

# CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

NOVIEMBRE, 2000

AÑO 12, Nº 18

## DOCTRINA NACIONAL

La Ley de Armas y la violencia en Costa Rica.  
**Elías Carranza**

La historia ¿Mala consejera?  
A propósito de la reforma al proceso penal.  
**Walter Antillón**

El claroscuro de la seguridad ciudadana en  
Costa Rica. Sus deficiencias históricas y las  
disfunciones de la reforma del proceso penal.  
**Fernando Cruz Castro**

Relaciones administración-jurisdicción en la  
ejecución penal según el nuevo Código  
Procesal Penal (1996).  
**José Manuel Arroyo Gutiérrez**

"El A.D.N. y su importancia en la investigación  
criminalística".  
**Jaime Robleto Gutiérrez**

Algunos apuntes sobre los delitos bursátiles.  
**Manuel Rojas Salas**

La conciliación penal en Iberoamérica.  
**Daniel González Álvarez**

## DOCTRINA EXTRANJERA

El curso de la criminología.  
**Eugenio Raúl Zaffaroni**

Un análisis crítico de la visión de Zaffaroni  
sobre el curso actual de la criminología.  
**Susana Murillo, Carlos Elbert**

Procedimiento abreviado  
y juicio por jurados.  
**Alberto Bovino**

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.  
**Martín Rodríguez Miranda**

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



Autor: Gerardo González

# CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

NOVIEMBRE, 2000

AÑO 12, N° 18

ISSN 1409-0643

## CONSEJO EDITORIAL

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

## DIRECCIÓN POSTAL

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



ASOCIACIÓN DE  
CIENCIAS PENALES

## CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

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

## JUNTA DIRECTIVA

|                        |                                  |
|------------------------|----------------------------------|
| <i>Presidenta:</i>     | <i>Cecilia Sánchez Romero</i>    |
| <i>Vicepresidente:</i> | <i>Roberto Madrigal Zamora</i>   |
| <i>Secretario:</i>     | <i>Roy Murillo Rodríguez</i>     |
| <i>Tesorero:</i>       | <i>Rafael Sanabria Rojas</i>     |
| <i>Fiscal:</i>         | <i>Douglas Durán Chavarría</i>   |
| <i>Vocal:</i>          | <i>Carolina Leitón Rodríguez</i> |

*Impreso por: [www.internem.com](http://www.internem.com) • Diseño Gráfico: Luis Gdo. Romero Araya • Corrección: Adrián Alfaro Obando.  
Portada, muestra gráfica y obras de Gerardo González.*

*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

- El curso de la criminología.*  
**Eugenio Raúl Zaffaroni.** ..... 7
- Un análisis crítico de la visión de Zaffaroni sobre el curso actual de la criminología.*  
**Susana Murillo, Carlos Elbert.** ..... 13
- Procedimiento abreviado y juicio por jurados.*  
**Alberto Bovino.** ..... 19

## DOCTRINA NACIONAL

- La Ley de Armas y la violencia en Costa Rica.*  
**Elías Carranza.** ..... 43
- La historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma al proceso penal.*  
**Wálter Antillón.** ..... 47
- El claroscuro de la seguridad ciudadana en Costa Rica. Sus deficiencias históricas y las disfunciones de la reforma del proceso penal.*  
**Fernando Cruz Castro.** ..... 55
- Relaciones administración-jurisdicción en la ejecución penal según el nuevo Código Procesal Penal (1996).*  
**José Manuel Arroyo Gutiérrez.** ..... 71
- “El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística”.*  
**Jaime Robleto Gutiérrez.** ..... 77
- Algunos apuntes sobre los delitos bursátiles.*  
**Manuel Rojas Salas.** ..... 105
- La conciliación penal en Iberoamérica.*  
**Daniel González Álvarez.** ..... 115

## JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia de casación penal.*  
**Martín Rodríguez Miranda.** ..... 141
- Jurisprudencia constitucional.*  
**Martín Rodríguez Miranda**  
**Lucila Monge Pizarro.** ..... 179

## LA PROPUESTA PARA AUMENTAR LAS PENAS

*De nuevo en Costa Rica se ha propuesto aumentar la cantidad de delitos y la duración de las penas con el fin de combatir la criminalidad, como ocurre cada cierto tiempo luego de que los medios de comunicación colectiva nos informan de la realización de algunos delitos que provocan mucha alarma social.*

*En este terreno nuestro país ocupa, tristemente, uno de los primeros lugares en América Latina por dos razones: Primero, porque tiene uno de los porcentajes más altos de personas en prisión por cada cien mil habitantes, como lo revelan los estudios de Elías Carranza, algunos de los cuales se publican en esta Revista. Segundo, porque nuestra legislación penal, tanto la de adultos como la aplicable a menores, establece plazos que están entre los más altos de la región para determinar la duración de la pena privativa de libertad, al señalarse esos extremos máximos en cincuenta y quince años respectivamente.*

*No obstante esa triste posición, se propone agregar más delitos a la lista de los que ya están vigentes y, además, aumentar los extremos máximos de prisión de muchos de ellos. Entendemos que quienes formulan esas propuestas desean —al igual que nosotros— disminuir la delincuencia, sin embargo, los criminólogos nos han demostrado, a lo largo de los años, que no existe ninguna relación efectiva entre el aumento de las penas de prisión en la ley y la disminución real de los hechos delictivos que se desea combatir con ese aumento.*

*Cada vez que surge esta discusión se piensa en aumentar las penas previstas en la ley en abstracto, aumentar el número de personas detenidas en las cárceles, aumentar el número de policías en la calle y, finalmente, eliminar garantías procesales. Ninguna de estas respuestas ha tenido eficacia en la práctica y por el contrario han aumentado el problema al crear saturación en las investigaciones policiales, en el Ministerio Público y en los tribunales, restándoles eficacia para combatir la delincuencia más lesiva para los ciudadanos y la colectividad; igualmente han colapsado el sistema penitenciario, no solo por la saturación de las cárceles, sino también por la falta de recursos para mantenerlos reclusos en condiciones dignas y realizar algún programa particularizado de prevención especial.*

*En esta materia debe imperar la ponderación, pues no debemos perder de vista que el combate de la criminalidad, en cualquier Estado de Derecho que se precie de serlo, tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales y de las garantías ciudadanas, por lo que no podríamos aceptar como válida la tesis que pretende cambiar garantías por mayor seguridad.*

*La criminalidad es un fenómeno muy variable y heterogéneo, su prevención y su represión exige entonces respuestas muy diversificadas, bien planificadas, con la mente muy fría y dirigidas a disminuir el grado de violencia que se aprecia va en aumento en nuestra comunidad, respetando el marco constitucional y los derechos humanos. Ello exige de todos los sectores una mayor preocupación y mayor participación, pues de lo contrario la delincuencia y las respuestas ineficaces ganarán la batalla.*

## DOCTRINA EXTRANJERA

### EL CURSO DE LA CRIMINOLOGÍA<sup>1</sup>

*Eugenio Raúl Zaffaroni*

A lo largo de años de explicar criminología, me preguntaba si estaba haciendo un recorrido histórico de la criminología. Pero me he dado cuenta que no era historia. Era historia y otra cosa al mismo tiempo. Me hizo pensar que era quizá el curso expositivo de la criminología y que sería mejor realizarlo apelando a aquel recurso que hace siete siglos usó Dante Alighieri: en un poema singular resume y sintetiza el saber medieval, cierra de alguna manera el saber medieval. Y como método expositivo lo que hace Dante Alighieri es elegir un recorrido, un camino, el Viernes Santo de 1300...

Al igual que la criminología es un camino, un curso, quizá por el infierno o por el purgatorio, la única diferencia es que en la criminología no hay paraíso.

Es un recorrido por una selva compleja, en donde lo primero que se nos plantea es cuál es la naturaleza de los árboles y a poco nos damos cuenta que su naturaleza son discursos.

A lo largo de los años, me doy cuenta que estoy explicando el curso de los discursos de la cuestión criminal. No es una mera historia. No es algo del pasado. Estoy explicando algo que de alguna forma está presente. Es un curso de los discursos donde volvemos al mismo punto de partida sin darnos cuenta. No lo reconocemos, pero a veces estamos operando en redondo.

Es muy difícil, complicado y discutible proveer una definición de la criminología, porque como en cualquier otra disciplina, ante todo la definición debe ser tautológica, es decir contener todo lo definido. Pero, por otro lado, una definición de la criminología hecha apriorísticamente implica un acto de autoridad, que es necesario verificar. Si en cualquier disciplina una definición necesita verificación, es porque impone un acto de autoridad. Cada vez que un

científico, en serio o entre comillas, quiere poner mojones a determinado ámbito de la realidad, es un acto de apoderamiento, un acto de incorporación de una serie de objetos a un ámbito de conocimiento, es un ámbito de poder. Y todos los actos de poder son sospechosos. Pero si esto pasa en cualquier otra disciplina, con mucho más razón en una disciplina que está íntimamente vinculada con el poder.

Creo que lo fundamental es renunciar a esta pretensión de autoritarismo arbitrario apriorístico y comenzar el recorrido. Comenzar el recorrido para ver si ese recorrido nos aproxima a una delimitación.

Ese recorrido nos va mostrando que hay una diferencia bastante singular. Normalmente, en cualquier disciplina, ese acto de autoridad, que es una definición, va acompañado por una explicitación, una demostración en la cual el orden de sus elementos sigue determinada prelación lógica.

En la criminología da la sensación de que acercarnos a una definición nos exige un determinado orden cronológico, un determinado orden dado por el tiempo, por la sucesiva aparición de las definiciones de los horizontes de proyección, que se fueron dando de los distintos ámbitos epistemológicos que se fueron definiendo.

El criminólogo, el que se inicia en la criminología, entrará interrogando y se va a encontrar con dos clases de criminólogos. El criminólogo sabio y el criminólogo ingenuo. El criminólogo sabio, será aquel que le dará una definición, le dará un objetivo de la disciplina, eso se traducirá en determinada política criminal y desarrollará las consecuencias de esa definición, de ese objetivo y de esa política criminal hasta sus últimas consecuencias, las que nunca había imaginado.

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada al cierre del Congreso Internacional "La Criminología del siglo XXI en América Latina", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 15 al 18 de septiembre de 1999, y publicada en la Revista *Capítulo Criminológico* (Maracaibo, Venezuela) de diciembre de 1999.

Lo que pasa es que si ese interrogador fuere un poco más sagaz, le preguntaría a otro criminólogo sabio y se va a encontrar con que le va a dar otra definición con otros objetivos, otras funciones manifiestas de la disciplina y también las va a desarrollar hasta sus últimas consecuencias.

Si en ese desconcierto le preguntase al criminólogo ingenuo, éste le diría mire, aquello que le dijo el primero, es positivismo del siglo XIX. Aquello que le dijo el segundo, es sociología norteamericana de los años treinta, escuela de Chicago. Aquello que le dijo el tercero, es alienismo del siglo pasado, etc.

Hay algo que distingue la criminología, en este sentido, de otras disciplinas.

Sería trágico que en el ámbito de la medicina convocáramos una junta médica y se pusiesen los médicos a discutir la teoría de los tumores junto a las investigadas hoy con computadoras. Sería absurdo que nos propongamos enviar un mensaje y nuestros amigos se pusieran a discutir si es mejor usar señales de humo, el fax, o Internet. En criminología esto no pasa. En criminología todos los discursos están vivos, es decir, no estamos recorriendo un parque paleontológico, estamos recorriendo un zoológico de animales vivos de todas las épocas. Ningún discurso muere, son los árboles, pero árboles que lo que más puede pasar es que cambien el follaje, pero siguen presentes, son todos contemporáneos.

Por supuesto que el criminólogo ingenuo habrá dicho poco, pero si se pregunta al sabio por qué, va a decir que la ciencia progresa y entonces se van lanzando nuevas teorías y la ciencia progresa porque es un saber impulsado por la curiosidad. La ciencia es curiosidad depurada, dirá el criminólogo sabio. El criminólogo ingenuo contestará que no parece ser la razón suficiente. El saber cambia y muda porque el hombre busca siempre poder.

El ser humano busca siempre poder. Por qué busca el poder, eso no lo sé, se lo dejo a los filósofos. Pero en la realidad lo verifico: esto es así. Y al buscar poder va adueñándose de distintos discursos y distintos ámbitos de la realidad que pretende meter en su discurso, si pretende dominarlo, claro.

Con esto quizá nos hayamos acercado un poco a la realidad, un poco aproximativamente a esta definición del curso de los discursos. Pero ¿cómo orientarnos en la selva esta? Si son discursos de distintas épocas, por lo menos necesitamos tener algunos árboles en los cuales hacer alguna marca en la corteza, no porque nos afirmemos doctrinariamente en ese árbol, sino para tenerlo como guía.

Creo que hay tres puntos que son importantísimos. Dos son señalados por Foucault en la década del setenta. La referencia que hace él a la aparición del poder punitivo, sobre todo en los siglos XII y XIII, la forma en que ese poder, que había aparecido y desaparecido, de pronto se instala de una manera que se hace irreversible en los siete siglos posteriores.

Segundo, la referencia que él hace a la transformación del Estado y el poder en el siglo XVIII, sobre todo la función del Estado. En tercer lugar, habría que hacer referencia a un fenómeno que Foucault no podía tener en cuenta en la década del setenta, que es este momento de globalización, un momento sumamente singular.

Si tenemos en cuenta el primer momento de formación del poder punitivo de los siglos XII y XIII, la formación definitiva, la que persiste hasta nuestros días, realmente esto se caracteriza por el fenómeno de la confiscación de la víctima. Pero al confiscar a la víctima y al sacarla definitivamente del escenario penal, es decir, todas las tratativas de sacarla del escenario penal, no son más que paliativos al momento. Si algún día se volviera a meter a la víctima en un escenario penal, dejaría de ser penal y pasaría a ser otra cosa.

En el momento que el Señor usurpa la posición de la víctima, es decir, cuando dice "yo soy la víctima", a partir de ese momento se produce una transformación en la forma de investigar la verdad. Hasta ese momento, en un proceso de partes, el juez era una especie de árbitro deportivo. A partir de allí, el juez deja de ser un árbitro deportivo y pasa a ser un representante del Señor.

Mientras el juez era un árbitro deportivo, la verdad se establecía trayendo a Dios. A los golpes se lo bajaba a Dios en la prueba de Dios o la ordalía. Era Dios en persona el que decía quién tenía la verdad.

A partir del momento en que el juez pasa a ser el representante del Señor, no solo se confisca a la víctima sino que se secuestra a Dios. Por supuesto que Dios va a estar siempre de su lado, que es el lado del poder. Se produce la confiscación de la víctima y simultáneamente el secuestro de Dios. No es necesario convocar a Dios para que se resuelva en su nombre, sino que se secuestra a Dios en nombre de Dios directamente. La verdad, el bien, siempre está de su lado.

Termina la prueba de Dios, termina la lucha por el establecimiento de la verdad y la verdad pasa a establecerse por inquisición, por interrogación violenta. Interrogación conforme a la cual el sujeto contestaba, de lo contrario se

le torturaba. Y si no contestaba se interpretaba que tenía el poder diabólico que lo protegía de la tortura y le daba la fuerza para no responder.

El secuestro de Dios y la confiscación de la víctima nos llevan al establecimiento de la verdad por interrogación violenta y este establecimiento de la verdad por interrogación violenta se traslada, según Foucault, a toda forma de conocimiento.

A partir de entonces, el establecimiento de la verdad ya no se hace por lucha, o como se hacía en la astrología, sino que se establece directamente por interrogación.

Esta interrogación supone un sujeto y un objeto. Supone un sujeto que interroga desde un plano superior al del objeto. El método de interrogación es, naturalmente, un método estructuralmente discriminatorio. Discriminatorio, particularmente, cuando el sujeto interroga a un objeto que es otro ser humano. La jerarquización biológica de los seres humanos es un resultado directo del método de interrogación. Y el sistema penal, el sistema punitivo, usa la interrogación directamente en la Edad Media, siglos XII y XIII, para establecer una jerarquización biológica entre los seres humanos. Implica, al mismo tiempo, la primera gran privatización de la justicia penal. La primera, que es la más importante jerarquización biológica que se establece con la institución del poder punitivo en forma moderna, es la que concede al hombre adulto y libre el poder sobre todas las mujeres. En consecuencia, se establece claramente una inferioridad biológica de la mujer y una superioridad biológica del hombre. Esta inferioridad biológica de la mujer es lo que la hace proclive a sus alianzas con el mal; esta inferioridad de tipo etiológico y toda esta teoría se desarrolla en la obra fundacional de nuestra ciencia que es el *Malleus Maleficarum* de 1484.

No es cierto que la criminología nace con Lombroso. No es cierto que la criminología nace con ideólogos del liberalismo penal. La criminología nace en 1484 con el libro "El martillo de las brujas".

Claro que es un poco incómodo decir que nace con "El martillo de las brujas"; es mucho más lindo decir que nace con los liberales, pero no es cierto. Por lo menos la criminología, entendida como exposición de la etiología del mal, dentro de un sistema integrado, criminología penal, procesal penal y criminalística como es el *Malleus*, elaborado con terrible fineza, con una enorme fineza discursiva, con una artificiosidad discursiva que, realmente, es muy superior a la del positivismo de 400 años después, que llegaba a las mismas conclusiones, con otro lenguaje, por supuesto.

Esta obra fundacional, que recoge toda la experiencia de los primeros siglos del poder punitivo, fue escrita por dos inquisidores, pero ¿qué eran los inquisidores? Algunos dicen que los inquisidores eran jueces, otros dicen que eran policías, etc. Los inquisidores eran los representantes de una enorme agencia de gestión estatal, de gestión pública. Era una agencia única, no se necesitaban más agencias, porque la función del Estado era administrar la muerte. Matar o dejar vivir. A partir del siglo XVIII esta función del Estado muda, cambia. De administrador de la muerte, pasa a ser el Estado administrador de la vida. Surge un nuevo sujeto: el público. El Estado pasa a administrar la educación, la salud, las finanzas, etc. Esta administración de la vida ya no puede realizarse a través de una única agencia. La administración de la muerte sí, la de la vida, no. Entonces se va dividiendo, segmentando la realidad, que realmente no es divisible y vamos cayendo en la formación de agencias especializadas. Cada una de esas agencias desarrolla su propia burocracia, cada una de esas burocracias desarrolla su propio saber. Y esas agencias y esas burocracias y esas agencias de multiplicación del saber, compiten entre sí, tienen competencias internas por la hegemonía y compiten por la hegemonía del Estado. Comienzan los distintos momentos de discursos hegemónicos: el siglo XVIII se caracteriza porque el discurso criminológico hegemónico lo toman las agencias de los juristas y de los filósofos. Y sirve al momento del ascenso de la burguesía.

Desde el momento en que la burguesía se asienta en el poder, en el siglo XIX, todo aquel que llega al poder cree que llega por razones naturales; en consecuencia, como el discurso de los juristas y de los filósofos, el discurso de contención del poder punitivo ya no les servía, elaboran otra institución: la policía.

Nace la policía en el siglo XIX, como institución de carácter urbano, que tiene que cuidar la enorme concentración de riqueza que hay en las ciudades, junto con la concentración de miseria. Todas las contradicciones de la concentración urbana en el momento de acumulación capitalista. Y esa policía no tiene discurso propio. Se produce una extraña simbiosis, una extraña sociedad, y es la agencia médica la que le provee el discurso a la agencia policial en un curioso maridaje, que llega a tener manifestaciones claras, como era la disputa en Francia en aquella época, por la cabeza de los guillotinos, entre los jueces que la querían enterrar y los médicos que se la querían llevar. Se peleaban por los restos ensangrentados de los ajusticiados. Este segundo momento es el momento de hegemonía del discurso biológico. Este momento, a poco andar, comienza a presentar dificultades y se hace insostenible. Entonces viene el tercer momento de hegemonía sociológica y de la lucha dentro de la hegemonía



sociológica por las distintas corrientes. ¿Qué quiero decir con hegemonía, con cada uno de estos momentos hegemónicos? ¿Cómo se hace un discurso hegemónico?

