nacido, por el procedimiento de CVS o por el de Amniocéntesis (sic).

También se puede ejecutar la prueba usando especímenes de autopsia reconstruyendo sus modelos de ADN con muestras de los parientes biológicos del difunto.

Es claro que la determinación filial por medio del ADN nunca podrá ser concluyentemente afirmativa de un 100%, pero sí se ha establecido la posibilidad estadística de que se pueda alcanzar una certeza de más de 99,9%.[16]

4) LA TÉCNICA DEL PCR Y LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA

A) En Materia Procesal Penal.

i- ***Libertad probatoria.***

En cuanto a los medios de prueba, el CPP de Costa Rica es totalmente claro en razón de su apertura y amplitud, pudiendo "...probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley".[17]

No podemos obviar el hecho de que el artículo 40 de la Constitución Política de la República de Costa Rica rechaza igualmente la utilización de "tratos crueles o degradantes".[18]

14.- Conferencia dada por la Dra. Sandra Silva el 18 de febrero de 1998 en el Depto. de Biología Molecular de la UCR, Sabanilla, San José, Costa Rica.

15.- MOLINA, Marycelle y otra: *"Material Didáctico para el curso Laboratorio de Criminalística"*. UNED, versión preliminar, segunda parte, 1998. pág.74.

16.- Información recabada por medio de la red Internet. "Preguntas frecuentes sobre la Prueba de Paternidad", http://www.paternidad.com/preguntas.-html.

17.- Código Procesal Penal. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, 1996, artículo 182, pág.68.

18.- Constitución Política de la República de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, art. 40, pág. 12.

Igualmente, "los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito",[19] y habiendo sido admitidos legalmente por el tribunal respectivo.

Si bien, en materia probatoria en el campo penal siempre existirá un enfrentamiento entre el resguardo de los derechos fundamentales de las partes involucradas en el proceso y la búsqueda de la averiguación de la verdad real de los hechos,[20] lo cierto es que, salvaguardando por supuesto el debido proceso legal y las restricciones constitucionales y/o legales de rigor, la libertad de prueba, faculta al juzgador para utilizar todos los medios legales posibles para llevar a buen recaudo su cometido investigativo judicial.

ii- *Tipicidad procesal.*

No hay duda tampoco, de que la implementación de nuevas técnicas criminalísticas,[21] ha venido a enriquecer notoriamente la actividad investigativo-jurídica en el campo penal, en especial en la segunda mitad del presente siglo, lo que ha provocado que la normativa haya tenido que adaptarse a los nuevos requerimientos del avance científico en materia jurídico penal.

La técnica del PCR en el análisis del ADN en materia de identificación en el campo procesal penal se encuentra amparada bajo la determinación legal del 234 del CPP: "Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional..."[22].

B) En Materia de Derecho Penal Sustantivo.

i- *Delitos independientes.*

El Código Penal contiene distintas normas, que como figuras punibles independientes, establecen el ligamen familiar como un elemento constitutivo del tipo, y en donde la técnica del PCR en el análisis del ADN podría ser de gran ayuda, en los casos en que la relación de parentesco no fuese del todo clara, se tuviese alguna duda de la misma, o simplemente se desconociere, presumiere y/o negare por alguna, varias o todas las partes involucradas.

A continuación ejemplos de lo anteriormente señalado:

1-Art. 142, "Abandono de Incapaces", en donde encontramos un deber de cuidado que puede provenir de la relación filial entre víctima y victimario;

2-Art. 148, "Ofensa a la memoria de un difunto", el cual faculta únicamente a los padres, hijos, etc., como requisito de procedibilidad para ejercer la denuncia respectiva;

3-Art. 174, "Incesto", en donde la relación de parentesco es definitivamente un elemento determinante del mismo delito;

4-Art. 176, "Matrimonio Ilegal", en los casos en que el impedimento legal derivara eventualmente de una relación filial entre los contrayentes;

5-Art. 185, "Incumplimiento del deber Alimentario", en donde la condición de padre es una de las premisas establecidas para la constitución eventual del delito perseguible.

ii- *Agravantes.*

Igualmente, existen figuras delictivas que se ven agravadas por la relación filial de los sujetos intervinientes en el hecho. Algunos ejemplos de lo anterior son:

1-Art. 112 inciso 1), "Homicidio Calificado", en cuanto a la determinación de la condición de "...ascendiente, descendiente, hermanos consanguíneos...";

2-Art. 126, "Circunstancias de calificación" (de las lesiones), el cual remite a las circunstancias del homicidio calificado;

19.- Código Procesal Penal, op. cit., art.181, pág. 68.
20.- GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *"Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales"*. Editorial COLEX, Madrid, 1995.
21.- BURGOS, Álvaro: *"Criminalística y Criminología"*. Revista Medicina Legal de Costa Rica, diciembre 1993-mayo 1994, págs. 45-47.
22.- Código Procesal Penal. Op. cit., art. 234, pág. 82.

3-ART. 141, "Agresión Calificada" (de la agresión con armas), que también remite a las circunstancias previstas por el homicidio calificado;

4-ART. 157, "Violación Calificada", la cual incorpora como agravantes la condición de "ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad...";

5-ART. 160, "Estupro agravado", el cual remite a las circunstancias descritas por el artículo 157;

6-ART. 161 in fine, "Abuso Deshonesto", que también agrava la pena en razón de alguna de las circunstancias establecidas por el artículo 157;

7-ART. 168 inciso 4), "Corrupción Agravada", el cual utiliza como agravante la condición de "ascendiente, o hermano" (entre otros), del autor con respecto a la víctima del delito;

8-ART. 170 inciso 3), "Proxenetismo Agravado", que refiere a la condición de que el autor fuese eventualmente "ascendiente, descendiente, o hermano" (entre otros), de la víctima;

9-ART. 192 inciso 1), "Formas Agravadas" (de los delitos contra la libertad), el que establece como agravante el que el hecho se hubiese perpetrado contra un "ascendiente, descendiente, o hermano" (entre otros) del autor del hecho.

iii- *Atenuantes.*

Finalmente, también existen figuras penales atenuadas precisamente en razón del ligamen filial de los sujetos intervinientes en la descripción del tipo penal, entre los cuales tenemos:

1-ART. 113 inciso 3), "Homicidios especialmente atenuados", en donde la condición de "madre" se hace presente;

2-ART. 143, "Abandono por causa de honor", en el cual, al igual que en el ejemplo anterior, la condición de "madre" de la víctima interviene directamente en la determinación de la eventual atenuación de la pena;

3-ART. 183, "Atenuaciones específicas" (de atentados contra el estado civil), en donde nuevamente la condición de "madre" de la víctima debe ser determinada sin lugar a dudas para que pudiese eventualmente operar la atenuante en favor de la autora del delito;

4-ART. 210, "Hurto atenuado", en el cual se hace necesario determinar la condición de familiar entre el autor y la persona a quien quiere ayudar (salvo por supuesto, que se tratare de una necesidad propia).

5) FUTURO DE LA TÉCNICA DEL PCR

En relación con las perspectivas hacia el futuro, los especialistas señalan que muchos aspectos del tipeo por PCR podrán ser automatizados particularmente usando el análisis automatizado de electroforesis en gel capilar, con marcación por fluorescencia, además de que existe también el potencial de que la genética molecular humana pueda desarrollar marcadores capaces de dar información fenotípica molecular humana a partir de muestras de ADN, en los casos en que no exista un sujeto para ser analizado, lo cual incluiría origen étnico e inclusive apariencia visual (por ejemplo color del cabello, ojos y altura).[23]

CONCLUSIONES

El gran desarrollo que ha tenido la genética durante el presente siglo y los avances alcanzados por la biología molecular, ofrecen hoy día la oportunidad de precisar la identidad biológica y el parentesco entre individuos de una misma especie, así como adjudicar el origen de pequeñas muestras de tejido a un individuo en particular. Lo anterior se logra gracias a la utilización de la técnica del PCR (reacción en cadena de la polimerasa) dentro de análisis del ADN, lo cual implica una necesidad de

23.- PEÑA, Sergio Danilo y otro: "Breve introducción a la huella dactilar genética". Revista Brazil Genética, número 16(3), 1993, págs. 857-979.

comprensión de la naturaleza de las técnicas que se emplean para este objetivo, así como su interpretación, siendo que cada día más las pruebas biológicas son aceptadas como evidencia en los tribunales, y la legislación paulatinamente se ha estado adaptando y tendrá que hacerlo en el futuro aún más a los requerimientos de la sociedad contemporánea y a los avances técnico-científicos que se produzcan y que vengan a coadyuvar en la investigación de los procedimientos legales que se realizan diariamente, especialmente si consideramos que hay gran cantidad de tipos penales, los cuales ya sea de forma independiente, agravada o atenuada, requieren que para la determinación del correspondiente tipo penal sea establecida sin lugar a dudas la filiación entre víctima y victimario, una tarea, que como ya hemos visto a lo largo del presente estudio, se hace cada día más fácil de realizar gracias a la incorporación de técnicas criminológico-científicas tan eficientes y sofisticadas como la del PCR en el análisis del ADN.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, RAÚL, y otros: "**Identificación Genética y Pruebas de Paternidad**". Editorial Universitaria, colección de textos universitarios editados por la Vicerrectoría de Asuntos Académicos y estudiantes de la Universidad de Chile.

BURGOS, ÁLVARO: "**Criminalística y Criminología**". Revista Medicina Legal de Costa Rica, diciembre 1993-mayo 1994.

Código Procesal Penal. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, 1996.

Conferencia dada por la **Dra. Sandra Silva** el 18 de febrero de 1998 en el Depto. de Biología Molecular de la UCR, Sabanilla, San José, Costa Rica.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica.

Entrevista telefónica con el **Dr. Alejandro Leal Ezquivel** del Depto. de Biología Molecular de la UCR.

Entrevista telefónica con el **Dr. Marco Madrigal** de la Sección de Bioquímica del OIJ.

Entrevista telefónica con la **Dra. Patricia Cuenca** del INISA.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: "**Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales**". Editorial COLEX, Madrid, 1995.

Información recabada por medio de la red Internet: "**Laboratorio de Identificación Genética**", http://u-chile.cl/facultades/medicina/boletin/boletin3/identifi.html.

Información recabada por medio de la red Internet: "**Paternity Testing Division**",http://www.gentestlabs.com/paternity.html.

Información recabada por medio de la red Internet: "**Paternity Testing**", http://indigo15.carb.nist.gov.

Información recabada por medio de la red Internet. "**Paternity Testing**", http://www.execpc.com.

Información recabada por medio de la red Internet: "**Preguntas frecuentes sobre la Prueba de Paternidad**", http://www.paternidad.com/preguntas.html.

Información recabada por medio de la red Internet: "¿**What is PCR Technology?**", http://www.-promega.com/pcrref/whatis.html

Material fotocopiado suministrado por la **Dra. Sandra Silva**, del Depto. de Biología Molecular de la UCR.

Molina, Marycelle y otra: "**Material Didáctico para el curso Laboratorio de Criminalística**". UNED, versión preliminar, segunda parte, 1998.

Peña, Sergio Danilo y otro: "**Breve introducción a la huella dactilar genética**". Revista Brazil Genética, número 16(3), 1993.

Varsi, Enrique: "**Derecho y Manipulación Genética**". Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, segunda edición, 1996.

* * *

INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTION DE JUSTICIA[1]

Emilio García Méndez[2]

"Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la comprensión paradigmática de fondo del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige , sobre todo, contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas y, sobre todo, contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes".

Jürgen Habernas
"Facticidad y Validez"

SUMARIO: **1** La Convención y el retorno de la democracia en América Latina; **2** Los procesos de reforma legislativa; **3** Derecho y realidad: el "aporte" del "sustancialismo"; **4** Derecho y pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia; **5** Derecho y autoritarismo; **6** Infancia y democracia; **7** Derecho y realidad: el "aporte" del masoquismo institucional; **8** Globalización, infancia y derechos humanos; **9** Memoria del futuro: La infancia, una cuestión de justicia.

1 La Convención y el retorno de la democracia en América Latina

En noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A la fecha, todos los países del planeta, con dos únicas excepciones -Estados Unidos y Somalia[3], han ratificado esta Convención. La región de América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, omnicomprensivo de los derechos humanos de todos aquellos que aún no han alcanzado los dieciocho años. Más aún, todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. En América Latina, particularmente en el contexto de la tradición jurídica napoleónica de derecho codificado, el proceso de transformación de la Convención en ley nacional ha generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica. Esquizofrenia jurídica referida a la vigencia

1.- Este artículo aparece publicado en el libro "Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)", Depalma, 1998.

2.- Asesor Regional en Derechos de la Niñez de la Oficina Regional de América Latina y el Caribe de UNICEF.

3.- El haber enfrentado este problema reiteradas veces este último tiempo en debates y discusiones, me sugiere aquí una nota explicadora. En el caso de Somalia, el motivo es obvio. Desde hace muchos años, la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central y mucho más de Estado. Somalia se ha vuelto pura geografía y no logra constituírse como sujeto del derecho internacional. El caso de Estados Unidos, es mucho más complejo y requiere una explicación que, a mi juicio, remite a tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero, se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón -profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría- que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos. (Una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles) aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda, etc). En este sentido, no debe olvidarse que la CIDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales. b) el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido que la CIDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos. Esta percepción es totalmente falsa. Sin embargo, lo que sí es verdad es que la CIDN reduce drásticamente las relaciones de discrecionalidad entre padres e hijos. En este sentido, es precisamente que la CIDN reformula radicalmente las relaciones de los niños, no sólo con el Estado, sino también con los adultos; y; c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil.

En la mayoría de los estados de Estados Unidos, cuando un adolescente mayor de 14 años (en varios estados esta edad es aún inferior), comete un delito muy grave, se lo juzga y sentencia, pudiendo, incluso, condenarse a la pena de muerte, que se ejecuta una vez cumplida la mayoría de edad. La ratificación de la CIDN haría que esta última situación fuera, desde el punto de vista político y jurídico, imposible, o por lo menos enormemente complicada.

simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado, la Convención y por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. La inercia político- cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinaron que, en el plano judicial, se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.

Si las cosas hubieran seguido su curso "natural", es probable que la Convención hubiera permanecido, tal vez por muchos años, como un "simpático" instrumento del derecho internacional. Sin embargo, Brasil cambió el rumbo "natural" de la historia, desatando un proceso absolutamente inédito en la tradición socio-jurídica de la región: la producción democrático participativa del derecho, en este caso, de un nuevo derecho para la infancia. Un proceso -que dicho en palabras de Pietro Barcellona- permitió , "redescubrir que el carácter estructuralmente normativo del ser social es un recurso de poder, porque la capacidad de producir normas es una competencia social difusa y no solamente una prerrogativa de los parlamentos" [4]. Este proceso, que ha sido en otra parte analizado en forma detallada por algunos de sus principales protagonistas[5] merece aquí un breve resumen, sobre todo por su enorme impacto y repercusión fuera de las fronteras del Brasil.

No parece exagerado afirmar que el proceso de transformaciones jurídicas que desembocó en la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, constituye tal vez el motivo de mayor intercambio e integración que, en el campo social, Brasil ha tenido con el resto de América Latina, poniendo fin a una larga tradición de mutua ignorancia con el resto de la región.

Al descubrir, en forma empírica, la íntima conexión entre los problemas de la infancia y los problemas de la democracia y, en el marco del proceso popular de construcción de una nueva Constitución que indicaba con claridad el fin de un cuarto de siglo de autoritarismo militar, el embrionario movimiento de lucha por los derechos de la infancia se articuló en torno a la preparación de dos enmiendas populares a ser introducidas en la nueva Constitución (mecanismo previsto por la propia Convención Constituyente). El resultado fue la incorporación a la nueva Constitución Brasilera, aprobada finalmente en octubre de 1988, de dos artículos claves para todo el desarrollo de un nuevo tipo de política social para la infancia: la política social publica. El articulo 227, constituye una admirable síntesis de la futura Convención, que para la época circulaba en forma de anteproyecto entre los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. El otro artículo decisivo fue el 204 (particularmente en su inciso II) el que, legitimando la articulación de esfuerzos coordinados entre gobierno y sociedad civil, colocaba las bases explícitamente jurídicas para la reformulación de una política pública, ya no más entendida como mero sinónimo de política gubernamental, sino como el resultado de una articulación entre gobierno y sociedad civil[6].

2 LOS PROCESOS DE REFORMA LEGISLATIVA

Que una reivindicación por la mejora de las condiciones materiales de la infancia se expresara bajo la forma de una norma jurídica, nada menos que de rango constitucional, significaba una doble ruptura inédita en la región. En primer lugar, una ruptura con un "sentido jurídico común" que a la época en forma abierta y hoy en una forma solapada y vergonzante, se expresa en la trillada frase "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican". En segundo lugar, una ruptura con el acuerdo tácito de que la Constitución, muy en especial sus garantías individuales,

4.- Barcellona, Pietro, Politica e passioni, Bollati Boringhieri, Turin, 1997, p·g. 61.

5.- Además de la considerable cantidad de bibliografía en portugués, para los lectores de habla castellana se recomienda muy especialmente los trabajos de Edson Seda (1992) y Antonio Carlos Gomes Da Costa (1992)

6.- El art. 227 establece, "Es deber de la familia, de la sociedad y del estado asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, ademas de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación violencia, crueldad y opresión...". Por su parte, el art.204, establece : "Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el art. 195, ademas de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios ... II. Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles.

invariablemente consagradas normativamente para todos los habitantes, no debían interferir en la práctica con las tareas de "compasión-represión" propias del (no) derecho y las políticas de menores. Aprobada finalmente la nueva Constitución, los artículos 204 y 227 pusieron de inmediato en evidencia el carácter flagrantemente inconstitucional de la legislación minorista vigente: el código de menores de 1979, dispositivo central en la política social del autoritarismo militar de las décadas pasadas.

Estos son, en forma muy breve y esquemática, los antecedentes del primer proceso de reforma legislativa en América Latina en el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En realidad, puede decirse que en América latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia. Una primera etapa, de 1919 a 1939, que introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores[7]. Una segunda etapa, de la cual este libro precisamente pretende dar cuenta, que comienza en 1990 y continúa abierta y en evolución hasta nuestros días.

Cumplida la primera etapa del proceso de reformas, desde 1940 a 1990, los pocos cambios jurídicos ocurridos han sido invariablemente intrascendentes: variaciones sobre un mismo tema para decirlo en una forma un poco más elegante. El proceso de cambio jurídico y social que los movimientos de lucha por los derechos de la infancia concretan en Brasil en 1990, (pero que reconoce antecedentes inmediatos y directos por lo menos desde 1986), constituye un ejemplo extraordinario de conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia. En este caso, la experiencia demuestra que los diversos problemas de la infancia sólo pueden ser reconstruídos en una clave distinta a la "compasión-represión" cuando se intersectan con el tema de la ley y el tema de la democracia.

Esto significa un rechazo rotundo a considerar los temas de la infancia desde cualquier perspectiva fragmentaria y sobre todo corporativista. La nueva relación infancia-ley, implica una profunda revaloración crítica del sentido y naturaleza del vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia.

Pero las transformaciones de la segunda etapa de reformas legislativas (de 1990 en adelante) no se refieren solamente a un cambio profundo y sustancial en los contenidos de la ley. Se trata además, de un cambio en los mecanismos de producción del derecho; de un nuevo derecho para todos los niños, no sólo para aquellos en "situación irregular". A partir de la experiencia del Brasil, todo el resto de las reformas legislativas (con mayor o menor nivel de participación social y con una mejor o peor técnica jurídica), dejaron de ser esotéricas y clandestinas reuniones de "expertos" que trabajan en los sótanos de los Ministerios de Justicia, para convertirse en inmensos laboratorios político-sociales de producción jurídica democrática.

La década de los '80 para América Latina en general y su segunda mitad para Brasil en particular, coincide con la retirada, más o menos ordenada, más o menos caótica, de las dictaduras militares instauradas en la década del 70. En América Latina, el complejo, difícil y contradictorio retorno a la democracia coincide con el surgimiento y difusión de la Convención. Por primera vez, un instrumento con la forma de la ley capta seriamente la atención de los movimiento sociales, por otra parte, políticamente enfrentados, en general, a los gobiernos autoritarios. Sin embargo, la asimilación de este instrumento legal no fue fácil y no faltaron las críticas de distinto tipo. Desde aquellos que afirmaban que cualquier intento de juridificación de los derechos de la infancia significaba en la practica negar o, por lo menos, poner una camisa de fuerza a sus derechos naturales, hasta aquellos que veían en la Convención otra más o menos sutil intervención del imperialismo. En realidad, los motivos profundos por los que la Convención logra finalmente imponerse con tanta intensidad esperan un análisis más detallado. Es posible, sin embargo, que su comprensión y aceptación como instrumento específico de derechos humanos haya jugado un papel fundamental en su instalación socio-jurídica definitiva. También, es

7.- Para un análisis bastante exhaustivo de esta primera etapa, pero que sólo abarca cinco países de la región (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela) cfr E. García Méndez - E. Carranza (1990). Para un análisis más global referido a toda América Latina, cfr. E. García Méndez (1997a, pp 45 y 55).

probable que haya sido decisiva la intuición de algunos grupos de activistas sociales, en el sentido de que no es sólo la democracia la que garantiza la lucha por los derechos, sino que es también, y fundamentalmente la lucha por los derechos lo que garantiza la democracia[8]. Fue, precisamente, esta "intuición" la que jugó un papel determinante en la primera incorporación constitucional de la Convención. En el Brasil de fines de los 80, fueron juristas con sensibilidad educativa y, sobre todo, educadores con una altísima sensibilidad jurídica, los que instalaron un tipo, felizmente heterodoxo, de lucha por los derechos en el campo del derecho. Articulación esta última que abre las bases para la urgente y necesaria reformulación de las relaciones entre pedagogía[9] y justicia, refundación que encuentra en el texto de Antonio Carlos Gomes da Costa -contenido en este libro- su mejor ejemplo, eximiéndome aquí de ulteriores reflexiones.

3 DERECHO Y REALIDAD: EL "APORTE" DEL "SUSTANCIALISMO"

Como era de esperar, "sustancialistas" de diverso tipo y nostálgicos defensores del (des) orden jurídico anterior, quedaron respectivamente marginados y enfrentados a este proceso. Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico -cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular- no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino "sustancialistas" merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término "sustancialistas" a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea "profundamente estructural". Son los portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación. "Aquí no se pueden respetar los derechos humanos hasta que la pobreza no se erradique" es la frase hecha del simplismo, que mejor sintetiza la posición "sustancialista".

Esta posición olvida que la historia crítica del desarrollo social enseña exactamente lo contrario: que son precisamente las formas de resolución pacífica y respetuosa de la dignidad humana de los conflictos sociales e individuales, las condiciones sine qua non (aunque no suficientes) para un desarrollo sustentable que permita una verdadera erradicación de la pobreza. Los varios ejemplos demuestran que ha sido una inversión masiva en educación (derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos), lo que ha permitido el desarrollo y la erradicación real de la pobreza, y no lo contrario[10], deberían, por lo menos, inducir a los "sustancialistas" a una profunda revisión de sus dogmas, por otra parte, tan inútiles cuanto perjudiciales.

El proceso actual de reformas legislativas pone en evidencia que es precisamente, en esa falta de comprensión de la naturaleza compleja de la relación derecho-realidad, donde radica un elemento fundamental para explicar la fragilidad de las instituciones y la democracia en América Latina. Es sobre la base de este razonamiento que, muy en especial en el campo de la infancia, la justicia resulta sustituida por la piedad y sobre todo por aquella bondad paternalista que tanto repugnaba a Kant[11].

El enfoque "sustancialista" se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser

8.- Sobre este punto específico de la relación derecho-democracia, cfr. L. Ferrajoli (1989, especialmente p. 992)

9.- El concepto de "pedagogía" est· particularmente referido a una necesaria reformulación crítica que, en clave garantista, deberá realizar la educación y los educadores, sobre todo -aunque no exclusivamente- en situaciones vinculadas al conflicto de los adolescentes con la ley penal.

10.- Sobre este punto específico que explica cómo la inversión en educación, en los países hoy desarrollados, ha precedido y posibilitado el desarrollo económico, cfr. M. Weiner (1991, en especial pp. 109-151.

11.- Sobre este punto que remite también a la discrepancia, gobierno de los hombres Vs.. gobierno de la ley cfr. N. Bobbio (1995), especialmente pp 182 y 183..

"reflejo fiel de la realidad". Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque "sustancialista" exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esa perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformo en completamente inútil[12].

En lugar de ser un programa de acción futura, y un instrumento para conseguir lo que todavía no es, si el derecho debe reflejar la realidad, entonces sólo puede y debe existir cuando ya no es más necesario. El resultado de este razonamiento (incorrecto y falso), consiste en confirmar la subestimación de la función del derecho: otra profecía en la cual los "sustancialistas" trabajan incansablemente para su autorrealización. Así, un derecho a la educación que refleje la "realidad" debe concluir, por ejemplo, que la educación de calidad es un derecho de aquellos niños cuyos padres tienen un nivel de ingresos que permita dicho tipo de educación.

Ningún derecho "refleja mejor la realidad" que aquellos "derechos especiales" que parten, paradójicamente, del reconocimiento de la imposibilidad de universalizar en la práctica las políticas sociales básicas (salud y educación para todos). La conquista de beneficios sociales para los niños [13] trabajadores constituye el mejor de los ejemplos. Con la excusa y supuesta legitimidad de su protección, algunas personas o instituciones promueven la obtención de beneficios sociales para los niños trabajadores (seguro médico, por ejemplo). Esta posición constituye un triple y gravísimo error. En primer lugar, desde un punto de vista que podría denominarse inmediatista pragmático, porque normalmente los recursos que se canalizan a través de las políticas asistenciales se deducen o sustraen de las políticas sociales básicas. Más "beneficios" para los niños trabajadores significa (a corto o mediano plazo) menos recursos para los niños en las escuelas. En segundo lugar, porque la transferencia de beneficios sociales de las políticas universales a las asistenciales, implica un aumento geométrico de la discrecionalidad en el manejo de estas últimas, que es el mejor caldo de cultivo para aumentar, y sobre todo, para legitimar las mil variables de las peores prácticas del clientelismo político. En un proceso similar pero inverso al que transformó a los súbditos en ciudadanos, las protecciones "especiales", cuando innecesarias como en este caso, tienden a transformar -involucionando- a los ciudadanos en clientes. En tercer lugar, estas "conquistas" van consolidando y confirmando una cultura de apartheid que percibe el trabajo infantil como una solución[14] y a los niños trabajadores como una realidad inmodificable, equiparable a una catástrofe natural.

De este pensamiento inconexo, pero que tiene la fuerza de la inercia de las cosas y el apoyo del "sentido común", ha ido surgiendo un nuevo paradigma: es el paradigma de la ambigüedad[15].

Frente a los paradigmas instalados y enfrentados de la situación irregular y la protección integral, el paradigma de la ambigüedad se presenta como una síntesis ecléctica, apropiada para esta época de "fin de las ideologías". El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar -tal vez por la disminución significativa de las practicas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños- las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades. En este punto me parece importante arriesgar una explicación que permita entender mejor el por qué de la aparición (y difusión) del paradigma de la ambigüedad.

12.- Sobre este punto, y muy especialmente sobre el uso de la metáfora de la cartografía, cfr. B. de Souza Santos (1991, pp. 213 y 55).

13.- Se utiliza aquí el término "niño" en el preciso sentido jurídico que le otorga el nuevo derecho de la infancia en América Latina para designar a los menores de 12 o 13 años. Por encima de este límite, las nuevas leyes los reconocen como adolescentes.

14.- En forma brillante, Antonio Carlos Gomes da Costa, señala que uno de los principales problemas del trabajo infantil radica justamente en no ser socialmente percibido como tal. Gomes da Costa, continúa afirmando que las sociedades están preparadas, en el mejor de los casos, para enfrentar problemas y no para enfrentar "soluciones". Aunque suene paradójico, para enfrentar el tema del trabajo infantil todavía debemos realizar más esfuerzos, sobre todo en el plano político-cultural, para que la sociedad la perciba como un problema.

15.- Sobre este punto, cfr el trabajo de Antonio Carlos Gomes da Costa (1998) contenido en este libro.

Si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad en la cultura y prácticas de la "protección" (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado[16].

Esta objetivación (entendida como la tendencia opuesta a la discrecionalidad), que se expresa no sólo por un nuevo tipo de derecho, sino también por un nuevo tipo de institucionalidad, así como por novedosos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, transforma sustancialmente el sentido del trabajo de los especialistas "tradicionales"; desde los juristas hasta los pedagogos[17], para abarcar toda la variada gama de estos operadores sociales. Estas transformaciones se refieren, especialmente, a la reducción de la capacidad omnímoda para diagnosticar discrecionalmente la existencia y características de la "disfunción" social o individual; y muy especialmente, el sentido y características de las medidas, sean éstas jurídicas, terapéuticas o sociales. Las metáforas de la medicina cada vez dan menos cuenta de la nueva situación. El paso de considerar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales (situación irregular), a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables (protección integral), constituye un ejemplo bien representativo de esta situación[18].

El nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad, no sólo jurídica sino también pedagógica. En este contexto es que se produce el rechazo abierto o solapado de los viejos especialistas al nuevo derecho y su adhesión más o menos espontánea y objetiva al paradigma de la ambigüedad (es obvio, que el concepto de viejo y nuevo se refiere aquí a una categoría político-cultural y no a una categoría cronológica).

4 Derecho y Pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia

Conviene recordar que en la historia de la "protección de los menores", los eufemismos de la bondad no conocen límites. Bernardo, la figura más relevante en el campo de la "protección" de los "menores de la calle y abandonados" en la Inglaterra de fines de siglo XIX, lo expresa con una claridad que no precisa de mayores comentarios. La práctica de arrancar (es el único verbo que da cuenta literalmente de las verdaderas metodologías de "protección") a niños de sus familias "inadecuadas" y otorgarles mejores condiciones de vida, emigrando masivamente al Canadá, eran denominadas con el término de "secuestro filantrópico" [19]. Con estos precedentes, no caben dudas de que el paradigma de la situación irregular fue indiscutiblemente hege-mónico durante siete décadas en América Latina (1919-1990).

A los escépticos, respecto de las capacidades del derecho para influir sobre la política social, debe recordárseles que las leyes de menores otorgaron a los jueces (de menores), la capacidad real de diseñar -y parcialmente ejecutar- las políticas para la infancia pobre durante todo el período de vigencia plena de la doctrina de la situación irregular.

La prueba del carácter hegemónico durante por lo menos setenta años del paradigma de la situación irregular, resulta del hecho de que las discusiones y enfrentamientos entre los intérpretes de la ley (jueces) y los aplicadores de sus consecuencias (psicólogos, asistentes sociales, pedagógos, etc.,), se daba invariablemente en los moldes y en el estrecho ámbito del paradigma hegemónico. El viejo derecho y la vieja pedagogía constituían, apenas, variaciones temáticas (y complementarias) de la cultura de la discrecionalidad[20].

Lo que sucede es que si, por una parte, resulta

16.- Sobre el nuevo derecho de la infancia y, particularmente la CIDN, entendido como una reformulación radical de las relaciones entre los niños y los adultos, y, los niños y el estado, cfr, el excelente trabajo de Miguel Cillero sobre "El Interés Superior del Niño", contenido en este libro.
17.- Me refiero aquí al educador, entendido este en su sentido más amplio.
18.- Cfr Garcia Méndez, Emilio, 1997a, pags. 209-227.
19.- Cunningham, Hugh, Storia dell 'infanzia, XVI-XX Secolo, IL Mulino Bolonia, 1997, p. 183.
20.- Cfr. E. Garcia Méndez, 1997b, pp 27-32

obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundidad de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagógos, asistentes sociales, psicólogos, etc). En este sentido, este libro (mucho más que este artículo) debe ser entendido también como una invitación a la refundación de un diálogo, articulado y respetuoso, entre los operadores sociales y los juristas. El "pacto de caballeros" entre la corporación médica y la jurídica que en la década de los 20 y 30 concluyó con una institucionalidad híbrida y ecléctica –la justicia de menores– está absolutamente agotado. Una justicia con las apariencias objetivas y abstractas de la ley, pero, con los contenidos y el funcionamiento real de la discrecionalidad médica, se encuentra en proceso de extinción. Pero como en la hermosa metáfora de Gramsci para describir a la crisis, también aquí lo viejo no ha terminado de morir y lo nuevo no ha terminado de nacer. Sin embargo, me permito aquí una (única) indicación referida a la dirección que implica la nueva relación entre el derecho y la pedagogía. Históricamente, y amparado en el concepto de interdisciplinariedad, la "vieja pedagogía" ha permeado cada milímetro del (no) derecho de menores. Psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, entre otros, han transitado y transitan con naturalidad en las instancias de la vieja (y nueva) justicia para la infancia. Tal vez ha llegado la hora de que operadores de la defensa técnica (abogados públicos o particulares) comiencen a transitar con la misma naturalidad en los espacios de tratamiento y rehabilitación. Para una pedagogía de las garantías (que es la única forma que puede asumir la pedagogía en el contexto del nuevo derecho de la infancia), la pertinencia jurídica del sujeto de una medida socio-educativa constituye el primer requisito para considerar, solo posteriormente, la bondad o maldad intrínseca de la medida pedagógica.

En la refundación de las relaciones entre el derecho y la pedagogía caben a la perfección las palabras de Antonio Machado en el período inmediatamente posterior a la Guerra Civil Española: "tenemos que inventar hasta la verdad".

5 DERECHO Y AUTORITARISMO

El proceso de reformas legislativas que comienza a mediados de la década de los 80 en el Brasil, y se extiende hasta nuestros días a todos los países de América Latina, debe ser también entendido como un inmenso laboratorio para la democracia y para el derecho.

En la Europa de los años 80, muy particularmente en Italia y en menor medida en Francia, surge un movimiento de uso alternativo del derecho que proyectó en América Latina una cierta influencia en el plano intelectual y académico, aunque no en el plano de lo político. El ambiente político en el que nace y se desarrolla el movimiento del uso alternativo del derecho (en Europa) podría en forma esquemática sintetizarse como sigue. En un contexto de bloqueo de la situación política caracterizado por la inmovilidad del porcentaje electoral de los partidos progresistas, de una creciente producción intelectual crítica en el campo del derecho y de la profesionalización democrática de los operadores de la justicia (concursos públicos y carrera judicial), surge la propuesta de utilizar en una clave distinta a la tradicional, el derecho existente. La falta de una mayor base de sustentación política y la incapacidad o imposibilidad de políticas de alianzas, determinaron la inexistencia de condiciones para la transformación legislativa. Se trataba, en otras palabras, de usar, con un contenido progresista y transformador, la discrecionalidad propia de la función judicial. Es el intento de utilización crítica de un derecho –muchas veces–, razonablemente, democrático o el rechazo a las interpretaciones regresivas de las normas jurídicas procesales, impuestas y legitimadas por las varias caras de la emergencia (mafia, terrorismo, etc).

Sin embargo, y probablemente como consecuencia no deseada, la utilización crítica del derecho por parte de sus operadores (los jueces) condujo a reforzar los niveles de discrecionalidad judicial. Resulta por lo menos paradójico que Pietro Barcellona, uno de los inspiradores del movimiento del uso alternativo del derecho hace veinte años, se exprese en los siguientes términos en un escrito muy reciente: "la universidad ha elaborado teorías legitimadoras de un inadmisible poder de los jueces. Basta pensar en la cada vez más frecuente afirmación sobre la función creativa del juez y en el énfasis sobre un derecho viviente como alternativa a la

primacía de un legislador confuso y contradictorio"[21].

Muy distinta es la situación en el contexto latinoamericano. En la América Latina de los 80, no sólo carecíamos de un derecho "razonablemente democrático", sino que contábamos con un derecho explícitamente autoritario y antidemocrático. Esta situación era, particularmente, evidente en las áreas del (no) derecho constitucional y del derecho penal. El derecho de menores, basado en la doctrina de la situación irregular, no constituye, por supuesto, un sub-producto de las dictaduras militares de los '70, pero se adaptó maravillosamente a su proyecto "social". La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo. Es por eso que si hoy el proyecto de construcción de ciudadanía de la infancia descansa en la constitucionalización de su derecho, el proyecto regresivo del autoritarismo, de los 70 y los 80, de convertir a ciudadanos en súbditos, descansaba en la "menorización" de todo el derecho, muy especialmente el penal y el constitucional.

De las múltiples consecuencias negativas, producto de los autoritarismos de los años '70 y '80, una de ellas se refiere a su impacto negativo sobre la ya frágil cultura del derecho en América Latina. Sin lugar a dudas, el autoritarismo y sus secuelas exacerbaron todas las tendencias negativas que, sobre todo en el plano de las relaciones derecho-realidad, derecho-democracia y derecho-ciudadanía, impe-raron e imperan desde la colonia hasta nuestros días.

Aún con el objetivo de destruir la demo-cracia y la condición de ciudadanía, los gobiernos autoritarios no subestimaron las capacidades técnicas del derecho como instrumento eficiente de dominación[22].

El derecho de menores -particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente a través de su conocida "vocación" para la criminalización de la pobreza, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no sólo con su política social. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores, donde la legalidad consistía en la mera legitimación de lo "que crea más conveniente" el responsable de su aplicación, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo.

El uso proficuo del derecho por parte de los gobiernos autoritarios confirmó a los "sustan-cialistas", en el momento de retorno a la democracia, la necesidad de relativizar las capacidades transformadoras del derecho y, sobre todo, relativizar la calidad del vínculo entre derecho y democracia. La necesidad de que el derecho sólo refleje la realidad parece ser la reacción de los que niegan por meramente ideológico un derecho distinto a la realidad; en otras palabras, de los que explícitamente niegan las posibilidades del derecho como instrumento pedagógico y propuesta democrática de transformación social.

6 Infancia y Democracia

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia en América Latina constituye en los hechos (y valga el juego de palabras, en el derecho) una desmentida rotunda a las profecías del realismo "sustancialista". Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998 , todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad. Si se hubiera realizado el "check reality" pregonado por el "realismo sustan-cialista", las recurrentes políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social por la delincuencia juvenil, hubieran determinado que todas estas leyes fueran no tanto (y sólo) inútiles sino ademas imposibles. En este libro se encuentran, también para desmentir al "realismo sustancialista", las leyes, proyectos y anteproyectos "imposibles" de dieciséis países que se atrevieron a construir normas jurídicas que no reflejan la realidad sino que son mucho mejor que la realidad misma (se excluye de esta afirmación al Código de Menores de Colombia, y por eso el número de países se reduce a dieciseis). Leyes que, si bien nadie piensa como

21.- Barcellona, Pietro, 1997, pag. 40.

22.- Para un análisis más detallado sobre las funciones específicas del derecho en el contexto de los autoritarismos de los 70 y los 80, cfr, entre otros, E. Garzón Valdés (1993), E. García Méndez (1987) N. Lechner (1977).

instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidos como condición sine qua non de la mejora de la situación de niños y adolescentes y sobre todo de la calidad de nuestra vida democrática . Proyectos de ley que acabaron siendo, en la feliz expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, verdaderos proyectos de sociedad. Tal vez sea conveniente recordar aquí que, en este continente de paradojas, los que menos hacen son precisamente los hombres "prácticos y pragmáticos", y no hacen nada porque emplean todo su tiempo en explicarnos "científicamente" el carácter ineluctable de lo existente; porque lo que es, es lo único que puede ser y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser. Tal como lo afirma Alessandro Baratta, en este desprecio de la utopia, entendida particularmente en su dimensión de lo que "todavía no es", se encuentra la explicación de una parte no poco importante de los problemas de nuestra democracia. De los niños -continua afirmando Baratta- que no han perdido esta capacidad, porque todavía su mundo de vida, no ha sido colonizado por la razón cínica; tenemos, sin exageraciones ni demagogias, muchísimo que aprender[23].

El movimiento del nuevo derecho de la infancia no sólo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento), sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho.

7 DERECHO Y REALIDAD: EL "APORTE" DEL MASOQUISMO INSTITUCIONAL

Si en algún lugar el pensamiento regresivo tuvo (y en buena parte tiene todavía) un carácter hegemónico es en el campo del derecho. Hace ya algunos años (cuando imperaban en América Latina gobiernos abiertamente autoritarios), me ocupé específicamente del tema sosteniendo que la hegemonía jurídica constituía (también) para los grupos dominantes, una forma de recuperar el desgaste, consecuencia de las relaciones abiertas de dominación que se ejercían en el plano de lo político[24]. Pero si la afirmación anterior explica en parte las causas de la hegemonía jurídica, dice en cambio muy poco acerca de su contenido y manifestaciones concretas.

En pocas áreas de la vida social la hegemonía jurídica regresiva se ha manifestado con más fuerza (y eficacia) que en el área de la "política social para los más necesitados". Más aún, no me parece exagerado reiterar que desde 1919, las leyes de menores han conducido, ideológica y materialmente, la política para los niños pobres en América Latina. Aunque resulta paradójico, la hegemonía jurídica del pensamiento regresivo se manifiesta (también) en la subestimación que del derecho y lo jurídico hacen sectores que políticamente se autoperciben como progresistas y -sin duda alguna- como modernizadores. Esta perspectiva, pero sobre todo este problema en América Latina, remite a la muy poco explorada con seriedad y detenimiento, relación entre derecho y realidad. Es así que la cultura garantista y democrática encuentra un obstáculo político-cultural considerable en algunas manifestaciones -recurrentes- del pensamiento "sustancialista" propio del paradigma de la ambigüedad.

La formulación de políticas, o lo que es peor, de propuestas legislativas en función de las deficiencias, de las omisiones, de las violaciones, en definitiva, de lo que no es, en vez de en función de lo que debería ser, ha tenido y tiene consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia (mutatis mutandi algo bastante similar puede decirse de las leyes y políticas que solo se refieren a los excesos intolerables). Las leyes "protectoras" del niño trabajador constituyen, como ya se ha mencionado, un buen ejemplo de un error elevado al rango de política jurídica y social. De hecho, las leyes "protectoras" tienden objetivamente a legitimar, consolidar y, sin duda, también a reproducir en forma ampliada las violaciones y omisiones que la propia ley protectora pretende paliar.

Relativizar también normativamente, una

23.- Cfr. El artículo de Alessandro Baratta sobre "Infancia y Democracia", contenido en este libro.
24.- (E. García Méndez, 1987, pp 231-242)

violación a los derechos consagrados en una norma jurídica de rango superior (ejemplo, la Convención o la propia Constitución), implica objetivamente renunciar al derecho como un instrumento eficaz que señale el camino para reducir y eliminar injusticias flagrantes y desigualdades intolerables. En este contexto, flexibilizar en forma "realista" la legislación para "proteger" al niño trabajador, por ejemplo, no se diferenciaría política o conceptualmente en nada, de suavizar las normas que castigan la violencia policial, utilizando el argumento de su alta frecuencia.

De modo similar que la relación derecho-pedagogía, también la percepción social de la relación derecho-realidad en América Latina exige un análisis crítico renovado.

La percepción social dominante respecto de la relación derecho-realidad es, sobre todo, la historia de sombrías profecías que -generalmente- se autorrealizan. La percepción "popular" proporciona algunos ejemplos que merecen una atención mucho más seria que la dispensada hasta ahora. Del "se acata pero no se cumple" al "para los amigos todo, para los enemigos la ley" (frase esta última que se atribuye a Getulio Vargas, pero que en realidad podría ser de tantos otros), existe una maciza continuidad negativa que, curiosamente, casi nunca se pone de manifiesto en los análisis que explican los problemas y fragilidad de nuestras democracias. Al análisis de las funciones específicas del derecho como mecanismo coactivo de integración social en el contexto de los gobiernos autoritarios[25] no le ha seguido, hasta ahora, un análisis similar en condiciones democráticas.

El pensamiento "sustancialista" ha contribuído a consolidar la visión de una relación perversa entre derecho y realidad. La percepción dominante de la relación entre condiciones materiales y condiciones jurídicas de la infancia, ofrece un ejemplo que merece una mención más explícita y profunda.

La experiencia de los procesos de reforma legislativa de estos últimos años (cuya historia y análisis crítico está contenido por primera vez en forma completa en esta publicación) demuestra que mientras en un país conviven condiciones materiales de la infancia graves y preocupantes (desnutrición, mortalidad infantil, detenciones ilegales y arbitrarias, etc.) con condiciones jurídicas similares, es decir, con leyes viejas y desprestigiadas (negadora del derechos, carentes de garantías o incluso técnicamente vergonzosas), la "opinión pública" (que como se sabe, muchas veces es la menos pública de las opiniones), tiende a ignorarla, en este caso, correspondencia entre derecho y realidad. Sin embargo, apenas un país donde las condiciones materiales de la infancia son graves aprueba una ley democrática en su proceso de producción y garantista en su contenido, comienza un proceso brutal de exigencias de naturaleza casi milagrosas a la nueva ley.

El hecho de que la nueva ley proponga condiciones materiales mucho mejores que las existentes es suficiente para su condena como utópica. Pero utópica, no en el sentido positivo de E. Bloch, quien entiende la utopia como "lo que todavía no es", sino utópica en el sentido de despreciablemente imposible. Utopía negativa que se refiere -generalmente - a la impracticabilidad de la ley por la ausencia (total) de recursos de todo tipo, especialmente financieros. Como si las asignaciones presupuestarias, por otra parte casi siempre "sensibles" al clientelismo electoral, fueran inmunes a cualquier tipo de presión social.

En este contexto, hay un "sentido común latinoamericano" que se aproxima mucho a lo que - con una cierta ironía, aunque no mucha - podría denominarse masoquismo institucional. La reacción inmediata frente a una buena ley se expresa, muchas veces, en la frase "esta ley es demasiado buena para nosotros, esa es una ley para Suiza o para Suecia".

Una visión como esta comete -como mínimo- un doble error. En primer lugar, subestima tanto el potencial carácter pedagógico de la ley, cuanto su condición de instrumento decisivo en la construcción de ciudadanía, sobre todo cuando es utilizado como herramienta técnico-política de cambio. En segundo lugar, este "realismo" antiutopista da por descontado el carácter inmodificable que ha asumido el capitalismo salvaje del ajuste estructural: desmonte de la política social y control férreo de las consecuencias del darwinismo social instaurado. Esta percepción no sólo es incorrecta. Desde cualquier perspectiva consecuente con la consolidación plena de una verdadera democracia,

25.- Cfr. Entre otros (N. Lechner, 1977, E.Garzon ValdÈs 1993)

además es falsa. La subestimación del papel estratégico del derecho en un proceso positivo de cambio social no es principalmente consecuencia de la fragilidad de la democracia y sus instituciones. Es la fragilidad de la democracia y sus instituciones que son el resultado de la subestimación de las capacidades del derecho como forma democráticamente privilegiada de asegurar la justicia y la paz social. Por ello no me parece exagerado afirmar que, si no detenemos en el plano político, jurídico y cultural, los avances "realistas" del "sustancialismo", corremos el riesgo de regresar a la situación imperante antes de la Revolución Francesa, cuando el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales dependía -explícitamente- de las condiciones materiales[26]. Es decir, a una situación (ideal para los "sustancialistas"), en la que el derecho reflejaba fielmente la realidad.

8 GLOBALIZACIÓN, INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS

La década de los '90, ha sido una década de cambios muy profundos en todos los ámbitos imaginables. El proceso de globalización ha modificado radicalmente el compromiso histórico entre Estado y mercado[27]; más precisamente, se ha roto la inserción en el mercado de trabajo como fundamento de la ciudadanía, base esta última del funcionamiento de la democracia moderna [28].

Pero si por un lado el fundamento de la ciudadanía no esta mas primordialmente referido a un cada vez mas volátil mercado de trabajo, en el ámbito de la democracia su fundamento - sobre todo luego del descrédito con el que las democracias "populares" marcaron a cualquier proyecto de soberanía popular- se ha ido desplazando cada vez con mas fuerza al plano de los derechos fundamentales del hombre[29].

La comprensión de los efectos reales de la globalización , sobre todo en el plano social, exige el abandono de cualquier forma de aproximación maniquea al problema. Ademas, si las bases de la ciudadanía y la democracia se encuentran en un proceso profundo de reformulación, la categoría infancia esta lejos de ser una variable independiente o pasiva respecto de dichas transformaciones. La Convención no es solo una carta magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía mas acorde con los tiempos.

Si por un lado, la "mano invisible del mercado" se encargó de destruir la "certeza" del trabajo como fundamento de la ciudadanía, por el otro, " la mano visible del derecho, " se esta encargando de destruir la otra "certeza"que equiparaba y restringía el concepto de ciudadanía al mero ejercicio de algunos derechos políticos. Baste por ahora este ejemplo para mostrar el carácter profundamente contradictorio de las tendencias que emergen del proceso de globalización.

En el extraordinario articulo contenido en este libro, Alessandro Baratta explica como la Convención constituye al mismo tiempo causa y efecto de una nueva refundación del pacto social. Si, como es sabido, el pacto social de la modernidad se basó, muy particularmente, en la exclusión de los no ciudadanos (no propietarios, extranjeros, mujeres y niños), con cada crisis y ruptura de dicho pacto original, la presión social y el derecho jugaron un papel fundamental en la ampliación de sus bases de sustentación. Me parece importante recordar aquí que el "derecho" que ha jugado un papel fundamental en los movimientos de refundación del pacto, no ha sido solo el derecho constitucional, sino también el civil y el de "menores", término este último con el que en realidad todavía se denomina a los diversos estatutos de incapacidad de la infancia.

Del mismo modo que para la mujer[30], también la incapacidad política de la infancia esta precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en una larga serie de incapacidades "naturales", que el derecho de menores solo se tomo el trabajo de "reconocer" y otorgar estatus "científico".

Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco mas, no solo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja

26.- Sobre este punto en especial, cfr. S. Rodota (1997), especialmente pp 130-131).
27.- Pietro, Barcellona, 1997, p.49.
28.- (U.Beck, 1997, pp.21-25)
29.- Este es el planteo realizado por A.Touraine (1992), citado por S.Rodota (1997, p.7).
30.- Para un análisis detallado sobre este problema pero en relación a la mujer cfr. el excelente libro de G.Zincone (1992).

reconocer por cualquiera en forma clara y explicita, no sucede lo mismo con su forma . La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección especifica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc)[31]. Por el contrario, la forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos hace referencia al carácter abstracto y general de la ley.

Norberto Bobbio expresa en forma meridianamente clara esta "sutil" diferencia entre forma y contenido cuando afirma: "Que la función igualadora de la ley dependa de su naturaleza de norma general que tiene por destinatarios no solo un individuo sino una clase de individuos que puede ser constituida de la totalidad de los miembros del grupo social, esta fuera de discusión. Justamente a causa de su generalidad una ley, cualquiera que esta sea, y por lo tanto independientemente de su contenido, no consiente, al menos en el ámbito de la categoría de sujetos a los cuales se dirige, ni el privilegio, es decir las disposiciones a favor de una sola persona, ni la discriminación, es decir las disposiciones en contra de una sola persona. Que luego existan leyes igualitarias y leyes inigualitarias es otro problema: un problema relativo no a la forma de la ley, sino a su contenido"[32].

Si el derecho de menores cumplió un papel (regresivo) fundamental, entre otras cosas por legitimar las excepciones a las garantías que el derecho constitucional ofrece a todos los seres humanos, un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico jurídico el histórico articulo aprobado hace muy pocos meses - marzo de 1998- por la Convención Constituyente del Ecuador, consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho al sufragio, el articulo 13 de la Constitución Política del Ecuador establece:

" Son ciudadanos todos los ecuatorianos y como tales gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerá en los casos y con los requisitos que determine la ley".

Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente pueda ser subestimada.

De su sentido original, revolucionario en relación al viejo orden feudal que solo reconocía súbditos, pero excluyente de toda categoría distinta del macho, blanco, propietario y no extranjero, el contenido real del concepto de ciudadanía puede ser entendido también como un termómetro de la democracia. Tal como acertadamente lo sugiere Luigi Ferrajoli[33], la idea y practica de los derechos humanos constituye sin duda el instrumento mas eficiente para cerrar progresivamente la brecha que separa a los derechos de (todos) los hombres de los derechos de (algunos) ciudadanos. Precisamente por ello, no es ocioso –ni mucho menos "ideológico"– entender la Convención y toda la serie de leyes y proyectos que en este libro se analizan, como instrumentos específicos de derechos humanos de todos los niños y los adolescentes. En este caso, la tarea de reconstrucción de la dignidad humana es doble. No se trata solo de cerrar la brecha entre "hombres" y ciudadanos; se trata ademas de cerrar la brecha –para comenzar jurídica– entre niños y "menores". En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes.

9 MEMORIA DEL FUTURO: LA INFANCIA UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA

Durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho mas que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política social para la infancia pobre.

31.- Ver la tendencia a juridificar categorías como estas, en el libro segundo del Código de la Familia y el Menor de Panamá.
32.- Cfr. Norberto Bubbio, 1995, pp 176-177
33.- Cfr. Ferrajoli, Luigi, 1994, pp 263-292.

Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía -en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagradas en todas las Constituciones de la región- se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de "protección" o de "bienestar".

Hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, la "legalidad minorista" y las políticas asistencialistas caminaron en la misma dirección. Es solo a partir de 1990, que la ley y el asistencialismo tomaron caminos opuestos. También por este motivo es que las nuevas leyes de la infancia no reflejan simplemente la realidad, sino que son mucho mejor que ella.

En los últimos anos asistimos en América Latina a una disminución considerable en la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas (salud y educación), que incluso ciertos formalismos no logran disimular. Para dar solo un ejemplo, el acceso prácticamente "universal" a la educación primaria se ha obtenido a través de dos "variables de ajuste" que, por otra parte, a mediano plazo solo han contribuido a agravar ulteriormente la situación : la reducción de las horas de clase y el salario de los maestros. A la disminución de las políticas sociales básicas le ha seguido un aumento de las llamadas políticas asistenciales o compensatorias, fenómeno que en forma equivocada algunos (yo mismo entre ellos) han atribuido apresuradamente a la mera disminución del volumen del gasto social. Pero si por un lado asistimos a esta tendencia preocupante y negativa desde el punto de vista de construcción de ciudadanía, por el otro, el nuevo derecho para la infancia ha tendido invariablemente (para decirlo en forma esquemática y resumida) a la separación neta entre problemas sociales y problemas específicamente vinculados a la violación de la ley penal. De un (no) derecho de la compasión-represión, se ha avanzado hacia un derecho de las garantías.

Es precisamente en este ultimo punto donde se interseca el tema de la infancia, no solo con el tema de la ley , sino muy especialmente con el tema mayor de la democracia.

Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas no se deja explicar por meros motivos económicos. Mas allá de las dificultades crecientes para la determinación del volumen real del gasto social, la tendencia señalada anteriormente se verifica incluso en la -paradójica- situación de aumento del gasto social. "El gasto social se ha vuelto sumamente sensible a los ciclos electorales"se afirma elegantemente en un excelente articulo sobre el tema[34]. Es que el aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho mas política que económica. También aquí el concepto de discrecionalidad resulta central para entender este fenómeno. Mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho mas percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dadiva.

Posiblemente resulta mas claro ahora entender que cualquier reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional al aumento de los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores mas débiles o vulnerables. En conclusión, la focalización, que es la forma "técnicamente natural " que asumen las políticas asistenciales, cuando no resulta estrictamente necesaria, se convierte no solo en parte de los problemas que aquejan a la política social sino, lo que es aun mucho peor, en un serio problema para el propio desarrollo democrático.

Sólo si tomamos en consideración los siglos transcurridos en la historia de la "protección" de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción de su ciudadanía apenas esta comenzando con ejemplos que seria un grave error subestimar, como el de la reciente Constitución ecuatoriana. El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda en cambio es de que el presente y el futuro de la

infancia ya son una cuestión de justicia.

BIBLIOGRAFIA.

BARATTA ALESSANDRO (1995), **"La niñez como arqueología del futuro"**, en, **"El Derecho y los Chicos"**, Ed. Espacio, Buenos Aires.

BARCELLONA PIETRO (1997), **"Política e Passioni"**, Ed.Bollati Boringhieri, Turin.

BECK ULRICH (1997),**"Kinder der Freiheit : Wider das Lamento ueber den Werterverfall"**, en,**"Kinder der Freiheit"**, edición a cargo de Ulrich Beck, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main.

BOBBIO NORBERTO (1995), **"Il futuro della democrazia"**, Ed Einaudi, Turin.

BUSTELO EDUARDO- MINUJIN ALBERTO (1997), **"La política social esquiva"**, Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe, Santa Fe de Bogota.

CUNNINGHAM HUGH (1997), **"Storia dell'Infanzia"**, Ed.Il Mulino, Bolonia.

FERRAJOLI LUIGI (1989), **"Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale"**, Ed. Laterza, Bari.

FERRAJOLI LUIGI (1994), **"Dai diritti del cittadino ai diritti della persona"**, en , **"Cittadinanza"**, edición a cargo de Danilo Zolo, Ed. Laterza, Bari.

GARCÍA MÉNDEZ EMILIO (1987), **"Autoritarismo Control Social"**, Ed.Hammurabi, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ EMILIO - CARRANZA ELIAS (1990), **"Infancia, adolescencia y control social en América Latina"**, Ed .Depalma, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ EMILIO - CARRANZA ELIAS (1992), **"Del Reves al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina"**, Ed. Galerna, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ EMILIO (1997a), **"Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral"**, Ed. Forum Pacis, Ibagué (2da edición).

GARCÍA MÉNDEZ EMILIO (1997b) **"Ciudadanía da Crianca: A revolucao Francesa com 200 años de atraso"**, en, **"Inscrita"**, Revista del Consejo Fereral del Servico Social, Rio de Janeiro, Brasil.

GARZÓN VALDÉS ERNESTO (1993), **"Las funciones del derecho en América Latina"**, en, **"Derecho, Etica y Política"**, recopilación de artículos de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GOMES DA COSTA ANTONIO (1992), **"Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente"**, en, **"Del Reves al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina"**, E. García Méndez-E. Carranza, Organizadores, Ed. Galerna, Buenos Aires.

RODOTA STEFANO (1997), **"Liberta e Diritti in Italia,dall'unita ai giorni nostri"**, Ed.Donzelli,Roma.

SEDA EDSON (1992), **"Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente"**, en, **"Del reves al derecho.La condición jurídica de la infancia en América Latina"**, E.Garcia Mendez-E.Carranza,Organizadores, Ed.Galerna, Buenos Aires.

DE SOUZA SANTOS BOAVENTURA (1991), **"Una cartográfia simbólica de las representaciones sociales:prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho"**, en, **"Estado, Derecho y Luchas Sociales"**, de B. De Sousa Santos, Ed.Ilsa, Bogota.

WEINER MYRON (1991), **"The Child and the State in India"**, Ed.Princenton University Press, Princenton.

ZINCONE GIOVANNA (1992), **"Da Sudditi a Cittadini"**, Ed. Il Mulino, Bolonia.

* * *

LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

FERNANDO CUBERO PÉREZ
Fiscal del Ministerio Público

Para Hilda, quien todo lo hace posible

Y sabed esto también, aunque mis palabras hieran con fuerza vuestros corazones.
El asesinado es también responsable de su propio asesinato.
Y el robado es también responsable de su propio robo.
Y el justo no es inocente de los actos del malvado.
Y el puro no es ajeno a los actos del felón. Sí, porque muchas veces el condenado es víctima del ofendido.
Y con más frecuencia aún el reo carga con la culpa del inocente y del puro.
No podéis separar al justo del injusto, ni al bueno del malvado.
Porque juntos están frente al rostro del sol, de igual forma que el hilo blanco y el hilo negro están juntos en la trama del tejido.
Y cuando el hilo negro se rompe, el tejedor revisa la tela entera y también el telar.

Gobrán Jail Gibrán. El Profeta (1896-1903)

Introducción:

En el largo camino histórico recorrido por la humanidad, desde las primeras formas sociales organizativas hasta las conformaciones sociales más modernas, el papel que dentro del drama del proceso penal ha jugado la víctima ha tenido diversas caracterizaciones. Razones dependientes de la estruc-tura social han determinado que en el proceso penal el papel de la víctima hubiese pasado de un protagonismo absoluto, a una expulsión y finalmente a un resurgimiento en el moderno proceso penal.

Ahora bien, el desarrollo de esta ejemplarizante historia, plagada de mártires y de iluminados, al igual que la historia de los pueblos en general, no debe captarse como una vuelta al momento y al lugar edénico inicial que tenía la víctima en tiempos pasados, ni tampoco debe entenderse como un desarrollo lineal, sino que la experiencia cotidiana nos enseña que el devenir de esta historia es esencialmente dialéctico, con algunos saltos e igualmente con grandes retrocesos y que como lo afirmaríamos parafraseando a un cantautor catalán; en el campo del reconocimiento de los derechos de las víctimas a veces tenemos la impresión que **"las reformas nunca se acaban y que siempre llegamos tarde donde nunca pasa nada".**

Sin embargo, nuestro optimismo en el proceso creador del ser humano nos lleva a tener siempre la fe puesta en que todo futuro será siempre mejor y que no es sino asumiendo la experiencia precedente como se logra caminar hacia adelante. Es por ello que el presente estudio pretende hacer una pequeña reconstrucción del sendero transitado por la víctima y trata de vislumbrar los contornos de la vereda por la cual se ha de transitar en los próximos años.

Lógicamente nuestra visión se circunscribe a nuestra realidad más próxima, como lo es el Derecho Procesal costarricense y no aspira a ninguna otra pretensión que la de ubicar en qué etapa nos encontramos en nuestro país en relación con la defensa efectiva de los derechos de las víctimas.

Igualmente debe advertirse que somos conscientes que siempre en esta materia, como en otras referidas al proceso penal, es válido el distinguir entre el Código Procesal formal y el Código realidad, ello en cuanto a que la realidad

siempre es más rica y compleja que la norma escrita, de tal forma que a pesar de que la norma tenga un espíritu creador y transformador , en muchas ocasiones ese espíritu se golpea de frente contra la inexorable realidad, la cual logra en otras tantas ocasiones que la norma quede en letra muerta.

La apreciación anterior nos lleva a reflexionar acerca de si efectivamente es tan largo el camino recorrido hacia el efectivo reconocimiento del derecho de las víctimas en el proceso penal, o si por el contrario, nos encontramos al principio del sendero. Sin embargo, es importante establecer que aunque se diese esta segunda posibilidad, en todo caso somos partidarios de la conocida tesis filosófica según la cual lo importante no es tanto conocer la realidad sino el comprometerse en transformarla.

Capítulo I. La víctima en el proceso acusatorio antiguo y en el proceso inquisitivo.

En los orígenes del proceso penal la reacción ante el delito involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima, no existiendo ningún sujeto tercero e imparcial que mediara en el conflicto, de tal forma que no es de extrañar que la primera forma por la cual se encausa históricamente este conflicto sea la venganza privada, esta asumía, como nos lo enseñan los estudios al respecto, los mayores niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación con el daño sufrido, de tal forma que esa venganza involucraba no necesariamente al responsable directo del daño sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor tales como los parientes y los miembros de su grupo o clan.[1]

Sin embargo, la evolución de la sociedad generó el que los efectos de la primitiva venganza privada fueran atemperados por instituciones como la Ley del Talión, o la compensación de los daños.

A. La venganza privada y las formas históricas sustitutivas.

Siempre suele afirmarse que al principio era el caos, en tal sentido si bien es claro que la venganza privada no podemos conceptualizarla como una institución social, sí debemos tener presente que fue la primera reacción ante el delito, en la cual el ofendido se tomaba la justicia por su propia mano, convirtiéndose en muchos casos en una verdadera guerra de eliminación de grupos, familias o clanes.[2]

Por ello desde esta perspectiva, no resulta incorrecto considerar que instituciones como la Ley Taliónica, que imponía límites a esa arbitraria venganza privada, implicaba un mayor raciocinio de la respuesta ante el delito, imponiéndole límites a los excesos en que suele incurrir el ofendido cuando se trata de cobrar la sangre derramada.[3]

El ojo por ojo o miembro por miembro, que a nuestra conciencia nos parece excesivamente cruel, era un gran avance en la percepción acerca de la solución del conflicto, de tal forma que empieza a aparecer como limitante de la venganza privada en aquellas sociedades que han logrado un notable desarrollo de sus instituciones sociales.[4]

Más tarde, conforme se opera un mayor progreso social, empiezan a aparecer formas históricas de compensación con las cuales se buscaba una mayor limitación a la crueldad de la Ley del Talión. En este sentido la compensación va apareciendo primero a la par de la Ley Taliónica al presentarse como una forma facultativa y luego como

febrero-

1.- Véase en este sentido por Rodrigo Ramírez González, quien indica: **"En la época más primitiva la venganza , que comprendía no solo los daños físicos a las personas, sino también exigencias de bienes materiales, era la principlal manifestación de la lucha por la supervivencia que por la inclemencia del ambiente y la falta de relaciones sociales era cruel y despiadada quiém se vengaba, lo hacía en forma tan violenta que eliminaba a su ofensor o le anu laba por completo material y anímicamente la posibilidad de repetir la ofensa".** RAMÍRREZ GONZÁLEZ , Rodrigo: La Victimología, Bogotá, Edit. temis, 1963. pág. 47.

2.- Sobre este aspecto que nos puede algo propio de un pasado remoto y prehistórico , nos perturba la realidad que no es tan mágica, pero sigue siendo la realidad latinoamericana descreita por García Marquéz en su novela-reportaje, "Noticia de un Secuestro", en relación con las luchas de exterminio entre los carteles de la droga en la Colombia contemporánea.

3.- En este sentido véase lo expresado por Isarael Drapkin quien afirma en referencia a la imposición de límites a la venganza privada que: "Estos ilimitados derechos de venganza, por muy comprensibles que fueran, tuvieron que ser sacrificados en el altar de la justicia que comenzaba a alborear.Es así como nacieron las leyes del Talión. Se pensó que no podría haber un equilibrio más justo y mejor concebido para lograr una mejor justicia que el balance aritmético del tanto por tanto. El castigo no podría ser mayor que el daño recibido. Es indudable, entonces, y no deja de ser curioso, que la primera intervención de derecho de los primitivos legisladores, fue para defender a quien infringió inicialmente la norma social, es decir al delincuente y no a la víctima. No podía ser de otra forma, ya que los derechos de esta última era absolutos e ilimitados, mientras que los derechos del delicuente eran aún inexistentes" en Drapkin S. Israel. El Derecho de las Víctimas, en **Anuario de Derecho y Ciencias Penales**, Madrid, 1980, pág. 375.

4.-Acerca de la relación entre el desarrollo de las estructuras sociales y las instituciones del sistema penal, puede leerse el esclarecedor artículo de Julio B.J.Maier titulado: "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica" en **Jueces para la Democracia**, Madrid, Números 16-17, febrero -marzo de 1992, págs. 146 a 163.

una solución obligatoria,[5] siendo que mientras reinaba la composición como sanción principal, nos encontrábamos en la época de mayor esplendor del sistema acusatorio.[6]

Sin embargo, el fin de esta etapa de esplendor se encuentra avizorado por la creciente intervención de poderes centralizados que se erigen como definidores de la contienda entre partes y que empiezan precisamente por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dándose nacimiento a la sanción de la multa.[7]

B. La expulsión de la víctima del proceso penal.

Conforme ese poder centralizador fue afirmándose y se dio el nacimiento de los Estados, el conflicto penal dejó de ser un conflicto ínter partes, para constituirse en un problema entre el ofensor y el Estado, la ofensa penal era una ofensa hacia el poder central y por ende éste se va apropiando de la sanción, la hace suya, logrando de esta forma que la víctima vaya desapareciendo del escenario, trátese éste del Derecho Penal sustantivo como del Derecho Procesal Penal.

Podemos esbozar el desarrollo de esta expulsión haciendo alusión a un hilo conductor, cual es, que conforme se fue afirmando el sistema procesal inquisitivo, así la víctima fue perdiendo protagonismo en el proceso penal.

B.1. El proceso inquisitivo y la expropiación del conflicto.