No pretendo enunciar una tesis conspirativa, ni mucho menos hablar de fenómenos de mercenarismo de escribas. Tiene que ser una agencia, una corporación, que en un momento determinado disponga de un discurso que resulta funcional para el poder en turno y que, a la vez, resulta aceptable para el marco cultural. El discurso del momento de la Revolución Mercantil, el discurso teocrático, no resultaba funcional en el siglo XIX, que requería un discurso científico. Entonces, ese discurso "científico" lo provee la biología con el símil de la sociedad como organismo. Ese discurso se vuelve absolutamente insostenible. No puede el discurso teocrático señalar un título de dominación jerarquizante de la sociedad, entonces es el discurso científico el que encaja dentro del otro marco cultural, el que viene a ocupar su lugar. Tenemos elementos que son totalmente funcionales en unos y en otros. Pero existen elementos que son perfectamente funcionales que cumplen la misma función dentro de los dos esquemas discursivos. La Edad Media, por cierto, pareciera no haber terminado. Pero cada una de las grandes revoluciones, generó la hegemonía del discurso teocrático, el discurso inquisidor. El proceso que lleva a la Revolución Industrial genera la hegemonía del discurso de juristas y filósofos, consecuencia de la Revolución Industrial, el neocolonialismo, genera el discurso policial biológico. Pasamos luego al discurso sociológico con sus distintas variantes y luchas, hasta llegar a la revolución tecnológica, donde señalaba que este es el punto que Foucault no pudo conceptualizar, pero que marca una diferencia cualitativa con todo lo anterior.

Hoy me atrevo a decir que no hay discurso hegemónico, no por falta de discurso sino por falta de hegemonía. La globalización, como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los estados nacionales. Dicha pérdida, que reduce sus operadores prácticamente a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean, es la característica de la época y lo que le resta hegemonía para hacer hegemónico un discurso. No les faltan discursos, lo que falta es poder para dar la hegemonía a los discursos.

El poder hegemónico globalizado no se interesa por ningún discurso criminológico; le basta con poder realizar conductas que siempre fueron consideradas delictivas en el orden económico nacional, pero que por ser ahora cometidas globalmente y sin un estado global y sin una sociedad global, no hay autoridad capaz de sancionarlas.

En consecuencia, le basta con realizar ese tipo de comportamientos y no se interesa por discursos de tipo criminológico. El deteriorado poder nacional tampoco está usando discursos criminológicos coherentes. Araña pedazos de discursos de cualquier época, arranca ramas de todos los árboles de la selva criminológica, es decir, setecientos años después del establecimiento del poder punitivo, más o menos en el mismo tiempo en que Dante escribía su Comedia, nos encontramos hoy con un deteriorado poder nacional que arranca en el camino lo que le parece y lo va combinando de la forma más absurda, en un discurso sumamente degradado.

Sabemos que cuando el poder es más irracional, el discurso legitimante del poder va perdiendo contenido abstracto y va perdiendo el grado de elaboración. Si de esa manera tenemos que juzgar el poder punitivo de la época, tenemos que llegar a la conclusión de que, dada la degradación total del discurso que usa el deteriorado poder hegemónico nacional, el poder punitivo debe estar ejerciendo de una manera terriblemente irracional.

Al cabo de este recorrido podría decir que la criminología es algo así como el seguimiento del curso de los discursos de la cuestión penal, su crítica y su reformulación, con el objetivo de proponer modos de reducir su violencia. Pero creo que vale la pena observar cuál ha sido el curso de los discursos.

Termino con una visión que puede ser apocalíptica, pero no lo es. Soy consciente de que en toda época de transformación, podemos describir lo que está pasando, pero es muy difícil explicarlo. Y es muy difícil explicarlo porque carecemos de los elementos ideológicos que posiblemente nos permitan explicar el momento del poder mundial de la globalización. Manejamos el momento del poder mundial de la globalización con elementos que provienen del siglo XIX y a veces del siglo XVIII. Estamos entrando al siglo XXI con elementos ideológicos que no nos permiten explicar totalmente el fenómeno.

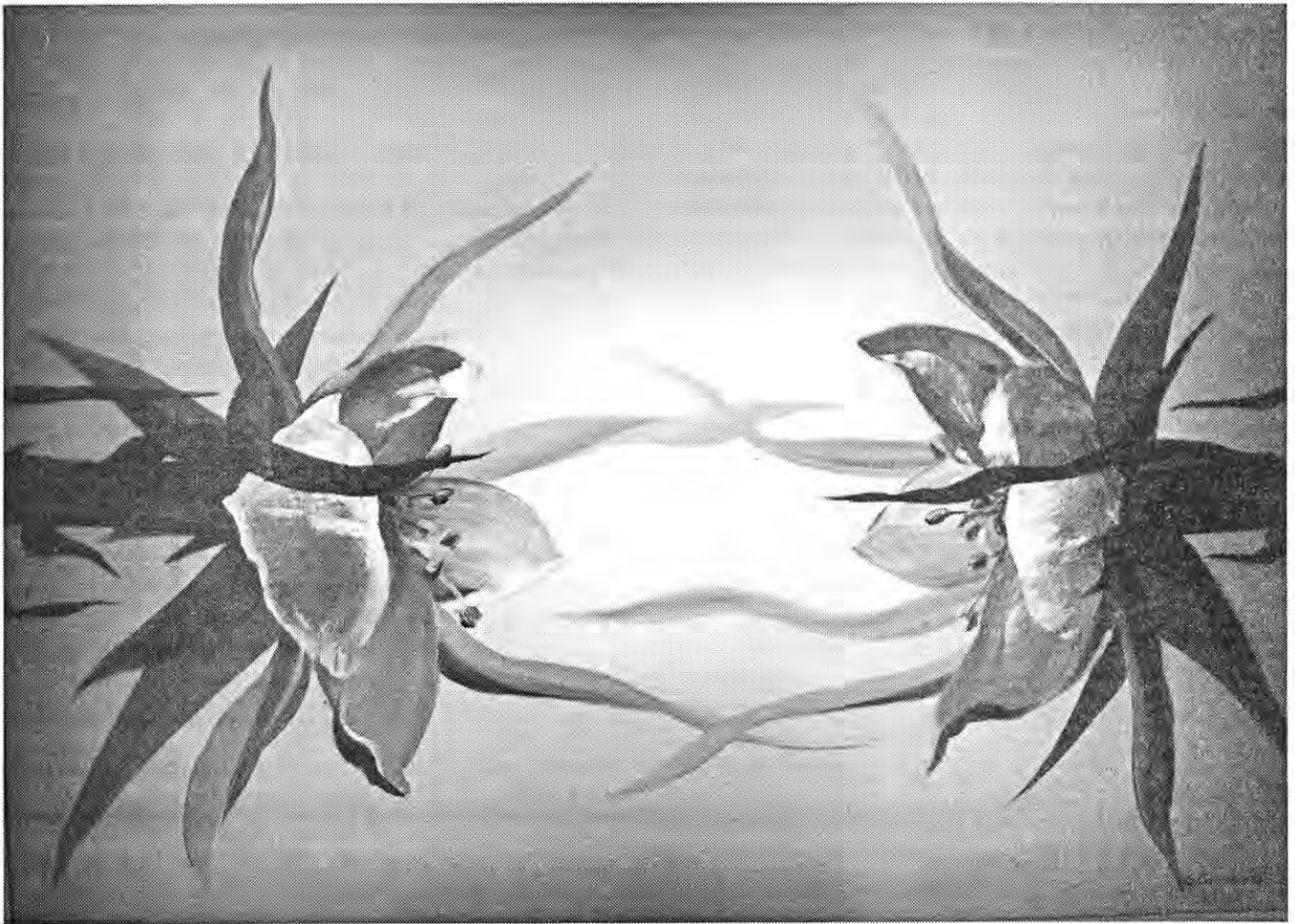
Nos da la sensación de que todo está al revés y de alguna manera creo que sí, conforme a nuestras pautas todo parece estar al revés, es decir, como dijo Galeano, si Alicia volviera hoy no tendría necesidad de mirar al espejo sino que le bastaría con asomarse a la ventana. Esa es la sensación que tenemos frente al problema de la globalización.

No por esto termino con una visión apocalíptica del fenómeno de la globalización, del momento de poder de la globalización. Ni apocalíptico ni integrado. Ni entusiasta ni catastrofista, simplemente crítico. Atento a que se carece de elementos que nos permitan comprender el fenómeno

de poder en el cual estamos insertos en este momento particular. De cualquier manera, creo que la globalización en sus contradicciones, al igual que los anteriores momentos de poder mundial, irá generando una nueva dialéctica. En este momento, desafortunadamente, una de las razones que no nos permite explicar este fenómeno, es, justamente, una cesación de la dialéctica anterior o su reducción. La reducción de la dialéctica explotador-explotado. Esto ha sido reemplazado por una simple categorización entre incluidos y excluidos. El excluido no es el explotado, el excluido está de más, nació equivocado, sobra. No hay dialéctica del momento en eso. Creo que la propia globalización va a generar, a regenerar

una nueva dialéctica cuyas nuevas consecuencias no son muy previsible de describir en este momento. Creo que indiscutiblemente va a llevar a nuevas hegemonías y esas nuevas hegemonías van a provocar que de nuevo se señale uno u otro de los árboles de esta larga selva. Tengo la certeza de que la historia no termina en esto. Tengo la certeza de que esta selva todavía no tiene fin, y en consecuencia no me animo a dar una definición. No me animo a hablar de un objeto, un método. Simplemente me animo a mirar este camino, a resaltarlo y a señalar las terribles dificultades que tuvo y que seguirá teniendo siempre la criminología para poder delimitar su ámbito, para poder señalar su límite epistemológico.

\*\*\*



Obra de Gerardo González

# UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA VISIÓN DE ZAFFARONI SOBRE EL CURSO ACTUAL DE LA CRIMINOLOGÍA

*Susana Murillo (Facultad de Cs. Sociales, U.B.A.)  
Carlos Elbert (Facultad de Derecho, U.B.A.)*

En la Revista **Capítulo Criminológico** (Maracaibo, Venezuela) de diciembre de 1999, pág. 153 y ss., se publicó la desgrabación de la conferencia que **Eugenio Raúl Zaffaroni** pronunciara al cierre del Congreso Internacional “**La Criminología del siglo XXI en América Latina**”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 15 al 18 de setiembre de 1999, que ahora reproduce también este número de la Revista de Ciencias Penales.

Lamentablemente, por ser palabras de cierre, las opiniones del autor no pudieron ser objeto de debate, lo que hubiese dado lugar a un interesante intercambio de opiniones. A quienes firmamos esta nota no nos queda, en consecuencia, otro recurso que el análisis de ese trabajo acudiendo a publicaciones especializadas.

El Congreso que origina el objeto de estas reflexiones, debatió —ya sobre el fin de siglo— acerca de la disciplina criminológica, el lugar de lo empírico y lo teórico en ella, su articulación con otras disciplinas, la compleja red de poderes con que se entreteje y su ubicación dentro del contexto de las ciencias sociales. También sobre su proyección futura durante el siglo que ahora es presente.

Como es dable imaginar, a estos puntos de vista generales se llegó por caminos diversos, con matices particulares, apoyados en los bien conocidos avatares históricos, epistemológicos y políticos de la disciplina a lo largo del siglo XX.

Por los motivos señalados, las palabras finales de Zaffaroni resultaron provocativas, pues desplegó una posición de escepticismo epistemológico hacia la Criminología y por extensión hacia otras ciencias sociales. No obstante, su posición encarna un dilema que, con frecuencia, se le presenta a todos los que están vinculados

a la práctica de las ciencias sociales. Es bien conocido el doble compromiso en que los científicos sociales se encuentran involucrados. Por una parte, la vida académica en particular y la intelectual en general, especialmente en el área de las ciencias sociales, se desarrolla en el espíritu del escepticismo metódico, en el sentido de que toda respuesta es provisoria. El conocimiento científico, esto es sabido, avanza de modo más grato cuando se encuentra libre de presiones, y en el área social desarrolla a menudo formas de pensamiento crítico, que, como en el caso de la criminología y la psiquiatría, han cuestionado en las últimas décadas la persistencia de muchas instituciones, tales como el manicomio y la prisión.

Pero, por otro lado, la *aplicación de los conocimientos científicos a estrategias sociales* (en salud pública, asistencia social, control social, justicia penal), reclama compromisos inmediatos. En estos ámbitos no hay lugar para el escepticismo o la ironía, pues en ellos, más allá de las diversas consideraciones teóricas, es necesario desarrollar estrategias para “atender las urgencias”, pues en esos casos se hallan comprometidos valores esenciales que implica la convivencia democrática.

Uno de los lugares, en que la afirmación anterior resulta pertinente, es en el de la vinculación de las ciencias sociales a los fenómenos de la criminología, ámbito en el cual, a partir de la década del 60, se han producido críticas de diverso signo al sistema criminológico que concluyen, ya sea en la necesidad de su apropiación por disciplinas singulares, o en la de su reforma, o en la de su abolición. Tales propuestas han tenido su paralelo en las prácticas penales, en las que, a nivel mundial, se plantean movimientos análogos a los recién mencionados y se fortalece la tendencia que propicia la privatización de aspectos del mismo, coincidiendo, paradójicamente, con impulsos a la creación de un sistema de penalización de carácter internacional que vaya más allá de las soberanías territoriales.

Pero, a pesar de esa discusión teórica y de esas diversas prácticas, el delito continúa, las prisiones siguen existiendo y en un contexto en el que las mutaciones estructurales, que se vienen operando en el mundo a partir de la década de 1970, han generado en muchos países crisis socioeconómica, vinculada a fenómenos de aumento de desocupación. Este proceso ha sido paralelo al aumento en los índices de encarcelamiento en muchos lugares del mundo (no nos pronunciamos aquí respecto de relaciones causales, solo constatamos la emergencia de estos fenómenos).

En ese contexto, en el que seres humanos reales y concretos sufren la miseria, la exclusión y el castigo a que una vida miserable los condena, sostenemos que existen urgencias que deben ser atendidas, más allá de la duda escéptica o la metódica.

Afligidos por ello y dado que la trayectoria criminológica de Zaffaroni nos resulta digna del mayor respeto, dos especialistas de distintos campos de las ciencias sociales hemos preparado este análisis, que ponemos hoy a consideración de los interesados en la temática criminológica, epistemológica y de las ciencias sociales en general.

La estrategia discursiva de Zaffaroni, en el artículo que nos ocupa, parece moverse en una óptica diádica, que plantea como alternativas el infierno o el paraíso, lo divino o lo demoníaco, olvidando que el hombre habita el reino de este mundo, donde todo es ambiguo. En su estrategia, el locutor se presenta como desencarnado y más allá de la historia, con lo cual sitúa a los receptores del discurso, en el lugar de la carne, el mundo sensible y precedero.

Para cumplir esa estrategia discursiva, una de las tácticas consiste en presentar una visión de la historia de la criminología de carácter global que arranca en el *Malleus Maleficarum*. Esta obra, producida en el siglo XV, enseñaba, entre otras cosas, a detectar los indicios que permitían desenmascarar a una bruja. A partir de ese texto y utilizando

unos pocos mojones históricos, el planteo de Zaffaroni establece una continuidad que llega hasta los discursos y las prácticas criminológicas de nuestros días.

La exposición toma un carácter globalizante y continuo, que pierde de vista el **cómo** de los poderes específicos. En ese sentido, se ignoran las enseñanzas dejadas por la práctica de la historia, que tiende, desde hace al menos setenta años, a evitar las "síntesis". El método propuesto, a fin de evitar los propios prejuicios, según nos lo han enseñado hombres como Foucault, es el trabajo con documentos.<sup>1</sup> Ese fue el modo en que los historiadores de *Annales*,<sup>2</sup> ya a comienzos de la década del 30, criticaron al positivismo evolucionista que intentó explicarlo todo desde un núcleo central de significados que atravesara de modo continuado todos los acontecimientos históricos. Por el contrario, se trata de mirar, a partir de documentos, series de acontecimientos, para buscar no las necesarias continuidades, sino más bien las rupturas, los cortes, las mutaciones. Hablar en historia de las ideas (o en historia fáctica), de resumen y síntesis, implica el peligro de hacernos recaer en un evolucionismo construido a partir de los propios supuestos.

La estrategia discursiva de Zaffaroni propone, justamente, una evolución histórica casi sin rupturas. El proceso comenzaría en el siglo XV de este modo: "*toda esta teoría se desarrolla en la obra fundacional de nuestra ciencia que es el Malleus Maleficarum de 1484. No es cierto que la criminología nace con Lombroso. No es cierto que la criminología nace con ideólogos del liberalismo penal. La criminología nace en 1484 con el libro "El martillo de las brujas"*.<sup>3</sup> Dejaremos, para otro trabajo, el demostrar en detalle por qué tal afirmación es discutible desde el punto de vista epistemológico e histórico. No obstante, querríamos decir que tal enunciado desconoce el enorme trabajo llevado a cabo por importantes autores, criticando las afirmaciones globalizantes que no explican lo específico. Así, en este caso, todos sabemos que hay poder punitivo, así como que el hombre tiene reacciones ante la muerte o que tiene una vida cotidiana, pero el asunto no consiste en reiterarlo, sino en ver las mutaciones,

1 Michel Foucault: *La Arqueología del saber, Siglo XXI, México, 1991, págs. 9-12.*

2 Febvre, Lucien, "De 1892 a 1933. Examen de conciencia de una historia y un historiador" y "Vivir la historia. Palabras de iniciación", en *Combates por la historia, Planeta - Agostini, Barcelona, 1993.*

3 "*Malleus Maleficarum*", por Enrique Institoris (Heinrich Krämer) y Jakob Sprenger. Edición original: *Estrasburgo 1488. Traducción española: Ediciones Felmar, España 1976. En alemán: DTV, Munich 1993. En inglés: Montagne - Summers, Londres, 1951. En francés, París, 1973.*

los cómo específicos, para actuar sobre ellos a partir de su conocimiento.<sup>4</sup>

En las últimas décadas, quien citó por primera vez al *Malleus* fue Foucault, en *La vida de los hombres infames*, pero lo hizo, curiosamente, en una dirección diversa a la de Zaffaroni. No para afirmar que allí empezó la criminología, sino, precisamente, para mostrar la cesura entre la caza de brujas y la criminología en el sentido moderno (y no es que Foucault intentase defender a la criminología moderna). Tampoco lo hizo para sostener continuos históricos, pues según nos dice en *Arqueología del saber*, el concepto de "continuidad" es un grave obstáculo epistemológico para conocer de modo descentrado, produciendo formas de saber que operen como medios de resistencia al poder. En total acuerdo con antropólogos como Lévy S̄trauss y epistemólogos como Bachelard, Foucault afirma que la idea de "continuidad" supone que hay un centro de la historia y un punto de llegada de la misma y ese punto de llegada **es el sujeto que habla**.<sup>5</sup>

Por otra parte, no ver las rupturas y no diferenciar las especificidades en este tipo de disciplinas, puede permitir sacar como consecuencia que existe una analogía entre el suplicio en la posesión demoníaca, el modelo correccional, la tortura en campos de concentración y las penas alternativas a la privación de libertad. ¿Podemos, con franqueza, afirmar tal cosa? ¿Qué diría de esto cualquier persona procesada o condenada? Para quienes padecen, por estado de vulnerabilidad, algún tipo de penas, ¿será lo mismo efectuar trabajos comunitarios que morir quemado en la hoguera tras haber sido torturado? Por otra parte, ¿creer o afirmar que "todo es igual y nada es mejor", qué efectos produce en los seres humanos?, el desencanto y el escepticismo, ¿no pueden ser acaso efectos de poder, de un poder más fino y más sutil que ningún otro, pues modela nuestras acciones sin que tengamos conciencia de ello?

Zaffaroni dice que se da cuenta que durante años ha hablado acerca del "curso de los discursos de la cuestión criminal". Ahora bien, intentar hacer criminología, o alguna otra disciplina social, centrándose en el "curso de los discursos", **implica un problema metodológico**, que está vinculado a ciertos supuestos teóricos. En estas disciplinas,

parece indicado hablar de **prácticas discursivas y no discursivas**. El discurso es una práctica conformada por reglamentos, leyes, decretos, conceptos teóricos. Pero esa práctica discursiva es inseparable de otra práctica, que llamaremos "práctica no discursiva", lo que podríamos denominar "visibles" por contraposición a "enunciados". Las prácticas no discursivas, las "visibilidades", son, por ejemplo, los diseños arquitectónicos, las posturas corporales, los hábitos y códigos no escritos. Enunciables y visibles tienen su propia lógica, cada uno tiene su propio régimen; el uno es un régimen de palabras y el otro de cuerpos y observación de los mismos. Pero esas dos lógicas se complementan y sólo son separables a los fines analíticos. Un saber acerca de la locura o el crimen, no puede obviar los regímenes antes aludidos. Los códigos escritos y los no escritos, los reglamentos y las arquitecturas, los conceptos teóricos y las prácticas ocultas, permiten reconstruir, por ejemplo, el ámbito de lo carcelario o el mundo de la llamada "desviación". Para ello, los conceptos deben cotejarse con la arquitectura, modalidades, uniformes, alojamientos, prácticas concretas, etc. De un modo más sencillo podría hablarse de "escribir las prácticas" al mismo tiempo que "reconstruir los discursos". En esta doble reconstrucción se debería evitar pensar que la teoría se "deduce" de la práctica o que la práctica es "aplicación" de la teoría. Entre el nivel de las prácticas discursivas y extradiscursivas hay entrecruzamientos, encuentros y desencuentros. Por ello, un llamado "curso de los discursos" es engañoso, si se ignora al mismo tiempo el curso de las prácticas extradiscursivas, pues en ellas la carne y la sangre están de alguna manera presentes. Seguir solo el "curso de los discursos" puede hacernos incurrir en el error de pensar que la criminología es solo lo que dicen criminólogos y otros científicos sociales, olvidando, otra vez, a los más ocultos actores del proceso.

El análisis de Zaffaroni, que solo se despliega en el ámbito de lo discursivo, le lleva a afirmar que "es muy difícil, complicado y discutible proveer una definición de la criminología, porque, como en cualquier otra disciplina, la definición debe ser tautológica, es decir, contener todo lo definido". Independientemente del hecho de que la definición tautológica **es solo un tipo de definición**, que no se usa en ciencias sociales, probablemente las definiciones más

4 En otro trabajo reciente, Zaffaroni revela, por el contrario, una actitud cuidadosa con las especificidades históricas acerca del concepto de "crimen organizado". Sin embargo, atribuye allí también al *"Malleus"* la génesis del Derecho Penal autoritario. (En: "El crimen organizado: una categorización frustrada", cuadernos del departamento de Derecho Penal y Criminología, 1999, páginas 254 y 285).

5 Ver Murillo, Susana, El discurso de Foucault: Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno, Of. de Publicaciones del C.B.C. y carrera de Sociología, U.B.A., Buenos Aires, 1997.

ricas sean aquellas que incluyen la historia de lo que definen. En realidad, Zaffaroni se había ocupado de este tema ya en 1988,<sup>6</sup> pero con una perspectiva diferente. Entonces se interrogaba sobre el problema del concepto, y decía: “se impone preguntarnos, por ende, si existe o debe existir un ‘saber criminológico’, que nos sea necesario para impulsar la transformación de un aspecto de nuestra realidad con miras al impulso del desarrollo humano de los hombres de nuestro margen” (pág. 14). A lo que respondía, unas páginas más adelante, tras un concienzudo análisis: “Todo esto nos demuestra que en nuestro margen es necesario un saber que nos permita explicar qué son nuestros sistemas penales, cómo operan, qué efectos producen, por qué y cómo se nos ocultan estos efectos, qué vínculo mantienen con el resto del control social y del poder, qué alternativas existen a esta realidad y cómo se pueden instrumentar” (pág. 19).

Finalmente, desembocó en un concepto que juzgaba como “previo o tentativo y pasible de varias objeciones”: “la criminología es el saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al proceso social” (pág. 20).

El resto del trabajo —de 280 páginas— *está dedicado a la afirmación de la criminología como una disciplina especialmente referenciada a la cuestión del poder*. Pareciera, entonces, que el autor ha variado su pensamiento anterior, expresando ahora conclusiones escépticas en cuanto a la posibilidad de asir un concepto sobre lo criminológico. Por nuestra parte, consideramos oportuno recordar que, en epistemología, todas las definiciones son harto complejas, por no decir imposibles, si se parte de la base de que *siempre* son provisorias, incompletas y objeto de inexorable superación. La definición tautológica solo es posible en muy pocos casos y lo más frecuente en ciencias sociales es la determinación del concepto a través de su desarrollo histórico. El concepto mismo de ciencia es imposible de precisar de modo universal, sin que, por ello, la idea de ciencia o de lo científico haya desaparecido. Para decirlo con palabras de uno de los autores de este artículo: “El grave problema que presenta la definición de ciencia resulta de sus perfiles cambiantes, porque es

*histórica, contingente, y objeto de constante reelaboración epistemológica*” (...). “Muchos epistemólogos niegan lisa y llanamente la posibilidad de definir la ciencia, porque cada dato que se integra en ella deja automáticamente excluidas ciertas parcelas del conocimiento posible”<sup>7</sup>. Puede afirmarse, entonces, que el punto de partida del razonamiento de Zaffaroni (la dificultad de definir absolutos) no es novedoso ni exclusivo de la criminología.

Continuando con el problema de la definición, Zaffaroni afirma (en el texto de 1999) que “Si en cualquier disciplina una definición necesita verificación es porque impone un acto de autoridad. Cada vez que cualquier científico **en serio o entre comillas**, quiere poner mojonos a determinado ámbito de la realidad, es un acto de apoderamiento, un acto de incorporación de una serie de objetos a un ámbito de conocimiento, es un ámbito de poder. Y todos los actos de poder son sospechosos”.

En rigor de la verdad, las definiciones no se **verifican**, porque son convenciones y toda convención, como reconocería hasta el más riguroso epistemólogo positivista, supone una toma de decisión y toda toma de decisión es, inevitablemente, un acto de poder. **En realidad todo conocimiento y todo acto de habla es un “apoderamiento”**. No existe saber sin ejercicio del poder, por ello, pretender desarrollar el saber, alejándose del poder, es imposible. Más aún, pensar relaciones humanas “sin poder”, es querer escapar al mundo animal o al mundo de los dioses. Los conocimientos humanos conforman una inescindible unidad saber-poder. Sobre esto, si bien no hay consenso universal, hay fuertes acuerdos entre pensadores y científicos de diversas posiciones.

La pregunta que, entonces, podemos hacernos es esta: ¿Qué estrategia subyace en los discursos que caracterizan como “sospechosos” a los actos de poder, si es casi universal el reconocimiento de que el poder está presente en todas las relaciones sociales? ¿Por qué razón algunos locutores continúan enunciando su constante prédica contra el ejercicio del poder y particularmente del poder en sentido abstracto? ¿Cuál es el beneficio que el locutor obtiene? La estrategia de la denuncia de todos los poderes de la tierra tiene la ventaja de colocar al locutor más allá de este mundo, más allá del poder, en un **sin poder**. Pero de ese modo, mediante un hábil juego discursivo, lo sepa o no quien lo ejercita, tenga o no

6 Zaffaroni, Eugenio, *Criminología, aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá.

7 Elbert, Carlos, *Manual básico de criminología*, Eudeba, Buenos Aires, 1998, pág. 24.

conciencia de ello, termina tomando la posición de algunos de aquellos a quienes denuncia. Pues, al pretender evitar el ejercicio discursivo del poder, se coloca en la neutralidad. Por su parte, la pretensión de neutralidad, es un ejercicio del poder más peligroso, pues ya que quien lo hace esconde, aun sin saberlo, **su ejercicio del mismo**, además de que, al adoptar una posición “desencarnada”, “más allá” de los humanos se ubica como los dioses, cuya palabra debe ser escuchada y aceptada, pues ella no es portadora de la ley, **sino la ley misma**. Este tipo de discurso no impulsa a pensar, sino que se cierra en sí mismo; solo el lenguaje consciente de la propia finitud, de los propios límites, puede ser un lenguaje que incite a pensar, esto es, a elaborar nuevos interrogantes y a construir, entre todos, nuevos conocimientos. En cambio, el lenguaje metafísico es cerrado, completo, sin poder y sin fisuras.

Por otra parte, pretender hablar desde el no poder implica otro peligro: esta pretensión ignora que **si hay poder hay resistencia**, porque si no fuese así, no sería necesario ejercerlo. No verlo entraña el peligro de caer en la indiferencia típica de nuestros tiempos, que, ante la presunta imposibilidad de cambios, se encierra en sí misma, lo cual, en realidad, no es más que un efecto de poder. El conocimiento es apoderamiento pero también resistencia a los poderes. Esta lucha de fuerzas, tal vez, no terminará jamás, pero es uno de los pocos sentidos de lo humano.

Ahora bien, frente a la sospecha de que esta lucha poder-resistencia, tal vez jamás acabe, ¿debemos sumirnos en la indiferencia o el desencanto? ¿O, por el contrario, ello debe impulsarnos a seguir conociendo y pensando para modificar lo real en la medida en que sea posible? Esto tal vez sea una decisión, tal vez no haya un fundamento último de tipo racional para la misma, pero **si hay resoluciones éticas, cuyo último punto de apoyo está en quien las toma**. Sabemos que no habría humanidad sin ley y la ley supone ejercicio del poder. ¿Qué haremos? ¿Suprimir la ley?, ¿aceptarla de modo acrítico? En suma, estamos ante un dilema sin salida. El trabajo de Zaffaroni así parece sugerirlo y en ese sentido trasunta, tal vez más allá de sus intenciones, el desencanto posmoderno.

Otro aspecto discutible del texto de Zaffaroni es la noción de “científico en serio o entre comillas”. ¿Cómo se distinguen los científicos “serios” de los “entre comillas”?

¿Quedan **entrecomillados** quienes quieren “poner mojonos”? ¿Es siempre disvalioso poner mojonos o referencias a una búsqueda de conocimiento?, ¿constituyen necesariamente esos intentos —tal como se dice con durísimos conceptos— una “pretensión de autoritarismo arbitrario y apriorístico”? Entendemos que en esa afirmación, así como cuando sostiene que “*lo fundamental es renunciar a esta pretensión de autoritarismo arbitrario apriorístico y comenzar el recorrido. Comenzar el recorrido a ver si ese recorrido nos aproxima a una delimitación*”, se construye un juego conceptual ambivalente, que pareciera decir una cosa mientras afirma otra. En nombre de la certeza se desvaloriza a quienes pretendan delimitar conocimientos o espacios de saber. ¿Será entonces que los científicos **en serio** deben abjurar de métodos, definiciones y verificaciones? ¿Qué harán el científico *en serio* o el *entrecomillado* para conocer la realidad? Esta es una antigua pregunta epistemológica que ha tenido diversas respuestas a lo largo de la historia, pero una cosa es cierta, **ni aun los más escépticos han renunciado a conocer, aunque dudaran de ello**. Zaffaroni sugiere eludir este problema con el justificativo de “no quedar ligado a **formas de poder mediante el conocimiento**”, pero, en verdad, no se está instalando en el mismo plano de lo criticado, sino en lo argumental-silogístico, desde donde cualquier afirmación puede eludir su relación con el mundo de lo empírico.<sup>8</sup>

Nuestra referencia a “lo empírico” no pretende ser de carácter inductivista. Sabemos que “lo empírico” es también una construcción; sabemos que cualquier método de investigación lleva a **modelar la realidad sin reflejarla como en un espejo**; esto es harto conocido y se han escrito tomos sobre ello. Pero ni aun los textos más críticos de las estrategias metodológicas tradicionales han renunciado a hundir su mirada y sus manos en los documentos y los relatos. Esto, por otro lado, comporta un compromiso ético y político, pues el intelectual o el científico social producen, o deberían producir, **para los otros** y no sólo por el placer personal de hacerlo. Así entonces, nos adherimos a la posición según la cual el observador puede afirmar, por ejemplo, que “él lo ve de tal modo”, y que esa es “su verdad”, refugiándose en lo totalmente intuitivo o subjetivo. ¿Cuáles serían las consecuencias sociopolíticas de tal postura? La posición subjetivista es difícilmente sostenible en ciencias sociales, como también lo es la utopía de un saber de carácter axiomático y deductivo. En ese sentido, acordamos con

8 El mismo problema se planteó en una discusión académica anterior, sobre el contenido del libro de Zaffaroni “En busca de las penas perdidas” cuando el autor explicó las razones que lo llevaron a no embarcarse en ninguna teoría política y a no profundizar sobre las estructuras concretas del poder estatal en América Latina. Ver: “Encuentro con las penas perdidas”, publicación dirigida por Carlos Elbert, colección jurídica y social N° 9, Santa Fe, 1993, págs. 99-100.

Zaffaroni cuando rechaza un modelo puramente deductivo de la criminología. No así cuando insiste con las calificaciones y clasificaciones, afirmando que: *"El criminólogo, el que se inicia en la criminología, entrará interrogando y se va a encontrar con dos clases de criminólogos. El criminólogo sabio y el criminólogo ingenuo. El criminólogo sabio, será aquel que le dará una definición, le dará un objetivo de la disciplina, eso se traducirá en determinada política criminal y desarrollará las consecuencias de esa definición, de ese objetivo y de esa política criminal hasta sus ultimísimas consecuencias, las que nunca había imaginado"*.

Que una estrategia de carácter puramente deductivo es imposible en ciencias sociales, creemos que es algo que hace ya mucho no se discute. "Hacer un silogismo con la ley y el caso", como decía Beccaria en el siglo XVIII, es algo ya suficientemente criticado. Pero el problema aquí no es ese, sino que Zaffaroni establece un juicio que distingue entre "criminólogo sabio" e "ingenuo", descalificando a ambos y sin mencionar un tercer tipo, salvo, claro, el del propio autor de la clasificación, que se preserva al margen de ella o no explica su encuadramiento exacto. Incluso, se formula a estos **criminólogos descalificados**, la admonición de que, si insisten por los rústicos caminos del conocimiento que están intentando, quedarán ridiculizados también con esa caricaturizada búsqueda de "ultimísimas consecuencias".

Desde el punto de vista epistemológico, tanto las posiciones puramente inductivistas como las deductivistas, no tienen ninguna vigencia en el campo de las ciencias sociales; además, hablar de pluralismo metodológico y paradigmático, es un lugar común en ellas. Por eso, no se entiende la afirmación de Zaffaroni acerca de que: *"Hay algo que distingue la criminología, en este sentido, de otras disciplinas. (...) En criminología todos los discursos están vivos, es decir, no estamos recorriendo un parque paleontológico, estamos recorriendo un zoológico de animales vivos de todas las épocas. Ningún discurso muere, son los árboles, pero árboles que lo que más puede pasar es que cambien el follaje, pero siguen presentes, son todos contemporáneos"*. En todas las ciencias sociales y no solo en la criminología, así como en la Filosofía, **existen, afortunadamente, pluralidad de modelos y ello es acorde al objeto de estudio de las ciencias sociales y a las reflexiones filosóficas**. Los seres humanos son lo suficientemente multifacéticos, las sociedades humanas son demasiado complejas, la

historia es tan dinámica que las generalizaciones universales son muy poco frecuentes y a menudo poco serias en ciencias sociales (históricamente, cuando ello ocurre, tal generalización universal depende de alguna academia científica deudora de algún orden social conducido de modo monolítico, aunque no se note a primera vista).

Pero a pesar de tal imposibilidad de universalidad y certeza, **los hombres no parecen querer renunciar a conocer**. En sus búsquedas, el humano a veces acierta y a veces falla. Desde el dominio del fuego hasta los telescopios espaciales hay un pequeño universo de realizaciones humanas, motivadas por la curiosidad, el deseo de saber y la necesidad de ejercer el poder. Profundamente ingenuos seríamos si renunciásemos a esta posibilidad, desarmándonos intelectualmente en un mundo donde **el conocimiento se ha transformado en el mayor insumo del poder**. ¿A quién beneficiaríamos con tal renuncia? ¿Quién se ve favorecido si hombres de probado espíritu democrático como Zaffaroni, descalifican a quienes no queremos renunciar a saber, aun cuando tenemos la certeza de que nunca podremos saberlo todo y aun cuando no sabemos cuál será el efecto de los saberes que intentamos producir? Que el ejercicio del saber-poder sea azaroso, contingente e imprevisible en sus efectos no es achacable a ningún pobre criminólogo latinoamericano, sino a la imperfección de la naturaleza humana que nadie —absolutamente nadie— (he aquí, al fin, un conocimiento absoluto) puede negar.

La desconfianza y el rechazo del conocimiento, aun con las limitaciones del mismo que el curso del siglo XX ha mostrado es, en el terreno de la criminología, de las ciencias sociales y del Derecho Penal, peligrosamente vecino de una estrategia discursiva que, a partir de la década de los 80 y en relación con el Consenso de Washington y la emergencia de las políticas neoliberales, ha vuelto a propagandizar la idea de que en los hombres hay tendencias destructivas que son inevitables. Desde esa perspectiva, tanto el crimen, como la locura, serían parte de la esencia humana y la sociedad solo podría ocuparse de reprimirlos a fin de defenderse de ellos. La idea de *tolerancia cero*, está en buena medida basada en este supuesto metafísico. Por ello, creemos que es fundamental reflexionar profundamente acerca de los propios dichos, a fin de evitar que nuestras afirmaciones favorezcan, más allá de nuestros deseos, tal concepción de lo social.



# PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y JUICIO POR JURADOS\*

Alberto Bovino

¿Qué clase de trato es éste que han imaginado las gentes doctas? El fiscal no es sino un acusador público, el ejecutor de la ley. Y el ejecutor no puede dispensar o alterar un ápice de la ley... Este imaginario contrato no puede ser sino un sueño y un sofisma forense.

F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (1787).

I. Cuando hablamos de juicio por jurados y, especialmente, del procedimiento abreviado como alternativa posible frente a la imposibilidad pronosticada —quizá sin demasiado fundamento— de que todos los juicios criminales ordinarios terminen por jurados, la inmediata comparación con el Derecho estadounidense y la práctica del *plea bargaining* es casi automática. Sin embargo, esta opción, aparentemente inevitable, es errónea. La primera decisión que se debe considerar en nuestro marco constitucional es qué delitos merecerán ser juzgados por nuestros conciudadanos.

La Corte Suprema estadounidense, en este sentido, y a pesar de que su texto constitucional es similar al nuestro, ha limitado el derecho al juicio por jurados a cierto tipo de delitos. El Artículo III, Sección 2, párrafo III, de la Constitución Federal de los EE.UU. dispone: “*The Trial of all Crimes... shall be by Jury...*” (El juzgamiento de todos los delitos... debe ser por jurados). La Enmienda VI, por su parte, establece: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury...*” (“En todos los casos penales, el acusado debe gozar del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado

imparcial...”). El sentido literal de ambas disposiciones parece aludir a todo tipo de delitos.<sup>1</sup>

La Corte ha resuelto, como regla, que toda infracción que previera en abstracto una pena máxima mayor a seis meses de privación de libertad requería un juicio por jurados. En “*District of Columbia v. Clawans*” (1937), sostuvo que si la pena posible no era mayor a seis meses de privación de libertad no se requería jurado, si por ésa y otras razones la infracción podía ser calificada como un delito menor (*petty offense*). Aclaró que la pena conminada tenía fundamental relevancia para determinar si se trataba de un delito serio y podía, por sí misma, si era lo suficientemente severa, exigir el juicio por jurados de la Enmienda VI. En “*Duncan v. Louisiana*” (1968), la Corte extendió la garantía a los estados. En “*Baldwin v. New York*” (1970), afirmó que si la pena autorizada era mayor a seis meses de privación de libertad no se trataba de una infracción menor (*petty offense*). En “*Blanton v. City of North Las Vegas*” (1989), la Corte aclaró que aun cuando el máximo de la pena privativa de libertad no excediera los seis meses, el imputado podía probar que otras consecuencias adicionales la distinguían de una infracción menor. Sin embargo, la restricción jurisprudencial

\* Versión ampliada de la conferencia pronunciada en el “Seminario sobre juicio por jurados”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el 20 de agosto de 1998.