La doctrina es pacífica en establecer que en el tanto en que la persecución penal fue asumida por el Estado, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo; el sistema procesal inquisitivo, con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una lucha entre el representante estatal que debía resguardar los valores de la sociedad y el transgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen de la contienda penal.[8]

Esta situación que se inicia en plena Edad Media y que se prolonga durante varios siglos, va a generar el que la preocupación del Derecho Procesal y el Derecho Penal se centre en el ofensor, de tal forma que la reparación viene a configurarse como un componente ya no de la sanción penal sino del orden civil.[9]

La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso; los roles protagónicos los llevará adelante el juez y el imputado, desapareciendo por ello el ofendido totalmente del escenario. En este sentido la criminología ha sido clara en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve reemplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal.[10]

Como consecuencia de lo anterior, a la

5.- En este sentido Drapkin, op. cit., págs. 376 y 377 nos ilustra de como la compensación facultativa ya la encontrasen la propia Ley Mosaica y en la Ley de las Doce Tablas en Roma, mientras que Ramírez González, op., cit., págs. 48 y 49 nos refiere de antecedentes similares en el Código de Hammurabi la literatura Homérica, y el Código de Manú.

6.- Véase en tal sentido Maier B.J., Julio: Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Tomo Y, 1989, págs. 23 y siguientes. Para una precisión de los rasgos característicos del sistema acusatorio puede verse: Mora Mora, Luis Paulino: Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998 en **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, San José, Litografía Mundo Gráfico, 1996, págs. 6 a 9.

7.- Véase en tal sentido, Ramírez González, op., cit., p. 49.

8.- Para una visualización de los caracteres fundamentales del proceso inquisitivo, véase Mora Mora, Luis Paulino. Op. cit., págs. 9 a 13. Ubicándonos en la Edad Media, y el inicio de esta absorción de los intereses de la víctima por parte del poder central, un autor nos informa que: " Durante la Edad Media el ofensor era castigado físicamente por lo regular con la tortura, y económicamente pues era despojado de sus pertenencias, las cuales en vez de pasar a manos de sus víctimas eran aprovechadas por los señores feudales y por el poder eclesiástico. Así los intereses personales de la víctima del delito fueron por mucho tiempo, después de la Edad Media, subordinados a aquellos de la sociedad, cuyos dirigentes los usufructuaban en sus propios beneficios bajo el cariz de una política penal, y la víctima se convirtió en cenicienta del derecho penal", Ramírez González, op., cit., pág. 50.

9.- Acerca del establecimiento de la reparación del daño dentro del ámbito de los fines de pena como una preocupación de la moderna dogmática penal, resulta importante conocer la posición sostenida por Claus Roxin en su artículo "La reparación en el sistema de los fines de la pena" en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992, págs.129 a 153.

10.- Para un análisis de este aspecto relativo a la expropiación del conflicto vigente aún en las sociedades modernas puede verse, Christie Nils: Los Conflictos como pertenencia, en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1992, págs.157 a 182. En palabras de Maier, esta situación se describe de la siguiente forma: " Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima, ni a la restitución al statu quo ante –o a la reparación del daño– entre sus fines y tareas, y el derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello de una expropiación de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar ... " Maier, Julio B. J.: La víctima y el sistema penal en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Editorial AD Hoc, 1992, págs. 186-187. En similares términos, García Pablos de Molina, Antonio: El redescubrimiento de la víctima, victimización secundaria y programas de reparación del daño, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología.** Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 310 a 311.

víctima solamente se le consideró como el material probatorio que podía ser utilizado por el Estado, y su pretensión de resarcimiento se concibió como algo meramente privado entre víctima y ofensor sin mayor importancia para el proceso penal, esta concepción del tema que ha prevalecido a través de la historia se vio reforzada principalmente por dos factores históricos: la codificación del derecho medieval por parte del emperador Carlos V, la cual llevó a ver en la acción punible sólo la lesión del Derecho del Estado y por ende se comenzó a construir el Derecho y el proceso penal como una tarea de pacificación entre el Estado y los violadores del Derecho. Como así mismo en épocas más recientes las ideas de la biología criminal de Lombroso, Ferri y Garófalo, además en tiempos modernos de las investigaciones empíricas de Sheldon y Gluck, los cuales ponen el acento en la causación del hecho por parte del autor y en el tratamiento al delincuente como un aspecto fundamental para la aplicación de la pena.[11]

B.2. La reforma liberal y la víctima.

Con la instauración de la reforma liberal, si bien es cierto se avanzó en la construcción del proceso penal, al realizarse una mixtura entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio,[12] lo cierto es que en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó grandemente, la preocupación de la legislación y la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal, situación que se mantiene hasta la finalización del siglo XIX.

En la legislación derivativa de la reforma liberal sólo encontramos vagamente la mención de la víctima en dos aspectos: el primero de ellos en referencia al Derecho Penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un Derecho Penal sustantivo desde o a partir de la víctima.[13] En el segundo aspecto, la posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal, quedó enclaustrada en los estrechos límites dentro del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo que dentro de estos límites resulta ser muy aventurado afirmar que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.[14]

Capítulo II. Al reencuentro con la víctima.

La situación esbozada en líneas atrás, empieza a cambiar a partir de los años cincuentas por influencia principalmente del desarrollo de una nueva ciencia penal como es la victimología. En los siguientes apartados hacemos un bosquejo de cómo se fue perfilando esa nueva percepción de la víctima y cómo se ha concretizado ese nuevo saber y entender en la implementación a nivel de legislaciones de carácter nacional y en instrumentos internacionales, para últimamente en el capítulo o apartado final, hacer un somero análisis del estado de la cuestión en nuestro Derecho positivo.

A. La criminología redescubre a la víctima.

El abandono de la víctima como objeto de estudio de las ciencias penales se vio impulsado durante el siglo pasado y parte del actual por el desarrollo del paradigma de la criminología tradicional, la cual asumía al delincuente como su

11.- Schneider, H. Joachin: La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y derecho procesal penal, en Doctrina Penal, Buenos Aires, núms. 46-47, Año 12,1989, págs .307-308. Acerca de la posición del positivismo jurídico en relación con la reparación del daño, puede verse Maier, La Víctima y el Sistema Penal, op., cit., pág. 187-188. García Pablos de Molina, Antonio.Op., Cit., pág. 290.

12.- Para una adecuada visualización de los caracteres fundamentales del sistema mixto puede consultarse, Mora Mora, Luis Paulino. Op., Cit., págs.13 a 17.

13.- En este sentido sobre los esfuerzos de la doctrina moderna para construir una victimodogmática, la cual tome en cuenta el comportamiento de la víctima en la construcción del Derecho Penal sustantivo, puede verse, Silva Silva: Jesús María: La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la victimodogmática, en **Cuadernos de Derecho Judicial**, La **Victimología**. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs.11 a 52. Para el análisis de un caso de legislación moderna puede verse, Bueno Arus Francis La protección de la víctima en el Proyecto de Código Penal 1980, en **Estudios Penales y Criminológicos IV**, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1981, págs. 205 a 226.

14.- Para una crítica concreta a sí efectivamente la acción civil resarcitoria en sede penal garantiza efectivamente la tutela del derecho resarcitorio, puede consultarse: Hernández Araya, Luis Diego y González Desanti, Laura: Análisis de la eficacia de la cosa juzgada respecto a la acción civil resarcitoria, San José, Tesis para optar al Título de Licenciados en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997, págs. 313 a 324 y Cubero Pérez, Fernando La acción civil resarcitoria delegada en el Ministerio Público, en Ministerio Público y Reforma Procesal Penal, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, págs. 63 a 86.

objeto fundamental de estudio y por ello centraba su atención en la elaboración de modelos explicativos del delito, tratando de comprender científicamente las causas de éste, ocupando la víctima en este análisis un papel marginal, pues nada podía aportar a la explicación científica del hecho delictivo.[15]

Esta posición de las ciencias penales y de la criminología, en particular, se variaría hasta luego de finalizada la segunda guerra mundial,[16] cuando con la publicación por parte de Hans Von Hentig en 1948 de su obra "El criminal y su víctima", se inaugura la afirmación de un cambio de paradigmas en la investigación criminológica, de forma tal que los subsiguientes estudios sobre el delito no se orientarán exclusivamente a la satisfacción de la pretensión punitiva del Estado, sino a la intervención en el problema social que se encuentra inserto en la realidad del delito, para tratar de prevenirlo, teniendo como objetivos la recuperación del infractor y la reparación del daño sufrido por la víctima, la cual asume un papel protagónico dentro de este nuevo enfoque, al reconocérsele una relevancia "etiológica" en la génesis y dinámica del delito.[17]

Es por ello que a partir de la década del cincuenta comienzan a ver luz una serie de estudios empíricos en los cuales el acento se encuentra en la determinación de los procesos de victimización y consecuentemente en el estudio y posterior reconocimiento de los derechos de las víctimas.

En términos sintéticos podemos afirmar que a nivel investigativo la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales, la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuente estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima.[18]

Aparejada la investigación científica, el reconocimiento de los derechos de las víctimas se ha visto también impulsado por la realización de simposios internacionales de victimología, los cuales en número de siete se han realizado en diversas partes del orbe a partir de 1973, y en los cuales se han discutido aspectos de importancia medular no solo en lo referente a los procesos de victimización, sino que además se han culminado con sugerencias muy puntuales respecto al establecimiento de legislaciones que reconozcan los derechos de las víctimas dentro del proceso penal y el establecimiento de programas de atención.[19]

B. El establecimiento de los derechos de las víctimas.

La investigación victimológica y la discusión consecuente ha originado que tanto a nivel de instrumentos internacionales como en leyes de aplicación nacional, paulatinamente se han ido prefijando los derechos de las víctimas en el proceso penal.[20]

15.- García Pablos de Molina, Antonio. Op. cit., pág., 290. El desinterés apuntado es igualmente válido para la dogmática penal. Véase en tal sentido Martínez Arrieta, Andrés: La víctima en el proceso penal, en **Revista Actualidad Penal N°.4**, Madrid, enero de 1990.

16.- Como antecedentes de carácter no científico de la preocupación por la víctima, Drapkin menciona obras literarias de Daniel Defoe (1659-1731),Thomas de Quincey, Jail Gibrán (1883-1931) y la novela del autor austriaco Franz Eerfel (1890-1945) que con acento premonitorio a las investigaciones victimológicas futuras lleva por título **"Nich der moder ermodete ist Schuldig"** (No es el asesino el responsable, sino que el asesinado).

17.- En tales términos se expresa García Pablos de Molina, op,. cit., págs. 290-291. Este cambio de paradigma que consistió en el estudio conjunto tanto del delincuente como de la víctima, conducirá necesariamente, según las opiniones más autorizadas de la victimología, al logro del adecuado equilibrio entre el reconocimiento de los derechos del imputado y el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Véase: Martínez Arrieta. Op, cit , siendo especialmente brillante y aleccionador el desarrollo de esta idea en Drapkin, op.cit, págs. 378 a 385.

18.- Para una adecuada profundización sobre el tema, véase García Pablos de Molina, op.cit., págs. 290 a 293 y 312 a 314.

19.- Para una perspectiva amplia acerca de lo tratado en cada uno de estos simposios, véase: García Pablos de Molina, op.cit, págs. 247-248. Acerca de estudios sobre victimización primaria y secundaria en España y otras latitudes del continente europeo, véase: Beristain Ipiña, Antonio: La sociedad / judicatura atiende a "sus" Víctimas/ testigos? en **Cuadernos de Derecho Judicial**. La Victimología, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs.183 a 199.

20.- A nivel de instrumentos internacionales que abordan esta temática podemos señalar como de importancia cardinal el Convenio 116 del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 que versa sobre la indemnización a víctimas de delitos violentos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas delitos y de abuso de poder(sic), aprobado el 29 de noviembre de 1985 junto con la Resolución 4034. A nivel de legislación nacional podemos indicar solo a nivel ejemplificativo, la Ley Federal de los Estados Unidos sobre Protección de víctimas de delitos y de testigos del hecho de 12 de octubre de 1982, en Alemania la "Primera ley para el mejoramiento de la situación del ofendido en el proceso penal" de 1° de abril de 1987 y la Ley Francesa del 8 de julio de 1983, por la que se modificó el artículo 706 del Código Procesal Francés. Para un análisis concreto de la normativa Estadounidense y Alemana citadas, véase Schneider, Hans Joachin Op.cit., págs. 311 a 321 y Eser, Albin: Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992, págs. 13 a 52.

En este sentido, del análisis de la normativa internacional se puede establecer que la promulgación de los principios de justicia para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales, a saber: **I. Acceso real de la víctima a la justicia penal. II. Asistencia a las víctimas. III. Resarcimiento e indemnización.**

En lo referido al primer aspecto relativo al acceso real a la justicia penal, la Declaración de Naciones Unidas insta a los Estados miembros a establecer mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales y oficiosos que sean expeditos, justos , poco costosos, y accesibles, brindándoles a las víctimas la información requerida para tal fin. Igualmente se establece el necesario derecho de información a las víctimas sobre el discurrir del proceso penal y en especial sobre las decisiones que se tomen acerca de la causa, la asistencia a las víctimas durante el proceso, la adopción de medidas para evitar la victimización secundaria y la adopción de mecanismos oficiosos para la solución de controversias, tales como el arbitraje, las prácticas de justicia consuetudinaria y autóctona que faciliten la conciliación y la reparación de las víctimas.[21]

En lo relativo a la asistencia de las víctimas, la citada Declaración de Naciones Unidas insta a los Estados miembros a brindar asistencia médica, material, psicológica y social a las víctimas por los medios gubernamentales, comunitarios o voluntarios disponibles; igualmente señala la obligación de brindar información sobre tales servicios facilitando el acceso a ellos, capacitando al personal policial y personal social para que sean receptivos a las necesidades de las víctimas que garanticen una ayuda rápida y apropiada y finalmente que la asistencia que se brinde tome en consideración las necesidades especiales que se requieren en razón de los daños sufridos.[22]

La concretización del derecho de asistencia se ha operado por medio de la apertura de programas de asistencia que pueden asumir dos formas, el acogimiento urgente e inmediato, el cual básicamente lo que pretende es escuchar a la víctima, ayudarle a formular la denuncia, buscarle alojamiento, asistencia médica y asistencia psicológica; y el programa de asistencia dentro del Derecho Penal, que pretende brindarle asistencia a la víctima, tanto a nivel afectivo como práctico, durante todo el desarrollo del proceso penal.[23]

En lo concerniente al derecho de resarcimiento e indemnización, componente que consideramos de suma importancia y lo ubicamos por ello como el último escalón hacia la tutela efectiva del derecho de las víctimas, la supracitada Declaración de Naciones Unidas establece primeramente que el resarcimiento que comprende la devolución de bienes, el pago de los daños sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos, es una obligación primaria del delincuente y de los terceros responsables. Seguidamente la Declaración en comentario insta a los Estados miembros a revisar sus legislaciones de tal forma que

---

21.- Véase: **Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29 de noviembre de 1985**, Apartado A. Incisos 4 a 7. Para una adecuada percepción de cómo estos principios se han concretado en legislación nacional, puede verse el análisis de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica y de Alemania en Schneider, op. cit., pág. 311 a 321.

22.- Véase en este sentido: **Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder**, Apartado A, Incisos 14 a 17.

23.- Para la concretización del derecho a la asistencia de la víctima ha jugado un papel importante la creación de Oficinas de Ayuda a la Víctima, siendo ejemplarizantes la experiencia inglesa, estadounidense y canadiense, sin olvidar el gran impacto que han tenido en España las Oficinas de Atención a las Víctimas iniciando con la primera experiencia en Valencia en 1985, siguiendo en Barcelona, Palma de Mallorca, Bilbao y Madrid, cuya experiencia tuvimos la oportunidad de conocer personalmente durante el mes de julio de 1996. Para un análisis evaluativo de la labor desplegada por estas oficinas, puede consultarse: Monterde Ferrer, Francisco: Victimología. Proyecciones Asistenciales Prácticas, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología.** Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 245-286 y De Jorge Mesas, Luis Francisco: Memoria de la experiencia de colaboración entre el Juzgado de Instrucción N° 2 de Valencia y la Oficina de Ayuda a las Víctimas del delito de la Generalitat Valenciana, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología**, Madrid, 1993, Consejo General del Poder Judicial, págs. 413 a 434.

el resarcimiento sea considerado como una posibilidad de sanción penal, además de que en caso de daños al ambiente se imponga como resarcimiento la rehabilitación de éste y en casos de daños causados por funcionarios públicos que actúan a título oficial debe existir una obligación del Estado de resarcir a las víctimas.

En lo que respecta a la indemnización, la Declaración de Naciones Unidas dispone con carácter novedoso y verdaderamente progresista que, cuando no sea suficiente la reparación procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física y mental como consecuencia de delitos graves. b) A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. c) El establecimiento, reforzamiento y ampliación de fondos nacionales para la indemnización de víctimas.[24]

La concretización efectiva de este derecho a la indemnización por parte del Estado se ha establecido a nivel de legislaciones nacionales por medio de leyes especiales, a las cuales nos referiremos seguidamente.

C. La concretización del derecho a la indemnización.

Como bien lo establece la supracitada Declaración de Naciones Unidas, el resarcimiento es primeramente una obligación que debe pesar sobre el infractor y los responsables civiles, ahora bien en caso de que el delincuente no pueda ser identificado o no pueda responder a esa obligación, debería surgir a cargo del Estado tal responsabilidad que debe concretarse en una obligación de indemnizar a la víctima y consecuentemente en un derecho exigible por parte del ciudadano.

Cuando se trata por parte de la doctrina de establecer cuál es el fundamento para la indemnización del daño sufrido por la víctima a cargo del Estado, se indican principalmente razones de solidaridad y de equidad social.

Por lo general suele afirmarse que no es propio de un verdadero Estado de derecho dejar en desamparo a la víctima de un delincuente no identificado o que no puede hacerle frente a la obligación reparatoria.

En este sentido asumimos como propia la tesis mantenida por cierto sector importante de la doctrina que considera que la responsabilidad estatal deriva de la obligación del Estado por garantizar la vigencia dentro de la comunidad de ciertos derechos básicos como la vida, la libertad, la dignidad y la seguridad, siendo que el delito al ser una transgresión de esos bienes fundamentales viene a constituirse en la prueba del descuido estatal por la preservación de tales bienes propios de toda la colectividad.[25]

Ahora bien, en los sistemas penales de avanzada, la vigencia de este derecho indemnizatorio se ha concretizado por medio del establecimiento de leyes especiales de indemnización a víctimas por parte de fondos estatales, siendo que con el carácter de leyes modernas podemos señalar la legislación de Nueva Zelanda que en 1963 fue pionera en el establecimiento de un plan y un Tribunal de Compensación, destacándose igualmente los Estados de California, Hawai, Maryland, Massachusetts, Nevada y Nueva York, mientras que en el contexto de la Europa continental, es significativa la existencia de la ley francesa del 8 de julio de 1983, la ley italiana de 1975, la ley belga del 1° de agosto de 1985 y dentro

24.- Véase en tal sentido Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder, Apartado A, Incisos 8 a 17.

25.- En este sentido Martínez Arrieta expresa: "El delito además de transgresión injustificada del delincuente hacia la víctima, supone una transgresión a las normas de convivencia, pactadas socialmente y una dejación por parte del Estado, de la seguridad que ha de custodiar, y una falta de control de la observancia de las normas de convivencia. Esta inacción por el Estado hace que surja un derecho del agraviado por el delito a reclamar una indemnización, en primer lugar directamente de su agresor, y ante su desconocimiento o insolvencia, al Estado encargado de mantener las reglas de convivencia y titular del "ius puniendi" que ostenta por delegación de cada ciudadano. No debe olvidarse que respecto a los cuatro derechos fundamentales anunciados anteriormente, vida, libertad, dignidad y seguridad, su vulneración por el delincuente significa al mismo tiempo, una denegación por parte del Estado por la prestación del servicio que debe asegurarlas". Martínez Arrieta, op. cit. En referencia a la necesidad de que la indemnización es propia de un Estado de Derecho, Benito Alonso expresa: "La indemnización del Estado a las víctimas se corresponde, además, con la idea de Estado social y democrático de derecho. En efecto, el ciudadano que es víctima del delito no puede seguir siendo considerado un individuo aislado, aislado a su suerte frente a un fenómeno –el delito– cuyas causas se encuentran en la propia estructura social, económica y cultural de nuestra sociedad" Benito Alonso, Francisco: Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España, en **Revista La Ley**, Madrid, 1963, pág. 886.

del ámbito español merece especial referencia la Ley 35-19995 de Ayudas y Asistencias a las Víctimas de Delitos Violentos.[26]

Como características generales de estas legislaciones y que también podemos encontrar enunciadas en el Convenio 116 del Consejo de Europa tenemos:

- El Estado asume la obligación de indemnizar únicamente cuando no existen otras fuentes que se puedan hacer cargo de tal obligación, aunque no se puede proceder y sancionar al autor.
- Los daños indemnizables se concretan a las lesiones corporales graves o daños en la salud, provenientes directamente de delitos intencionales de violencia; quedan por ende excluidos los daños materiales .
- Los beneficiarios están taxativamente establecidos por la legislación, y son únicamente los ofendidos directos o en caso de muerte las personas que vivían a cargo del fallecido.
- El contenido de la indemnización se encuentra claramente establecido y comprende principalmente, como elementos del perjuicio, perdidas de ingresos, gastos médicos, hospitalización, gastos funerarios y pérdidas de alimentos.
- La indemnización es de carácter subsidiario y solo entra en juego a falta de otros fondos indemnizatorios.
- El Estado se reserva la posibilidad de subrogación sobre los montos dados como indemnización en caso de que el ofendido recupere parte de lo dado por el Estado en razón del cobro de algún seguro o una acción civil.
- Los reclamos de los beneficiarios están sujetos a plazos de prescripción.
- En algunos casos la legislación nacional establece la facultad de reciprocidad en cuanto a la posibilidad de que sean beneficiarios extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, cuando exista legislación análoga en su país de origen.[27]

Capítulo III. El camino es largo...pero se hace camino al andar.

En el presente apartado, luego de habernos referido en forma muy sintética al estado de la cuestión en relación con la tutela efectiva de los derechos de la víctima en el actual o proceso penal(sic), a un nivel conclusivo, pretendemos hacer una lectura crítica de este tema en referencia a la actual realidad del proceso penal costarricense que se encontrará delineado en los próximos años por la vigencia de un nuevo Código Procesal Penal que entrará a regir a partir del primero de enero del año entrante.

A. La víctima en el nuevo Código Procesal Penal.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos que una de las aspiraciones del legislador costarricense de 1996 ha sido el poder insertar a la víctima en el proceso penal, dándole una amplia participación como sujeto procesal, como participante activo y como contralor de la labor de fiscales y jueces.[28]

Tal apreciación se plasma desde la propia conceptualización de víctima del artículo 70 que enumera no solo con ese carácter al directamente ofendido por el delito, sino que recepta dentro de tal clasificación, a los parientes cercanos del ofendido, los socios en relación con los entes jurídicos perjudicados y a ciertos entes colectivos en protección de intereses colectivos y difusos.[29]

Pero igualmente podemos considerar que las buenas intenciones del legislador de darle una amplia participación a la víctima quedan de manifiesto con la renuncia al monopolio de la acción penal en manos

26.- Para una aproximación a los alcances de la legislación de Nueva Zelanda, Norteamérica e Italia, véase Ramírez González, Rodrigo. Op. cit págs. 54 a 60. Para un estudio detallado de la legislación europea y española, puede consultarse, Benito Alonso, op. cit., págs. 885 a 904, y en referencia a legislación específica española sobre indemnización a víctimas de terrorismo: Martínez-Cardos Ruiz, José Leandro: La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas, en **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, 1985, págs. 563 a 580 y De Dios Vietiez, María Victoria: Resarcimiento por parte del Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo, en **Revista Actualidad Penal**, Madrid, marzo de 1987, págs. 473 a 482.

27.- Para un análisis de cómo se concretan estos aspectos generales en la legislación europea, véase: Benito Alonso, Francisco, op. cit., Martínez Cardos Ruiz, op. cit., y De Dios Vietiez, María Victoria. Op. cit.

28.- En tal sentido asumimos totalmente la visión optimista del Lic. Carlos María Jiménez y el Lic. Carlos Arias Núñez expresada en: La víctima en el proceso penal costarricense, en **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1996, págs. 232-233.

29.- Véase Art. 70 del Código Procesal Penal. Para un análisis sobre los alcances de esta definición legislativa de víctima puede verse: Rivero Sánchez, Juan Marcos: Los Sujetos de la Acción Civil Resarcitoria, en **Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal**, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1996, págs. 379 a 402.

del Ministerio Público, permitiéndose por medio de figuras como la querella, la conversión de la acción penal en privada, la conciliación o la reparación integral del daño, que la víctima no solo sea un protagonista dentro del proceso penal, sino que su voluntad determine eventualmente que el proceso penal pueda finalizar con una solución consensuada al establecer medidas alternativas al proceso penal.[30]

A nivel de concretización de los derechos de información, intervención y apelación de la víctima, podemos asegurar que en términos generales se encuentran claramente establecidos en nuestro Código, aunque con respecto al de impugnación tenemos alguna observación crítica que indicaremos en el próximo punto.[31]

Igualmente en lo relativo a la posibilidad de resarcimiento por parte de la víctima del daño sufrido, tenemos que el Código establece toda una normativa correspondiente al ejercicio de la acción penal, manteniendo aún más la posibilidad de la delegación de la acción civil en el Ministerio Público por parte de la víctima que no tenga recursos para ejercer la acción por sí misma, con la feliz reforma en el sentido de que una oficina nueva del Ministerio Público denominada Oficina de Defensa, se dedicará exclusivamente a llevar adelante el ejercicio de las acciones civiles delegadas.[32]

Todo lo anterior nos hace pensar que en un futuro cercano la posición de la víctima en nuestro Derecho Penal habrá de mejorar ostensiblemente, sin embargo, algunos aspectos no previstos en la actual legislación nos hacen tomar con inquietud la anterior afirmación.

B. Entre el temor y la esperanza...

Si bien las perspectivas son esperanzadoras, un par de aspectos nos llevan a cuestionarnos si efectivamente la víctima en el nuevo sistema procesal penal que rige en nuestro país a partir de enero de 1998, podrá encontrar una adecuada satisfacción a sus derechos de intervención, resarcimiento y reparación e indemnización.

En relación con el derecho de intervención de la víctima en nuestro proceso penal, si bien reconocemos la gran amplitud de ese derecho brindada por el Código, nuestra inquietud gira alrededor de dos tópicos, el primero de ellos referido a que si bien es cierto se garantiza la intervención de la víctima como acusador penal por medio de la querella pública, lo cierto es que ésta no es la apertura total del sistema a una acción popular,[33] siendo que la posibilidad de intervenir como querellante en todo caso estará limitada a la posibilidad económica del ejercicio de la acción penal mediante patrocinio letrado.

Igualmente respecto a este derecho, tenemos que una insuficiencia de la legislación en comentario, es que si bien es abstracto se establece la facultad de la víctima no constituida como querellante para impugnar resoluciones que afecten el devenir del proceso penal, lo cierto es que el sistema no ofrece ninguna posibilidad real de brindarle a la víctima una asesoría legal que le permita el efectivo ejercicio de ese derecho, pues tal aspecto no es obligación del Ministerio Público, ni de la defensa pública y tampoco se encuentra dentro de las atribuciones de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima.

En lo que se refiere al derecho de asistencia a las víctimas es donde encontramos una mayor desidia de nuestro legislador, ello porque no se ha planteado de una forma clara y definida la posibilidad de apertura de un programa de atención a las víctimas tal como se ha desarrollado principalmente en España.[34]

Por último, un aspecto en el cual nuestra legislación se ha quedado rezagada y al cual deberá

30.- Véase Arts. 20, 30 incisos J y K, 36 y 75 principalmente del Código Procesal Penal.

31.- En relación con la enunciación de estos derechos en el Código, pueden verse los artículos 17, 18, 20, 25, 39, 70, 71, 200, 244, 248, 249, 278, 282, 298, 300, 306, 315, 318, 351, 358, 373, 386, y 426. En tal sentido es ilustrativa la determinación que de esos derechos hacen Jiménez Vásquez Carlos y Arias Núñez, Carlos ,op. cit., págs. 234 a 241.

32.- En este sentido véase el artículo 39 del Código Procesal Penal y de importancia radical es la Ley de Reorganización Judicial, de discusión en este momento en la Asamblea Legislativa, la cual modifica la Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto atribuye a la Oficina de Defensa Civil de la Víctima la posibilidad de intervenir aun fuera del proceso penal en resguardo del derecho resarcitorio de las víctimas.

33.- Dicha acción se encuentra limitada para los supuestos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Véase, Art. 75 in fine del Código Procesal Penal.

34.- En este sentido es rescatable el esfuerzo realizado por el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, destinado a una atención inmediata a las víctimas de abuso sexual principalmente, y también la propuesta formulada en días pasados por el Fiscal General de la República a la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia, tendente a impulsar la apertura de una Oficina de atención a las víctimas, con participación tanto del Poder Judicial, como de entidades del Gobierno y organizaciones no gubernamentales.

brindarle atención en los años venideros es el relativo al resarcimiento e indemnización de los daños sufridos por las víctimas. Si bien es encomiable que nuestra legislación procesal ya ha dado un gran paso al establecer la reparación por parte del imputado como causa de extinción de la pretensión penal, no debemos dejar de lado el contenido injusto que reviste la circunstancia de que el delincuente no pueda ser identificado o no esté en una posición adecuada para hacerle frente a la obligación resarcitoria.

Es aquí donde por las razones expuestas líneas atrás afirmamos la necesidad de que se avance hacia el desarrollo de una legislación que atienda a cargo del Estado la indemnización en aquellos casos de delitos violentos y de agresión sexual.

Somos conscientes de vivir en un país con grandes limitaciones económicas, sin embargo estas razones presupuestarias no deben ser un obstáculo total para el reconocimiento del derecho indemnizatorio de las víctimas, por ello nuestra propuesta, teniendo en cuenta lo anterior, se concreta en establecer que si bien para el Estado costarricense sería impensable y oneroso el desarrollo de una legislación tan garantista en este aspecto como la francesa, o aun la española, se puede iniciar el reconocimiento de este derecho a partir de la visualización no al menos de una indemnización en sentido estricto, sino al menos de una ayuda a las víctimas de delitos violentos y agresión sexual.

Esta ayuda, así como se encuentra establecida al menos en algunos Estados de la Unión Americana como es el caso de Texas, se limitaría a lo estrictamente necesario en atención a las víctimas, como podría ser gastos médicos, gastos de funeral, ayudas económicas básicas, siendo siempre entendida dicha ayuda como la última oportunidad que puede tener la víctima cuando ya todas las puertas institucionales se le han cerrado.[35]

Igualmente somos del criterio de que la promulgación de una ley en tal sentido, debe tomar en cuenta los lineamientos establecidos por la Declaración de Naciones Unidas citada en este trabajo, el Convenio 116 del Consejo de Europa, de tal forma que principalmente debe regirse por los siguientes lineamientos:

- Circunscribirse el ámbito de aplicación a los delitos de criminalidad violenta y agresiones sexuales.
- Determinarse claramente que la indemnización se dará solo como última posibilidad de la víctima.
- Establecerse la posibilidad de subrogación por parte del Estado, cuando la víctima logra por su medio una indemnización por parte del imputado a algún sujeto civilmente responsable.
- Deben identificarse taxativamente las prestaciones indemnizatorias que se podrían brindar a la víctima.
- Determinarse de forma clara y taxativa quiénes son los beneficiarios, siendo que en casos de familiares o personas cercanas al ofendido directo, su legitimación para reclamar estaría determinada no por el lazo de parentesco, sino que por el hecho de que efectivamente vivan a cargo del ofendido directo.
- Establecimiento de plazos de prescripción para el reclamo del derecho indemnizatorio.

En todo caso, como buena noticia, debemos tener presente que una semilla que nuestro legislador ya ha deseado plantear para el desarrollo de un futuro fondo de atención a las víctimas, es el hecho que mediante la Ley de Reorganización Judicial se posibilita el que la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas pueda cobrar honorarios por las acciones civiles delegadas que ejercite, siendo que dichos honorarios ingresarán a una cuenta para la creación de un futuro fondo para el mejoramiento de la atención a las víctimas. Lógicamente este fondo no será suficiente para el cometido que analizamos, sin embargo éste se puede ampliar con otros fondos provenientes del pago de multas o eventualmente del pago de intereses bancarios por concepto de depósitos judiciales derivados de cauciones reales.

BIBLIOGRAFÍA

Benito Alonso, Francisco: Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España, en **Revista La Ley**, Madrid, 1963.

Beristain Ipiña, Antonio: **La sociedad / judicatura atiende a "sus" víctimas / testigos?** en Cuadernos de Derecho. La Victimología, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

35.- Sobre el efecto de un fondo en tal sentido sobre el erario público, téngase en cuenta lo afirmado por una autoridad reconocida como García Pablos de Molina, op. cit., págs. 302 a 304.

Bueno Arus, Francisco: La protección de la víctima en el Proyecto de Código Penal 1980, en **Estudios Penales y Criminológicos IV**, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1981.

Cubero Pérez, Fernando: La acción civil resarcitoria delegada en el Ministerio Público, en Ministerio Público y Reforma Procesal Penal, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997.

Christie Nils: Los conflictos como pertenencia, en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1992.

De Dios Vietiez, María Victoria: Resarcimiento por parte del Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo, en **Revista Actualidad Penal**, Madrid, marzo de 1987.

De Jorge Mesas, Luis Francisco: Memoria de la experiencia de colaboración entre el Juzgado de Instrucción N° 2 de Valencia y la Oficina de Ayuda a las Víctimas del delito de la Generalitat Valenciana, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993.

Drapkin S., Israel: El Derecho de las Víctimas, en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, 1980.

Eser, Albin: Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

García Pablos de Molina, Antonio: El redescubrimiento de la víctima, victimización secundaria y programas de reparación del daño, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología,** Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

Hernández Araya, Luis Diego y González Desanti Laura: Análisis de la eficacia de la cosa juzgada respecto a la acción civil resarcitoria, San José, Tesis para optar al Título de Licenciados en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

Jiménez, Carlos María y Arias Núñez, Carlos: La víctima en el proceso penal costarricense, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1996.

Maier B.J., Julio: Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica, en **Jueces para la Democracia**, Madrid, Números 16-17, febrero-marzo de 1992.

Maier B.J., Julio: Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Tomo 1, 1989.

Maier B. J., Julio: La víctima y el sistema penal, en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1992.

Martínez Arrieta, Andrés: La víctima en el proceso penal, en **Revista Actualidad Penal** N° 4, Madrid, enero de 1990.

Martínez-Cardos Ruiz, José Leandro: La obligación estatal de indemnización a daños causados por las bandas armadas, en **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, 1985.

Monterde Ferrer, Francisco: Victimología. Proyecciones Asistenciales Prácticas, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología**. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

Mora Mora, Luis Paulino: Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998, en **Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal**, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1996.

Ramírez González, Rodrigo: La Victimología, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

Rivero Sánchez, Juan Marcos: Los Sujetos de la Acción Civil Resarcitoria, en **Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal**, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1996.

Roxin, Claus: "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

Schneider, H. Joachin: La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y derecho procesal penal, en **Doctrina Penal**, Buenos Aires, Números 46-47, Año 12, 1989.

Silva Silva, Jesús María: La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la victimodogmática, en **Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología**, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992.

LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Lic. Manuel Rojas Salas
Fiscal Segundo de Juicio
Coordinador de la Unidad de Delito Económico

El creciente fenómeno de la denominada "criminalidad empresarial" o criminalidad de empresa, constituye sin lugar a dudas una de las preocupaciones de los estudiosos del Derecho, en razón precisamente de su complejidad y de las dimensiones que ha adquirido en el mundo moderno, en que las relaciones jurídicas y económicas tienden a entrecruzarse entre sí y en atención a las distintas ramas del Derecho que resulta necesario tener en cuenta a la hora de su análisis.

Previamente a todo análisis, estimo formal iniciar el presente artículo con una definición de lo que debe ser entendido por empresa, a efectos de tener una conceptualización, como una especie de punto de partida, aunque sin pretender con ello agotar la discusión, en lo referente a su significado.

Estimo apropiada la siguiente definición, que a mi juicio simplifica y al mismo tiempo comprende los aspectos más significativos de lo que se entiende o debe ser entendido en el mundo de hoy como empresa: "organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado".[1]

La palabra organización nos sugiere, como su nombre lo indica, una serie de situaciones preestablecidas, en las que lógicamente intervienen sujetos o mejor dicho personas físicas, con el fin de garantizar su adecuado y óptimo funcionamiento. Ahora bien, dentro de tal funcionamiento, no puede ni debe escapar a la perspectiva del Derecho Penal, la posibilidad de que se cometan hechos delictivos por parte de los sujetos que operan el sistema u organización empresarial, máxime si tomamos en cuenta que la situación de la empresa la ubica dentro de un contexto básicamente de carácter económico y que en el contexto actual, la mayor parte de los delitos, por no decir todos, llevan implícito de manera directa o indirecta el aspecto de carácter económico. Solo excepcionalmente podríamos encontrar algún hecho delictuoso que no persiga una ulterior finalidad de tipo económico: ejemplo, el homicidio pasional.

A partir de la anterior definición, la criminalidad de empresa vendría a ser la suma de los delitos con contenido económico que se cometen a través o teniendo como medio la actuación empresarial, debiendo diferenciarse entonces cuando se actúa valiéndose de la estructura empresarial y cuando algún o algunos colaboradores de la empresa causan un daño a la empresa misma o a otros de sus colaboradores, ya que entonces estaríamos hablando de lo que la doctrina alemana ha denominado criminalidad en la empresa.[2] Los seres humanos que intervienen en una empresa tienen diversas labores y funciones por desarrollar dentro de su estructura organizativa, siendo muy difícil que coexistan diversos sujetos con igual función. Esta división del trabajo hace que un determinado resultado, comprenda "la realización de una pluralidad de actos ejecutados por distintos sujetos en el ejercicio de una 'competencia' que es solo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa".[3]

Tal pluralidad de actos supone un serio problema para el Derecho Penal e igualmente para el juzgador y el investigador, cuando se les pone en conocimiento un hecho aparentemente delictivo, perpetrado a través de la realización de una actividad empresarial, en donde precisamente la misma actividad es la que ha servido como medio y como

1.- SÁNCHEZ CALERO, F. Derecho Mercantil, Madrid, 1990, citado por TERRADILLOS BASOCO, Juan, en Derecho Penal de la empresa, 1995, p.13.
2.- KAISER y METZGER-PREGIZER, citados por SCHUNEMANN, Bernd, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1988, Madrid, p. 530.
3.- GRACIA MARTÍN, Luis: Revista Actualidad Penal, 1993-1, p. 214.

fachada para la perpetración del aparente delito. Es un hecho notorio que la multiplicidad de intervenciones y de intervinientes en un determinado proceso, dificulta enormemente la investigación y al mismo tiempo tiende a que se diluyan las responsabilidades de las personas físicas, aparte de que existe una enorme dificultad "... de probar que los individuos hayan tenido una intervención en el correspondiente hecho criminal, pues con frecuencia no existirá una constancia documentada, verbigracia, en los libros de actas de las correspondientes juntas o consejos de administración, de unos actos o votaciones que acrediten la clara comisión de un hecho delictivo; dificultades que explican el que en la práctica con frecuencia se acuda a pruebas de valor meramente indiciario..."[4] La prueba directa resulta ser excepcional en estos casos, máxime si se toma en cuenta que muchos aspectos de la discusión y deliberación, ostentan el carácter de "secreto".

En múltiples ocasiones, se tiende a ver los actos de los sujetos intervinientes, como si se tratase de acciones aisladas, concepción que usualmente puede incidir de modo negativo en cualquier investigación que se realice respecto de un hecho aparentemente delictivo perpetrado mediante una estructura empresarial o jerarquizada.

Un aspecto que no puede dejarse de lado es que siempre que nos encontremos ante una organización que encuadre dentro de la calificación de "empresa" (según la definición dada anteriormente) habrá una estructura, circunstancia que es determinante en el planteamiento y resolución del problema que se presenta a la hora de sentar las responsabilidades penales del caso. "Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior."[5]

Tales ámbitos de competencia en el seno de una estructura jerarquizada implican que en el ámbito estrictamente de ejecución de las conductas, la más relevante, a primera vista, resulte ser la del empleado subalterno, que usualmente tiene una baja posición en la mencionada estructura. Tal situación puede dar lugar a que se imponga una sanción penal a quien ha actuado bajo el amparo de una estructura de poder y en cumplimiento de las órdenes de sus superiores, dejando al abrigo de la impunidad a quien o quienes se encuentran situados por encima de ellos y que, usualmente son de quienes han partido las órdenes ejecutadas por los que deben obedecer, con lo que "...se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica".[6]

Si se tiende a ver únicamente la conducta de los sujetos situados en la parte inferior de la organización jerárquica y se busca la imposición de sanciones a tales personas, en definitiva quedarán por fuera otros sujetos, en virtud de que pasarán a engrosar la denominada "cifra negra de la criminalidad" quienes se encuentren detentando el control máximo de la entidad empresarial. Lo anterior implica que "en casi todos los casos, con las estructuras tradicionales de imputación no se pueda llegar a los resultados condenatorios que la conciencia social pudiera exigir, por lo que la jurisprudencia ha tendido a 'flexibilizar' y a dotar de un nuevo contenido a esas estructuras, en lo que un importante sector doctrinal ve un alto riesgo de abandono de principios limitadores del 'ius puniendi', fundamentalmente el de responsabilidad individual, intervención mínima y 'última ratio'" .[7]

Ahora bien, el problema referente a la individualización del posible autor o autores, tiende a complicarse aún más cuando nos encontramos ante consorcios o grupos de empresas, ya que el eje central de las decisiones se encuentra muy alejado del punto de ejecución, y llega, podríamos decir, a su grado superlativo cuando las empresas involucradas y agrupadas son de distintos países, surgiendo aquí la figura de la empresa multinacional que opera indistintamente en diversos lugares, por encima de las fronteras, usualmente con disparidad de regulaciones o con muchas regulaciones provenientes de los

4.- CÓRDOBA RODA, Juan, en Revista Jurídica de Catalunya, volumen I, 1987, p. 37.
5.- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin), 1995, pp. 368-369
6.- TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho Penal de la empresa, 1995, p. 39.
7.- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El caso de la colza:... 1995, p. 23.

distintos ordenamientos. No puede sin embargo olvidarse que aunque no exista una unidad orgánica formal entre los intervinientes, resulta clave la actuación encaminada en una determinada dirección, puesto que el concepto de empresa es básicamente funcional, antes que formal.

Dentro de toda esta problemática, deben resaltarse los principios que rigen la organización del proceso productivo en la actualidad, que son: a-Principio de división técnica del trabajo y de especialización: cada sujeto interviniente asume una competencia funcional en un momento determinado; b- Principio de complementariedad: el aporte de cada sujeto resulta complementado con el de los restantes que intervienen; y c- Principio de jerarquía: las actuaciones de los sujetos se ven sometidas a un centro común o dirección, que asume lo relativo a la configuración del proceso productivo, selección del personal, coordinación del proceso y control de calidad, sin que haya obstáculo para la delegación de alguna de tales funciones.[8]

Pensemos por un momento y a modo de ejemplo, en que (tal y conforme sucedió hace algunos años en España) se ponga a la venta un producto de utilización para la preparación de alimentos, específicamente aceite, que NO DEBÍA SER DESTINADO A CONSUMO HUMANO, sino únicamente a la realización de actividades industriales, en razón de que se encontraba tratado con una sustancia que resultaba venenosa para el organismo humano. La investigación de tal caso necesariamente debió remitirse al análisis del proceso de fabricación y distribución de los productos de consumo en la sociedad y mercado españoles, ya que normalmente el productor o en su caso el distribuidor en territorio español resulta ser una empresa en la que trabajan muchas personas, bajo una organización jerarquizada (y usualmente bastante compleja), aspecto que en definitiva, a la postre, viene a dificultar el análisis del punto, a la hora en que se pretenden sentar las responsabilidades penales.[9]

Conforme se ha expuesto, el problema básico y fundamental radica, no en la posible responsabilidad de quienes figuran como ejecutores directos de la acción, sino en la de aquéllos que no intervienen directamente en tal ejecución y que han provocado o bien favorecido el hecho. En primera instancia podría pensarse en que resultarían ser partícipes del hecho, con el inconveniente de que tal calificación resulta ser inconsistente con la actuación de dominio total del acontecimiento, por encontrarse en posesión de la información completa relativa al hecho. Los criterios con los que se debe entrar a valorar la conducta penalmente relevante, son los mismos tanto en el caso de comportamientos dolosos como si nos encontráramos ante conductas culposas o imprudentes, ya que según señalan algunos autores, existe una tendencia importante a nivel jurisprudencial de considerar que el sujeto que actúa con dolo responde de cuanto alcanza su conocimiento y que sólo cuando falta tal elemento, resulta posible empezar a distinguir entre los ámbitos de responsabilidad de los restantes sujetos intervinientes.[10]

Es indudable que debe buscarse el mecanismo adecuado, desde el punto de vista jurídico penal, a efecto de lograr la efectiva sanción de quienes se hallan situados en la cúspide de la pirámide y ostentan una alta jerarquía. En esta búsqueda sin embargo, no puede perderse de vista que se puede caer en los extremos de llegar al establecimiento de una responsabilidad objetiva, peligro que se corre cuando tratamos de llegar hasta quien no ha ejecutado directamente la acción delictuosa, pero que mantiene en todo momento los hilos conductores de la misma.

Para lograr lo anterior, en criterio del suscrito, debe recurrirse a la denominada posición de garante de dichos sujetos, en razón del dominio que ejercen por su condición de superior y de su poder de mando sobre los trabajadores y restantes empleados, ya que el superior, en virtud de la jerarquía resulta ser igualmente garante por las acciones de sus subordinados. Esta solución nos parece la más adecuada, ya que resultaría desde todo punto de vista, impensable, una sanción para una conducta activa, que en la mayor parte de los casos, la ha desarrollado el empleado de rango jerárquico inferior, como último eslabón de la cadena. El dominio del superior se hace efectivo a través del derecho de dirección e

8.- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El caso de la colza..., 1995, p. 142.
9.- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El caso de la colza ..., 1995, p. 23 y 43-44.
10.- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El caso de la colza..., 1995, p. 134.

igualmente en el manejo de información relativa a la empresa, que en muchos casos es de carácter estrictamente confidencial, teniendo acceso a ella un escaso número de individuos.

La doctrina ha determinado que la criminalidad empresarial viene a constituirse en "... un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la imputación de un delito de comisión, la estructura de la comisión por omisión. En virtud de esta estructura, podrá estimarse que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos hombres de detrás, superiores jerárquicos, que no impiden que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia y podían y debían, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo, evitar su producción".[11]

Cabría preguntarse de dónde surge la posición de garante del superior jerárquico. A ello habría que responder que proviene del compromiso asumido desde el momento en que se ve inmerso dentro de la estructura empresarial o institucional y acepta el cargo que se encuentra desempeñando. A partir de ese momento el sujeto asume frente a los demás y frente a la empresa o entidad misma, un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que les resulten sometidos en virtud de su posición, alcanzando tal responsabilidad precisamente hasta el punto en donde el hecho resulte ser una expresión de esa posición de dominio del grupo. Como contrapartida de ello, bien puede afirmarse que igualmente, si el sujeto subordinado actúa enteramente por su cuenta, ello no puede ser atribuido al superior, que no responde por ningún hecho que pueda ser considerado excesivo. La situación de dominio del jerarca o superior, aparte de la situación excepcional, antes mencionada, resulta ser permanente ante la descentralización, "... porque sólo en el escalón más alto de la jerarquía, o sea, en la dirección de la empresa, se solapan el poder legal de mando y los diferentes canales de información, de modo que aquí– al menos desde un punto de vista teórico– se encuentra incluso la forma más intensa de dominio".[12] En el Derecho costarricense, la posición de garante se encuentra establecida de modo expreso en el artículo 18 del Código Penal, señalándose la responsabilidad de quien no evitó el resultado lesivo, si se encontraba jurídicamente obligado a ello.

Pese a lo expuesto, la realidad indica que una dirección y control "absoluto" en una empresa o entidad jerarquizada, resultan imposibles en la actualidad, ya que en la realidad ocurre que hay empresas en que la organización resulta absolutamente deficiente y la lesión al bien jurídico puede suscitarse aun en el caso de un cumplimiento apropiado de los mecanismos de control por parte del jerarca o de los jerarcas. Podemos decir entonces que la posición de garante, en el seno de una empresa o entidad, vendría a ser una especie de compromiso frente a determinados riesgos y en razón de bienes jurídicos determinados, que implicará en su momento la necesaria asunción de determinadas medidas, como responsabilidad del superior, que de no hacerlo, puede con ello incurrir en un delito de comisión por omisión, ya que precisamente la deficiencia en los sistemas de control viene a favorecer la comisión de hechos ilícitos y dificulta la determinación de la responsabilidad penal. Esto implica, que lo fundamental para determinar la posición de garante, conforme se afirma en la doctrina "... es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y no su ostentación formal".[13] Si en definitiva, el jerarca o los jerarcas han dado pleno cumplimiento a las obligaciones que se desprenden de la normativa que regula sus funciones (que viene a resultar esencial examinar, para aclarar el panorama con que se cuenta), y a lo que se encuentran obligados y pese a ello se produce el resultado, deben verse libres de toda responsabilidad penal.

EL PROBLEMA DE LA TOMA DE DECISIONES EN UN ÓRGANO COLEGIADO

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el jurista, a la hora que le corresponde realizar el análisis de una situación de criminalidad empresarial, en donde se utilizó toda una estructura organizativa para los efectos de la ejecución de un hecho delictuoso, es el aspecto estrictamente personal de aquellos jerarcas, que conforme ya se apuntó

11.- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, p. 371.
12.- SCHUNEMANN, Bernd, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1988, Madrid, pp. 540-541
13.- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, 1995, p. 372.

líneas atrás ostentan una determinada posición de garante, pero que además conforman un cuerpo colegiado, un órgano que debe encargarse de adoptar las decisiones de importancia en relación con la empresa o entidad, independientemente de que el órgano colegiado se denomine cuerpo de administración, junta directiva, consejo directivo, etc.

La mayor parte de los acuerdos se toman mediante votos y en sí el acuerdo puede ser expresión de la manifestación de una voluntad colectiva contraria a la ley. En ese sentido el órgano de dirección y de gobierno de la empresa responde por la organización del plan común, pero los cuestionamientos primeros en relación con la actividad de un cuerpo colegiado en este sentido, son: "la eventual relevancia penal por la intervención activa u omisiva en la adopción de un acuerdo social, y b) la externalización del acuerdo adoptado y la responsabilidad que de ello se deriva para quienes han intervenido en cualquier forma en el proceso de decisión –contribuyendo a su adopción o no impidiendo el acuerdo–. Si bien esta segunda cuestión no se plantea en relación con aquellos tipos penales en los que el hecho típico lo conforma la propia adopción de un acuerdo".[14]

No puede perderse de vista que si se toma en el seno del cuerpo colegiado una decisión que a la postre, viene a resultar constitutiva de delito, la responsabilidad penal no puede alcanzar *per se,* a todos los integrantes del órgano en cuestión, sino que debe siempre valorarse la posibilidad de que uno o varios integrantes resulten exonerados por completo de dicha responsabilidad, al contrario de lo que en doctrina italiana se conocía como delito colegial,[15] categoría respecto de la cual algunos autores han tratado de sentar la responsabilidad incluso del miembro disidente del cuerpo colegiado, quien también respondería penalmente por los delitos cometidos por los restantes integrantes cuando, sin demora, no haya hecho constar en acta su disensión o no haya puesto el hecho en conocimiento de quien correspondiera. Tal concepción del "delito colegial" en definitiva no viene a resolver el problema de la participación de diversos sujetos en el delito, ya que casi puede decirse que viene a rozar los linderos de la responsabilidad objetiva, olvidando que uno de los principios básicos de la responsabilidad penal, es que la misma resulta ser estrictamente personal.

Ante la posibilidad de que se presenten situaciones en que algún miembro del cuerpo colegiado carezca de responsabilidad penal, debe tenerse presente, además de los puntos antes expuestos,[16] que debe valorarse no sólo el sentido meramente formal del voto, sino el sentido material del mismo, o dicho en otras palabras, la significación del contenido de una voluntad que se manifiesta en el acto mismo de la votación, puesto que será el conocimiento respecto de la ilegalidad o ilicitud del acuerdo lo que en definitiva, vendrá a ser el indicador de si habrá o no responsabilidad penal.

Una primera situación se plantea en determinar si quien votó antes de que se alcanzase la mayoría responde por la decisión que al final se adoptó por el cuerpo colegiado y por la eventual puesta en práctica del acuerdo, ya que esta persona puede alegar que su voto no resultó determinante del resultado final, puesto que, si nos encontramos ante un caso en que se requiere una simple mayoría, se podría argumentar que tal mayoría se hubiese alcanzado de igual forma aunque hubiese emitido un voto en sentido contrario; en otras palabras, que si se suprimiese su actuación, el resultado hubiese seguido siendo el mismo. Ante tal argumentación, se responde que todo voto o expresión de voluntad, que haya sido emitido antes de que se haya logrado la mayoría en favor de la adopción de un acuerdo *contra legem,* constituye la creación de un riesgo, que de concretarse el acuerdo, viene a coadyuvar en la formación del mismo, aunque tal opinión no resulta unánime a nivel doctrinario.[17]

Por otra parte, no puede dejarse de lado la circunstancia de que en todo caso, el hecho puro y simple de la emisión de un voto, en sí mismo, a lo

14.- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 45.
15.- RENDE, citado por SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 45.
16.- Véase supra, nota 13.
17.- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 50.

sumo viene a constituirse en un acto preparatorio, ya que la decisión debe ser materializada y ejecutada. La toma de la decisión es, consecuentemente, un hecho previo a la adopción de un comportamiento que posteriormente se materializará en la realidad. Realizándose una comparación con el *Iter Criminis* individual, este aspecto de la criminalidad empresarial, la toma de la decisión en el órgano colegiado, puede asimilarse con la fase de ideación, resolución y determinación, que en la mayor parte de los casos, resultan irrelevantes para el Derecho Penal, hasta tanto esa voluntad o esa decisión se exterioricen mediante algún comportamiento determinado, que implique el inicio de la ejecución de la conducta, salvo que expresamente se señale que la fase anterior resulta penalizada, situación que no ocurre en el Derecho costarricense, salvo que pudiera pensarse en el prevaricato (artículo 348 del Código Penal). Sin embargo, la toma de la decisión sí resulta importante como elemento probatorio, a efecto de verificar, en el transcurso del proceso penal, la conducta de todos y cada uno de los miembros del cuerpo colegiado, en tanto que precisamente tal decisión constituye el antecedente necesario del aspecto estrictamente ejecutivo, en que se materializa la decisión y que generalmente queda a cargo de personal subalterno, que se limita a ejecutar las órdenes que les son transmitidas.

La otra situación acaece cuando el sujeto miembro del Consejo de Administración u órgano colegiado, emite su voto en el momento en que ya existe un número suficiente de votos para que se adopte la decisión. Si se emite el voto en sentido contrario, indudablemente quedará exento de responsabilidad, puesto que estaría dando efectivo cumplimiento a su posición de garante, pero si se pliega a la posición de la mayoría, debe responder por tal asentimiento brindado, puesto que la emisión del voto individual se constituirá en "... la objetivación –o externalización– de que una declaración de voluntad es coincidente en igualdad de contenido y de fin con otras declaraciones de voluntad que consideradas en su conjunto son *expresión de la voluntad del órgano*".[18]

Lo anterior resulta comprensible si tomamos en cuenta que, en principio y salvo situaciones que vendrían a resultar excepcionales, a la votación que se realiza en el órgano colegiado se llega luego de todo un proceso de exposición, confrontación y deliberación, en que los sujetos que detentan el poder decisorio han estado presentes y han tenido ocasión de informarse de la situación, por lo que el voto emitido en favor del acuerdo *contra legem,* aunque no haga más que venir a reforzar la mayoría que ha respaldado dicho acuerdo, forma parte integrante de la voluntad manifestada por los integrantes del cuerpo colegiado, ya que lo contrario equivaldría a pensar que los restantes votos son irrelevantes y dejaría la solución al problema de la responsabilidad del sujeto exclusivamente en relación con el orden que se haya seguido para los efectos de la recopilación de los votos. Dicho en otras palabras, pensar por un momento en que algún sujeto pueda escudarse en una alegada impunidad por el hecho de haber votado de sexto, en una votación de siete miembros, cuando los cinco restantes han emitido su voto, nos llevaría al absurdo.

Finalmente, hay quienes pueden pensar que el integrante que emitió su votación en contra del acuerdo, posee algún tipo de responsabilidad por el simple hecho de haber participado en la votación. En principio la respuesta sería negativa, ya que con el voto en contra, el sujeto está manifestando su oposición para que el acuerdo sea tomado y en apariencia esta es la manifestación de su voluntad, sin que pueda llegar a exigirse, por lo menos así lo estimo, mayores fórmulas que la simple negativa, ya que lo contrario sería caer en un formulismo excesivo y exagerado. Sin embargo, existe la posibilidad de que el voto negativo no sea un reflejo de la auténtica voluntad del sujeto, sino que la opinión disidente ha sido diseñada como una especie de mampara, únicamente para desviar la atención sobre una posible responsabilidad, aunque el acuerdo adoptado es apoyado por el sujeto disidente, quien se ha manifestado en su favor. En tales casos lo importante vendría a ser la dirección de la voluntad del sujeto y no simplemente el aspecto formal de la emisión del voto, que viene a resultar irrelevante para los efectos

18.- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 52.

de la responsabilidad criminal.

Otra situación que puede resultar relevante es la que se presenta cuando el sujeto pudo evitar que el acuerdo se tomara en virtud de su ausencia a la reunión, con lo que se evitaba la existencia del *quórum* requerido para la toma de la decisión. Creo que por un aspecto estrictamente lógico, la simple participación en la reunión o sesión del cuerpo colegiado, no acarrea ninguna responsabilidad para el sujeto, ya que la asistencia no conlleva implícitamente ninguna aceptación de los acuerdos que se vayan a adoptar o de los temas por tratar, puesto que nadie puede tener la posición de garante en cuanto a que los restantes participantes se comporten de la manera correcta, sino sólo de comportarse cada cual de modo acorde a derecho. En la doctrina española, hay autores que, sin embargo, no lo estiman así: "La previsión del artículo 15.3 LDC, en el sentido de liberar de responsabilidad a los miembros del Consejo de Administración que salven su voto o no asistan a la reunión donde se adopta el acuerdo ilícito, no puede ser válida en caso de delito. De otro modo se caería en el absurdo, al que en su ámbito de aplicación conduce la ley, de que aludirán su responsabilidad aquellos administradores que hayan jugado un papel relevante en la adopción del acuerdo pero no asistan a la reunión o salven formalmente su voto".[19] Ante tal opinión cabría señalar lo dicho en líneas precedentes respecto de las demás circunstancias que deberán ser analizadas, a la hora de decidir sobre la responsabilidad criminal.

En la etapa ya propiamente de la ejecución del acuerdo tomado, si el sujeto se ha manifestado contrario a la decisión y tal negativa se ha visto patentizada en la emisión del voto negativo, no cabría atribuirle tampoco ninguna clase de responsabilidad por el resultado acaecido o por la puesta en marcha de la decisión acordada. Únicamente se le podría responsabilizar en el caso de que fuese garante en relación con la evitación del resultado, que vendría a aparecer totalmente independiente del aspecto relativo a la participación en la reunión y el hecho mismo de emitir el voto. Podría pensarse en el sujeto que puede y debe plantear algún tipo de recurso o medio impugnaticio contra la decisión adoptada y no lo hace; en estos casos resulta claro que existía una obligación de plantear la impugnación, aunque el tipo de responsabilidad que le sería exigible a la persona sería por no evitar el resultado o por la omisión de impedir, ello depende del tipo de deber infringido, que debe ser analizado en cada caso concreto, ya que cada sujeto responde según el ámbito de su propia competencia de las funciones que le hayan sido asignadas, según la normativa correspondiente.

Finalmente, un último aspecto que no puede dejarse de lado a la hora de determinar la responsabilidad de cada miembro del órgano colegiado, por su contribución o participación en la adopción del acuerdo *contra legem,* es que, en algunas ocasiones, no todos los miembros de un cuerpo tienen igualdad de funciones y responsabilidades y que en múltiples ocasiones, en un Consejo de Administración o Junta Directiva, coinciden personas con diferentes ocupaciones, profesiones y especialidades y con base en el trato común, en la camaradería y en la confianza, que suelen nacer en este tipo de relaciones y puede suceder que una buena parte de los sujetos se dejen llevar por la opinión calificada de alguno de los miembros y se decidan por votar o adoptar una decisión que luego resulta contraria a derecho. Este es un aspecto que debe ser analizado en el caso concreto, en atención a las condiciones particulares del sujeto, pero que tampoco puede resultar como excusa sin más, ya que sería fácil lograr una impunidad con el argumento de que no se entendía el tema tratado y simplemente el integrante se dejó llevar por la opinión mayoritaria; sería un aspecto a tratar a la hora de especificar si hay juicio de reproche y el grado concreto de culpabilidad.

Conforme se aprecia, la problemática alrededor de la criminalidad empresarial apenas se vislumbra y día a día surgen nuevos problemas, según resulten cada vez mayormente complejos los procesos de organización, decisión y producción en una entidad empresarial. Ante ello, el Derecho Penal, el científico del Derecho e igualmente el aplicador del mismo, deberán estar alertas para procurar no quedarse rezagados en relación con nuevas formas de delincuencia, que necesariamente, deben llevarnos a todos a un cambio de mentalidad, puesto que si seguimos mirando este tipo de delitos con base en las estructuras tradicionales y considerando mecánicamente que autor es aquel que sensorialmente podemos apreciar que ejecuta el tipo penal, creo que

19.- TERRADILLOS BASOCO, Juan, Derecho Penal de la empresa, 1995, p. 43.

ello implicará el que caigamos en el juego que la moderna delincuencia nos propone con toda su diversificación, con las consecuentes injusticias que ello puede provocar. Este cambio de mentalidad, en el caso del Derecho costarricense, debe operar directamente en la aplicación de la normativa, ya que conforme se indicó, existe el mecanismo para lograr evitar la impunidad de estas conductas, al estar expresamente establecida la responsabilidad por omisión (aspecto que muchos funcionarios judiciales estiman erróneamente que se trata de una responsabilidad objetiva) por lo que debe, en estricta aplicación de la ley, empezar a verificarse cuáles son las obligaciones de los jerarcas y determinar si las han cumplido apropiadamente en el ejercicio de su función. Es importante que se destierre la errónea concepción de que únicamente comete delito el que actúa y que está exento de responsabilidad quien no ha actuado. Ante todo ello, el reto está lanzado y en el caso de aquellos a quienes nos corresponde lograr la aplicación de la ley penal, sólo nos cabe asumirlo, en forma responsable, conforme corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

CÓRDOBA RODA, Juan. "Responsabilidad penal de administradores de compañías", en REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, volumen I, Barcelona, 1987, pp. 33-45

GRACIA MARTÍN, Luis. "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en ACTUALIDAD PENAL, 1993-1, pp. 213-233

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

SCHUNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1988, p.p.. 529-558.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español", en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin). Bosch, Barcelona, 1995, p.p.. 357-379.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Participación en las decisiones del Consejo de Admi-nistración de una sociedad y responsabilidad penal", en Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p.p. 41-59.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Trotta, Madrid, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa). Ariel, Barcelona, 1985.

* * *

LA ORALIDAD DURANTE LA FASE PREPARATORIA DEL NUEVO PROCESO PENAL

ROBERTO MADRIGAL ZAMORA
Defensor Público

RESUMEN:

El presente artículo consiste en un pequeño ensayo sobre el tema de la utilización de la oralidad durante la fase preparatoria del nuevo Código Procesal Penal, desde la perspectiva no sólo de que la misma se encuentra expresamente consagrada sino, sobre todo, a partir de la idea de que la potenciación de esa oralidad constituye un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado.

La hipótesis de la que parte esta propuesta es justamente la de que existe un derecho del acusado a la oralidad durante la fase preparatoria como integrante del debido proceso, por lo que todos los procedimientos en los que la misma sea viable deben realizarse obligatoriamente de esta manera como garantía de una justicia pronta y cumplida.

I. JUSTIFICACIÓN.

El nuevo esquema procesal implantado por el Código Procesal Penal implica necesariamente un replanteamiento de la labor desplegada por el defensor del acusado y específicamente –en lo que nos interesa– por la defensa pública. Este replanteamiento debe referirse no sólo a la nueva perspectiva a la que obligan los novedosos disciplinamientos sobre actividad procesal defectuosa, conciliación, procedimiento abreviado, etc., sino –y sobre todo– al carácter institucional que dentro del proceso cumplimos como sujetos del mismo y a nuestro perfil profesional.

Consideramos entonces que es este el momento propicio para intentar una discusión sobre el ejercicio eficiente de la defensa de los intereses del acusado, en el marco de una legislación instrumental que procura privilegiar los rasgos acusatorios desterrando la cultura inquisitiva que ha animado el ejercicio del poder punitivo.

Es dentro de esta perspectiva que proponemos el tema de este artículo en el que creemos realizar una lectura de corte acusatorio y garantista del esquema del procedimiento preparatorio.

II. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo consiste en un pequeño ensayo sobre el tema de la utilización de la oralidad durante la fase preparatoria del nuevo Código Procesal Penal, desde la perspectiva no sólo de que la misma se encuentra expresamente consagrada, sino sobre todo, a partir de la idea de que la potenciación de esa oralidad constituye un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado.

Siendo así, los objetivos que nos hemos planteado son:

A) Una lectura de la fase preparatoria desde la óptica de un proceso acusatorio que permita dar plena vigencia al principio de oralidad como integrante del debido proceso.
B) La demostración de que la oralidad se encuentra permitida y regulada durante la fase preparatoria del nuevo Proceso Penal y que la misma es perfectamente viable a la luz de los principios de acusatoriedad, celeridad y potenciación del derecho de defensa.
C) La identificación de aquellas diligencias cuya realización oral durante la fase preparatoria garantizarían un ejercicio eficiente del derecho de defensa y su conceptualización como constitutivas de este derecho y del debido proceso.

La hipótesis de la que parte esta propuesta es justamente la de que existe un derecho del acusado a la oralidad durante la fase preparatoria como integrante del debido proceso, por lo que todos los procedimientos en los que la misma sea viable deben realizarse obligatoriamente de esta manera como garantía de una justicia pronta y cumplida.

Hemos esquematizado este trabajo realizando primeramente una brevísima exposición sobre el principio de oralidad como rasgo acusatorio de un

proceso penal, citándose la normativa de carácter internacional y relativa a los Derechos Humanos que de manera positiva lo consagran, para luego detallar las diligencias que durante la fase del proceso, que nos tiene ocupados, pueden y deben realizarse oralmente como garantía para el ciudadano acusado.

III. LA ORALIDAD Y EL PROCESO ACUSATORIO.

Los sistematizadores de la evolución de las ideas penales nos dan cuenta de que el proceso penal ha oscilado como un péndulo entre los esquemas acusatorios y los inquisitorios.

La Grecia clásica y las etapas de esplendor de la institucionalidad romana –la era republicana– se caracterizaron por una estructura procesal acusatoria. Dejando de lado los matices podemos generalizar diciendo que la acusación se encontraba en manos de los particulares, potenciándose una dinámica de partes donde las ideas de contradictorio, igualdad de armas, oralidad, no delegación de la justicia y participación popular o ciudadana en la toma de decisiones eran los rasgos sobresalientes del mismo.[1]

Muy por el contrario el inquisitivo nace bajo la idea de llevar a la práctica un procedimiento más "eficaz" en la persecución y CASTIGO de los infractores, sacrificándose las garantías ciudadanas en el afán por el descubrimiento de una verdad llamada real. Siendo así, la acusación se deja en manos de quien dirige el proceso, el cual es un activista de la misma convirtiéndose en juez y parte; se privilegia por sobre todas las cosas la confesión como reina de las pruebas[2] y se instaura la justicia delegada, es decir la misma se consideraba ejercida en nombre del monarca o rey, de donde le viene la característica de ser escrita para que éste pueda luego revisar los pormenores del proceso.[3]

Es claro entonces que el proceso acusatorio ha acompañado las etapas más prósperas de la democracia, mientras que el proceso inquisitivo es el que ha caracterizado los momentos de mayor represión en la historia de la humanidad.