1 El término “crimes” —sinónimo de “offense”— incluye infracciones penales denominadas “felonies” y “misdemeanors” (cf. GIFIS, Law Dictionary, p. 110). La categoría de “felony” es un término genérico para distinguir los delitos más graves de las infracciones más leves llamadas misdemeanors (cf. GIFIS, Law Dictionary, p. 183). Estas últimas son infracciones penales menos graves, sancionadas con penas menos severas.

es realmente poco significativa, pues la legislación penal estadounidense se caracteriza por prever penas máximas mucho más altas que las de nuestro Derecho, debido al régimen de penas indeterminadas de ese sistema jurídico.<sup>2</sup> A pesar de que desde la década pasada el Derecho Penal federal —y el de varios estados— ha adoptado un sistema de penas determinadas, mucho más rígido,<sup>3</sup> los montos máximos previstos en la legislación, por lo general, no han sufrido variación alguna.

Si tomamos como ejemplo el caso estadounidense y, además, si tenemos en cuenta nuestro texto constitucional, estaremos en condiciones de resolver el primer problema que plantea la instrumentación del juicio penal por jurados, esto es, la definición del conjunto de delitos que requerirían la intervención de ciudadanos legos para pronunciar el veredicto —jurado clásico— o la sentencia definitiva —jurado escabinado—. Recién *después* de decidir esta cuestión, podemos comenzar a interrogarnos por el tema de esta reunión. ¿Es posible sustituir el *juzgamiento* popular y público de delitos por mecanismos alternativos al juicio por jurados? Si así fuera, ¿resultaría adecuado un mecanismo procesal como el mal llamado "juicio abreviado"? ¿Resulta racional, en nuestro sistema, abreviar el juicio? A simple vista, parecería que el debate regulado en los arts. 363 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación —en adelante, C.P.P. de la Nación— ya es, en sí mismo, un

juicio abreviado. Ello pues por su particular regulación, en la práctica se ha vaciado de contenido a la etapa de debate, circunstancia que ha impedido que el juicio se constituya en la etapa central del procedimiento penal, tal como lo exige la Constitución Nacional —en adelante, C.N.— en su art. 18.

Uno podría afirmar que existen razones de peso para limitar el derecho al juicio por jurados a un conjunto determinado de delitos y, también, que existen fundamentos para permitir mecanismos alternativos al juzgamiento por jurados de los delitos que integren ese conjunto. Dejaremos de lado, en esta discusión, aquellos delitos respecto de los cuales se pudiera acordar que no involucran el derecho a un juicio por jurados.<sup>4</sup> De todos modos, estos delitos continuarían exigiendo la realización de un juicio oral, público, contradictorio y continuo, con las debidas garantías, ante un tribunal independiente e imparcial. Este último derecho surge tanto del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, C.A.D.H.— como del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, P.I.D.C.P.—, y resulta aplicable al juzgamiento de *todos* los delitos, sin excepción alguna.

Para todo jurista estadounidense que esté a favor del *plea bargaining*, el derecho al juicio por jurados es un "privilegio" que puede ser renunciado sin demasiadas

2 En el sistema de pena indeterminada, la ley penal define la conducta prohibida y, respecto de la pena, sólo establece un límite máximo. Así, el robo puede estar definido, como comportamiento prohibido, con una pena máxima de veinte años de prisión —los términos máximos previstos en las leyes son realmente elevados—. Al determinar la pena, el juez puede decidir que no es necesario que el inculado cumpla período alguno de prisión e imponer, si le parece adecuada, la pena de probation. Pero si decide que, por las circunstancias del caso, la pena de prisión es necesaria, establece, en la sentencia, que el autor del hecho debe cumplir, por ejemplo, un término mínimo de tres años y un máximo de doce años de encarcelamiento —un rango tan extenso era frecuente en el modelo anterior a la reforma—. Hasta aquí, el individuo condenado sólo sabe el tiempo mínimo que debe cumplir, pero hasta que —cumplido ese mínimo—, la comisión de libertad bajo palabra no decida que puede obtener la libertad, continúa encarcelado. La determinación de la pena que realiza el juez estadounidense se asemeja a la adopción de la escala que en nuestro sistema adopta el legislador en cada tipo penal. Finalmente, el órgano administrativo, en cierto sentido, cumple, en aquel sistema, al determinar con certeza cuándo finaliza la estadía en prisión, un papel similar al de nuestros tribunales, sólo que en un momento diferente.

El juez Marvin FRANKEL ha sido uno de los más severos críticos del sistema de penas indeterminadas. Dado que en un sistema tal los tipos penales no prevén una pena mínima sino, solamente, un máximo, FRANKEL afirmaba que "respecto de la pena que puede ser aplicada, nuestras leyes se caracterizan por otorgar al juez que impone la pena un rango de elección que debería resultar inimaginable bajo 'un gobierno de leyes, no de hombres'" (FRANKEL, *Criminal sentences*, p. 5). Este juez menciona diversas figuras penales y las elevadas penas que ellas prevén, tales como el intento de lesionar a un agente del gobierno federal (desde multa hasta diez años de prisión), violación (pena de muerte, o prisión por cierta cantidad de años o perpetua), conducir un automóvil robado cruzando la frontera estatal (hasta cinco años de prisión), robar un banco asegurado por el gobierno federal (hasta 25 años de prisión), hurto de una carta por parte de un empleado postal (hasta cinco años de prisión). En este contexto, agrega, los jueces federales pueden enviar —y así lo hacen— personas a prisión en cualquier caso dado por cinco, diez, treinta o más años (cf. FRANKEL, *Criminal sentences*, p. 5 y s.).

3 Una breve descripción del nuevo sistema en CHRISTIE, *La industria del control del delito*, cap. 8, p. 133 y ss., con especial referencia al régimen federal establecido en 1984. Un desarrollo más extenso de la reforma mencionada en BREYER, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromise Upon Which They Rest*.

4 Durante su exposición sobre este mismo tema, en el "Seminario sobre juicio por jurados", el profesor Gustavo BRUZZONE dio buenos argumentos para sostener que la expresión "juicios ordinarios" del art. 118 de la C.N. no se refiere a todos los juicios penales, en el sentido de que sólo resulta excluido el supuesto de juicio político.

exigencias.<sup>5</sup> Para todo jurista de nuestra tradición jurídica que esté a favor del procedimiento abreviado, de manera análoga, el derecho al juicio previo —con o sin jurados— también es renunciable. A pesar de las similitudes de ambas afirmaciones, ellas tienen un significado completamente distinto y, por ende, producen consecuencias completamente diversas.

La considerable diferencia de significado entre la renuncia al juicio por jurados estadounidense y la renuncia al juicio previo de nuestro Derecho, no se vincula con el modelo de juicio penal propio de cada país, sino, en todo caso, con el principio estructural que organiza la persecución penal pública en uno y en otro.

II. En los EE.UU. rige el principio de disposición absoluta de los fiscales —federales o estatales— sobre la acción penal pública. De allí la ausencia de todo criterio de legalidad procesal que oriente la persecución pública y las facultades reconocidas al fiscal para negociar la imputación con el acusado.<sup>6</sup> La idea de que el fiscal pueda ser obligado por el legislador a iniciar la persecución en términos generales —como lo dispone nuestro C.P., 71—, o aun para cierto tipo de delitos, resulta inimaginable para un jurista estadounidense, dado que el sistema no admite que el fiscal pueda ser obligado por el juez a perseguir en un caso concreto.

Por ello, se considera que una “de las características más asombrosas del sistema estadounidense es el amplio rango de discreción, casi completamente incontrolada, que

ejercen los fiscales”.<sup>7</sup> La decisión de iniciar la persecución es una de las funciones más importantes del fiscal. Pero esa decisión es sólo uno de los aspectos de la discreción del fiscal, pues en tanto supere el obstáculo de establecer la exigencia de que existe causa probable para creer que alguien ha cometido un delito, tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad a un imputado, si negocia con el imputado; también para elegir qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula. La Corte Suprema ha sostenido que una vez que el fiscal logra establecer la existencia del estándar de causa probable respecto de la posible responsabilidad penal del imputado (*probable cause*), la decisión acerca de si inicia o no la persecución, o sobre qué cargos formula ante un tribunal o presenta ante un gran jurado queda generalmente a su entera discreción.<sup>8</sup>

Una de las razones consideradas más importantes para impedir el control judicial de las decisiones del fiscal es el principio de la división de poderes, pues, al constituir la persecución penal una tarea típicamente ejecutiva, el poder judicial no puede interferir con el libre ejercicio de los poderes discrecionales del fiscal.<sup>9</sup> Tampoco se admite que la víctima impugne judicialmente la decisión del fiscal de no perseguir.<sup>10</sup>

El sistema estadounidense establece el derecho del imputado a ser condenado sólo en un juicio oral, público, contradictorio y continuo, ante un jurado imparcial.<sup>11</sup> Sin embargo, la etapa de juicio ha dejado de ser la fase central

5. *Ésta es, por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema. En “Patton v. US”, 281 US 276 (1930), la Corte Suprema definió el juicio por jurados como un derecho al que el imputado podía renunciar voluntariamente. La Corte también se refirió al juicio por jurados como un “privilegio” y no como un “requisito imperativo”, y decidió, además, que el imputado no tenía un derecho absoluto a ser juzgado sin jurado (precedente citado en “Singer v. US”, 380 US 24 [1965], parcialmente transcrito en ISRAEL, KAMISAR y LAFAVE, Criminal Procedure and the Constitution, p. 540).*
6. *El principio dispositivo es la regla absoluta del sistema que los tribunales han respetado, a pesar de que algunas leyes establecen el carácter obligatorio de la persecución penal, en términos similares a los de nuestro Derecho positivo (cf. WELLING, Victims in the Criminal Process: A Utilitarian Analysis of Victim Participation in the Charging Decision, p. 106). La legislación federal, por ejemplo, establece que “cada fiscal de distrito... debe... perseguir todos los delitos contra los Estados Unidos...” [28 USC § 547 (1966) (destacado nuestro). En términos similares la legislación de Kentucky, Ky. Rev. Stat. §15.725(1) (1985)].*
7. LAFAVE, *The Prosecutor’s Discretion in the United States*, p. 532.
8. *Cf. Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 364 (1978).
9. *Cf., por ejemplo, US v. Cox*, 342 F. 2d 167, 170-172 (5th Cir. 1965); *Newman v. US*, 382 F. 2d 479, 480 (D.C. Cir. 1967).
10. *Cf. Linda R. S. v. Richard D.*, 410 US 614 (1973).
11. *En este juicio, cuyas complejas reglas probatorias garantizan el principio de intermediación en la producción de la prueba, se respeta ampliamente el derecho de defensa del imputado y se exige efectivamente que el fiscal cumpla con su tarea de producir prueba suficiente para destruir el estado de inocencia del acusado. Una descripción sintética de la etapa de juicio en KAPLAN, Trial by Jury; BOVINO, Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado; CARRIÓ, El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos, p. 60 y siguientes.*

en el procedimiento y ha pasado a ocupar un lugar *simbólico* como método de atribución de responsabilidad penal. Ello pues cerca del 90 % de las condenas son impuestas *sin realizar el juicio*, por renuncia del imputado a ejercer ese derecho.<sup>12</sup> Iniciada formalmente la persecución, el imputado debe decidir qué actitud procesal adopta. Si se declara no culpable (*not guilty*) el fiscal debe probar la imputación en el juicio; si se declara culpable (*guilty*) el juicio no se realiza, y se pasa a la siguiente etapa, la audiencia sobre la determinación de la pena (*sentencing hearing*). Casi ningún imputado hace uso de su derecho constitucional, y detrás de esta estadística se halla la práctica del *plea bargaining*.

El proceso de negociación conocido como *plea bargaining* consiste en las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado.<sup>13</sup> En principio, hay dos tipos de *plea bargaining*. En el primer caso, el imputado admite su culpabilidad a cambio de una recomendación del fiscal para que el juez imponga una pena determinada —o no imponga penas a cumplir consecutivamente en el caso de concurso real<sup>14</sup>—; estos acuerdos se llaman *sentence bargains*. En el segundo caso, el fiscal acusa por un hecho más leve, o bien imputa menor cantidad de hechos cuando se trata de la sospecha de un concurso real. Dado que la decisión acerca del contenido de la imputación es exclusiva del fiscal, su decisión, en principio, no puede ser revisada judicialmente.<sup>15</sup> El fiscal ofrece reducir los cargos o solicitar una sentencia determinada. La concesión del imputado, en cambio, es siempre la misma: su admisión de culpabilidad.

III. Ahora bien, la admisión de culpabilidad (*plea of guilty*, o *guilty plea*) no es equivalente a nuestra confesión. En el sistema estadounidense, el jurado se pronuncia, con su veredicto (*verdict*), sobre la cuestión de *hecho* referida a

la culpabilidad del imputado. Un veredicto se diferencia de una decisión judicial (*judgment*) no sólo por ser pronunciado por legos, sino también por ser una decisión sobre los hechos del caso, que el tribunal puede aceptar o rechazar para fundar su resolución. En un caso penal, el veredicto de culpabilidad del jurado funda la resolución judicial de condena (*judgment of conviction*). Tras la condena, el tribunal dictará otra resolución, llamada "*sentence*", en la cual individualizará e impondrá la pena aplicable al condenado, en una audiencia especial convocada al efecto.

En este contexto, el *guilty plea* no es un elemento de prueba o una confesión, es en sí mismo una *condena* y tan determinante como el *veredicto del jurado*.<sup>16</sup> Presentado el *guilty plea*, sólo resta la resolución judicial de condena (*judgment of conviction*) y, posteriormente, la determinación de la pena (*sentence*). Por ello, se dice que la admisión de culpabilidad no es una *prueba* de cargo que sirva al acusador estatal, sino una *declaración formal* del imputado sobre su culpabilidad por uno o más hechos punibles, que acepta como verdadera, e implica la renuncia a sus derechos constitucionales<sup>17</sup> —v. gr., a un juicio por jurados—. La función del jurado en el juicio penal es determinar la cuestión de hecho acerca de la culpabilidad del acusado. Por ello, cuando el acusado admite su propia culpabilidad, el jurado se queda sin función alguna que cumplir y el juicio no se realiza.<sup>18</sup>

La renuncia al juicio involucrada en el *guilty plea*, entonces, *reemplaza* al juicio, pues la declaración formal del imputado cumple el mismo fin: determinar la cuestión de hecho acerca de su culpabilidad. Así, el control judicial de la declaración del imputado no tendrá el mismo fin asignado al juicio, pues ese fin ya ha sido realizado con la declaración del imputado, que tiene idéntico valor al veredicto del jurado. Ahora bien, como esa declaración representa la

12. Cf. ALSCHULER, *Plea Bargaining and Its History*, p. 1; *del mismo autor*, *The Failure of Sentencing: A Plea for Less Aggregation*, p. 926.

13. Cf. ALSCHULER, *Plea Bargaining and Its History*, p. 3 y siguiente.

14. Cf. ODIAGA, *The Ethics of Judicial Discretion in Plea Bargaining*, p. 695. *Este tipo de acuerdos puede presentar problemas pues la determinación de la pena es una tarea a cargo del juez y, por ende, la recomendación del fiscal no obliga al juez.*

15. Cf. ODIAGA, *The Ethics of Judicial Discretion in Plea Bargaining*, p. 695 y siguiente.

16. Cf. *Durant v. US*, C.A. Mass. 1969, 410 F. 2d 689. Cf., también, *US ex rel. McCloud v. Rundle*, C.A. Pa. 1968, 402 F. 2d 853, *certiorari denegado* 90 S.Ct. 1822, 398 US 929, 26 L.Ed. 2d 92; *US v. Morin*, C.A. Pa. 1959, 265 F. 2d 241; *Lam v. Peyton*, D.C. Va. 1967, 268 F. Supp. 253; *US ex rel. Hairston v. Myers*, D.C. Pa. 1965, 237 F. Supp. 472, *certiorari denegado* 85 S.Ct. 1781, 381 US 943, 14 L.Ed. 2d 706.

17. Cf. *Bankey v. Sanford*, D.C. Ga. 1947, 74 F. Supp. 756, *confirmada* 165 F. 2d 788, *certiorari denegado* 68 S.Ct. 649, 333 US 847, 92 L. Ed. 1130.

18. Cf., por ej., *US v. Bialkin*, C.A.N.Y. 1964, 331 F. 2d 956.

renuncia a varios derechos constitucionales, el control judicial anterior a la resolución condenatoria tiene por objeto verificar los presupuestos de validez del acto de renuncia a tales derechos.

La regla 11 de las Reglas Federales del Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) se refiere al control judicial de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*). El sentido de esta regla, se afirma, es que el “debido proceso requiere que el tribunal se asegure que la admisión de culpabilidad es voluntaria e inteligente. El incumplimiento por parte del tribunal de las tres exigencias principales de la Regla 11 (ausencia de coerción, comprensión de los hechos imputados y conocimiento de las consecuencias de la declaración) requiere la revocación del acuerdo aceptado por el tribunal”.<sup>19</sup> Son requisitos adicionales la verificación de “bases fácticas suficientes” y el derecho a ser asistido por el abogado defensor.<sup>20</sup>

A pesar de la afirmación anterior, el contenido que la jurisprudencia le ha dado a cada una de las exigencias ha generado numerosas excepciones, que no permiten obtener la revocación del acuerdo tan fácilmente. Una de las obligaciones del tribunal consiste en informar al imputado —o verificar que él conoce— las consecuencias que derivan de su admisión de culpabilidad y el máximo de la pena prevista para cada delito que se le imputa. La jurisprudencia ha considerado que el desconocimiento, por parte del imputado, de las consecuencias indirectas del *guilty plea*, no afecta su validez. Así, se ha admitido que el juez no incumplió su obligación al no informar al imputado que podría ser deportado como consecuencia de su condena, pues tal medida fue una consecuencia colateral de su admisión de culpabilidad.<sup>21</sup> También se ha destacado que el imputado debe ser informado de las consecuencias directas de su *guilty plea*, pero no de todas las consecuencias colaterales posibles. Se ha citado como ejemplo que resulta

innecesario informar al imputado de la posible revocación de su libertad condicional, de una potencial deportación o de la posibilidad de que sea dado de baja deshonrosamente de una institución militar.<sup>22</sup> También la obligación de informar la pena máxima ha sido desvirtuada, al afirmarse que la regla 11, en lo que concierne a la aceptación del *guilty plea*, no requiere de una advertencia explícita del tribunal de que las penas pueden ser impuestas para ser cumplidas consecutivamente,<sup>23</sup> circunstancia que afecta directamente el máximo real de la pena eventualmente aplicable.

En cuanto a la determinación de las “bases fácticas suficientes”, en realidad no se toman demasiados recaudos, pues toda exigencia de averiguación de la “verdad real”, una vez pactada la imputación con el fiscal, sólo serviría para hacer caer la condena, pero jamás para perseguir por el delito más grave eventualmente cometido, pues el fiscal no tiene obligación alguna de perseguir todos los delitos, ni de cambiar la calificación jurídica por la que ha acusado. Por ello, los tribunales han establecido que este deber *no es una exigencia constitucional*, a menos que el imputado sostenga su inocencia, y la Corte Suprema afirmó expresamente que si bien la mayoría de los *guilty pleas* consistían en una renuncia al juicio por jurados y en una admisión expresa de culpabilidad, esta última circunstancia no era un requisito constitucional para la imposición de una sanción penal (*North Carolina v. Alford*, 1970).

En conclusión, dado que los estadounidenses tratan a la admisión formal de culpabilidad como una *renuncia* al juicio, que equivale a un *veredicto de culpabilidad*, se limitan a controlar si la renuncia, como tal, cumple con ciertos requisitos mínimos de validez. En cuanto a la verificación acerca de la veracidad de los hechos que admite el imputado, el control no es demasiado exigente, por dos razones. En primer lugar, pues al concederse a la declaración del imputado el mismo valor que al veredicto

19. Cf. REDDY, *Guilty Pleas and Practice*, p. 1.118.

20. Cf., por ejemplo, *Bookyn v. Alabama*, 395 US 238, 242 (1969).

21. Cf. *US v. Romero-Vilca*, C.A. 3 (N.J.) 1988, 850 F. 2d 177.

22. Cf. *US v. King*, C.A. Cal. 1980, 618 F. 2d 550.

23. Cf. *Paradiso v. US*, C.A.N.J. 1973, 482 F. 2d 409. *Las penas pueden ser impuestas concurrente o consecutivamente. En el primer supuesto, el plazo de cumplimiento de ambas penas se computa de manera simultánea. Así, quien ha sido condenado a dos penas de dos años de prisión de manera concurrente, luego de esos dos años, ha cumplido con ambas penas. En el segundo caso, el cumplimiento de las penas consecutivas transcurre de manera separada, pues para comenzar a cumplir la segunda pena debe haberse cumplido previamente con la anterior. Si en el ejemplo anterior las penas fueran consecutivas, luego de los dos años sólo se ha cumplido con una de las penas, y a partir de ese momento recién comienza a contarse el cumplimiento de la segunda, con lo cual se duplica el tiempo que el condenado debe pasar efectivamente en prisión.*

del jurado, la verdad se da por establecida. El *consenso*, en este contexto, *desplaza* a la determinación judicial de la "verdad real". En segundo lugar, porque el Estado nada gana si se preocupara demasiado por esa cuestión. Por el contrario, podría resultar perjudicado, en todos los casos en que las pruebas sean realmente escasas. Tal como señala Langbein, las exigencias impuestas por la regla 11 se han transformado, básicamente, en un formulismo.<sup>24</sup>

En este marco, el *plea bargaining* se ha transformado, en las últimas décadas, en el principal método de atribución de responsabilidad penal. Como tal, tiene sus críticos y sus defensores. Sus defensores sostienen que esta práctica brinda beneficios tanto al acusado como al fiscal, pues la admisión de culpabilidad ahorra, al imputado, el esfuerzo y los gastos que el juicio requiere cuando no es probable que éste obtenga un resultado favorable. También ofrece al imputado la ventaja de una menor exposición pública al acelerar el proceso que conduce, casi directamente, a las etapas de imposición de la condena y de la pena. Para los fiscales, las ventajas consisten en reducción de gastos, eficiencia administrativa en la utilización de recursos escasos y la protección del público.<sup>25</sup>

Por otro lado, las críticas son varias y referidas a diferentes cuestiones. Una de las críticas más usuales destaca la gran discreción otorgada al fiscal.<sup>26</sup> Las críticas más fuertes destacan el efecto coercitivo de las prácticas del *plea bargaining*, al sostener que el efecto producido es cualitativamente comparable a la tortura. Langbein, por ejemplo, afirma que existe "una diferencia entre sufrir quebraduras de huesos y sufrir algunos años adicionales de prisión si uno se rehúsa a confesar, pero la

diferencia es de grado, no de calidad. El *plea bargaining*, al igual que la tortura, es coercitivo".<sup>27</sup> Debido a que la sentencia que será impuesta después del juicio por jurados será considerablemente más grave que la que se impone evitando el juicio, este efecto coercitivo presiona al acusado para obtener su confesión. Por ello, Langbein ha señalado que el índice de confesiones refleja que en EE.UU., en el siglo XX, se ha duplicado la experiencia central del procedimiento penal europeo medieval: se ha abandonado, en la práctica, el sistema contradictorio de atribución de responsabilidad penal, adoptando un modelo basado, casi exclusivamente, en confesiones obtenidas coercitivamente.<sup>28</sup> De este modo, la única diferencia entre el Derecho estadounidense actual y el Derecho europeo de la Edad Media es que, mientras en este último el poder aparecía concentrado en la figura del juez inquisidor, el *plea bargaining* concentra el poder en las manos del fiscal.<sup>29</sup>

Adicionalmente, la discreción con la cual el fiscal ejerce la persecución penal produce otro efecto en el modo en que se aplica la ley penal. La amplitud de su discreción actúa como uno de los múltiples factores que contribuyen a acentuar la discriminación racial en los procesos de criminalización. En este sentido, se ha sostenido que el sistema de justicia penal estadounidense es un "sistema que construye el delito en términos de raza y la raza en términos de delito".<sup>30</sup> Diferentes estudios han señalado la discriminación racial que guía, en gran cantidad de casos, las decisiones de los fiscales.<sup>31</sup>

EE.UU. tiene, actualmente, no sólo la tasa de encarcelamiento más alta del mundo<sup>32</sup> sino, además, un número desproporcionado de personas pertenecientes a

24. Cf. LANGBEIN, Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados, p. 52.

25. Cf. REDDY, Guilty Pleas and Practice, p. 1.117.

26. Cf., p. ej., ALSCHULER, The Prosecutor's Role in Plea Bargaining, p. 50.

27. LANGBEIN, Torture and Plea Bargaining, p. 12 y siguiente.

28. LANGBEIN, Torture and Plea Bargaining, p. 12.

29. LANGBEIN, Torture and Plea Bargaining, p. 18.

30. ROBERTS, Crime, Race and Reproduction, p. 1.945. La discriminación racial no solo está relacionada con los aspectos del procedimiento, sino también con cuestiones del Derecho Penal sustantivo. Cf. PELLER, Criminal Law, Race, and the Ideology of Bias: Transcending the Critical Tools of the Sixties.

31. Cf., por ej., NOTA, Race and the Prosecutor's Charging Decision; GROSSMAN APPLGATE, Prosecutorial Discretion and Discrimination in the Decision to Charge.

32. DAILEY, Prison and Race in Minnesota, p. 761.

minorías en prisión. Mientras que la tasa de encarcelamiento para hombres negros en Sudáfrica fue de 681 presos por 100.000 habitantes en 1990, la tasa para el mismo período fue de 3.370 en Estados Unidos.<sup>33</sup> Probablemente hayan sido estas estadísticas las que condujeron a Mauer a formular un subtítulo de su significativo informe en los siguientes términos: *Afro-Americanos: ¿Una especie en extinción?*<sup>34</sup> Es indudable, entonces, que estas personas son víctimas de una terrible discriminación producida, entre otros motivos, por el ejercicio del poder y la discrecionalidad del fiscal en las decisiones vinculadas con la persecución penal.

Más allá de la eventual ilegitimidad del sistema, que ha recibido severas críticas,<sup>35</sup> la renuncia al juicio, en ese caso, representa la obtención del mismo resultado (la condena) pero a través de dos métodos completamente distintos: o bien vencen en juicio al imputado, soportando el ejercicio de todos sus derechos, o bien llegan a un acuerdo con él, que evita toda necesidad de enfrentamiento judicial. En ese sistema, la renuncia al juicio significa, precisamente, eso, pues equivale a un veredicto de culpabilidad sin necesidad de ser juzgado.

IV. Veamos ahora qué sucede en nuestro Derecho. Según el art. 431 *bis* del C.P.P. de la Nación, la aplicación del "juicio abreviado" depende, exclusivamente, de la decisión del Ministerio Público, pues es este órgano quien solicita la vía abreviada cuando "estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis (6) años, o de una no privativa de libertad aun procedente en forma conjunta con aquélla" (inc. 1).

La regulación legal le da un tremendo poder al fiscal, pues el acusador público puede, a su entera discreción, solicitar la vía abreviada y, también, seleccionar la pena que estima "suficiente", obligando al tribunal a imponer esa pena o, en todo caso, una pena menor. En muchos casos,

sin embargo, el fiscal tendrá, en la práctica, el poder de determinar casi exactamente la pena que deberá aplicar el tribunal. Ello sucederá siempre que la pena solicitada por el fiscal sea equivalente o apenas mayor al mínimo legal previsto para el tipo penal de que se trate. Así, si el mínimo del delito es tres años de prisión y el fiscal estima suficiente esos tres años, es él, en realidad, quien determina la pena a aplicar en el caso concreto, antes que el juez. Si tenemos en cuenta, en este contexto, que el fiscal regularmente ofrecerá una pena relativamente baja, para incentivar la confesión del imputado, es probable que esta práctica no resulte nada inusual.

Se requiere, además, "la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la *existencia del hecho y la participación* de aquél, descritas en el requerimiento de elevación a juicio, y la *calificación legal* recaída" (inc. 2), destacado agregado). Si el tribunal de juicio no rechaza "el acuerdo de juicio abreviado" (inc. 4), dictará sentencia, que "deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso, en la admisión a que se refiere el punto 2 y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el Ministerio Fiscal" (inc. 5). El tribunal de juicio sólo podrá rechazar el "acuerdo" si existe "necesidad de un mejor conocimiento de los hechos" o si discrepa fundadamente "con la calificación legal admitida" (inc. 3).

A pesar de que la norma hace referencia a la "conformidad" del imputado, su manifestación, presentada por escrito, es valorada como una confesión,<sup>36</sup> a pesar de que no reviste ninguna de las exigencias requeridas para ésta por el código nacional. Así lo reconoce expresamente el autor del proyecto de ley que incorporó el "juicio abreviado" al C.P.P. de la Nación. En efecto, Cafferata Nores afirma que "la *confesión* que pudiera haber prestado el acusado, en el marco del acuerdo... deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzas [recogidas en la

33. CHRISTIE, *Crime Control as Industry*, p. 119.

34. MAUER, *Marc, American Behind Bars: A Comparison of International Rates of Incarceration, 1991*, citado por CHRISTIE, *Crime Control as Industry*, p. 120.

35. Cf., entre otros, ALSCHULER, *The Failure of Sentencing: A Plea for Less Aggregation*; ALSCHULER, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*; BOVINO, *Composición estatal, política criminal inquisitiva y el art. 14 de la Ley Penal Tributaria*; BOVINO, *Simplificación de procedimiento y "juicio abreviado"*; BINDER, *Límites y posibilidades de la simplificación del proceso*; DAILEY, *Prison and Race in Minnesota*; LANGBEIN, *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados*; LANGBEIN, *Torture and Plea Bargaining*; CHRISTIE, *La industria del control del delito*; FREED y MILLER, *Departure Visible and Invisible*; FREED y MILLER, *Plea Bargained Sentences Disparity and "Guidelines. Justice"*.

36. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 84 (destacado agregado).

investigación], lo que ratificará (reforzándolo) su valor *conviccional*". La sentencia se debe fundar, exclusivamente, en las pruebas de la instrucción y en la confesión escrita del imputado.

V. La primera pregunta que debemos responder es si el derecho al juicio por jurados es renunciable. El art. 18 de la C.N. establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..." El "juicio previo" mencionado en el art. 18, entre otras exigencias, requiere la participación de un jurado. Así, el art. 24 dispone: "El Congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados". El art. 75, inc.12), obliga al Congreso a "Dictar... especialmente leyes generales para toda la Nación... y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". Finalmente, el art. 118 exige: "Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados..." El principio de inocencia, entonces, parece exigir la realización del juicio previo para todos los procesos penales ordinarios que, además, deben ser por jurados.

El juicio previo del art. 18 de la C.N. *exigía*, para Cafferata Nores, los siguientes requisitos: a) *acusación*: presentada por alguien ajeno a quien debe juzgar; b) *defensa*: material y técnica; c) *prueba*: máximo resguardo contra la arbitrariedad del juez, que debe obtenerse lícitamente; y d) *sentencia*: resolución definitiva de la situación del acusado, "en debate oral y público y mediante el dictado de un fallo que se funde en la consideración razonada de las pruebas recibidas en ese acto y en la ley".<sup>37</sup> La exigencia de realizar el juicio en todos los casos *derivaba*, según este autor,<sup>38</sup> del riesgo que podría generar el consenso en el proceso penal, que sólo podía ser

neutralizado "con la idea de *verdad real* como única base de solución del caso (la *verdad real* como igualadora del castigo)".<sup>39</sup>

¿Qué sentido tendría el juicio previo si el Estado pudiera, en mayor o menor medida, sancionar penalmente a quien no ha sido juzgado y condenado en juicio? Diversos autores han afirmado la necesidad *ineludible* de que el juicio constitucional anteceda a toda sentencia penal, independientemente de la voluntad del imputado. Maier afirma que, "en nuestro sistema, el Derecho Procesal Penal se torna *necesario* para el Derecho Penal, porque la realización práctica de éste no se concibe sino a través de aquél"<sup>40</sup> y que el imputado "no posee ningún poder de disposición sobre la pena..."<sup>41</sup> Magariños señala, en el mismo sentido, que la exigencia de "juicio previo" no es sólo una garantía individual contenida en el art. 18, "sino que, además, es un *imperativo* de orden institucional en razón de lo establecido en el art. 118 de la Ley Fundamental".<sup>42</sup>

En segundo lugar, se destaca la estrecha interrelación entre las garantías penales y las garantías procesales. En este aspecto, Ferrajoli pone de manifiesto esta inseparable vinculación:

"Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito —lesión, acción y culpabilidad— serán efectivas en la medida en que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también '*instrumentales*' frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como '*sustanciales*'.

37. CAFFERATA NORES, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 80 y siguientes.

38. Resulta obvio que CAFFERATA NORES, cambió de parecer, pues luego de expresar la opinión citada en el texto, ha manifestado expresamente que acepta la imposición de una pena sin juicio previo: "ahora se admiten alternativas para evitar el juicio oral y público cuando él no sea imprescindible para arribar a una sentencia que resuelva el caso, con respeto de los principios de legalidad y verdad: condición sine qua non (aunque no la única) para ello será que la prueba reunida en la investigación preparatoria sea idónea a tal fin, sin que sea necesario reproducirla en un debate, a criterio de los sujetos esenciales del proceso" (CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 79). Sin embargo, no parece ser cierto que ésa sea la justificación del instituto. Si así fuera, realmente, no resultarían necesarios ni la confesión del imputado ni la absoluta imposibilidad de desarrollar actividad defensiva. Si, además, el instituto resultara tan beneficioso para el imputado, tampoco sería necesario "premiarlo" con la promesa de una reducción de pena.

39. CAFFERATA NORES, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 53 (destacado en el original).

40. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 488 (destacado agregado).

41. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 486 y s. (destacado en el original).

42. MAGARIÑOS, voto en disidencia en el caso "Osorio Sosa" (destacado agregado).



La correlación funcional es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativos que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de efectividad".<sup>43</sup>

La correlación funcional entre ambas garantías se refleja de manera expresa en el texto constitucional de nuestro país, pues en la misma frase de su art. 18 se condensan el principio de legalidad sustantivo y la exigencia de juicio previo. De esta manera, la C.N. vincula ambas garantías y, al mismo tiempo, establece para ambas el mismo nivel de protección. El texto constitucional no admite ninguna excepción al principio de legalidad sustantivo. Tampoco admite ninguna excepción al principio de inocencia que autorice a imponer una pena sin juicio previo. La doctrina ha sido pacífica en ambas cuestiones, al menos hasta la incorporación del instituto del "juicio abreviado". La supuesta "renunciabilidad" del juicio previo, sin fundamento normativo alguno, ha encontrado repentinos defensores sólo a partir de la regulación del "juicio abreviado" que, además de no ser un juicio, opera, como veremos, con una racionalidad perversa.

La doctrina ha reiterado por años que una persona, por culpable que sea, no puede por su propia voluntad dirigirse a la cárcel a cumplir su pena sin que su culpabilidad sea declarada en una sentencia firme dictada como consecuencia de la realización de un juicio. Del mismo modo, ningún procesado puede aceptar voluntariamente cumplir con una pena antes de que se dicte una sentencia válida. La exigencia no puede eludirse ilegítimamente denominando "juicio" a algo que no lo es, es decir, a algo que no cumple con las exigencias mínimas del "juicio previo". Si esto fuera posible, bastaría que el legislador permitiera dictar sentencia al juez de instrucción, cuando culmina la investigación preparatoria, para imponer una pena. Como veremos, el "juicio abreviado" regulado en el art. 431 bis del C.P.P. de la Nación se parece mucho más a este supuesto que al verdadero "juicio previo".

Parece razonable afirmar que el consentimiento del imputado no puede ser eficaz para renunciar al juicio previo, del mismo modo que ese consentimiento no podría ser eficaz para renunciar al principio de legalidad material. ¿Cuál podría ser la diferencia sustancial entre aplicar una pena por un hecho punible sin juicio previo y aplicar una pena después de un juicio por un hecho que no es punible? Por lo demás, ¿cómo podremos determinar con certeza la existencia del hecho punible sin la realización del juicio previo? La única posibilidad de alcanzar el grado de certeza necesario para imponer una sanción penal, depende, necesariamente, de la realización de tal juicio. Ello pues hasta el momento, sólo ese mecanismo nos permite garantizar con cierto grado de confiabilidad de la determinación que afirma la existencia del hecho punible y la responsabilidad personal del imputado.

VI. Otro aspecto problemático que plantea el instituto del "juicio abreviado" como mecanismo alternativo al juicio requerido por el Derecho Constitucional vigente se vincula con el indispensable control republicano de la justicia penal. La Constitución Nacional prevé dos mecanismos que permiten el control popular de las decisiones de los jueces penales: el juicio por jurados y la publicidad del juicio. Ambos presupuestos de legitimidad republicana son claramente vulnerados por la aplicación del "juicio abreviado". La exigencia de publicidad del juicio penal es un principio fundamental y estructurante del procedimiento penal, de carácter complejo y esencialmente político. Como expresa sintéticamente Bänder: "la publicidad constitucional de los juicios penales es una decisión política de gran magnitud. Ella marca una política judicial definida, propia de un Estado democrático, republicano y limitado en el ejercicio de sus funciones".<sup>44</sup> La complejidad del principio surge de su carácter de garantía irrestricta del imputado y —al mismo tiempo— de su consideración como derecho político de los ciudadanos de controlar los actos de gobierno en una República. La Corte Suprema estadounidense parece reconocer este carácter complejo del principio de publicidad. Varios de sus precedentes establecen que la prensa no cuenta con un Derecho Constitucional de acceso privilegiado a las fuentes de información ("Branzburg vs. Hayes"), y que la Constitución no otorga a la prensa un derecho de acceso especial a la información distinto del que corresponde al público en general ("Pell vs. Proconier").

43. FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 537 (destacado en el original).

44. BÄNDER, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 105, (destacado agregado).

Estas resoluciones, al mismo tiempo que definen el alcance del derecho de la prensa, reconocen de manera expresa el derecho del público a asistir a un juicio penal.<sup>45</sup>

Lo mismo sucede con la exigencia del juicio por jurados. El juicio por jurados es, a la vez, una *garantía* del imputado y un *derecho político* de los ciudadanos, que consiste en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia penal. El carácter político de este derecho ciudadano no sólo surge de la circunstancia de que existe una cláusula que establece la institución del jurado en los casos penales en la parte orgánica de nuestra Constitución, el art. 118. Además, y principalmente, surge del significado que siempre representa la intervención de los individuos ajenos a la justicia estatal en la decisión de las causas penales. La facultad ocasional de un particular de tomar parte en el proceso de decisión de los órganos de la justicia penal es, indudablemente, una facultad para intervenir significativamente en el proceso de decisión de un órgano de uno de los tres poderes del Estado. En este sentido, Maier destaca, tras señalar la función de garantía del imputado, que desde el punto de vista de las formas de distribución del poder político, “el juicio por jurados comporta una clara *decisión política* acerca de la *participación de los ciudadanos* en las decisiones estatales”.<sup>46</sup> Nino señala, en sentido coincidente, que “el jurado tiene un enorme valor como expresión de la *participación directa de la población* en el *acto de gobierno* fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal”.<sup>47</sup>

El juicio por jurados, al estar incorporado a la parte orgánica de nuestra Constitución, es un derecho político. Los ciudadanos de este país tenemos derecho a intervenir en la decisión de las acusaciones penales y los jueces profesionales, por el contrario, carecen de esa facultad. El fundamento esencial de la institución del jurado impide a los jueces profesionales y permanentes que integran los órganos estatales de la justicia penal, precisamente, que ellos puedan decidir todas las cuestiones involucradas en un caso penal, en el cual se discute la posible aplicación de una medida punitiva, eludiendo todo control popular.