Como mencionábamos dos párrafos atrás, una de las características del proceso acusatorio es la oralidad, la cual se explota como la manera más efectiva de comunicación y de contención, que es justamente la esencia del acusatorio: el examen cruzado y la confrontación directa entre los involucrados. En todo caso, la historia de la humanidad demuestra cómo el lenguaje fue primero una creación oral que desarrolla luego una forma de escritura; nosotros mismos hoy por hoy en nuestro crecimiento aprendemos primero a hablar que a escribir convirtiéndose la expresión oral en la forma más natural y práctica de llevar adelante la comunicación entre los seres humanos.

IV. LA ORALIDAD Y EL DEBIDO PROCESO.

> "Podemos observar con claridad que, desde esta perspectiva la oralidad, la inmediación y la concentración adquieren otra dimensión. Esto no es nuevo: desde antiguo la justicia penal cumplió esta función redefinidora del conflicto y cuando existían 'pruebas' como el combate judicial por ejemplo, esto se veía con mayor claridad. El juicio penal aparece así como 'el ámbito institucional' de esa redefinición del conflicto y, por lo tanto, debe cumplir con ciertas condiciones...En ambos modelos –el 'modelo de un sistema de comunicación para la adquisición de la verdad' o el 'modelo de un sistema de comunicación para la redefinición del conflicto'– la oralidad es un instrumento imprescindible".[4]

Si como se ha publicitado, el nuevo código se encuentra influido por el espíritu acusatorio –procurando la resolución del conflicto y la justicia del caso concreto por encima de valores antes considerados absolutos como la verdad real o la obligatoriedad de la acción penal– resulta obligatorio asumir como criterio de interpretación del mismo el de la maximización de la oralidad.

Desde el punto de vista del ejercicio eficiente

1.- Véase en este sentido: Mora Mora, Luis Paulino. Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. En: Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales, 1996, pág. 7.

2.- Sobre el origen de la confesión como eje del sistema procesal léase a Beccaria, Césare. De los delitos y de las penas. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1990, p. 102.

3.- Mora Mora, Luis Paulino. Op. cit., págs. 9 a 12.

4.- Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc S.R.L., 1993, pág.100.

de la defensa, es clara la enseñanza que nos deja la experiencia de nuestro trabajo cotidiano: nos parece una verdad de Perogrullo decir que las audiencias orales donde de viva voz las personas exponen sus versiones, alegatos o su conocimiento sobre los hechos, son definitivamente las más fecundas en cuanto a la posibilidad de aproximarnos a la realidad acaecida e investigada y en cuanto a la posibilidad real de influenciar las decisiones de los jueces.

No es casual que el proceso penal que es aquel donde se toman decisiones sobre un bien tan preciado del ser humano como es su libertad, sea el que haya dado el salto hacia el juicio oral dejando atrás las formas escritas. Tampoco es casual que sea justamente el debate –la fase esencial dentro del proceso– la que haya sido disciplinada de manera absolutamente oral siendo la incorporación de diligencias escritas solo una excepción.

El intercambio verbal, la discusión frente a frente y de manera simultánea y la percepción directa de los argumentos y actitudes que permite la oralidad, es algo que ha sido entendido como una garantía de justicia. ¿De qué otra manera podrían cumplirse los principios de inmediación y concentración?

Si el debido proceso viene a estar constituido por todos aquellos poderes y facultades que se encuentran consagrados en la Constitución Política, los convenios internacionales, las propias leyes y los que emanan de los principios del derecho, no creemos que pueda negarse que la oralidad resulta ser parte integrante del debido proceso. En palabras de la Sala Constitucional:

> "I-El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de **garantías de los derechos de goce** –cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano–, es decir, de los medios tendentes a asegurar su vigencia y eficacia."[5]
>
> Y también:
> **"c) El derecho de audiencia**: Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente de *hacerse oír por el juez,* de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo."[6]

Literalmente hablando en un proceso escrito las partes no se hacen oír sino tan solo se hacen leer, pero además es claro que el derecho de hacerse oír implica la garantía de lograr la mejor manera de comunicación entre quienes oyen y quienes se hacen oír y esta mejor manera es la oralidad.

La concepción de la oralidad como garantía para las partes involucradas en un conflicto de naturaleza penal se encuentra recogida en las convenciones internacionales que se refieren a los Derechos Fundamentales, y ya de por sí por ese solo hecho debe considerársele –como antes lo decíamos– constitutiva del debido proceso.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José lo contiene en su artículo 8, párrafo 2, inciso f); disposición que debe complementarse con el artículo 8.5. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el numeral 14.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el párrafo segundo del artículo XXVI, de manera incondicionada establecen el derecho del acusado a ser oído. E igualmente la garantía de la oralidad es recogida tanto en la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (artículos 6.1 y 6.3.d) como en el Proyecto de Reglas Mínimas para el Procedimiento Penal (recomendaciones 25.1 y 2 , 29.1).

Ahora bien, es oportuno precisar qué es lo que significa el que la oralidad sea parte integrante del debido proceso. Cuando decimos esto estamos propugnando que la idea de la expresión directa y verbal de los argumentos y cuestionamientos de las partes con respecto a los acontecimientos del proceso, sea interpretada como idea rectora de las diligencias e incidencias establecidas en la nueva legislación. En este sentido deberá ser respetada como mecanismo procesal que garantiza e integra el derecho de defensa.

V. LA ORALIDAD DEL PROCEDIMIENTO PREPARATORIO.

Pasamos de seguido a exponer una lectura interpretativa de algunas normas del Código Procesal Penal las cuales creemos consagran el principio de la oralidad, o las cuales deben ser interpretadas en ese

5.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1739-92 de las 11.45 h del 1/7/92. Los énfasis son del original.
6.- Ídem. La cursiva es nuestra.

sentido en aras del ejercicio de una defensa eficiente.

Principios y Garantías Procesales.
Artículo 2.

Si partimos de la consideración de que la oralidad es un elemento integrante del debido proceso, es claro entonces que la misma es un poder o derecho conferido a las partes y específicamente a la defensa, por lo cual no deben interpretarse las posibilidades de gestiones orales, de modo tal que ese derecho a la oralidad sea coartado.

Artículo 4.

Las audiencias orales permiten recibir con mayor amplitud y celeridad la prueba; siendo que según el numeral 145, párrafo 2, las resoluciones que sucedan a una audiencia oral tendrán que ser tomadas inmediatamente después de la misma, es claro entonces que todas las audiencias orales garantizan la justicia pronta.

Suspensión del proceso a prueba.
Artículo 25, párrafo 5.

Este es un artículo que de manera expresa estipula la celebración de una audiencia oral o vista para la decisión de aplicar este mecanismo. Al hacerse obligatorio el recurso a la oralidad para la discusión de un punto de vital importancia como lo es esta opción procesal, se demuestra el reconocimiento que el código hace al principio de oralidad durante la fase preparatoria evidenciándose la viabilidad del mismo durante esta etapa.

Excepciones.
Artículo 43.

Este numeral se refiere exclusivamente al caso del trámite de las excepciones. Su interés para el tema que nos ocupa consiste en que al establecer expresamente que si no se trata de una excepción presentada durante una vista la misma deberá plantearse por escrito, se constituye en un criterio de interpretación que permite afirmar que cuando el código optó por la tramitación escrita lo estableció expresamente.

Medios de Prueba.
Artículo 203.

Se establece un principio de control sobre las actuaciones fiscales o policiales referidas a registros, requisas, allanamientos, levantamiento de cadáveres y secuestros. Se estatuye la facultad para las partes de objetar ante el tribunal las medidas que los mismos adopten sin que se estipule expresamente la forma en que debe hacerse; si relacionamos este tema con lo dicho sobre el numeral 2 del código nos parece que la defensa tendría derecho a una audiencia oral ante el tribunal para impugnar las actuaciones y decisiones tomadas por la policía y el fiscal en cuanto a los temas antes mencionados. Tesis que se ve reforzada si pensamos en la discusión existente sobre la incorporación al debate de algunas de esas actuaciones del fiscal.
Artículos 216 y 217.

La regulación del peritaje en cuanto a este punto que nos ocupa no parece tener variación alguna con respecto al anterior código. Lo importante aquí es rescatar cómo la posibilidad para la defensa de estar presente durante la ejecución del peritaje y participar solicitando aclaraciones convierte esta operación en un acto caracterizado por el contradictorio, la inmediación y por supuesto, la oralidad. Consideramos que la explotación que se pueda hacer de estas disposiciones garantizará la pureza de la prueba y servirá para ir preparando la estrategia de la defensa para el juicio. Además, demuestran cómo el código tiene interés en propiciar la oralidad.
Artículo 227.

Consideramos que la diligencia de reconocimiento de personas es otra situación que permite la implementación de una pequeña audiencia oral. La presencia ininterrumpida de la defensa desde el mismo momento en que se toman los datos previos al testigo y su participación interrogando sobre datos de interés según la estrategia de la defensa, así como su vigilancia activa para que se cumplan los requisitos de legalidad, es otra posibilidad oral que otorga el nuevo Código.

Medidas cautelares.
Artículos 235, párrafo 3 in fine, 237 párrafo final y 242 párrafo final.

Los dos primeros numerales citados establecen al Ministerio Público la obligación de solicitar al tribunal del procedimiento intermedio la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva o la aplicación de una medida sustitutiva y el plazo dentro del que deberá hacerlo. Por su parte el artículo 242 determina el procedimiento o trámite que deberá

darse a esa solicitud, siendo que se establece la posibilidad de una audiencia oral si el tribunal lo estima necesario para oír a las partes.[7] Se nos ocurren pocas situaciones que como la restricción de la libertad del ciudadano acusado puedan implicar la necesidad de oír al defensor; consecuentemente será una labor prioritaria de la defensa procurar que esta vista se convierta en la regla y no se aplique excepcionalmente.[8] La experiencia nos demuestra cómo el confrontar al juez o jueza directamente con argumentos verbales y analizarle las circunstancias alegadas por el fiscal o la policía (que es la que en buena parte de los casos presiona por la detención) es sumamente provechoso en beneficio del no dictado de la medida; igualmente la presencia del acusado en esa vista es de primordial importancia para efectos de influenciar la eventual decisión del juzgador o juzgadora.

Artículo 253, párrafo 3.

Se establece aquí la facultad de solicitar la revisión de la prisión preventiva ya acordada. Es necesario entonces hacer una concordancia de este artículo con el ya mencionado 242 por cuanto aquí también resulta aplicable la audiencia de comentario.

Artículo 256, último párrafo.

Se disciplina lo referente al recurso contra la decisión de decretar la prisión preventiva o la decisión desfavorable una vez que se solicita la revisión de aquel primer fallo que la decretó. Se trata de una apelación que no se rige por el trámite de las apelaciones pero esto debe entenderse en cuanto a los plazos establecidos por las normas que regulan esa materia. Sin embargo, en aplicación del numeral 242, de las ideas que impulsan la aplicación de la oralidad y de la concepción que establece que el recurso está previsto en favor del acusado, nos parece ineludible la realización de una audiencia oral para plantear y resolver esta impugnación.

VI. CONCLUSIONES.

Nuestra Constitución Política establece el principio de que recurriendo a las leyes todos deben encontrar satisfacción para sus agravios. En una terminología moderna se diría que nos está hablando del derecho a la tutela judicial efectiva que no es otra cosa que la garantía para los ciudadanos de acceso fácil e irrestricto a los tribunales de la República.

Esta garantía de acceso no puede estar referida solamente a la simple posibilidad de incoar un proceso sino que cobija todo el desarrollo del mismo, comprendiendo entonces a todas y cada una de las incidencias que el mismo implica. De este modo puede decirse que sólo se cumple con la garantía de tutela judicial efectiva, cuando las partes involucradas en una disputa judicial una vez que la misma se ha iniciado tienen la posibilidad de manifestarse ante el juez de manera sencilla y eficiente y de obtener de parte de éste un pronunciamiento expedito, no sólo con respecto al conflicto de fondo sino incluso con cada una de las alegaciones interlocutorias.

Siendo así, es claro que el proceso debe estar estructurado de modo tal que se ofrezcan al ciudadano esas posibilidades de expresión sencillas y eficientes, y la más clara de todas es justamente la oralidad. En el proceso penal esto asume una esencialidad que no admite cuestionamientos, estando de por medio la libertad de las personas y la decisión sobre conflictos que en buena parte de los casos han implicado la libertad, la integridad física y psicológica y en general el bienestar de todos los involucrados.

Los argumentos en favor de la oralidad provienen entonces de todos los niveles y son de todos los órdenes: desde el nivel de lo constitucional hasta del orden del sentido común. Como hemos citado anteriormente, las convenciones internacionales la consagran como un derecho que no se restringe únicamente a la fase de juicio; si bien es cierto algunas de sus disposiciones son muy específicas en el sentido de garantizar el interrogatorio oral de los testigos y peritos durante el debate, igualmente cierto es que estipulan la oralidad como un principio que orienta todo el proceso al establecer el derecho del acusado de ser oído sin restricción o condicionamiento alguno.

Es claro también que la fase preparatoria es

7.- Cfr. Llobet Rodríguez, Javier. La Prisión Preventiva y sus Sustitutivos. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José: Asociación de Ciencias Penales, 1996, pp.452-453.

8.- En sentido contrario: Conejo Aguilar, Milena. El rol del defensor frente a la adopción de medidas cautelares. En: Instructivo de la Defensa Pública sobre el Código Procesal Penal, San José: Poder Judicial, 1998, pág. 24

justamente eso –preparatoria– y no puede pretenderse convertirla en una fase plenaria, sin embargo, ese carácter lejos de reñir con la oralidad le proporciona a ésta un excelente campo de acción.

En efecto, se supone y pretende que sea esta fase lo más célere posible y precisamente la oralidad garantiza decisiones más ágiles y rápidas al evitar el peligro de la burocratización y al obligar al juzgador a resolver directa e inmediatamente. De igual modo debe servir como filtro que permita salidas al proceso que no necesariamente impliquen llevar todos los asuntos a juicio, esto implica que el juez de esa fase debe tener un conocimiento exacto de la situación y de los intereses de las partes, lo cual se logra de mejor manera mediante una comunicación fluida y sin mediación tanto con las incidencias como con los sujetos del proceso.

Por otra parte, estando esta fase en manos del fiscal su deber de objetividad lo coloca en una situación tal que lo obliga a una apertura y transparencia sin condiciones para con el resto de las partes, lo cual no podría encontrar mejor control que en la participación directa, cara a cara, de los involucrados al momento de realizar las diligencias propias de la investigación.

Asimismo, si bien en un procedimiento preparatorio existen discusiones esenciales que no pueden ser obviadas como el caso de las medidas cautelares o aquéllas sobre diligencias probatorias, y en estos casos darle vigencia al principio de oralidad lejos de entorpecer la marcha del proceso significarán un fortalecimiento del mismo al disminuir las posibilidades de ulteriores reclamos por violación a derechos fundamentales.

Finalmente, el principio de oralidad rescata el carácter dialéctico del proceso tan venido a menos en virtud de la consagración de prácticas burocratizadoras; permite además una participación amplia de los involucrados con lo cual rescata su carácter democrático y obliga a jueces y abogados a un estudio serio de cada causa y de posiciones académicas y doctrinarias.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ARMENTA DEU, Teresa. El Proceso Penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. En: Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, N°13, agosto 1997, pp. 19-35.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc S.R.L., 1993, p. 318.

----------. Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc S.R.L.,1993, p. 274.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Ley 7594 del 28 de marzo de 1996. San José: Imprenta Nacional, 1996, p. 160.

CONEJO AGUILAR, Milena; Mario Porras Villalta y Rónald Cortés Coto. La Oralidad en el Proceso Penal. San José: 1997, Material del Seminario "El Principio Acusatorio y los Derechos de Tutela Judicial Efectiva y de Defensa en el Proceso Penal".

----------. El rol del Defensor frente a la adopción de Medidas Cautelares. En: Instructivo de la Defensa Pública sobre el Código Procesal Penal, San José, Poder Judicial, 1998, pp. 22-24.

FERRANDINO TACSAN, Álvaro y Mario Porras Villalta. La Defensa del Imputado. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pp. 283-327.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La Instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado. En: Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, N° 13, agosto 1997, pp. 36-52.

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, julio 1996, Año 8, N°11, pp. 60-82.

----------. El Procedimiento Preparatorio. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pp. 547-614.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y sus sustitutivos. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de

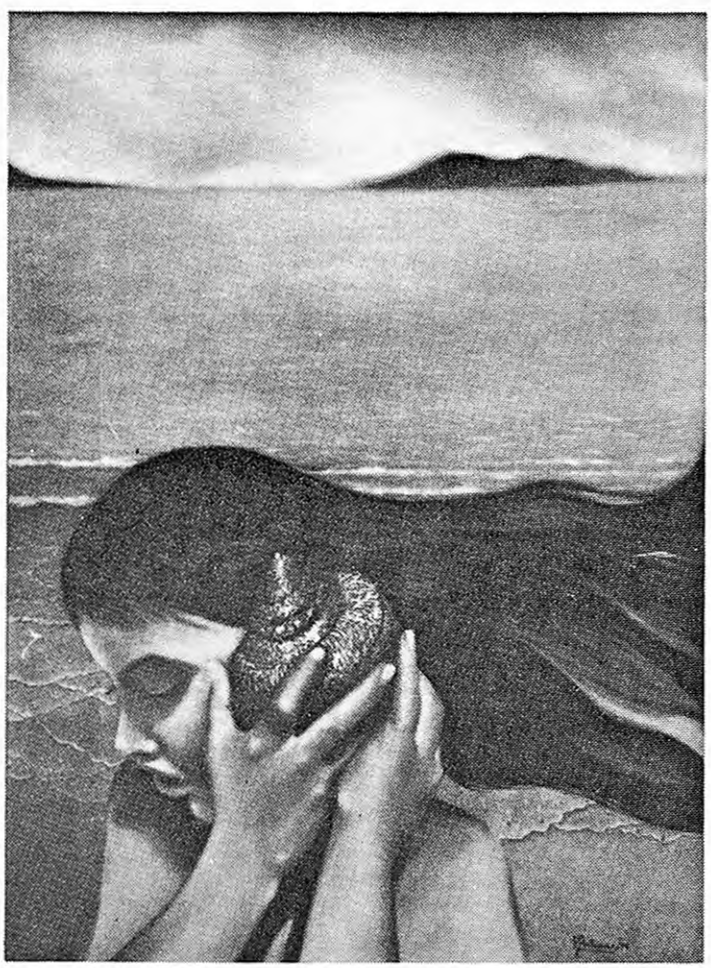
Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pp. 423-469.
MORA MORA, Luis Paulino. La importancia del juicio oral dentro del proceso penal. En: Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penalesde Costa Rica, junio 1991, Año 3, N° 4, pp. 8-17.

----------. Los Principios Fundamentales que informan el Código. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pp. 3-48

SABORÍO VALVERDE, Rodolfo. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica. San José: Ediciones SEINJUSA, 1993, 148 p.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto 1739-92 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de junio de mil novecientos noventa y dos.

* * *



Autor: Rosita Portuguez

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

CECILIA SÁNCHEZ ROMERO
Directora del Centro Electrónico
de Información Jurisprudencial

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A. DERECHO PENAL

1. ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS - Consideraciones sobre el parentesco por afinidad derivado de una relación de hecho.

2. ACTIO LIBERA IN CAUSA. Análisis normativo.

3. AUTOCALUMNIA. Análisis del tipo penal

4. AUTOCALUMNIA. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado.

5. BENEFICIO DE EJECUCIÓN CONDICIONAL - Cómputo del plazo para cancelar inscripción de juzgamiento.

6. COHECHO PROPIO. Ofrecimiento de dádiva de bajo monto. Consideraciones sobre su relevancia en ciertos contextos.

7. COMISO. Bienes provenientes del narcotráfico. Obligación de oír a eventuales perjudicados.

8. DAÑO MORAL. Legitimación y aspectos que comprende.

9. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Relación entre tenencia de armas prohibidas y secuestro extorsivo.

10. ESTAFA. Pago de seguro obtenido mediante datos falsos.

11. ESTAFA PROCESAL. Consideraciones.

12. FALSEDAD IDEOLOGICA. Acuerdo con oficial de tránsito para insertar datos falsos en el parte. Autoría e instigación.

13. FALSEDAD IDEOLÓGICA. Datos falsos en parte de tránsito.

14. FALSO TESTIMONIO. Declaración en una misma causa como testigo e imputado. Inexistencia de derecho del imputado a mentir.

15. FALSO TESTIMONIO. Varias declaraciones falsas sobre los mismos hechos configuran un solo delito.

16. HOMICIDIO. Análisis sobre la alevosía y el ensañamiento.

17. HURTO. Momentos en que el delito alcanza su consumación. Participación puede darse mientras no se haya agotado el injusto.

18. HURTO AGRAVADO. La concurrencia de tres o más personas se refiere a los "autores".

19. LEGÍTIMA DEFENSA. Inexistencia de presupuestos.

20. PECULADO. La probidad en el ejercicio de la función pública es el bien jurídico tutelado.

21. RESPONSABILIDAD CIVIL. Efectos de la absolutoria en vía penal por falta de autoría. Responsabilidad de la CCSS.

22. RESPONSABILIDAD CIVIL. Vehículo que pertenece a asociación comunitaria que no realiza actividades lucrativas.

23. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. Aplicación errónea en caso de vehículo particular involucrado en accidente.

24. ROBO AGRAVADO. Intervención de tres o más personas debe ser a título de autores.

25. SECUESTRO EXTORSIVO. Concurso real con privación de libertad.

26. SECUESTRO EXTORSIVO. Inexistencia de concurso ideal con daños.

27. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES. Improcedencia de su aplicación, por ser contraria al Derecho Penal de acto. Necesidad de constatar elemento subjetivo.

28. TRÁFICO DE DROGAS. Consideraciones sobre la actividad desarrollada por la organización.

29. USO DE FALSO DOCUMENTO. Falsificación de endoso. Tutela penal del cheque.

30. VENTA DE DROGAS. Requisitos de las ventas controladas.

31. VIOLACIÓN AGRAVADA. Intervención de varios sujetos. Aplicación de no reforma en perjuicio.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

32. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Improcedencia de pretensión de nulidad de contrato con ente asegurador.

33. ADICIÓN Y ACLARACIÓN. Errores materiales graves que impiden subsanar por esta vía. Nulidad de la propia sentencia.

34. CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA - Nulidad por inclusión de hechos adicionales no intimados.

35. DEBATE. Suspensión injustificada afecta el principio de continuidad.

36. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ANTE LA POLICÍA. Consideraciones sobre sus efectos.

37. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA PERSEGUIBLE A INSTANCIA PRIVADA. Limitaciones a la posibilidad de ratificar la denuncia.

38. DERECHO DE ABSTENCIÓN. Incorporación como prueba de manifestaciones voluntarias ante médico forense - Inexistencia de violación al secreto profesional.

39. DERECHO DE ABSTENCIÓN. Violación por incorporación de entrevista a ofendida realizada por psicólogo y trabajadoras sociales.

40. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. Falso testimonio cometido en dos fases distintas de un mismo proceso.

41. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Aplicación de norma penal más favorable está referida a la ley sustantiva y no a la procesal.

42. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Consideraciones sobre sus requisitos.

43. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Interpuesto contra sentencia de casación.

44. PRUEBA. Interceptación de mensajes en radiolocalizador.

45. PRUEBA TESTIMONIAL. Declaración de coimputado ya condenado. Obligación de advertirle sus derechos.

46. PRUEBA TESTIMONIAL. Manifestación de ofendida ante perito oficial no puede considerarse espontánea.

47. RECONOCIMIENTO JUDICIAL. Representación del imputado a cargo de asistente de la defensa pública no invalida el acto.

48. RECURSO DE CASACIÓN. Improcedencia contra resolución que unifica penas.

49. RECURSO DE CASACIÓN. Limitaciones cuando el reenvío sólo se refiere a la pena.

50. REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO. Nulidad por variación sustantiva.

51. SENTENCIA. Documento incompleto solo provoca nulidad del acto de notificación.

52. TÉRMINO DE LA DELIBERACIÓN. Suspensiones por fuerza mayor.

53. VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. Inexistencia de violación al debido proceso.

54. VISTA. Legalidad de intervención de magistrados en la sentencia, pese a no haber estado en la vista.

A. DERECHO PENAL

1. ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS. Consideraciones sobre el parentesco por afinidad derivado de una relación de hecho.

"En el único alegato, reclama errónea aplicación del artículo 161 en relación con el 158 del Código Penal, pues alega que el Tribunal calificó los hechos como abusos deshonestos agravados, cuando no debió aplicar la agravante, al no contarse con prueba de ninguna clase que indique la condición del justiciable como encargado de la custodia o crianza de la menor, por lo que se debió aplicar el artículo 161, pero en relación con el 156 del Código ibídem. El reclamo–no obstante su improcedente interposición–' resulta atendible en lo que se dirá. En efecto, de manera incorrecta alude a la ausencia de prueba, con la finalidad de acreditar la incorrecta aplicación de la normativa de fondo, mediante la modalidad de la violación indirecta del derecho sustantivo, lo que no procede de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento procesal penal vigente. Por otra parte, conforme al contenido del fallo el Tribunal acreditó que el acusado era el padrastro de la ofendida dada su relación de conviviente durante varios años, con la madre de ella –R.M.C.C.–, aspecto que fue derivado de las manifestaciones de la ofendida a quien por esa razón se le formularon las advertencias legales acerca del derecho de abstenerse de declarar con que contaba y que incluso fue la razón por la que el testigo G.B.C.C., se abstuvo de declarar en la audiencia respectiva. Cabe agregar: "que la afinidad es un vínculo que tiene origen en el parentesco, pues este último: "...lo forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. Conforme a esto, se distinguen dos clases de parientes que, para una mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas. Línea es, por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ella: "directa" y "colateral". En la directa, están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos. Y en la colateral, llamada también "transversal", se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos." (Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Personas. San José. Editorial Juricentro, 1984; página 23). Por su parte, el término afinidad se define –en lo conducente– como: "Parentesco que mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro..." (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, decimonovena edición; 1970, página 32). Mientras que, "...En Derecho la afinidad o alianza es el vínculo jurídico que se constituye en virtud de la celebración del matrimonio y que une a cada uno de los cónyuges, con los parientes consanguíneos del otro. El concepto de parentesco abarca la noción de la afinidad creada por el matrimonio, como un efecto propio del mismo, al que la ley le da categoría de parentesco legal... El parentesco por afinidad deriva, pues de la ley y coloca al afín en el mismo grado parental que su consorte. Importa, entonces, el lazo de afinidad entre el esposo y los parientes de la mujer y la esposa y los parientes del marido..." (Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Universidad. Tomo I; 1991, página 184). Por su parte, el Profesor Jean Carbonnier escribe, que: "...La afinidad es la

relación jurídica que media entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; yerno y suegro, cuñados, cuñadas, etc. La noción jurídica de la afinidad es más restringida que el concepto vulgar conforme al cual se opera una fusión de las dos familias, por obra del matrimonio contraído también entre dos de sus componentes... hay que incluir dentro de la relación de afinidad, el nexo existente entre uno de los cónyuges (padrastro, madrastra) y los hijos (hijastros) habidos por el otro de un matrimonio anterior... El cómputo de la afinidad en sus líneas y grados se sujeta a las mismas reglas dictadas para determinar y graduar el parentesco consanguíneo..." (Carbonnier, Jean. Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares. Barcelona. Editorial Bosch. Tomo I, Volumen II, 1961; páginas 403 y 404, [...]; en igual sentido en relación con la existencia del nexo de afinidad entre el padrastro o la madrastra con los hijastros, se pronuncian –entre otros–: Gómez Piedrahita, Hernán. Derecho de Familia. Bogotá. Editorial Temis, 1992; página 31, así como Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil- Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Astrea, tomo I, 2da. edición; 1989, página 79). Así las cosas, los hijos que al momento de la unión matrimonial tenía cada uno de los contrayentes, en virtud de dicho nexo pasan a ser parientes por afinidad de los cónyuges de sus padres, puesto que tienen la condición de descendientes por consanguinidad de sus progenitores, aspecto que se reproduce en el otro contrayente por efecto de la afinidad... un efecto propio de la celebración del matrimonio, determina el surgimiento a la vida jurídica de un vínculo o relación de parentesco por afinidad entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Es importante resaltar aquí, que al haber interpretado la Sala Constitucional que en relación con el parentesco surgen los mismos efectos jurídicos de una relación "de hecho" o "concubinaria" como de una relación matrimonial, esto implica correlativamente que el parentesco por afinidad se extienda o establezca en los mismos términos antes citados, en tratándose de relaciones de parentesco que surjan de una "relación de hecho", de modo que –por ejemplo– entre el "concubino" y los parientes consanguíneos de su "compañera", se establece el parentesco por afinidad, por lo que en uno de los posibles supuestos, los hijos de cada quien de ellos que no hayan sido producto de esa relación "de hecho", mantienen una relación de parentesco por afinidad con el "compañero" o "compañera" de su madre o padre, respectivamente. Sin embargo, no debe obviarse las características que debe tener esa relación, pues: "...no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que éste, por estar dotadas al menos de estabilidad (en la misma medida que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta, es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)... La Sala no puede definir qué es la "familia de hecho", el juez debe valorar cada caso..." (la negrilla es suplida, Sala Constitucional N° 1.151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994, en igual sentido N° 1.153 de esa misma fecha). (Sala Tercera, V-286-F de las 9:20 horas del cuatro de junio de 1996; en igual sentido, Sala Constitucional N° 6.798-94 de las 14:51 horas del 23 de noviembre de 1994)." (Ver Sala Tercera, V-1.083-97 de las 9:40 horas del 9 de octubre de 1997). En virtud de lo expuesto, no resulta atendible el reclamo en cuanto pretende se recalifique los hechos como constitutivos del delito de abusos deshonestos en su forma simple; sin embargo, sí lleva razón en cuanto señala la incorrecta aplicación del artículo 158 del Código Penal, cuando más bien corresponde la aplicación del numeral 157 del Código ibídem, al ser el autor del ilícito ascendiente por afinidad de la víctima. En consecuencia, corresponde declarar con lugar el recurso y casar la sentencia _únicamente en cuanto a la calificación jurídica se refiere_, recalificando los hechos a tres delitos de abusos deshonestos calificados, al tenor de lo dispuesto por los artículos 161 y 157 del Código de rito. No se realiza pronunciamiento alguno en cuanto a la pena imponible, por encontrarse comprendida en los mismos extremos de la norma impuesta por el a quo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 306 de las 10.18 h. del 27 de marzo.

2. ACTIO LIBERA IN CAUSA. Análisis normativo. "Con base en los artículos 106, 146 párrafo 2°), 226, 393 párrafo 2°), 400 inciso 4) y 490 inciso 6°) del Código de Procedimientos Penales de 1973, 39 de la Constitución Política, y 42 y 43 del Código Penal, el defensor particular del sentenciado R.G.A.C., Licenciado A.A.Z.M., interpone acción de revisión, al estimar que en el fallo de instancia se violó el debido proceso. La queja del recurrente se centra en que: a) el fallo irrespeta el principio de razón suficiente, y con ello las reglas de la sana crítica, pues "... sin ninguna razón suficiente arriba a la conclusión de que el imputado al momento de los hechos investigados y en las fechas de esos hechos, comprendía totalmente sus actos ... véase que el examen del acusado sobre la comprensión, o no, de sus actos fue realizado hasta el año siguiente de ocurrido el hecho investigado y cuando ni siquiera estaba ingiriendo licor, en consecuencia, no existe razón de parte del tribunal que explique a dónde está el fundamento lógico y suficiente que lo llevó a razonar, con la certeza necesaria para punir, que un examen psiquiátrico realizado mucho tiempo después de ocurridos los hechos y cuando el imputado ya no estaba bajo los efectos del licor, es prueba de la verdad real para fundamentar con toda certeza el estado mental del acusado en los días pasados en que estuvo ingiriendo mucho licor y que supuestamente ocurrió el hecho por el que fue condenado ..." (folio 111, líneas 3 a 23). b) De forma arbitraria los juzgadores presumen "... la conducta dolosa en daño del principio constitucional de inocencia ... toda vez que el tribunal le reprocha, al acusado, no haber demostrado que al momento de los hechos tenía la conciencia perturbada, de tal forma que no podía comprender la naturaleza de sus actos ... la carga de la prueba constitucional y legalmente correspondía al juez o al Ministerio Público, y no al encartado ..." (folio 113, líneas 12 a 23). c) Falta del análisis de los dictámenes médicos forenses. II.- El reclamo, en sus tres aspectos, resulta improcedente. En relación al punto identificado como a), es necesario hacer notar que el recurrente parte de una premisa falsa, que lo lleva a conclusiones igualmente falsas. No es cierto que los juzgadores hayan tenido por demostrado, únicamente con base en la pericia psiquiátrica que se cita, que al momento de los hechos el acusado tenía plena capacidad de comprensión de sus actos. En realidad, los juzgadores explican con detalle que el supuesto estado de inimputabilidad que alegó la defensa no quedó acreditado, ello a partir de varios elementos. Tal conclusión se hizo derivar del siguiente razonamiento: "... el artículo 43 citado (del Código Penal) supone la perturbación de la conciencia por causas ajenas a la voluntad del agente, supuesto dentro del cual no nos encontramos, pues aún y cuando exista una pericia que señala al encartado como alcohólico, es lo cierto que en el presente caso, ni se demostró que estuviera en tal estado al momento de los hechos, pues al respecto el propio menor señaló que si bien le fue a comprar licor y algo ingirió, no se encontraba ebrio, ni tampoco se acreditó que tuviera la conciencia perturbada, por el contrario

el dictamen psiquiátrico que se le practicó señala que no describe ni presenta sintomatología que indique estado alguno de enajenación mental ... con independencia de que haya consumido licor al momento del despliegue de sus conductas, tal ingesta no lo ubica dentro de los supuestos de la norma citada ..." (folio 93, línea 29 en adelante). Como se colige del anterior extracto, el tribunal descartó la concurrencia de un estado de inimputabilidad, no sólo al considerar el dictamen médico que así lo estable(sic) (al menos al momento en que el mismo se practicó), sino además –y de forma esencial–en la narración del menor ofendido, quien expresamente señaló que el acusado no presentaba un estado de ebriedad a pesar de haber consumido "algo" de licor. Este razonamiento respeta las reglas del sano entendimiento humano, por lo que no se da el vicio lógico que aduce la defensa. En lo que respecta al segundo reparo, esta Sala estima que no es cierto que el fallo invierta la carga de la prueba lesionando así el principio constitucional de inocencia. Mediante una sutil argumentación la defensa particular pretende responsabilizar al tribunal de mérito y al Ministerio Público, por no haber quedado acreditado el supuesto estado de perturbación de la conciencia ocasionado por el empleo de licor en que –insiste– actuó el imputado. En casos como el presente, donde a través de pruebas claras y objetivas, valoradas con estricto apego a las reglas de la sana crítica, se ha llegado a establecer la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable, corresponderá a la defensa demostrar –si esa es la tesis que esgrime– la concurrencia de cualquier circunstancia eximente de responsabilidad. Lo anterior significa, sin más, que una vez acreditada la acción delictiva –y cuando no existan motivos suficientes para estimar lo contrario– el órgano de instancia no será responsable también de establecer la inexistencia de todos aquellos hechos que vendrían a enervar el juicio de reproche, es decir, no podrá exigírsele adicionalmente que demuestre que la conducta no estuvo amparada a una causa de justificación o de inculpabilidad. Asimismo, resulta indispensable aclarar que el supuesto estado de intoxicación alcohólica que aduce el recurrente, en el caso que nos ocupa, no tendría la virtud de excluir el juicio de reproche en contra del agente. Según lo establecen los numerales 42 y 43 del código de fondo citado, serán aplicables las reglas de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuida, siempre que la perturbación de la conciencia del agente haya sido provocada por enfermedad mental o por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes. Por el contrario, y según lo estipula el artículo 44 ibídem, cuando el mismo sujeto haya provocado esa perturbación de su conciencia, el juicio de reproche jurídico penal se trasladará a un momento anterior, respondiendo entonces del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento en que él se colocó en ese estado. La jurisprudencia de esta Sala ha definido los alcances de la figura de la actio libera in causa de la siguiente manera: "... Al considerar como violado el artículo 42 del Código Penal, el recurrente acusa que se ha incurrido en un error in iudicando. En su criterio, al tenerse por demostrado que el imputado es un alcohólico crónico, quien para el seis de setiembre de 1991 tenía varios días de tomar, por lo que su capacidad para comprender el carácter ilícito de sus actos estaba ligeramente disminuida, hace "... que su actividad encuadre dentro de los alcances que se prevén en el artículo 44 del Código Penal ... Queda claro que el solo hecho del estado de embriaguez que manejaba el endilgado –el cual no fue buscado por él para la comisión del delito– hace de su conducta una conducta inimputable ...si existe alguna reprochabilidad por parte del señor ...lo es por la irresponsabilidad de tomar a sabiendas de que es un enfermo alcohólico y que ello le provoca reacciones que escapan de su control, pero no por ello se le debe endilgar una conducta dolosa ..." ... El defensor también se muestra inconforme con que el tribunal haya fijado la capacidad del imputado para comprender el carácter ilícito de sus actos en un momento posterior a aquél en el que ocurren los hechos, esto es, el 19 de mayo de 1995 (fecha en que es examinado por el psiquiatra forense) ... El reclamo no es de recibo ... Para solucionar adecuadamente el motivo es necesario hacer algunas consideraciones de fondo en cuanto a la particular regulación que presentan los artículos 42, 43 y 44 del Código Penal en relación a lo que en doctrina se conoce como la actio libera in causa. Según estas disposiciones, es claro que nuestro ordenamiento jurídico penal recoge la doctrina normativa de la culpabilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico descansa en la capacidad del mismo –la que se debe fijar al momento del hecho– de conocer el carácter ilícito de sus actos y de adecuar su conducta a dicho conocimiento: "... La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad ... el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera ... en este sentido se distingue en primer término la cuestión de la capacidad de comprender la antijuridicidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (la llamada imputabilidad) ..." Bacigalupo (Enrique), **"PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL"**, ediciones Akal S.A., Madrid. 2ª edición, 1990. Página 173. El numeral 42 antes citado admite la posibilidad de que la culpabilidad pueda excluirse cuando el agente –al momento de la acción u omisión– no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ello, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina sino que se disminuye esa condición para ser imputable, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 ibídem. Es claro que las situaciones antes descritas se presentarán cuando el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado, sino que –por ejemplo– un tercero le haya obligado a ello, o cuando no pueda predicarse una culpa por tratarse de un comportamiento del todo accidental; de lo contrario estaremos en presencia de la hipótesis que regula el artículo 44 ibídem. En efecto, este juicio de culpabilidad –por principio general– debe establecerse al momento en el que se despliega la conducta, aunque habrá casos excepcionales –cuando el agente actúa sin ese conocimiento– donde ese juicio debe retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, es decir, la culpabilidad se funda no en el comportamiento ilícito que se ejecutó (pues el mismo se dio cuando el agente ya se encontraba en estado de inimputabilidad), sino más bien en el momento anterior. En este sentido el citado artículo 44 prevé varias situaciones: a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto –sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado– la ingiere, produciéndole la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a ésta. b) El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, es decir, se coloca dolosamente en ese estado. c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento), o de procurarse una excusa. En esta última situación -que constituye la actio libera in causa en sentido estricto– la pena respectiva podría agravarse. Según las anteriores consideraciones, en el caso concreto –de acuerdo con los hechos probados del fallo– el

encartado de forma consciente y voluntaria, sin que nadie lo obligara a ello, y sabiendo que cuando se encuentra ebrio realiza acciones violentas sin conocimiento de su carácter ilícito, decidió colocarse en estado de inimputabilidad. Una vez en dicha condición, con su capacidad de motivarse en la norma ligeramente disminuida, realizó los comportamientos típicos y antijurídicos que describe el pronunciamiento. Debido a lo anterior, resulta claro que la actuación del encartado se ubica en la hipótesis antes identificada como b), es decir, se colocó dolosamente en ese estado de perturbación de su conciencia, por lo cual en la especie no resultan aplicables los artículos 42 y 43 antes analizados. Este criterio se apega en un todo al voto de la Sala Constitucional que cita el recurrente, en cuanto "... La perturbación provocada que regula el artículo 44 del Código Penal, es una formulación de la teoría de la actio libera in causa, mediante la cual el planteamiento sobre la imputabilidad se retrotrae a un momento anterior al desarrollo de la acción, aceptándose que el sujeto mantiene capacidad de atribución penal, aunque al momento de ejecutar la conducta, el sujeto activo se encuentra en imposibilidad de controlar sus actos como consecuencia de un hecho anterior a él atribuible. Lo que se reprocha es el haberse puesto en el estado, por dolo o culpa, en el que se produce el resultado constitutivo del delito ..." Sala Constitucional, voto N° 3411-92, de las 15 horas del 10 de noviembre de 1992..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto N° 795-97, de las 16.10 h del 7 de agosto de 1997. La situación que describe el fallo transcrito, en el supuesto de que se admitiera hipotéticamente que el señor A.C. –al ejecutar sus actos lascivos– atravesaba una perturbación de su conciencia que le impedía conocer el carácter ilícito de los mismos, o adecuar su comportamiento a ese conocimiento (extremo que, según se explicó, fue descartado por los jueces de instancia), resultaría aplicable al caso que nos ocupa, pues según lo argumenta el propio recurrente el mismo acusado se colocó dolosamente en ese estado, al consumir de forma voluntaria cierta cantidad de licor a sabiendas de que es un alcohólico crónico. Lo anterior significa que, aún incluyendo hipotéticamente la existencia de un estado de grave perturbación de la conciencia al momento de los hechos, provocada por la ingesta de alcohol, ello en nada afectaría el juicio de culpabilidad establecido en el fallo impugnado, pues resulta evidente que no estaríamos ante los supuestos de los artículos 42 y 43 citados, sino más bien resultaría aplicable el 44 ibídem, por cuanto la embriaguez del agente tuvo su origen en un acto voluntario de su parte. Por último, y en esto se refuerza el criterio del tribunal de juicio, es claro que en la conducta del encartado que describe el fallo recurrido resulta impensable la concurrencia de un estado transitorio de perturbación de la conciencia, ello no sólo porque el menor ofendido explica con claridad que el señor A. no se mostraba como ebrio, sino además –de acuerdo a las reglas de la experiencia– porque es imposible que una persona que no sabe lo que hace (como lo sostiene la defensa) logre ejecutar una acción tan bien dirigida a una finalidad, esto es, la satisfacción precisa y detallada de los apetitos sexuales a través de un comportamiento bien planeado, que cuidadosamente ejecutó. En efecto, según lo explica la sentencia, el acusado puso en práctica todo un plan preconcebido, gracias a lo cual se procuró y consiguió quedar a solas con el niño G.D., lo que aprovechó para, en la primera oportunidad, mostrarle su pene, y en la segunda, masturbarse frente a él hasta eyacular, diciéndole que hiciera lo mismo. Estas dos acciones fueron ejecutadas con el fin de saciar su propio apetito libidinoso. Es claro que un comportamiento de esta naturaleza resulta incompatible con un estado de perturbación de la conciencia, pues de haber existido ésta, aquél no se hubiera producido. Por último, y en lo que se refiere al reproche identificado como c), no es cierto que en la sentencia no se hayan analizado por parte de los juzgadores los dictámenes médicoforenses, pues según se explicó supra, sí existe la valoración de esas piezas. La argumentación del recurrente en este apartado nuevamente se dirige a establecer una supuesta patología mental del acusado al momento de los hechos, la que fue definitiva y razonadamente descartada en el fallo de mérito. En todo caso, y según se explicó, de haberse presentado las condiciones de perturbación mental en el agente –al haber sido producto de una decisión meditada por él mismo– no serían aplicables los artículos 42 y 43 citados, por lo que debe rechazarse el alegato. Según todas las razones expuestas, se declara sin lugar la acción interpuesta."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 311 de las 10.35 h del 27 de marzo.

3. AUTOCALUMNIA. Análisis del tipo penal.

"El Dr. F.C.G., defensor del imputado L.M.F., en su impugnación y como primer motivo por vicios en la aplicación de la ley sustantiva, reclama la aplicación indebida de los artículos 21, 75, 103 y 319, así como la falta de aplicación de los numerales 1, 2 y 30, todos del Código Penal y del artículo 39 de la Constitución Política. En síntesis, alega la atipicidad de la conducta del acusado M.F. como constitutiva del delito de autocalumnia, pues, en principio, no se acredita el elemento cognoscitivo del dolo, esto es, que al momento de declarar ante el oficial de tránsito, conociera o al menos previera que la colisión provocada por su hijo, ocasionaría al ofendido lesiones de consideración tales como para configurar un delito. Señala también otras razones, entre ellas, que el oficial de tránsito no puede estimarse autoridad competente para los efectos del numeral 319 del Código Penal. Por último, estima que para que se configure la autocalumnia, es necesario que exista un pronunciamiento judicial que declare que se está en presencia de un delito y, al verdadero autor del percance, ni siquiera se le ha juzgado aún. El reparo es procedente, aunque por una sola de las razones invocadas: no se acredita el conocimiento del imputado respecto de las consecuencias que la colisión provocó en el ofendido, ni siquiera su previsibilidad y aceptación por M.F. Está probado que éste se presentó al sitio del percance y manifestó "que se haría responsable" de todo, pero no existen elementos que permitan estimar que con ello incluso aceptaba la posibilidad de responsabilizarse, falsamente, de las lesiones que tal hecho efectivamente le ocasionó al ofendido, pues de éstas sólo se tuvo dato tiempo después, sin que al momento del hecho existieran elementos suficientes para conocer o al menos prever tal posibilidad. Incluso el acuerdo –que la sentencia establece– entre el acusado y el oficial D.B., para consignar a L.M. como conductor del vehículo, tampoco resuelve el problema del dolo del imputado respecto del alcance –más allá de los meros daños materiales–, que el accidente provocaría al ofendido, al que solamente se traslada con un protector en el cuello hacia el hospital, como precaución, por manifestar un dolor en esa zona, normal para el tipo de percance y que, inclusive, sólo provocó una incapacidad de diez días, no obstante que además, el golpe agravó una lesión preexistente y ello determinó una disminución de la capacidad general orgánica del ofendido R.B. en un cinco por ciento. Si bien es cierto, está acreditado que una vez que se conoce la magnitud de las lesiones dichas y el asunto es pasado a la Agencia Fiscal para su respectivo trámite, allí comparece como presunto responsable el justiciable, ese hecho no fue objeto de imputación por el Ministerio Público, que circunscribió la

hipótesis de la autocalumnia al momento en que M.F. se apersona al lugar de los hechos y se manifiesta como el conductor del vehículo causante del accidente. En esas condiciones, la conducta acreditada resulta atípica del delito de autocalumnia, si bien no porque el oficial de tránsito no pueda estimarse como autoridad de investigación, tal y como lo señala el artículo 319, pues para esta Sala sí lo es, en atención a las funciones que le asigna a éste no sólo la Ley de Tránsito, sino además el propio Código de Procedimientos Penales, cuando reseña las funciones de la policía administrativa al actuar en defecto de la policía judicial –artículo 162–; tampoco por requerirse una sentencia que declare la configuración del delito falsamente atribuido, porque el tipo penal únicamente contempla que el autor se autoimpute falsamente la comisión de un delito de acción pública, que bien pudo haber o no ocurrido, lo determinante es que la falsa declaración desorienta la actividad de los órganos de la administración de justicia en la averiguación e investigación de los delitos de acción pública, que son los cobijados por el tipo penal del artículo 319. La conducta del acusado resulta atípica pues al momento en que falsamente se hace identificar como el conductor y el responsable del accidente, ignora que este hecho generó lesiones serias en el ofendido, capaces de ser tipificadas como delito. Falta, en consecuencia, el conocimiento de que se atribuye falsamente la comisión de un delito de acción pública y, por ende, la voluntad de hacerlo, requisitos indispensables para la configuración de la autocalumnia y que, en todo caso, no se encuentran acreditados en el fallo. Sí es claro que el imputado sabe que el accidente lo provocó su hijo, quien era realmente el conductor del vehículo; sin embargo, se presenta al sitio y se hace responsable del accidente, mediante un acuerdo con el oficial y coimputado D.B.con el propósito, no de autoatribuirse la comisión de un delito y exonerar de esa forma a su hijo, sino porque éste carece de licencia válida en nuestro país y es menor de edad, lo que significa que la póliza de seguro que protege al vehículo, no cubriría los daños, por incumplirse una de las cláusulas establecidas en el contrato respectivo y ese es precisamente el fin que busca su conducta -y esta es además la hilación que construye la sentencia–, lograr que la póliza cubra el monto de los daños, según se analizará en detalle más adelante. Por eso, el delito de autocalumnia no se da en la especie y en este sentido, el reclamo debe acogerse, no obstante que la conducta así desarrollada por el imputado configura, sin lugar a dudas, los actos de ejecución directamente encaminados a lograr, en forma fraudulenta, el pago de los daños de su vehículo por parte del Instituto Nacional de Seguros."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 496 de las 10.32 h del 22 de mayo.

4. AUTOCALUMNIA. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado.

"El delito de autocalumnia se encuentra regulado en el Título XIV, Delitos contra la Administración de Justicia, Sección III, Falsas Acusaciones, artículo 319 que establece: "Se impondrá prisión de un mes a un año, al que mediante declaración o confesión hecha ante autoridad judicial o de investigación, se acusare falsamente de haber cometido un delito de acción pública". A fin de resolver el recurso de casación interpuesto resulta indispensable señalar el origen, elementos y alcances de esta figura. La autocalumnia proviene del Derecho Italiano (Código Penal de 1930, Art. 369, que en lo que interesa dispone: "Quienquiera que, mediante declaración a alguna de las Autoridades indicadas en el artículo precedente, aun hecha por escrito anónimo o bajo falso nombre, o mediante confesión ante la Autoridad judicial, se inculpa a sí mismo de un delito que sabe no ocurrido o de un delito cometido por otro, es castigado con la reclusión de uno a tres años"). La acción típica consiste en acusarse falsamente de haber cometido un delito de acción pública, ante una autoridad judicial o de investigación, mediante una confesión o una declaración. Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, ya que el tipo penal no exige ninguna cualidad personal constitutiva de la infracción. "Delito" significa toda acción u omisión subsumible en un tipo penal cuya averiguación y castigo corresponde a la autoridad judicial (MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, novena edición, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1933, p. 749). Es indiferente que el delito acusado falsamente sea uno de acción u omisión, consumado o tentado, doloso o culposo; lo importante es que sea un delito de acción pública, porque es en estos en los que, por el interés público en la persecución penal, de oficio, las autoridades judiciales y de investigación, despliegan su actividad. Es claro que, por referirse la norma en comentario al término "delito", ha de entenderse el mismo en sentido técnico, y excluirse, por atípico, la "autocalumnia" de contravenciones. Sobre esto se ha dicho que: "Por lo que respecta al término delito, ha de ser entendido a tenor de la "ratio" del precepto, desde el punto de vista de la posible virtualidad en orden a provocar una actuación procesal. Desde tal perspectiva, basta con que se simule la ocurrencia de un hecho típico sin necesidad de que la falsa apariencia se extienda también a la antijuridicidad o a la culpabilidad. Sin embargo, y por las mismas razones, en el hecho que se simule han de concurrir las condiciones de procedibilidad." (VIVES ANTON, T.S. "Delitos contra la Administración de Justicia", en AAVV. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial (Enrique Orts Berenguer, coordinador), TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, p. 123). Los medios de comisión del delito son taxativos: la confesión o la declaración. Esta última consiste en cualquier manifestación de voluntad, oral o escrita, presentada o hecha llegar a la autoridad judicial o de investigación. La falsedad consiste en suministrar una errónea representación de la realidad, inculpándose a sí mismo de un delito que se sabe que no ha ocurrido y, que, por tanto, es inexistente, o bien, cuando el delito sí se realizó, lo fue por una persona diferente de la que falsamente se lo atribuye (MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial, Volumen III, Traducción de José J. Ortega Torres, TEMIS, Bogotá, 1972, p. 340). Es criterio compartido por la doctrina que el fin y los motivos del autocalumniador son indiferentes para la consumación del delito. El Código Penal Italiano contempla una eximente, cuando se ha realizado la autoinculpación por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a un pariente próximo de un grave e inevitable menoscabo en la libertad o en el honor (Art. 384) (MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, Tomo 10, Segunda Parte, De los Delitos en especial, Volumen V, de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, EDIAR S.A., Buenos Aires, p. 163). En concreto, y en nuestro medio, el motivo de salvar a determinados parientes o allegados es importante tan solo para conceder al autocalumniador el perdón judicial (Art. 93, inciso 2) (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Denuncia calumniosa, simulación de delito y autocalumnia, San José, PASDIANA, 1982, p. 61). III.- El bien jurídico tutelado, según la ubicación de la figura en la sistemática del Código, es la Administración de Justicia, de forma que, aunque eventualmente el agente se perjudique a sí mismo con la atribución falsa de un hecho, lo que el tipo penal protege es el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se ve entorpecido al desplegar normalmente su actividad investigativa, persecutoria y jurisdiccional, ante un hecho falso. Por otra parte, no es necesario que exista una sentencia que declare la existencia del delito y la responsabilidad de los verdaderos autores, basta con que, in

limine, el hecho que el autocalumniador pone en conocimiento de la autoridad revista las características para sostener que con probabilidad se ha cometido un delito, y justifique, por lo tanto, el inicio de la investigación. Por eso, no comete el delito de autocalumnia quien declara sobre un hecho propio, pero excluye inmediatamente su responsabilidad, alegando que, como en el presente caso, el resultado se produjo por la acción imprudente de la víctima. Atendiendo a estas consideraciones, no podría hablarse de un delito culposo (acción típica, antijurídica y culpable), pues el resultado se presenta por la propia acción de la víctima, y no por ninguna falta al deber de cuidado del conductor. Sobre el particular, MANZINI sostiene que "...la autoinculpación debe tener por objeto un delito, y no un hecho que por sí mismo no constituya delito, aunque pueda considerarse como causa hipotética de un hecho que la ley prevé como delito, pero que no se sabe todavía si depende de la causalidad o de una causa imputable. Por ejemplo, si un automóvil en el que iban el dueño y el chofer, habilitados ambos para conducirlo, embiste a una persona y el chofer declara o confiesa falsamente que estaba en el volante en el momento de embestirla, a fin de excluir toda responsabilidad del dueño, no existe el delito de auto calumnia, una vez que el chofer haya atribuido la embestida a una causalidad o a la exclusiva culpa de la víctima. En esta hipótesis el chofer no ha declarado o confesado que cometió un "delito", sino que realizó un hecho en sí mismo lícito, precisamente porque ha excluido haber sido causa del delito culposo..." (MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 160. En el mismo sentido: Colacci y Antonioni, citados por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Op. cit., p. 59, cita 216). Estima la Sala que, de conformidad con el principio de ofensividad o lesividad ("nullum crimen sine injuria"), en el presente caso, no hubo afectación del bien jurídico tutelado, ya que en primer lugar el hecho puesto en conocimiento por la imputada C.M.M. no revestía las características señaladas para sostener que se estaba con probabilidad ante un delito culposo, pues en su declaración excluía su propia responsabilidad alegando que el resultado no se produjo por una infracción a su deber de cuidado sino por la acción imprudente de la víctima, que presentaba una alto grado de intoxicación alcohólica (folio 39); es decir, la imputada reconoció un hecho, pero no se atribuyó falsamente ningún delito. En segundo término, no fue la acción de la imputada la que desencadenó la tramitación de un proceso de investigación, sino que, una vez constituidas las autoridades en el sitio de los hechos, de oficio, iniciaron las pesquisas. De conformidad con lo expuesto procede declarar con lugar el recurso, y en consecuencia, absolver a la imputada C.M.M. por el delito de autocalumnia."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492 de las 10.15 h. del 22 de mayo.

5. BENEFICIO DE EJECUCIÓN CONDICIONAL - Cómputo del plazo para cancelar inscripción de juzgamiento.

"Como único motivo de su recurso, el encartado acusa como vicio in iudicando la falta de aplicación de los artículos 61 y 62 del Código Penal, así como la violación del artículo 40 de la Constitución Política. El reclamo del recurrente se centra en que los juzgadores –no obstante haberle condenado a dos años de prisión– denegaron la concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena por cuanto aparece registrado un juzgamiento que data del 27 de julio de 1988, en virtud de lo cual se estimó que él no calificaba como delincuente primario. En este sentido el imputado argumenta lo siguiente: "... considero que a la fecha del juicio (18 de noviembre de 1997) yo reunía las condiciones legales para disfrutar de un beneficio como el solicitado, pues el margen para que se cumpliera el plazo era mínimo, y los hechos habían sucedido en el año ochenta y seis, dos años antes que se emitiera la condena ..." (folio 78 vuelto, líneas 1 a 6). II.- El reproche planteado debe declararse sin lugar. La tesis que plantea el imputado en su recurso no podría prosperar, pues parte de varias premisas falsas: a) que el plazo para que se considere cancelada la inscripción de un juzgamiento empieza a correr a partir de la fecha en la que ocurren los hechos que la motivan; b) que la condición de delincuente primario ha quedado sujeta a un plazo "discrecional", por lo que tal categoría "ha perdido vigencia"; c) para la concesión del beneficio de condena de ejecución condicional de la pena, podría obviarse el requisito de que el sentenciado sea un delincuente primario, debiendo dársele mayor importancia a los demás criterios que postula el artículo 60 citado. Como logra deducirse de lo antes expuesto, la argumentación del impugnante no es de recibo, por las siguientes razones: 1) De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales N° 6723 del 10 de marzo de 1982, se establece que los asientos de inscripción de los convictos se cancelarán cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción, de donde se descarta que tal cómputo empiece a correr a partir de la fecha en la que ocurre el hecho. 2) No es cierto que el plazo para que se verifique dicha cancelación sea "discrecional", pues resulta claro que el mismo está fijado por dicha normativa en el tanto de diez años. Tampoco resulta adecuado afirmar que la condición de delincuente primario, a los efectos del beneficio que se discute, haya perdido vigencia, pues actualmente éste sigue siendo un requisito esencial para su eventual otorgamiento, aunque se entienda por tal quien no tenga juzgamientos inscritos. 3) Lo anterior implica que el requisito de la condición de delincuente primario por parte del beneficiario no podría obviarse como lo pretende quien recurre, toda vez que el numeral 60 del código sustantivo ya citado lo mantiene vigente. Aplicando estos aspectos al caso que nos ocupa, encontramos que la resolución impugnada –al denegar la concesión del beneficio que interesa–no incurre en el yerro de fondo que se acusa, pues según la certificación de folio 40, al dictarse la sentencia que ahora se impugna (18 de noviembre de 1997), la última condenatoria que registraba el señor V.J. fue impuesta por el Tribunal Superior de Heredia el día 27 de julio de 1988. En este caso, el imputado fue condenado a un año y seis meses de prisión por el delito de receptación de cosas de procedencia sospechosa, y desde esa fecha a la actualidad no han transcurrido siquiera los diez años, sin tomar en cuenta el tiempo en que debió cumplir la pena que fue con posterioridad."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 228 de las 10.40 h del 6 de marzo.

6. COHECHO PROPIO - Ofrecimiento de dádiva de bajo monto. Consideraciones sobre su relevancia en ciertos contextos.

"Se alega violación a lo dispuesto por los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues el Tribunal condena al imputado por el delito de cohecho propio y le impone una pena de dos años de prisión, cuando, a juicio del impugnante, se está en presencia de un hecho insignificante que en nada lesiona el bien jurídico que tutela la norma. La pena impuesta resulta por completo desproporcionada e irracional; la antijuridicidad de la conducta debe verse por el menoscabo que se supone sufrido por el bien jurídico, debe ser una lesión intolerable al orden comunitario. Nuestra legislación ha avanzado al punto de excluir del ámbito de aplicación del Derecho Penal aquellas

conductas que por lo insignificante del hecho o por el poco perjuicio que ocasionan, no merecen poner en marcha al aparato penal. Nunca puede dejarse de lado el criterio de afectación del bien jurídico para estimar si una conducta es delictiva o no. Varias consideraciones resultan necesarias a efectos de resolver el motivo que se alega. El juicio sobre la insignificancia de un hecho, es, sin duda, un juicio de valor que el juez debe realizar, tomando en cuenta los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y su relación con la realidad social. Ciertamente nuestra legislación procesal lo ha incorporado como herramienta útil de interpretación, para excluir la intervención del aparato represivo estatal, al autorizar al órgano acusador la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos del inciso a) del artículo 22 del Código Procesal Penal de 1996, cuando, entre otros "se trate de un hecho insignificante (...), salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él". Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del Derecho Penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del Derecho Penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley –de especial interés cuando se trata de la ley penal–, aquellas acciones "que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero". Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial –o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla– de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y lo ha recalcado recientemente, en la sentencia 6410-96 de las 15.12 h. del 26 de noviembre de 1996, oportunidad en la que señaló: "III. Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el Derecho Penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo con los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición. (...) V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un Derecho Penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: "Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" –Art. 28– se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero". Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional(...)" (resaltados no son del original). Ahora bien, el juicio sobre la insignificancia del hecho se dirige al juez y se refiere a un hecho histórico concreto, que formalmente se adecua a una figura delictiva. En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son

los principios de intervención mínima y racionalidad que se predican del Derecho Penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmados, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela –materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales–, como de aquellos objetivos que se predican de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna. No está de más señalar que si bien el criterio de entidad de la *lesión al bien jurídico, es quizás el más relevante a efectos de dar* contenido al concepto de insignificancia, también existen otros elementos que coadyuvan en esta tarea –puede enfocársele desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor; desde el resultado y su disvalor; también desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada en relación con la lesión del bien jurídico; desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación–. Es indiscutible su relación con el principio de lesividad, según se ha visto; por lo demás, también se le complementa con la concepción de criminalidad de "bagatela" y las aportaciones que esta hace a la interpretación de la ley penal, con especial referencia al principio, ya mencionado, de la proporcionalidad entre acción o conducta y la reacción prevista por el legislador (al efecto, consúltese el artículo del profesor Alfredo Chirino "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho'" en la obra Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, pp. 105 a 139). IV.- Los anteriores conceptos sirven de marco teórico para que el intérprete de la norma, frente a un caso concreto, analice si el hecho sometido a su decisión, es insignificante. El recurrente alude a que la conducta de su defendido constituye un hecho insignificante, pues no ha lesionado el bien jurídico de forma tal que amerite a imponer una pena de prisión. De su planteamiento se desprende que su opinión respecto de la insignificancia radica en lo exiguo de la dádiva ofrecida por su defendido a los oficiales, así como de las particulares circunstancias que rodearon el hecho: un taxista con la licencia suspendida por múltiples infracciones no cubiertas; sin portar los documentos legales del vehículo que lo acreditaran como de servicio público y además, sin cédula de identidad, ante la inminencia de su traslado a las autoridades de tránsito –y sumar una más a las infracciones que ya pesan sobre él–, ofrece a los guardias civiles que en ese momento intervienen, mil colones con el fin de que dejen pasar el incidente y le permitan alejarse sin consecuencia alguna. Iniciemos por desglosar el contenido del bien jurídico protegido por los tipos penales de los artículos 343 y 339 del Código Penal. Forman parte del Título XV del cuerpo citado, que tutela Los Deberes de la Función Pública. A su respecto, esta Sala ha señalado que "(...) lo que la ley ampara es el correcto desempeño del cargo por el funcionario frente a la Administración Pública, sustrayéndola, a toda costa, en aras del cumplimiento de las obligaciones que le conciernen, de la venalidad" (sentencia 256-F-87, de las 9.40 h. del 25 de setiembre de 1987); "la penalidad del corruptor (cohecho activo) no supone para su consumación la codelincuencia del funcionario público ni la tradición de la cosa, en tanto la sola conducta del corruptor descrita en el tipo legal es idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores" (sentencia 183-F-95, de las 11.20 h. del 24 de marzo de 1995). Por su parte, la doctrina–salvo las diferencias en cuanto se conceptúa al cohecho como un solo delito de carácter bilateral, o dos delitos diferentes, el del funcionario y el del particular–, destaca la relevancia del bien jurídico protegido por estas figuras. Se señala que "el objeto tutelado por estas infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el sólo hecho de la existencia de actos corruptos. No se toma en cuenta, pues, el acto concretamente cumplido: sea cual sea la cualidad de éste, legal o ilegal, la sola existencia de precio lo corrompe (...) En principio, las pequeñas retribuciones (munúscula) que en ciertos tiempos se consideraban excluidas, no pueden descartarse, porque su poder cohechante depende efectivamente de que tengan carácter retributivo en el acuerdo celebrado y, sobre todo, que como retribuciones sean apreciadas por el funcionario y recibidas para realizar el acto" (Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tomo V, Tipográfica Editora Argentina, 1973, pp. 157 y 163). Para quienes distinguen entre delito único bilateral y dos delitos diferentes, el cohecho activo –"la penalidad del corruptor" en nuestro medio–, protege "el respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado", mientras que el cohecho pasivo tutela los deberes y la confianza depositada en el funcionario. (Véase Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993. Novena Edición revisada y puesta al día, pp. 791 y ss.; Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona. Editorial Ariel S.A., 2a. edición, pp. 374 y ss.; Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Octava edición, 1978, pp. 565 y ss.). V.- En el caso concreto, la función que se quiso corromper por el imputado, es la del policía administrativo. Vale al efecto señalar que a todas las fuerzas policiales del país les está encomendado, desde la propia Constitución, el mantenimiento del orden, la paz y la seguridad pública. El artículo 4 de la Ley General de Policía establece que "Las fuerzas de policía estarán al servicio de la comunidad; se encargarán de vigilar, conservar el orden público, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma en que se determina en el ordenamiento jurídico". Mantener el correcto desempeño de estas labores, esenciales para la sociedad, resulta un asunto de evidente interés público. Es cierto que la corrupción tiene múltiples formas de manifestarse y que amenaza todas las esferas del ejercicio del poder, algunas con consecuencias y repercusiones mucho mayores. Sin embargo, el correcto desempeño de las funciones públicas, por la esencialidad que tienen para el mantenimiento de la democracia, debe abarcar todos los niveles, pues aún manifestaciones como la del caso en estudio, en las que la dádiva es de un bajo monto de dinero, si se analiza en el contexto en que se produce, al funcionario que se dirige –guardia civil– que es el más cercano a la comunidad, pero también el del cargo más humilde y poco remunerado dentro de la escala policial, vemos que el hecho adquiere relevancia al punto de justificar el movimiento del aparato represivo –es decir, no es insignificante en los términos que plantea el recurrente–, porque la corrupción no puede tolerarse sin correr el riesgo de amenazar la pureza en el funcionamiento general del sistema –ello sin perjuicio de que, con el nuevo sistema procesal, a casos *similares al presente puedan serle aplicadas algunas* de las soluciones alternativas que existen, si resultaren procedentes–. El solo ofrecimiento de la dádiva en este caso, lesionó el bien jurídico, que, por la importancia ya señalada, descarta su calificación de insignificancia. El dimensionamiento de la conducta y sus consecuencias se hace en cada caso, y tiene su estadio adecuado en el juicio de reproche que corresponda hacerle al autor por el hecho realizado. En el caso concreto, si bien podría –como en muchísimas otras formas delictivas– cuestionarse desde el punto de vista socio-criminológico, el recurso a la pena de prisión para castigar este tipo de delincuencia, lo cierto es que los juzgadores dimensionaron en forma apropiada el juicio de reproche en este caso, atendiendo a sus particularidades, imponiendo el mínimo de la pena legalmente asignada y además,

concediendo al imputado el beneficio de ejecución condicional de la pena. Así las cosas, carece de razón el impugnante y por ello, se declara sin lugar el motivo por el fondo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 219 de las 9.55 h del 6 de marzo.

7. COMISO. Bienes provenientes del narcotráfico. Obligación de oír a eventuales perjudicados.

"La recurrente señala la infracción a lo dispuesto por los numerales 39, 45 de la Constitución Política, 103 inciso 3) y 110 del Código Penal, 1, 146, 471 inciso 2) y 535 del Código de Procedimientos Penales, al estimar que el fallo recurrido ha lesionado en forma flagrante el derecho de defensa pues dispone el comiso del vehículo marca Nissan King Cab, placa [...], sin que se haya acreditado siquiera quién es su propietario y, en consecuencia, sin que éste haya sido llamado al proceso, dándosele la oportunidad de ser oído y defender sus intereses. El reclamo es procedente. El comiso, regulado en general por el artículo 110 del Código Penal, implica que el delito "produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros". En los procesos que investigan aquellas actividades delictivas relacionadas con drogas, debe además considerarse lo dispuesto por el numeral 31 de la ley que rige la materia y que dispone: "Los bienes muebles e inmuebles, los vehículos, los instrumentos, los equipos y los demás objetos que se utilicen en la comisión de los delitos previstos por esta ley, lo mismo que los diversos bienes y valores provenientes de tales acciones, serán embargados o decomisados por la autoridad que conociere de la causa. Si se ordenara su comiso, deberán ponerse a la orden del Consejo Nacional de Drogas (...) Cuando se embargaren bienes inscritos en el Registro Nacional, el juez que conoce de la causa ordenará inmediatamente la anotación y la notificará al Consejo Nacional de Drogas. (...) Cuando el embargo, decomiso o comiso deban ordenarse sobre bienes, instrumentos o equipos que se hayan mezclado con otros adquiridos de fuentes lícitas, el juez ordenará que la medida se tome hasta el valor estimado del producto relacionado con los delitos a que se refiere esta ley". Ahora bien, de conformidad con los lineamientos fundamentales que rigen nuestro proceso penal, según los numerales 41 y 39, ambos de la Constitución Política, cualquier medida que pueda afectar los derechos de los ciudadanos ha de acordarse en un proceso en el que se garantice que el afectado será oído y se le concederá oportunidad y tiempo razonables y suficientes para la defensa de sus intereses. Las disposiciones relativas al comiso de bienes u objetos que se ordenará en sentencia, en modo alguno pueden considerarse aspectos marginales o residuales del proceso penal, en el que puedan desconocerse aquellos principios fundamentales que se han señalado. El interés del Estado para expropiar los bienes o instrumentos utilizados para la comisión del delito, o bien obtenidos como producto de la actividad ilícita es evidente: es una forma accesoria de sancionar la conducta delictiva e impedir que el autor saque provecho de su actividad reconocida en sentencia como contraria al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, lesiva de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. En consecuencia, es necesario concederle la trascendental importancia que tienen esas disposiciones dentro del ejercicio del poder represivo del Estado, lo que en modo alguno puede significar un desconocimiento de los derechos de los ciudadanos titulares de esos bienes, garantizados al más alto nivel en nuestro sistema político. Al respecto ha sido clara la jurisprudencia constitucional cuando ha analizado este tema. Relevante resulta la sentencia 5447-95, de las dieciséis horas cincuenta y siete minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco, en la que se señaló: "II.- Es importante destacar, no obstante lo anterior, que el proceso penal contempla expresamente la posibilidad de que los ofendidos o terceras personas propietarias o poseedoras de bienes decomisados por la acción ilícita de un tercero, gestionen ante el juzgador la devolución de las cosas secuestradas o el depósito provisional de los mismos hasta tanto no concluya el proceso. En este sentido rezan los numerales 102, 217, 218, 223, 529 del Código de Procedimientos Penales. Asimismo, se concede la posibilidad a los terceros de buena fe afectados con la medida de secuestro o depósito, de plantear ante el propio juez de lo penal las tercerías y las defensas correspondientes en resguardo de sus intereses, tercerías en su caso que se tramitarán de conformidad con lo que al efecto dispone el Código Procesal Civil y obviamente tomándose en consideración lo que al efecto se dispone en la legislación civil (artículo 534 del Código de Procedimientos Penales). III.- Recaída sentencia, si ésta ordenare el comiso, debe entenderse que se dio 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, en relación con el 28 párrafo segundo, 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 esta 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". (Véase en igual sentido, sentencia 4121-96 de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y seis). IV.- En relación con el comiso que en especial se regula en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, la instancia constitucional, a consulta formulada por esta Sala ha reiterado las argumentaciones expuestas supra, enfatizando que: " (...) a nadie puede causársele perjuicio, a raíz de un pronunciamiento jurisdiccional si no ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa, derecho que deriva directamente de los artículos 39 y 41 de la Constitución, según los cuales toda persona tiene derecho a accesar la justicia y ser oída, para obtener reparación de un daño, o evitar –conforme a la ley– que se le ocasione un daño o sanción que no está obligado a soportar; pero ello no conlleva a que las normas consultadas sean inconstitucionales, aunque lo fuera el procedimiento empleado por los tribunales para aplicarlas. Como bien lo afirma la Sala Tercera podría darse el caso de que el propietario dueño del bien utilizado con fines de narcotráfico, no esté siquiera enterado que fue utilizado para esa deleznable actividad, ya sea porque lo arrendó o lo dio en administración, por ello tiene derecho a ser oído por el juez, en cuanto a su participación –si la hay– antes de sufrir una sanción por su carácter de interesado directo y en esa condición, debe atender al proceso para ser escuchado, con el derecho de presentar las pruebas legales pertinentes en la defensa de sus intereses, pues a nadie se le puede afectar en sus derechos si no se le ha oído y concedido oportunidad efectiva de ejercer su defensa. La sentencia, como ya se ha dicho con anterioridad, deberá fundamentar en forma congruente todos los aspectos analizados, incluyendo las situaciones expuestas en aras del respeto a las normas constitucionales mencionadas. La Ley de Tránsito en sus artículos 53, 187 y siguientes también establece una responsabilidad solidaria de terceros –similar a la analizada–, especialmente del dueño del vehículo –aunque no lo estuviere conduciendo–, si éste permite que lo conduzcan personas sin licencia, bajo los efectos del licor o drogas enervantes, o cuando se causaren lesiones o muerte con un vehículo para el cual no esté vigente el seguro obligatorio, y el artículo 190 de la misma ley establece el deber de la autoridad judicial de citar a los perjudicados para que comparezcan –con las salvedades establecidas– a juicio oral a ejercer su derecho de defensa. En tratándose del comiso también debe dársele participación al tercero afectado como lo señala nuestra legislación penal y procesal penal, de tal forma que el procedimiento para hacerlo ya está creado y regulado en la ley. (A manera de ejemplo ver Arts. 110 C. Penal, 79, 535 Código Procesal Penal) Considera este Tribunal que las normas impugnadas deben ser aplicadas en armonía con los derechos de defensa y acceso a la justicia consagrados en los artículos 39 y 41 de la Constitución, de tal forma que la autoridad judicial competente siempre deberá citar y oír a los afectados directos, sean imputados, dueños o administradores de los bienes o locales a que se refieren las normas consultadas. Lo señalado es aplicable a la frase "aun cuando los dueños o encargados de la administración no fomenten tal actividad", contenida en la parte final del párrafo final del artículo 23 citado, en la medida en que debe ser entendida en relación con las citadas normas de la Constitución Política pues, la afectación de sus derechos sólo se puede acordar cuando al menos se acredite que toleró la ilegítima utilización del bien y desde luego que dejando a salvo los derechos que legítimamente puedan alegar terceros. Es necesario, como se indicó supra, que en aras de cumplir con las normas y principios constitucionales mencionados, previo a sancionar con el cierre de los locales comerciales, se compruebe que han sido usados abiertamente para el consumo o tráfico de drogas o de las sustancias mencionadas en la ley, y que los dueños o encargados de la administración han tenido alguna responsabilidad en ello. En estos casos, la Constitución impone la obligación al juez de valorar y oír a los eventuales perjudicados, previo a decidir sobre la aplicación de la sanción, para lo cual deberá determinar, entre otras cosas, si la imparcialidad de los dueños o encargados de la administración ante los hechos ilícitos, era por verdadero desconocimiento, tolerancia o participación, es decir, deberá ponderar –previa audiencia– si éstos conocían o no la existencia de los hechos ilícitos sancionados, si los fomentaban, o si los conocían y lo toleraban. Cualquier omisión en ese sentido sería inconstitucional por lesionar las normas y principios constitucionales señalados" (Sentencia 2900-96 de las nueve horas cuarenta y ocho minutos del catorce de junio de mil novecientos noventa y seis). En el caso concreto, la sentencia impugnada ordena el comiso del vehículo marca Nissan, placas [...]. Se parte del supuesto de que el vehículo es propiedad del acusado Rodríguez Segura, sin que conste prueba idónea que así lo acredite y, por el contrario, al momento de disponerse su decomiso en el transcurso de la investigación, por orden del Juez de Instrucción de Liberia, en la resolución visible a folios 196 y 197, se constata, al menos provisionalmente, que el vehículo es propiedad de una persona jurídica denominada "Hotel B.D.Ltda.", entidad a la que nunca se investigó para constatar sus personeros y accionistas, menos aún se le dio audiencia, todo lo cual constituye una flagrante violación a los principios del debido proceso, que hace imposible que la sentencia pueda disponer el comiso del bien en cuestión en favor del Estado. Las autoridades competentes no deben preocuparse únicamente de anotar la existencia de la causa y el embargo respectivo en el Registro correspondiente; deben llamar a los titulares del bien, si resultan distintos del acusado –personas que, dependiendo de las circunstancias, podrían incluso figurar como partícipes en el hecho investigado–, así como a los terceros que puedan verse afectados con la medida y cuyos derechos consten por encontrarse amparados a la publicidad registral –sin perjuicio de las alegaciones de otros terceros que se apersonen al proceso en reclamo de derechos o intereses legítimos sobre dichos bienes, cuya relevancia habrá de analizarse en el caso concreto–, porque la omisión de ese elemental proceder no sólo lesiona los derechos de terceros, sino que además dan al traste con las posibilidades del Estado de comisar esos bienes. En consecuencia, el defecto alegado es evidente y vicia en forma absoluta la sentencia en cuanto ordena el comiso del vehículo indicado, por lo que debe anularse el fallo en lo que a este extremo se refiere, lo que implica dejar sin efecto el comiso ordenado y disponer la entrega del bien a su legítimo propietario."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 74 de las 9.15 h del 23 de enero.

8. DAÑO MORAL - Legitimación y aspectos que comprende.

"Repara el impugnante acto seguido, violación de los artículos 106, 393 párrafos segundo y tercero, 395 incisos 2), 3) y 4), en consonancia con el 400 inciso 4), todos del Código de

Procedimientos Penales, por carecer de fundamento probatorio la condena civil en cuanto a indemnizar por daño moral a la madre de la ofendida y el daño a la salud psicológica otorgado a la niña. El reclamo resulta parcialmente atendible por las razones que se dirán. Con respecto a la fijación del daño moral otorgado a favor de E.R.L.A., el Tribunal señaló que: "... Igualmente estimable es la pretensión de resarcimiento del daño moral en favor de la madre de la menor A.R.L., ya que ella también padeció un sufrimiento moral debido a las acciones de que fue víctima su hija... En el caso de la señora E.R.L.A., el Tribunal estima que la fijación del daño moral debe tener en cuenta el sufrimiento que experimenta una madre al ver que su propio esposo y padre de la niña abusa sexualmente de la menor, aprovechándose de su corta edad y de la relación que lo ligaba a ésta, causándole a la niña un grave daño psicológico y moral ..." (ver folios 201 y 202). Al respecto, como apropiadamente lo señala el recurrente, el fundamento del Tribunal resulta insuficiente, pues aunque expresa razones como para conceder una indemnización por daño moral a la madre de la perjudicada, lo cierto es que los aspectos citados se observan fundados en los padecimientos de índole moral sufridos por la niña –que la hacen acreedora al resarcimiento–, omitiendo el Tribunal señalar con sustento en la prueba, en qué consistió el daño sufrido por la madre en forma directa, sin que ello se cumpla con referir la existencia del daño personal sufrido por su hija, en relación con el cual se contó con prueba pericial que lo acredita. A mayor abundamiento corresponde indicar, que el daño moral es personalísimo, por lo que sólo puede solicitarlo quien resulte afectado directamente en su honra o dignidad, extinguiéndose el derecho a reclamarlo a su muerte, aunque no obstante, se admite en doctrina que interpuesta la acción y fallecido el afectado, sus herederos podrían proseguir la acción (confrontar en este sentido el voto de esta Sala V-69-F de las 9.00 horas del 8 de abril de 1994, considerando VII), de manera que al sustentarse su otorgamiento, debe indicarse en qué consiste la afectación moral directa causada al gestionante y no a interpósita persona, como ocurre en este asunto. Lo anterior significa, que no basta cometer un delito mediante el que se afecte moralmente a alguien, para que como consecuencia surja eventualmente la obligación de reparar o indemnizar no sólo el dolor que el hecho produce a la víctima, sino también y en forma correlativa a terceros (padres, tíos, abuelos, etcétera, del perjudicado). No debe obviarse sin embargo, aquellas situaciones en las que a consecuencia del delito fallece un individuo, supuesto en el cual un familiar cercano a él reclama el dolor moral sufrido, que emerge directamente de la aflicción que el hecho ocasionó, supuesto en el cual ejerce la acción civil resarcitoria en su condición de damnificado, por haber sufrido un daño indemnizable. Cabe agregar al respecto, que sin embargo: "... la condición de damnificado se determina analizando la conducta ilícita, para saber sobre qué persona (física o jurídica) recaen sus efectos dañosos ..." (en ese sentido, Sala Tercera, V-540-F de las *9.35 horas del 20 de setiembre de 1996*). Así las cosas, corresponde anular el fallo en cuanto al extremo que por concepto de daño moral se otorgara en su condición particular, en pro de E.R.L.A., madre de la ofendida. Por otra parte, respecto a la indemnización ordenada como consecuencia del daño psicológico causado a la ofendida A.R.L., reclama el recurrente que debió contar el Tribunal con prueba técnica y que por ello el fallo resulta carente de fundamento. Ahora bien, al respecto el Tribunal señaló, que: "...ha quedado demostrado que el imputado A.R.C. abusó deshonestamente de su hija A.R.L. Está igualmente demostrado que a consecuencia de ello la menor experimentó una serie de trastornos psicológicos tales como oposicionismo, tendencia depresiva y a la inestabilidad, ansiedad, inseguridad, agresividad e hipersensibilidad... Hay un daño indemnizable, y un nexo de causalidad entre el comportamiento delictuoso y el daño, consistente, como ya se indicó, en los trastornos psicológicos experimentados por la menor..." (ver folio 200). Además, "En cuanto al daño moral experimentado por la menor A., el Tribunal tiene en cuenta que ésta fue abusada en a (sic) una edad temprana, siendo todavía una niña, en una época en la que su personalidad y carácter se están formando, siendo autor de la agresión su propio padre, es decir, la persona en quien la niña había depositado su confianza y que debió velar por el normal desarrollo de la niña así como por su seguridad e integridad física y psíquica ..." (confrontar folio 201). Esas conclusiones las obtuvo el aquo conforme al análisis integral de la resolución de las pruebas practicadas a la ofendida, de carácter psiquiátrico y psicológicas, además de los estudios sociales correspondientes, que fueron válidamente incorporados al proceso, según se advierte del contexto del fallo, de manera que la omisión apuntada en sustento del reclamo no resulta atendible, al apreciarse en este caso el adecuado fundamento que permitió al a quo fijar la indemnización correspondiente. Conforme lo expuesto, corresponde declarar con lugar el recurso y anular parcialmente la sentencia y el debate que la precedió, únicamente en cuanto condenó al demandado civil a pagar la suma de un millón quinientos mil colones (¢1.500.000,oo) por concepto de daño moral en pro de E.R.L.A. En todo lo demás, se mantiene incólume el fallo impugnado. VI.-No obstante que el tema que se describe a continuación no se impugnó y por referirse a los aspectos civiles en los que prevalece el interés de las partes, aprecian los suscritos Magistrados un error que debe corregirse, respecto a la denominación utilizada por el Tribunal al momento de resolver las partidas referentes a la acción civil resarcitoria. En efecto, el representante de la parte actora civil –conforme se aprecia del contenido de los casetes que reproducen lo que se conversó durante el debate efectuado en esta causa–, –en lo conducente- solicitó se condenara al encartado y demandado civil A.R.C., indicando al respecto, que: "... Como daños de naturaleza material originados en las agresiones sexuales ya referidas tenemos los psicológicos, los problemas emocionales sufridos por las niñas ...", así como al daño moral causado a la menor A.R.L., cuantificando los mismos respectivamente en las sumas de dos y tres millones de colones (¢2.000.000,oo y ¢3.000.000,oo) respectivamente. Por su parte, el Tribunal no obstante apreciar que los aspectos por los que se solicitaba la condenatoria por daño material (daños psicológicos) se encontraban comprendidos dentro de la partida del daño moral, optó por adecuar su resolución a la forma errónea en que fue gestionada y separó los rubros que comprendían el daño moral, en dos vertientes. En efecto, en relación con los trastornos psicológicos experimentados por A., estableció que: "... Estos son configurativos, más que de un daño material, como lo califica la representación de la parte civil, de un daño a la salud psicológica de la víctima. No obstante, el daño resulta indemnizable plenamente, ya que la pretensión de resarcimiento se adecua plenamente al ordenamiento jurídico costarricense ..." (confrontar folio 200); indicando posteriormente los Juzgadores, que: "... Tanto el daño a la salud psicológica, que el actor civil denomina "material", como el moral deben valorarse, en el presente caso, con arreglo a criterios de equidad. En relación con la menor A., el Tribunal tomó en consideración que los trastornos de conducta sufridos por la menor son de gravedad. Téngase presente, como ya se indicó, que ésta sufrió perturbaciones tales como oposicionismo, tendencia depresiva y a la inestabilidad, ansiedad, inseguridad, agresividad e hipersensibilidad, todas las cuales revelan una grave perturbación de su salud sicológica de la menor, daño que el Tribunal valora en la suma de un millón de colones..."(sic), rubro que definió como daño material en la parte dispositiva del fallo. Seguidamente, los señores Jueces consignaron en su resolución los razonamientos considerados para fijar la condena declarada en concepto de daño moral, en la suma de un millón quinientos mil colones (¢1.500.000,oo) en pro de A. Obsérvese que conforme lo expuesto, el error en que incurrió el a quo residió en diferenciar los trastornos psicológicos del daño moral y denominarlos como daño material al fijar los rubros por concepto de indemnización, cuando este último –conforme lo dispone el artículo 124 del Código Penal de 1941 más bien comprende los daños patrimoniales causados mediante la acción u omisión punible, que deben ser tangibles, palpables o físicos, de manera que el daño psicológico y por ende el moral que sufrió A., constituyen un solo rubro y los montos que por concepto de indemnización se fijaron en forma autónoma como

"daño material" (un millón de colones) y daño moral (un millón quinientos mil colones), deben sumarse para constituir el monto a resarcir por el demandado civil en concepto propiamente de daño moral, que en la especie corresponde a la suma de dos millones quinientos mil colones (¢2.500.000,oo). En consecuencia, acorde con lo expuesto y el contenido del fallo –que no señala que se haya comprobado la derivación de daño alguno de carácter patrimonial–, se rechaza el rubro fijado por concepto de daño material."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 493 de las 10.20 h. del 22 de mayo.

9. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. Relación entre tenencia de armas prohibidas y secuestro extorsivo.

"Por último, se plantea en el recurso la concurrencia aparente, por subsidiariedad material, del delito de SECUESTRO EXTORSIVO con el de PORTACIÓN DE ARMAS PROHIBIDAS, por estimar que éste fue necesario "... para la ejecución del plan único del autor..." Además, se señala también la procedencia del principio de especialidad, por cuanto el artículo 213 inciso 2) del Código Penal, que sanciona el robo, contempla una causa de agravación, precisamente por el uso de armas; al igual que lo hace el inciso 3) del artículo 215, que sanciona el secuestro extorsivo. No comparte la Sala los argumentos esgrimidos. La tenencia de armas prohibidas, que sanciona el artículo 89 de la Ley de Armas y Explosivos vigente, constituye un delito de peligro abstracto. Consiste en una conducta que el legislador calificó, de por sí, como antijurídica, atendiendo a la naturaleza de los objetos sobre los que recae la posesión y que lesiona, sin necesidad de ulteriores actuaciones, el bien jurídico tutelado. Esta Sala, en su voto 683-F, de las 9.05 h del trece de diciembre de 1991, al respecto señaló: "...es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros –como ocurre en el caso de autos– sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario." Es por ello que este tipo de delitos ha sido catalogado por cierto sector de la doctrina como "de pura actividad" (así: Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, p. 101). Ahora bien, la posibilidad de que se produzca una relación subsidiaria, en estos casos, se restringe, doctrinariamente, a los delitos de peligro concreto en concurrencia con el delito de resultado (ver: CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 52), donde éste desplaza al primero. Sin embargo, puede sostenerse que el principio general para que el delito de peligro resulte desplazado por otro tipo penal, radica en que ambos protejan el mismo bien jurídico, o bien que el primero pretenda evitar la comisión del segundo, o signifiquen distintos estadios de ofensa al mismo bien (como la agresión, confrontada con las lesiones, o la tenencia de drogas y su tráfico). En la especie, no se presenta ninguna de estas situaciones, pues el artículo 89 de la Ley de Armas no sanciona la mera tenencia de objetos con una finalidad específica de evitar posteriores actuaciones (como la tenencia de instrumentos aptos para cometer delitos), sino la posesión por particulares de armamentos que, de ningún modo lícito, podría justificarse. De lo anterior se infiere que el disvalor de la conducta que constituye el secuestro extorsivo (o la privación de libertad agravada), no comprende el disvalor de la norma que sanciona la tenencia de armas prohibidas, pues existe una diversidad de bienes jurídicos tutelados (en aquellas figuras, la libertad y, en su caso, el patrimonio; en esta última, la tranquilidad pública). Por ello, no estamos en presencia de diferentes modos de ofensa al mismo bien jurídico, ni distintos estadios de agresión. Amén de ello, la tenencia de dichas armas, en relación con los delitos mencionados -lo que vale también para el caso del robo agravado-, no fue más que accidental, pues las conductas pudieron ser ejecutadas empleando otros instrumentos, e incluso otras armas cuya tenencia no sea ilícita (ver, en tal sentido el voto de esta Sala 241-F, de las 8.30 h del 30 de junio de 1994); o hasta algunos cuya posesión, pese a estar sancionada, sí se vería subsumida por el robo, como la de objetos aptos para cometer delitos, acorde con lo que ya se expuso. No es atendible, entonces, el alegato de quien recurre de que debe apreciarse el caso concreto para señalar que el uso de las armas prohibidas era absolutamente necesario con miras a consumar el secuestro extorsivo (folio 249), pues ello conllevaría vulnerar la esencia de los concursos de delitos, sentando el principio de que siempre que se produzca ese hecho punible, absorverá otro tipo penal que protege un distinto bien jurídico; amén de que ni siquiera, por regla general, puede admitirse que el secuestro o el robo vayan acompañados del uso de armas prohibidas. De igual modo, la circunstancia de que el robo se califique por la utilización de armas, no significa el desplazamiento por especialidad del artículo 89 citado, dada, se reitera, la falta de identidad entre los bienes jurídicos tutelados o, al menos, la cabida de uno dentro del otro, por ser más comprensivo; como tampoco podría darse un concurso aparente entre la agresión que prevé el artículo 140 del Código Penal y la referida norma, por las mismas razones. En el caso del secuestro extorsivo, el inciso 3) del artículo 215 no sanciona, per se, el uso de armas como una causa que agrave la figura, sino que se refiere "a los medios empleados en su consumación", pero relacionados siempre con que, a causa de ellos, la persona secuestrada sufra daño físico, moral, psíquico o económico. Ello, obviamente, puede derivarse de la utilización de armas o explosivos, pero también de otras múltiples y variadas circunstancias (v. gr.: la fuerza, el maltrato o las agresiones innecesarias, el uso de vehículos u otros bienes de la propia víctima para ejecutar el hecho, etc.) y por ello, no puede hablarse de una relación de especialidad, por cuanto no existe un vínculo de género a especie entre ambas figuras. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8.45 h. del 31 de octubre.

10. ESTAFA. Pago de seguro obtenido mediante datos falsos.

"A juicio del impugnante, en la sentencia se aplicaron indebidamente los numerales 21, 45, 71 a 75, 103, 216 inciso segundo y se inaplicaron los artículos 1, 2 y 30, todos del Código Penal y lo dispuesto por el numeral 39 de la Constitución Política, al estimar que su defendido es responsable del delito de estafa en perjuicio del Instituto Nacional de Seguros. Los hechos probados de la sentencia establecen que M.F. es autor de la estafa por haber recibido del ente asegurador, el pago de los daños sufridos por el vehículo placas [...], al amparo de la póliza de seguro voluntaria que lo cubría, a sabiendas de que no tenía derecho a tal rubro, pues el accidente no se produjo como él lo señaló, sino que lo ocasionó su hijo, quien conducía tal automotor sin licencia válida en nuestro país y siendo menor de edad. El solo hecho de haber consignado ante el ente asegurador, datos falsos al iniciar el cobro del seguro, ya es una causal que legalmente faculta al Instituto

para no acceder al pago de la indemnización. A juicio del impugnante, la sentencia no establece la antijuridicidad del beneficio patrimonial obtenido por M.F. Este elemento forma parte del tipo total de la estafa y al no establecerse, la conducta resulta atípica. Lo que la sentencia hace, a su juicio, es definir la antijuridicidad del beneficio obtenido, porque se logró mediante la deformación o simulación de hechos y no porque sea una característica independiente de esas circunstancias y que pueda atribuírsele al beneficio en sí mismo, como lo requiere el tipo penal de la estafa. El hecho de que el artículo 6 de la Ley de Seguros contemple que toda afirmación de hechos falsos excluirá el pago por parte del ente asegurador no puede considerarse como un elemento a favor de la tipicidad de la conducta de estafa, pues esa disposición sólo significa que el Instituto puede negarse a cumplir el contrato de seguros o repetir lo pagado, es decir, todo queda dentro del ámbito de la relación contractual. El beneficio obtenido por M.F. es jurídico pues quien tiene su vehículo asegurado tiene derecho a las indemnizaciones que correspondan, si quien conduce tiene licencia que lo habilite aun cuando haya sido expedida en el extranjero. El reclamo no es procedente. Se aparta el impugnante de los hechos probados de la sentencia, de los cuales se deduce claramente que M.F. no podía acceder a cobrar indemnización alguna al amparo de la póliza que cubría al vehículo [...] por los hechos ocurridos el ocho de diciembre de 1990, porque quien conducía el vehículo al momento del percance era su hijo, menor de edad que carecía de licencia que lo habilitara para conducir en nuestro país y esas condiciones excluían el pago de los daños por el ente asegurador. Esto lo sabía el imputado y por ello, en forma apresurada se apersona al sitio del accidente y se hace pasar por el conductor y causante del percance, para luego acudir al Instituto Nacional de Seguros, asumir la responsabilidad del accidente y solicitar el pago de los daños sufridos. El percance sí se dio; el vehículo sí sufrió daños. Sin embargo, dos condiciones que en realidad se dieron, según las acredita la sentencia, excluían la indemnización del seguro y fueron las que M.F. deformó y falseó: que su hijo conducía el vehículo, careciendo de licencia habilitante para ello. Con esa conducta de hecho el imputado incumplió el clausulado del contrato, pero además violó el principio general de buena fe que recogen los numerales 20, 21 y 22 del Código Civil y eso es suficiente para estimar antijurídico el beneficio obtenido, con lesión del patrimonio del Instituto Nacional de Seguros y utilizando medios que también son estimados ilícitos por el ordenamiento penal en el artículo 216 del Código de la materia, de modo tal que su conducta además de ser ilícita contractualmente hablando, lo es desde el punto de vista penal, pues sin duda se adecua a la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de estafa y además lesionó el bien jurídico protegido, sin que existiera ningún tipo de justificación para su actuar y sin que tal concurrencia de responsabilidades sea excluyente, pues cada una tiene su lugar en el ordenamiento jurídico. No en vano se ha dicho que el delito de estafa, en la actual configuración, es un delito contra la buena fe en los negocios y que se asienta en la desinformación en la que se encuentra el sujeto pasivo, en virtud de la conducta deformadora de los hechos que provoca el autor. Pretender que si media entre las partes un contrato, la tipicidad de la estafa, peor aún, la lesión al bien jurídico tutelado, cede, es desconocer el rango de orden público que posee la norma penal, que no por considerarse, en un Estado de Derecho, la ultima ratio, debe marginarse cuando sea evidente que se han lesionado los bienes jurídicos fundamentales, por una conducta que se adecua a los requisitos de tipicidad penal. Eso es lo que pretende el recurrente y, dejando de lado que su planteamiento incluso modifica los hechos probados de la sentencia, su pretensión, por todo lo expuesto, resulta inadmisible. El beneficio obtenido por M.F. resulta antijurídico y correctamente se acredita esa circunstancia en la sentencia, de modo que su reclamo debe rechazarse."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 496 de las 10.32 h del 22 de mayo.

11. ESTAFA PROCESAL. Consideraciones.

"En el único motivo de esta naturaleza, alega el impugnante violación por inaplicabilidad del artículo 216 del Código Penal, así como aplicación indebida de los numerales 1 y 2 del Código ibídem y 39 de la Constitución Política, al declarar atípica una conducta constitutiva de estafa, pues afirma que dejó de considerar los presupuestos propios de la estafa procesal en los que la persona a quien se engaña es precisamente el juez, quien en virtud de ello dictó una resolución que perjudica a la otra parte, lo que conforme los hechos denunciados ocurrió en este caso, en donde el encartado C.V. simuló ante el Juez Civil correspondiente, que Representaciones C.S.A. era acreedora de MAFISA, ocultando la relación subyacente entre éstas y DAYCO, en virtud de que la letra de cambio presentada a cobro en el juicio ejecutivo, no tenía relación alguna con Representaciones C.S.A. –quien incluso ya no ostentaba la representación de Dayco–, empresa esta última que dio por roto el contrato y no autorizó el cobro de la letra. Además, agrega que la actuación del acusado es típica, pues constituye una acción engañosa independientemente de que la letra de cambio utilizada no sea falsa o alterada, sino que es la base sobre la que gestionó para cobrar ilegalmente un dinero que no le correspondía. Por otra parte, agrega que la idoneidad de la acción engañosa, se aprecia de la actuación del Juez Civil, quien ejecutó y decretó embargo sobre bienes propiedad de Mafisa, lo cual lesionó el patrimonio de esta última, en virtud de la limitación establecida. El reclamo es procedente. Se observa de la resolución recurrida, que el Tribunal –en su voto de mayoría– excluyó de sus argumentos aspectos esenciales en torno a la participación del justiciable en los hechos sujetos a investigación, pues en efecto, determinó –entre otras cosas– que al no haberse argüido de falsa la letra de cambio, sino más bien reconocida la autenticidad de la misma por la parte ofendida, discutiéndose que este documento ya había sido pagado –lo que no se ha demostrado en este proceso y aún si eso se hubiere comprobado–, concluye que es en la vía civil donde la perjudicada en la presente causa debe hacer valer sus derechos para demostrar que no debe repetir lo pagado, agregando que además, no se trata de documentos espurios o alteraciones o falsedades que conduzcan a pensar que se está en presencia de un delito de estafa o alguna de sus modalidades (confrontar folios 958 vuelto y 959), por lo que la acción de L.F.C.V., resulta atípica. Ahora bien, como apropiadamente lo señala el recurrente y sin que esta Sala exprese criterio alguno acerca de la eventual responsabilidad que en los hechos corresponda o no al acusado, podría estarse en presencia de una tentativa de estafa conforme lo dispuesto por el artículo 216 del Código Penal en relación con el 24 ibídem, al haberse engañado eventualmente al juez civil, configurándose una estafa procesal o triangular, supuesto en el cual se engaña a un tercero que no es la víctima, ni el titular del patrimonio. Al respecto, la doctrina ha establecido que: "...también existe ese desdoblamiento en la estafa procesal, porque el inducido a error es el juez, y el perjudicado la parte contra la que recae la sentencia fundamentada en el error ... no basta la simple afirmación de hechos falsos, ni el silencio de los verdaderos, puesto que, por la propia naturaleza del procedimiento judicial, los derechos de las partes resultan de las pruebas aportadas al juicio. Siendo así las cosas, parece claro que el fraude debe recaer esencialmente sobre la prueba y los elementos de convicción. En materia de tentativa

... es preciso apreciar la idoneidad del ardid en sí mismo en relación con la vía a seguir para el logro del perjuicio, es decir, con la persona del juez que es engañado. Habida cuenta de que en el hecho tentado el engaño no se logra, la tentativa queda configurada aunque la diligencia del juez o la actividad de la otra parte permitan revelar el fraude ..." (Así, Fontán Balestra, Carlos. "DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 10ª edición, páginas 493 y 494. En términos semejantes se pronuncia Creus, Carlos. "DERECHO PENAL", editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición, 1988. Pág. 499). En ese entendido, puede decirse que lo anterior se podría dar en este caso, al afirmar el acusado posibles hechos falsos en la interposición de la demanda ejecutiva en cuanto a la legitimidad del cobro, amparado a la posesión de la letra de cambio y por ende pretendiendo cobrar su monto, correspondiente a trescientos mil dólares ($300.000.oo). En cuanto a la consumación del ilícito; sin embargo, no comparten los suscritos la posición del recurrente, pues a pesar de haberse ejecutado las acciones engañosas, pudo no haberse afectado el patrimonio del ofendido ante su reacción, lo que dejaría la actividad en grado de tentativa, aspecto este último que se dilucidará en definitiva en otro estado del proceso, de resultar ciertos los hechos averiguados. De lo expuesto se deduce el error de fondo cometido por el Tribunal, al concluir que el suceso investigado resultaba atípico, poniéndose de relieve su error a partir de la circunstancia de otorgar aval a las consideraciones de la Licenciada Y.R.R. representante del Ministerio Público, mediante las cuales decidió desestimar, afirmando –entre otras cosas– que: "En Costa Rica, nuestro sistema penal NO COMTEMPLA (sic) la figura de estafa procesal..." (confrontar folio 11), apreciación subjetiva que no se adecua a lo dispuesto en el ordenamiento sustantivo vigente, que sí admite la posibilidad de disponer la condena en esas situaciones. Así las cosas, corresponde declarar con lugar el reclamo por el fondo interpuesto por el apoderado de la parte actora civil, casando la sentencia de sobreseimiento impugnada."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 209 de las 9.05 h del 6 de marzo.

12. FALSEDAD IDEOLÓGICA. Acuerdo con oficial de tránsito para insertar datos falsos en el parte - Autoría e instigación.

"Se alega la atipicidad de la conducta calificada como falsedad ideológica, pues estima el recurrente que el tipo penal del artículo 358 tipifica, en forma independiente y excluyente, dos conductas: la del fedatario público que inserta datos o declaraciones falsas en el documento, que se supone que éste debe acreditar y, en segunda instancia, la conducta del particular que, valiéndose del fedatario público, hace insertar declaraciones o datos falsos. Esta última hipótesis, constituye un caso de autoría mediata elevada a la categoría de delito independiente y supone que el funcionario público es utilizado como instrumento, es decir, actúa bajo error, coacción o de cualquier forma, ignorando la falsedad de los datos. Por ello, esta segunda hipótesis se ve desplazada si el funcionario conoce la falsedad y aún así se vale de su investidura para consignarla en el documento, pues la figura principal que se pretende sancionar es la del fedatario público que actúa contra sus deberes y por eso desplaza la conducta del particular que se vale del funcionario, conducta que sólo entra a escena en defecto de la primera. En el caso concreto, la sentencia condenó al oficial de tránsito porque, a sabiendas de la falsedad de los datos, indicó en el parte oficial que quien conducía el vehículo pick up placas [...] era el imputado L.M.F. y no M.M.S., como bien lo había constatado al apersonarse al lugar del accidente. En consecuencia, se tiene al funcionario público que introduce datos falsos en un documento que debe probar lo allí consignado, de modo que sólo él puede ser autor de la falsedad ideológica, porque la hipótesis de quien hace insertar, contempla una autoría independiente y excluyente de la primera. No pueden concurrir, para un mismo supuesto de hecho, dos hipótesis de autorías independientes, como lo establece la sentencia. Por ello, sostiene que la conducta de su defendido es atípica. El planteamiento que formula el defensor del imputado, trae a colación un punto interesante respecto de quiénes pueden ser autores del delito de falsedad ideológica y si las conductas que tipifica el artículo 358 son excluyentes o no. Sin embargo, este análisis debe, por el momento, dejarse de lado, para considerar primero las imputaciones formuladas en este caso y luego, los hechos que la sentencia tiene por acreditados. La sentencia impugnada tiene como hecho probado, que entre los coimputados D.B. y M.F. existió un acuerdo para que el primero consignara en la fórmula de parte oficial, que el segundo conducía el vehículo placas [...] y se incluyera su versión de los hechos, atribuyéndose la responsabilidad de la colisión. Debemos analizar en qué posición jurídica se encuentran el oficial de tránsito D.B. y el particular L.M.F., frente a la confección de los documentos que certifican la investigación de un hecho de tránsito, llamados por la ley boleta de citación, parte oficial de tránsito e información sumaria de tránsito. Recuérdese que el delito de falsedad ideológica, tipifica una falsedad llamada "de contenido", pues el documento es, en sus formas, auténticamente verdadero, emitido por el funcionario competente para ello. ¿Cuál es la competencia del funcionario, en este caso del oficial de tránsito, respecto del contenido del documento? La respuesta a esta interrogante debemos buscarla en la Ley de Tránsito vigente a la época en que los hechos ocurrieron, esto es, la Ley número 5930 del 13 de setiembre de 1976. En el artículo 3 se reseñan una serie de definiciones propias de la materia regulada y dentro de ellas encontramos varias de interés para este asunto: Artículo 3: Para la interpretación de esta ley y sus reglamentos, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: a) Accidente de tránsito: son los ocasionados por vehículos y que producen lesiones o muerte a personas o semovientes, o daño en las cosas, a causa del tránsito por las vías públicas.(...) c) Autoridades de tránsito: personas que, conforme a la ley, hayan recibido tal designación.(...) e) Boleta: formulario mediante el cual se notifica, a la persona, la infracción cometida y se le emplaza a comparecer ante la autoridad.(...) k) Parte oficial: documento mediante el cual cualquier autoridad de la república (sic) informa sobre un accidente de tránsito, de acuerdo con las disposiciones legales(...)" Por su parte, el artículo 99 recoge la específica función de las autoridades de tránsito –o cualquiera que funja como su auxiliar–, frente a un accidente de tránsito, respecto de la información que, como tal, debe recopilar: "Artículo 99: Las autoridades de la república (sic), que reciban los informes que se mencionan en el artículo anterior, o que por cualquier motivo tengan noticia de que sucedió un accidente de tránsito, deberán trasladarse de inmediato al sitio en que ocurrió y levantarán una información sumaria con los datos de los vehículos involucrados y de las personas afectadas. La información incluirá una relación del estado en que se encuentran los vehículos, lo mismo que un croquis o plano en que se indiquen las posiciones de éstos y demás objetos; además los nombres de las personas que tuvieran relación con el accidente, las distancias entre unos y otros vehículos, medidas en metros. La información levantada debe enviarse de inmediato al representante del Ministerio Público o al tribunal correspondiente, en la jurisdicción respectiva, según sea el caso, y una copia a la Dirección General de Tránsito. La información tendrá carácter de parte oficial. Estas disposiciones comprenden tanto a los inspectores de policía de tránsito, como a cualquiera otra autoridad." (El subrayado es suplido). El artículo 106 define la llamada boleta de citación, que bien para los casos de infracciones con multa fija, o de cualquier otra, constituye el medio por el cual

la autoridad de tránsito cita al presunto infractor a comparecer ante la autoridad judicial competente, o le conmina al pago de la multa respectiva. Su función esencial, sin embargo, es la de citar al presunto infractor, según lo establece el numeral 131. El artículo 107 determina las implicaciones de tal citación, constituyendo el momento a partir del cual se puede contabilizar el plazo de ocho días hábiles que se tiene para comparecer ante las autoridades competentes. Finalmente, en el artículo 133 se regula el llamado "parte de tránsito" y su contenido, que debe ser completado por la autoridad de tránsito: Artículo 133- En los partes de tránsito se asentará la relación del hecho; el nombre, calidades y domicilio del presunto infractor, lo mismo que del ofendido si lo hubiere y los demás datos que indican los incisos a) y b) del artículo 106; de los testigos, indicando el lugar en que deben ser citados; y, cualquier otra prueba importante(...)." Según se desprende de la normativa transcrita, el oficial de tránsito debe, al apersonarse al sitio, realizar una breve indagación y consignar la información que de ella se desprenda con carácter de informe oficial. En un accidente, puede que la información sea confusa: por ejemplo, se ignore quién conducía alguno de los vehículos, porque están heridos y fueron trasladados a centros de atención o bien porque se dieron a la fuga o, simplemente, porque nadie se identifica como tal. En fin, múltiples pueden ser las situaciones que se presenten. Sin embargo, al elaborar sus informes, el oficial debe consignar la verdad de lo que le conste en ese momento, o bien todos aquellos datos de importancia, para que, una vez recibida la información por la autoridad judicial que corresponda, ésta pueda orientar la correcta determinación de lo sucedido. Lo dicho no excluye, por supuesto, que a los oficiales de tránsito, las partes involucradas o los testigos, le manifiesten versiones o hechos falsos. Escapa a su control esa circunstancia, pues su función no puede ir más allá de consignar lo que le consta y lo que le manifiestan, así como cualquier detalle que estime relevante. En este caso, su investidura de autoridad estaría siendo usada como instrumento para poder insertar en el parte oficial o en la información sumaria de tránsito, hechos falsos que, eventualmente, podrían ocasionar perjuicio y este específico supuesto de autoría mediata con instrumento calificado, está claramente tipificada como delito por el artículo 358 del Código Penal, esto es, la conducta de quien hace insertar datos falsos, como autor mediato, sancionado en forma independiente por la norma. Si, por el contrario, es el oficial de tránsito, una vez apersonado al sitio y realizada su investigación, quien consigna hechos en el parte oficial o la información sumaria levantada y que, por la indagación hecha, sabe que son falsos, sería él el único autor de la falsedad, pues tiene pleno dominio del hecho y es precisamente su condición de autoridad la que le obliga a elaborar los informes oficiales, que aprovecha para insertar las falsedades. La colaboración o el contubernio de los particulares con la autoridad en este caso específico, no los convierte también en autores, porque la hipótesis de hacer insertar es independiente, excluyente y secundaria, respecto de la principal figura del funcionario público que, a sabiendas, consigna la falsedad, pues, en este caso concreto, el deber de verdad de todas maneras le asiste al oficial respecto de los hechos que, con su presencia e investigación, pudo verificar. Es él quien tiene, en estos supuestos, la condición de fedatario y por ello, el quebrantamiento de sus deberes, aunque sea en colusión con el particular, no elimina su condición de único autor. Lo dicho no significa que el particular que acuerda con el funcionario la consignación de las falsedades, quede impune. ¿Cómo podría L.M., lograr que se le identifique e incluso se le cite como conductor de uno de los vehículos involucrados en el accidente, si ya el oficial D.B. sabe que era su hijo quien conducía? Ya él no puede hacer insertar esa falsedad en el informe policial, porque para ello debería tener el pleno control de la situación y es evidente que no lo tiene desde que D.B. conoce que ese hecho es falso y es a él a quien le corresponde elaborar el parte. No puede ser instrumento, porque conoce la situación de falsedad. Tampoco puede estimarse a D.B. como cómplice de la falsedad de L.M., porque es al oficial de tránsito a quien corresponde indagar los datos que consignará en el informe policial. Sólo puede lograr –y eso fue lo que hizo– que el oficial inserte esa circunstancia, mediante un acuerdo con él, esto es, determinándolo a la comisión de la falsedad. Su papel es de claro instigador, pues determina al autor a realizar el hecho. La sentencia parte del supuesto de que ambos pueden, en relación con el mismo evento de consignar falsamente a L.M. como conductor del vehículo, ser autores de las diferentes conductas previstas en el artículo 358 y para ello se apoya en una cita de Carlos Creus, en su libro Falsificación de Documentos en General, edición de 1986. El argumento es el siguiente: (...) (sic) En lo que respecta al delito de falsedad ideológica, es importante destacar que la norma no solo hace mención a la acción de insertar datos falsos en un documento público, o auténtico, concernientes a un hecho que el documento debe probar, sino también el que hiciere insertar, de modo que pueda causar perjuicio. Y en el caso en estudio no existe la menor duda que el justiciable M.F. hizo insertar en el parte de tránsito, datos falsos sobre quien conducía el automotor, y el acusado D.B. en acuerdo con M.F., insertó en el parte de tránsito los datos falsos.– De manera que se insertó en un documento público, los datos falsos. Afirmamos que estamos ante un documento público, ya que el mismo es realizado por un funcionario público, como lo es el inspector de tránsito, el acusado D.B. – En lo referente al delito de falsedad ideológica, nos informa la doctrina "...Es, pues, un primer presupuesto del documento ideológicamente falso, la veracidad de su autenticidad o genuinidad; esto es, tiene que tratarse de un documento auténtico con todos los signos que lo caracterizan como tal. Y es esa autenticidad lo que se aprovecha para mentir, para hacer que contenga declaraciones falsas, es decir, no verdaderas, el autor se sirve de los signos de autenticidad formalmente verdaderos para hacer pasar, como tales, hechos o actos relatados en el documento, pero que no lo son. En resumen, en el documento ideológicamente falsificado hay una forma auténtica y un contenido falso. Por eso se ha dicho que la falsedad ideológica es una falsedad que se refiere a la verdad del documento y no a su autenticidad..."(Carlos Creus, Falsificación de Documentos en General, Ediciones Astrea, Buenos Aires, 1986, p.124). El representante del indiciado arguyó la inexistencia de tipicidad del ilícito de falsedad ideológica, por cuanto al interpretar la norma indicó que la conducta descrita como HACER INSERTAR, tiene como presupuesto que el fedatario o la autoridad obligada a consignar los hechos NO DEBE CONOCER LA FALSEDAD, de lo contrario la conducta es atípica. Argumenta además que en el presente caso, D.B. conocía el hecho falso, por lo que la conducta de L.M.F. de hacer insertar no sería típica. El Tribunal estima que no es de recibo la objeción formulada. Precisamente, la doctrina y concretamente, Carlos Creus, ibídem, p. 125, analiza el presupuesto señalado por el representante del indiciado y afirma –criterio que comparte el Tribunal–, que la conducta de hacer insertar no excluye necesariamente la coautoría cuando el fedatario conociera la falsedad. No podría afirmarse que es requisito sine qua no para la existencia del ilícito que cuando uno de los indiciados haga insertar hechos falsos el fedatario no deba conocer la falsedad. Precisamente la norma contempla la acción de "Hacer insertar", no en relación con el conocimiento o no que tenga el funcionario que confeccione el instrumento, sino precisamente por la naturaleza de la información y el funcionario público que lo confecciona, pues si no tiene ese carácter no puede dar fe de un hecho que la ley lo obliga a dar. En este caso, solamente el imputado D.B., por su carácter de inspector de tránsito podía dar fe y consignar la información en el PARTE OFICIAL DE TRÁNSITO. L.M.F., dado que era un particular no podía insertar, pero sí hacer insertar información falsa, todo en pleno acuerdo con G.D.B., siendo en consecuencia ambos coautores del ilícito de falsedad ideológica". En primer lugar, debe señalarse que el análisis que realice de la figura la doctrina argentina, no puede sin más ser trasladado a nuestro medio, dado que las figuras de falsedad ideológica resultan ser diferentes. El artículo 293 del Código Penal de La Nación, en su párrafo primero, tipifica la conducta del que "insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio" (destacado es suplido). Se trata, en consecuencia, de una fórmula mucho más restringida que la del artículo 358 de nuestro

ordenamiento penal, que contempla, genéricamente, la falsedad ideológica en un documento público o auténtico, dentro de los que cabe incluir a los instrumentos públicos, pero el supuesto no se agota en ellos y, entre ambos, existen diferencias importantes. Según el numeral 369 del Código Procesal Civil son documentos públicos "todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones". Por su parte, el instrumento público "es la escritura otorgada ante un notario público, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter". Para ambos, la ley acuerda que "mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones" (artículo 370 del Código Procesal Civil). El instrumento público y las obligaciones que en su otorgamiento, tienen las partes intervinientes, podemos extraerla de los numerales 1 y 72 de la Ley Orgánica de Notariado (que regía a la fecha de los hechos), que establecen: Artículo 1° La persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que la ley exige (...) Artículo 72: El cuerpo de escritura contendrá la relación clara, precisa y circunstanciada del acto, contrato, hecho o suceso que se quiera hacer constar, tal y como hubiere pasado ante el notario o como lo refirieren los interesados en minutas o de palabra. Sin embargo, el notario debe dar forma jurídica a lo expresado por las partes o a lo que haga constar y redactar la escritura en la forma más clara y precisa que le sea posible". Su fuerza probatoria se extiende aun más que la del documento público y en el artículo 371 del Código Procesal Civil se establece que "El documento otorgado por las partes ante un notario público hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para la prueba para la cual haya sido otorgado, sino aun de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él, en los términos simplemente enunciativos, con tal de que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal". Es evidente que las posiciones de las partes son de sumo relevantes en materia de instrumentos públicos y, pensando estrictamente en ellos, es posible, por los diferentes deberes que les asisten, imaginar la concurrencia, para un mismo hecho histórico, de dos autorías, la del fedatario público que inserta datos falsos respecto de los cuales le asiste el deber de dar fe –por ejemplo, identidad de los comparecientes, capacidad jurídica para actuar, significado de la convención, en caso de que funja él como intérprete– y la del o los otorgantes respecto del contenido, verdad y alcance del hecho, convención, acto o contrato que comparecen a realizar. Es evidente que si esta concurrencia se da, podría deberse -aunque no necesariamente debe ser así– a un acuerdo entre alguno de los otorgantes y el fedatario público, de modo que podría pensarse en la participación de cada uno en la delincuencia del otro, además de su propia autoría. En esos casos, pese a tratarse de autorías independientes –no coautoría, porque cada uno realiza el tipo penal que le es propio–, podría aplicarse, respecto de los actos de participación en la delincuencia del otro, el principio de subsidiariedad táctica que rige en materia de participación criminal y que implica que, la forma más grave de delincuencia, absorbe a las menores, respecto del mismo hecho –aunque se habla de dos delitos independientes-, sobre todo si se toma en cuenta que ambas conductas lesionan el mismo bien jurídico y a través del mismo objeto, problema que, en todo caso, no corresponde resolverlo en este momento, por no ser materia de este recurso (al respecto consúltese Castillo González, Francisco. La participación criminal en el Derecho Penal Costarricense, San José. Editorial Juritexto, 1993, pp. 126 y ss.; El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pp. 48 y ss.). Es pues, dentro de esta tesitura, que debe entenderse el planteamiento de Creus –referido a la falsedad en instrumentos públicos–, en todo caso modificado en la edición de 1993 de la misma obra, La Falsificación de Documentos en General, p.133 y que, por la trascendencia del punto en discusión, merece la pena transcribir: La conducta de hacer insertar.– De acuerdo con las enunciaciones del art. 293, es típica la conducta de quien inserta en un documento declaraciones falsas, o sea, que incluye en él declaraciones que no son verdaderas (...) Como más adelante ampliaremos, únicamente puede insertar en el documento el que lo extiende y, puesto que se trata de documentos públicos, sólo puede ser protagonista de esta actividad el que tiene el poder jurídico (competencia) para extenderlos, por lo cual es conducta típica propia y exclusiva del funcionario fedatario. La declaración insertada es falsa cuando lo consignado en el documento tiene un sentido jurídico distinto del acto que realmente ha pasado en presencia del fedatario y que él debió incluir como verdad de la que debe dar fe. Ese distinto sentido jurídico puede otorgarlo el agente incluyendo en el documento un hecho que no ha ocurrido en su presencia, o manifestando un modo del mismo que no es aquel con el que pasó ante él, o hasta silenciando un hecho que ha ocurrido ante él, y cuya omisión tiene como consecuencia variar la verdadera dirección jurídica del acto de que da cuenta el contenido instrumentado del documento (...). La conducta de hacer insertar. Hace insertar declaraciones falsas en un documento público el que logra que el fedatario incluya en el documento manifestaciones que no revelan la verdad dando como ocurrido lo no pasado o como ocurrido de un modo distinto del que sucedió. Así pues, sólo quien es otorgante del documento puede asumir esta conducta típica. Los medios que el agente emplee para conseguir la inserción son, en principio, típicamente indiferentes: puede tratarse de una simple mentira o del despliegue de un ardid más complejo, del empleo de coacción (...), de una connivencia con el fedatario (en cuyo caso será necesario dilucidar en qué carácter protagoniza él su intervención, lo cual examinaremos más adelante). Por supuesto que la ilicitud de tal conducta sólo se dará cuando el agente esté jurídicamente obligado a decir la verdad. Pero mientras que para la persona del fedatario la obligación de decir la verdad está ínsita en su función–y de hecho -salvo situaciones excepcionales–, es un presupuesto infaltable, existente por sí cuando actúa, en el otorgante esa obligación no tiene los mismos rasgos, depende de que pese sobre él como carga jurídicamente impuesta; cuando ella no se da, la conducta no puede ser ilícita. Dicha carga existe en la hipótesis de que la confianza pública queda librada a la buena fe de los particulares que declaran ante el oficial público (...) Aunque el fedatario, a su vez, incurriera en la anterior conducta delictuosa que le es propia, respecto del otorgante que hace insertar lo falso, ésta no se configura como una participación en aquélla, sino que opera mediante una autoría típicamente autónoma, marginada de las reglas generales que rigen la complicidad (...) Pero ¿qué ocurre cuando el otorgante pretende hacer insertar una falsa declaración y comunica al fedatario de su falta de veracidad, o éste la conoce por otras circunstancias? Hemos sostenido que puesto que el fedatario da fe de la verdad de los hechos pasados en su presencia, no de la veracidad de las manifestaciones de las partes, la inserción de una manifestación que sabe que es falsa no lo convierte en autor del hecho que le es propio según el tipo, pero sí puede convertirlo en partícipe necesario de la acción del otorgante que se manifiesta falsamente. Tal afirmación, que está en contradicción con el grueso de la doctrina argentina, merece rectificación. Cuando el fedatario se limita a transcribir en el documento la manifestación que el otorgante le formula, como hecho que ocurre en su presencia, cualquiera que sea el conocimiento que él tenga de la falsedad intrínseca de lo que se le dice, él no consigna algo falso; el falsario es, exclusivamente, el otorgante, que hace insertar la falsedad. Ahora bien, puede ocurrir que el otorgante se esté expresando falsamente en el acto mismo de un modo distinto, radicando su falsía en exponer lo que él sabe que no se va a asentar en el documento porque en connivencia con el fedatario acordaron que se asentase otra cosa distinta (v. gr., sobre el sentido del acto: que lo expuesto como compraventa se asiente como aceptación de comodato concedido); en tal caso el fedatario es penalmente responsable de su propia conducta de insertar lo falso (lo no pasado en su presencia), y el otorgante podrá aparecer como instigador o partícipe principal: lo primero si habiendo

partido de él la connivencia, llena los requisitos típicos de la instigación; lo segundo si con su actividad se ha limitado a completar (perfeccionar) el documento falso. Pero las posibilidades de conjunción no quedan limitadas a esas hipótesis; veamos otras. También puede ocurrir que el fedatario relate en el documento un hecho de modo falso y alguien que no sea el otorgante contribuya al perfeccionamiento de él con conocimiento de la falsedad (p. ej.; puede tratarse de un testigo); el fedatario insertará lo falso y el otro será partícipe de su delito. Hasta aquí, como vemos, se trata de participaciones del otorgante o de terceros en el hecho del fedatario, pero no de éste en el hecho del otorgante. Ahora bien, no es absurdo plantearse la participación del fedatario en el delito de falsedad de otro, o a lo más con significación de coautoría, pero ésta sólo puede ideársela cuando el derecho extiende la obligación de veracidad del fedatario más allá de la instrumentación de lo pasado en su presencia, es decir cuando lo obligue a exponer en el documento la verdad real que él conoce, a no aceptar la versión mentirosa del otorgante cuando la conoce como tal (...)". Sobre el mismo punto, Breglia Arias, Omar. Gauna, Omar. Código Penal y leyes complementarias. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 992; Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 1973, p. 348 y ss. quien, al respecto, señala "El sujeto activo de esta infracción puede ser cualquier persona, pues nuestra ley, a diferencia de otras, reúne en esta única figura tanto la acción del que inserta la declaración falsa, que será siempre el funcionario encargado de extender el documento público, como la acción del que hace insertar, que puede corresponder a un particular cualquiera o a un funcionario distinto del que otorga el acto. Por este motivo no ofrece mayor interés práctico distinguir el caso en que la falsedad es conocida a un tiempo por el que la inserta y por el que la hace insertar, hipótesis en que la acción de este último normalmente sería punible a título de autoría mediata, si una disposición específica no castigara ambas indiscriminadamente. Con todo, en el caso de tratarse de un particular, el hecho no puede ser cometido por él solo, pues con respecto a este sujeto el delito consiste siempre en hacer insertar, es decir, o bien en seducir o bien en engañar o bien en coartar la voluntad del funcionario, de manera que quien inserta sea siempre el que tiene la facultad de escribir esto es, la de producir el documento auténtico, dotándolo de las características y signos de autenticidad oficial". Retornando al caso que nos ocupa, es evidente que el parte policial no es un instrumento público. Es sí, un documento público, expedido por el oficial de tránsito –funcionario público–, en el ejercicio de sus funciones. Y ya analizamos cuál es su función al apersonarse al sitio del accidente. En este documento, lo que el oficial debe consignar, según se vio, son "los datos de los vehículos involucrados y de las personas afectadas. La información incluirá una relación del estado en que se encuentran los vehículos, lo mismo que un croquis o plano en que se indiquen las posiciones de éstos y demás objetos; además los nombres de las personas que tuvieran relación con el accidente, las distancias entre unos y otros vehículos, medidas en metros", como lo contemplaba el numeral 99 de la Ley de Tránsito vigente en esa época. Relevante resulta la identificación del conductor, como persona involucrada y aquí es donde D.B. falsea la verdad. Una vez consignado falsamente que L.M. conducía, ya éste puede dar su supuesta versión de los hechos, contribuyendo así a completar la falsedad. Sin su identificación ni siquiera eso podría suceder. Y la conducta de identificarlo como tal la realizó D.B., como funcionario público, pese a saber que ese dato era falso. III.- En virtud de lo expuesto, los argumentos del recurrente en parte deben ser acogidos. La sentencia acredita que el oficial D.B., al apersonarse al sitio, ya tiene identificados al ofendido R.B. y a M.M.S., como los conductores de los vehículos involucrados en el accidente. Incluso M.S. le ha entregado su licencia extranjera. Sin embargo, cuando el coimputado L.M.F. se apersona al sitio, logra un acuerdo con D.B. para que éste lo consigne a él como el conductor del vehículo placas [...] y, a sabiendas de que ese hecho no era cierto, D.B. lo consigna como informe oficial, es decir, como hecho que, en su carácter de autoridad, le consta por la indagación realizada en el sitio del suceso. Lo importante aquí no es que a D.B. lo engañaron, sino que él –según lo acredita el fallo– sabe que ese hecho no es cierto y aún así lo consigna como si lo fuera en el parte oficial, en forma tan idónea que permitió el inicio de un proceso penal contra L.M.F., como presunto autor de las lesiones culposas que luego se determinó que sufrió R.B. y que, además, sirvió de base para que L.M. iniciara los trámites de cobro y lograra el efectivo pago de los daños sufridos por su vehículo, por parte del Instituto Nacional de Seguros. El autor único de la falsedad es D.B. Pero L.M.F. no queda impune. Al tenerse como bien probado que es él quien logra un acuerdo con el oficial para que consigne la falsedad, claramente se le asigna su rol de instigador, por determinar al autor a realizar la conducta de insertar los datos falsos. Así las cosas, el reclamo debe acogerse para recalificar los hechos atribuidos a L.M.F., como constitutivos del delito de falsedad ideológica en carácter de instigador y no como coautor, según fuera calificado en el fallo. La incidencia de ello en la pena se definirá al resolver la totalidad de los reclamos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 496 de las 10.32 h del 22 de mayo.

13. FALSEDAD IDEOLÓGICA. Datos falsos en parte de tránsito.

"En cuanto al delito de Falsedad Ideológica debe mantenerse la condenatoria que resulta del fallo de mérito. Aún y cuando el Tribunal de mérito consideró que la Falsedad Ideológica y la Autocalumnia fueron cometidas en concurso ideal, no estima la Sala que exista contradicción alguna con la forma en que aquí se está resolviendo. En efecto, en la especie constan como debidamente acreditados todos los elementos objetivos y subjetivos para la configuración de la Falsedad Ideológica (Art. 360 del Código Penal). Así, se tiene que la encartada hizo insertar –mediante el Inspector de tránsito– datos falsos en el parte oficial correspondiente de folio 6, pues indicó en aquella oportunidad que era ella quien conducía el automotor, cuando se acreditó que no fue así. En consecuencia, su acción fue idónea para poner en peligro el bien jurídico que protege la norma citada. Ante tal circunstancia debe mantenerse la condenatoria fijada por el aquo, siendo procedente adecuar la pena a un año de prisión, en el entendido que deberá descontarla en la forma y lugar que indica el fallo recurrido. Para imponer la sanción se toman en cuenta la puesta en peligro del bien jurídico, los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible –considerados ya por el aquo–, así como los demás factores a los que alude el artículo 71 del Código de la materia. Se mantiene incólume el beneficio de ejecución condicional de la pena, durante el término y bajo las condiciones fijadas en el fallo recurrido."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492 de las 10.15 h del 22 de mayo.

14. FALSO TESTIMONIO. Declaración en una misma causa como testigo e imputado. Inexistencia de derecho del imputado a mentir.

"En relación con el coimputado G.M.M. el recurso debe declararse con lugar. Como bien lo afirma el recurrente, su defendido, G.M.M., ostentó, en la causa que dio origen a la averiguación del Falso Testimonio, la calidad de imputado, y en esta condición no podía cometer ese delito, que, como delito especial propio requiere expresamente una calidad determinada del sujeto activo, que en este caso es una calidad jurídica otorgada por la ley a quien esté en la posición de testigo, perito, intérprete o traductor. Cualquier otra persona que no ostente tales calidades no podrá realizar el delito de Falso Testimonio. Así, en el caso del imputado, la doctrina ha negado la calidad de autores de este delito a quienes declaran en una causa propia o sobre hechos propios, como sucede en el presente caso (CREUS, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 2, 3ra. edición, 2da. reimpresión, EDITORIAL ASTREA, Buenos Aires, 1992, p. 348.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo 5, 9na. reimpresión, TIPOGRÁFICA EDITORIAL ARGENTINA (TEA), Buenos Aires, 1983, p. 228. MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., p. 735. VIVES ANTON, T.S., op. cit., p. 116. In extenso, v. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El Delito de Falso Testimonio, JURICENTRO, San José, 1982, p. 57 y ss.). En el caso sub exámine, observa la Sala que el imputado G.M.M. figuró, material y formalmente, como acusado por el delito de Homicidio Culposo en la misma causa seguida en contra de su madre por el citado delito. En ese expediente (1079-E-95 del Juzgado de Instrucción de San Ramón) G.M. declaró como testigo a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (folio 14 y 15 de los autos) y, posteriormente, fue requerido por el Ministerio Público por el delito de Falso Testimonio (folios 53 a 54), e indagado en el mismo Juzgado de Instrucción a las quince horas cuarenta y cinco minutos del cinco de junio de mil novecientos noventa y seis (folio 58); el ocho de agosto de mil novecientos noventa y seis a las trece horas con cinco minutos se dictó a su favor Auto de Falta de Mérito (folio 75), y, según consta a folio 80, a las trece horas cinco minutos del veintidós de agosto se le dictó un auto de Prórroga Extraordinaria por el término de un año. Ciertamente, si el imputado declaró en una misma causa como testigo y como imputado, debe prevalecer esta última posición por sobre aquélla, debiéndosele reconocer todos los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le otorga a los justiciables. Por último es importante señalar que no es cierto que el imputado, por esa condición, tiene derecho a mentir en el proceso. Es abundante la jurisprudencia de la Sala Constitucional en la que expresamente se declara "...no es posible deducir, de la disposición 36, ni siquiera en materia penal, un derecho fundamental del acusado a mentir en el proceso. Por el contrario, tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía en cuestión se circunscribe al derecho de no declarar, de no ser obligado a ello, y al de no declararse culpable..." (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 6359-93. San José, a las catorce horas cincuenta y siete minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y tres). En todo caso, se aclara que en el presente recurso no se trata de valorar si el imputado mintió o no, porque cuando el Juzgado lo llamó a rendir declaración indagatoria, el mismo se abstuvo. Así, aún y cuando el señor G.M.M. declarara como testigo, materialmente, era un imputado que tendría que deponer sobre hechos propios. Por lo anterior, siendo que el imputado no figuró como testigo, perito, intérprete o traductor, su posición de parte en el proceso, excluye su autoría; razón por la cual debe absolvérsele por el delito de Falso Testimonio, declarando con lugar el recurso por el fondo que se interpuso a su favor."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492 de las 10.15 h. del 22 de mayo.

15. FALSO TESTIMONIO. Varias declaraciones falsas sobre los mismos hechos configuran un solo delito.

"I.- En su único motivo del recurso de Casación por la Forma, el Lic. M.Q.S., Defensor Público del encartado L.D.T.A., reclama Violación de los Principios de Cosa Juzgada y non bis in idem. Cita como normas de procedimiento inobservadas, las siguientes "... el artículo primero del Código de Procedimientos Penales de 1973, en relación con el artículo 42 de la Carta Magna y 18 de la Ley Penal Juvenil. Se violentan los siguientes artículos del Código Procesal Penal: 1, 45, 106, 145 inciso tercero, 146, 393, 395 y 400 inciso cuarto. De la Constitución Política se quebrantan los cánones 7, 39, 41 y 42. Y de la Convención Americana de Derechos Humanos se incumple con el Capítulo de Garantías Judiciales en su artículo 8 inciso segundo..." Argumenta, en la fundamentación de su reclamo, que contra su defendido se tramitaron dos causas penales por el mismo hecho, a saber, rendir falso testimonio en un mismo proceso, aunque en diferentes etapas. Sostiene que cuando el encartado declaró como testigo de la causa principal tramitada en la Agencia Fiscal de Alajuela, por ser menor de edad, se le testimoniaron piezas ante el Juzgado Penal Juvenil de esa localidad, despacho en el cual se le suspendió el proceso a prueba. Posteriormente, en el debate de aquella causa principal, siendo el imputado mayor de edad, rindió nuevamente falso testimonio, y como consecuencia de ello, se le siguió causa ante el Tribunal Superior Penal, que lo condenó y le impuso la pena de dos años de prisión por el delito de Falso Testimonio. En su criterio, la sentencia es nula pues infringe el Principio del non bis in idem, en su modalidad de persecución penal doble, porque los hechos juzgados, las partes, el objeto y la causa, son los mismos que se estaban ventilando ante el Juzgado Penal Juvenil. El reclamo es de recibo. II.- Recientemente esta Sala ha considerado que cuando se declara falsamente respecto a los mismos hechos, en diversas oportunidades y ante diferentes autoridades, en realidad se comete un solo delito de Falso Testimonio. Así, literalmente se ha dicho que: "...La conducta realizada por el coimputado P.L., descrita en el fallo de mérito, si bien se desarrolla en dos momentos diferentes y con dos meses de separación entre uno y otro, es lo cierto que debe valorarse como una unidad de acción, pues se trata de dos declaraciones cuyo contenido esencial es el mismo, realizadas en un mismo proceso y ambas se dirigieron –subjetivamente– a un solo fin: afirmar una falsedad con el propósito de influir en la decisión judicial, procurando una construcción errónea del hecho (...) Por último, hemos de tomar en cuenta que las dos declaraciones testimoniales rendidas por el agente activo, cuyo contenido era idéntico y se dieron en el mismo proceso –aunque en dos fases distintas–, han producido una única y misma lesión al bien jurídico tutelado, lo que da cuenta de su unidad. Por las razones antes expuestas, se declara sin lugar el reclamo planteado..." (V-487-F-97 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cinco minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete). Como resulta de lo anterior, varias declaraciones falsas emitidas por la misma persona, y que versen sobre los mismos hechos, independientemente de que sean rendidas ante diversas autoridades (administrativas o jurisdiccionales, y dentro de éstas en cualquier materia), configuran un solo delito de Falso Testimonio. Y es que, si uno era el hecho, solo una podía ser la reacción de las autoridades, sin importar si una declaración se rindió siendo el encartado menor de edad y la otra, cuando era mayor. Así, establecido que se trata de un solo hecho, conviene analizar si la conducta concreta por la que se le juzgó fue la misma, y si así fuere, cuáles serían las consecuencias de tal proceder."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 497 de las 10.34 h del 22 de mayo.