Además, por tratarse de un principio fundante de la legitimidad de nuestra justicia penal, nuestro interés como ciudadanos no termina en el eventual ejercicio *personal* de la función de jurado en un caso concreto. En nuestro marco constitucional, es un interés público *colectivo* la participación ciudadana en la resolución de los casos penales. Si el voto popular es un deber, es porque cada uno de nosotros tiene derecho a que nuestras instituciones democráticas sean representativas de todos los grupos sociales. Del mismo modo, tenemos un derecho a intervenir en las principales decisiones de la justicia penal y un derecho a que las decisiones de nuestra justicia penal, en todos los casos posibles, garanticen el control ciudadano. Si ello no fuera así, deberíamos aceptar que las personas que por determinadas circunstancias no podemos intervenir como jurados en un juicio penal —v. gr., los abogados— carecemos de todo derecho a exigir que la justicia penal se someta al mandato constitucional y, en consecuencia, al control de los demás ciudadanos.

Por estas y otras razones, se reconoce, como regla, que si bien el imputado tiene derecho a un juicio penal público y por jurados, no tiene, en principio, derecho a un juicio a puertas cerradas o sin jurados. Sin embargo, el “juicio abreviado” permite que el Estado, con la conformidad del imputado, eluda la exigencia de publicidad y de participación ciudadana, sin motivo legítimo alguno. El “juicio abreviado” ha venido a disminuir aún más la reducida exposición pública de la justicia penal en su actuación represiva.

El mejor ejemplo de la manifiesta ilegitimidad del supuesto derecho al “juicio abreviado” consiste en la posibilidad de que funcionarios públicos imputados por delitos de función opten por el “juicio abreviado” para evadir la publicidad propia del juicio penal ordinario. Esta circunstancia, por sí sola, demuestra los perniciosos efectos de este mecanismo de simplificación de dudosa utilidad en cuanto tal.<sup>48</sup> Sin embargo, el legislador ha consagrado este derecho.

45. Sin embargo, este derecho parece depender de la decisión del tribunal, pues la Corte también decidió que ni el público ni la prensa pueden invocar un derecho constitucional a exigir un juicio público (“*Richmond Newspaper Inc. vs. Virginia*”), y que el requerimiento de juicio público se cumple al dar oportunidad al público y a la prensa de asistir al juicio (“*Nixon vs. Warner Communications Inc.*”). Información y citas jurisprudenciales extraídas de GARCÍA, Juicio oral y medios de prensa, p. 73 y siguiente.

46. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 777 y s., (destacado agregado).

47. NINO, Fundamentos de Derecho constitucional, p. 451 (destacado agregado).

48. La racionalidad político-criminal de simplificar el procedimiento suprimiendo su etapa central carece de sustento. En nuestro sistema jurídico, el efecto simplificador de este mecanismo no puede producir efectos significativos. En primer lugar, el “juicio abreviado” viene a

En conclusión, el “juicio abreviado” produce importantes efectos en la restricción tanto cuantitativa —experiencia cordobesa— como cualitativa —delitos de funcionarios— de las exigencias republicanas de publicidad y de participación ciudadana del juicio penal. Por ello, se señala que: “Lo establecido por el legislador en la ley citada sin duda representa un tremendo *retroceso* político y cultural y un *regreso* paradójico hacia un sistema procesal penal de carácter escrito y totalmente inquisitivo...”<sup>49</sup> y, por ende, secreto e invulnerable a todo control popular.

VII. Pero, aun asumiendo que la voluntad del imputado permitiera evitar el juicio previo, resta analizar si resulta constitucionalmente admisible el mecanismo del “juicio abreviado” tal como está regulado en el C.P.P. de la Nación.

La “conformidad” del imputado representa, claramente, una confesión. Así lo reconoce expresamente el autor del proyecto de ley que incorporó el “juicio abreviado” al código nacional. En efecto, Cafferata Nores afirma que “la *confesión* que pudiera haber prestado el acusado, en el marco del acuerdo... deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzas [recogidas en la investigación], lo que ratificará (reforzándolo) su valor conviccional”.<sup>50</sup> Por este motivo, resulta más que exigible la absoluta libertad con que tal consentimiento debe prestarse. A diferencia de EE.UU., nuestro país es parte del P.I.D.C.P. El Comité de Derechos Humanos ha dicho, respecto del derecho de toda persona acusada de un delito “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (art. 14, N° 3, g), que tal disposición añade a las formas de coacción ilícitas, toda “coerción que se ejerza mediante la *amenaza de aplicar medidas no ilícitas* en sí, como por ejemplo, la amenaza

de expulsión de un extranjero, o la *práctica de obtener confesiones* mediante la promesa de no procesar al reo por las acusaciones más graves que pesan en su contra”.<sup>51</sup>

La coacción propia del mecanismo del “juicio abreviado” consiste en la reducción de la pena que ofrece el fiscal a cambio de la confesión. La reducción se mide en referencia con la pena que podría ser impuesta en el juicio común. El carácter inquisitivo del “juicio abreviado” pone de manifiesto la intención de condenar sobre la base de la confesión extraída coercitivamente, y de pruebas recolectadas sin control de la defensa. En este sentido, se ha dicho que “... el procedimiento abreviado supone una clara regresión al juzgamiento *escrito* y reverdece la figura de la *confesión*, tan cara a la ideología del *inquisitivo*”.<sup>52</sup> Como lo pone Niño: “En otros términos: muchas condenas rápidas y baratas, disminución del trabajo de los magistrados y el acto de fe de los condenados, consistente en persuadirse de haber logrado una disminución en el monto de la pena virtualmente adjudicable, a cambio de su confesión o reconocimiento de culpabilidad”.<sup>53</sup>

Para que un sistema como el del “juicio abreviado” funcione, debe existir una diferencia significativa entre la pena pactada con el fiscal y la pena impuesta en el juicio. Sin esta diferencia, el imputado no tiene incentivo alguno para colaborar con el Estado que pretende aplicarle una sanción penal. La necesidad imperiosa que tienen estos mecanismos de incentivar la admisión de responsabilidad del imputado, por otra parte, permite calificar de ingenua la advertencia de Vélez en el sentido de “que no se puede utilizar este medio como ‘disparador’ de confesiones que

---

*suprimir la etapa más sencilla del proceso que, por lo demás, es la única constitucionalmente necesaria —a diferencia de nuestra arcaica etapa de instrucción—. Por otra parte, su aplicación ni siquiera afecta mínimamente el verdadero problema: la investigación. Independientemente de cómo pueda ser medida la efectividad del “juicio abreviado”, parece indiscutible que, antes de ser efectivo, todo mecanismo de simplificación debe ser legítimo. Por este motivo, no puede evaluarse la efectividad recurriendo, exclusivamente, al aumento en la resolución definitiva del caso, que parece ser lo que está sucediendo en la provincia de Córdoba. Del hecho de que la aplicación del “juicio abreviado” produzca más cantidad de sentencias condenatorias no podemos concluir, sin más, que el instituto procesal que analizamos produce efectos positivos.*

49. MAGARIÑOS, voto en disidencia en el caso “Osorio Sosa”.

50. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 84 (destacado agregado).

51. O’DONNELL, Protección internacional de los derechos humanos, p. 174 (destacado agregado).

52. ALMEYRA, Juicio abreviado. ¿O la vuelta al inquisitivo?, p. 6 (destacado agregado).

53. NIÑO, voto en disidencia en el caso “Wasylyszyn, Miguel Ángel”.

de otro modo no se hubieran producido".<sup>54</sup> Sin el incentivo de la reducción de la pena jamás se habría llegado a la estadística que él mismo cita para el año 1995, en ciudad de Córdoba, según la cual el 46,2 % de los casos fueron resueltos sin juicio, es decir, a través del "juicio abreviado".<sup>55</sup> O los cordobeses se volvieron repentinamente compulsivos para confesar, o bien ese desmesurado porcentaje de condenas sin juicio deriva de la coerción representada por la diferencia entre la pena pactada y la pena impuesta en juicio oral.

Pero el ámbito más grave donde el "juicio abreviado" opera como mecanismo indiscutible de coerción es en el de los presos sin condena. En este contexto, hay quienes afirman que el "juicio abreviado" "beneficia" a los detenidos que, con la condena, pueden obtener su libertad. Esta afirmación es falsa, por diversas razones. La inmensa mayoría de esos detenidos deberían estar en libertad por ser jurídicamente inocentes. Además, en el caso de aquellas personas que han estado en prisión por largo tiempo, si no han sido llevados a juicio es porque el Estado no ha reunido pruebas suficientes. Estas personas, si fueran a juicio y contaran con un buen defensor, probablemente serían absueltas. La única medida legítima, entonces, consiste en concederles la libertad o llevarlos a juicio. Sin embargo, el Estado ni siquiera se preocupa por ellos y sabe que su propia ineficiencia persecutoria no perjudica el proceso, pues todos los riesgos los sufre el imputado, cuyos derechos fundamentales son ignorados sistemáticamente por nuestra burocrática e ineficiente justicia penal.

En esta situación, producto directo de la ineficiencia estatal y del desprecio de los más elementales derechos humanos, la única posibilidad que tiene el imputado de recuperar su libertad es llegar a un acuerdo con el fiscal y confesar, aun si no hubiera cometido el delito que le

atribuyen. Ello no significa que el "juicio abreviado" lo favorezca. En todo caso, su aplicación representa una nueva violación de sus derechos. La circunstancia que mejor demuestra la irracionalidad perversa con que opera el "juicio abreviado", consiste en el hecho de que el imputado, a pesar de que no puede ser llevado a juicio porque no hay pruebas suficientes para condenarlo, debe continuar detenido y sólo recupera su libertad si confiesa y es condenado, como la circunstancia de que, en ese mismo supuesto, tal opción le convendría, también, a una persona inocente.

Las palabras del legislador avalan nuestra interpretación. Según surge de la discusión en diputados del 23/10/96, se reconocen seis objetivos al "juicio abreviado". Cinco de ellos benefician al Estado y sólo uno mejora, supuestamente, la situación del imputado. El segundo de los objetivos mencionados consiste en "llegar a condenas judiciales en un sistema procesal en el cual son muchos más los presos sin condena que aquéllos que están cumpliendo una".<sup>56</sup> Este objetivo confirma las consideraciones anteriores. La tarea resulta fácil, por la mayor fuerza de la coerción que significa la oferta de recurrir al "juicio abreviado" en estos casos. Probablemente se logre reducir sustancialmente la tasa de presos sin condena recurriendo al "juicio abreviado", pero el método utilizado es completamente ilegítimo.

La tasa de presos sin condena es consecuencia *necesaria* del arcaico sistema de enjuiciamiento oral adoptado por el Estado nacional hace pocos años, cuando hace tiempo que el fracaso de la experiencia cordobesa permitía vaticinar este desastre. A pesar de todo, los hechos demuestran que tales tasas pueden ser reducidas drásticamente tanto por decisiones judiciales consistentes con las obligaciones constitucionales e internacionales —v. gr., Costa Rica<sup>57</sup>— como por el modelo procesal que

54. VÉLEZ, El juicio abreviado. Algunas reflexiones, p. 697.

55. Cf. VÉLEZ, El juicio abreviado. Algunas reflexiones, p. 701.

56. Citado por NIÑO, voto en disidencia en el caso "Wasylyszyn, Miguel Ángel".

57. Cf. EDITORIAL, El aumento del número de presos sin condena, p. 1. Un buen ejemplo es el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40 % de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando cifras inferiores al 20% en 1992 (14,7 %), 1993 (14,5%) y 1994 (18,5 %). Si bien se ha señalado con preocupación la tendencia creciente posterior, también es cierto que se reconoce que el "Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva". Entre los factores más importantes se señala la "intervención" de la Sala Constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de "una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas" (p. 1). Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de su cuota de responsabilidad: "Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos" (p. 1).

se adopte —v. gr., países anglosajones del Caribe<sup>58</sup>—. Ello indica que el problema —responsabilidad exclusiva del Estado— puede solucionarse racionalmente y no condenando rápidamente presos sin condena, arrancándoles la confesión.

Queda claro, por ende, que tanto para los imputados detenidos como para los que están en libertad, la aplicación del “juicio abreviado” presupone una confesión obtenida de manera coercitiva. A pesar de que sus defensores sostienen que la vía abreviada “procede en caso de flagrancia, o confesión llana y circunstanciada del imputado o reconocimiento por parte de éste de la acusación”<sup>59</sup> —así, entre otros, Vélez afirma: “El juicio abreviado procede en los casos de flagrancia o de confesión llana y circunstanciada del imputado...”<sup>60</sup>—, en realidad, la confesión no es uno de los presupuestos de *procedencia*, sino la principal *finalidad* del mecanismo. Tampoco la flagrancia es un presupuesto de procedencia, pues también en esos casos se exigirá la confesión. El “juicio abreviado” no fue diseñado *para ser aplicado a los confesos*, sino *para generar confesos* a quienes aplicárselo.

En conclusión, aun si se considerara renunciabile el derecho de toda persona inocente a mantener ese estado jurídico, hasta que una sentencia condenatoria dictada en el “juicio previo” que garantiza el art. 18 de la C.N. la regulación vigente del “juicio abreviado” resultaría, de todos modos, inconstitucional. Su aplicación práctica vulneraría, en primer término, la exigencia de juicio previo. Ello pues si ese derecho fuera renunciabile, tal renuncia debería ser libre y voluntaria. En este caso, por el contrario, el Estado utiliza el mecanismo abreviado como elemento de coerción para evitar el libre ejercicio del derecho, provocando renunciaciones que resultan inválidas por ser obtenidas a través de medidas coercitivas dispuestas por funcionarios públicos.

En segundo lugar, la aplicación del “juicio abreviado” vulnera la prohibición de obligar al imputado a declarar con-

tra sí mismo. Tal como lo ha expresado claramente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, éste es uno de los supuestos paradigmáticos donde se obtiene una confesión viciada por ser producto de un acto de coerción, aun cuando se trate de un acto lícito. No importa, en realidad, como lo ha expuesto claramente el Comité, la licitud o ilicitud de la medida que se utiliza para reducir la libertad del imputado al tomar una decisión acerca de su declaración, ante las autoridades de la justicia penal, que pueda incriminarlo. Lo único relevante es que el Estado no puede utilizar ningún medio que, como la negociación sobre la pena, reduzca ilegítimamente la libertad del imputado para no sentirse compelido a declarar contra sí mismo.

En similar sentido se expresa Langbein, severo crítico del *plea bargaining*. Este autor admite que, según el texto constitucional de los EE.UU., el juicio por jurados es un derecho *renunciabile*. Pero no justifica de ningún modo la práctica de negociar la imputación o la pena: “Al señalar que los constituyentes se refirieron al juicio por jurados en ‘todos’ los delitos de cierta gravedad —es decir, previeron el juicio por jurados como regla—, no afirmamos que ordenaron la realización *obligatoria* del juicio, pues el juicio por jurados era, en realidad, renunciabile. Tanto entonces como ahora, el acusado tenía la opción de declararse culpable. Sólo que *antes no era inducido a hacerlo*. Dado que en ese momento los funcionarios que desempeñaban tareas persecutorias no se habían dedicado aún a presionar al imputado para que renuncie a su derecho a juicio frente a un jurado, los constituyentes no prohibieron prácticas que no pronosticaron por no tener razones para hacerlo”.<sup>61</sup>

Esta conclusión se ve reafirmada de manera inequívoca si atendemos a las diversas reglas del C.P.P. de la Nación que se refieren a la declaración del imputado. La prohibición para que la policía reciba declaración al imputado es una expresión clara de que se pretende evitar toda posible restricción a la libertad del imputado (art. 184, párrafo II). Las diversas disposiciones que organizan la declaración indagatoria denotan claramente la intención del

58. Cf. CARRANZA; MORA MORA; HOUED y ZAFFARONI, El “preso sin condena” en América Latina y El Caribe, p. 643 y ss; especialmente el gráfico de la p. 650. La investigación estableció que “entre el país de sistema continental-europeo con menor número de presos sin condena (Costa Rica: 47,40 %) y el país del grupo de sistema anglosajón con mayor número de presos sin condena (Guyana: 37,44 %), existe una brecha del 9,96 %, distancia que separa netamente a uno y otro grupo de países” (p. 649).

59. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 79.

60. VÉLEZ, El juicio abreviado. Algunas reflexiones, p. 696.

61. LANGBEIN, Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados, p. 48 (primer destacado en el original, el resto agregado).

legislador de reglamentar la prohibición constitucional de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, al establecer una serie de requisitos tendentes a garantizar la máxima libertad de la declaración del imputado.

En la primera oportunidad, y necesariamente antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor y, cuando corresponda, le designará un defensor oficial. Designado el defensor, el imputado tendrá derecho a entrevistarse con su abogado antes de su declaración y, además, toda restricción indebida al ejercicio de ese derecho provoca la nulidad de la declaración (art. 197). La indagatoria solo puede ser tomada por el juez (art. 294), el imputado tendrá derecho a que asista su defensor (art. 295) y a abstenerse de declarar (art. 296). Para proteger el libre ejercicio de ese derecho se prohíbe requerirle “juramento o promesa de decir verdad”, o ejercer contra él “coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad”, como tampoco hacerle “cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión”, bajo pena de nulidad (art. 296). El juez debe informar al imputado de su derecho de abstenerse de declarar y de que su ejercicio no implica “una presunción de culpabilidad” (art. 298). En caso de que decida declarar, el juez puede formularle preguntas, que deben ser planteadas en “forma clara y precisa, nunca capciosa o sugestiva”, y también está obligado a suspender la declaración si por su duración “se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado” (art. 299). Finalmente, la presencia del abogado no solo halla fundamento en la posibilidad de “proponer medidas, formular preguntas” o “hacer las observaciones que estimen pertinentes”, sino, además y principalmente, para garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales del imputado. De allí que se le permita “pedir que se haga constar cualquier irregularidad” del acto de la declaración (art. 203).

Todos estos recaudos, de manera obvia, tienden a garantizar y verificar que la declaración del imputado no sea producto de la influencia de cualquier agente estatal. Si todos los jueces tomaran realmente las declaraciones, entonces, no solo se lograría una práctica más acorde con las exigencias del Código, sino que, además, el juez podría tener conocimiento de que la declaración del imputado ha

sido prestada con la absoluta libertad que estas disposiciones pretenden garantizar, de modo que se cumpla con la obligación constitucional. En este contexto, no parece muy consistente con una regulación legal que ni siquiera tolera que el juez o las partes se aprovechen del cansancio del imputado para poder afirmar que su declaración fue libre y voluntaria (art. 299), la posibilidad de que el fiscal lo obligue a confesar para recibir una “reducción” de pena o, en todo caso, para no correr el riesgo de ser castigado con una pena mayor si decide ir a juicio.<sup>62</sup>

Debemos tener en cuenta, además, que todas estas reglas se aplican a la declaración del imputado, sea cual fuere su contenido. Es decir, que tales exigencias se imponen aun en el caso de que el imputado se defienda de la imputación. En consecuencia, los requisitos que deberían observarse para recibir una declaración inculpativa deberían ser, al menos, tan exigentes como aquellas o aún más. Si el juez le preguntara al imputado, cuidando todas las demás formalidades de la declaración: “¿Usted confesaría si yo le impongo la pena mínima?”, tal declaración sería nula por coacta. Sin embargo, con el acuerdo del “juicio abreviado” sucede exactamente lo contrario.

En conclusión, el poder reconocido al fiscal por el art. 431 *bis* del C.P.P. de la Nación, al desprender la pena que solicita de tales criterios, con un pedido que obliga al tribunal a no exceder su máximo, trae consigo la posibilidad de promover coercitivamente la renuncia a ejercer derechos de máxima trascendencia, como el derecho al juicio previo y a no ser obligado a autoincriminarse.