16. HOMICIDIO. Análisis sobre la alevosía y el ensañamiento.

"El representante del Ministerio Público impugna por el fondo el fallo condenatorio dictado en contra del coimputado A.S.M., y reclama la falta de aplicación del numeral 112 inciso 3) del Código Penal, "... pues a pesar de tener por acreditados los hechos ... subsumibles en la figura de homicidio calificado por ensañamiento, los juzgadores estimaron ... que en la especie no se configuraba ..." (folio 455 frente, línea 8 en adelante). Aunque por razones diversas a las que expone el recurrente, el motivo debe ser declarado con lugar. Luego de analizar la relación de hechos descrita en el considerando anterior, esta Sala estima no sólo que en el presente caso NO se presentan los elementos necesarios para que concurra el homicidio especialmente atenuado, previsto por el artículo 113 citado, sino que más bien estamos en presencia de un homicidio calificado como lo reclama el fiscal de juicio, aunque no por ensañamiento sino más bien por alevosía, con lo

que efectivamente se ha inobservado por falta de aplicación el numeral 112 inciso 3) ibídem. Este criterio se apoya en los razonamientos que de seguido se exponen. En primer término, debemos descartar la concurrencia de un ensañamiento, pues si bien es cierto la acción homicida que ejecutó el agente, quien dispara en una primera oportunidad varias veces en contra de la humanidad del occiso, para regresar unos momentos después y "rematarlo" con tres disparos en la cabeza, produjo gran dolor y sufrimiento físico a éste, tal circunstancia objetiva (ese dolor o sufrimiento) por sí sola no sería suficiente para tener por establecida la referida causal de agravación. Según lo ha definido la doctrina, "... la agravante de ensañamiento supone el causarle sufrimientos innecesarios a la víctima antes de que muera, recreándose el agente con el dolor sufrido ... objetivamente se requiere el aumento del dolor del sujeto pasivo. El tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar, sino además que el autor en la ejecución de su acción busque que la víctima sufra antes de morir ...", Llobet Rodríguez (Javier), y Rivero Sánchez (Juan Marcos), "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", editorial Juricentro, San José. 1ª edición, 1989, págs. 23 y 24. Lo anterior significa que para el ensañamiento se requiere la concurrencia de un elemento objetivo (dolor o sufrimiento innecesarios) y además de uno subjetivo: no sólo el dolo de matar, sino también la clara y manifiesta voluntad del agente en disfrutar con ese dolor de su víctima, a la que hace sufrir innecesariamente. Aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, podríamos afirmar que en realidad sí se dio el elemento objetivo, pero no el subjetivo, pues de los mismos hechos no se deduce de forma inequívoca que en la actuación del imputado –junto a la intención homicida– mediara un claro deseo de recrearse en el dolor y sufrimiento del occiso. Por el contrario, de ese cuadro fáctico sí se aprecia la existencia de un comportamiento alevoso, pues para consumar el resultado muerte el encartado se aprovechó de que el ofendido estaba en una grave condición física (debido a las primeras heridas que recibió, a tal punto que no podía oponer la mínima resistencia al ataque), es decir, consigue obrar sobre seguro. En este sentido la doctrina insiste en que "... no basta el estado de indefensión de la víctima, sino se requiere que el sujeto activo haya buscado esa situación de indefensión, o bien que se haya querido aprovechar de la situación de indefensión en que encontró a la víctima, de modo en ambos supuestos que el sujeto haya querido actuar sin riesgo para sí ...", Ib., pág. 22. Al considerar que en el cuadro de hechos probados de la sentencia se incluyen todos los elementos objetivos y subjetivos necesarios para que concurra la causal de alevosía, se acoge el recurso que plantea el órgano acusador, en virtud de lo cual se casa por el fondo el fallo de instancia –únicamente en lo relativo a los hechos atribuidos al imputado A.S.M.–, y se recalifican los mismos a la figura del homicidio calificado prevista por el numeral 112 inciso 3) del Código Penal. Tomando en cuenta el grave perjuicio social que ha provocado el imputado con su actuar delictivo, así como el menosprecio que ha evidenciado ante uno de los valores fundamentales de la personalidad como es el bien jurídico vida, cuyo respeto resulta indispensable dentro de un estado democrático de derecho, se impone al mismo la pena de veinte años de prisión que deberá descontar en el lugar y en la forma que indica el pronunciamiento de mérito."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 247 de las 9.25 h. del 13 de marzo.

17. HURTO - Momentos en que el delito alcanza su consumación. Participación puede darse mientras no se haya agotado el injusto.

"En el sexto motivo por la forma del recurso planteado por el Licenciado M.R.G., defensor del imputado W.R.Z. (folios 96 a 98 del legajo respectivo); así como en los motivos primero y segundo de la impugnación que formula en su calidad de defensor de J.I.E.G. (folios 100 a 106 vuelto del legajo); se aduce falta de fundamentación de la sentencia, por motivación contradictoria, con inobservancia de los artículos 106, 226, 395 incisos 2) y 3), 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales de 1973; y artículo 39 de la Constitución Política. Agrega que se manifiesta una grave contradicción, pues el fallo recurrido establece que los coencartados R.Z. y E.G. actuaron de conformidad con un plan delictivo previamente establecido, lo cual no guarda relación con el resultado de las probanzas evacuadas, pues "... si aceptáramos hipotéticamente que efectivamente la sustracción de que fue objeto el ofendido: B.G., se llevó a cabo en el tanto este almorzaba en el restaurante: 'Rancho H.', y de que tal y como lo señala la sentencia, un sujeto sin que pueda determinarse cuál de ellos, salió del local y regresó rápidamente al mismo, y que con posterioridad una vez que los coencartados y acompañantes salen del local es cuando se determina el hurto, cómo conciliar entonces este cuadro fáctico con la conclusión de que dichos sujetos actuaron con ocasión de un plan preestablecido, es que acaso tenían conocimiento anterior de la naturaleza de los bienes a hurtar, o es que existió acuerdo entre ellos con el fin de despojar al ofendido de sus pertenencias, adivinando la existencia de unas libretas de cheques con las cuales eventualmente consumar estafas. Obviamente, el fallo no repara en estas interrogantes, dado que no existen elementos probatorios que fundamenten en forma certera ni indiciaria un concilio común con el objetivo de delinquir." (Sic, folios 96 vuelto y 97 fte.). También reprocha que podría sostenerse la hipótesis de que el hurto fue obra exclusiva de uno solo, de dos o tres de los sujetos, pero no así de un contubernio general para hurtar. "La sentencia sostiene y defiende el criterio del mencionado plan preestablecido, porque es la única forma de justificar el soslayo que se hace del principio que establece que la responsabilidad penal además de ser demostrada, es de carácter personalísimo; significa esto en palabras comunes, que según el criterio del Tribunal deben pagar 'justos por pecadores', o por lo menos los que 'aparentan ser justos'." (Sic, folio 97). Señala, igualmente, que las pruebas grafoscópicas determinan que no fueron los acusados R. y E. quienes falsificaron los cheques. (Folios 149 a 154 del ampo de pruebas ordenadas para mejor resolver). Estima que se violenta además el principio de inocencia, pues se realiza el reproche sin la necesaria demostración de culpabilidad y el Tribunal no explicita el porqué llega a esa conclusión, no justifica las razones que generan la convicción del fallo. Estos reproches han de desestimarse. Como fuera expuesto en el Considerando anterior, el a quo examinó de manera amplia un sinnúmero de indicios y prueba directa, a través de los cuales estableció, sin lugar a dudas, la necesaria participación de los encartados y los restantes sujetos que lograron darse a la fuga, en la ejecución del hurto cometido en perjuicio de F.B.G., que sirvió, a la vez, para desplegar otras conductas punibles, mediante la entrega de cheques falsificados, a cambio de mercaderías y dinero efectivo, en distintos establecimientos comerciales. No encuentra la Sala que la sentencia incurra en omisión al exponer los motivos por los que se arribó a esa certeza, ni que estos sean contradictorios o incongruentes; por el contrario, de forma reiterada el a quo hizo ver, luego de analizar cada uno de los elementos de prueba sometidos al debate, cuáles datos se extraían de ellos para sostener la participación criminal, a nivel de coautoría, por parte de los acusados y por último, los retomó y vinculó, siguiendo en ello las reglas de la lógica y la experiencia (folios 1426 a 1447). A folio 1433 del fallo impugnado (Tomo III, línea 26), el a quo, al analizar el testimonio del ofendido B.G., señala, en lo que interesa: "Tal declaración... nos permite detallar, que quien salió del lugar fue un sujeto, probablemente con la finalidad de constatar que el vehículo del ofendido se encontraba sin vigilancia alguna pues casi de inmediato regresa al local y salen los cuatro sujetos juntos, lo que nos permite tener por cierto, que aún cuando uno solo de ello (sic) haya ejecutado materialmente la

sustracción, todos los acusados actuaron conforme a un mismo plan delictivo, pues es en ese momento cuando todos salen juntos, que se produce la sustracción..." (Sic). Estos razonamientos han de ser avalados y en modo alguno contradicen el que se tuviera por acreditada la coautoría de los justiciables, pues lo cierto es que, aun cuando se admita por vía hipotética que fuese uno solo de los sujetos el que efectuó materialmente el acto de extraer los bienes del automotor en que viajaba el ofendido, también lo es que todos ellos, incluidos ambos encartados, intervinieron en la fase de ejecución del hecho punible, que no obtuvo consumación sino cuando se retiraron del sitio, llevando consigo tales bienes y apoderándose así de ellos, tal como lo sostiene el fallo. Debe tenerse presente, en este caso, que no se trató de objetos fácilmente ocultables, que pudiesen ser transportados dentro de las ropas o de otro modo que no fuese notado, sino de un maletín que, según consigna la sentencia: "...contenía ropa variada, entre ella una camiseta usada, un calzoncillo, una pantaloneta color negra marca Arena, dos pares de medias, un par de zapatos color negro usados, dos camisetas deportivas nuevas, un pantalón tipo army nuevo, una mariconera color negra de cuero en mal estado con un llavero también de cuero, color café, una faja de cuero para hombre, una cuchilla marca Arbolito, una portachequera de plástico color negro dentro de la cual se encontraba una fotografía del ofendido B.G., con una tarjeta de identificación con sus datos personales y varias fórmulas de cheques del Banco de Costa Rica de la cuenta corriente número 250-333-6 a nombre del ofendido B.G., y otra chequera del Banco Anglo Costarricense, de la cuenta número [...] a nombre del mismo ofendido, un par de anteojos medicados con su respectivo estuche negro, un permiso de portación de arma emitido a su nombre, diez fotocopias de documentos de importación y desalmacenaje de un vehículo, un estado de cuenta de la empresa Credomatic, un papel de oficio con timbres dirigido a la Caja Costarricense de Seguro Social y una copia de la factura número 12422 de la empresa Nissan Inc." (Sic, folio134, Tomo I). En estas circunstancias, la súbita aparición, en manos de un sujeto, de bienes que inicialmente no se transportaban, tomando en cuenta las condiciones de tiempo y lugar en que se desenvolvió el hecho, haría evidente para cualquier persona que acompañara a ese sujeto, que se estaba desarrollando un despojo; pero si, además, los imputados y sus restantes compañeros optaron por retirarse de inmediato del lugar con el obvio propósito de llevarse los bienes, salta a la vista que con ello no pretendían sino lograr la consumación del delito. Al respecto, la doctrina ha señalado: «... la complicidad no es sólo posible hasta la consumación formal, sino que, al igual que la coautoría, cabe también hasta la terminación material del hecho principal...» (JESCHECK: Tratado de derecho penal. Parte general. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, Tomo II, p. 963; [...]; posición con la que concuerda ZAFFARONI, al sostener: «... En síntesis: la participación puede tener lugar mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aun cuando ya se halle consumado...» (ZAFFARONI: Manual de derecho penal. Parte general. EDIAR, Buenos Aires, 1985, p. 590); e, igualmente, se ha expresado que: «... Sólo con el logro de la intención delictiva están materialmente consumados, de modo que hasta entonces es posible la participación...» (WELZEL: Derecho penal alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 160). Por su parte, esta Sala ha tenido oportunidad de verter abundantes pronunciamientos respecto de lo que ha de entenderse por el apoderamiento que caracteriza al robo y al hurto, para fijar los momentos en que el delito alcanza su consumación. Así, en el voto 179-F, de las 9.55 h de 23 de abril de 1993, expresó: "... CREUS señala que: 'la noción de apoderamiento... se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo. Objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata, pues, de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición. Justamente es esa esfera de disposición lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectiva sus facultades sobre la cosa, la que, por tanto, no requiere imprescindiblemente un contacto físico con ella y que, en muchas ocasiones sólo se revelará simbólicamente... Pero –siempre en el aspecto objetivo– el desapoderamiento del tenedor no basta; es necesario el apoderamiento material de la cosa por el agente. El desapoderamiento no implica, por sí mismo, el apoderamiento..., en tanto que el apoderamiento exige, como presupuesto indefectible, el desapoderamiento... Pero al aspecto objetivo del apoderamiento que dejamos expuesto debe corresponder un aspecto subjetivo constituido por la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición; no es suficiente el querer desapoderar al tenedor: es necesario querer apoderarse de aquella' (op. cit., págs. 413 a 415)." [...]. En la misma sentencia, se indicó: "..., la Sala ha señalado con anterioridad que "El apoderamiento configurativo de la sustracción, no es un acto instantáneo, sino que podría –según el caso– requerir para la ejecución, de una serie de actos, de tal manera que si durante su desarrollo se utilizan armas, debemos concluir entonces que concurre la causal de agravación del robo prevista en el inciso 2) del artículo 213 del Código Penal... La agravante prevista en el inciso 2) del artículo en comentario concurre cuando se utiliza el arma durante el apoderamiento, para lo cual debe tenerse presente que el apoderamiento no es un acto único y aislado, sino que implica una verdadera actividad realizable en uno o varios actos" (Sala Tercera, V-540-F de las 11.00 h del 6 de noviembre de 1992)" [...]. Asimismo, en la sentencia 348-F, de las 14.25 h, de 18 de julio de 1996, se expuso: "... El tipo penal de Robo simple dispone que: "El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas..." (artículo 212 del Código Penal). Resulta claro que en este tipo penal (al igual que en el Hurto) el núcleo de la acción es el "apoderamiento", entendido como "la acción y efecto de apoderar o apoderarse" (Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Espasa Calpe S.A., 1992, pág. 119). En la primer sentencia citada, V-519-F de 1995, entre otras cosas, se indican cuáles son los sentidos que históricamente se han asignado al concepto de apoderamiento: el tocar (adtrectare), mover (amotio), quitar la cosa de la esfera de custodia de la víctima (ablatio), ponerla en lugar seguro (illatio), criterios que han sido empleados para determinar cuándo se tiene por cometido el delito, de modo que según se adopte uno u otro, la tentativa se desplaza al momento inmediato anterior. Sin embargo, esta Sala ha considerado que el hecho de apoderarse de una cosa mueble no se reduce simplemente a tocarla o moverla o quitarla de la esfera de custodia de la víctima o ponerla en un lugar seguro, pues el sentido común que se asigna a la palabra apoderarse es el de "hacerse alguien... dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder" (Real Academia Española: Op. cit., pág. 119). Que el autor de este delito se "apodere" de la cosa implica necesariamente que el ofendido se vea desapoderado de ella, pues solamente así se lesiona el concreto bien jurídico tutelado en esa norma (a saber, la posibilidad exclusiva de realizar actos materiales de disposición sobre la cosa que se posee o tiene). Hay "desapoderamiento" cuando el autor logra "desposeer,

despojar a alguien de lo que tenía o de aquello de que se había apoderado" (Real Academia Española, op. cit., pág. 489), es decir, hay apoderamiento y desapoderamiento cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sobre la misma sus poderes de disposición o hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, porque ahora es el autor quien puede someter la cosa al propio poder de disposición. Por eso esta Sala, considerando el bien jurídico tutelado, alude al criterio o teoría de la "disponibilidad" para determinar la consumación del delito cuando el autor logra colocar la cosa mueble, en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla (cfr. las voces disponer y disponibilidad en Real Academia Española: op. cit., pág. 539). De lo que se lleva expuesto resulta oportuno insistir en que no basta con el apoderamiento material para que se configure el delito sino que es necesario que se opere el desapoderamiento: si el sujeto pasivo, luego de que el agente se apodera de la cosa, conserva alguna posibilidad de disponer de la cosa, quiere decir que ésta no ha sido sacada de su dominio y que, por lo tanto, no se ha consumado el desapoderamiento. Por ello es que en la resolución citada por el recurrente se dice que, de acuerdo con esta teoría, en la dinámica de los delitos de Hurto y Robo pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) el iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa); ii) el apoderamiento (sic) material de la cosa sin que 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 (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado)." [...]. Tales criterios son aplicables en el presente caso, pues la única acción realizada por el sujeto que, se admite por vía de hipótesis, ejecutó materialmente el acto de extraer los bienes del vehículo en que viajaba F.B., no logró por sí sola agotar la fase de ejecución del delito, en la medida en que, por un lado, la víctima permanecía en el lugar y mantuvo su poder de custodia y disposición en tanto los bienes no fuesen en definitiva, trasladados a otro sitio y, por otra parte, tampoco pudo el sujeto estar ni siquiera en posibilidad de disponer de lo hurtado, es decir, colocar los bienes "en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse" con ellos, dadas las circunstancias concretas que rodearon el hecho, –y teniendo presente que la disposición efectiva corresponde a una fase posterior, de agotamiento del delito–, ya que para alcanzar esa capacidad potencial de disponer, o, más concretamente, para sacar el bien de la esfera de custodia de su legítimo dueño requirió, de modo necesario, el concurso de los acusados, que viajaban, junto con los otros sujetos, en el vehículo conducido por R.Z. En efecto, es contrario al sentido común esperar que dicho sujeto ingresase en el establecimiento en que se hallaba el ofendido y exhibiera allí los bienes, exponiéndose a ser visto y aprehendido, con lo que su acción no configuraría más que una tentativa de hurto; lo que, de nuevo, revela que la fase ejecutiva del hecho ilícito no había culminado; y la repentina partida del grupo, entre quienes se hallaban R. y E., una vez que el sujeto, que salió del establecimiento, retornó de inmediato y dialogó con ellos, constituye un indicio grave de que pretendían ser partícipes, al menos, en esa fase de consumar el delito. Esta conclusión se refuerza notoriamente por el hecho de que, como también fuera objeto de análisis en el Considerando anterior, los justiciables participaron en la ejecución de otras delincuencias, directamente propiciadas por el hurto de las fórmulas de cheque que fueron falsificadas. En punto a este extremo, el a quo expresó a folio 1442 del fallo: "Al efectuarse el estudio grafoscópico sobre los manuscritos de los cheques no fue posible determinar que los mismos fueran confeccionados por alguno de los acusados, sin embargo, ello no los exime de responsabilidad en cuanto a la falsedad de esos documentos (el ofendido B.G., en el debate reconoció que la firma que aparece en la casilla giradora no es la suya), toda vez que resulta irrelevante determinar cuál de los cuatro sujetos materializó la falsedad pues lo que interesa es que entre los acusados y los sujetos que se dieron a la fuga, existió un acuerdo previo para utilizar los cheques y así obtener el provecho económico injusto" (líneas 14 a 25). Razonamientos que igualmente son compartidos por la Sala, como se ha venido señalando y que en modo alguno pueden estimarse contradictorios o insuficientes. En mérito de lo expuesto, debe desestimarse el reproche."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 132 de las 9.00 h del 20 de febrero.

18. HURTO AGRAVADO. La concurrencia de tres o más personas se refiere a los "autores".

"En el único motivo del reparo por el fondo se alega la errónea aplicación del artículo 209 inciso 7) e inaplicación del artículo 208, ambos del Código Penal. Éste lo apoya la impugnante en que no es aplicable al presente caso la causal de agravación prevista en el inciso 7) del artículo 209, pues la concurrencia de tres o más personas que así lo determina, se refiere a los autores y no comprende a los cómplices. Independientemente del criterio de esta Sala que no comparte la consideración del a quo al estimar que P.G. y B.M. actuaron como cómplices cuando debieron ser estimados junto con M. y O. como coautores del ilícito en atención a la teoría del dominio del hecho (situación que no es posible revertir por cuanto el Ministerio Público no recurrió en esta vía), es cierto que la agravante contemplada en la norma dicha se refiere a la intervención de tres o más personas que cometen el delito de hurto en calidad de autores y no en alguna otra forma de participación criminal (instigadores o cómplices). Tal interpretación tiene su asidero en los mismos motivos que la doctrina y legislación extranjera han señalado como base o sustento indirecto para concluir de esa manera, que radica en sancionar más gravemente la conducta delictiva realizada en grupo (sea este organizado o no, exista o no acuerdo previo, etc.). Así por ejemplo lo puntualizó el tratadista argentino Sebastián Soler al comentar el artículo 163 inciso 9) del Código Penal de su país, antes de la reforma que eliminó tal circunstancia como constitutiva de agravación, señalando: "La participación debe ser entendida en el sentido estricto de intervención en la comisión misma del hecho. No es necesario un acuerdo anterior expreso" (Ed. TEA, Buenos Aires, Argentina, Tomo IV, 1976, p. 236). Cabe pues admitir que quienes realizan el delito (por acción u omisión) son los autores, pudiendo eventualmente colaborar o cooperar con ellos los llamados cómplices, pero no propiamente para "cometerlo". En efecto, al utilizarse la conjugación de este último verbo para agravar el delito, no se incluyó de modo expreso alguna forma de "participación" criminal que así lo determine. En todo caso, tratándose de un punto controvertido y poco claro, debe estarse en su interpretación a lo más favorable para los intereses de los imputados. Ante tal situación debe acogerse el reclamo, extendiéndose los alcances de lo aquí dispuesto a O.P. ya que se encuentra en idénticas condiciones que M.M. Se casa la sentencia y resolviendo el fondo del asunto se recalifican los hechos investigados como constitutivos del delito de Hurto Simple, manteniendo la calidad de cómplices que el tribunal de

mérito atribuyó erróneamente a los acusados referidos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 55 de las 9.55 h del 16 de enero.

19. LEGÍTIMA DEFENSA. Inexistencia de presupuestos.

"Como único reclamo por vicios de fondo, la defensa estima que la sentencia incurre en una errónea aplicación del numeral 111, y en una falta de aplicación de los artículos 28, 29, 35 y 111, todos del Código Penal. El motivo no es procedente. Según se describe en la sentencia de instancia, los juzgadores tuvieron como hechos demostrados los siguientes: "... en hora no precisada, pero entre la medianoche del día veinte y la madrugada del día veintiuno de enero, ambas fechas del año 1996, se presentaron R.N.Ch. y L.A.D.A. en la casa de habitación de M.N,F ... creyendo que no se encontraba en la vivienda el aquí imputado E.Q.D., quien mantiene una unión de hecho con la señora N.F., siendo que cuando los citados jóvenes llegaban al corredor de la vivienda, un perro salió ladrando por debajo del piso de la casa, por lo que el aquí ofendido D.A. sale corriendo por un costado de la casa, momento en que el imputado Q.D. abre una ventana, alumbra a D.A. y acciona su pistola ... causándole una herida de bala en el abdomen que le causa la ruptura del colon ... la lesión causada ... puso en peligro la vida del ofendido ..." (folio 49 frente, línea 20 en adelante). Los hechos antes descritos ni siquiera dan cuenta de un comportamiento autorizado por el ordenamiento jurídico, de tal modo que no sólo no lleva razón el abogado defensor al estimar que la conducta del agente estuvo amparada en una causa de justificación, sino que –además– el criterio de los jueces de instancia, en cuanto sostienen que sí concurrió una legítima defensa en exceso, también resulta inadecuado. Para concluir lo anterior esta Sala toma en consideración varias circunstancias que se derivan del fallo impugnado, a saber: a) Nunca existió un peligro real para los habitantes de la vivienda del imputado, ni tampoco para sus bienes, no sólo porque la intención del ofendido no era la de apoderarse de bien ajeno alguno ni la de agredir a ninguna persona, sino además porque ni siquiera había ingresado a aquélla. b) La acción agresiva desplegada por el acusado, a afecto de repeler la presencia de un sujeto extraño en su propiedad, no fue necesaria, pues en el preciso momento en el que se produce el disparo el ofendido estaba corriendo por un costado de la casa, con el fin de huir del lugar, al haberse puesto en evidencia su presencia por los ladridos del perro. c) El imputado, consciente de estas circunstancias, de forma voluntaria (dolosa, según se indica a folio 51, líneas 25 a 28) acciona su arma de fuego. Como se desprende de lo anterior, en la especie no se dan los elementos objetivos ni subjetivos de la causa de justificación que se invoca, esto es, la necesidad razonable del medio empleado, por no existir un peligro real para los habitantes de la vivienda, razón por la cual no resulta aplicable el numeral 28 de comentario. Tampoco encuentra bases esta Sala para estimar que se hubiese configurado en la especie una defensa putativa (artículo 34 párrafo segundo, del Código Penal), pues la declaración del imputado, rendida en la instrucción e incorporada al debate, es muy escueta, su compañera se abstuvo de declarar y el ofendido señala haber tenido con anterioridad problemas con el imputado porque también ha pretendido a su compañera, revelando así una razón muy concreta y especial para ser agredido en aquel momento. Ahora bien, en virtud de la prohibición de la reformatio in peius, esta Sala debe declarar sin lugar el recurso, sin modificar el fallo en cuanto reconoció un exceso en la defensa."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 367 de las 14.50 h del 16 de abril.

20. PECULADO. La probidad en el ejercicio de la función pública es el bien jurídico tutelado.

"El tercer motivo alegado se acusa errónea aplicación del artículo 352 párrafo 1 del Código Penal e inobservancia del artículo 1 del mismo cuerpo legal, numerales 7 de la Ley de Modernización del Sistema Financiero (Ley 7107) y 6 y 59 de la Ley General de la Administración Pública. EL AGRAVIO NO ES DE RECIBO. El alegato esgrimido por la defensa, se basa en que el peculado acusado por el Ministerio Fiscal, es desde un inicio atípico. El defensor, se fundamenta principalmente, en la tesis de la lesión patrimonial y la tesis de la falta de probidad. El recurrente, inicia contraponiendo la posición de Carlos Fontán Balestra, con la opinión de Carlos Creus. Para el primero, el peculado se perfecciona con la lesión patrimonial, aun cuando ésta no deba ser definitiva; en cambio, Carlos Creus sostiene que el peculado si bien es un delito de resultado, no requiere un perjuicio patrimonial. Sobre esta base, que se ha resumido por razones metodológicas, el defensor empieza a hilvanar su posición y afirma que siendo el peculado un delito de resultado, es necesario que la lesión se traduzca en un perjuicio patrimonial y que no basta para su configuración, simplemente, la violación de la probidad en la función pública. No lleva razón la defensa en este primer extremo del recurso por el fondo. Conforme se ha expuesto con anterioridad, en el delito de peculado, el bien jurídico protegido es precisamente la probidad en el ejercicio de los deberes de la función pública (ver Voto 221-F de esta misma Sala, de las 9.15 h del 10 de agosto de 1990, Voto 692-F-93, y Voto 1055-97 de las 15.30 h del 30 de setiembre de 1997). Basta observar la ubicación del artículo 352, dentro del Título XV, Sección V del Código Penal, lo que permite inferir su etiología. Son hechos probados según el fallo, que el sentenciado R.M., a la fecha de los hechos era funcionario público y que tenía la administración y custodia del caudal de un Banco estatal. Bajo este mismo principio de intangibilidad de los hechos, está acreditado en sentencia que el acusado, distrayendo bienes confiados a su cargo, realizó la compra de un equipo de una pantalla publicitaria y que para ello no respetó los Reglamentos de Presupuesto de Inversiones (cfr. 523 y 597 del expediente), el Reglamento de Proveeduría (ver folios 526 y 600, en particular el folio 604) y el Reglamento de Presupuesto de Gastos (cfr. folio 534). Concretamente, indica el a quo, que el sentenciado no realizó el trámite consultivo previo con el Departamento respectivo y efectuó una compra directa por un monto muy superior al que le estaba permitido normativamente en su condición de Gerente General. Si la lesión efectiva del patrimonio se produjo o no, ello no es un elemento objetivo configurativo del tipo de peculado. En todo caso, en este asunto debe resaltarse que sí hubo perjuicio patrimonial según lo expone la sentencia. El tribunal estableció que, además de las irregularidades expuestas, se pagó un precio excesivo sobre un equipo de tecnología casi obsoleta y con problemas de funcionamiento al momento de su adquisición. Es decir, se siguió un procedimiento de compra con violación de la normativa aplicable, que era de obligatorio acatamiento para el funcionario público que lo concretó. El precio que el justiciable ordenó pagar por el equipo, era por demás excesivo conforme al estado del mismo, su configuración o desactualización cibernética y las condiciones de mercado; por ello es posible afirmar que el perjuicio patrimonial sí se dio, aun cuando no sea un requisito para la tipicidad del peculado. El tribunal de mérito fundamentó igualmente el dolo de autor requerido como elemento subjetivo para la comisión del injusto de peculado. Por lo dicho esta Sala estima que la resolución del tribunal de juicio se ajusta a derecho, en todos los aspectos cuestionados por la defensa, y se declara además inexistente el vicio in iudicando alegado. Considera el defensor, en otro punto del motivo por el fondo, que el a quo, incurrió en inobservancia del artículo 7 de la Ley de Modernización del Sistema Financiero y violentó los numerales 6 y 59 de la Ley General de Administración Pública, y ello motivó que el tribunal aplicara erróneamente el párrafo 1° del artículo 352 del Código Penal. Afirma el recurrente que la figura del peculado no sanciona el irrespeto a las formalidades administrativas, sino la actividad administrativa pública espuria. Considera la defensa que para el incumplimiento de las formas está el derecho administrativo o el laboral. No asiste razón al recurrente, su posición es estrictamente subjetiva. El bloque de legalidad que conforma nuestro

ordenamiento jurídico nace y se renueva para ser cumplido, independientemente de su jerarquía, debe cumplirse por todos, especialmente por aquéllos que por su preparación académica y laboral, están obligados a conocerlas mejor que el ciudadano promedio, por lo que se rechaza también este extremo del motivo in iudicando."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 476 de las 8.55 h del 22 de mayo.

21. RESPONSABILIDAD CIVIL. Efectos de la absolutoria en vía penal por falta de autoría. Responsabilidad de la CCSS.

"Por su parte, el defensor formula varios motivos en su recurso; sin embargo, por economía procesal, esta Sala entra a resolver directamente el alegato de fondo, consistente en que, a pesar de tener por demostrado que no fue la negligencia de la imputada la que llevó al resultado lesivo perseguido, la misma fue condenada al resarcimiento civil. El motivo debe declararse con lugar. Mal puede achacarse la responsabilidad civil a quien está siendo absuelta por no haber tenido responsabilidad en el hecho punible. Si bien es cierto que la jurisprudencia nacional ha fluctuado a través de los años en cuanto a los requisitos necesarios para que, en caso de absolutoria, se pueda imponer dicha condena civil, la verdad es que cuando menos se ha exigido, y así lo ha hecho esta Sala, la configuración del injusto penal, es decir una conducta típica y antijurídica (ver voto 496-F, de las 11.30 h del 23 de octubre de 1992). Aquélla como forma de habilitar la competencia del tribunal juzgador; y ésta, la antijuridicidad, como forma de constatar la existencia de un daño contrario al ordenamiento. La culpabilidad, ha sido dejada de lado, pues aun sin ella, sin juicio de reproche, mediaría un daño ilegítimo que merece ser resarcido. Pero, en ningún caso, puede imponerse una responsabilidad civil subjetiva si no concurren ambos componentes de la estructura del delito. Con mayor razón si es que lo ausente es algo previo y subyacente a la acción típica, como es el vínculo de autoría. En esta causa, se tuvo por demostrado y efectivamente a ello apunta la prueba, que la omisión de la encartada no fue la causa de la muerte (folio 442), sino una intervención diversa y ajena a aquélla. Por ende, siendo así, no podría achacársele a ella (en un análisis de mecánica causalista que el tribunal correctamente evita en el aspecto penal, pero implementa en el civil) un resultado extraño a su actuación. Nótese cómo no se trata de la falta de dolo o culpa (cosa que ya sería insuficiente a tenor de los artículos 1045 del Código Civil y 103 del Código Penal para dictar la condenatoria civil), sino de la ausencia misma de un vínculo de autoría. Una responsabilidad semejante, implicaría ampliar indebidamente (en mucho) la hipótesis de responsabilidad objetiva prevista por nuestra legislación. Eventualmente podría pensarse en la responsabilidad civil que cabría a la endilgada por el daño por ella producido, pero ese tanto no se ha delimitado y, por lo demás, la ausente configuración del ya aludido injusto penal precluiría tal pronunciamiento. Por consiguiente, se declara con lugar el primer motivo de fondo del recurso planteado por el defensor Ch.M. Se casa la sentencia y se declara sin lugar la acción civil resarcitoria intentada contra G.M.G., sin especial condenatoria en costas en cuanto a ella por haber mediado razones para litigar. Se omite pronunciamiento respecto a los demás reclamos del recurso, por falta de interés. Finalmente, el representante de la Caja Costarricense de Seguro Social, en un motivo que denomina "de fondo", alega violación a las reglas de la sana crítica, diciendo que se está ante un absurdo jurídico, al absolver a la encartada y, con base en las mismas pruebas, dictar una condenatoria civil. El reclamo debe ser declarado sin lugar. Debe indicarse que no hay óbice alguno para que, apoyándose en las mismas pruebas, el juzgador corrobore la existencia de una responsabilidad civil (que podría ser objetiva, como respecto a su representada lo es), mas no de un delito; o bien, caso menos posible, de un delito y no de responsabilidad civil. Ello en razón de que las hipótesis fácticas generadoras de dichas valoraciones jurídicas, son diversas. En el caso de la encartada debe al menos constatarse la existencia de una culpa; no así respecto al deber de indemnizar de la Caja Costarricense de Seguro Social, que a tenor de la legislación administrativa, es civilmente responsable de su actuación legítima o no, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, (artículo 190 de la Ley General de Administración Pública), cosa que no medió en este asunto."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 273 de las 10.55 h del 13 de marzo.

22. RESPONSABILIDAD CIVIL. Vehículo que pertenece a asociación comunitaria que no realiza actividades lucrativas.

"Apreciándose que el recurso interpuesto por J.S.C. y por el Licenciado E.R.M., Apoderado Especial y Apoderado Especial Judicial respectivamente de la actora civil S.R.C.C.S.A. (confrontar folios 447 y 448), así como por el Licenciado A.R.B. en su condición de apoderado de los actores civiles S.Q.F. y C.L.S.Q. (confrontar folios 450 a 454), en su único motivo por el fondo refieren el mismo vicio en relación con la condenatoria civil, se procede a analizarlos en un solo extremo. Señalan los impugnantes, que el Tribunal de mérito al disponer la responsabilidad de la Asociación de Desarrollo Integral de la Fortuna de San Carlos limitada al valor del vehículo tipo vagoneta placas número [...], aplicó erróneamente los artículos 186 y 187 inciso 2) de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, Nº 7.331, pues acorde a dicha normativa responden solidariamente con el conductor las personas físicas o jurídicas que explotan vehículos con fines comerciales o industriales, incluido el transporte público y en el presente asunto, la citada Asociación utilizaba la vagoneta para fines comerciales, a saber, el transporte y acarreo de materiales con lo cual lucraba, pues incluso el día de los hechos venía de dejar "chatarra" en un botadero de basura. Los recursos no proceden. Si bien como lo han venido señalando los recurrentes, la Ley dispone la reparación civil solidaria del propietario del vehículo –persona física o jurídica–, entre otras cosas, cuando el vehículo se utilice para la explotación con fines comerciales o industriales, sin embargo, la normativa que se extraña no resulta aplicable a la especie. El Tribunal, con fundamento en la prueba recibida en la audiencia, determinó en forma excluyente que el uso de la vagoneta por parte de la A. de D.I. de la F. de S.C., no correspondía a la explotación con fines comerciales ni industriales, sino más bien estaba dirigida a cumplir con un interés comunitario y social (confrontar folio 441), pues se usaba para transportar desechos y trasladar materiales a diversas asociaciones comunales del lugar. Debe tenerse presente que la responsabilidad solidaria, subjetiva y plena de las empresas, en los supuestos que prevé el artículo 187 inciso 2) de la Ley de Tránsito, se origina en el uso del vehículo con fines de explotación y por ende, lucrativos, en beneficio de la propia entidad y por ello, han de asumir todas las consecuencias patrimoniales que se deriven del hecho cuando medie culpa del conductor (responsabilidad subjetiva) o aun si no la hay (responsabilidad objetiva). En tales casos, opera el principio de que el riesgo creado debe asumirlo la empresa que de él obtiene beneficio. En la especie, empero, es preciso reiterar que el uso de la vagoneta no perseguía fines de lucro (es decir: ganancias que pueden traducirse en beneficios económicos), por lo que la hipótesis no encuadra en las previsiones de la norma de comentario, las cuales son taxativas y consecuentemente, no es válido utilizar la analogía con el propósito de establecer responsabilidades patrimoniales que la propia ley no consagra de manera expresa. A mayor abundamiento, corresponde indicar que en cuanto al cobro de dinero que efectuaba la citada Asociación por los servicios brindados –aspecto del que los gestionantes pretenden derivar la ampliación de responsabilidad de la demandada civil–, no implica que la Entidad se dedicara a una actividad mercantil, pues más bien el testigo F.A.V. cuya declaración se aprecia en los autos a folio 433 vuelto, declaró al respecto y el a quo le otorgó plena credibilidad, que los pagos que se hacían a la Asociación por los servicios brindados a grupos comunitarios y parroquiales, tenían por finalidad cubrir los costos

del combustible, las reparaciones del automotor y el salario de quien lo conduce; aspectos que, en modo alguno, pueden interpretarse como fines de lucro, sino de simple mantenimiento del bien y de su uso social. En ese entendido, no estando en presencia de los supuestos que permiten establecer la responsabilidad civil que se extraña, resulta imposible disponer la condena de la Asociación, para que cancele en forma solidaria con el imputado la totalidad de la indemnización civil, porque su responsabilidad –como apropiadamente lo dispuso el Tribunal de mérito– se limita al valor del vehículo respectivo. Por consiguiente, se declaran sin lugar los recursos interpuestos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 315 de las 10.55 h del 27 de marzo.

23. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. Aplicación errónea en caso de vehículo particular involucrado en accidente.

"El defensor del imputado M.L. recurre la sentencia, alegando un vicio in iudicando, en cuanto a la errónea aplicación de la ley substantiva que regula la relación de causalidad y cuestiona la incorrecta atribución de la responsabilidad civil. Lo anterior en tanto se condenó civilmente a su defendido, a pesar de tener claro el a quo, que el resultado conocido en esta causa, no se debió a su actuación, sino a la del justiciable M.V. Esta Sala concluye que el reclamo es atendible. Por ello debe casarse la sentencia, únicamente en lo relativo a dicha condenatoria civil impuesta a M.L. La responsabilidad civil extracontractual objetiva, no resulta aplicable al caso de marras, es importante señalar que la sentencia no tiene por demostrado que el vehículo conducido por el señor F.M.L., fuese un vehículo dedicado al transporte público remunerado o actividad empresarial como exige nuestra legislación (esencialmente en el artículo 1048 del Código Civil y las reglas vigentes sobre responsabilidad civil del Código Penal de 1941, según Ley 4891 de 8 de noviembre de 1971), como especie de excepción para ciertas actividades generadoras de riesgo lucrativo o funcional. No basta que sencillamente se utilice un automotor para crear así una responsabilidad objetiva, lo que llevaría a que siempre ese ciudadano sería responsable civilmente de los daños acontecidos, a menos que compruebe que se debieron a fuerza mayor o culpa del ofendido. Lo pertinente es resolver el agravio con aplicación de las reglas relativas a la responsabilidad subjetiva (en este caso descartable en cuanto a M.L., dado el caso fortuito acreditado por el aquo –folio 282–). El párrafo 3, del artículo 1048 del Código Civil, debe armonizarse con lo preceptuado por el numeral sétimo, párrafo 2 de la Ley de Tránsito N° 7331. Es necesario indicar, que el propietario registral del automotor, responde únicamente, en cuanto a su responsabilidad civil, por el monto o valor de su vehículo. Por lo tanto, en virtud del artículo 482 del Código de Procedimientos Penales, debe casarse la sentencia, solamente en lo relativo al pronunciamiento civil emitido contra M.L., dado que el a quo no describe de manera precisa los supuestos del hecho necesarios para aplicar la norma de fondo relativa a la responsabilidad objetiva, ello ocasiona una errónea aplicación del derecho y por ende, debe declararse con lugar este motivo, casando así la sentencia, y anulándola en el extremo relativo a la acción civil resarcitoria. Por lo demás, no incidiendo la cuestión sobre aspectos de índole penal, se remite a las partes a la vía civil, a fin de que diriman la contención, si a bien lo tuvieren."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 345 de las 9.25 h del 3 de abril.

24. ROBO AGRAVADO. Intervención de tres o más personas debe ser a título de autores.

"[...] la condición de autor hay que buscarla siempre en el tipo penal. Es la norma la que señala quién es el autor del hecho. Las normas de la parte general del Código, complementan la interpretación y en cuanto a la participación criminal y la coautoría, se consideran unánimemente por la doctrina como dispositivos amplificadores del ámbito propio de cada tipo penal, permitiendo su aplicación a otros sujetos no expresamente descritos en la norma, pero que contribuyeron a la realización del delito –partícipes, sea cómplice o instigador–, lesionando de igual forma el bien jurídico tutelado por la norma, o bien realizándolo conjuntamente con el autor del delito –coautoría–. La pieza acusatoria base del juicio y, contrario a lo que afirma el recurrente, es la que rola a folio 75 –y no la que se consigna erróneamente en la sentencia, según se analizará más adelante– y en ella claramente se establece el hecho cometido y el rol desempeñado por los tres sujetos actuantes, que son los tres acusados, aunque si bien es cierto no se logró establecer a quién correspondió cada acción debidamente acreditada: se acusó la sustracción del radio del vehículo BMW del ofendido, que se encontraba aparcado en la vía pública. Ésta se logró forzando el llavín de la puerta izquierda, acción en la que se hundió parte de la carrocería que lo rodea. Para realizar tal hecho, los tres sujetos acusados actuaron así: uno se introdujo al vehículo y sustrajo el radio; otro le esperaba afuera para vigilar que nadie se acercara; el tercero los esperaba a escasos metros, listo en un vehículo para huir de inmediato. Estamos frente a un robo cometido por tres sujetos, en una clara distribución de roles que permite asignar a cada uno de ellos, por su función, el dominio del hecho. Cada acción permitió el desapoderamiento de acuerdo con el plan establecido; era necesaria para salir avante en la empresa delictiva y eso le permite a cada uno controlar la consumación del hecho, esto es, tener el dominio y control de la situación. Esto que comúnmente se calificaría de coautoría por codominio funcional del hecho, ha sido establecida por el legislador como un tipo penal especial, subordinado al tipo base pero con un elemento –realización por tres sujetos– que de darse, agrava la pena, y que permite, en consecuencia, considerar a cada uno autor por expresa disposición del legislador al sancionar, en el numeral 213 inciso 3), en su relación con el inciso 7) del artículo 209, el robo "si fuere cometido por tres o más personas". Si, para cometer el delito es determinante no sólo la realización del verbo o núcleo central del tipo –desapoderamiento, en este caso– sino básicamente tener el dominio del hecho, al punto de determinar su consumación o no, según los principios generales de la autoría, estos resultan aplicables cuando se estructura y sanciona en forma independiente esa comisión conjunta, como sucede con el robo agravado con participación de tres o más sujetos, en el que cada uno es autor, primero, por expresa disposición legal y segundo, porque en el proceso se estableció el rol de cada uno y la trascendencia del mismo en la empresa delictiva, esto es, que dicho rol les asignaba a cada uno el control de la situación. Es cierto, como lo afirma el recurrente, que no basta acreditar un robo con participación de tres sujetos para estimar configurada la agravante. Nada impide que, en la realidad, uno de ellos no ostentara, por su papel, posibilidad alguna de controlar el desenlace de los hechos, careciendo en consecuencia de dominio sobre los mismos. Esto no permitiría considerarlo como autor, porque en realidad no cometió el hecho en asocio con los otros dos sujetos, tal y como lo exige la norma y lo imponen los principios generales de legalidad y de autoría, sino que simplemente colaboró con ellos, debiendo estimarse cómplice. Así, en el robo agravado por participación de tres sujetos, se da una combinación de factores: los tres sujetos son autores, por expresa disposición de la norma, pero lo son siempre que el hecho, objetivamente analizado, haya sido cometido por los tres, bien porque hayan realizado en conjunto el núcleo central del tipo, bien porque se han distribuido las funciones a tal fin, conservando cada uno, durante el desarrollo de los hechos, el control total de los mismos. En estos casos, estamos en presencia de "una unidad de acción en sentido legal, realizada por varios sujetos" (Castillo González, Francisco. La participación criminal en el derecho penal costarricense. San José, Editorial Juritexto, 1993, p. 80 y ss.) Lo que ocurre en este caso es que se erige como agravante, subordinada al tipo básico, el robo cometido por tres

personas. Esto significa que para que concurra la agravante, según se ha expuesto, es necesario acreditar que el robo fue cometido por tres sujetos, lo que hace que los tres sean autores, no de un delito independiente cada uno, como lo entendió erróneamente el Tribunal, sino de un delito de robo agravado, precisamente por la comisión conjunta del mismo entre los tres. Así, el vicio alegado no existe, pues en el caso concreto se estableció una división de funciones entre los tres imputados, según la cual se aprecia que cada uno conservaba el control total de la situación y por ello, comprobada la participación de los tres y cada rol desempeñado resulta irrelevante que no se haya individualizado a cada imputado el papel específico, pues los tres resultaron con dominio de la situación y en consecuencia, son autores de la sustracción en los términos del inciso 3) del artículo 213 inciso 3) del Código Penal, en relación con el inciso 7) del artículo 209 del mismo cuerpo legal."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 54 de las 9.50 h del 16 de enero.

25. SECUESTRO EXTORSIVO. Concurso real con privación de libertad.

"La tesis de la defensa, en cuanto a los veinticinco delitos de privación de libertad agravada por los que se condenó a su representado, consiste en que tales conductas constituyen un hecho previo impune (folio 246), en relación con el secuestro extorsivo de las dos ofendidas, H. y F., que sería el acto posterior punible. Estima la Sala, sin embargo, que este alegato no es de recibo. Con el propósito de clarificar los problemas que surgen del concurso aparente de normas, conviene analizar las diversas posibilidades en que éste se puede manifestar, en referencia a los hechos ahora sometidos a conocimiento. Así, en primer término, por lo regular las figuras del secuestro extorsivo y la privación de libertad se encuentran en relación de especialidad en abstracto; es decir, que la primera conforma un tipo especial, al compararlo con el general, constituido por la privación de libertad (ello en sentido amplio pues, en realidad, la conducta genérica consiste en privar a alguien de su libertad y no, de modo necesario, el tipo previsto por el artículo 191, que ya contiene la exigencia de que el acto sea realizado sin ánimo de lucro). Característico de la especialidad es que se produce cuando la acción del agente es única, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino desde el temporal y espacial (fáctico). Bajo esta perspectiva, si el acto desplegado por los autores fuese único, el concurso aparente de delitos, como de manera acertada lo señala la representante del Ministerio Público (folio 260), sólo puede establecerse en el caso de las ofendidas R.S.H. y N.F., donde, como lo entendió el a quo, los hechos que tuvieron lugar tipificaron el delito de secuestro extorsivo, sin que sea posible sancionarlos, además, como privación de libertad. Así, no existiría subsidiariedad tácita por entenderse que, para realizar el secuestro extorsivo deba efectuarse, de previo, el delito de privación de libertad, apreciando el hecho como una progresión de eventos, sino que, la sola conducta, como unidad fáctica, encajaría en la figura especial, desplazando de este modo a la general, o bien únicamente en esta última, tomando en cuenta cuál sea la que mejor se adapta a la materialidad del hecho. En síntesis, nos hallaríamos, regularmente, ante un problema de especialidad y no de aplicación del principio subsidiario, si la conducta es única. Sin embargo, en el presente caso la sentencia de mérito consigna y separa con claridad dos diferentes acciones, cada una de ellas individualizable en el tiempo, a saber: la primera, mediante la cual un grupo de personas, entre ellas las dos ofendidas citadas, fue privado de su libertad por el justiciable y sus acompañantes y la segunda, consistente en que estos efectuaron una selección de dos rehenes, las separaron del resto del grupo, con el que, hasta ese momento, compartían idénticas condiciones, y las llevaron consigo a otro sitio, con la finalidad, conseguida en última instancia, de obtener un rescate por ellas. Esta pluralidad de actos exteriorizados, desplaza la aplicación del principio de especialidad y permite analizar el subsidiario, para llegar a concluir que este último efectivamente se da, aunque no del modo que expone quien recurre. En efecto, las condiciones que han de confluir para aplicar esa forma de concurso aparente, por subsidiariedad material de hecho previo impune, son, siguiendo al mismo autor nacional citado por quien recurre: "... primera, la presencia de dos acciones punibles que se desarrollen sucesivamente en orden cronológico; segunda, que estas acciones representen diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico; tercera, que ellas se encuentren en relación de medio a fin según el criterio del 'id quod plerumque accidit'." (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1981, p. 50). En la especie, y referido a la relación entre los veinticinco delitos de privación de libertad y los dos de secuestro extorsivo, se echa de menos una de las exigencias, a saber: la lesión de un mismo bien jurídico. Ello es así por cuanto existen ciertos bienes calificados de personalísimos, es decir, aquéllos que, como la libertad, no pueden ser separados de su titular. En estos casos, la sola existencia de dos o más titulares del mismo bien, considerado en forma abstracta, conlleva establecer que, en caso de lesión, se vulneran tantos bienes jurídicos como titulares de ellos hayan sufrido el daño; consecuentemente, no es aplicable en esa hipótesis el concepto de que se trata del "mismo bien jurídico", en la forma que lo exige el principio de subsidiariedad en estudio. La doctrina nacional señala en cuanto a este punto que: "... es posible el concurso ideal homogéneo: a) En delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos. Bienes jurídicos personalísimos son aquellos que no se pueden separar de su titular; de modo que una multiplicidad de sujetos activos (sic) trae por consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas. Así, hay concurso ideal homogéneo cuando varias personas son muertas por una bomba, cuando varias personas son injuriadas con una sola palabra, cuando varios individuos son secuestrados, cuando varios menores, mediante un acto, son corrompidos. Bienes como la vida, la integridad corporal, la integridad sexual, la libertad, el honor, etc., son inseparables de su titular." (Ibídem, p. 64). En esta tesitura, se reitera, no puede hablarse de un concurso aparente de delitos, como lo pretende quien recurre, ni siquiera entre los veinticinco que se califican como privación de libertad, pues existen distintos bienes jurídicos lesionados en forma independiente (aun cuando correspondan a la misma categoría fenoménica general: libertad), y a pesar de que el daño haya sido infligido con una sola conducta, pues ello constituye un concurso ideal homogéneo, en la forma que lo sostuvo el a quo. Por las mismas razones, no puede tampoco considerarse que los referidos veinticinco delitos de privación de libertad consistan en un hecho previo impune, al relacionarlos con los dos delitos de secuestro extorsivo (concurrentes entre sí también en forma ideal homogénea), pues en la especie, se reitera, dada la naturaleza personalísima del bien jurídico libertad, la diversidad de titulares conduce a la multiplicidad de lesiones, sin que ellas puedan ser absorbidas por el daño causado al bien jurídico, también personalísimo, de otro sujeto. Es oportuno resaltar, además, que la circunstancia de que distintos delitos se vinculen entre sí de medio a fin, no es por sí sola suficiente para valorar los hechos como un concurso aparente, sino que es necesaria la confluencia de otros requisitos, como los reseñados, que permitan unificar jurídicamente las conductas (separables en el tiempo y el espacio), así como la lesión al bien jurídico, único o prevalente. Por ello, no se da esta forma de concurso entre el homicidio cometido para lograr o encubrir el robo, ni entre la falsificación de un documento con el propósito de estafar, ni entre las lesiones graves causadas a la víctima para despojarla (sin arrebato) de un bien, ni, en general, entre la gran cantidad de conductas que pueden vincularse, subjetiva y fenoménicamente, de ese modo particular. En el presente caso no puede sostenerse que la privación de libertad a la que fueron sometidas las veinticinco personas que, además de las ofendidas, se hallaban en el hotel en que se desarrolló parte de los hechos, configuren una conducta previa impune, a pesar de que el secuestro extorsivo constituyese

el fin último pretendido por los autores, pues no nos hallamos en presencia de una progresión de ataques al mismo bien jurídico, por las razones ya referidas. En segundo término, es preciso acotar que, de acuerdo con los hechos tenidos por demostrados en la sentencia, los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO se hallan en concurso real con los de PRIVACIÓN DE LIBERTAD, pues la acción única con la que se ejecutó este último, que afectó a veinticinco personas y a las dos ofendidas, no fue, ni material ni temporalmente, como se adelantó, la misma con la que, de modo posterior, se realizó el secuestro de las últimas, de allí que se aprecie la carencia de uno de los requisitos del concurso ideal, cual es la acción única que lesione distintos bienes jurídicos no excluyentes entre sí (concurso heterogéneo) o que realice varias veces el mismo tipo penal (homogéneo); unidad de conducta que también es característica normal del principio de especialidad, en el concurso aparente, como ya se reseñó (ver, en este sentido: CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 40 y 47). No obstante ello, los actos a través de los cuales se completó el secuestro, con ánimo de lucro, de ambas perjudicadas, sí han de verse como una acción unitaria, desde el punto de vista jurídico y como un concurso aparente entre ese delito y el de Privación de libertad del que, al inicio, fueron víctimas; pues el tipo penal del artículo 215 del Código punitivo es pluriofensivo, es decir, sanciona la lesión a varios bienes jurídicos, entre los cuales se halla el tutelado por la norma que reprime la privación de libertad. En efecto, mediante el secuestro extorsivo se vulneran el patrimonio, la libertad ambulatoria y la libertad de determinación (de la persona que deba ejecutar la conducta exigida por los autores del hecho); de allí que sí sea posible aplicar el principio de subsidiariedad material, en este caso específico, referido a los hechos que sufrieran R.H. y N.F. y estimar, como lo hizo el a quo, que su privación de libertad constituye un hecho previo impune, cuando se lo relaciona con el secuestro extorsivo a que luego dio paso. En virtud de lo expuesto, se desestima el reproche."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8.45 h del 31 de octubre.

26. SECUESTRO EXTORSIVO. Inexistencia de concurso ideal con daños.

"El segundo aspecto planteado en el recurso, corresponde a que los daños causados por el justiciable y sus acompañantes a los vehículos que se hallaban en las afueras del hotel, no obedecieron a la intención de "... dañar por sí, sino dañar para evitar la persecución y asegurar el Secuestro Extorsivo". (Folio 248); en consecuencia, estaríamos, según el criterio de quien recurre, ante un concurso aparente de delitos. A juicio de la Sala, el argumento no es atendible. Tal como se expuso en el Considerando anterior, la mera circunstancia de que en el plan del autor varios delitos se vinculen de medio a fin, no es suficiente para arribar a la conclusión de que todos los actos desplegados constituyen una unidad de acción, desde el punto de vista jurídico. Las normas que sancionan el secuestro extorsivo y los daños en modo alguno son excluyentes; no existe coincidencia respecto del bien jurídico tutelado, ni elementos comunes en la descripción legal de las conductas. Tampoco pueden estimarse los daños como un delito de pasaje al secuestro extorsivo, por la misma circunstancia de la diversidad de bienes jurídicos, máxime si, como lo hace ver la representante del Ministerio Público (folio 261) y se desprende de la transcripción de los hechos probados de la sentencia hecha en el Considerando II, tales daños sobre los vehículos que se hallaban en las afueras del Hotel, fueron producidos cuando se retiraban del sitio y mientras las restantes veinticinco personas que, eventualmente, podrían haber hecho uso de los automotores para perseguir al justiciable y sus compañeros, se hallaban encerrados y atados dentro de las instalaciones de ese negocio, advertidos, además, de que no debían salir porque habían sido colocados explosivos en las puertas de las habitaciones y, de hecho, no lograron liberarse sino después de un lapso de cuarenta minutos. En estas circunstancias, el inutilizar los vehículos puede verse como una previsión más del encartado y los restantes miembros del grupo, con el fin de asegurar su impunidad y el logro del plan pretendido, pero no como una conducta necesaria para obtener esos propósitos, que pueda integrarse en una sola acción, desde el punto de vista jurídico. En síntesis, no existe entre los tipos penales ninguna relación de género a especie, ni se aprecia que, en este caso, el tipo del secuestro extorsivo proteja un bien jurídico comprensivo del tutelado por el de daños, que pudiese dar lugar a la aplicación del principio de subsidiariedad. En virtud de lo expuesto, sin lugar el reproche."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8.45 h del 31 de octubre.

27. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES. Improcedencia de su aplicación, por ser contraria al Derecho Penal de acto. Necesidad de constatar elemento subjetivo.

"La representante del Ministerio Público, plantea recurso de casación contra la absolutoria decretada, alegando irrespeto a las reglas de la sana crítica, por cuanto debió haberse concluido que el deceso producido lo fue por imprudencia de la acusada. Señala que el suero aplicado tuvo consecuencias en la salud de la víctima, haciendo que convulsionara; que a los veinte minutos de su aplicación, ya habían sido ingresados al cuerpo 600 c.c. de suero glucosado al 50%; que no es correcto concluir que no se pudo demostrar cuándo el suministro de suero fue puesto "a chorro"; que no es cierto que la ofendida se hubiera recuperado del trastorno metabólico, pues su mismo esposo dice que ella le manifestó que le dolía la cabeza; que, a pesar de haberse regularizado su situación, a la perjudicada debió practicársele un "TAC" y una punción lumbar a consecuencia de suero erróneamente aplicado. Agrega que el infarto ocasionado por el suero llevó a la realización de la arteriografía, como producto de la cual falleció la señora M.B.; que fue la acción de la encartada la que desencadenó los hechos, pues suprimiendo hipotéticamente su intervención, la occisa no habría sufrido la hiperglicemia, no habría convulsionado, no habría mediado necesidad de someterla a cuidados intensivos y no se le habría llevado a cabo el examen que le ocasionó la defunción. El reclamo debe declararse sin lugar. Como lo explicó el tribunal, derivándolo correctamente de la globalidad de la prueba, el error de la anestesista es irrelevante a efectos de imputar el desafortunado fin de los hechos. Bien se determinó que dicho error tuvo por corolario directo las convulsiones, los cuidados intensivos y los dolores de cabeza de la occisa; mas no su muerte. Esta obedeció a la realización de la arteriografía que ulteriormente se ordenó para elucidar la causa de tales dolores, y no a la puesta equívoca del citado suero. Aun concediendo hipotéticamente que, como dice la recurrente, la ofendida sólo se hubiera regularizado en su estado, lo cierto es que la causa de muerte es ajena al error acusado a la procesada. Razonar como lo hace la impugnante, quien argumenta que ella desencadenó la sucesión de hechos, que suprimiendo su intervención no habría sobrevenido el resultado lamentable, implica echar mano a un método causalista en el análisis de la autoría, específicamente el de la equivalencia de las condiciones, que afirma que todas las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal. Este género de tesis, en sólido desuso, lleva considerar en igualdad de importancia la totalidad de los factores inmersos en la trama causal, independientemente del valor y peso que cada uno de ellos tenga. Precisamente por ello se revela como opuesta a un Derecho Penal de acciones, puesto que este requiere la concurrencia, no sólo de un sustrato fenoménico, sino también del elemento subjetivo del tipo como requisito mínimo indispensable de perseguibilidad del resultado lesivo. De no concurrir ese elemento, en su régimen doloso (por intención) o culposo (de previsibilidad), la acción no es sancionable. Por ello es que

cabalmente se hable hoy de la "imputación objetiva" como método de examen de la causalidad, entendiendo por la misma no sólo la constatación del nexo causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas sólo prohíben resultados evitables (BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Parte General, Akal, 2a. ed., Madrid, 1990, p. 121 y ss.; "Lineamiento de la Teoría del Delito", Juricentro, 2a. ed., San José, 1985, p. 42), y para ser evitables, deben ser previsibles. En el presente asunto, en el que la misma literatura médica señala como bajamente probable el advenimiento de un deceso en la práctica de una arteriografía (menos de un 0.1 % –folio 440–), el triste resultado difícilmente era previsible incluso para el profesional que ordenó el examen. Con menor razón aun habría sido previsible para la justiciable, quien incluso esforzándose y empleando sus conocimientos calificados, no habría podido prever el final desafortunado; máxime si este se dio por acciones médicas ajenas a su intervención. En palabras de Enrique BACIGALUPO, el deceso "no es la concreción de la misma" de una imprevisión achacable. Así las cosas, ni siquiera siguiendo tesis causalistas como la "ley de la causalidad natural" o bien la "teoría de la causalidad adecuada", el efecto le sería achacable, pues aquélla exige la existencia de una ley causal natural general de la cual el caso concreto sea expresión, mientras esta requiere un resultado acorde a la experiencia general, situaciones que no surgieron en estos hechos. En consecuencia, no puede estimarse que el tribunal haya razonado erróneamente al concluir que la muerte de la señora M.B. no es achacable a la imputada, y debe declararse sin lugar el recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 273 de las 10.55 h del 13 de marzo.

28. TRÁFICO DE DROGAS. Consideraciones sobre la actividad desarrollada por la organización.

"En el único motivo de su recurso por vicios in iudicando (folios 126 a 197, Tomo V), el representante del Ministerio Público impugna el fallo de mérito por inobservancia del artículo 16 de la Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas. En apoyo de su reclamo, sostiene que las conductas desplegadas por los justiciables M. y G.V.H., J.C.R. y K.G.R., constituyen un concurso material entre los delitos de Tráfico internacional y Tráfico nacional agravado de drogas y no un concurso ideal, como lo estimó el a quo. Indica que nos hallamos ante una pluralidad de acciones, con fines diversos, distintas lesiones y dos normas independientes que sancionan cada una de las actividades. Estima la Sala que el reproche no es de recibo. La sentencia que se impugna establece que los justiciables dichos conformaban una organización cuyo objeto consistía en el tráfico de drogas, tanto a nivel nacional como internacional (folios 2484 y 2485, Tomo IV); en otros términos, con distintas ramificaciones, no obstante que algunos miembros de la banda participasen tan solo en alguna de las dos actividades posibles. En realidad, considera la Sala que nos hallamos en presencia de un solo hecho (desde el punto de vista jurídico), relativo al tráfico de drogas, no obstante que el juicio de reproche que deba hacerse a algunos de los justiciables, difiera del que corresponde a otros, atendiendo a la naturaleza de los actos desplegados por cada uno. En efecto, debe recordarse que el delito de tráfico (nacional o internacional) de drogas, constituye, no uno o varios actos aislados, sino una actividad, es decir, un conjunto de acciones sistemáticamente vinculables por el fin que se persigue. Además, cuando estos actos se desarrollan con sustento en una estructura organizativa, las posibilidades de lesión al bien jurídico tutelado son mayores, sin que ello implique que cada uno de los miembros deba ejecutar tareas de idéntica naturaleza. En la especie, se acreditó que algunos de los justiciables se encargaron de traficar cocaína hacia otros países, en tanto que los demás prestaron su concurso en el cultivo y trasiego de drogas en el ámbito nacional. No obstante, los líderes de ambas "ramas" del grupo son los mismos (M. y G.V.H.), lo que denota, como lo sostuvo el a quo, que se trata de una sola organización, dentro de la cual es incluso admisible que algunos miembros no se conozcan o hagan tratos entre sí. El bien jurídico tutelado en ambos casos es el mismo, aunque, conforme se adelantó, el juicio de reproche que deba hacerse a los partícipes se agrave o atenúe, atendiendo al nivel que alcancen sus acciones dentro de la actividad global ejercida. Por ello, procede, más bien, modificar el fallo, para señalar que no se produjo un concurso ideal entre las dos delincuencias que se mencionan, sino que se trata de una sola actividad ilícita, en la cual algunos de los justiciables lesionaron más el bien jurídico mediante el tráfico internacional, mientras que otros adecuaron su conducta al trasiego nacional de drogas. A pesar de esta enmienda, observa la Sala que no procede modificación alguna de las penas fijadas, pues el a quo, al absolver a ciertos imputados del delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS AGRAVADO, y condenarlos por el de TRÁFICO NACIONAL AGRAVADO, adecuó el juicio de reproche a los criterios que aquí se señalan y, respecto de quienes fueron sancionados por ambas figuras, lo cierto es que la pena impuesta se encuentra dentro de los límites que establece la Ley para reprimir el Tráfico internacional. En virtud de lo expuesto, debe declararse sin lugar el recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 441 de las 8.48 h del 15 de mayo.

29. USO DE FALSO DOCUMENTO. Falsificación de endoso - Tutela penal del cheque.

"Como primer agravio por vicios de fondo, el defensor del acusado reclama la errónea aplicación del numeral 363 en relación con el 361, ambos del Código Penal, pues a su juicio la acción realizada por su defendido no es típica del delito de uso de documento falso dado que los cheques utilizados eran verdaderos. Se tiene por cierto que los cheques, al momento de serle sustraídos a la ofendida, se encontraban debidamente confeccionados por la persona autorizada para ello, lo que significa que en sus elementos esenciales estos eran auténticos, verdaderos. Esos documentos, como títulos valores, generadores de derechos y obligaciones, ya habían nacido a la vida jurídica en forma verdadera y legítima, por ello, no puede considerarse que se habían falsificado total o parcialmente por el hecho de haberse falsificado el endoso, porque éste no es parte esencial del cheque y por ello su falsedad no alcanza al título. Como primer punto debemos aclarar que, con independencia de la consideración de si el endoso es parte o no del documento, en los términos en que este documento se protege y tutela en el numeral 361, lo cierto es que falsificar un endoso, esto es, la firma del titular o beneficiario de un título valor, constituye un supuesto de falsedad material, "hacer en todo o en parte" un documento falso, pues precisamente se "usurpa" mediante la falsificación, el signo de autenticidad por excelencia como lo es la firma –en este caso del beneficiario del título–, con la que se inicia a su vez la circulación del documento, lo que le da apariencia de genuinidad, de autenticidad, facilitándose de esta forma su incursión en el tráfico mercantil,

elemento que según se analiza más adelante, es parte esencial de su propia existencia y finalidad jurídica, por lo que siempre nos encontramos frente a un uso de documento falso, ya se considere falsificación de documento equiparado, ya sea de documento privado, pues la falsificación material para ambos objetos se encuentra expresamente tipificada y ello sería suficiente para declarar sin lugar este motivo de la impugnación. Falsificar la firma de un particular es la única forma de atribuirle una determinada "declaración" que no ha hecho, dándole apariencia de genuinidad. Para Soler, en estos supuestos, se falsifica la imputación de lo declarado y con ello, se falsea todo el documento, porque precisamente se le falsifica en lo único que éste puede probar, que es que un sujeto ha hecho cierta manifestación (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tomo V , Tipográfica Editora Argentina, 1973, p. 339 y ss.). En el caso de la falsificación del endoso además, debe tenerse presente, que a diferencia de los signos oficiales de autenticidad como los sellos, los timbres, el papel, que son conocidos por todos o por un gran número de personas, la firma de un particular no posee esa característica, de modo que es, si se puede decir así, fácilmente falseable, por lo que incluso, como dice el autor citado "para la falsificación de la firma, la tutela es menor pero más amplia" (ib. p. 341). Esta afirmación la hace el autor argentino porque tradicionalmente se han restringido los supuestos de falsedad material al concepto de imitación, lo que es fácilmente comprensible si se piensa en documentos oficiales o instrumentos públicos o bien en la falsificación de sellos o moneda, a los que sólo se les puede falsificar materialmente, es decir "hacer en todo o en parte", por imitación, pero ello debe entenderse en forma más amplia cuando se hace referencia a documentos privados o de particulares y muy especialmente en los títulos valores que están por su propia naturaleza, destinados a la circulación y muchos de ellos –los títulos a la orden, dentro de los que está el cheque, y los nominativos– se transmiten por endoso, documentos todos en los cuales su autenticidad se comprueba generalmente por la firma. Y aquí hemos de aprovechar para aclarar otro extremo íntimamente relacionado con el tema objeto de impugnación. El artículo 361 del Código Penal, si bien posee como nomen iuris el de "Documentos equiparados", lo cierto es que en su texto únicamente establece que tendrán la misma penalidad que la contemplada para el delito de falsificación de documentos públicos o auténticos, o para la supresión, ocultación o destrucción de los mismos, señalada por los artículos 357 y 361, la realización de dichas conductas en un testamento cerrado, en un cheque, sea oficial o giro, en una letra de cambio, en acciones u otros documentos o títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador. Es decir, no contempla una equiparación expresa, como sí lo hace el numeral 397 del Código Penal Argentino que establece: "Para los efectos de este capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos hológrafos o cerrados, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el art. 285". En este artículo se contempló expresamente a los cheques dentro de los documentos equiparados, hasta 1984, en que por reforma impuesta por Ley 23.077 se les eliminó, quedando el texto como ha sido transcrito (Breglia Arias Omar y otro, Código Penal y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 996). Aun cuando dicho artículo contemplaba expresamente al cheque –y aún ahora que no lo hace_ la doctrina argentina siempre ha considerado -apoyándose en la doctrina italiana a partir del Código de 1930– que la equiparación lo es únicamente para efectos de pena –quoad poenam–, y nunca para efectos sustantivos –quoad substantiam– es decir, nunca para estimar que esos documentos –testamento, cheque, letra de cambio, etc.– se transforman por la ley en públicos, cuando su naturaleza privada resulta incuestionable (cfr. Soler, op. cit., p. 330 y ss.; Creus Carlos, Falsificación de documentos en general, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2da. edición actualizada, 1993, p. 215 y ss.; Fontán Balestra, Carlos Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Octava Edición, 1978, p. 654; Núñez Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Córdoba, Editorial Lerner, 1978, p. 484 y ss.) Está claro entonces que para efectos de nuestra legislación es aún más evidente que la equiparación del numeral 361 es para efectos de penar con igual intensidad que la contemplada para los documentos públicos, la falsificación de los documentos en él contemplados y dentro de ellos al cheque, pero nunca para considerar o elevar a dichos documentos a la naturaleza de públicos, de modo que su falsificación es siempre la de un documento privado, con la diferencia de que se les sanciona con mayor gravedad. Señalamos ya que, con independencia de la naturaleza jurídica del cheque y del endoso, su falsificación es un supuesto de falsedad material y el uso de un documento en esas condiciones será siempre uso de documento falso penado por el numeral 362 del Código Penal. No obstante, en atención a los argumentos que expone el recurrente y a las consideraciones del Ministerio Público al contestar la audiencia de este recurso, esta Sala estima necesario hacer algunas puntualizaciones en cuanto a la tutela penal del cheque en el delito del numeral 361 del Código Penal. II.- De los títulos valores y su mayor protección penal. Conviene cuestionarse por qué los cheques, junto con los demás documentos privados que contempla el numeral 361 –excluyendo para los efectos de este desarrollo al testamento–, reciben –en la nuestra y en otras legislaciones– una mayor protección por parte del Derecho Penal cuando de su falsificación se trata y por qué se les agrupa dentro de los delitos que atentan contra la fe pública. La mayoría de los autores justifica esta tutela penal más intensa, por la importancia que estos documentos, hoy agrupados bajo el concepto de títulos valores, poseen para el tráfico mercantil y para la agilidad, confianza y seguridad que requiere el comercio en la economía moderna. Para efectos de resolver este asunto, es necesario exponer algunas notas sobre los títulos valores, para comprender su protección por el Derecho Penal. El concepto de título valor, es una construcción dogmática de los intérpretes alemanes e italianos, que elaboraron la teoría general de los mismos, a partir de las características que a ellos asignaba la ley, sin olvidar que en todo caso, como ocurre en general con todas las instituciones del Derecho Mercantil, fueron los usos y las costumbres los que dieron nacimiento a este tipo de documentos, definiendo la práctica, las características que según las diferentes necesidades se fueron perfilando, para cada tipo particular de título valor. Lo importante es destacar que precisamente esta disciplina vino a "romper" el esquema tradicional de transmisión de créditos, optando por la agilidad y por la tutela del adquirente del título en beneficio de la seguridad y la posibilidad práctica de la circulación de créditos, de posiciones contractuales o de participaciones en sociedades y comunidades (v. Torrealba, Octavio. Apuntes sobre un concepto tipológico de título valor en Revista Judicial, San José, Departamento de Publicaciones e Impresos, Poder Judicial, 1991, N° 53, p. 21 y ss.). De lo expuesto resalta que la esencia de los títulos valores es su posibilidad de circular, en aras de la cual se perfilan las características propias de estos documentos como son la incorporación en ellos de los derechos destinados a la circulación, la autonomía de los derechos y obligaciones de las partes, la literalidad y su poder de legitimación. Toda esta construcción jurídica respalda la necesidad práctica de la circulación de la riqueza. Es esta la característica propia de los títulos valores, que nacieron para movilizar la riqueza, para trasladarla con seguridad y certeza. Por ello surgió la letra de cambio y, las posteriores necesidades dieron nacimiento a sus derivados como el pagaré, el cheque y luego a las obligaciones, bonos acciones, cartas de porte, en fin, a toda la gama de títulos que hoy existen y que, según su naturaleza, poseen sus propias reglas para circular (al respecto, véase Sanín Echeverri, Eugenio. Títulos valores, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, 1993, p. 13 y ss.). Según la forma en que pueden circular, los títulos valores se clasifican en títulos al portador, que se negocian por la simple entrega (artículos 712 y ss. del Código de Comercio); a la orden, que son transmisibles por endoso y entrega (artículos 693 y ss. del Código de Comercio) y nominativos transferibles también por endoso y entrega, pero cuya transferencia debe inscribirse en un registro llevado por el creador del título (arts. 687 y ss. del Código de Comercio). Estas

formas son las que integran la llamada ley de la circulación. Cada título valor tiene su propia ley y sólo puede negociarse de conformidad con ella. Si no se hace así no puede estimarse que el título circuló, podría ser otro tipo de negocio, pero no lo sería ya en términos cambiarios (cfr. Sanín Echeverri, op. cit., p. 17). III.- Debe destacarse que por la literalidad se considera que "el derecho brota del título literal en el sentido de que en todo aquello que mira su contenido, extensión y modalidades, es decisivo exclusivamente el elemento objetivo del tenor del título" (Ascarelli, citado por Sanín Echeverri, op. cit., p. 25), por lo que además del tenor, es necesaria la tenencia o posesión del título para poder hacerlo efectivo. Precisamente por esta característica de la literalidad es que se insiste tanto en las formalidades de los títulos valores, señalando la ley determinados "requisitos esenciales", que de manera general se enuncian en nuestra legislación en el artículo 670 y en cuanto al cheque en particular en el numeral 803, ambos del Código de Comercio. El tenor literal del título es esencial para determinar sus alcances y la naturaleza del derecho que en él se contiene, pero todo ello además en función especialmente de su circulación, que deberá realizarse según la ley propia de cada uno de ellos. Obsérvese incluso que al cheque que no reúna esos requisitos no se le considerará cheque, esto es, título valor, lo que no significa que no sea válido entre las partes originarias de la relación (artículo 804 del Código de Comercio). Por ello se afirma que la literalidad no actúa en favor de las partes "originarias", que tienen entre ellas convenciones directas, porque entre ellas no ha habido circulación, no ha ingresado en el tráfico mercantil, sino que funciona en favor de las demás partes quienes entran en posesión del título por su circulación, es decir, para proteger al público, al adquirente de buena fe, por ello, la literalidad sólo se explica en función de la circulación del título (Sanín Echeverri, op. cit. p. 25). La autonomía significa que cuando el documento circula, en cada negociación nace un derecho y una obligación autónomos para el adquirente, una nueva parte en la cadena que se da al circular el título. "Por la autonomía, desde su aspecto activo, cada suscriptor de un título valor sea como creador o cedente del mismo, como avalista o en cualquier sentido, se obliga autónomamente, separadamente, unilateralmente (...) Por la autonomía, cada parte 'se obliga', crea ella misma su obligación. En la negociación por endoso, típica de la letra de cambio, suele decirse que 'el que endosa gira'. Se obliga, crea su propia obligación. Así existe una buena base jurídica para que se haga responsable independientemente de los defectos y excepciones de las partes precedentes", si bien debe destacarse que la autonomía sólo beneficia a quien haya adquirido el título según su propia ley (ib., pp. 30-31). El endoso en un cheque implica no sólo transmitir su propiedad sino además adquirir una obligación personal de garantía del título, por lo que su falsedad perjudica a quien le ha sido usurpada la firma y a quien adquiere de buena fe el título así afectado. Finalmente, en lo tocante a la legitimación, debe señalarse que ésta se refiere al tenedor del título y le permite de un lado ejercitar el derecho contenido en el documento y al deudor quedar liberado si le cancela a éste. La legitimación la tiene quien ha adquirido el título de conformidad con su ley para circular y es elemento esencial del título valor, al lado de la literalidad y la autonomía. Esta característica interesa pues en relación con los poseedores distintos del primero, porque después de éste es suficiente, para la propiedad formal, poseer el título según su ley de circulación, y aunque para efectos meramente obligacionales se habla del tomador de buena fe, el que ha adquirido regularmente, también el tomador irregular es por las apariencias reputado dueño del título –como aquél que falsifica el endoso– aunque no está legitimado para su ejercicio. En los títulos al portador, el legitimado es quien ostenta la posesión del título; en los títulos a la orden se requiere continuidad en la cadena de endosos –la que fácilmente se logra con su falsedad– así como la identificación del último tenedor. El cheque, como orden incondicional de pago, girada contra un banco y pagadera a la vista, puede ser a la orden o al portador, de modo que para que circule y se estime legitimado su tenedor, se requiere, en los que son al portador, la simple entrega; en los cheques a la orden se requiere el endoso, y no puede exigirse al que se presente a su cobro que compruebe la autenticidad de éstos, solamente debe verificarse su continuidad y la identidad de quien se presenta como último tenedor (art. 705 del Código de Comercio). IV.- El cheque en el artículo 361 del Código Penal. Luego de todo lo que se ha venido exponiendo con respecto a los títulos valores, cabe preguntarse en qué sentido se debe enfocar la tutela de la falsificación del cheque en el artículo 361 del Código Penal. El cheque, por su propia naturaleza de ser prácticamente un equivalente del dinero en efectivo, siempre ha sido objeto de especial protección por el Derecho Penal. Esta tutela se ha identificado con la que corresponde al libramiento de cheques sin fondos, de la contraorden injustificada de no pago, así como ineludiblemente del fraude cometido por su medio. Todas estas conductas buscan tutelar la confianza pública, el patrimonio y la fe pública y la prelación de bienes jurídicos dependerá de cada legislación. Además, se refieren todas a conductas propias del cuentacorrentista, es decir del titular de la cuenta contra la cual se gira el cheque o bien del particular que en contubernio con éste, hace circular un cheque sin provisión de fondos o que finalmente no será hecho efectivo. Pero la idea de la falsedad también ha acompañado a este tipo de documentos, especialmente cuando el cuentacorrentista es despojado por descuido o violencia de los formularios de cheques y estos son falsificados para poder hacerlos efectivos (v. Tocora, Luis Fernando. Protección Penal del Cheque, Bogotá, Temis, 1984. 200 p., pp. 91 y ss.; Borinsky Carlos, Derecho Penal del Cheque, Buenos Aires, Editorial Astrea, tercera reimpresión, 1986, 291 p.; Trujillo Calle Bernardo y otros, Comentarios a los títulos valores, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1983, 214 p.). De allí se comprende por qué generalmente, cuando se habla de la falsificación material del cheque, se recurra siempre a la idea de la falsedad de la firma del girador, es decir, del que emite el título, de la cantidad, o bien a la identidad del beneficiario del título que son los elementos verdaderamente esenciales del cheque, como orden incondicional de pago que es. Sin embargo, la falsificación de esos extremos, que indudablemente constituyen un hacer total o parcialmente el cheque falso, enfocan y afectan una parte, esencial sí, pero sólo una de las esferas del cheque como título valor, cual es, según se vio, su literalidad –la existencia y alcance de la obligación cartular–, además de su autoría y genuinidad, como emanado realmente del titular de la cuenta. Sin embargo, esa orden incondicional de pago carece de sentido si no puede hacerse efectivo. En el caso de los cheques a la orden, su propiedad y la forma de efectivizarlo es únicamente mediante el endoso. Así, vemos como éste es parte esencial del cheque en su propia finalidad jurídica, de modo que no podría pensarse en proteger el cheque en su literalidad pero no en su titularidad, su propiedad o en la posibilidad misma de que sea hecho efectivo. Tanto se perjudica la fe pública, la confianza pública cuando se falsea el contenido de un cheque como cuando se falsifica un endoso, especialmente porque en aras de proteger la circulación y la confianza en estos documentos, el tenedor de buena fe siempre es protegido, con independencia de las falsedades en la cadena de circulación (arts. 810 y 811 del Código de Comercio). Por eso es claro para esta Sala que falsificar un endoso es falsificar parcialmente un cheque y esa conducta sería típica del artículo 361 del Código Penal (Núñez, op. cit., p. 485; Romero Soto, Luis, La Falsedad Documental, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1993, cuarta edición ampliada y revisada, 564 p., p. 374 y ss.). La diversa conclusión a que se llega por parte de algunos autores argentinos, particularmente Carlos Creus, en quien apoya el recurrente sus alegatos, está basada precisamente en la diferente regulación que se da en ese país respecto del cheque, cuya naturaleza como título valor es dudosa, al prescribirse el trámite de la cesión de créditos para aquellos cheques que superen determinado monto, así como la obligación en esas circunstancias de elaborarlos siempre en favor de persona determinada. A ello hay que agregar que el cheque fue expresamente excluido del artículo 397 del Código Penal tal y como se señaló. Finalmente debe señalarse que Creus no estima impune la falsificación del endoso, como parece entenderlo el impugnante, sino que la

califica como falsificación de documento privado (v. Creus, op. cit., p. 219 y ss.). Según se ha analizado, la conducta del imputado es típica del delito de uso de documento falso y por esa razón debe declararse sin lugar este motivo de la impugnación."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1415 de las 10.10 h del 5 de diciembre.

30. VENTA DE DROGAS. Requisitos de las ventas controladas.

"II.- En la investigación de los delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, la actividad de la policía es de trascendental importancia pues permite no sólo individualizar a los partícipes, sino, antes bien, identificar su forma de operar, sus relaciones, contactos, en fin, la serie de indicios comprobados que legitimarán –de ser procedente– la intervención del aparato jurisdiccional, para ordenar la realización de diligencias probatorias, anticipos jurisdiccionales de prueba y, finalmente iniciar el proceso para juzgar a los responsables. Sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como "agentes encubiertos" es decir, personas que, ocultando su verdadera identidad, se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza. Ha sido reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia constitucional, que si bien reconoce la utilidad de este tipo de estrategia de investigación, sí señala que deben utilizarse y valorarse en el contexto de unas diligencias que al menos arrojen su necesidad y utilidad probatoria. A su realización deben unirse otros elementos, por ejemplo, informes que señalen el punto de interés como reconocido por el tráfico de drogas, vigilancias, los llamados fijos, o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el ilícito se da y deseable es que, además, en caso de que sea factible, esas vigilancias y fijos se registren audiovisualmente. La Sala Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la sentencia 5573-96, de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, oportunidad en la que señaló: " (...) La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de "experimentos" u operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tienten a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional (...) Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad". Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido su pertinencia, al tiempo que, al determinar sus alcances probatorios, ha sido especialmente rigurosa si no se acompaña de mayores elementos. Por ejemplo, se ha dudado de su legitimidad cuando además ha fallado la cadena de custodia de la evidencia obtenida en las supuestas compras –sentencia 792-97, de las 15.55 h del 7 de agosto del año anterior–; ha puntualizado la necesidad de que las compras controladas se respalden en actas en las que, previamente la policía se asegure de haber requisado al agente encubierto e individualizado los billetes y luego, registre el resultado de la compra, la evidencia obtenida y la remita a las autoridades judiciales respetando la cadena de custodia, aunque también se ha admitido que la ausencia de esas actas de antemano no resta valor a las diligencias, si pueden acreditarse por otros medios: "Sin embargo, aunque no es lo más recomendable, perfectamente las transacciones pueden ser probadas por otros medios de prueba, incluyendo billetes previamente identificados –no marcados ante juez– por los testigos; lo cual será posteriormente evaluado por los jueces de acuerdo a las reglas de la sana crítica" –sentencia 548-F-95 de las 9.10 h del 22 de setiembre de 1995–; contextualmente ha reconocido su validez para acreditar el hecho delictivo, cuando además de las compras, existen vigilancias, seguimientos o fijos de los cuales se ha podido extraer la actividad desarrollada por el imputado –entre otras, sentencias 398-97 de las 16.35 h, del 29 de abril y 419-97 de las 9.35 h. del 9 de mayo ambas del año anterior–. Finalmente, ha reconocido el deber de las autoridades de suministrar la identidad del agente encubierto para que esta persona sea sometida al contradictorio en la fase plenaria, aun cuando ha admitido que si la policía no lo identifica, la declaración de los oficiales que acompañaron al agente encubierto y vigilaron las compras es suficiente para acreditarlas: "Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aun cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia" –sentencia 398-97 ya citada–. III.- Este breve recorrido por la jurisprudencia sirve de antesala para analizar el caso en estudio. La policía se negó en todo momento a identificar al agente encubierto. El imputado declaró y afirmó que lo conocía y cuáles podrían haber sido sus motivaciones para implicarlo como vendedor de droga –cosa que él niega– y por ello solicitó al Tribunal que lo llevara a estrados. El órgano jurisdiccional se negó, sin dar mayores fundamentos, omitiendo en forma ilegal diligenciar una prueba de trascendental importancia para la defensa del imputado y para tratar de alcanzar la verdad de los hechos, solicitud de prueba que incluso fue apoyada por el Ministerio Público, según se desprende del acta de debate visible a folio 106. A su vez, la investigación policial en este caso fue por demás deficiente, mezclando los elementos indiciarios que supuestamente existían contra dos sujetos distintos, en apariencia sin relación alguna, como son el imputado y F.O.B., de modo que la confusión no permite organizar en forma científica y eficiente la investigación contra el imputado E.R. ¿Por qué se afirma esto? A E.R. nunca se le realizan vigilancias ni fijos; no se conoce si a su casa efectivamente se acercaban con frecuencia, o de manera ocasional, personas adictas a abastecerse de droga; la compra controlada que según los oficiales realizó el agente encubierto en fecha nueve de setiembre no fue documentada en un acta y si bien podría acreditarse por otros medios, el agente encubierto nunca fue identificado ni llamado a estrados; los oficiales no lo acompañaron a la compra y simplemente narran que el agente encubierto les manifestó que fue el imputado quien le vendió marihuana, constándoles sólo que se apersonaron a la casa de éste; la droga que supuestamente se obtuvo de esta compra el nueve de setiembre fue dada en custodia, según lo refiere el informe policial incorporado al debate, al Jefe de la Delegación del Organismo de Investigación Judicial, sin que fuera esa evidencia allegada nunca al proceso, pues lo único que se recibió y se envió para análisis fue lo que resultó decomisado el día del allanamiento, el veintidós de setiembre, según se desprende del acta de pesaje de folio 1, el acta de decomiso de folio 3, la

constancia de recibido de la Agencia Fiscal, visible a folio 5 y el envío de droga al Laboratorio, en la copia del oficio visible a folio 21, sin que se solvente esta situación por la circunstancia de que, al ordenar el allanamiento la Jueza de Instrucción de Pérez Zeledón, para las casas de habitación del imputado y de F.O., en acta cuya copia es visible a folios 102 a 105, esta autoridad manifestara que tuvo a la vista la droga, pues lo cierto es que esta evidencia nunca ingresó al proceso y al ordenarse el allanamiento, en fecha veintidós de setiembre, ya han transcurrido doce días de que fuera supuestamente obtenida, sin registro documental alguno que respalde en forma eficiente su existencia y el respeto a la cadena de custodia. Nótese cómo la confusión es tal que el veintidós de setiembre, cuando se procede por parte de la jueza dicha a individualizar los billetes a utilizarse en el operativo –según se aprecia en el acta cuya copia es visible a folio 48, debidamente incorporada al debate–, ni siquiera se menciona qué es lo que se va a realizar, a quiénes se les va a comprar, sino que simplemente se señala que se individualizan los billetes "con la finalidad de ser utilizados en un operativo policial en el que se está investigando un trasiego de drogas", indeterminación que resulta inadmisible. A ello debemos unir varios elementos: no existen seguimientos o vigilancias previas que identifiquen la casa del imputado como centro de expendio de marihuana; el acusado es adicto a esta droga y así lo confirma el hecho mismo de que, al momento de ser detenido, los propios oficiales narran que se encontraba consumiendo droga en compañía de su hermano; la droga decomisada no estaba empacada ni individualizada en "puchos" o bolsitas, como para presumir que estaba lista para ser vendida, contrario a la droga hallada en la casa de F.O.B., según se aprecia de la copia del acta de decomiso visible a folio 52; el imputado, al momento de ser detenido, el propio día del operativo y de la supuesta compra –tampoco documentada–, ni siquiera se encuentra en su casa –supuesto centro de expendio de la droga–, sino que está en la casa de sus padres, fumando marihuana con su hermano en un rancho, encontrándoseles esta droga en un taco de papel periódico y en una bolsa plástica, es decir, empacada en la misma forma en que la tenían oculta en su casa, sitio en el que no se halló más dinero que los mil colones. De todos los elementos descritos y, aun cuando se aceptara que el día del operativo el acusado le vendió droga al agente encubierto –hecho dudoso por todo lo ya expuesto– y se valore junto a la cantidad de marihuana decomisada en casa del imputado, esos elementos serían del todo insuficientes para estimar con la certeza necesaria para condenar, que este se dedicara a vender droga a los consumidores y que para tal efecto la poseía en su casa de habitación, pues los elementos antes descritos hacen surgir la duda, por no excluir la posibilidad de que la droga sea para consumo del imputado y su hermano, comprobado que son adictos a la marihuana. Es evidente que no se ha alcanzado la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho atribuido a J.G.E.R., tal y como lo exige el numeral 39 de la Constitución Política, razón suficiente para decretar la nulidad del fallo, si bien, esta Sala, en atención al principio también de raigambre constitucional, de justicia pronta y cumplida y a las características de este caso, para el cual el juicio de reenvío resultaría del todo inútil, dado que el estado de las cosas no variará, pues los defectos apuntados a la investigación y a la prueba no pueden remediarse, ni aun cuando se allegara al proceso al agente encubierto, pues siempre esas compras controladas serían insuficientes para acreditar el hecho, por todo lo antes expuesto lo procedente es resolver el fondo del asunto y, en aplicación del principio in dubio pro reo, absolver a J.G.E.R. de toda pena y responsabilidad por el delito de posesión de droga para la venta a consumidores que se le ha venido atribuyendo, ordenándose su inmediata libertad, en caso de encontrarse detenido por este proceso y si otra causa ajena a ésta no lo impide."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 162 de las 11.17 h del 20 de febrero.

31. VIOLACIÓN AGRAVADA. Intervención de varios sujetos. Aplicación de no reforma en perjuicio.

"Se alega la inobservancia de los artículos 3, 41 de la Constitución Política, 145 inciso 3) 146 párrafo 3, 341 y 459 del Código de la materia. Se señala en su apoyo que los jueces de mérito quebrantaron las reglas del debido proceso al no aplicar el principio de la "no reformatio in peius", puesto que las penas que se le impusieron son más graves que las fijadas en la primera sentencia que fue anulada por esta Sala. Llevan razón los impugnantes en sus reparos. Efectivamente ambos encartados fueron condenados por el Tribunal Superior de Heredia, Sección Segunda, en resolución dictada a las 17 horas del 27 de febrero de 1997 a sufrir la pena de prisión de cinco años en su condición de cómplices (folios 76 y ss.). Aquéllos formularon recursos de casación (folios 97 a 116) y esta Sala mediante el voto número 741 de las 16.05 h del 24 de julio de 1997 los declaró con lugar, anulando dicho fallo y ordenando el reenvío del expediente para su nueva sustanciación. Posteriormente, como consecuencia del nuevo debate que debió celebrarse, el Tribunal dictó su segunda sentencia a las 18.25 horas del 30 de octubre de 1997 (folios 168 a 177), determinándose en ésta que ambos eran responsables del delito de Violación Agravada pero en su condición de coautores y se les impuso doce años de prisión a cada uno. Sin embargo, debe aclararse que no lleva razón el a quo cuando afirma que cuando se produce el delito de Violación por la intervención de varios agresores (sujetos activos) todos deben ser considerados coautores por la comunicabilidad de la circunstancia, independientemente que uno solo o todos hayan tenido acceso carnal con la ofendida (ver en especial f.175 vto., líneas intermedias). Esto último no es así ante los requerimientos del tipo penal respectivo (art. 156 ib.), donde solo puede ser autor quien accede o penetra a su víctima. Lo que sí es cierto es que la circunstancia de agravación señalada en el artículo 158 ibídem resulta "cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas", independientemente de que su intervención haya sido como cómplices (por ejemplo sosteniendo a la ofendida para que otro la penetre con mayor facilidad o amenazándola para que así ocurra, etc.) o como autores (teniendo acceso carnal simultáneo o turnándose para ejecutar la penetración). En el presente asunto se tuvo por demostrado que la señora R.P. fue sorprendida por cuatro sujetos en su casa de habitación, uno de los cuales –el encartado G.M.O.– le introdujo el pene en su vagina mientras los otros tres individuos (entre ellos el imputado R.A.R.M.) la sostenían para que M. pudiera asegurarse su cometido ilícito. Así pues, debe aclararse que aquí se está en presencia de un delito de Violación Agravada del cual resulta autor el mencionado M.O. y cómplice de esa delincuencia R.M. Ahora bien, el párrafo final del artículo 459 del Código Procesal Penal establece que cuando "hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados" (prohibición de reforma en perjuicio). En el caso sub exámine únicamente ambos encartados recurrieron reclamando vicios formales que justificaron la anulación de la anterior sentencia, pues aunque también lo hizo el Fiscal del Ministerio Público, su recurso de casación tan solo fue por motivos de fondo, al estimar que además se estaba en presencia de un delito de Violación de Domicilio, sin referirse de ningún modo al ataque sexual que originó la condenatoria por el delito de Violación (ver fs. 89 a 96), con lo cual se conformó con lo resuelto en ese punto. De haber impugnado en esta vía los mismos aspectos que motivaron el reclamo de la defensa, no sería

aplicable la prohibición de la reforma en perjuicio, aunque esta Sala hubiese omitido pronunciamiento sobre su recurso, ya que ello se da sólo cuando recurre el imputado o se hace en su favor (art. 459 del Código de la materia). Lo anterior significa que los impugnantes sí quedaron en este asunto protegidos por dicho principio, el cual debió ser aplicado de acuerdo con las circunstancias, ya sea que se hubiese dado el reenvío o que ahora la propia Sala se pronuncie sobre el fondo. En el primer caso el Tribunal de mérito al sustanciar nuevamente la causa puede variar la calificación de los hechos y el grado de participación de los acusados, pero cuando ello ocurre, como en el sub lite, es obligación de los jueces respetar esta garantía (véase en este sentido RICARDO C. NÚÑEZ, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", Lerner, 1978, p. 466 y 467; JORGE A. CLARIÁ OLMEDO, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar, 1963, t. IV, p. 274 y 275). Debe quedar claro entonces que la prohibición de reformar en perjuicio de quien recurre se limita a la "especie o cantidad de la pena" o a los beneficios que se le hubieren acordado y no con respecto a otros extremos; como también podría beneficiarse con el dictado de una absolutoria. La misma situación se da respecto de R.M., de quien se dijo debe ser considerado cómplice de una Violación Agravada, aunque con apoyo en los mismos argumentos del tribunal, así como por la gravedad de los hechos, el modo en que se produjo (prevaliéndose de la enfermedad de la víctima, que se encontraba sola y desprotegida, violentando su hogar en horas de la madrugada y con la intimidación de cuatro sujetos, dos de ellos menores de edad) debe mantenerse igual pena que para el autor del acceso carnal, pues la potestad de disminuir la sanción no debe ser ejercida en el sub júdice aunque se trate de complicidad. Se declaran con lugar los dos reproches examinados y resolviéndolos en cuanto al fondo se anula parcialmente la sentencia. Se fija la pena impuesta a G.M.O. y R.A.R.M. en cinco años de prisión en su condición de autor el primero y de cómplice el segundo, del delito de Violación Agravada cometido en perjuicio de M.Z.R.P., lo cual se hace tomando en cuenta _según se explicó_ los mismos factores y circunstancias que analizó el a quo para tales efectos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 320 de las 14.05 h del 30 de marzo.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

32. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Improcedencia de pretensión de nulidad de contrato con ente asegurador.

"En el único motivo de casación por el fondo, el Licenciado A.A.C., apoderado especial judicial de la actora civil en esta causa, aduce la inobservancia del artículo 1023 inciso 2), apartes m) y f) del Código Civil, así como errónea aplicación del numeral 1022 del mismo texto. Hace recaer su inconformidad en que el a quo declaró sin lugar la acción civil instaurada contra el Instituto Nacional de Seguros, negándose a anular la cláusula contenida en el contrato suscrito por su representada con la entidad aseguradora, que le permite a ésta liberarse del pago convenido en caso de accidente automovilístico, si el conductor del vehículo se halla en estado de ebriedad. Estima quien recurre que "Por tratarse de un contrato de adhesión esa cláusula contractual es nula en los casos de empresas dedicadas al alquiler de vehículos, pues depende del hecho de un tercero, ajeno al convenio el que se exima a la aseguradora de sus obligaciones en ese contrato." A juicio de la Sala, el reproche no es atendible en esta vía. No obstante la amplitud de que goza el instituto de la acción civil resarcitoria, que le permite al juzgador penal definir diversos extremos, ella también se encuentra limitada, desde su propio origen, por la finalidad que la inspira, a saber, según lo estatuye el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales, "la restitución del objeto materia del hecho punible, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el mismo". El artículo 11 del mismo texto señala: "La acción resarcitoria podrá ser ejercida en el proceso penal sólo cuando esté pendiente la acción principal; pero la absolución del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie sobre ella en la sentencia ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que la Sala de Casación decida sobre la acción civil". Por último, el artículo 398 dispone: "La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad al inimputado (artículo 320) o la restitución, indemnización o reparación demandada (artículo 11)." Integrando las normas transcritas, se colige que la accesoriedad de la acción civil se manifiesta en la necesaria investigación judicial de un hecho punible, y tiene como propósito disponer el resarcimiento de los daños acaecidos como resultado de él; sin embargo, el fundamento para que, en efecto, se ordene la indemnización o restitución, no estriba en que se compruebe la existencia del delito, sino que, aun en caso de que no exista conducta que merezca ese calificativo, puede imponerse el deber de resarcir, aplicando las normas que, de modo directo, lo ordenen (v. gr.: ilícito civil, responsabilidad objetiva, etc.). En ambos supuestos, el objeto de la litis está constituido por la responsabilidad extracontractual y es este el límite que define la competencia y atribuciones del juzgador penal, en su conocimiento de la acción civil. Lo pretendido por el recurrente es que se anule, dentro de este proceso, la cláusula de un contrato suscrito entre su representada (empresa de alquiler de vehículos) y el Instituto Nacional de Seguros. Como puede verse, el pronunciamiento que se pide es, en esencia, sobre aspectos puramente contractuales, que desbordan la competencia fijada a la Sala (y a los tribunales penales, en general), ya que, no obstante el innegable vínculo de esa cláusula con el resarcimiento que haya de hacerse a raíz del hecho punible que se investigó, lo cierto es que la fuente de la responsabilidad del Instituto Nacional de Seguros no deriva más que de un convenio, es decir, nos hallamos ante una responsabilidad surgida de contrato y no del hecho punible en sí. Éste no constituye más que el "siniestro", "riesgo" o "contingencia", previsto en el acuerdo, consiste en un presupuesto generador para que tengan eficacia las consecuencias dispuestas contractualmente, pero no en la fuente legal de éstas. En otros términos, del delito investigado, en sí, no surge ninguna responsabilidad para la entidad aseguradora, sino que su fuente es de origen completamente contractual. Ahora bien, los tribunales penales, a la hora de definir al "civilmente responsable", solo pueden recurrir a lo que se haya establecido en las normas jurídicas. Así, por ejemplo, pueden establecer responsables solidarios en casos de accidentes de tránsito, o en otros, cuando así lo disponga la ley de manera expresa, o los convenios admitidos por el ordenamiento (como en el supuesto de sociedades). Sin embargo, no están autorizados para imponer responsabilidad civil a sujetos, cuando ella dependa del pronunciamiento que deban hacer otros tribunales competentes, por ejemplo, no podrían designar la sucesión del civilmente responsable (que no sea el imputado, pues la muerte de éste torna imposible la prosecución del juicio accesorio), con el propósito de obligarla a cargar con el deber de resarcir, ya que la apertura de la mortual, el nombramiento de albacea y la definición de herederos, escapa a su esfera de competencia. En el presente caso, nos hallamos ante una situación similar, pues si el contrato suscrito por la actora civil con la entidad aseguradora es la fuente directa de la responsabilidad de esta última, y el convenio, por su parte,

contiene una cláusula que la exonera en ciertas circunstancias, el punto que quien recurre solicita dilucidar se desplaza del extremo de la responsabilidad (contractual, en todo caso) y se centra en el de la validez de un convenio. Es decir, se discute la pureza y legalidad de la fuente misma de la obligación, aspecto que, en definitiva corresponde conocer en otras vías, distintas de la penal, si dicha validez no está afectada por un delito que se ventile en el mismo proceso. En suma, por tratarse de la alegada invalidez de la cláusula de un convenio, que no ha sido declarada en la vía competente y del reclamo de una responsabilidad contractual aspectos que desbordan los límites para el conocimiento de la acción civil en sede penal, procede rechazar el recurso formulado, sin perjuicio de la facultad de la actora de gestionar su pretensión en el proceso que corresponda."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 53 de las 9.45 h del 16 de enero.

33. ADICIÓN Y ACLARACIÓN. Errores materiales graves que impiden subsananar por esta vía - Nulidad de la propia sentencia.

"El Lic. E.N.G. solicita adición y aclaración de la anterior sentencia de esta Sala (V. 23-98 de las 10.00 h del 9 de enero del año en curso) por estimar que es contradictoria por contener una serie de errores materiales, los cuales señala en su escrito (ver fs. 201 a 203). Efectivamente se observa que se incurrió en graves defectos, insuperables por la vía de la adición y aclaración, pues corregirlos supondría una modificación esencial a lo ya dispuesto. Ante tal situación, reconociendo los citados errores, los suscritos Magistrados optamos por anular y dejar sin efecto la sentencia referida en todos sus extremos, decretando la inhibitoria de quienes concurrimos a pronunciarla para que una Sala integrada por Magistrados Suplentes proceda al estudio y resolución de los recursos de casación presentados en autos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 130 de las 8.50 h del 20 de febrero.

34. CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Nulidad por inclusión de hechos adicionales no intimados.

"Falta de correlación entre acusación y sentencia. Sin que señale ninguna norma como violada, el defensor particular del acusado aduce falta de correlación entre acusación y sentencia en virtud de lo cual solicita se declare la nulidad total de ésta, pues "... sin saberse cómo, ni de dónde, ni de qué forma, al representante del Ministerio Público se la (sic) antojó modificar la acusación en pleno debate, y acusar al justiciable de la presunta comisión de tres delitos de violación y de tres delitos de abusos deshonestos, sin que se especificara en tal ampliación de acusación cuándo habían ocurrido los hechos, de qué forma, en qué lugar, a qué hora, en razón de lo cual la defensa hizo uso de su derecho de solicitar el plazo necesario para hacer todo lo necesario para poder ejercer de la mejor forma el instrumento técnico en protección de los derechos del acusado ... el tribunal de la causa adujo que no se trataba de nuevos hechos, sino de una mera variación de la calificación legal de los hechos que ya estaban acusados ..." (folio 369, líneas 6 a 17). Por las razones y en la forma que se dirá, el reclamo se declara parcialmente con lugar. Para resolver adecuadamente la inconformidad del recurrente, debemos tener presente que –según se explicó en el anterior considerando– en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Sala así como de la Sala Constitucional han mantenido el criterio de que, siempre y cuando no se varíe de forma esencial el cuadro de hechos acusados, durante la fase de juicio (donde tienen todo su desarrollo la oralidad y la inmediación) se puede precisar y reconstruir con mayor detalle el cuadro histórico acontecido, sin que con ello se vulnere ninguna garantía de la defensa. La situación que se aprecia en el caso que nos ocupa desborda los alcances de dicha jurisprudencia, pues a pesar de que se acusó de forma clara y precisa la comisión de al menos un abuso deshonesto y de al menos una violación, de forma inaceptable –e inobservándose con ello la debida correlación entre acusación y sentencia– se condenó a Q.U. como autor responsable de tres delitos de abusos deshonestos (dos adicionales al acusado de manera concreta) y de cuatro delitos de violación (tres adicionales al que sí aparece descrito de manera precisa en la requisitoria). Esta situación que se presenta en la especie a todas luces atenta contra el principio de defensa según lo reclama el recurrente. Tal y como se explicó supra, en la requisitoria fiscal se acusó a G.Q. de haber incurrido en dos tipos distintos de conducta, claramente diferenciables una de otra: (a) En el apartado dos (folio 174 frente, línea 26 en adelante) se explica que desde el mes de agosto de 1993, sin determinarse fecha, hora ni cantidad exactas, el imputado comenzó a abusar sexualmente de J., al tocarla en sus genitales y besarla en la boca, acciones que ejecutó mediante amenazas e intimidación, de donde debe entenderse que al menos en una oportunidad se dio dicha delincuencia; (b) a finales del mes de agosto, sin poderse precisar hora ni fecha exactas, luego de acorralarla, despojarla de sus ropas (también él se desvistió), besarla en la boca, tocarla en su cuerpo, introducirle el dedo tanto en la vagina como en el recto, el encartado –mediante el ejercicio de fuerza física– accedió carnalmente a la menor ofendida, al punto de provocarle sangrado. Dicha acción fue repetida varias veces, sin precisarse cuántas. De este relato lo único que se obtiene en concreto es que el acusado incurrió al menos en una oportunidad en el delito de violación, aunque la fecha en la que esta ocurrió fue rectificada durante el debate, al determinarse que el hecho fue cometido el 24 de diciembre de ese año. Una vez evacuada la prueba testimonial en la fase de juicio, el tribunal de instancia pudo detallar con más precisión que, en relación con los abusos deshonestos, la conducta del agente se había repetido al menos en tres oportunidades (folio 347, líneas 3 a 6). Lo mismo ocurre con los delitos de violación, pues mientras en la acusación se explica que la penetración descrita se repitió varias veces, sin señalar cuántas y sus circunstancias específicas, durante el contradictorio se logró concretar que dicha conducta se dio al menos en cuatro oportunidades diferentes, todo ello entre el mes de agosto y hasta el día 24 de diciembre, durante el año de 1993. Lo anterior significa que, al no haberse incluido de forma precisa estas conductas delictivas adicionales en la pieza acusatoria, no resultaba posible dictar sentencia condenatoria por las mismas, pues con ello se dejó al acusado en abierto estado de indefensión al irrespetarse la garantía de la imputación. La omisión en la que incurre el requerimiento de elevación a juicio tampoco podía haberse subsanado mediante el mecanismo de ampliar la acusación, pues se estaban incluyendo hechos que anteriormente no se habían intimado, es decir, se estaba variando (más bien ampliando) de forma esencial la base fáctica. Así las cosas, al existir un yerro o defecto formal que ha implicado una clara lesión a los derechos del imputado, se ordena la nulidad parcial del fallo de mérito, únicamente en cuanto se condenó al mismo como autor responsable de dos delitos adicionales de abusos deshonestos, y tres adicionales de violación, todos en perjuicio de J.Ch.F. En relación con los dos hechos que sí aparecen claramente descritos en la requisitoria fiscal según se explicó, se rechaza del motivo, por lo que en cuanto a estas delincuencias la sentencia permanece inalterable. En vista de lo anterior, se readecua el monto de la pena impuesta, por lo que con fundamento en las mismas consideraciones que se esbozan en el fallo de mérito se le impone al imputado el tanto de dos años y seis meses de prisión por el delito de abusos deshonestos, y de ocho años de prisión por el delito de violación, para un total de diez años y seis meses de prisión."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 379 de las 15.50 h del 16 de abril.

35. DEBATE. Suspensión injustificada afecta el principio de continuidad.

"En el punto marcado con la letra "B" y bajo el título de "Antecedentes" (folio 776), la Licenciada G.N.M., defensora particular del imputado R.C.O., reclama del debate que precedió a la resolución de mérito, el quebranto de los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad, contradictorio y verdad real, vulnerándose con ello los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política; razones por las que solicita se declare la nulidad del fallo y se ordene el juicio de reenvío (folio 783). Radica su inconformidad en que el Tribunal a quo suspendió oficiosa e injustificadamente los actos del debate, de tal modo que transcurrieron catorce días hábiles de interrupción (veinticuatro naturales, según indica), lo que no resulta razonable, amén de que colocó a su patrocinado en estado indefenso y violentó el principio de Justicia pronta y cumplida. Tras examinar las diligencias, observa la Sala que, en efecto, el a quo incurrió en irregularidades al disponer la forma en que se realizaría el juicio oral. El artículo 361 del Código de Procedimientos Penales dispone con toda claridad: "El debate continuará durante todas las sesiones consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación; pero podrá suspenderse por un término máximo de diez días, en los siguientes casos..." y enumera, acto continuo, una serie de causales taxativas, por las que puede decretarse la suspensión. Incita a la naturaleza y las características esenciales del proceso penal, en la fase de juicio, encontramos la necesaria continuidad de los actos del debate. Constituye ella un principio de rango fundamental, que busca, de manera preponderante, aunque no exclusiva, asegurar el vínculo de conocimiento inmediato por parte del juzgador y los demás sujetos intervinientes, del conjunto de los elementos de prueba que oralmente se introducen en la audiencia; aspectos cognoscitivos que pueden resquebrajarse o desaparecer, por olvido, si transcurre un prolongado lapso durante el cual los sujetos dichos se desligan de ellos y de la muy delicada tarea que significa el juzgamiento penal de un ser humano, con independencia de lo banal o lo grave que pueda ser el delito que se le atribuye, cuando se le atiende con arreglo a la escala de valores de la sociedad, que se refleja, de modo más evidente, en el carácter y el "quantum" de la pena prevista por el legislador. Es así como la continuidad ha de ser siempre la regla general y solo por vía de excepción y por las razones que taxativamente enumera (no enuncia) la ley, puede admitirse la ruptura de ese principio. Esas causales, a su vez, derivan de la imposibilidad física de alguno de los sujetos cuya presencia se califica de esencial, para proseguir en el debate, actuando con la claridad de juicio que requiere su condición (incisos 4) y 5) del artículo 361 citado); caso en el cual opera el antiguo precepto de que nadie está obligado a lo imposible; y los restantes supuestos, hallan su origen en otros principios de igual o mayor importancia que el de continuidad, ante los cuales éste cede, siempre y cuando concurran determinadas circunstancias que los califiquen, tales principios son los de Justicia cumplida (inciso 1); conocimiento directo y verdad real (incisos 2), 3) y 6) y defensa (inciso 7). Aun en esas hipótesis, la ley retoma el rango fundamental de la continuidad, al fijar límites temporales a su ruptura, cuyo quebranto da origen a la nulidad de los actos celebrados. Desde este punto de vista, fue errada y reprensible la actitud del a quo que, según se desprende de la providencia visible a folio 604, señaló el debate "... para las OCHO Y CATORCE HORAS DEL DOS Y TRES DE ABRIL Y CONCLUYEN A LAS OCHO Y CATORCE HORAS DEL NUEVE DE ABRIL TODOS DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE", es decir, que desde el momento mismo de fijar las fechas de las audiencias, decidió suspenderlas entre el tres y el nueve de abril. Así se colige, no solo de la circunstancia de que se mencionasen los días dos y tres del mes citado y luego el nueve _lo que no habría sido necesario si se desease significar un período de días consecutivos, como lo exige la ley_; sino también de que el debate, en efecto, fue suspendido entre esas fechas (tres y nueve de abril), según se constata a través de lo que se consignó en los folios 663 vuelto y 664. Huelga decir que, evidentemente, no existía de antemano, al señalar para debate, ninguna de las causales taxativas que autorizan su suspensión; ni tampoco la hubo en el momento en que se decretó, pues a folio 663 vuelto se lee: "En este acto el Tribunal procede a admitir las actas ofrecidas por la defensa... Se informa en cuanto al testigo A. que el mismo se encuentra en Honduras por lo que con anuencia de las partes se procede a su incorporación sin necesidad de lectura... Tribunal... Se cierra el debate al ser las dieciséis horas cuarenta minutos señalando para su continuación las ocho horas del día nueve de abril del año en curso." (Sic). Seis días después, las audiencias continuaron, sin que se observe de ellas motivo alguno para que no hubiesen podido ser realizadas consecutivamente; en otros términos, la suspensión obedeció a meras disposiciones previas del Tribunal, carentes de amparo en la ley. De nuevo, el día catorce de abril (lunes), el a quo escuchó las conclusiones de la defensa y optó por suspender el debate hasta el día dieciocho (viernes), tan solo para conceder el uso de la palabra a uno de los justiciables, conforme lo exige el párrafo final del artículo 389 del Código de Procedimientos Penales. No encuentra la Sala motivo alguno que justifique esta nueva ruptura del principio de continuidad y todo ello significa que un juicio que abarcó siete audiencias, correspondientes a cuatro días hábiles, se realizó en trece (diecisiete días naturales); tomando en cuenta que otra suspensión, ordenada el nueve de abril –y que se mantuvo hasta el día catorce–, tuvo como origen que uno de los jueces no se hallaba "en buenas condiciones de salud" (folio 665); pero, por otra parte, de previo, habían sido señalados varios debates que se efectuarían en el lapso durante el cual se dispuso que aquél que dio origen a la sentencia impugnada, permanecería interrumpido. Ahora bien, no obstante estas irregularidades procesales en que incurrió el a quo –y que deberá evitar en lo sucesivo–, lo cierto es que el artículo 361 del Código de rito no las sanciona, de manera expresa, con nulidad absoluta y, aun cuando tal sanción estuviese prevista por la ley, es siempre preciso examinar la trascendencia del vicio, es decir, determinar si ha incidido negativamente en el proceso y la sentencia, vulnerando de forma irreparable derechos de las partes o por afectar, en especial, el conocimiento o la valoración de elementos de prueba decisivos, ya que lo contrario significaría la declaratoria de una nulidad por la nulidad misma, irrogando con ello mayores perjuicios a los sujetos que han intervenido en el proceso y al principio de Justicia pronta que consagra el artículo 41 constitucional, conforme ya lo ha hecho ver la Sala en distintas oportunidades (ver votos N° 134, de 8.30h. de 25 de junio de 1986; 456-F de 9.45 h de 4 de noviembre de 1994). Lo anterior también significa –y de ello ha de tomar nota el a quo– que, a pesar de la referida inexistencia de una sanción expresa de nulidad, ella puede ser propiciada o favorecida con injustificadas e insólitas suspensiones del debate, como las decretadas en este asunto, reflejándose en otros vicios que sí prevén ese castigo procesal; lo que, de nuevo, pone al descubierto la improcedencia manifiesta de ignorar los claros preceptos legales que aseguran y ordenan el principio de continuidad, al tiempo que revela el deber de examinar si, en efecto, se produjeron esos vicios derivados, como se sostiene en otro de los recursos que se conocen (lo que se efectuará en el Considerando XI de esta sentencia, para garantizar el orden lógico del análisis de los distintos reclamos planteados), no obstante que ninguno de los defensores que ahora impugnan, exteriorizó en su oportunidad

de los distintos reclamos planteados), no obstante que ninguno de los defensores que ahora impugnan, exteriorizó en su oportunidad oposición a semejante modo de programar el juicio oral, ni a las interrupciones ordenadas, coadyuvando, entonces, con su actitud omisiva, en el acaecimiento de la irregularidad. En virtud de lo expuesto, procede desestimar el reproche formulado por la recurrente N.M., atendiendo a que la reiterada actuación irregular no conlleva, por sí misma, un vicio de nulidad. No obstante, se le hace ver al a quo que, en lo sucesivo, deberá supeditarse al principio de continuidad que prescribe la ley, evitando preordenadas interrupciones del debate, como las que aquí se han descrito."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 94 de las 9.20 h. del 30 de enero.

36. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ANTE LA POLICÍA. Consideraciones sobre sus efectos.

"En el primer reclamo por vicios in procedendo (folios 791 a 827), reprocha la impugnante, Licenciada N.M., la introducción ilegal en el debate, de prueba espuria o ilegítima, con inobservancia de los artículos 400 incisos 3) y 4) del Código de Procedimientos Penales, 36 y 39 de la Constitución Política. De igual modo, en su primer motivo de adhesión al recurso (folio 845), el Licenciado E.R.F. formula idéntico reparo e invoca como vulnerados los artículos 196, 395 inciso 2) y 400 incisos 3) y 4) del Código de rito y 36, 39 y 41 de la Constitución Política. El reproche de quienes impugnan consiste en que la sentencia de mérito tomó en cuenta, como elemento decisivo, los interrogatorios que, sin las garantías acordadas por el texto constitucional, hiciera la policía judicial a los menores presuntos copartícipes de los hechos, así como al propio imputado M.E.S. Tales interrogatorios constan en dos informes policiales (visibles en los folios 1 a 8 y 131 a 134 del Tomo I) del expediente), que fueron impugnados, por ese motivo, durante el debate. Manifiesta el Licenciado R.F., que: "La investigación no se inicia sino hasta que se recibe la prueba ilegal señalada por parte del OIJ" (Folio 846), a la vez que señala la inexistencia de fuentes de prueba independientes. Coinciden ambos en calificar de ilegales los restantes elementos probatorios que se habrían obtenido como producto de las declaraciones recibidas por la policía, a saber, los allanamientos y decomisos de evidencias en la "Quinta K." y en las viviendas de los justiciables. Estima la Sala que los reproches no son de recibo. Por un lado, no se observa que la sentencia recurrida haya valorado los interrogatorios que aquí se cuestionan, los cuales, ciertamente, por haberse obtenido sin las prevenciones y las garantías constitucionales, carecían de licitud para ser incorporados como elementos de prueba. Al resolver el incidente que formulara el Licenciado R.F. contra los precitados informes policiales, el a quo señaló: "... se entiende de que en el caso de valorar, única y exclusivamente será lo que tenga validez, debe hacerse bajo las reglas de valoración de la prueba..." (sic, folio 659 vuelto); acuerdo que, entonces, buscaba asegurar la pureza de la prueba, pues los mencionados informes contenían otros datos de interés valederos, es decir que no se restringían a transcribir lo manifestado por los menores o por el imputado E.S. Esta Sala, por su parte, al igual que la Constitucional, ha sostenido la tesis de que la versión de oficiales de policía acerca de lo que relata el imputado en su presencia, no tiene valor, salvo aquellos elementos probatorios independientes que deriven de la declaración y que logren acreditarse en forma autónoma (ver, entre otros: voto 317-F de la 10.25 h de 22 de junio de 1993 y 480 de 9.15 h de 22 de agosto de 1995, así como los votos de la Sala Constitucional, 556-91 de 14.10 h de 20 de marzo de 1991 y 3306-94 de 14.51 h de 5 de julio de 1994). En el voto 456-94, dictado por esta Sala a las 9.45 h. de 4 de noviembre de 1994, se dijo: "Una enunciación clara y precisa sobre el origen, fundamento y dimensiones de la teoría de la prueba espuria (o de los frutos del árbol envenenado) fue establecida con toda propiedad mediante la resolución N° 6 de las 16.05 h del 25 de junio de 1992 dictada por la Sección Tercera del Tribunal Superior Segundo Penal, cuyo texto fue adoptado casi literalmente por la Sala Constitucional (cfr. resolución N° 2529-94 de las 15.36 h del 31 de mayo de 1994) para concretar su posición sobre el tema, al indicar que adopta la denominada posición relativa de la teoría de la prueba espuria (o de la "fuente independiente"), según la cual si el medio de prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero a su vez se originó también en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y antes de la violación constitucional, la prueba es válida porque se desprendió de otro elemento y no necesariamente del violatorio de la Constitución Política. En el presente caso se reprocha la consideración que hizo el a quo de la confesión del imputado ante la policía, por no haber sido rendida con las garantías de la instrucción. Al respecto, esta Sala considera necesario aclarar que no toda manifestación dada en tales circunstancias deviene nula sólo por ello, pues lo cierto es que tal sanción procesal –sea relativa o absoluta– únicamente es aplicable cuando efectivamente se ha causado un perjuicio real e irreparable a la vigencia de las garantías constitucionales que limitan y racionalizan la potestad represiva del Estado en el proceso penal (cfr. CRUZ, Fernando: La nulidad por la nulidad, la Justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal, 1994, págs. 5 a 9, 50 y 51). El artículo 36 de la Constitución Política dispone que «En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo...» y la Convención supracitada (Americana de Derechos Humanos) consagra el «derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...» (artículo 8.2.g) así como indica que «la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza» (artículo 8.3). Tales principios son desarrollados por nuestro Código de Procedimientos Penales, el cual indica, entre otras cosas, que «El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir la verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda» (artículo 276). Resulta claro que el derecho a no declarar contra sí mismo consagrado en el artículo 36 de la Constitución Política está íntimamente ligado y es correlativo al derecho, también constitucional, al silencio, al cual complementa. De esta manera, si el imputado puede optar por defenderse callando, entonces no podrá ser obligado a declarar, mucho menos contra sí mismo. Partiendo de premisas análogas, se ha dicho que: "...podemos extraer del derecho que nos ocupa dos notas esenciales que lo dotan de contenido: por un lado la necesaria libertad sin límite alguno que ha de rodear a las declaraciones que ofrezcan y emitan las personas sometidas a investigación penal, libertad que lo ha de ser tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, sin actuación alguna sobre su voluntad consciente, como en lo referente al contenido de sus manifestaciones sin que en ningún caso se pueda obligar a compeler por la fuerza o por medio del establecimiento de sanciones coactivas al imputado a realizar una conducta positiva; por otro lado la posibilidad del imputado, si elige declarar, de no hacerlo conforme a la verdad habida cuenta de su derecho a no colaborar en su punición» (ASENCIO MELLADO,

José María: Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1989, págs. 125 a 126). Para esta Sala el interrogatorio del imputado es a la vez que un medio de defensa, un medio de prueba apreciable, como todos, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Así, se ha declarado jurisprudencialmente que: "...debe señalarse que si bien la declaración indagatoria del imputado constituye un medio de defensa, ello no es obstáculo para sustentar en esa deposición los hechos acreditados, cuando el resultado eventual de dicha declaración es el reconocimiento de culpabilidad, luego de valorarla de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, pues la confesión –entendida como el reconocimiento formulado libre y voluntariamente, con respeto de las garantías que le favorecen, ante la autoridad judicial por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra– es una prueba (en este mismo sentido véase la resolución de esta Sala V-275-F de las 10.15 h del 21 de octubre de 1988. Véanse además CAFFERATA NORES, José: La Prueba en el Proceso Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, págs. 167 a 173; MAIER, Julio: Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., tomo I, vol. b, 1989, págs. 434 a 444; y GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel y otros: La Defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, ILANUD, 1991, págs. 82 a 83)" (V-235-F de las 10.00 h del 31 de mayo de 1993). Podríamos hacer una primera síntesis de lo expuesto, afirmando que el fundamento de la protección constitucional –cuya inobservancia aquí se acusa– es el garantizar que las declaraciones emitidas por el imputado se produzcan en absoluta libertad y espontaneidad, tanto en lo relativo a su efectiva realización, como en lo referido a su contenido, persiguiéndose con ello una triple finalidad: 1) excluir cualquier método de interrogatorio que se oponga al respeto que merece la dignidad humana del imputado; 2) erradicar cualquier método que se oponga a la dignidad del Estado democrático (como cuando se prefiere forzar la confesión antes de seguir investigando por vías más complejas y difíciles), y; 3) evitar que se ponga en peligro la misma seguridad exigible en la determinación de los hechos en tanto que, tales métodos conllevan un riesgo elevado de asumir declaraciones falsas. De ahí que se prohíban los métodos de interrogatorio que influyen psíquicamente en el sujeto y que afectan su voluntad, facultad de comprensión o memoria (por ej., el uso de preguntas capciosas o sugestivas; la coacción o amenaza; el engaño al procesado o la promesa de ventajas no previstas legalmente); o los métodos que inciden físicamente en el sujeto y que afectan a su voluntad en sentido amplio (por. ej, la tortura o la provocación de fatiga o cansancio en el interrogado que le conduzca a perder el dominio sobre sí mismo declarando en contra de su voluntad); o los métodos de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan la voluntad del sujeto (por ej., los narcóticos, el alcohol, la hipnosis, el polígrafo de Keller o detector de mentiras, el pentotal sódico o suero de la verdad, etc., sobre el tema véase ASENCIO MELLADO, op. cit., págs. 129 a 132). Ahora bien, cuando la confesión deviene ilegítima, porque ha sido obtenida en quebranto de las formalidades citadas, y ésta ha sido tomada en cuenta para fundamentar la sentencia penal, la nulidad procederá si ha habido una irremediable lesión a las garantías del debido proceso y si además representa una utilidad para el proceso, y para determinar esa utilidad puede recurrirse a la eliminación hipotética del acto irregular, de manera que si se determina que aun con su exclusión, la decisión hubiese sido la misma, entonces se demuestra –en principio– lo inútil de la nulidad (véanse por ejemplo las resoluciones de esta Sala V-368F de las 9.30 h del 19 de julio de 1991; V-106-F de las 15.10 h del 23 de marzo, V-137-F de las 9.10 h del 24 de abril, V-281-F de las 8.45 h del 3 de julio, V-417-F de las 10.10 h. del 16 de setiembre, estas de 1992, y V-281-F de las 10.20 h. del 11 de junio de 1993). Una de las resoluciones de la Sala que mejor ilustra lo anterior dice, en lo que interesa, que: "... no puede ser introducida al debate la declaración policial del imputado que no fue rendida con las garantías de la instrucción, por lo que tampoco podría ser admisible que los oficiales de investigación informen en esa audiencia lo que supuestamente les "confesó" o declaró el imputado en tales condiciones, pues eso violaría el principio de defensa, específicamente la libertad de declarar que la Constitución Política y la ley acuerdan en su favor (...). Sin embargo, también debe indicarse que la nulidad de un fallo únicamente procedería cuando su sustento exclusivo fuese una prueba de la naturaleza señalada, no cuando su mención fue hecha de modo secundario o a mayor abundamiento para reforzar alguno de sus aspectos, por existir otros elementos de convicción decisivos que independientemente de la prueba viciada proporcionan la motivación suficiente a que están obligados los respectivos tribunales sentenciadores. En el presente caso cierto es que no existe prueba directa de la culpabilidad de la imputada, pero los juzgadores de mérito llegaron al convencimiento de su responsabilidad con base en el dictamen pericial médico y otras circunstancias que aparecen examinadas debidamente en la condenatoria (...). Las versiones rendidas por los oficiales de investigación en las condiciones alegadas por la defensa, son mencionadas con el fin de "corroborar mayormente la conclusión a que llegó el Tribunal" (...), razón por la cual, aplicando la Sala de Casación el método de supresión hipotética debe concluir necesariamente que las condiciones por las que resultó condenada C.R., se mantendrían invariables a pesar de la eliminación de la prueba de comentario..." (V-14-F de 10.10 h. del 16 de enero de 1987). En el presente caso –como señala la defensa– el hallazgo del cuerpo del ofendido se logró gracias a la declaración del imputado ...; el mismo Tribunal indica que fue él "...quien en forma espontánea decidió decir dónde se encontraba el cuerpo de J. G., sin cuya colaboración no hubiera sido posible que la policía llegara al lugar del suceso" (folio 386, líneas 1 a 4), dado lo recóndito del sitio. Procede analizar si esta "espontanea colaboración" tiene la virtud de provocar la nulidad de la sentencia, como lo pretende la defensa. Para ello es menester la consideración del fundamento y fines de la garantía prevista en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos –como fueron expuestos–, así como el supracitado concepto de "confesión", el cual es un elemento a considerar de carácter determinante para resolver el asunto que aquí se plantea, pues la única declaración que puede hacer el imputado contra sí mismo es la confesión (no así, las coartadas no confirmadas en juicio, o las versiones total o parcialmente falsas del hecho desvirtuadas en el debate, pues en tanto el imputado puede defenderse mediante las declaraciones que rinda, sus infructuosas coartadas no producen efecto procesal alguno, ni siquiera pueden constituir indicio en su contra). Como se dijo, la confesión se trata de la manifestación libre y voluntaria que hace el imputado ante la autoridad judicial, aceptando su participación en los hechos en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra, en el marco de la más absoluta espontaneidad y dentro de un proceso conducido con toda lealtad. Frente a tal noción resulta evidente que en este caso las cuestionadas declaraciones que dio el acusado...ante la policía no satisfacen las exigencias conceptuales de una confesión válida o legítima, pues no consta que ella fuera recibida en la forma y según las garantías que establecen los artículos 189 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, como lo ordena el artículo 164 inciso 8) de ese mismo cuerpo legal; de manera que si el imputado ... aceptó su participación en los hechos acusados ante la policía, tal manifestación es

absolutamente nula y no puede ser siquiera utilizada como un indicio en su contra, razón por la cual no puede fundamentarse la sentencia condenatoria en ella. Esto no significa que las autoridades policiales deban abstenerse o inhibirse de informar o testimoniar acerca de las manifestaciones que en su presencia hace el imputado (pues obviamente su informe policial o su declaración testimonial podrían perder, en no pocos casos, consistencia o coherencia); lo que debe entenderse correctamente es que el juzgador no puede tomar en cuenta –de ninguna manera– las declaraciones que dio el imputado en tales circunstancias para fundamentar su sentencia condenatoria. Es decir, el Tribunal debe evitar que se reciba en el juicio oral y público toda prueba cuyo contenido es ilegal; si ello fuere imposible y siempre se recaben esos elementos probatorios, en ningún caso puede fundamentar sus decisiones en tales elementos de convicción. Sin embargo, en el presente asunto debe quedar muy claro que la indicación que hizo el acusado del lugar donde se encontraban los restos del ofendido ... no invalida su hallazgo, ni el levantamiento que se hizo de su cuerpo, ni las fotografías ni el vídeo que se tomaron al efecto. Lo anterior se afirma porque tal indicación no implica una confesión o autoincriminación del encartado (incluso, por tratarse de él, ni siquiera un indicio en su contra), pues resulta claro que no toda referencia del imputado entraña una confesión o declaración en su contra, como en este caso, en que el conocimiento del lugar donde se encontraba el occiso –que puede tener tanto un autor o partícipe, como un testigo presencial del hecho o un simple transeúnte que se encuentra con el cuerpo, sin conocer las causa de su deceso– no implica jurídicamente una prueba o indicio válido que pueda ser utilizado en su contra. De no admitirse este planteamiento, tendríamos que asumir la absurda ficción de que el ofendido ¡no ha muerto! (por derivarse su hallazgo del dicho del encartado), lo cual es innecesario a los efectos de las garantías que protegen al imputado y excede la esfera de protección que estas suponen. Respecto a los intereses del reo y su tutela, lo que procede es verificar si la condenatoria puede subsistir legítimamente motivada si se prescinde de esa supuesta "confesión" hecha por el imputado, es decir, examinar si existen otros elementos de prueba válidos e independientes que permitan afirmar la participación del acusado en los hechos que dan objeto a este proceso. Según lo considera esta Sala, el resultado de tal análisis permite sostener la validez de la sentencia, pues es posible llegar a determinar, por vía indiciaria, los hechos probados por el a quo, a partir de la consideración de otros elementos de prueba independientes, según los cuales se comprobó la posesión del vehículo taxi del ofendido en manos de los acusados, a pocas horas de la desaparición de aquél; la ocultación que hicieron ambos de éste, así como la disposición de algunos de sus bienes accesorios; la reacción violenta de los acusados contra R.I.L.G. y J.Z.S. por la distracción que estos últimos hicieron del vehículo (confiado al primero para su custodia); las públicas amenazas de muerte que hicieron contra R. y J., así como los disparos efectuados contra la casa del primero por ese motivo (advirtiéndoles O.C. que de todas maneras él ya había matado para apoderarse del automóvil y que no le importaba volverlo a hacer), son hechos que el Tribunal deriva coherentemente de la consideración de los testimonios de ..., y que permiten señalar al acusado C. R. como uno de los autores del homicidio acusado..." Los criterios transcritos son, igualmente, aplicables en el sub lite. En efecto, según describe la resolución de mérito, ambos encartados y los menores M.R. y O.L., fueron perseguidos por la policía el día cinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, cuando huían en dos vehículos, uno recién sustraído a M.R.CH. y el otro, producto del despojo que sufriera S.A.M., el veintiséis de noviembre anterior. En esa oportunidad, la policía logró recuperar ambos automóviles y la captura de los menores, horas después pero en circunstancias que permitían vincularlos con los hechos, a saber: "... con los pantalones mojados de la rodilla para abajo y sumamente agitados ya que tuvieron que cruzar una quebrada o riachuelo..." (sentencia, folio 719), en vista de que huyeron por un potrero, luego de abandonar el vehículo en que viajaban (folio 713). Esta captura obedeció, evidentemente, a la existencia de datos objetivos, y fue producto de la operación de búsqueda organizada por la policía, sin que hasta el momento se hubiese producido quebranto de derecho constitucional alguno de los justiciables o los menores. Respecto de la ubicación de la quinta "K.", es preciso señalar que existe una fuente de prueba que goza de total independencia de lo obtenido a través de los interrogatorios que se cuestionan y consiste en los testimonios de J.A.C., L.S.F. y H.M.A.C., resumidos en la sentencia desde el folio 707 al 710 y que, en lo fundamental, narraron haber visto a los menores y a los justiciables en ese lugar, con algunos de los cuales incluso dialogaron, hasta entablar cierta amistad, aunque R.C. utilizó el falso nombre de "R." y se mostraba esquivo y "misterioso", según narraron las testigos; asimismo, observaron allí varios vehículos, en ocasiones cubiertos con mantas, incluso uno de marca "Honda Civic", con características similares al que le fuera sustraído a M.R. Resulta claro que estos testimonios no constituyen elementos de prueba producidos mediante el quebranto de garantías individuales, sino que, por el contrario, eran preexistentes o anteriores a los actos irregulares y, de hecho, las testigos narran sucesos previos a la ocurrencia de estos, amén de que ni la identidad ni la localización de las deponentes fueron suministradas por el imputado E.S. ni por los menores, en los interrogatorios a que fueron sometidos, de donde se deriva que cumplen con las exigencias requeridas para catalogarlos como fuente probatoria independiente y lícita. Por otra parte, el ingreso en la quinta "K." fue hecho por la policía, previa autorización del señor J.R.M., que allí se encontraba, según se aprecia del acta de folio 19 (Tomo I); procedimiento que permiten los artículos 210 y 211 del Código de rito, que no fue impugnado, en todo caso, a lo largo del proceso, a la vez que tampoco existe indicio alguno que permita suponer irregularidades en su acaecimiento. Acerca de este extremo, la recurrente N.M. se muestra inconforme por cuanto no se recibió declaración de J.R.M. y, por ello, el conocimiento de ese elemento de juicio "le fue negado a la defensa y a la investigación" (folio 815); sin embargo, lo cierto es que tal testigo nunca fue propuesto por ninguna de las partes, incluida quien recurre, por lo que el reclamo carece de asidero, pues el tribunal no estaba obligado a ordenar, de oficio, la recepción de una prueba para determinar la pureza de un acto que, además, nunca fue cuestionado por los motivos que ahora se arguyen, con base en simples sugerencias veladas, sin que se demuestre ilegalidad alguna. De lo expuesto se deriva la validez del decomiso, efectuado en la quinta "K.", de la motocicleta que le fuera sustraída al ofendido Ch.C. (no obstante lo que se expondrá en el Considerando XII de esta sentencia), así como, en general, de los restantes allanamientos y secuestros realizados, que no solo cumplieron con las formalidades exigidas por la ley, sino que encuentran fundamento legítimo en elementos de prueba independientes, que permitían vincular a los justiciables con los hechos que se investigaban. Así las cosas, se desestiman los reproches."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 94 de las 9.20 h del 30 de enero.

37. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA PERSEGUIBLES A INSTANCIA PRIVADA. Limitaciones a la posibilidad de ratificar la denuncia.

"En el primer motivo, alega quien recurre que la acción penal se inició ilegalmente, con inobservancia de los artículos 81 bis inciso b) y párrafo segundo, en relación con el artículo 161 del Código Penal, 6, 145, 152, 169, 184, 187 y 329 inciso 2) todos del Código de Procedimientos Penales y 39 de la Constitución Política; expone que en el caso de los abusos deshonestos cometidos en perjuicio del menor de ocho años de edad D.A.C., era necesaria la denuncia hecha por su madre para poder instaurar la acción penal y no actuar de una sola vez con el testimonio de su hermana J., que es la primer persona que refirió los actos deshonestos ejecutados por A. en perjuicio del citado menor. El reclamo es aceptable. En efecto, las actuaciones procesales en este litigio, en cuanto a los hechos perpetrados en daño de D.A.C., sucedieron como lo reclama la defensa, pues, se omitió en este caso la denuncia correspondiente en relación con los hechos ejecutados en perjuicio del citado menor. Es importante acotar, que pese a las gestiones realizadas por esta Sala a distintos despachos judiciales, no fue posible corroborar la presentación de la denuncia por la señora M.C.Ch. madre del menor, quien conforme se aprecia a folios 2 y 3, sólo se refiere en su denuncia a los hechos en perjuicio de J. Tratándose de delitos de acción penal pública perseguibles sólo a instancia privada, resulta necesario para el ejercicio válido de la acción penal pública, –como condición de procedibilidad– interponer la denuncia ante autoridad competente; al respecto, esta Sala ha señalado que la autorización del ofendido que lleva implícita la denuncia para investigar los ilícitos en donde resulte necesaria la instancia privada, puede ser ratificada o subsanada en cualquier etapa procesal, incluida la audiencia (confrontar Sala Tercera, V-960-97 de las 16.28 h del 11 de setiembre de 1997); sin embargo, dicha posibilidad se ha limitado en forma razonable a "...que la persona sea mayor de quince años que es precisamente el límite utilizado por la norma penal para crear ese obstáculo cuando se trata de la edad de la víctima a partir de la cual el hecho es perseguible sólo a instancia privada" (Sala Tercera, V-269-F de las 9.10 h del 15 de julio de 1994). Conforme a lo consignado en la cita anterior, resulta innegable que en este caso al ser el ofendido D.A.C., menor de quince años de edad, ni siquiera podría mediante su deposición en la audiencia, subsanar el defecto. De manera que advirtiéndose la omisión al momento de interponerse la "notitia criminis" respectiva, por mayoría se declara con lugar este motivo del recurso, se anula parcialmente la sentencia, el debate y todos los actos del proceso únicamente en cuanto se refiere a los hechos en perjuicio de D.A.C. En todo lo demás, permanece incólume el fallo recurrido. El Magistrado Redondo Gutiérrez salva su voto."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1475 de *las 8.45 h del 23 de diciembre.*

38. DERECHO DE ABSTENCIÓN. Incorporación como prueba de manifestaciones voluntarias ante médico forense. Inexistencia de violación al secreto profesional.

"En su tercer y último motivo del recurso por la forma el impugnante alega fundamentación ilegítima, pues el Tribunal toma en consideración las manifestaciones que su cliente hiciera a la medicolegal L.S.C. Refiere que el Tribunal rechazó un incidente de nulidad por él promovido, en contra de la parte del dictamen medicolegal de folio 39, en el aparte correspondiente a la "Historia Médico Legal". Encuentra la ilegalidad en dos puntos: a) Que al imputado no se le previno de su derecho de abstención; b) Que la médico forense hizo constar hechos que conoció en ocasión de sus funciones, y con ello, ha revelado indebidamente un secreto profesional, y con ello ha causado grave perjuicio al imputado. Cita como inobservado el numeral 229 del Código de Procedimientos Penales, ya que, bajo pena de nulidad, la doctora debía abstenerse de declarar sobre hechos conocidos en razón de su profesión. Además, invoca como normas de procedimiento violadas, los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 145 inciso 3), 229, 393, 395, 400 incisos 2) y 4) del Código de Procedimientos Penales. Por las razones que se dirán, el reclamo debe declararse sin lugar. a) Violación al derecho de abstención. No existe la ilegalidad pretendida. El imputado relató espontáneamente, es decir, sin ningún tipo de presión, y en un ambiente de plena libertad, su propia versión de los hechos, que en ningún momento fue una confesión. Por lo tanto, no puede excluirse, como lo pretende el impugnante, este elemento de la valoración integral de la prueba que hace el Tribunal. A mayor abundamiento, y sobre este mismo punto, en virtud de un Recurso de Hábeas Corpus promovido por el recurrente, la Sala Constitucional, en el Voto 3368-97, de las quince horas con cuarenta y dos minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete, resolvió, en lo que interesa, lo siguiente: "...."...En relación con este alegato, estima este Tribunal que el Juez recurrido no ha violentado derecho fundamental alguno en perjuicio del amparado, al introducir en el proceso la prueba que nos ocupa, toda vez que la misma fue obtenida sin quebranto de las garantías constitucionales. Esto porque, si bien como lo señala el recurrente, el imputado goza del derecho de abstenerse a declarar a tenor de lo que dispone el numeral 36 de la Carta Magna, es lo cierto que las manifestaciones hechas ante la médico forense fueron totalmente espontáneas y voluntarias, sin mediar coacción alguna y ajenas al ámbito policial, por lo que en nada se ha afectado su derecho de abstención, en razón de que no ha sido obligado a declarar contra sí mismo. El anterior ha sido el criterio sostenido por este Tribunal en casos que guardan similitud con el presente, por ejemplo, cuando se ha reclamado como contraria al derecho de abstención del imputado la introducción al proceso de prueba grafoscópica realizada al compararse la firma del imputado al momento de rendir la indagatoria, a pesar de haberse abstenido de declarar... [...]. De seguido, el Tribunal Constitucional reseña jurisprudencia suya en la que da como válida la prueba que deriva de las manifestaciones espontáneas del acusado: "...II. De conformidad con los términos del artículo 36 de la Constitución Política y del artículo 8 inciso 2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el imputado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, por lo que, tanto en el marco constitucional como en el convencional, se garantiza a la persona a la que se le imputa la comisión de un delito, su derecho de abstenerse de declarar, derecho que le asiste durante toda la sustanciación del proceso aun en aquellos casos en que ya haya declarado con anterioridad, circunstancia que imposibilita la incorporación por lectura de la declaración rendida ante la policía (ver sentencia número 323-93 de las dieciséis horas del once de febrero del año pasado); garantía que en el caso que nos ocupa, no ha sufrido menoscabo alguno en perjuicio del imputado, toda vez que del libelo de interposición se desprende que se respetó su voluntad de abstenerse de declarar en la fase indagatoria, sin que dicha garantía se vea comprometida por el hecho de tomar en consideración el dicho de testigos que se refieren a conversación mantenida con el procesado, en la que aceptó la comisión del hecho atribuido, pues ante ellos relató su actuar sin estar de por medio una investigación policial o jurisdiccional. (Sentencia N° 6261-93 de 15.03 h del 26 de noviembre de 1993, expediente N° 4953-M-93; en igual sentido sentencia N° 381-96 de 12.03 h del 19 de enero de 1996, expediente 253-M-96. El resaltado no es del original)..." Aplicando este criterio al punto discutido, la Sala declaró que: "...en el fondo lo que se sostiene es que no mediando violencia al emitir las manifestaciones autoincriminatorias el

imputado, y estando el mismo fuera del ámbito policial, en nada se afecta la garantía constitucional de abstención con el hecho de introducirlas al proceso como prueba indirecta –como en la especie se está haciendo–, lo cual se constituye en una posibilidad para el Estado de llegar a uno de los fines del proceso, tal como la averiguación de la verdad real, toda vez que de estimarse lo contrario, se caería en el absurdo de no poder utilizar como prueba el dicho de testigos que se refieran a conversaciones mantenidas con el procesado, en las cuales se autoincrimine, a pesar de que el relato se diera en un contexto ajeno a la sede policial. Por otra parte, nótese que en realidad no se trata de una confesión propiamente, tal y como lo consigna el Instructor en el Auto represivo, habida cuenta que el amparado no manifestó haber cometido el delito por el que se le acusa, sino que se trata de su aceptación de que se encontraba en el lugar del hecho punible el día en que aconteció y en un tiempo aproximado al que se deduce ocurrió el homicidio, hecho que sin duda es incriminante, pero que es valorado por el Instructor en el Auto de Procesamiento dictado como un indicio más que ubica al procesado en el sitio del suceso y que lo señala como posible autor del ilícito..." En acatamiento de lo dispuesto en esta resolución, vinculante de por sí erga omnes, y atendiendo a las circunstancias particulares del motivo alegado, esta Sala considera que no se ha violentado el derecho de Defensa, con la introducción al proceso, como indicio, de las manifestaciones que el imputado G.G. hiciera ante la médico forense. En cualquier caso, suprimida hipotéticamente esa información, la sentencia conservaría plena eficacia, pues se fundamenta en prueba documental, pericial y testimonial, directa e indirecta, válida e independiente, que analizada en forma integral, como lo hizo el Tribunal, permite arribar al mismo resultado, manteniendo así la condenatoria. En consecuencia, se declara sin lugar el motivo.

b) Violación al secreto profesional. Por último, sostiene el impugnante que la doctora hace constar manifestaciones del acusado que surgen a raíz de la relación que se produjo entre médico y paciente: "...es decir que la doctora conoció hechos por su profesión no debía anotarlos en el acápite de Historia Médico Legal. La doctora no podía entrevistar al acusado sobre aspectos que van más allá del simple examen médico externo a que el acusado se sometía ..." El reclamo no es de recibo. En el caso sometido al examen de casación no concurren los presupuestos para invocar el secreto profesional, porque, como se ha dicho, las manifestaciones que el imputado diera a la médico legal, por ser espontáneas y voluntarias, rendidas en una atmósfera de plena libertad, constituyen elementos de juicio válidos que necesariamente debe valorar el juzgador. Al tenor del art. 229 del Código de Procedimientos Penales de 1975 (reformado por Ley 7435 del 3 de octubre de 1994), bajo pena de nulidad, los médicos deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón de su profesión. Ciertamente, no estamos en presencia de "hechos secretos"; en primer lugar, porque el acusado los ha narrado de propia voluntad, y en segundo término, porque el hecho de haberlo contado a la médico es meramente circunstancial, pues de igual forma pudo haberlo hecho, sin ninguna presión, a otro tercero; por ello, la Doctora L.S. estaba en la obligación de testificar lo que conoció de boca del imputado. No obstante, la Sala reconoce la validez, necesidad y utilidad de que en los dictámenes medicolegales se haga una breve referencia de los hechos, a fin de determinar el origen del padecimiento o de las lesiones sobre las que se vierte la pericia. No huelga decir que, suprimida mentalmente, la información que suministrara la doctora, la sentencia conservaría su eficacia, pues se apoya en suficiente prueba incriminatoria. Por todo lo anterior, se rechaza el motivo impugnado."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 294 de las 9.44 h del 27 de marzo.

39. DERECHO DE ABSTENCIÓN. Violación por incorporación de entrevista a ofendida realizada por psicólogo y trabajadoras sociales.

"Cierto es que la jurisprudencia patria ha aceptado, que manifestaciones espontáneas de personas con derecho de abstención (imputados y familiares suyos), efectuadas a otros sujetos, sean tomadas en cuenta para fundamentar fallos aun de tipo condenatorio, primordialmente si están avaladas por otros elementos de convicción. No existe motivo alguno para modificar ese criterio. Pero en el caso presente, no es posible considerar que el conocimiento que adquirieron de los hechos, los testigos M.G.H., E.Q.M. y D.E.M.G., lo haya sido en forma espontánea, sino que lo fue en ejercicio de sus funciones, el primero como psicólogo forense del Organismo de Investigación Judicial y las otras dos profesionales como personeras del Patronato Nacional de la Infancia y ante la entrevista que, por razón de sus cargos, realizaron a la menor ofendida y a su madre. Entonces, si se fundamenta el pronunciamiento del a quo en estos declarantes, que principalmente narran lo que la perjudicada y su madre les manifestaron, se violaría el derecho de abstención a que se acogieron en el debate. Como el propio tribunal lo reconoce y así se transcribió en el Considerando precedente, se concluye que el imputado M.C., padre de la víctima y conviviente con la madre de ella, es autor de los hechos con base en las referencia (sic) que esas mujeres le hicieron a los testigos, lo que implicaría en forma indirecta, incorporar sus declaraciones, pese a la abstención mencionada, con quebranto del artículo 36 de la Constitución Política. Por otra parte no existe ninguna otra prueba, separada del dicho de la víctima y su madre, que permita concluir como lo hizo el tribunal. El dictamen psicológico de folios 25 a 27, aunque señala en la menor existencia de "un severo desequilibrio emocional altamente compatible con secuelas propias de trauma sexual", no puede considerarse como un elemento probatorio ajeno, pues se basa, esencialmente, en la entrevista a la víctima, como así se hace constar en tal documento. Acorde con lo expuesto, se declaran con lugar los dos motivos por la forma. Cuando se trata de recursos por vicios in procedendo, lo correspondiente es anular el fallo y el debate que lo precedió y ordenar el reenvío."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 297 de las 9.53 h del 27 de marzo.

40. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. Falso testimonio cometido en dos fases distintas de un mismo proceso.

"Nuestra legislación consagra el principio del Non bis in idem, como una garantía en favor de las personas sometidas a un proceso sancionatorio (Art. 42 de la Constitución Política, 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1 del Código de Procedimientos Penales de 1973 –aplicable en la especie–, y en el mismo sentido, previsto en el numeral 11 del Código Procesal Penal). La garantía del Non bis in idem, integra el Debido Proceso (Sala Constitucional V-1739-92 del 1-7-92) y, a la vez excluye y prohíbe cualquier acto que signifique una doble persecución por un mismo hecho. En este sentido, la doctrina ha indicado que: "...la consecuencia de ello es que la garantía se viola cuando una persona está sometida a dos persecuciones delictivas por el mismo hecho; o está sometida a una persecución delictiva por el hecho respecto del cual decisión sobre el fondo del asunto; o cuando ha sido condenada más de una vez por el mismo hecho, siempre que en el primer caso la segunda persecución no sea una consecuencia de la solución procesal, que sin resolver sobre el fondo del asunto, se le ha dado en la primera..." (Núñez, Ricardo: Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Marcos Lerner. Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1986, segunda edición, p. 14). Para los efectos de este instituto existe persecución penal desde el momento en que una persona es indicada como autor del hecho punible o como partícipe en él, en cualquier actuación policial o judicial. A partir de ese momento es titular, y puede ejercer los derechos y garantías que la ley le otorga al imputado (Arts. 11, 12 y 13 del Código Procesal Penal; en el mismo sentido: Clariá Olmedo, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ediar S.A. Editores, p. 247-253). Por otra parte, aunque es comúnmente aceptado que la cosa juzgada y la

litispendencia son corolarios de aquel principio, para efectos de resolver el recurso, bastará con analizar el concepto y extensión de esta última. En efecto, se ha dicho que la litispendencia, como manifestación del principio del Non bis in idem (prohibición de persecución penal múltiple), impide perseguir simultáneamente a una persona por hechos idénticos. Debe entenderse que hecho es cualquier acontecimiento histórico, afirmado hipotéticamente como cierto, que se realiza por acción o por omisión, y que es penalmente relevante, es decir, susceptible de encuadrar en una norma penal, y que como tal, para acreditarlo, deba abrirse un proceso penal en contra del sujeto que lo realizó. La identidad de la que aquí se habla es fáctica, sobre hechos concretos, y no sobre calificaciones jurídicas, porque si no, aquellos podrían perseguirse, simultánea o sucesivamente, invocando otra calificación jurídica, lo que ciertamente es inaceptable (Maier, Julio B.J.: Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Tomo I, p. 600). Para los efectos del Art. 42 de la Carta Magna, la expresión "hecho punible", según lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, no se limita al ilícito penal, sino que puede ser cualquier infracción por la que resulte responsabilidad del infractor (Sala Constitucional V-1059-90, de las 16 horas del 4 de setiembre de 1990). Cuando se obvia este principio, como sucede en este caso, se violenta gravemente el Debido Proceso, pues la seguridad jurídica se menoscaba en detrimento de los derechos del encausado. IV.- Efectivamente, y a la luz de los considerandos que anteceden, se tiene que el imputado fue sometido a dos procesos penales por los mismos hechos. El Tribunal Superior Penal de Alajuela el 2 de abril de 1997 ordena testimoniar piezas ente el Ministerio Público de esta Provincia, para lo de su cargo (folio 14). Es esta última dependencia la que propicia el vicio procesal que se reclama, pues el mismo día (30 de abril de 1997), ordena, por una parte, elevar a juicio la causa ante el Tribunal Superior (folio 22), y por otro lado, testimonia piezas ante la Unidad de Delincuencia Juvenil. La identidad de los hechos perseguidos es tal que la pieza acusatoria que sirve de base al juicio del Tribunal consta agregada en las copias literales que se enviaron a la Unidad de Delincuencia Juvenil del Ministerio Público de Alajuela (folios 25 y 26 de la causa 361-97-3 del Juzgado Penal Juvenil de Alajuela, que la Sala solicitó ad effectum videndi). No existe duda alguna de que en el sub lite concurren los elementos subjetivos, fácticos y causales que exige la doctrina para apreciar la existencia o no de la persecución penal múltiple. Es el acusado L.D.T.A., el único encartado en ambos procesos. De su identidad existe absoluta certeza. Por otra parte, los hechos sobre los que declaró son los mismos. En un primer momento, cuando era menor de edad, rinde su declaración ante la Agencia Fiscal de Alajuela (a las 10.20 h. del 17 de octubre de 1996; folio 4 de esta sumaria y folio 7 de la causa que se le siguió ante el Juzgado Penal Juvenil). Por otra parte, se acreditó que el encartado declaró, siendo ya mayor de edad, ante el Tribunal Superior de Alajuela, el 18 de febrero de 1997, en la causa seguida contra J.M.J.D. por el delito de Hurto Agravado en daño de S.T.G. (folio 14 del expediente del Juzgado Penal Juvenil, y folio 11 de esta causa). En esencia, tanto en la investigación fiscal como en el debate el justiciable T.A. afirmó falsamente que el 27 de setiembre de 1996, en horas de la noche, J.M.J.D., había sustraído el vehículo placas [...], marca Hyundai, que minutos antes aquél había estacionado en las inmediaciones del abastecedor "T.M.", en el INVU Las Cañas de Alajuela. Como se ha dicho, este hecho suscitó que se tramitaran dos causas penales ante diferentes Despachos. Así, en el Juzgado Penal Juvenil de Alajuela se ordenó, a las 14.00 horas del 18 de diciembre de 1997, la Suspensión del Proceso a Prueba por un período de seis meses (cfr. folios 45 y 46 de la sumaria respectiva). Cinco días después, el 23 de diciembre, el Tribunal Superior realiza el juicio y dicta sentencia condenatoria en contra del acusado, imponiéndole la pena de dos años de prisión, y a la vez le concede el beneficio de ejecución condicional de la pena por tres años. El hecho por el que dictó sentencia condenatoria y por el que suspendió el proceso a prueba es, en su materialidad, el mismo. V.- En consecuencia, por haberse conculcado el Principio del Non bis idem (sic) en perjuicio del acusado, estima la Sala que corresponde hacer una interpretación favor rei, anulando la sentencia del Tribunal Superior, y dejando subsistente el proceso penal juvenil indicado. En virtud de lo expuesto, se declara con lugar el recurso, se anula la sentencia y el debate en que se basó. Asimismo, se decreta la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de folio 22 y de la citación a juicio de folio 23. Se ordena el archivo de la causa. Póngase en conocimiento del Juzgado Penal Juvenil esta resolución, para lo de su cargo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 497 de las 10.34 h. del 22 de mayo.

41. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Aplicación de norma penal más favorable está referida a la ley sustantiva y no a la procesal.

"Que el imputado M.B.A., en escrito de folios 355 a 361, solicita la revisión de la sentencia, alegando como primer motivo que los hechos tenidos como fundamento de la condena resultan inconciliables con otra sentencia penal firme (Art. 400 inciso a) del Código Procesal Penal). Como segundo motivo pretende que, con base en el Art. 408 inciso f) ejúsdem y el Transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, se le permita hacer la reparación integral del daño que prevé el Art. 30 inciso j). Por último, solicita que se suspenda provisionalmente la ejecución de la sentencia. La revisión debe declararse inadmisible, parcialmente, y sólo en lo que al segundo motivo se refiere. Aún y cuando el quejoso cita como norma que da base a la revisión el inciso f) del Art. 408, lo cierto es que su fundamentación y pretensión coinciden, en apariencia, con lo que dispone el inciso e), sea, cuando se deba aplicar una norma penal más favorable. Ha sido el criterio de esta Sala que en esos casos la revisión procede siempre y cuando se aleguen hechos o elementos de prueba nuevos que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable. Sin embargo, este no es el caso del gestionante, quien pretende se le apliquen retroactivamente disposiciones contenidas en la nueva ordenanza procesal penal, lo que es manifiestamente improcedente, ya que cuando el Código de rito se refiere a que el "hecho encuadre en una norma más favorable", está delimitando este supuesto de revisión a la ley sustantiva y no a la procesal, porque solo respecto de la primera es dable hablar de encuadrar o subsumir un hecho en la norma. Así, ni el Código Procesal Penal, ni los diversos institutos que regula pueden considerarse como ley más favorable, a los efectos del procedimiento de revisión. En consecuencia, debe declararse inadmisible el segundo motivo alegado."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 435 de las 8.34 h del 15 de mayo.

42. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Consideraciones sobre sus requisitos.

"El sentenciado R.A.G.M., gestiona la revisión de la sentencia 43-B-95, dictada en su contra por el Tribunal Superior

Segundo Penal de San José, Sección Segunda y no obstante que alega violación al debido proceso, que es una causal legalmente establecida para el procedimiento en cuestión, en el inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal de 1996, su pretensión es manifiestamente infundada, pues no concreta en la existencia de vicio alguno, ni siquiera se señalan los elementos que permitirían vislumbrar la existencia de alguna irregularidad que pudiera encuadrarse dentro del esquema del incumplimiento lesión al debido proceso (sic). Se limita a señalar que estima que la fijación de la pena en su caso fue injusta y, aunque reconoce que incurrió en los ilícitos por los cuales resultó condenado, señala que estos no merecían una sanción tan drástica. Es evidente que esas pretensiones y argumentos no son propios para ser conocidos dentro de un procedimiento para la revisión de una sentencia firme, pues no corresponde a ninguno de los supuestos establecidos en la ley procesal. El procedimiento de revisión se basa en el estudio y análisis de las causales que en forma específica señala el legislador, como legitimadas para permitir el estudio –con fines de revisión– de un fallo firme, causales que a su vez deben ser claramente esbozadas al solicitar el inicio del procedimiento –es decir, no solo enunciadas, sino razonando el porqué concurren en la especie–. Los defectos formales en la puntualización de esos extremos, bien podrían ser objeto de prevención, como lo establece el párrafo final del artículo 411 del Código citado. Sin embargo, en este caso la prevención no es procedente, pues del propio libelo en que se gestiona la revisión se desprende con claridad que el reclamo principal no está amparado a causal alguna y por ello resulta ser una gestión infundada e improcedente. Por lo expuesto, por mayoría se declara su inadmisibilidad."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 196 de las 9.35 h del 27 de febrero.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZÁLEZ ÁLVAREZ

"El Suscrito Magistrado se permite disentir del criterio exteriorizado por la mayoría en cuanto rechaza ad portas el recurso de revisión que formula el sentenciado R.A.G.M., por las siguientes razones: 1°.- Cuando se promulgó la Ley de Jurisdicción Constitucional (N° 7128 del 11 de octubre de 1989) se modificaron las reglas del recurso (hoy procedimiento) de revisión, pues a partir de entonces se agregó como una nueva causal la violación al debido proceso y al derecho de defensa, exigiéndose además que en cada caso concreto la Sala Penal debía formular una consulta preceptiva a la Sala Constitucional para que ésta definiera "...el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos..." Lo anterior se hizo así con el fin de que en sede penal no se asumieran rígidas o restrictivas posiciones que de alguna manera limitaran la defensa de los derechos de los sentenciados, de manera que el recurso (hoy procedimiento) de revisión se convirtiera en un mecanismo de justicia, más que en el despliegue de una actividad ritual, lo cual justifica –en criterio del suscrito– asumir una actitud flexible frente a la admisibilidad, sin que pueda denegarse el acceso por razones de forma, como lo hace la mayoría. 2°.- Además los criterios de admisibilidad del recurso de casación, aplicables también al procedimiento de revisión conforme a los artículos 2 y 372 del nuevo Código Procesal Penal, han sufrido modificaciones sustanciales que los han hecho más flexibles en favor de los derechos de las partes. En efecto, la Sala Constitucional señaló que estos recursos y procedimientos satisfacen la Convención Americana de Derechos Humanos y en consecuencia también nuestra Constitución Política, "...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..." (Sala Constitucional, Voto 182-A-94 de 9.00 h del 11 de noviembre de 1994), derechos, estos últimos, que son precisamente los que más se controlan por medio del proceso de revisión conforme a las nuevas causales. Esta apertura tuvo gran repercusión en el trámite y la admisibilidad de los recursos, pues sin duda constituyó un importante apoyo al proceso de desformalización jurídica de los trámites en la Sala Tercera, para quienes acudían en demanda de justicia. Tanto así que esta Sala llegó a afirmar, con el voto salvado de uno de sus integrantes, que "...el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional... Por lo anterior, aun 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 público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente..." (Sala Tercera, resolución de mayoría N° 155 A de 10.25 h del 12 de abril de 1991). Esos criterios de apertura deben mantenerse todavía, pues no han cambiado ni la Constitución, ni las convenciones internacionales en que se sustentan. Por el contrario, podríamos afirmar –como lo evidenciamos de seguido– que la nueva legislación procesal penal en vigencia desde este año acentúa dicha flexibilidad en garantía de los derechos de las partes. 3°. En efecto, por un lado se mantiene la norma que señala que "deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento" (art. 2 nuevo CPP), la cual exige mayor flexibilidad al momento de interpretar las normas que posibilitarían rechazar de plano una gestión de revisión. Por otro lado, el artículo 15 de la nueva legislación procesal penal estatuye que "el tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días...", norma que expresamente exige a la Sala formularle una prevención al gestionante de la revisión para que –en el evento de que existan errores formales– los corrija y obtenga así el derecho a ser escuchado en sede jurisdiccional conforme lo garantiza la Constitución Política (en especial el artículo 41). Por si alguna duda existía al respecto, la necesidad de esa prevención la reitera el artículo 411 del nuevo Código Procesal Penal, al señalar que podrá declararse inadmisible la demanda de revisión cuando no cumpla los presupuestos legales "...sin perjuicio de la prevención correspondiente cuando se trate de errores formales...", haciendo alusión directa a lo dispuesto en el artículo 15 citado. En el caso de autos el sentenciado G.M. alega una violación al debido proceso, señalando que la sanción que se le impuso fue desproporcionada en relación con los hechos que la justificaron, lo cual podría constituir un vicio de falta de fundamentación. Es cierto que la gestión incumple los presupuestos formales de admisibilidad como lo señala la mayoría de la Sala, pues en la confección del escrito se denota la ausencia de asesoría letrada, sin embargo lo que corresponde en ese supuesto es formularle una prevención al gestionante para que

dentro del término de tres días corrija esos defectos, apercibido de que si no lo hace la misma será declarada inadmisible y en ese sentido emito mi voto, apartándome del criterio de mayoría."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 196 de las 9.35 h del 27 de febrero.

43. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Interpuesto contra sentencia de casación.

"Vista la demanda de Revisión formulada por el Lic. A.N.Ch.M., considera esta Sala que debe declararse inadmisible, porque se han inobservado en su enunciación ciertas formalidades establecidas en el nuevo Código Procesal Penal de 1996 (Ley N° 7594), incurriendo en un error de formulación que no cabe considerar como susceptible de ser saneado al tenor de los artículos 15 y 411 del Código citado. Esto así, porque conforme al párrafo primero del artículo 408 de ese texto legal, la Revisión procede contra la sentencia condenatoria firme, que en este caso sería la que fue pronunciada por el Tribunal de Juicio, no la dictada por la Sala, que al resolver los recursos de casación interpuestos contra aquella resolución condenatoria, los declaró sin lugar y solamente redujo el monto de la pena impuesta, por aplicación de los principios de economía y de no reforma en perjuicio (cfr. parte dispositiva a folio 496), por la particularidad de que esa condena proviene de un juicio de reenvío donde la pena fijada superó la que fue impuesta originalmente. Con esto no se quiere decir que en todos los casos sea imposible dirigir la Revisión contra una sentencia dictada por la Sala, pues sí sería admisible, por ejemplo, en los casos en que este despacho directamente califique los hechos probados de una sentencia absolutoria, imponiendo la respectiva condena a su autor (esto es, al conocer del recurso interpuesto por el acusador), concurriendo alguna de las hipótesis previstas en el artículo 408 (respecto a la Revisión de las sentencias de casación véase CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: El Recurso de Revisión de materia penal, San José, Colegio de Abogados, 1980, p. 54 a 55). Sin embargo, en el presente caso, el gestionante ampara su solicitud de Revisión en los casos señalados en los incisos 4) y 6) del anterior Código de Procedimientos Penales de 1973 (Ley N° 5377), que encuentran su correlación en los incisos e) y g) del artículo 408 del nuevo Código Procesal Penal, pero los fundamentos con que se quiere sustentar la demanda no aluden a la existencia de error judicial en la sentencia condenatoria del Tribunal, sino a una disconformidad del solicitante con lo resuelto por esta Sala al conocer de los recursos de Casación que fueron interpuestos contra aquélla. En este caso el desacierto en la sentencia contra la cual se dirige la demanda la torna inadmisible e insaneable (sic), pues de existir un error judicial esencial en la base de la condena cuestionada, debe localizarse en la sentencia del Tribunal de Juicio, que declaró la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad penal del imputado en el mismo. La Sala, por la vía del recurso de casación, simplemente se limitó a examinar la existencia de ciertas violaciones a la ley que fueron acusadas por los recurrentes, de modo que aun suprimiendo hipotéticamente lo resuelto por la Sala, la condena del señor R.M.T. se mantendría incólume, precisamente por encontrar su verdadero fundamento en la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio. Para demostrar cualquiera de los dos casos de revisión invocados por el demandante (ya sea que después de la condena hayan sobrevenido o se han descubierto nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable; o que la sentencia condenatoria no ha sido dictada mediante el debido proceso u oportunidad de defensa), la motivación o argumentación debería entonces referirse directamente a los procedimientos seguidos hasta el momento en que se decide condenar al acusado, ya sea demostrando la incidencia concreta de los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, o de las formas procesales inobservadas o de la conculcación de la oportunidad de defensa."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 406 de las 950 h del 24 de abril.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZÁLEZ ÁLVAREZ

"El Suscrito Magistrado se permite disentir del criterio exteriorizado por la mayoría en cuanto rechaza ad portas el recurso de revisión que formula el Licenciado A.N.Ch.M., por las siguientes razones: 1°.- Cuando se promulgó la Ley de Jurisdicción Constitucional (N° 7128 del 11 de octubre de 1989) se modificaron las reglas del recurso (hoy procedimiento) de revisión, pues a partir de entonces se agregó como una nueva causal la violación al debido proceso y al derecho de defensa, exigiéndose además que en cada caso concreto la Sala Penal debía formular una consulta preceptiva a la Sala Constitucional para que ésta definiera "...el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos..." Lo anterior se hizo así con el fin de que en sede penal no se asumieran rígidas o restrictivas posiciones que de alguna manera limitaran la defensa de los derechos de los sentenciados, de manera que el recurso (hoy procedimiento) de revisión se convirtiera en un mecanismo de justicia, más que en el despliegue de una actividad ritual, lo cual justifica –en criterio del suscrito– asumir una actitud flexible frente a la admisibilidad, sin que pueda denegarse el acceso por razones de forma, como lo hace la mayoría. 2°.- Además los criterios de admisibilidad del recurso de casación, aplicables también al procedimiento de revisión conforme a los artículos 2 y 372 del nuevo Código Procesal Penal, han sufrido modificaciones sustanciales que los han hecho más flexibles en favor de los derechos de las partes. En efecto, la Sala Constitucional señaló que estos recursos y procedimientos satisfacen la Convención Americana de Derechos Humanos y en consecuencia también nuestra Constitución Política, "...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..." (Sala Constitucional, Voto 182-A-94 de 9.00 h. del 11 de noviembre de 1994), derechos, estos últimos, que son precisamente los que más se controlan por medio del proceso de revisión conforme a las nuevas causales. Esta apertura tuvo gran repercusión en el trámite y la admisibilidad de los recursos, pues sin duda constituyó un importante apoyo al proceso de desformalización jurídica de los trámites en la Sala Tercera, para quienes acudían en demanda de justicia. Tanto así que esta Sala llegó a afirmar, con el voto salvado de uno de sus integrantes, que "...el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional... Por lo anterior, aun

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 público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente..." (Sala Tercera, resolución de mayoría N° 155 A de 10.25 h del 12 de abril de 1991). Esos criterios de apertura deben mantenerse todavía, pues no han cambiado ni la Constitución, ni las convenciones internacionales en que se sustentan. Por el contrario, podríamos afirmar –como lo evidenciamos de seguido- que la nueva legislación procesal penal en vigencia desde este año acentúa dicha flexibilidad en garantía de los derechos de las partes. 3°.– En efecto, por un lado se mantiene la norma que señala que "deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento" (art. 2 nuevo CPP), la cual exige mayor flexibilidad al momento de interpretar las normas que posibilitarían rechazar de plano una gestión de revisión. Por otro lado, el artículo 15 de la nueva legislación procesal penal estatuye que "el tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días...", norma que expresamente exige a la Sala formularle una prevención al gestionante de la revisión para que –en el evento de que existan errores formales– los corrija y obtenga así el derecho a ser escuchado en sede jurisdiccional conforme lo garantiza la Constitución Política (en especial el artículo 41). Por si alguna duda existía al respecto, la necesidad de esa prevención la reitera el artículo 411 del nuevo Código Procesal Penal, al señalar que podrá declararse inadmisible la demanda de revisión cuando no cumpla los presupuestos legales "...sin perjuicio de la prevención correspondiente cuando se trate de errores forma-les...", haciendo alusión directa a lo dispuesto en el artículo 15 citado. 4°.- En el caso de autos se solicita revisar la sentencia recaída en este asunto contra R.M.T. La mayoría de la Sala rechaza la gestión porque en el escrito inicial no se menciona la sentencia del Tribunal de instancia, sino que se dirige contra la resolución de esta Sala que se pronunció sobre el recurso de casación contra ese fallo. Es cierto que existe un defecto en la petición, pero es meramente formal y puede ser corregido conforme lo permite el artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal, siempre que se le brinde la oportunidad al gestionante. Por lo anterior voto para que se le formule una prevención al petente para que dentro del término de tres días corrija esos defectos, apercibido de que si no lo hace la gestión será declarada inadmisible."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 406 de las 9.50 h. del 24 de abril.

44. PRUEBA. Interceptación de mensajes en radiolocalizador.

"En el octavo motivo de su recurso de casación (visible de folio 26 al 73 del legajo respectivo) e invocando vicios in procedendo, la Licenciada E.R.A., defensora pública de los encartados L.M.V. y J.M.Z.A., aduce fundamentación ilegítima del fallo impugnado, por incorporación de prueba ilegal, con quebranto de los artículos 24, 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 144, 145, 393, 395, 146 y 400 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales de 1973; 11 incisos 2) y 3), 8 inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Indica la recurrente, en lo esencial (folios 66 a 72), que se utilizó como prueba los mensajes recibidos en el "bíper" 809 ("beeper", en su escritura inglesa), propiedad de Peluquería R.S.A. y J.M.Z.A., cuando la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, 7425 de 17 de agosto de 1994, solo lo permite en casos de secuestro extorsivo y los tipificados en la Ley sobre Estupefacientes, por lo que en su oportunidad planteó incidente de nulidad. Agrega, sin embargo, que el Tribunal consideró, al resolver la gestión, que las llamadas a los "bípers" no tienen la naturaleza de comunicaciones de orden telefónico y que se trata de documentos de los indicados en el artículo 1 de la Ley de Registro. La recurrente considera que aun admitiendo esta situación, el artículo 1 debe entenderse relacionándolo con el 9 de la misma ley y solo se pueden utilizar en casos de secuestro extorsivo e infracciones a la ley de psicotrópicos, en tanto que lo atribuido a sus defendidos era el delito de favorecimiento real. En similares términos, el Licenciado M.R.G., defensor particular del acusado W.R.Z., reclama en el segundo motivo de su recurso por la forma (fs. 74 a 98 del legajo de recursos), fundamentación ilegítima de la sentencia de mérito, por la violación de las comunicaciones privadas de los ciudadanos y estima por ello vulnerados los artículos 106, 226, 263 bis, 395 incisos 2) y 3) y 400 incisos 3) y 4) del Código de Procedimientos Penales de 1973; 24 y 39 de la Constitución Política, 1, 9, 26 párrafo 2 y siguientes y concordantes de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Señala el recurrente (folios 82 a 86 vlto.) que dicho vicio se configura en las causas numeradas 13 (Extorsión en grado de tentativa) y 14 (Asociación Ilícita), exponiendo un alegato semejante al esgrimido por la Licenciada R.A. y menciona que aunque los señores jueces lo nieguen, es un elemento probatorio esencial sobre el que se funda la sentencia, que le dedica casi cuarenta folios al tema en el Considerando III. Sostiene, además, que los registros de radiomensajes no son documentos privados, como lo pretende el Tribunal, pues su impresión obedece a orden judicial, de lo contrario permanecen almacenados en los discos duros de los computadores y son borrados cada tres o seis meses. Por otra parte, agrega como segundo extremo del reclamo, que el artículo 26 de la Ley de Registro dispone que "No se podrán secuestrar, registrar o examinar los documentos privados ni intervenir las comunicaciones que realicen el abogado defensor, debidamente acreditado como tal, y su cliente, siempre que se produzcan en el ejercicio del derecho de defensa". No obstante, la sentencia fundamenta la certeza de sus consideraciones indicando que a R.Z., en el caso del señor R.O.J., se le decomisa un radiolocalizador a nombre del cliente con la clave E. de la empresa Tico Pager, el cual efectivamente pertenecía al justiciable porque aparecen registrados mensajes que le envió su abogado a cargo de la defensa (f. 86 del legajo de recursos). De este modo, plantea quien recurre, la comunicación de carácter confidencial sostenida entre acusado y defensor, ha servido de prueba de cargo en contra del primero y de fundamento esencial del fallo condenatorio; "... en opinión del Tribunal: 'lo ha delatado'" (f. 86 del legajo de recursos). En su criterio, la actuación del a quo contradice lo señalado en el voto 6378-95 de la Sala Constitucional, en el sentido de que: "... cuando ésta se trate de conversaciones del imputado con su defensor las comunicaciones son absolutamente confidenciales al grado que incluso la

confesión del delito que se está investigando no podría utilizarse válidamente como prueba directa o indirecta en el mismo proceso penal" (f. 86 vuelto del legajo de recursos). Por último, en la adhesión a los recursos de casación formulada por los imputados R.M.C., O.F.V., F.J.B.M. y R.G.M., (folios 152 a 220 del legajo respectivo), concretamente en el segundo motivo por la forma, del "caso en perjuicio de L.R.C.R.", los encartados F.J.B.M. y R.M.C., acusan violación del debido proceso y del derecho de defensa, con quebranto de los artículos 106 y 400 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales de 1973; 39 y 41 de la Constitución Política. En lo esencial, reprochan que: "Se enlista dentro del proceso, dentro de los hechos probados, pero fundamentalmente dentro de la descripción analítica de la prueba, toda una serie de llamadas o avisos obtenidos de las empresas de radiomensajes que sirvieron al Tribunal sentenciador para aseverar conocimientos de actividad entre ambos imputados, actividades ilícitas que condujeron a la imposición de sanciones varias. Esta actuación de los juzgadores se enmarca indudablemente dentro de lo que se define como una intervención de comunicaciones. Todas esas probanzas resultan a la lugar (sic) del debido proceso absolutamente ilegales, al tenor de lo regulado en la Ley número 7425 de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, concretamente el artículo de la mencionada ley que dispone la autorización de las intervenciones pero solo en caso de Secuestro Extorsivo y en los previstos en la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas. En el caso de estudio es evidente que se dio toda una intervención a las comunicaciones en referencia de la acreditación del delito de extorsión, no circunscrito dentro de la mencionada ley, y que esa intervención violenta de manera flagrante la citada normativa, ley procedimental..." (Sic). (Fs. 195 y 196 del legajo de recursos). Razón por la que, reclaman, se incorporó prueba ilegítima. Idénticos argumentos reiteran, transcribiéndolos, todos los encartados que se adhirieron al recurso, en el único motivo por la forma admitido por esta Sala respecto del delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA por el cual fueron condenados (folios 217 y 218 del legajo de recursos). III.- En su voto N° 3444-97, de las 10.21 h de 20 de junio del año próximo pasado, la Sala Constitucional, variando el criterio que había sostenido hasta esa fecha, señaló en lo que interesa: "Resulta equivocada la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley (de Registro y Examen de Documentos) en el presente caso, pues se ordenó secuestrar el listado de llamadas telefónicas recibidas por la empresa, que luego las transmite a un aparato receptor (beeper). Ese registro no es un documento privado, es decir no es un documento en sentido estricto, sino que es uno que sirve para documentar comunicaciones entre particulares y por ello, la norma aplicable en el presente caso es el artículo 9 de la Ley N° 7425... La intervención de comunicaciones de este tipo, ya sea de la documentación de la existencia de la comunicación –por ejemplo la fecha y hora en que una persona se comunicó con otra–, la identidad del emisor del mensaje y de su receptor, o del contenido de las comunicaciones –listado de mensajes recibidos por vía telefónica para una persona determinada– puede ordenarse únicamente en casos en que se investiguen los delitos de secuestro extorsivo o los previstos en la Ley de Sustancias Psicotrópicas –artículo 9 de la Ley N° 7425– y mediante los procedimientos establecidos en el artículo 10 y ss. En cuanto a este punto la mayoría de la Sala modifica un precedente anterior, sentado en el considerando IX de la sentencia N°. 4454-95, de las 11.12 h del 11 de agosto de 1995... Por el contrario, ahora la mayoría de la Sala, tras una más detenida consideración de las cuestiones involucradas, estima que en el presente caso y siguiendo ese precedente, al ordenarse el secuestro del listado de llamadas con el fin de esclarecer una causa que se sigue... contra el recurrente y otros cuatro imputados, por los delitos de homicidios calificados y robo agravado, los cuales no están previstos en el artículo 9 de la Ley N°. 7425, se ha producido una violación al derecho a la intimidad y a la libertad de las comunicaciones del amparado..." (Lo escrito entre paréntesis no corresponde al original). Esta resolución es vinculante para la solución del presente asunto. Sin embargo, los suscritos magistrados nos permitimos manifestar nuestro criterio sobre el problema jurídico planteado. La Ley 7425, de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, regula en forma separada, como su propio nombre lo indica, dos situaciones diversas: por un lado (Capítulo I) la referida a los que se considerarán documentos privados y el procedimiento establecido para su secuestro, examen y conservación por las autoridades judiciales y, por otro (en el Capítulo II), lo atinente a la intervención de las comunicaciones "orales, escritas o de cualquier otro tipo, dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: el secuestro extorsivo y los previstos en la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas" (artículo 9), así como, en general, las formas que han de cumplirse para garantizar su legitimidad. De esta primera distinción positiva, se infiere que los límites impuestos por el legislador respecto de las circunstancias en que puede ordenarse, practicarse y ser incorporada como prueba en el proceso una intervención de las comunicaciones orales, escritas o "de cualquier otro tipo" (concretamente restringida al esclarecimiento de los delitos que en forma expresa se mencionan), no rigen ni son aplicables al registro, secuestro y examen de los documentos privados a que se refiere el artículo 1 de la Ley en comentario; aspecto en que sí coincide la Sala Constitucional. En otros términos, los documentos privados pueden ser objeto de esas medidas, por orden del Juez, en cualquier causa penal, independientemente del tipo, la naturaleza o la calificación jurídica del hecho punible que se halle sometido a enjuiciamiento. Así se desprende de la propia redacción de la Ley y se reafirma, sin lugar a dudas, en el artículo 2 de la misma normativa, al establecer que: "Cuando resulte indispensable para averiguar la verdad, el Juez podrá ordenar, de oficio, a petición de la autoridad policial a cargo de la investigación, del Ministerio Público o de alguna de las partes del proceso, el registro, el secuestro y el examen de cualquier documento privado, siempre que pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna conducta delictiva." [...]. De allí que no pueden compartirse los argumentos de los recurrentes, en el sentido de que el artículo 1 debe entenderse relacionándolo con el 9 de la misma ley, para sostener la existencia de las restricciones en ambos casos, pues ningún vínculo hay entre ellos y el propio texto legal se encarga de desechar esa posible vía interpretativa, conforme lo señala la propia Sala Constitucional y lo comparten los suscritos juzgadores. Partiendo de esta premisa, es necesario analizar, como segundo extremo, en qué situación se hallan los registros de radiomensajes, es decir, si han de catalogarse como documentos privados o si corresponden a la "intervención de comunicaciones" a que hace referencia el artículo 9 de la Ley de cita. Es preciso, por ello, definir qué se entiende por tal "intervención de las comunicaciones", subrayando la circunstancia de que esa actividad no se limita a las establecidas mediante la vía telefónica, sino que, como la propia Ley lo indica, pueden también ser sometidas a dicha medida las "orales, escritas o de cualquier otro tipo". Así, la intervención puede decretarse, incluso, sobre la correspondencia postal o telegráfica, o las comunicaciones que puedan establecerse mediante el uso de sistemas informáticos, o

cualquier otra vía; o mediante la escu-cha, por ejemplo, de lo que se dice en una habitación contigua. El elemento esencial del concepto de "intervenir", para los efectos que aquí interesan, radica, como su propia acepción lo señala, en que tiene lugar contemporánea o simultáneamente con la comunicación, es decir, en el mismo momento en que ésta se produce, de tal forma que es interceptada (mediante grabación, escucha directa, lectura, filmación, etc.) antes de que llegue a su destinatario, o en el preciso instante en que es recibida por éste, pero siempre durante ella. Es evidente que, una vez producido y finalizado el proceso comunicativo, éste no podrá ser objeto de intervención, sino a lo sumo reconstruido a través de medios probatorios por completo ajenos al mecanismo de interferencia en examen (v. gr.: declaraciones testificales, documentos, etc.), pues es lógicamente imposible intervenir (tomar parte, interferir) en un suceso del pasado. Es este el sentido lógico y jurídico del concepto de intervención de las comunicaciones: sólo podrán ser objeto de esa medida, las que se encuentren en curso o las que se produzcan con posterioridad al decreto y puesta en práctica del acto interventor y no las ya acaecidas, pues en cuanto a ellas es lógica, material y físicamente imposible que se produzca la interceptación. La Ley de registro de documentos mencionada, tanto en su artículo 1 como en el 9, hace referencia a distintos medios de comunicarse utilizados para transmitir información de carácter privado y secreto –por precepto constitucional– (medios que, en modo alguno, son taxativos, sino ejemplificativos) y en ambos casos (cuando la propia naturaleza del medio o documento lo permitan) pueden ser intervenidos (por ejemplo: la correspondencia epistolar, por fax, telex, telemática), entendida tal medida, en la forma ya expuesta, como interceptarlos antes de que sean recibidos por el destinatario o en el transcurso de la comunicación, según sea el caso. Al respecto, sostiene la doctrina: "Según el medio de comunicación utilizado, la forma en que la intervención ha de realizarse será distinta. Si se trata de comunicación postal, la diligencia consistirá en interceptarla, procediendo a su detención, apertura y examen; lo propio sucederá cuando se acuerde la intervención de comunicaciones realizadas a través de telégrafo, aunque el juez puede también limitarse a ordenar que se faciliten copias de los telegramas transmitidos por una Oficina de Telégrafos, sin impedir que sean conocidos por el destinatario; finalmente, cuando se trata de intervenciones telefónicas, no se pretende interrumpir u obstruir esta vía de comunicación, sino fiscalizar, observar o escuchar la que tenga lugar a través del teléfono mediante aparatos o artificios técnicos de control, escucha o grabación." (MORENO CATENA, Víctor, Medidas instrumentales restrictivas de derechos, Derecho Procesal, T. 2, Vol. 1, El proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p.336). La doctrina española, en procura de explicar los términos utilizados por su legislación positiva, ha distinguido, en el caso de las comunicaciones telefónicas, entre la "intervención" y la "observación". Así, se indica: "... 'la intervención' supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término 'observación' ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto." (LÓPEZ, Jacobo, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, España, s. f., p. 194). Estas diferencias también son conocidas en nuestro medio, cuando, en vez de decretar la intervención, se ordena simplemente el "rastreo telefónico", que tiene por objeto determinar de qué teléfonos proceden las llamadas y a cuáles se emiten. Ahora bien, el llamado procedimiento de "radiomensajes", consiste en el envío, por lo general a través de una llamada telefónica, de una comunicación dirigida a un destinatario final, que goza de un código y una frecuencia asignada, así como de un equipo o mecanismo (radiolocalizador o, como comúnmente se le conoce: "bíper", por su escritura fonética española) en el que el usuario recibe el mensaje. Sin embargo, la comunicación no es directa, sino que se establece a través de un operador de la empresa que brinda el servicio, el cual atiende la llamada telefónica del emisor y se encarga, a su vez, de transmitirla al usuario, mediante el código y la frecuencia que el último tiene asignada. Este procedimiento, eventualmente, puede ser objeto de intervención, interceptando las frecuencias utilizadas, de tal modo que el Juez esté en posibilidad de imponerse del contenido de las comunicaciones mientras estas se producen. No obstante, una vez producidas y finalizadas, ya no son susceptibles de intervenirse, por las razones anteriormente explicadas y solo podrán, a lo sumo, ser reconstruidas, bien sea mediante la declaración de testigos (emisor, receptor, operador o cualquier otra persona que tenga conocimiento de ellas), o a través de la prueba documental en que hayan sido registradas. En esta última hipótesis, de registro documental, lo que habría de ordenar el Juez es el secuestro de tales documentos, que ya en nada se diferencian de los que, de modo ejemplificativo, señala el artículo 1 de la Ley 7425 en comentario, a saber: "Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, telex, telemática o cualquier otro medio; los vídeos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo"; y, consecuentemente, como se adelantó, no rigen las restricciones establecidas por el legislador para la procedencia de las intervenciones (la investigación de cierto tipo de delitos). Tanto el secuestro como la intervención de comunicaciones, importan el levantamiento, para el caso concreto, de garantías constitucionales, específicamente: la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; sin embargo, el legislador ha querido limitar la procedencia de la segunda medida, atendiendo a sus mayores eventuales efectos lesivos, pues, por su propia naturaleza, es capaz de afectar la intimidad de un mayor número de personas que no tengan relación alguna con la actividad ilícita que se investiga y sin que tales sujetos puedan ejercitar, al menos en ese momento, ningún recurso para defenderse de la intromisión estatal, de allí que se exija que los valores a tutelar sean de una magnitud tal que justifiquen semejante posibilidad de lesión al derecho individual constitucionalmente asegurado. En el secuestro, por el contrario, no obstante que también constituye una medida excepcional, y que los datos útiles que de él se obtengan pueden ser idénticos a los derivados de una intervención, la posibilidad de consecuencias lesivas es mucho menor, pues el Juez, o la autoridad por él designada, están obligados a seleccionar en forma inmediata los documentos que serán incautados, que deben ser absolutamente indispensables para el esclarecimiento del hecho que se investiga y, de ser posible, individualizados de previo en la respectiva orden fundada (artículo 3 del texto legal citado); asimismo, se informará de la diligencia, en el mismo acto, al interesado o a la persona que tenga en su poder el objeto, con el propósito de que, a partir de ese mismo instante, pueda cualquiera de ellos ejercer los derechos que le acuerda el artículo 4 de la Ley en referencia. En punto a la solución exteriorizada, se ha señalado que: "La detención de la correspondencia consiste en la aprehensión física del soporte que se remite, bien mediante transporte del objeto a cuyo través se produce la comunicación (carta, paquete), bien mediante la transmisión por vía telegráfica de un mensaje. Con ello se impide

que el envío pueda llegar a conocimiento de su destinatario, porque si éste lo tuviera en su poder habría de ordenarse la diligencia de registro de libros y papeles." (MORENO CATENA, Víctor, op. cit., p. 337; [...]). Así, para determinar si nos hallamos en presencia de una intervención, no es posible atenerse a las características particulares del medio utilizado para establecer las comunicaciones, sino a la naturaleza misma del acto mediante la cual el juez obtiene conocimiento del contenido de ellas y, en especial, a los elementos temporales que ligan a este proceso cognoscitivo con el comunicativo. Estima la Sala que el voto constitucional no tomó en cuenta estos elementos esenciales, sino que partió del contenido de la información, lo que resulta inexacto, pues, por ejemplo, mediante el secuestro de la correspondencia epistolar, normalmente se conocerá la identidad del remitente y el destinatario y el contenido mismo de los datos transmitidos; en otros términos, como ya se indicó, los informes que se obtengan pueden ser iguales a los extraídos de una intervención y, por ello, la diferencia entre ambos instrumentos no radica en el objeto sobre la cual recaen, sino en la forma mediante la cual el juez se impone de las comunicaciones. Cuando éstas son telefónicas, el juez, aunque no esté presente siempre, escuchando cada una de las que se producen, sino que las registre mediante grabación, mantiene, en todo caso, esa posibilidad de oírlas mientras acaecen, si ese fuera su deseo o resultara indispensable para los fines del proceso; y, por lo demás, el acto mismo de grabar es simultáneo al proceso comunicativo. En su voto 4454-95, de las once horas con doce minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y cinco, citado por el Tribunal a quo en la resolución de mérito (folio 1377, Tomo III), la Sala Constitucional había señalado, en lo conducente: "IX.- El artículo 24 de nuestra Constitución Política garantiza el secreto de las comunicaciones. Dentro de éstas se ha de comprender las orales, escritas y obviamente las telefónicas. En el campo de las intervenciones telefónicas, es necesario precisar qué comprende el secreto consagrado constitucionalmente. En este sentido, las formas de «intervención» de las comunicaciones telefónicas que implican o comprometen el secreto constitucionalmente protegido, comprenden tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar el contenido mismo de las comunicaciones, mediante grabaciones de los mismos y su escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el inicio de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones, y aunque implican un grado menor de incidencia, y en consecuencia un régimen distinto, tienen relación directa con el secreto de las comunicaciones. El objeto pues del secreto de las comunicaciones refiriéndonos específicamente al caso de la comunicación telefónica, se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no adquieran ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas, sean estas íntimas o no, o de otros aspectos del propio proceso de comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Incluso nuestra legislación autoriza que el rastreo sea solicitado por el propio abonado telefónico directamente a las dependencias del I.C.E., información que le será debidamente entregada a él, como destinatario por excelencia de las llamadas que ingresan a su número telefónico. Igualmente se permite el procedimiento mediante resolución de los Alcaldes de Faltas y Contravenciones en la investigación de las contravenciones por llamadas mortificantes o indecorosas (artículo 378 inciso 9) del Código Penal). En este caso, se trata de la autorización judicial dada por los Alcaldes, en asuntos distintos de los señalados en la Ley que regula las intervenciones telefónicas. Sin embargo, hay que señalar, en primer lugar, que la incidencia se da a solicitud del interesado, quien está siendo afectado por llamadas que le incomodan y para cuya investigación, el rastreo de las llamadas que ingresan a su número telefónico, resulta ser un elemento probatorio de utilidad. Es pues el titular mismo del derecho el que solicita y autoriza expresamente la «intromisión» o «lesión» en el secreto de las comunicaciones, que resulta en esas condiciones un derecho «disponible». La intervención del Estado se da con el consentimiento expreso del titular del derecho al secreto de las comunicaciones, y para ello no es necesaria su previsión expresa en la legislación. Hay que señalar que el rastreo, si bien está comprendido dentro de lo que constitucionalmente se ha llamado «intervención de comunicaciones», en el caso de las comunicaciones telefónicas, su incidencia y la afectación que representa para el secreto de las comunicaciones es mucho menor de la que se da con la tradicionalmente llamada «intervención telefónica», que comprende el registro y posibilidad de escucha de las conversaciones. El rastreo únicamente permite obtener el número del cual provienen las llamadas o bien hacia el que se dirigen, sin conocer la identidad de los interlocutores ni mucho menos el contenido de la conversación, aspectos estos últimos que requerirían de mayor análisis y precisión para considerar el consentimiento como legitimador de su registro, aspectos que no resulta de interés profundizar aquí, por no ser materia del recurso. Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que el juez recurrido ordenó mediante resoluciones debidamente fundadas el rastreo de las llamadas en diversos números telefónicos, como lo tiene por acreditado esta Sala, números todos estrechamente vinculados con las personas y con los hechos objeto de investigación, de modo que en cuanto a este aspecto no existe vicio alguno. Ahora bien, el procedimiento de rastreo, según se desprende del oficio enviado a esta Sala por el Jefe de Operaciones en Telecomunicaciones del I.C.E. y de conformidad con la estructura misma de las centrales y redes telefónicas, debe ser realizado por el personal especializado del Instituto dicho, quienes preparando el par telefónico para el registro de las llamadas que ingresan o que egresan, almacena e imprime en documentos la información así obtenida. Aquí tenemos una combinación de información referida al secreto de las comunicaciones, materializada en un documento. La forma pues de que las autoridades judiciales conozcan los resultados del «rastreo» es entonces mediante documentos, que aunque públicos, en el sentido de que son obtenidos de dependencias oficiales, contienen información de carácter privado, referida a sujetos determinados, por lo que su conocimiento incontrolado o indiscriminado está en riesgo de lesionar la inviolabilidad de los documentos de carácter privado así como el secreto mismo de las comunicaciones. Por ello, ha de individualizarse al funcionario del I.C.E. que ha de realizar el registro y cuidar que la información obtenida sea enviada en forma segura y confidencial al juez. El juez de Instrucción de Alajuela así lo dispuso, ordenando el secuestro de los documentos dichos y autorizando para esa diligencia a los oficiales de la Policía de Control de Drogas, documentos que siempre fueron entregados en sobre cerrado directamente a él, de modo que ninguna lesión se ha producido y el procedimiento adoptado por la autoridad recurrida responde al deber de confidencialidad que debe regir en esta materia. La particularidad que rodea al procedimiento de rastreo telefónico consiste, como se dijo, en que la información obtenida se registra en documentos. En este caso, entra a regir concomitantemente el numeral 1 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados, en donde expresamente se define como documento privado, entre otros a "cualquier otra forma de registrar información de carácter privado utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo", definición dentro de la cual encaja precisamente

esta clase de documento mediante el cual se registra el resultado del rastreo telefónico efectuado. Así, aunque como se dijo este procedimiento tenga relación directa con las comunicaciones y su inviolabilidad, la incidencia del mismo es obviamente distinta de la que se produce por el registro mismo de las llamadas, que implica imposición de su contenido. Se combina en el procedimiento de rastreo una incidencia en las comunicaciones telefónicas y la inviolabilidad de los documentos privados. Por esta última razón, el juez ha de autorizar mediante resolución fundamentada el procedimiento de rastreo y su registro en documento. Convertida la información así obtenida en documento, rigen las disposiciones relativas a éstos, pudiendo el juez autorizar el examen de éstos mediante resolución fundada a los oficiales encargados de la investigación, y aunque en este caso la Ley habla del Organismo de Investigación Judicial únicamente, esta disposición por lo dicho ha de entenderse, en materia de drogas, en armonía con los artículos 162 y 163 del Código de Procedimientos Penales de 1973 y 25 y 26 de la Ley General de Policía, examen de documentos que en este caso no resulta abusivo o violatorio de la confidencialidad, porque de antemano el juez sabe cuál va a ser el contenido de dichos documentos y ha en consecuencia examinado los alcances mismos de la revisión que autoriza, que será precisamente el conocer el dato de los números telefónicos a los que se ha llamado o bien de los cuales se ha recibido llamadas en el teléfono intervenido, de manera tal que el juez, si bien autorizó el rastreo y ordenó que la información le fuera enviada en sobre cerrado, al autorizar la revisión periódica del listado cada veinticuatro horas, no ha incurrido en lesión alguna, por los motivos ya dichos. Las mismas consideraciones valen en lo referente al secuestro ordenado de los reportes de los mensajes transmitidos por el sistema de radio mensajes, que también impugna la recurrente. Al no observarse vicio alguno en el proceder del recurrido se rechazan los motivos expuestos y se declara sin lugar el recurso en cuanto a ellos." (Sic.) (El subrayado no es del original). Estos criterios, a juicio de la Sala, resultaban correctos, pues desentrañaban con claridad los mecanismos propios de la intervención de las comunicaciones y el concepto de "documento" utilizado en la ley de cita. No obstante lo anterior, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional citada al inicio de este Considerando resulta vinculante y, en consecuencia, ha de darse la razón a los recurrentes en cuanto a este extremo y estimar, entonces, que la incorporación de los elementos de prueba que consistieron en los radiomensajes y los rastreos de llamadas, es ilegítima y solo resta examinar la trascendencia que hayan tenido para el juzgamiento de las causas que se citan en los recursos. Sin embargo, es preciso determinar los alcances del voto de la Sala Constitucional y, en este sentido, ha de entenderse que los datos probatorios ilegales se restringen al secuestro de los radiomensajes y al "rastreo de llamadas"; ello significa que no es ilícita la prueba sobre la inscripción, posesión o tenencia de un radiolocalizador, que constituyen simples hechos constatables a través de los contratos suscritos con las empresas que brindan esos servicios, o de lo declarado por testigos. Estas distinciones son importantes, pues el Tribunal a quo también hizo uso de esos elementos probatorios que, como se indicó, gozan de plena validez."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 132 de las 9.00 h del 20 de febrero.

45. PRUEBA TESTIMONIAL. Declaración de coimputado ya condenado. Obligación de advertirle sus derechos.

"Como tercer motivo se acusa incorporación ilegítima de prueba, pues el tribunal utilizó la declaración de un imputado ya juzgado, J.V.C., visible a folios 50 y 51, siendo que en el primer juicio se abstuvo de declarar, no autorizando la incorporación por lectura de su dicho, lo que impedía que se utilizara en el segundo juicio. Asimismo, que el fallo se sustenta en la versión del oficial M.T.M., quien declara lo que el citado V.C. le narró en punto a la participación del imputado M.M. En cuarto término y en relación con esas declaraciones, se protesta violación a las reglas de la sana crítica. Por tratarse de cuestiones semejantes es preferible resolver los reclamos en forma conjunta. Para incorporar la declaración del sentenciado V.C., el tribunal razonó de la siguiente manera: "Precisamente partiendo del principio procesal de libertad probatoria y del hecho de que a V.C. en este momento no lo cobija el derecho de abstención, que tutela única y exclusivamente la posibilidad de no autoincriminación y no de incriminación respecto de los otros coencartados, al igual que tomando en consideración el hecho de que dicho condenado no es localizable en nuestro país y que la última información con que se cuenta es que se halla en Nicaragua, se procedió a incorporar la declaración de folios 50 a 55" en respaldo de lo cual se cita una sentencia de esta Sala (96-F-94 de 21 de abril de 1994), que a nuestro entender no es aplicable al caso en estudio, pues no se refiere a la incorporación por lectura de la declaración de un imputado que inicialmente se abstuvo de declarar, para que sirva de prueba contra otro co encartado. No comparte este Despacho esa posición del a quo, pues como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional (voto 264 de 14.30 horas del 6 de febrero de 1991), el derecho a la facultad de abstenerse de declarar es irrenunciable en todas las etapas del proceso. Debe recalcarse que se está en presencia del mismo proceso, que en él V) se abstuvo de declarar y no consintió en que su dicho rendido en la instrucción fuera incorporado por lectura y que el juzgamiento por aparte de M.M. obedece a cuestiones eminentemente procesales (que se declarara con lugar un recurso planteado por el Ministerio Público contra la sentencia originalmente dictada, que lo absolvía a él y condenaba a los otros imputados –entre ellos V.C.– por el mismo ilícito). Entonces si la declaración que se pretendía de V. era como coimputado condenado, por tratarse del mismo proceso, el derecho de abstenerse (y al que ya se había acogido), seguía vigente. Si se pretendía que declarara como testigo, la situación no varía gran cosa, pues en relación con los coimputados absueltos, condenados o prófugos, se ha dicho: "De toda forma es criterio de esta Sala que esa práctica (llamarlos a declarar como testigos), conlleva la obligación de advertirles que pueden callar respecto a todo hecho que estimen puede conllevarles responsabilidad penal, aun en relación con la ya resuelta" (Sala Constitucional, resolución 2480-97 de 15.36 horas del 6 de mayo de 1997)."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 210 de las 9.10 h del 6 de marzo.