VIII. Por último, el “juicio abreviado” elimina todo contenido posible del derecho de defensa, circunstancia que, en sí misma, permite cuestionar fundadamente la “certeza” a la que puede arribar el tribunal para dictar condena, esto es, que este mecanismo respeta de manera efectiva el principio de la “verdad real”. El art. 18 de la C.N. también establece: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Respecto del derecho de defensa en el proceso penal, se afirma que “existen mayores exigencias para el enjuiciamiento penal que las requeridas para los demás.

62. Es dudoso que realmente se trate de una “reducción” de la pena. Dado que este mecanismo debe “premiar” a quienes confiesan, en el supuesto de dos imputados que, según los criterios sustantivos de la determinación judicial de la pena del Código Penal (arts. 40 y 41), merezcan la pena mínima, si uno de ellos decide ir a juicio sufrirá un aumento de pena en caso de ser condenado. De otro modo, el fiscal no tendría incentivo alguno para ofrecer a quien acepte confesar y ser condenado mediante el “juicio abreviado”.

La razón de ser de esta diferencia proviene de la mayor importancia política del procedimiento penal, por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que él pone en juego.<sup>63</sup> Por este motivo, la defensa técnica solo es *obligatoria e irrenunciable* en el procedimiento penal. El consentimiento del imputado para ser juzgado sin asistencia legal, por ende, no produce efecto alguno sobre el deber del Estado de garantizar la defensa técnica en el juicio penal. Finalmente, el art. 8, N° 2, e, de la C.A.D.H. dispone que el imputado tiene "*Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley*" (destacado agregado).

Ello significa que la legitimidad de la pena depende, necesariamente, del respeto a la exigencia de defensa técnica durante el juicio. El imputado no puede renunciar a la asistencia técnica, pues tal derecho es un presupuesto de la legalidad del juicio previo y de la eventual condena.

Tal como lo reconoce el propio Cafferata Nores, la "conformidad" del imputado exigida para aplicar el "juicio abreviado" no es más que una "confesión llana y circunstanciada" que representa un "reconocimiento de culpabilidad".<sup>64</sup> Además, una vez presentada la confesión del imputado, el texto legal no prevé oportunidad alguna para que el imputado se defienda, pues este mecanismo no "abrevia" el juicio, sino que lo omite íntegramente. Como también reconoce el propio Cafferata Nores, el supuesto derecho de defensa del imputado que presta su conformidad para el "juicio abreviado" se agota en ese mismo acto, pues afirma que el derecho de defensa, como uno de los elementos indispensables del debido proceso, "se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada, y estimada conveniente para el imputado, debidamente asesorado por el defensor".<sup>65</sup>

En realidad, para que existiera alguna posibilidad práctica de que el imputado pudiera defenderse, el instituto debería haber sido regulado de otra manera. El derecho de defensa no resulta limitado, sino eliminado por completo

con la aplicación del "juicio abreviado" previsto en el C.P.P. de la Nación. Si el Ministerio Público solicita la vía abreviada, es *requisito de admisibilidad* que acompañe la "conformidad del imputado" (art. 431 *bis*, inc. 2). Ahora bien, la "conformidad" del imputado no debe expresar, únicamente, su decisión de aceptar el mecanismo solicitado por el acusador estatal. Además de ello, y en todos los casos —aun los de flagrancia—, la "conformidad" debe aceptar, al mismo tiempo, su propia responsabilidad por el hecho que se le atribuye. El art. 431 *bis*, inc. 2), del C.P.P. de la Nación, dispone claramente que "la conformidad del imputado... [se refiere a] la existencia del hecho y la participación de aquél, descritas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída". Por otra parte, la admisión de responsabilidad exigida al imputado puede ser utilizada para dictar sentencia condenatoria aun cuando no resultara suficiente la prueba obtenida durante la instrucción. El art. 431 *bis*, inc. 5), establece que: "La sentencia *deberá* fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso, en la admisión a que se refiere el punto 2..." (destacado agregado).<sup>66</sup>

En este contexto, no se puede aceptar la posición de Cafferata Nores, quien sostiene que "no se advierte que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido proceso, pues... [hay] defensa (que se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito *libremente* formulada, y estimada conveniente a su interés por el imputado, *debidamente asesorado* por el defensor)".<sup>67</sup> De la misma opinión es Olcese, quien afirma que en el "juicio abreviado" no "hay inversión del contradictorio, por el contrario requiere especialmente el ejercicio previo de la defensa (*esta defensa especial que es la 'confesión circunstanciada' del imputado*), y que mucho tiene de parecido con el 'allanamiento' o mejor, con la 'transacción' del proceso civil".<sup>68</sup>

El Estado está obligado a garantizar el derecho de defensa en juicio. Ello no significa que el imputado no tenga derecho a confesar, si así lo desea. Pero la confesión del imputado, por su contenido autoincriminatorio, no es, ni podría ser, un acto defensivo. De allí la prohibición de toda

63. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 541.

64. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 79 y 84, respectivamente.

65. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 84.

66. *El lenguaje de la disposición no sólo permite al tribunal fundar su sentencia en la conformidad del imputado, a la que alude como "admisión", sino que, además, parece obligarlo a ello, siempre que la prueba de la investigación no resulte suficiente.*

67. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 82 (destacado agregado).

68. OLCESE, Juicio abreviado, juicio sumario y juicio monitorio en el proceso penal, p. 744 (destacado agregado).

confesión forzosa y la irrenunciabilidad de la defensa técnica. La defensa implica un mínimo de resistencia ante la imputación y no colaboración con ella. De allí que se denomine al derecho a ser oído, base esencial del derecho a defenderse, como "principio de contradicción".<sup>69</sup> El derecho de defensa del imputado comprende diversas facultades de intervención en el procedimiento penal "para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la *excluya o atenúe*".<sup>70</sup>

En síntesis, defenderse significa, sencillamente, presentar algún grado de resistencia a la actividad persecutoria. En consecuencia, la admisión lisa y llana de la culpabilidad por el hecho descrito en la acusación, de su calificación legal y del monto de la pena merecida, esto es, la "conformidad" requerida por el art. 431 *bis*, inc. 2), del C.P.P. de la Nación, no puede ser considerada una medida defensiva. El objeto de esa manifestación del imputado consiste en *aceptar íntegramente* la pretensión del acusador, esto es, precisamente, en lo *opuesto* a lo que significa defenderse.<sup>71</sup> La conformidad no puede ser considerada un acto de defensa del imputado por su contenido no contradictorio. Tampoco puede ser considerada como una expresión del *derecho* de defensa porque se trata de un acto exigido legalmente, de manera *obligatoria*, como requisito de admisibilidad de un procedimiento que no solo elimina toda posibilidad de defenderse en el juicio, sino que, además, elimina toda posibilidad efectiva de ejercer ese derecho en el procedimiento que reemplaza al juicio.<sup>72</sup>

El "juicio abreviado", además, afecta dos de las facultades más importantes del derecho de defensa: el control de la prueba de cargo y la producción de prueba de descargo. En efecto, la vía abreviada no admite la realización de ninguna actividad probatoria. En

consecuencia, el tribunal valorará los elementos de convicción recolectados en la etapa preliminar, obtenidos con escaso, cuando no inexistente, control de la defensa. Por tanto, la sentencia se fundará casi exclusivamente en elementos de prueba incorporados sin control alguno de la defensa y por iniciativa del propio juez de instrucción, encargado de la persecución penal, con innumerables facultades inquisitivas. También la posibilidad de producir se ve reducida en la investigación preliminar y la opción del "juicio abreviado" termina por neutralizar el ejercicio de este derecho fundamental. En cuanto al derecho a la defensa técnica, la conformidad del imputado, a los efectos prácticos, representa la renuncia de un derecho que, según las normas vigentes, es irrenunciable, pues el asesoramiento que aconseja optar por la vía abreviada consiste, precisamente, en garantizar la absoluta imposibilidad de gozar de asistencia técnica durante el juicio, presupuesto ineludible de la legitimidad de toda sanción penal, que el Estado no puede dejar de cumplir.

En estas circunstancias, con la presentación de la conformidad del imputado, que admite su propia culpabilidad, resulta absurdo afirmar que se ejerce libremente el derecho de defensa o que no se invierte el contradictorio. La aceptación incondicionada de la culpabilidad del hecho descrito en la acusación, exigida innecesariamente por el texto legal, implica la renuncia al juicio y, con él, a toda posibilidad de ejercer el derecho de defensa. En conclusión, a pesar del consentimiento (viciado) del imputado, resulta indiscutible que el "juicio abreviado" vulnera gravemente el derecho de defensa. Por lo demás, si fuera cierto que, como se afirma, el "juicio abreviado" procede "en caso de flagrancia, o confesión llana y circunstanciada del imputado o reconocimiento por parte de éste de la acusación",<sup>73</sup> no se entiende por qué razón el legislador estableció la confesión, bajo el eufemismo de

69. Cf. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 552.

70. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 547 (destacado agregado).

71. Cuando el imputado solicita la suspensión del procedimiento a prueba, según esta teoría, se podría afirmar que está ejerciendo su derecho al juicio previo. La solicitud de suspensión implica exactamente lo contrario, esto es, la renuncia al derecho a ser juzgado y sólo por el absurdo podría afirmarse que solicitar precisamente lo opuesto al ejercicio de determinado derecho representa una manera efectiva de hacer uso de tal derecho.

72. La conformidad del imputado, en este sentido, no puede ser calificada como acto de defensa por los efectos que produce luego de su presentación. Piénsese que en el procedimiento penal, la confesión del imputado no impide toda futura actividad defensiva, no afecta la defensa técnica irrenunciable y no releva al Estado de su obligación de realizar un juicio para pronunciar una sentencia condenatoria. Con la conformidad del imputado regulada en el art. 431 *bis*, inc. 2), del C.P.P. de la Nación, la situación es diferente.

73. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 79. En sentido coincidente, VÉLEZ afirma: "El juicio abreviado procede en los casos de flagrancia o de confesión llana y circunstanciada del imputado..." (El juicio abreviado. Algunas reflexiones, p. 696).



“conformidad”, como presupuesto indispensable de admisibilidad de la vía abreviada, mucho menos cuando ese presupuesto también se exige para casos de flagrancia.

En conclusión, de ser cierto que el “juicio abreviado”, tal como sostienen sus defensores, fuera procedente en determinados supuestos,<sup>74</sup> permitiera que el imputado fuera absuelto,<sup>75</sup> respetara el principio de la verdad real<sup>76</sup> y cumpliera mínimamente con las exigencias del debido proceso,<sup>77</sup> éste debería haber sido regulado de un modo completamente diferente. En este sentido, Maier ha cuestionado la regulación del instituto en el C.P.P. de Córdoba —similar a la del C.P.P. de la Nación—, señalando que tal regulación jurídica no era necesaria para lograr los fines que sus defensores le asignan.<sup>78</sup>

Estas limitaciones al derecho de defensa, sumadas a la informalidad del acto en el cual el imputado reconoce su responsabilidad, generan un problema adicional, al disminuir las posibilidades de respetar el principio de “verdad real”. Las posibilidades de probar la verdad acerca de un hecho, en el marco del proceso, de manera más o menos confiable dependerá, esencialmente, del método que se elija para desempeñar esta tarea. El método que hoy se considera más idóneo para aproximarse a la verdad y, además, para no afectar derechos individuales en el proceso de averiguación es, sin duda alguna, el modelo falsacionista del garantismo desarrollado por Ferrajoli. En este marco, se procura que la verdad surja de la “máxima exposición de la hipótesis acusatoria a la refutación de la defensa”, de modo que no sea “atendible ninguna prueba sin que se hayan activado, infructuosamente todas las posibles refutaciones o contrapruebas”.<sup>79</sup> El procedimiento debe

permitir que la acusación sea confirmada o desvirtuada mediante la actividad probatoria prevista para tal fin. De esta manera, la verdad operará, como propone Ferrajoli, como *garantía* destinada a impedir tanto que no se condene a los inocentes, como tampoco a quienes no se ha logrado demostrar como culpables.

No cabe duda, en este marco, que el “juicio abreviado”, por su carácter no contradictorio,<sup>80</sup> no puede ser un mecanismo procesal idóneo para demostrar la verdad de la imputación con un grado mínimo de confiabilidad. El primer problema de este instituto consiste en que la sentencia se fundará, esencialmente, en los elementos de convicción de la investigación, muchos de ellos incorporados sin control alguno de la defensa. La opción por la vía abreviada, por lo demás, implica la renuncia a toda actividad contradictoria luego de incorporada esa prueba y antes de que el tribunal dicte sentencia. El segundo elemento de convicción que puede ser utilizado por el tribunal es la confesión del imputado presentada por escrito.

Este elemento también presenta problemas. En primer término, la confesión, para poder ser valorada, debe ser incorporada cumpliendo diversos requisitos que tienden a garantizar el respeto de sus presupuestos esenciales. La “conformidad” del art. 431 *bis* del C.P.P. de la Nación, en cambio, puede ser valorada sin más exigencia que su simple presentación por escrito junto con el requerimiento acusatorio. El eufemismo usado por el legislador nacional *para evitar reconocer expresamente que impuso la obligación de autoincriminarse*, terminó por agravar aún más la situación del imputado. El C.P.P. de Córdoba también exige la confesión llana y circunstanciada de la culpabilidad,

74. Ver los dos supuestos mencionados en la nota anterior.

75. Cf. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 84.

76. Cf. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 82.

77. Cf. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 84.

78. En este sentido, MAIER ha criticado la regulación cordobesa en los siguientes términos: “Dicho sintéticamente: no es necesario que el imputado confiese circunstanciada y llanamente su culpabilidad para que se admita el juicio abreviado; antes bien, era necesario limitar la procedencia de la abreviación a delitos leves o, de otro modo, limitar el poder penal del juez mediante este juicio de manera absoluta y no tan sólo por el requerimiento fiscal; tampoco es necesario agotar el procedimiento con la confesión del imputado; antes bien, interesa que la defensa, que admite la base de la acusación, acepte también que la investigación practicada le concede base para su propia defensa, si desea agregar circunstancias que, inclusive, pueden conducir a la absolución o a una valoración jurídica distinta y favorable al imputado respecto de la postulada por el fiscal” (MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 440 y s., destacado agregado).

79. FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 30 y 33, citado por CAFFERATA NORES, Los roles de los sujetos procesales respecto de la verdad en el enjuiciamiento penal, p. 534 y siguiente.

80. Sobre el papel del derecho de defensa y del principio de contradicción en el proceso de verificación de la verdad, cf. FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 613 y siguientes.

confesión que puede ser valorada en la sentencia del “juicio abreviado”. A pesar de que ambos reconocimientos de culpabilidad cumplen idéntica función, en la legislación cordobesa, al menos, la confesión es un acto jurisdiccional, sometido a las exigencias de la declaración indagatoria.<sup>81</sup>

En síntesis, en el “juicio abreviado” del C.P.P. de la Nación el tribunal valora como confesión una manifestación por escrito, presentada sin cumplir con ninguno de los requisitos de una declaración válida, cuyo valor de verdad resulta altamente cuestionable por motivos adicionales. En primer lugar, si la confesión debe ser valorada en la sentencia es porque no existen pruebas suficientes. Ello significa que entre menos elementos de convicción existan, mayor será el valor que se reconocerá a la conformidad del imputado.

Ahora bien, diversas razones relativizan el valor probatorio de esa confesión. Partiendo de la falta de formalidades propias de la declaración indagatoria, debemos tener en cuenta, además, dos factores que pueden provocar la admisión de responsabilidad del imputado, aun si la imputación no fuera cierta. Primero, no podemos ignorar el carácter coercitivo del “juicio abreviado” que se encubre bajo la promesa de “reducción” de pena, especialmente en ciertos casos —v. gr., presos preventivos—. En segundo término, es un hecho que la legislación vigente exige un reconocimiento pleno del imputado sobre la existencia del hecho, sobre su participación en él y sobre la calificación legal, que no puede apartarse un ápice de la hipótesis contenida en la acusación. Ambas circunstancias, potenciadas por su existencia simultánea, entonces, conspiran contra la credibilidad que debería reconocerse a la conformidad del imputado. Si tenemos en cuenta, además, que aun para un inocente detenido preventivamente el “juicio abreviado” puede resultar una opción racional, comprenderemos por qué parece excesivamente aventurado afirmar que este procedimiento “no piensa prescindir” de la verdad real.<sup>82</sup>

Tal afirmación, por lo demás, llama especialmente la atención si tomamos en cuenta que fue formulada por Cafferata Nores, quien antes cuestionaba con dureza la supuesta confiabilidad de los elementos de convicción reunidos por el juez de instrucción, cuya principal tarea consiste,

precisamente, en perseguir al imputado. En efecto, este autor ha afirmado que, dado que todo concepto de verdad, en el marco de un proceso penal, ingresa al campo de lo aproximativo, no se puede “legitimar *posiciones autoritarias* que se conformen con ‘menos verdad’ como base de la condena, o que intenten superar con meras impresiones, simples opiniones o puro arbitrio judicial, los condicionamientos para conocer ‘toda’ la verdad. Por el contrario, debe servir para reforzar la preocupación de evitar ligerezas y apresuramientos para redoblar los esfuerzos y extremar las precauciones tendentes a que la verdad que se obtenga en el proceso, sea la más ‘correspondiente’ posible”.<sup>83</sup>

IX. En nuestro país, a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense, la renuncia al juicio previo no es una verdadera renuncia. Si así lo fuera, la “conformidad” del art. 431 *bis* del C.P.P. de la Nación debería cumplir la misma función que el *guilty plea*. Como en el caso estadounidense, la “renuncia” local conduce al mismo resultado (la condena). Sin embargo, en nuestro sistema, la “verdad real” juega un papel completamente distinto al que desempeña en el sistema estadounidense. En aquel sistema, cuando hay juicio, la verdad opera como verdadera garantía del imputado. Cuando no hay juicio, no desempeña un papel relevante, pues el consenso desempeña la misma función, y si no se pudiera demostrar la “verdad real”, esta solo operaría para quebrar el consenso que funda la gran mayoría de las condenas.

En nuestro modelo de justicia penal, tanto la verificación de la verdad como la imposibilidad de verificarla operan, por lo regular, a favor del Estado. Debido al principio estructural de nuestro sistema, el principio de legalidad procesal, contenido en el art. 71 del Código Penal, todo hecho punible de acción pública del que se tenga noticia debe ser investigado y perseguido. Cuando el Estado no puede alcanzar el grado de verificación de la verdad, necesario para imponer una condena, esa imposibilidad también puede operar *a su favor y en contra de los individuos*, fundamentalmente a través del abuso del encarcelamiento preventivo, que se impone como pena anticipada cuando no se cuenta con elementos de prueba suficientes para llevar al imputado a juicio. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal “soluciona” su

81. Cf. DE LA RÚA, Un agravio federal, p. 1.199.

82. Cf. CAFFERATA NORES, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p. 82.

83. CAFFERATA NORES, Los roles de los sujetos procesales respecto de la verdad en el enjuiciamiento penal, p. 529 (destacado agregado).

ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*: “La *poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad”.<sup>84</sup>

La verdad opera contra el imputado, además, tanto cuando ésta puede ser comprobada para imponer una condena, como también cuando es verificada para exigir el cumplimiento de la regla de la persecución penal pública obligatoria, en aquellos casos en que el acusador estatal, a juicio del tribunal, debe perseguir por un hecho más grave que aquél por el cual ha requerido, o bien debe continuar la persecución en los supuestos en que ha solicitado su interrupción —sobreseimiento—. <sup>85</sup> Por este motivo, la renuncia al juicio previo no puede dejar de lado la “verdad real” —si bien se trata del particular método de construcción de la verdad no contradictorio, unilateral y autoritario del modelo inquisitivo—. Si así lo hiciera, el sistema perdería el control del programa absurdo de persecución penal obligatoria de todos los hechos punibles, establecido por el principio de legalidad procesal, atribuyendo, de hecho, el poder de disponer de la acción penal a los miembros del Ministerio Público.