46. PRUEBA TESTIMONIAL. Manifestación de ofendida ante perito oficial no puede considerarse espontánea.

"Tanto en los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por el justiciable, como en el primer reclamo formulado por el defensor público Licenciado R.Ch.C., se protesta que habiéndose abstenido de declarar tanto la menor ofendida como su madre, las manifestaciones que brindaron a la psiquiatra del Organismo de Investigación Judicial, I.M.G., fueron tomadas en cuenta para condenar al encartado, por medio del testimonio de dicha profesional, lo que no es más que la incorporación de prueba ilegítima. En primer término, debe

indicarse que no se comparte la posición del defensor público en lo que toca a que la psiquiatra forense "sí debió indicar a la madre y la menor que tenían el derecho a no declarar". Tal advertencia la deben realizar las autoridades jurisdiccionales (o las judiciales entendiendo como tales a los miembros del Ministerio Público), pero no otro tipo de servidores que laboran en el Poder Judicial. II.- Para determinar si se produjo la violación alegada, deben examinarse los elementos probatorios utilizados en el fallo de instancia y las conclusiones que se extrajeron de ellos. Según consta en el sumario de prueba, de carácter oral únicamente se recibió la declaración de la mencionada I.M., quien entre otras cosas manifestó: "La niña dijo que el papá le tocaba las nalguitas y el área genital, esto se hizo con muñecos...se entrevistó a la madre", agregando las secuelas que presenta la menor. Como prueba documental y pericial se recibió el dictamen medicolegal de folio 11, el dictamen psiquiátrico de folios 33 a 35 (en el que se señala la manifestación de la menor, en cuanto a los tocamientos y la entrevista efectuada a la madre) y la certificación de juzgamientos de folio 57. Ya en el análisis de la prueba, expresamente se indica que: "Conforme a la prueba recibida, concretamente el dictamen psiquiátrico que consta de folio 33 a 35 y la declaración de la perito psiquiatra I.M.G., el tribunal tiene por bien demostrada la responsabilidad del acusado D.A.A.", precisando sus manifestaciones y el contenido de la pericia. Es decir, esos elementos de convicción son esenciales para las conclusiones a que arribó el tribunal y tienen como sustrato las manifestaciones de la menor y de su madre, como se reconoce en otro aparte de la sentencia (véase por ejemplo folio 66 al final). Fuera de ellos no existen otros elementos probatorios que hayan servido al a quo para concluir en la forma dicha. III.- Es cierto, como se hace constar en la sentencia impugnada, que esta Sala (resolución 1004-97 de 15.45 horas del 18 de setiembre de 1997), consideró que la facultad de abstención "no se quebranta cuando el imputado o los parientes con derecho de abstención realizan manifestaciones espontáneas a terceras personas, a raíz de su intervención en el proceso o por cualquier otra circunstancia. Así las cosas, en este caso lo que manifestó la ofendida al perito citado, aunque tenía como objetivo primordial que él la evaluara psicológicamente, son aspectos que no solo está obligado a analizar el profesional –como parte de la base conformada también por otros elementos probatorios a partir de la que emite sus conclusiones–, sino que las debe poner en conocimiento del Tribunal válidamente, para que este las aprecie con arreglo a lo dispuesto por la normativa reguladora del correcto entendimiento humano. Cabe resaltar aquí, que el perito –oficial o privado–conserva su condición de tercero sin interés alguno en la causa, no obstante la importancia del auxilio que su especialidad brinde a los tribunales de justicia". Pero posteriormente, se replanteó el tema, concluyéndose que no puede hablarse de manifestaciones espontáneas brindadas a un tercero, sino que se rinden como consecuencia de la cita que se les confiere y a raíz de la "entrevista" o interrogatorio que se realiza. Así, se dijo (Sala Tercera N° 297-98 de 9.53 horas del 27 de marzo de 1998): "Cierto es que la jurisprudencia patria ha aceptado que manifestaciones espontáneas de personas con derecho de abstención (imputados y familiares suyos), efectuadas a otros sujetos, sean tomadas en cuenta para fundamentar fallos aun de tipo condenatorio, primordialmente si están avaladas por otros elementos de convicción. No existe motivo alguno para modificar ese criterio. Pero en el caso presente, no es posible considerar que el conocimiento que adquirieron de los hechos los testigos M.G.H., E.Q.M. y D.E.M.G., lo haya sido en forma espontánea, sino que lo fue en ejercicio de sus funciones, el primero como psicólogo forense del Organismo de Investigación Judicial y las otras dos profesionales como personeras del Patronato Nacional de la Infancia y ante la entrevista que, por razón de sus cargos, realizaron a la menor ofendida y a su madre. Entonces, si se fundamenta el pronunciamiento del a quo en estos declarantes, que principalmente narran lo que la perjudicada y su madre les manifestaron, se violaría el derecho de abstención a que se acogieron en el debate". Ello es lo que ocurre en el caso en examen, por lo que las versiones brindadas por la niña ofendida y su madre, a la psiquiatra M.G., no pueden considerarse como manifestaciones espontáneas realizadas a terceras personas, sino como consecuencia de la cita que se les extendió y a raíz de la "entrevista" o "interrogatorio" realizado, como puede observarse claramente en el dictamen medicolegal (de folio 33) y la transcripción del testimonio de la Doctora M. (folio 65). Como también ya se dijo, el dictamen pericial y la declaración de la mencionada profesional, mediante la cual se incluyen las manifestaciones de la menor ofendida y de su madre, constituyen la prueba decisiva para el dictado de la sentencia condenatoria, lo que obliga a declarar con lugar los dos motivos planteados por la forma. Cuando se trata de recursos por vicios procesales, lo correspondiente es anular el fallo y el debate que lo precedió y ordenar el reenvío. Pero en casos en que ello resulte innecesario, pues por las circunstancias que rodean el asunto, la remisión no conlleva ningún fin práctico, aplicando el principio de justicia pronta y cumplida esta Sala ha resuelto directamente la causa, solución que se adopta en este asunto, y con base en lo expuesto, se absuelve de toda pena y responsabilidad a D.A.A. por el delito de Abusos Deshonestos Agravados que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de H.L.A.S."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 487 de las 9.50 h del 22 de mayo.

47. RECONOCIMIENTO JUDICIAL. Representación del imputado a cargo de asistente de la defensa pública no invalida el acto.

"Sólo un motivo fue admitido por la forma y en él, se reclama quebranto a los artículos 80, 83, 191, 192, 256 y 257 del Código de Procedimientos Penales, pues para la diligencia de reconocimiento que se iba a practicar, el imputado solicitó la presencia de un defensor particular y como no fue localizado, (aunque el tribunal señala que no se presentó), fue asistido por una persona que a esa fecha no era abogado, sino que ocupaba el cargo de Asistente de Defensores Públicos. Al respecto se dice en la sentencia que "el Reconocimiento de folio 132 es el practicado sobre el imputado R.C.M.", precisando cuáles testigos lo identificaron y cuál no (ver folio 410). Al reseñar lo declarado por el justiciable R.C.M., se señala que "en el reconocimiento judicial, lo primero que hizo fue llamar a un abogado de su confianza pero no llegó, entonces de Defensores Públicos le enviaron uno pero siempre creyó que era abogado y no un mero asistente, pues de haberlo sabido no habría aceptado tal situación" (folio 416). No sobra advertir que la anterior transcripción es la que se utiliza en el recurso, para justificar que el tribunal acepta abiertamente haber actuado mediante un "engaño procesal", sin que ello sea cierto. Ya en el análisis de fondo se dice: "El hecho de que a la misma (diligencia de reconocimiento) asistiera en representación de C.M. un asistente de la defensa pública, en nada invalida el acto pues es de todos conocidos (sic) que era una práctica aceptada en aquel tiempo, y en todo caso no es el momento para que el tribunal se cuestione aspectos de mera forma, los cuales ya fueron ventilados en su momento procesal oportuno incluso ante la Sala Constitucional. Lo importante es que se trató de un acto jurisdiccional en el cual se observaron las formalidades estipuladas procesalmente y en el cual dos testigos

totalmente imparciales y sin ningún tipo de interés en este asunto, reconocen por separado a C.M. como uno de los autores de este lamentable hecho de sangre, mientras que una tercera manifiesta que es el sujeto que mas (sic) se le parece". No puede admitirse el reclamo. Como lo dispone el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales de 1973, los defensores de las partes tendrán derecho, pero no obligación de asistir a algunas diligencias, entre ellas los reconocimientos. En el caso presente se trató de localizar al abogado que solicitó el imputado lo acompañara a esa diligencia, pero no se localizó. Ello no implicaba que, entonces, el reconocimiento no se efectuara, pues podía realizarse sin la presencia del profesional. Más bien, con exceso de celo, el tribunal pretendió suplir su ausencia con un miembro de la defensa, acudiendo un asistente. Así las cosas no puede tenerse por cometida ninguna anomalía de parte del tribunal sentenciador. No sobra agregar que, en relación con el tema que nos ocupa, por parte del justiciable C.M., se interpuso una acción de inconstitucionalidad la que fue resuelta por la Sala Constitucional, en resolución 2808-96 de 15.03 horas del 11 de junio de 1996, que en lo que interesa, dispuso: "III. En relación con el objeto de impugnación de esta acción, se observa que el accionante acude a esta vía jurisdiccional solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los acuerdos tomados por la Corte Plena mediante los cuales se invisten como defensores públicos ad honórem a los asistentes de abogacía con la finalidad de que asistan a reconocimientos, careos, inspecciones judiciales y reconstrucciones. Especifica que, en su caso, en una diligencia de reconocimiento judicial, en lugar del defensor público que se le había asignado, se presentó un asistente de esa oficina. Esa sustitución no conlleva nulidad alguna al proceso, pues de conformidad con lo reglado en el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales, no es obligatoria la presencia del defensor para realizar la diligencia de reconocimiento, sólo está facultado para participar; si en el caso concreto se abstuvo de hacerlo y envió en su representación a un asistente, aunque se reconozca la infracción constitucional que se alega, ello no tendría efecto alguno dentro del proceso base y en tal razón se carece de legitimación de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 75 de la Ley que rige esta jurisdicción. La legislación procesal penal establece que la inasistencia del defensor a determinados actos procesales, no sólo produce indefensión del imputado sino que también puede conllevar la aplicación de sanciones procesales como puede ser la nulidad de lo actuado, por afectar el principio de defensa, bajo ese supuesto, por ejemplo, si al debate oral y público, en el que se requiere la presencia del defensor, acude un asistente del departamento de defensores públicos, ello sí ocasiona una violación al derecho de defensa. Así las cosas, en este caso la acción no resulta ser un medio razonable para amparar el derecho que se estima lesionado, puesto que al accionante no se le afectaron las garantías derivadas del debido proceso". Acorde con lo expuesto, se declara sin lugar el reproche."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 261 de las 10.18 h. del 13 de marzo.

48. RECURSO DE CASACIÓN - Improcedencia contra resolución que unifica penas.

"I.-Con base en los artículos 54, 443, 445, 446 y 450 del Código Procesal de 1996, 22 y 76 del Código Penal, 7, 27, 40 y 41 de la Constitución Política, y 5.2 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sentenciado J.F.R.M. interpone recurso de casación en contra de la resolución de las 16 horas del 23 de febrero de 1998, dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago, en virtud de la cual se declaró sin lugar el incidente de unificación y adecuación de penas interpuesto por el ahora recurrente. II.- El recurso planteado resulta inadmisible. Según las reglas procesales de la impugnabilidad objetiva, y de acuerdo con una relación de los artículos 444 y 54 del Código Procesal Penal vigente, la resolución que adopte el tribunal que dictó la última sentencia (cuando se hayan dictado varias condenatorias contra una misma persona), unificando las respectivas penas, carece del recurso extraordinario de casación, pues el mismo quedó reservado –salvo casos especiales previstos expresamente– contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio. Así las cosas, al carecer la resolución impugnada del recurso interpuesto, resulta necesario que este sea rechazado adportas."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 444 de las 9.00 h del 15 de mayo.

49. RECURSO DE CASACIÓN· Limitaciones cuando el reenvío sólo se refiere a la pena.

"I.- En el presente asunto, el Tribunal Superior Segundo Penal de esta ciudad, en sentencia N° 206-B-96 de 15.00 horas del 9 de diciembre de 1996, condenó a los imputados J.C. y J. ambos J.G., a descontar en total nueve años de prisión, como coautores responsables de los delitos de Robo Agravado y Privación de Libertad Agravada en Concurso Material, en perjuicio de J.L.M.T. y M.R.M. (ver folios 136 a 143). Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso de casación (folio 145 a 153), alegándose, entre otras cuestiones, fundamentación arbitraria de la pena. Esta Sala Tercera declaró con lugar el reclamo en cuanto a ese motivo, disponiendo: "Se anula de manera parcial el fallo condenatorio, únicamente en cuanto a la fijación de la pena de ambos acusados. En relación con este punto, se ordena el reenvío para una nueva sustanciación conforme a derecho ante el mismo Tribunal" (resolución 193-97 de 9.30 horas del 28 de febrero de 1997, folios 158 a 160). Señalada la audiencia para fijar la sanción (folio 169), el imputado J.J.G. presenta "recurso de recusación", contra los jueces que concurrieron a dictar la sentencia, para que no pudieran conocer de lo relativo a la determinación de la pena. El pronunciamiento correspondiente se difirió para la mencionada audiencia, resolviéndose negativamente las pretensiones del recusante. En ese acto ambos imputados, en forma separada declararon sobre la comisión del ilícito, según lo exponen en el escrito en que formulan la presente impugnación. Contra lo resuelto por el a quo, ambos imputados formulan casación, la que deviene inadmisible por lo que se expone en el siguiente considerando. II.- Al haberse ordenado el reenvío únicamente en cuanto a la pena, los demás aspectos que originalmente debían juzgarse, entre ellos los relativos a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, permanecieron incólumes, como expresamente lo señaló el correspondiente fallo. Ello apareja que el objeto de la discusión y consecuentemente del nuevo recurso, quede circunscrito a los problemas de determinación de la pena. Así podría impugnarse, por ejemplo, que nuevamente se faltó a la fundamentación, o que esta resulta arbitraria, o que se quebrantó el principio de no reforma en perjuicio, respecto al monto fijado o a los beneficios que inicialmente se concedieron, pero no podría cuestionarse aspectos relacionados con la calificación del hecho o la participación de los imputados, como se pretende, pues ya ello quedó indefectiblemente establecido. Tampoco podría alegarse cuestiones relativas a la recusación que se formuló, porque ello excede el objeto del juicio de reenvío y del recurso, como ya se expuso. Acorde con lo expuesto, se declaran inadmisibles los dos recursos formulados."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1307 de las 8.25 h. del 28 de noviembre.

50. REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO. Nulidad por variación sustantiva.

"Los imputados plantean recurso por la forma, en cuyo

primer motivo se reclama que indebidamente tuvo el tribunal por ampliado el requerimiento de elevación a juicio, incluyendo durante el debate y a solicitud del Ministerio Público, circunstancias que modificaban rotundamente los hechos acusados respecto a la sustracción del automotor en daño de la señora S.V. Lleva razón el alegato. Si bien nuestra legislación contempla en su artículo 376 del Código de Procedimientos Penales la posibilidad de que la pieza acusatoria se amplíe por surgir un factor constitutivo de un agravante o de un delito continuado, y si bien es cierto que en reiterada jurisprudencia esta Sala ha señalado que nada se opone a que se corrija o adicione esa pieza, siempre que no resulte sorpresivo a las partes o redunde en detrimento de su derecho de defensa, de ninguna manera puede entenderse que ello permita la variación de cualquier segmento de la imputación. En este asunto, el tribunal aceptó, por vía de modificación del requerimiento en el debate, que donde se señalaba que la sustracción había sido llevada a cabo por sujetos desconocidos, se "corrigiera" sindicando a los encartados. Ciertamente lo anterior constituye una variación sustancial, que va mucho más allá de una simple agravante o configuración de un delito continuado. El tribunal, con su errónea actuación, desoyó las protestas de la defensa (folio 896 frente), que reclamó como arbitraria y contraria a las garantías mínimas la susodicha actuación, pues la ponía en desventaja discursiva y probatoria. A través de esa adición, no sólo se modificó sustancialmente el requerimiento, sino que se imputó a los sentenciados otro hecho, cosa que evidentemente es inadmisible. Siendo así, debe declararse con lugar el reproche, decretando la nulidad del fallo en tanto condenó a D.C.M. por el delito de hurto agravado en daño del señor B.M., así como de la nulidad de la condenatoria civil por ese concepto impuesta."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 112 de las 8.40 h del 5 de febrero.

51. SENTENCIA. Documento incompleto sólo provoca nulidad del acto de notificación.

"Recurso interpuesto por C.A.S.L., en su condición de representante de la actora civil R.A.S.A. Recurso por la forma: Reclama el impugnante violación de los artículos 41 de la Constitución Política y 144 a 151 y 395 inciso 2) del Código de Procedimientos Penales, pues alega que el Tribunal tuvo por acreditados a folio 365 (sic) los hechos D) y E) y sin embargo, dice que en el mismo folio vuelto sólo indicó el hecho probado I), impidiendo conocer a las partes en qué consisten los hechos F) y G). El reclamo es atendible en la forma que se dirá. Analizado el fallo se detecta que en el elenco de hechos probados, el Tribunal pasó de la letra E) a la letra I) (confrontar folio 405 frente y vuelto); al respecto, solicitado el informe correspondiente al a quo con la finalidad de determinar a qué obedeció esa circunstancia, se observa que a folio 466 de la causa, el Secretario del Despacho indicó que la sentencia quedó incompleta por un error a la hora de imprimirla y adjunta el fallo completo, lográndose verificar que efectivamente y como lo extraña el recurrente, al momento de notificar la resolución, el Tribunal Superior de Liberia, Guanacaste, omitió consignar en el documento agregado a la causa, parte de los sucesos que tuvo por acreditados como E) y H), así como los acontecimientos F) y G) (ver folio 472). Así las cosas, se determina que la irregularidad detectada en el fallo no obedece a un error material a la hora de consignar la numeración alfabética del cuadro fáctico fijado por el a quo y por consiguiente, esa circunstancia limitó a las partes a la hora de recurrir en casación por no tener conocimiento pleno acerca del contenido total de la resolución. Ahora bien, dicha coyuntura –contrario a la interpretación del impugnante–, no implica la nulidad del fallo y del debate, sino exclusivamente del acto de notificación de lo resuelto, debiéndose poner nuevamente en conocimiento de las partes la sentencia total, para que –si a bien lo tienen–, establezcan las gestiones que estimen pertinentes. En razón de lo expuesto, corresponde declarar con lugar el reclamo presentado. Se anula la notificación del fallo y se ordena el reenvío del proceso a conocimiento del Tribunal de origen, para que proceda a notificar a las partes la totalidad del fallo, de manera que si lo estiman procedente, interpongan dentro del término de Ley, las gestiones que consideren apropiadas."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 90 de las 9.00 h del 30 de enero.

52. TÉRMINO DE LA DELIBERACIÓN. Suspensiones por fuerza mayor.

"En el segundo motivo del recurso (folios 252 a 257, Tomo V), invoca la defensa el quebranto de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1), 145, 146, inciso 1) y siguientes, 361, 393, 395, 396 y 400 del Código de Procedimientos Penales de 1973, por irrespeto al principio de continuidad de la deliberación y el debido proceso. Señala que el a quo conoció y resolvió otros asuntos mientras deliberaba, por lo que, en su criterio, se desconoce si el fallo fue creación exclusiva de un solo juez o del pleno, o si ya habían decidido y redactado la sentencia antes de que culminara el debate, pues se presentó un recurso de amparo ante la Sala Constitucional, donde se indicaba que dos días antes uno de los jueces había dicho cuál sería el resultado del juicio. Los reproches no son de recibo. En el voto 565-F, dictado por esta Sala a las 9.05 h del 22 de octubre de 1993 –de cita por quien recurre–, efectivamente se indica, en lo que interesa, "... según lo señala el párrafo final del artículo 392 del Código de Procedimientos Penales (de 1973), en cuanto al término de (la deliberación) regirá el artículo 361, el que a su vez indica que el debate (y en consecuencia también la deliberación, conforme al 392 ibídem) continuará durante todas las sesiones consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, y puede suspenderse hasta por un término máximo de diez días. En consecuencia, de acuerdo con esas disposiciones, la deliberación de los jueces para decidir el mérito debe iniciar apenas terminado el debate, y continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, de manera que puede extenderse –como se indicó– a una o varias audiencias de uno o varios días, sin que ello implique que se afecta la continuidad del acto. Ahora bien, en el evento de que la deliberación se prolongue varios días, estos deben ser consecutivos y los juzgadores no pueden intervenir o resolver otros asuntos durante todo el tiempo que dure, porque la deliberación es continua, salvo cuando por alguna de las causas justificadas deba interrumpirse." Sin embargo, conforme se adelanta de la propia lectura del voto transcrito y también se hizo ver luego, dentro de la misma sentencia, una de las causales que permiten interrumpir la deliberación es el surgimiento de una fuerza mayor, aspecto contemplado en el referido artículo 392 del código de 1973. Del listado de resoluciones que, según indica el recurrente, habría dictado el a quo en otros procesos y durante el término de la deliberación de este asunto, se observa que no se trató sino de excarcelaciones, rebeldías y un recurso de revocatoria; es decir, aspectos interlocutorios de grave urgencia, que se enmarcan dentro del concepto de "fuerza mayor" al que alude la norma comentada, pues el retraso en resolverlos habría podido lesionar seriamente derechos constitucionales de los individuos, de importancia tal como la libertad, a la vez que comprometer la responsabilidad disciplinaria e incluso penal (por incumplimiento de deberes) de los juzgadores. Así, ha de entenderse la jurisprudencia de cita en el sentido de que la continuidad de la deliberación constituye una regla general y un principio esencial del proceso, pero admite las excepciones previstas por la misma norma, en los casos de fuerza mayor o enfermedad de alguno de los miembros del tribunal; en esas hipótesis, la fase deliberativa

puede suspenderse hasta por un término máximo de diez días, sin que ello implique vicio de nulidad. En el sub lite, se reitera, las suspensiones de la deliberación se encuentran justificadas, por fuerza mayor, y ninguna de ellas se prolongó indebidamente. No constituiría motivo de excusa, por ejemplo, celebrar el debate de otro proceso, interrumpiendo la deliberación del pendiente, pues ello transgrediría de manera abrupta, los principios de continuidad e inmediación, amén de que tal supuesto no podría considerarse una "fuerza mayor", pero sí lo son resoluciones interlocutorias como las decretadas por el a quo –e incluso otros casos, v. gr.: la necesidad de dar respuesta a un recurso de hábeas corpus–, pues no pueden existir contradicciones insalvables en el ordenamiento jurídico, en otras palabras, mandatos que se contrapongan y que exijan ambos ineludible observancia en un mismo momento, lo que atenta incluso contra el sentido común. De allí las previsiones del legislador, quien, tras valorar las concretas circunstancias, estableció la posibilidad de que se produzcan rupturas de la continuidad de la deliberación, siempre sometidas a límites, tanto en el orden temporal, como respecto de los presupuestos taxativos que las hacen procedentes. El segundo agravio que se plantea en este motivo del recurso tampoco es de recibo. Si alguno de los juzgadores que intervinieron en este asunto, hubiese, en efecto, adelantado extrajudicialmente su criterio sobre la forma en que se iba a fallar, el remedio procesal que correspondía es el establecido en los artículos 29 y 34 del Código de Procedimientos Penales de 1973, a saber: su separación del conocimiento del juicio, a instancia de alguna de las partes, mediante el trámite de la recusación; y, en el ámbito administrativo, su eventual responsabilidad disciplinaria. La Sala ha tenido a la vista el recurso de amparo formulado por el señor F.E.G.H. (quien no figura como parte en esta causa) contra el Tribunal a quo (ver: copias certificadas, folios 401 a 411, Tomo V), el cual fue rechazado ad portas por la Sala Constitucional y en el que se manifiesta que el juez M.L.U. habría hecho, a persona desconocida y en fecha que no se precisa, aunque antes de la lectura integral del fallo, la afirmación de que se absolvería a C.V. y se ordenaría abrir causa contra el recurrente. Sin embargo, esta situación no conduce a variar las conclusiones que aquí se sostienen, pues lo cierto es, en primer término, que una actitud semejante del juzgador deberá ser sometida a previa investigación por el tribunal disciplinario correspondiente, para establecer si en verdad ocurrió y disponer las sanciones respectivas, si procediesen y, en segundo lugar, aun la circunstancia de que la irregularidad hubiese acaecido, no se encuentra prevista como causa de nulidad del fallo, pues el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales de 1973 sólo disponía esa sanción contra los actos ejecutados por el juzgador con posterioridad a que se le recusó y en el supuesto de que, tras haber rechazado él en lo personal la gestión, el órgano competente (en este caso, los restantes jueces del tribunal, de conformidad con el artículo 96 inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) "hiciere lugar a la recusación"; y la declaratoria de nulidad, sin embargo, únicamente se haría si así lo pidiese el recusante, pues lo cierto es que la misma norma del Código de rito en comentario, autorizaba al juzgador a continuar ejerciendo sus funciones en el proceso, mientras se tramitaba el incidente. De lo anterior se infiere que solo serían nulos los actos que se realizasen con posterioridad a que se admitió la recusación (artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 31 del Código de Procedimientos Penales de 1973). En vista de que en este proceso nunca se verificó solicitud alguna en ese sentido y la oportunidad para formularla ya precluyó (artículo 34 del Código de Procedimientos Penales de 1973), procede declarar sin lugar el recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 441 de las 8.48 h del 15 de mayo.

53. VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. Inexistencia de violación al debido proceso.

"Por otra parte, los errores en los que pueda incurrir la fiscalía al calificar los hechos que describe la pieza acusatoria no implica que esté viciada de nulidad –como erróneamente se argumenta en el recurso–, pues debemos tener claro que al imputado se le atribuyen hechos y no una calificación: "... el Tribunal de mérito no juzga sobre la corrección del juicio jurídicopenal del acusador, sino sobre el hecho que el mismo atribuye al imputado (cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: Derecho Procesal Penal, Tomo II, Córdoba, Editora Córdoba, 1982, pág. 236). En efecto, el artículo 397 del Código de Procedimientos Penales autoriza al Tribunal para dar al mismo hecho acreditado una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio, siempre y cuando las descripciones materiales del hecho no difieran presentando posibilidades defensivas distintas a las ejercitables frente a la anterior calificación, pues si resultare del debate que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal de juicio debe disponer la remisión del proceso al Fiscal para que formule nueva requisitoria (en este sentido véanse las resoluciones de esta Sala V-251-F de las 9.35 horas del 18 de setiembre de 1987 y V-637-F de las 15.05 horas del 5 de diciembre de 1991) ...", SALA TERCERA DE LA CORTE, Suprema de Justicia, voto Nº 164-F-93, de las 16.16 h del 20 de abril de 1993. Esto implica que las variaciones en la calificación jurídica no constituyen violación del debido proceso, siempre y cuando la base fáctica se respete en su esencia, lo que no significa tampoco que los hechos de la sentencia deban ser idénticos y coincidir en forma absoluta con los de la acusación, toda vez que durante el juicio, aplicando los principios de la oralidad y la inmediación, podrá precisarse y reconstruirse con mayor detalle el acontecimiento histórico, sin que ello violente o lesione el derecho de defensa: "... la fase oral del proceso penal está dispuesta con el propósito de que los juzgadores puedan establecer con claridad los detalles que se dieron en el hecho histórico sometido a su conocimiento, con base en la prueba recibida con inmediación. Si en tal labor –como es el caso que nos ocupa– se logra aclarar y precisar una circunstancia que integra el acontecimiento así reconstruido, ello en nada afectará los intereses de las partes, siempre que no implique una variación sustancial del cuadro fáctico. En el sub júdice los elementos que cuestiona el recurrente no se traducen en una modificación sustancial de la relación de hechos acusada por el Ministerio Público, pues ésta mantiene sus elementos esenciales sin cambio alguno. Según se deriva de lo anterior, no se aprecia la existencia de vicio procesal alguno que justifique anular el fallo de instancia como se solicita, por lo cual ambos motivos se declaran sin lugar ..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 554-F-97, de las 10.35 h del seis de junio de 1997. En este mismo sentido véanse los siguientes votos de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Nº 251-F-87, de las 9.35 h del 18 de setiembre de 1987; Nº 73-F-87, de las 9.05 h del 10 de abril de 1987, y Nº 253-F-97, de las 9.30 h del 14 de marzo de 1997, así como el Nº 1288-91, de las 9.05 h del 5 de julio de 1991, de la Sala Constitucional."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 379 de las 15.50 h del 16 de abril.

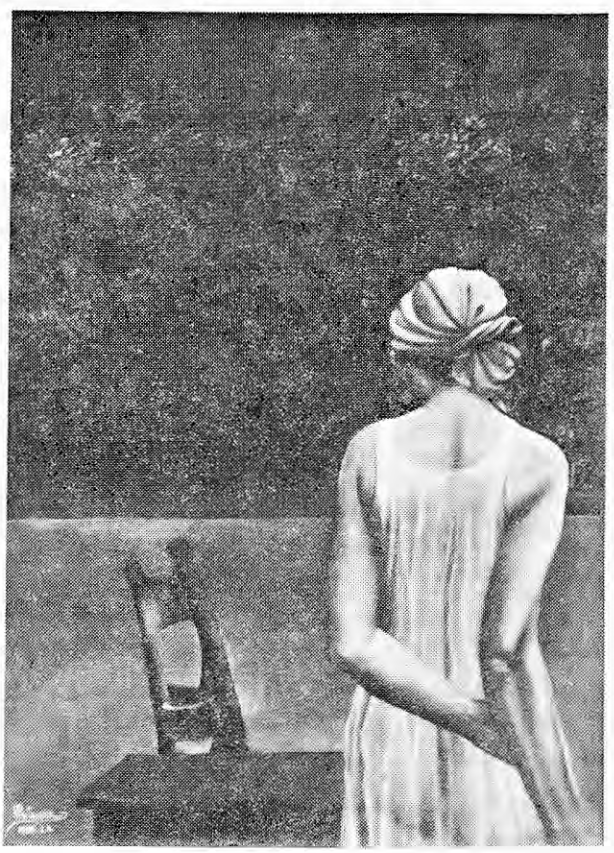
54. VISTA. Legalidad de intervención de magistrados en la sentencia, pese a no haber estado en la vista.

"Vistos el recurso de revocatoria e incidente de nulidad presentados por la Licenciada M.G.V.N., defensora del imputado Ch.V. (ver folios 169 a 171), contra el fallo de esta Sala Nº 1.200-97, dictado a las 9.20 horas del 7 de noviembre del año en curso, corresponde rechazar ambos de plano. En efecto, resulta improcedente de manera absoluta el recurso de revocatoria presentado, pues la resolución impugnada no se trata de un auto que resuelva sin sustanciación una incidencia o un artículo del proceso. Por otra parte, no cabe incidente alguno contra una sentencia ordenada en vía de casación, ni está autorizado ese trámite por Ley. No obstante lo indicado y a mayor abundamiento, corresponde aclarar que el hecho de haber participado algunos de los suscritos Magistrados en la votación de la presente causa, sin que se encontraran presentes a la hora de celebrarse la Vista correspondiente, resulta acorde con lo dispuesto no sólo por la resolución de la Sala Constitucional Nº 1.739-92 de las 11.45

horas del primero de julio de 1992, sino además con el voto de dicha Sala N° 6.681-96 de 15.30 horas del 10 de diciembre de 1996, en tanto este señaló –en lo conducente–, que: "... No se afecta el debido proceso, ni el principio de inmediación, con esta solución, en la medida en que en ningún caso en que se reciba prueba, o se aporte un elemento nuevo, se permitirá que jueces distintos a los que estuvieron en la audiencia resuelvan el asunto, y esto sólo podrá hacerse cuando: a) existan razones justificadas, o, b) cuando lo que se da en audiencia oral es sólo una sintetización de los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto o constan por escrito con anterioridad, sin aportar nada nuevo. Más bien en este tipo de situaciones, es de interés de la celeridad y justicia, que no se den dilaciones innecesarias que perjudiquen tanto los intereses de las partes, como los de la administración de justicia..." En el presente asunto se aprecia a folio 164, la constancia respectiva del Secretario de esta Sala, mediante la que se afirma que tres de los Magistrados que la integraron a la hora y fecha en que se celebró la Vista respectiva, –no obstante haber sido convocados debidamente–, no pudieron concurrir a votar. Además, la interpretación subjetiva que hace la recurrente de lo dispuesto por la Sala Constitucional no resulta aplicable en la especie, pues como ya lo señalado esta Sala, el contenido del voto citado debe adecuarse al recurso de casación. En ese entendido debe apuntarse, que el artículo 477 ibídem en su párrafo segundo, dispone que en el escrito mediante el que se interpone una impugnación, debe indicarse los móviles del reclamo con sus fundamentos y, "...Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo...", de modo y manera que: "...si bien es cierto la Sala Constitucional al pronunciarse sobre la conformación de los Tribunales para dictar el fallo impugnado, estableció que en aquellos asuntos en que diferentes profesionales los integraran al momento de celebrarse la Vista y al celebrarse el juicio oral y público respectivamente, expresó que ello era factible en el evento en que en la audiencia oral no se hubiere ampliado los motivos del recurso, manifestando, que: "...sí es posible –constitucionalmente hablando–, que en aquellas vistas en las que no se reciban elementos de prueba oral o, que las argumentaciones de las partes consten ya por escrito, sin que se aporte nada nuevo –como ocurre en la mayoría de los recursos de casación y algunos de los de revisión–, donde las partes van a la audiencia oral a sintetizar los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto por escrito, puedan intervenir otros jueces, distintos a los que participaron en la vista, a la hora de tomar la decisión,..." (Así, Sala Constitucional, voto # 6.681-96 de 15:30 horas del 10 de diciembre de 1996). Ese aserto, aplicado tanto al contexto del recurso de casación, –como es pertinente- cuanto al marco del ordenamiento procesal penal que rige, no implica –como erróneamente lo interpreta la defensora impugnante-, que contrario a los requisitos y disposiciones que regulan este medio impugnaticio, se pueda venir en este momento procesal a adicionar un nuevo agravio, sino más bien, lo que posibilita es que sobre un vicio ya alegado –al momento de interponer el reclamo–, los partícipes en el proceso puedan ampliar los fundamentos esgrimidos en el escrito inicial." (Confrontar Sala Tercera, Voto # 1.242-97 de 9.55 horas del 14 de noviembre de 1.997), ampliación de los fundamentos que ni siquiera se dio en el presente caso, conforme se aprecia de la constancia de Vista agregada a folio 153 vuelto de esta causa. En consecuencia, corresponde declarar sin lugar tanto la solicitud de revocatoria como el incidente de nulidad interpuestos y devolver el expediente a conocimiento del Tribunal de origen, para que se sirva proceder conforme a derecho."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1422 de las 8.34 h del 12 de diciembre.

* * *



Autor: Rosita Portuguez

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

MARTÍN RODRÍGUEZ MIRANDA
Defensor Público
LUCILA MONGE PIZARRO
Letrada de la Sala Constitucional

CONTENIDO

1.- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Asunto previo como medio legítimo para amparar un derecho.

2.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Distinción con las medidas de cautelares.

3.- AUTOCALUMNIA. Constitucionalidad

4.- CAUSALES DE INHIBICIÓN. Las causales del artículo 29 no son taxativas ni exclusivas.

5.- ERRORES MATERIALES. Concepto. Límites de la facultad del juzgador.

6.- DENEGATORIA DE EXCARCELACIÓN. Antecedentes penales. Estado de inocencia.

7.- DERECHO DE ABSTENCIÓN. Imputados absueltos, condenados o prófugos como testigos.

8.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Control de la supremacía constitucional.

9.- MEDIDAS CAUTELARES. Prueba. Carácter facultativo de la audiencia.

10.- MINISTERIO PÚBLICO. Funciones.

11.- PERDÓN DEL OFENDIDO. No procede en el delito de abusos deshonestos.

12.- PRESCRIPCIÓN. Fundamento jurídico.

13.- PRINCIPIO DE IGUALDAD. Perdón del ofendido. El párrafo segundo del artículo 162 del Código Penal no es inconstitucional.

14.- PUBLICACIÓN DE OFENSAS. Prisión por deudas. No viola el artículo 38 de la Constitución Política.

15.- RÉGIMEN PENITENCIARIO. Competencia Administrativa. Derechos fundamentales.

16.- RÉGIMEN PENITENCIARIO. Condiciones mínimas como derecho fundamental.

17.- RETENCIÓN DE CUOTAS DE LA CCSS. No es inconstitucional la construcción del tipo penal.

18.- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. Consecuencia de los principios de libertad, intervención mínima y necesidad de la pena.

19.- SECUESTRO DE DOCUMENTOS. No constituye documento privado el reporte de los mensajes transmitidos por el sistema de radiomensajes.

20.- TIPO PENAL EN BLANCO. Vulneración del Principio de Tipicidad.

DESARROLLO

1.- ACCIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD.

Asunto previo como medio legítimo para amparar un derecho.

"El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece como uno de los presupuestos para interponer la acción de inconstitucionalidad, la existencia de un asunto pendiente de resolver, por constituir el punto de conexión que ha de existir entre el proceso en que se aplica la norma que se reputa inconstitucional con el objeto del proceso constitucional y el fundamento que legitima la pretensión del accionante como último remedio procesal, en el ejercicio del derecho a la jurisdicción constitucional. El rigor en la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional, más que constituir un obstáculo para impedir el control de la constitucionalidad de las leyes, constituye el cauce del derecho de acceso a la justicia, derivado de la existencia de un "asunto previo" que haya motivado aquella discordancia o contradicción entre la ley y la Constitución, para mantener la función jurisdiccional –especial–, y no distorsionar la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, del que es parte la Sala, porque como integrante de aquéllos, no es enteramente libre e ilimitada en sus acciones. Por esta causa, es que la acción de inconstitucionalidad necesita de su existencia –del asunto previo– como medio razonable para amparar la defensa del derecho o interés que se considera lesionado. Empero, la razonabilidad de la acción de inconstitucionalidad como medio de defensa del accionante no debe analizarse solo dentro del contexto del asunto previo, sino inmersa en el marco jurídico constitucional que rige las actuaciones de esta Sala. No se trata, entonces, de una consideración particular de la inconstitucionalidad de una disposición normativa, para interponer una acción sin requerir la existencia de un asunto pendiente de resolver, sino, que es necesario que se demuestre que constituye un medio razonable de amparar el derecho o interés que se estima lesionado..."

SALA CONSTITUCIONAL.
N° 1319-97 de las 14.51 horas del 4 de marzo de 1997.

2.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA.

Distinción con las medidas de cautelares.

"No se debe confundir los presupuestos de la recepción de prueba para la aplicación de medidas cautelares, con el anticipo jurisdiccional de prueba, específicamente regulado por el artículo 293 del Código Procesal Penal y que se refiere a la práctica de actos definitivos e irreproductibles, que afecten derechos fundamentales o a la recepción de testimonios que no podrán ser recibidos en la audiencia oral. Sin perjuicio de las potestades atribuidas por ley al Ministerio Público, en los supuestos del artículo 293 citado, la prueba que se practique es parte de los elementos a valorar en la decisión del caso y exige la participación de la defensa de manera indispensable, dada la garantías (sic) que protegen dicha prueba por el carácter y naturaleza que tiene. No obstante, este anticipo puede realizarse únicamente en casos especiales, cuando se cumplan los presupuestos señalados por el artículo indicado, y con el objetivo de que se evacue prueba que se presuma no podrá recibirse durante la celebración de la audiencia pública por obstáculo de difícil superación. Lo expuesto hace que el recurso deba ser rechazado por el fondo."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0529-98 de las 15.42 horas del 3 de febrero de 1998.

3.- AUTOCALUMNIA.

Constitucionalidad.

"...En principio, alega el tribunal consultante que mediante la tramitación de un proceso que tenga su fundamento en el numeral 319 del Código Penal, se transgreden los derechos del imputado en tanto y cuanto se utiliza como prueba de cargo las declaraciones rendidas ante la autoridad judicial o investigadora respecto de otro delito. A este punto, se debe tener presente que el numeral 319 tipifica claramente una conducta que atenta contra la fe pública. La conducta desplegada por un sujeto que se ponga bajo los supuestos establecidos en el numeral cuestionado, desvía y desvirtúa la investigación iniciada en otra causa, ocasionando un daño grave a la administración de justicia. En ese sentido es que el numeral en cuestión nace, tendente a reglar ese tipo de conductas que, obviamente no se eximen de ser juzgadas mediante un proceso penal debidamente tramitado en el cual se han de garantizar los principios fundamentales que asisten a todo imputado. A este punto, se puede establecer de la simple lectura del numeral 319 del Código Penal, que el tipo no transgrede el principio fundamental de inocencia por cuanto éste es básico para enmarcar una supuesta conducta delictiva pero sujeta su demostración o comprobación efectiva mediante el proceso de instrucción y ulterior juicio oral, durante el cual se puede ejercer el derecho de defensa. La aplicación básica del tipo penal cuestionado no presupone la culpabilidad del imputado, toda vez que ésta deberá ser comprobada y demostrada en proceso judicial

aparte, respetando así el principio de inocencia. No considera este Tribunal que se incurra en violación del principio de inocencia al aplicar el numeral 319, toda vez que como se explicó supra, la figura básica establece presupuestos que de no cumplirse voluntariamente por el sujeto, no serían delito. Así, si al sujeto le asiste el derecho fundamental de abstenerse a declarar en lo casos establecidos en el numeral 36 constitucional o bien como imputado, y no obstante en forma voluntaria lo hace incurriendo en otra falta –sea la tipificada en el artículo 319 cuestionado–, resulta procedente la aplicación del tipo penal básico para iniciar un proceso en su contra, en el cual se le otorgarán todos los beneficios que goza el imputado en un proceso penal. Por otra parte, la legalidad del tipo penal se garantiza al establecer una situación general y dejar al libre albedrío del sujeto la conducta delictiva, por lo que supone un acto de libre disposición de la voluntad del individuo sin que se pueda desprender del texto la obligación, coerción o fuerza que imponga al sujeto la comisión de la falta, por lo que en el texto del tipo cuestionado no se encuentra contenida una violación al principio de legalidad. Igualmente no se transgrede –con la aplicación del numeral cuestionado– el derecho fundamental de abstenerse a declarar, sea en condición de imputado o de testigo– toda vez que el tipo penal contenido en el artículo 319 no conlleva una obligación de declarar sino que presupone la preexistencia de una declaración voluntaria que se enmarca dentro de los presupuestos de hecho que éste establece para considerar la declaración rendida por propia voluntad del sujeto punible en otro proceso distinto, como violatoria de lo preceptuado en el numeral de marras. Por las consideraciones anteriores, se evacua la consulta en el sentido que el numeral 319 del Código Penal cuestionado, no es violatoria de derecho Constitucional alguno que pueda amparar a un imputado que sea juzgado con fundamento al tipo penal consultado(sic)."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0862-97 de las 11.03 horas del 7 de febrero de 1997.

4.- CAUSALES DE INHIBICIÓN. Las causales del artículo 29 no son taxativas ni exclusivas.

"...De la lectura del texto cuestionado se observa efectivamente que no existe una causal específica que cubra casos de sospecha de parcialidad como el que se reclama, sin embargo, esta Sala no detecta el carácter excluyente –en relación con otras causales distintas de las enlistadas– que el accionante pretende asignarle a la norma jurídica que se impugna en esta acción.– En realidad, el artículo 29 cuestionado solamente establece un listado de causales por las cuales procede la inhibición del juez, pero no regula nada referente a exclusividad o taxatividad, es decir, no contiene ninguna regla prohibitiva o impeditiva en relación con el accionante.– Lo anterior resulta de suma importancia porque la simple omisión atribuida a una norma jurídica (tal y como la que reclama el accionante) 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 regla procesal clara y precisa sobre la imparcialidad que debe ostentar el juez.... Así las cosas, se concluye que la simple omisión del artículo 29 del Código de Procedimientos Penales no contradice por sí misma, la disposicion del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni los artículos 11, 39 y 41 constitucionales."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 7531-97 de las 15:45 horas del 12 de noviembre de 1997.

5.- ERRORES MATERIALES. Concepto. Límites de la facultad del juzgador.

"...por su propia definición, el concepto de corrección de errores materiales excluye toda posibilidad de facultar a un juez a revisar su decisión respecto del fondo de lo decidido. Se trata por el contrario de la capacidad de hacer respetar lo ya ordenado por el juez (según pueda desprenderse de los antecedentes del caso y de los argumentos y consideraciones que dan fundamento lógico y jurídico al fallo), mediante el ajuste de simples detalles de forma que, de no corregirse, puedan llevar al mal entendimiento de la decisión, a su aplicación en contra, o con fin distinto del pretendido... En otros términos, para la Sala, no puede una simple rectificación de error material, violar conceptos constitucionales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva o el principio pro libertatis, porque en ella no se decide absolutamente nada en relación con las partes y es incapaz de innovar frente a una relación jurídica; y es por esa misma incapacidad para alterar el fondo de lo decidido que las citadas facultades de rectificación de oficio de errores materiales pueden ser ejercidas sin límite de tiempo en el proceso, sin que ello violente ningún derecho fundamental de los administrados.– Parecidas consideraciones caben frente a la acusación de excesiva amplitud del concepto de "error material", en el sentido de que la Sala estima que con la

utilización de tal concepto por parte del legislador, se ha establecido un límite claro y definido para evitar que los jueces cambien o modifiquen sus decisiones al margen de las reglas procesales, con lo cual se respetan las normas y principios constitucionales."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 6199-97 de las 18.45 horas del 30 de setiembre de 1997.

6.- DENEGATORIA DE EXCARCELACIÓN. Condenatoria. Estado de inocencia.

"No lleva razón el recurrente al afirmar que el órgano jurisdiccional recurrido no está facultado para denegar la excarcelación de su representado al tomar en consideración que fue sentenciado a seis años de prisión y, que –debido a circunstancias personales del condenado– puede tratar de eludir la acción de la justicia. Esta Sala ya ha aceptado en múltiples ocasiones que el hecho de una condenatoria –máxime si lo es a varios años de prisión–, puede constituir circunstancia importante a tomar en consideración para revocar una excarcelación concedida o acordar una prisión no dispuesta en la instrucción, pues hace variar el estado en que se encontraba el sometido a juicio antes de que se diera y en algunos casos ser la causa de una evasión a la acción de la justicia. No es propiamente que el estado de inocencia que goza el encausado mientras una sentencia firme no disponga lo contrario, decaiga, es que la situación del reo frente al proceso cambia y ese cambio puede alterar la relación de aquél con los fines del proceso y en consecuencia motivar se disponga la restricción a la libertad, para proteger los fines del proceso, fines que también tienen raigambre constitucional. El propio artículo 312 del Código de Procedimientos Penales establece que el auto de excarcelación es reformable y revocable de oficio, siempre y cuando esa determinación se encuentre debidamente fundamentada y obedezca a una necesidad comprobada, razón que también es de aplicación para la continuación del imputado en prisión preventiva."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0340-97 de las 9.21 horas del 17 de enero de 1997.

7.- DERECHO DE ABSTENCIÓN. Imputados absueltos, condenados o prófugos como testigos.

"No obstante lo anterior, no está de más señalar que en la norma en comentario no se faculta el llamado como testigo a los señalados coimputados (absueltos, condenados o prófugos) y si de ella se ha derivado jurisprudencialmente la posibilidad de ser llamados como testigos, esa interpretación extensiva no hace que la norma sea inconstitucional. De toda forma es criterio de esta Sala que esa práctica (llamarlos a declarar como testigos), conlleva la obligación de advertirles que pueden callar respecto a todo hecho que estimen puede conllevarles responsabilidad penal, aun en relación con lo ya resuelto. Debe el juzgador –al momento de pronunciarse sobre la aceptación del ofrecimiento del testimonio– ponderar la conveniencia para la resolución del caso, de recibir la prueba, lo que sólo puede hacerse en cada caso concreto. Pero debe reiterarse que el proceder a aceptar el testimonio no es facultad concedida al juzgador por el comentado artículo 385, el que en su párrafo segundo sí se refiere a la posibilidad de citar como testigos a oficiales o auxiliares de la policía que intervinieron en la investigación del caso. Para mejor proveer puede el juzgador también citar a otras personas que estime conocen datos importantes para resolver el caso, dentro de ellos también puede citarse a los testigos que interesa a la... consultante, si decide recibirlo, debe serlo con las garantías que en todo caso les reconoce el sistema. Debe dárseles el trato de testigos, no de imputados –en virtud de las sentencias absolutoria o de sobreseimiento a su favor–, por lo que sí debe juramentarles y advertirles sobre sus derechos en relación con los hechos que les puedan afectar penalmente, debe también hacérseles la advertencia del artículo 36 constitucional, si concurrieran algunos de los supuestos en esta norma dispuestos, es decir, si con su decir, pudieran incriminarse personalmente en la comisión de un hecho delictivo, o a un familiar en los términos establecidos en esa norma, aunque –se reitera– ese hecho sea aquel en el que ya fueron absueltos, pero si aceptaran a declarar y reconocieran su participación en ello tampoco puede trascender a la absolutoria o condenatoria ya reconocida."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 2480-97 de las 15.36 horas del 6 de mayo de 1997.

8.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Con-trol de la supremacía constitucional.

"La jurisdicción constitucional, ejercida en una de sus modalidades a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados, como su concordancia con las normas y principios del derecho internacional o comunitario vigentes en la República

de Costa Rica. Es la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, con la comparación entre la norma fundamental y las leyes que la desarrollan. Tal función de controlar la compatibilidad del ordenamiento en general con la Constitución, en otras palabras, de la supremacía constitucional, ha sido encargada a la Sala Constitucional."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 1319-97 de las 14.51 horas del 4 de marzo de 1997.

9.-MEDIDAS CAUTELARES. Prueba. Carácter facultativo de la audiencia.

"De conformidad con la legislación procesal penal vigente (artículo 242 del Código Procesal Penal), el fiscal o el juzgador, como en este caso, tienen la posibilidad de recibir prueba con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar... la prueba para la aplicación de medidas cautelares se agrega en un legajo especial, pues su finalidad es principalmente para fundamentar la decisión con respecto a la medida cautelar y no constituir un elemento de juicio para la decisión sobre la participación del imputado en la comisión del delito que se le acusa, trascendencia que sólo tiene por excepción... para los casos en que el juez o el fiscal se encuentren legalmente autorizados para recibir directamente la prueba, sin la presencia de los demás intervinientes en el proceso. Igualmente se desprende, de la misma letra de la ley, que la audiencia que se indica es facultativa y no obligatoria, y que puede convocarse para oír a las partes o para recibir la prueba directamente. Es decir, que si la convocatoria se hace únicamente para la recepción directa de la prueba por parte del juzgador o del fiscal, la participación de la defensa no es indispensable, dada la trascendencia restringida que, como se indicó, tiene esa prueba."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0529-98 de las 15.42 horas del 3 de febrero de 1998.

10.- MINISTERIO PÚBLICO. Funciones.

"...está de más señalar al petente, que el Fiscal ejerce la acción penal en la forma establecida por la ley y practica las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Por consiguiente, tiene a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran (artículo 62 del Código Procesal Penal), velando "por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley" (artículo 63 ibídem). Como órgano director de la investigación, cuando el Fiscal tenga conocimiento de un delito, por su propio medio, mediante denuncia o por así informárselo la policía judicial o administrativa, procederá a investigar los delitos, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables y reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios (así lo disponen los artículos 285, 289 y 290 del Código Procesal Penal); así mismo, cuando exista motivo suficiente para sospechar que el imputado ha participado en la comisión del hecho punible en investigación, el fiscal procederá a recibirle la declaración (artículo 91 código de rito), respetando claro está, que desde el primer momento de la persecución penal el imputado tiene derecho a la asistencia y defensa técnica letrada privada o pública (numeral 13 del mismo cuerpo legal). En punto al ejercicio de la acción penal, en los delitos de acción pública la acción la ejercerá el fiscal; pero cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera instancia privada, como en el caso del estupro, sólo la ejercerá una vez que la denuncia sea formulada ante autoridad competente (artículos 16 y 17 de la normativa procesal penal). Sin embargo, el Ministerio Público puede ejercer directamente la acción cuando el delito se haya cometido contra un incapaz, o un menor de edad, que no tengan representación. En esta etapa preprocesal el Juez del Procedimiento Preparatorio, actuando como órgano jurisdiccional debe resolver –con posibilidad de apelación ante el Tribunal de Apelaciones– las cuestiones planteadas por las partes. Por ende, en el caso de estudio, es ante el juzgador del procedimiento preparatorio, mediante una excepción de falta de acción, y no en esta sede, donde el recurrente A.V. debe alegar lo pertinente sobre los quebrantos procesales que acusa (artículo 42 del Código Procesal Penal)."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 1914-98 de las 17.30 horas del 17 de marzo de 1998.

11.- PERDÓN DEL OFENDIDO. No procede en el delito de abusos deshonestos.

"...Ha de decirse, en primer término, que el artículo que se impugna en realidad no contempla el delito de abusos deshonestos. Si bien es cierto el mismo se titula "Disposiciones generales en cuanto al estupro y los abusos deshonestos", el contenido del texto se refiere únicamente al delito de estupro y en modo alguno al delito actualmente denominado como "abuso deshonesto". El hecho de que la norma esté consignada con ese título obedece a un error que pasó inadvertido al dictarse la Ley número 5761 de siete de agosto de mil novecientos setenta y cinco que lo reformó... Para este delito lo que se permite es el perdón judicial, que es aquel que en sentencia pueden conceder los jueces, cuando la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con el autor del delito lo soliciten; no pudiendo otorgarse si el Patronato Nacional de la Infancia se opone cuando la víctima es menor de edad (artículo 93 inciso 7) del Código Penal). En razón de ello, la accionante no tiene interés alguno en solicitar la declaratoria de incons-titucionalidad de esa norma porque la misma no tiene aplicación alguna al asunto que motivó la interpos-ición de esta acción."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 3450-97 de las 10 .39 horas del 20 de junio de 1997.

12.- PRESCRIPCIÓN. Fundamento jurídico.

"La prescripción de la acción penal, ha dicho esta Sala reiteradamente, es la cesación de la potestad punitiva del Estado provocada por el transcurso de un determinado período fijado en la ley. El Estado, en estos casos, declina el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar una determinada pena, o hacer ejecutar la pena ya impuesta en un caso concreto, lo que tiene su origen en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica de las personas. Ante el poder-deber del Estado de aplicar la ley y perseguir el delito, surge también el derecho a resistir ese poder y es por eso que el legislador establece ciertas reglas, para limitarlo y proteger al ciudadano. Así, el derecho de defensa y sus derivados, el de saber a qué atenerse –base de la seguridad jurídica–, son sólo algunas de esas reglas que buscan equilibrar los intereses en juego –los del ciudadano y el Estado–, todo dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. Se trata pues de un instrumento procesal que surge ante la necesidad de garantizarle al ciudadano que no habrá arbitrariedad frente a la prosecución del delito, porque ante él opera la plena vigencia de los parámetros objetivos establecidos en la ley, y no otros. Otras razones de orden práctico, también justifican la existencia de este instituto, como lo son el hecho de que con el transcurso del tiempo la pretensión punitiva se debilita y termina por considerarse inconveniente su ejercicio, tanto desde el punto de vista retributivo y de prevención general, como en relación con los fines resocializadores de la pena. También, se destruyen o se hacen difíciles la obtención de pruebas lo que dificulta la instrucción razonable de un proceso. A ello se añade la teoría de que el paso del tiempo borra todo en la memoria de los hombres, y por supuesto, el derecho a no estar amenazado indefinidamente por la posibilidad de ser juzgado por un delito que por las razones señaladas y otras más, ya no tiene interés procesal ni real para la sociedad."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 4432-97 de las 17.33 horas del 29 de julio de 1997.

13.- PRINCIPIO DE IGUALDAD. Perdón del ofendido. El párrafo segundo del artículo 162 del Código Penal no es inconstitucional.

"...En segundo término, en relación con lo señalado por la accionante en orden a que el párrafo 2) del artículo 162, introducido por la Ley número 7398 del tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, es contrario al principio de igualdad, consi-dera este Tribunal que no lleva razón, por cuanto, el legislador quiso dar un trato diferente a una situación que también lo es. Lo que hace esa norma es eliminar la posibilidad del perdón de la ofendida por el delito de estupro, cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afini-dad, el encargado de la educación o un ministro religioso. Conforme se desprende del artículo 81 del Código Penal, el perdón del ofendido es admisible únicamente en los delitos de acción privada, a saber, la injuria, la calumnia, la difamación, la propaganda desleal y aquellos que leyes especiales califiquen como tales... Lo anterior, por cuanto, para que el perdón del ofendido favorezca al imputado, conforme establece el artículo 81, lo único que se requiere es el perdón puro y simple, del ofendido o sus repre-sentantes. Es razonable y lógico pensar que tratán-dose de víctimas del delito de estupro, sea, "mujer honesta... mayor de doce y menor de quince" años (artículo 159 del Código Penal) se requiera algo más que la mera voluntad de la víctima, para conceder el perdón al encartado. La realidad social nos demuestra, pese a que se trata de un delito con una gran cifra oculta de criminalidad, que los casos de "Estupro" entre familiares, específicamente del padre contra la hija menor son frecuentes en nuestro medio

y causan afectaciones realmente graves tanto al cuerpo y mente de la víctima, como a la colectividad en general. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley número 7184 del dieciocho de julio de mil novecientos noventa, dispone en su articulado un cúmulo de obligaciones de los Estados Partes para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos que ahí se consagran. En este caso, es entendible el alto grado de manipulación, coerción e intimidación que ejercen los agresores sobre las agredidas, que son sólo niñas de doce a quince años de edad, ya por la relación de parentesco, ya por tratarse de un educador o ministro religioso. De manera que es obligación del Estado velar por esas menores, no permitiendo situaciones que las lleven a tratar de favorecer a su agresor en contra de su libre voluntad. No está de más hacer ver a la accionante que obviamente el perdón judicial, que es una modalidad diferente a la del perdón del ofendido, sí es posible en los supuestos que prevé el numeral 93 del Código Penal en sus diferentes incisos. Por todo lo expuesto, la norma impugnada no resulta violatoria del artículo 33 de la Constitución Política y en razón de ello, debe rechazarse la acción interpuesta."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 3450-97 de las 10.39 horas del 20 de junio de 1997.

14.- PUBLICACIÓN DE OFENSAS. Prisión por deudas. No viola el artículo 38 de la Constitución Política.

"Como primer motivo de su alegato la accionante indica que el artículo 155 del Código Penal es violatorio del numeral 38 de la Constitución Política, al disponer que en los delitos contra el honor, la sentencia condenatoria debe ordenar, si el ofendido lo pidiere, la publicación del pronunciamiento a cargo del condenado. En criterio de la accionante, con esa norma se está ocasionando al condenado un perjuicio al reducirlo a prisión por deudas. No lleva razón su argumentación. El artículo 155 del Código Penal no establece ninguna conversión de multa en prisión, que se daría origen a una transgresión de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución. Lo único que establece es una consecuencia más de la sentencia condenatoria en la especie de los delitos contra el honor, que por su misma naturaleza, conlleva no sólo la necesidad de imponer una sanción, –en nuestro caso, una pena de multa– sino que, también se busca reparar el honor y dignidad de la víctima, que ha recibido un menoscabo con la acción del autor. El hecho de que ante el incumplimiento de la orden del juez, por parte del condenado, se le siga a éste causa por el delito de Desobediencia a la Autoridad, no tiene relación alguna con la norma que se impugna en sí misma considerada. En el proceso por el delito de Desobediencia, el imputado tiene toda la posibilidad de defenderse de la acusación, argumentando las justificaciones que estime convenientes, en este caso, señalando las razones por las cuales no obedeció la orden impartida de publicar la sentencia condenatoria en el delito contra el honor."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 4437-97 de las 15.06 horas del 30 de julio de 1997.

15.-RÉGIMEN PENITENCIARIO. Competencia administrativa. Derechos fundamentales.

"Todo lo relacionado con la atención y custodia de los indiciados y sentenciados corresponde a las autoridades de Adaptación Social; consiguientemente, serán esas autoridades las encargadas de velar porque las condiciones de permanencia de los presos, dentro del sistema penitenciario, sea conforme con el orden legal y constitucional, para lo que cuentan con los recursos que el Estado ha destinado a esta labor. Cuando,–como sucede en el presente caso–, se acusa a las autoridades superiores de los centros penales de permitir, por acción y omisión, que la pena o prisión preventiva se cumple o desarrolla en condiciones que atenten contra la vida o la salud, o que resulten, de alguna manera, degradantes para la dignidad humana, el asunto adquiere relevancia constitucional, y la Sala debe tutelar los derechos humanos fundamentales, sin que ello implique asumir funciones que son propias de la administración activa."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0049-97 de las 14.48 horas del 7 de enero de 1997.

16.-RÉGIMENPENITENCIARIO. Condiciones mínimas como derecho fundamental.

"No pasa inadvertido para la Sala el hecho de que se haya construido un pozo para mejorar el suministro de agua, ni los esfuerzos administrativos que se han realizado a nivel de infraestructura y de servicios, especialmente, en lo que se refiere a la atención médica, técnico jurídica, y los servicios telefónicos; sin embargo, lejos estamos de poder afirmar que las condiciones del centro son las óptimas y por ello la Sala declara que las autoridades accionadas deben hacer uso de todos los medios a su alcance para solventar la situación de hacinamiento que enfrentan los privados de libertad en ese centro penal. Resulta más que evidente que la sobre-población impide que a los internos disfrutar(sic) de lo educativo y recreativo, y que las condiciones actuales dificultan cumplir la función regenerativa de la pena. Para estos efectos la Sala declara como un derecho de los privados de libertad la actividad de las autoridades superiores de los centros de Adaptación

Social, encaminada a solventar sus necesidades elementales, y en este sentido el recurso debe declararse con lugar como se dispone."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 0049-97, de las 14.48 horas del 7 de enero de 1997.

17.- RETENCIÓN DE CUOTAS DE LA CCSS. No es inconstitucional la construcción del tipo penal.

"...En lo que respecta al artículo 223 del Código Penal, esta Sala no estima que el tipo penal allí contenido conlleve los quebrantos a la Constitución y a la Convención que han sido señalados por el recurrente. Al respecto, lo primero que debe decirse es que el artículo 45 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, no remite al 223 del Código Penal en la construcción de la estructura básica del tipo penal, sino únicamente en lo que respecta a la circunstancia de la prevención que la autoridad debe hacer al patrono y la posibilidad que éste tiene de otorgar garantía real por las cuotas no enteradas. Pero, en lo que respecta al sujeto activo y la conducta descrita, el artículo 45 precitado contiene un tipo penal independiente del delito de retención indebida contemplado en el artículo 223 del Código Penal. En consecuencia, y por tratarse de dos tipos penales que podrían, eventualmente, aplicarse a los mismos hechos, se estaría ante un concurso aparente de normas que el juez penal tendría que resolver con aplicación de lo dispuesto en el numeral 23 del Código Penal. De allí que ante la eventualidad de que el artículo 223 ibídem sea aplicado, es necesario decir la mención a una cosa mueble o un valor ajeno como parte de la conducta descrita en el tipo penal, no es confuso ni carece de precisión. El tipo penal simplemente dispone dos posibilidades: que lo que se encuentre bajo el poder o custodia del sujeto activo, y que este se apropie aunque deba entregarlo o devolverlo en razón de un título que produzca dicha obligación, sea un bien mueble o un valor ajeno. Corresponde al juez penal a la hora de construir el cuadro fáctico, determinar si en el caso concreto se está ante un bien mueble o un valor ajeno, lo cual no sería más que la aplicación del tipo penal contenido en la norma a los hechos concretos, lo cual es propio de la función jurisdiccional. No habría, en este proceder del juzgador, construcción por su parte del tipo penal que ya está prefijado en la norma (o normas), pues aquél no añade nada a la conducta descrita."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 5107-97 de las 12.36 horas del 29 de agosto de 1997.

18.- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. Principios de libertad, intervención mínima y de necesidad de la pena.

"...Como segundo motivo de su alegato, el accionante impugna el principio de aplicación de la ley más favorable al imputado, por cuanto viola el principio de igualdad contenido en la Constitución Política. No tiene asidero jurídico esa pretensión. El principio de aplicación de la ley más favorable es de naturaleza constitucional y tiene sustento en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece el régimen general de libertades. Junto al principio de irretroactividad de la ley que prevé el artículo 34 de la Constitución, existe una excepción, que es la retroactividad de la ley más favorable, esto es, la ley penal se aplica en forma retroactiva en cuanto pueda favorecer al reo. Al ordenamiento jurídico, que cambia la valoración que hace de una conducta, ya sea, despenalizando o descriminalizando, no le interesa la aplicación tan rigurosa de las consecuencias jurídicas que se establecían para los supuestos de la norma anterior. El principio general de libertad, el principio de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia, en el que rigen criterios o bien menos rígidos o bien valoradores de la conducta. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable como la retroactividad de la más favorable, obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad. No es posible aplicar retroactivamente una ley que restrinja la libertad y es necesario aplicar retroactivamente una ley que la amplíe, en el primer caso por exigencias del principio de legalidad y seguridad jurídica y en el segundo caso por el principio de intervención mínima y de necesidad de la pena. En razón de lo expuesto, se rechaza por el fondo la pretensión del accionante."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 4800-97 de las 14.54 horas del 21 de agosto de 1997.

19.- SECUESTRO DE DOCUMENTOS. No constituye documento privado el reporte de los mensajes transmitidos por el sistema de radio-mensajes.

"...Resulta equivocada la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley ("Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones, Ley N° 7425") en el presente caso, pues se ordenó secuestrar el listado de llamadas telefónicas recibidas por la empresa, que luego las transmite a un aparato receptor (beeper). Ese registro no es un documento privado, es decir no

es un documento en sentido estricto, sino que es uno que sirve para documentar comunicaciones entre particulares y por ello, la norma aplicable en el presente caso es el artículo 9 de la Ley N° 7425, que dispone: "Artículo 9.- Autorización de intervenciones. Los Tribunales de Justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de cualquier otro tipo, dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos, el secuestro extorsivo y los previstos en la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas. (...)" La intervención de comunicaciones de este tipo, ya sea de la documentación de la existencia de la comunicación –por ejemplo la fecha y hora en que una persona se comunicó con otra–, la identidad del emisor del mensaje y de su receptor, o del contenido de las comunicaciones -listado de mensajes recibidos por vía telefónica para una persona determinada– puede ordenarse únicamente en casos en que se investiguen los delitos de secuestro extorsivo o los previstos en la Ley de Sustancias Psicotrópicas –artículo 9 de la Ley N°7425– y mediante los procedimientos establecidos en el artículo 10 y ss. En cuanto a este punto la mayoría de la Sala modifica un precedente anterior, sentado en el considerando IX de la sentencia N° 4454-95, de las 11.12 horas del 11 de agosto de 1995, en el sentido de que:"La particularidad que rodea al procedimiento de rastreo telefónico consiste, como se dijo, en que la información obtenida se registra en documentos. En este caso, entra a regir concomitantemente el numeral 1 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados, en donde expresamente se define como documento privado, entre otros a "cualquier otra forma de registrar información de carácter privado utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo"(...) "Convertida la información así obtenida en documento, rigen las disposiciones relativas a éstos, pudiendo el juez autorizar el examen de éstos mediante resolución fundada a los oficiales encargados de la investigación" (...) "Las mismas consideraciones valen en lo referente al secuestro ordenado de los reportes de los mensajes transmitidos por el sistema de radio mensajes, que también impugna la recurrente."

Por el contrario, ahora la mayoría de la Sala, tras una más detenida consideración de las cuestiones involucradas, estima que en el presente caso y siguiendo ese precedente, al ordenarse el secuestro del listado de llamadas con el fin de esclarecer una causa que se sigue en el Juzgado de Instrucción de... contra el recurrente y otros cuatro imputados, por los delitos de dos homicidios calificados y robo agravado, los cuales no están previstos en el artículo 9 de la Ley N° 7425, se ha producido una violación al derecho a la intimidad y a la libertad de las comunicaciones del amparado, por lo que lo procedente es declarar con lugar el recurso en cuanto a este extremo."

SALA CONSTITUCIONAL. N° 3444-97 de las 10 .21 horas del 20 de junio de 1997.

20.- TIPO PENAL EN BLANCO. Vulneración del Principio de Tipicidad.

"De manera que, no es que la apertura del tipo sea por sí misma una vulneración al principio de tipicidad. Lo es cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, le resten claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. Cuando el tipo abierto permite sin mayores dificultades, individualizar la conducta prohibida acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal, –como el concepto de culpa en el delito de homicidio culposo– no se incurre en violación al principio de legalidad. En el caso del tipo que se analiza, considera esta Sala que no viola el principio de tipicidad, por cuanto, los términos "científico", "artístico", "cultural" y "religioso" no dejan al juez un margen indiscriminado de interpretación, sino que limitan razonablemente su significado." (Artículo 129 inciso 1) del Código Penal)".

SALA CONSTITUCIONAL. N° 4797-M-97 de las 14.45 horas del 21 de agosto de 1997.

* * *

Precio ¢ 1500

Esta Revista se Edita con la Colaboración de:



Colegio de Abogados de Costa Rica

unicef

United Nations Children's Fund