En consecuencia, la “verdad real” de nuestro sistema no puede ser excluida por el consenso y la renuncia al juicio no representa, en realidad, una renuncia a ser juzgado, sino a ser juzgado de manera acorde con las exigencias constitucionales. El “juicio abreviado”, se supone, se prevé para casos sin problemas probatorios. Si eso fuera así, sin embargo, no se exigiría la confesión. En realidad, la perversidad del sistema torna a este mecanismo en la opción individual menos irracional, de manera coercitiva, pero sólo sirve a los intereses del Estado. En efecto, la vía abreviada obliga al imputado a colaborar con el acusador que no cuenta con las pruebas suficientes para condenar,

consintiendo una condena sin pruebas. Pero el concepto de “verdad real”, en efecto, es usado para perjudicar al imputado, pues se controla el solo hecho de impedir que se aplique una calificación legal menor a la que debe aplicarse.

Ahora bien, dado que el discurso jurídico no puede ser tan abiertamente cínico, al mismo tiempo que se afirma que la verdad debe ser comprobada en “beneficio” del imputado, también se afirma que el “juicio abreviado”, en la búsqueda de la “verdad”, respeta los elementos básicos del juicio: acusación, defensa, prueba y sentencia. Es cierto que hay acusación, pero no hay prueba, ni defensa y, en consecuencia, tampoco hay sentencia válida.

Por otra parte, afirmar que el regreso al más puro sistema inquisitivo es una medida dirigida a aumentar la eficiencia de la justicia penal y beneficiar al imputado, no solo es falso, también es grotesco. Y, al mismo tiempo, describir el “juicio abreviado” como un mecanismo procesal de carácter acusatorio, porque permite un supuesto “consenso” sobre la pena, es más grotesco aún. Así, por ejemplo, la posición de Corvalán, quien define al procedimiento abreviado como “una moderna herramienta al servicio de la simplicidad que en muchos casos se requiere para la tramitación de una causa penal”,<sup>86</sup> y afirma que el consenso sobre el hecho y la pena torna innecesario el juicio por no haber controversia entre las partes. En su opinión, en la medida en que el tribunal verifique los presupuestos de legalidad del acuerdo, debe dictar sentencia según lo solicitado por las partes. Partiendo del presupuesto erróneo de que el procedimiento abreviado es consistente con el modelo acusatorio, lo considera compatible con el texto constitucional, sin importar la gravedad de la pena.<sup>87</sup>

Entiende que el modelo acusatorio “hace reposar el tema de la verdad en las partes, quienes pueden arribar a acuerdos sobre el relato del hecho que constituye el objeto

84. MAIER, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 880. En realidad, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* solo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al “plazo razonable” exigido por los tratados de derechos humanos —CADH, art. 7, N° 5; PIDCP, art. 9, N° 3—, pues solo en esos casos el plazo de la detención sin condena es inferior a la pena eventualmente aplicable. Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad —v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable: C.P.P. de la Nación, art. 317, inc. 2)—, el encarcelamiento anticipado es peor que la *poena extraordinaria*, pues aquél, en realidad, y a pesar de la falta de pruebas, se equipara a la eventual condena o, incluso, puede superarla.

85. Ver, en este sentido, el control del requerimiento conclusivo del Ministerio Público establecido en el art. 348 del C.P.P. de la Nación. Sobre este mecanismo de control judicial, considerado necesario para verificar el cumplimiento del principio de legalidad, cf. ÁLVAREZ, El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, especialmente p. 156 y siguientes.

86. CORVALÁN, La simplificación procesal, p. 556.

87. Cf. CORVALÁN, La simplificación procesal, p. 556 y siguiente.

del procedimiento, por lo tanto no es necesario para abreviar trámites o superar el contradictorio, que opine el Tribunal prestando también su conformidad".<sup>88</sup>

El consenso real, en el acusatorio material, era usado por particulares y su uso implicaba la interrupción del litigio a través de una solución no represiva. El consenso, en el sistema acusatorio formal —donde la persecución penal es pública—, opera de modo exactamente inverso. En primer lugar, el consenso no es tal, por la disparidad de fuerzas entre el individuo y el Estado. La fuerza del fiscal estadounidense consiste, básicamente, en la amenaza de obtener una pena sustancialmente más grave para quienes deciden ir a juicio. Así, el aumento significativo de pena que recibe quien es condenado en juicio —alrededor del 40%<sup>89</sup>— es el precio que se debe pagar para ejercer un derecho constitucional. En EE.UU. opera como un método de extorsión que permite obtener la admisión de culpabilidad de más del 90% de los condenados.<sup>90</sup> El fiscal estadounidense sólo actúa como parte en el juicio, en el resto de los casos concentra el poder del antiguo inquisidor. Investiga, persigue y después impone su poder de negociación para condenar sin juicio y prácticamente determinar la pena de más del 90% de las personas criminalizadas. Todo esto sin juicio, en privado, sin pruebas, sin contradicción y coercionando para obtener la confesión. ¿Qué relación tiene este sistema con el modelo acusatorio? Ninguna. Es la nueva versión refinada de la inquisición, mucho más eficiente, mucho menos sangrienta, pues ya no necesita de los instrumentos de tortura, solo le basta amenazar con una pena mucho más grave.

Nosotros, sin embargo, ni siquiera hemos llegado a ese nivel de refinamiento. Antes de haber adoptado un sistema de enjuiciamiento moderno, cuando recién acabamos de llegar al absurdo modelo inquisitivo reformado y plasmado en el código francés de 1808, la mayor traición

de los reformistas del siglo XIX, solo se nos ocurre, toscamente, retroceder varios siglos, invocando en vano los intereses del imputado, la eficiencia y el calificativo de "acusatorio", para restablecer el secreto, la escritura, la confesión extorsiva y, una vez más, como desde hace quinientos años, la monolítica verdad inquisitiva.

La más clara demostración de que mecanismos como el "juicio abreviado", constituyen una herramienta diseñada expresamente para restringir, en la mayor medida posible, el legítimo ejercicio del derecho a un juicio previo con las debidas garantías, surge de la discusión sobre la legislación italiana. Ferrajoli ha destacado varias opiniones que desnudan la verdadera finalidad del procedimiento abreviado.

El diputado Casini, en su intervención del 10/7/84, afirmó: "Se ha dicho, en el curso de la aprobación de la ley delegada, que el nuevo proceso 'funcionará si logramos que sólo una pequeña parte de las causas llegue al juicio oral'. También agregó que "Ambos procedimientos (la aplicación de la pena a petición de las partes y el juicio abreviado) han sido introducidos con la convicción de que tendrán en el nuevo sistema amplia difusión y permitirán la rápida resolución de la *mayor parte* de los procesos".<sup>91</sup> Se ha destacado, además, la sincera opinión de Gonso: "El proyecto, pues, lejos de idealizar el debate contradictorio, *intenta prevenirlo*", como "una eventualidad a dejar en la reserva, para los casos en que se haga *verdaderamente inevitable*... Lo importante es que el recurso a los procedimientos alternativos resulte favorecido al máximo".<sup>92</sup>

Nuevamente, es interesante escuchar a Langbein. Este profesor ha valorado la situación de la justicia penal estadounidense en los siguientes términos:

"El *plea bargaining* ha derrotado a la Constitución y al *Bill of Rights* porque los profesionales del Derecho

88. CORVALÁN, La simplificación procesal, p. 557.

89. *El aumento promedio en la justicia federal con anterioridad a la reforma de 1984 en el régimen de determinación de la pena era del 40%. Con posterioridad a la reforma, algunos autores sostienen que el aumento es de alrededor del 20 % (cf. FREED y MILLER, Plea Bargained Sentences Disparity and "Guidelines Justice", p. 176), mientras otros afirman que el monto de la pena casi se duplica (cf. HEANEY, Revisiting Disparity: Debating Guidelines Sentencing, p. 775. El aumento es, probablemente, mucho mayor al 20 % señalado en primer lugar, solo que con la reforma de 1984 la práctica del plea bargaining ha vuelto —como en sus orígenes— a tornarse menos visible que en el tiempo inmediatamente anterior a la reforma (cf. FREED y MILLER, Departure Visible and Invisible, p. 3 y ss.).*

90. Según LANGBEIN, en 1988, en "los tribunales estatales, que intervienen en la mayoría de los casos penales... en el 91% de los casos se impone la condena a través de la práctica del plea bargaining" (Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados, p. 47).

91. Citado por FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 761 (destacado agregado).

92. Citado por FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 761 (destacado agregado).

—especialmente los jueces, los fiscales y los abogados defensores— han preferido la conveniencia de realizar transacciones al rigor de llevar a cabo los juicios”.<sup>93</sup>

También señala la complicidad de los académicos:

“El esfuerzo académico más destacado para justificar el *plea bargaining* es el pavoroso artículo de Frank Easterbrook, ‘El proceso penal como sistema de mercado’.<sup>94</sup> Easterbrook señala, correctamente, que el comportamiento de los actores en el sistema del *plea bargaining* es similar al que se observa en el mercado. Bajo las limitaciones del sistema, los actores se comportan

racionalmente, maximizan sus utilidades, asignan sus recursos, etcétera. Ciertamente, hemos creado un glorioso mercado persa en lugar de lo que diseñaron los constituyentes. El artículo de Easterbrook deja de lado la cuestión vital, que consiste en el propósito que los constituyentes asignaban al juicio por jurados. ¿Es posible que entendieran que este derecho pudiera ser vendido en el mercado persa como cualquier otra mercancía? Yo creo que no. Cuando vislumbraron la posibilidad de que ‘todo’ delito grave fuera juzgado a través de un juicio por jurados, tenían en mente objetivos de interés público. Decir que hemos creado un mercado de garantías procesales del Derecho Penal es un oprobio, no una justificación”.<sup>95</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMEYRA, Miguel Á., *Juicio abreviado. ¿O la vuelta al inquisitivo?*, en “La Ley”, Buenos Aires.
- ALSCHULER, Albert W., *Plea Bargaining and Its History*, en “Columbia Law Review”, vol. 79, 1979.
- ALSCHULER, Albert W., *The Failure of Sentencing: A Plea for Less Aggregation*, en “University of Chicago Law Review”, vol. 58, 1991.
- ALSCHULER, Albert W., *The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining*, en “The University of Chicago Law Review”, vol. 36, 1968.
- ÁLVAREZ, Alejandro E., *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- BÍNDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BÍNDER, Alberto M., *Límites y posibilidades de la simplificación del proceso*, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto, *Composición estatal, política criminal inquisitiva y el art. 14 de la Ley Penal Tributaria*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en “No Hay Derecho”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Nº 12, 1995.
- BOVINO, Alberto, *Simplificación de procedimiento y “juicio abreviado”*, en AA.VV., *Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal*, Ed. Alveroni, Córdoba, 1995.
- BREYER, STEPHEN, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromise Upon Which They Rest*, en “Hofstra Law Review”, vol. 17, 1988.

93. LANGBEIN, Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados, p. 52.

94. Publicado en “Journal of Legal Studies”, 1983, vol. 12.

95. LANGBEIN, Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados, p. 51 y siguiente.

- CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- CAFFERATA NORES, José I., *Los roles de los sujetos procesales respecto de la verdad en el enjuiciamiento penal*, en AA.VV., *Simplificación procesal*, Ed. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.
- CARRANZA, Elías; Mora Mora, Luis P.; Houed, Mario y Zaffaroni, Eugenio R., *El "preso sin condena" en América Latina y El Caribe*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990.
- CHRISTIE, Nils, *Crime Control as Industry*, Ed. Routledge, Nueva York-Londres, 1993.
- CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito*, tr. de Sara Costa, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- CORVALÁN, Víctor R., *La simplificación procesal*, en AA.VV., *Simplificación procesal*, Ed. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.
- DAILEY, Debra, *Prison and Race in Minnesota*, en "University of Colorado Law Review", vol. 64, 1993.
- DE LA RÚA, Jorge, *Un agravio federal*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1997-D.
- EDITORIAL, *El aumento del número de presos sin condena*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, N° 10, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FRANKEL, Marvin, *Criminal sentences*, Ed. Hill & Wang, New York, 1973.
- FREED, Daniel J. y Miller, Marc, *Departure Visible and Invisible*, en "Federal Sentence Reporter", vol. 5, 1992.
- FREED, Daniel J., y Miller, Marc, *Plea Bargained Sentences Disparity and "Guidelines Justice"*, en "Federal Sentence Reporter", vol. 3, 1991.
- GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- GIFIS, Steven H., *Law Dictionary*, Ed. Barron's, New York, 1984, 2ª edición.
- GROSSMAN APPLGATE, Amy, *Prosecutorial Discretion and Discrimination in the Decision to Charge*, en "Temple Law Quarterly", vol. 55, 1982.
- HEANEY, Gerald W., *Revisiting Disparity: Debating Guidelines Sentencing*, en "American Criminal Law Review", vol. 29, 1992.
- KAPLAN, Benjamin, *Trial by Jury*, en AA.VV., *Talks on American Law*, Ed. Vintage, New York, 1961.
- LAFAVE, Wayne R., *The Prosecutor's Discretion in the United States*, en "American Journal of Comparative Law", vol. 18, 1970.
- LANGBEIN, John H., *Torture and Plea Bargaining*, en "The University of Chicago Law Review", vol. 46, 1978-1979.
- LANGBEIN, John H., *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A.
- MAGARIÑOS, Mario, voto en disidencia en el caso "Osorio Sosa, Apolonio s/Tent. de robo calificado por uso de armas de fuego en conc. real con abuso de armas", causa N° 451, Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de la Capital Federal, del 23/12/97.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2ª edición, 1996.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NIÑO, Luis F., voto en disidencia en el caso "Wasylyszyn, Miguel Ángel s/robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa", causa N° 454, Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 de la Capital Federal, del 23/11/97.
- NOTA, *Race and the Prosecutor's Charging Decision*, en "Harvard Law Review", vol. 101, 1988.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª edición, 1989.

ODIAGA, Ursula, *The Ethics of Judicial Discretion in Plea Bargaining*, en "Georgetown Journal of Legal Ethics", vol. 2, 1989.

OLCESE, Juan M., *Juicio abreviado, juicio sumario y juicio monitorio en el proceso penal*, en AA.VV., *Simplificación procesal*, Ed. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.

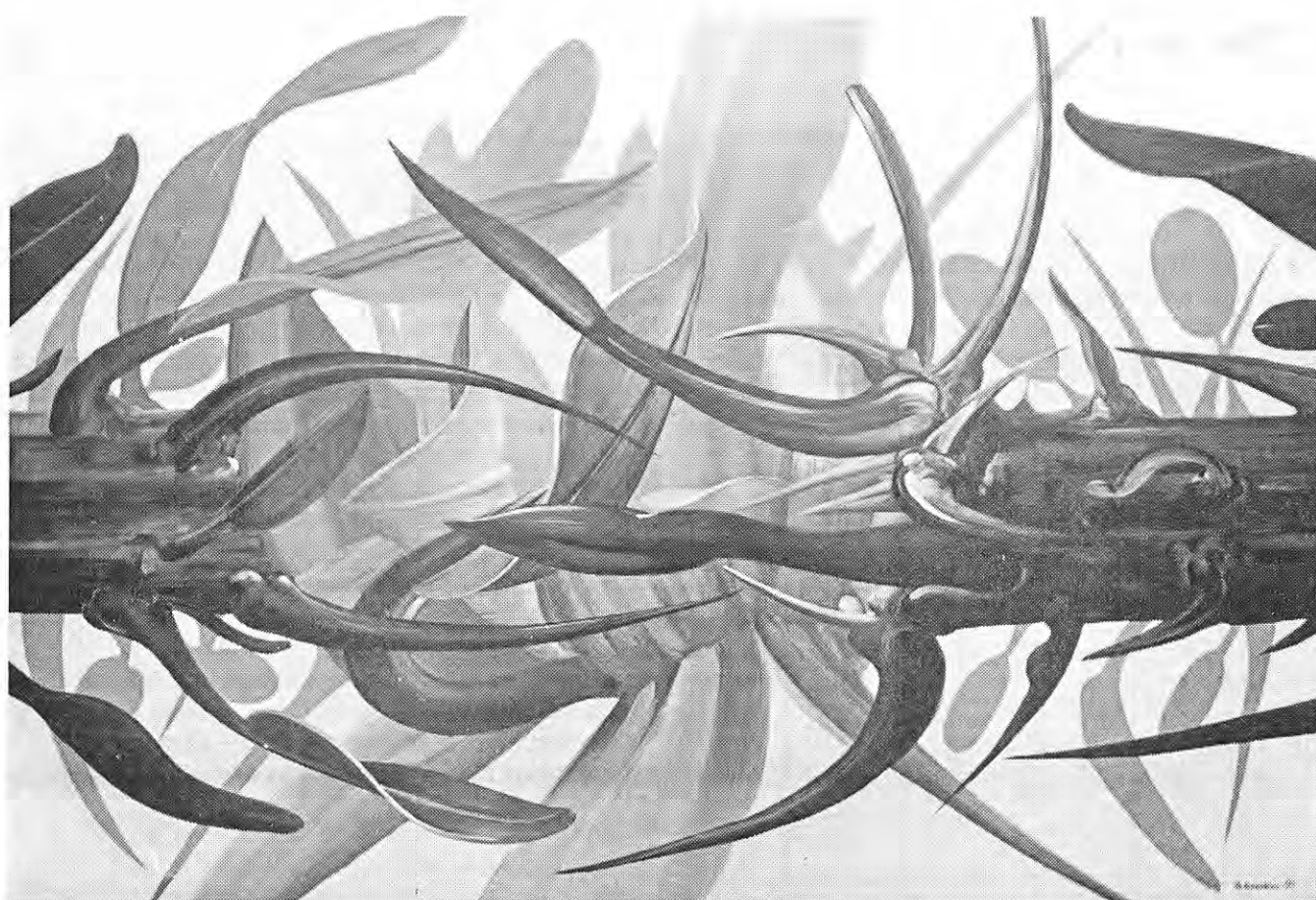
PELLER, Gary, *Criminal Law, Race, and the Ideology of Bias: Transcending the Critical Tools of the Sixties*, en "Tulane Law Review", vol. 67, 1993.

REDDY, Dawn, *Guilty Pleas and Practice*, en "American Criminal Law Review", vol. 30, 1993.

ROBERTS, Dorothy E., *Crime, Race and Reproduction*, en "Tulane Law Review", vol. 67, 1993.

VÉLEZ, Víctor M., *El juicio abreviado. Algunas reflexiones*, en AA.VV., *Simplificación procesal*, Ed. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.

WELLING, Sarah N., *Victims in the Criminal Process: A Utilitarian Analysis of Victim Participation in the Charging Decision*, en "Arizona Law Review", vol. 30, 1988.



Obra de Gerardo González

## DOCTRINA NACIONAL

### LA LEY DE ARMAS Y LA VIOLENCIA EN COSTA RICA

*Elías Carranza, Director del ILANUD*

Recientemente la Fundación Arias me solicitó referirme en un foro a la ley de armas vigente en relación con la violencia.<sup>1</sup> El presente trabajo reelabora lo que fue dicha exposición verbal, a los efectos de su publicación en la Revista de Ciencias Penales.

Considero que la Ley de Armas N° 7530 de 1995, con su modificación del 7 de enero de 2000, constituye un paso en procura de poner un poco de orden, legalizando la situación de quienes desean o consideran que necesitan poseer o portar armas en Costa Rica, pero que, por otra parte, es una ley muy permisiva, que facilita y promueve la existencia y circulación de armas en la sociedad civil, con lo cual también promueve la violencia; aunque sin duda este no habrá sido el objetivo del legislador al proyectarla.

En materia de regulación de armas de fuego existen legislaciones restrictivas y legislaciones permisivas y la Ley 7530 pertenece a este último grupo. Por su parte, la investigación criminológica exhibe cómo, de manera general, los países con legislaciones permisivas, *que tienen tasas altas de posesión de armas de fuego, tienen también tasas altas de muertes relacionadas con armas de fuego, incluyendo altas tasas de homicidio* (United Nations 1999: 170). (Esto, salvo algunas notables excepciones que tienen su explicación específica y que más bien confirman la regla).

¿Por qué decimos que la Ley 7530 es permisiva y promueve la violencia?

- Porque de acuerdo con la ley, prácticamente cualquier persona, de 18 años o más, puede poseer y portar armas (salvo que se lo impidan las causales elementales que la ley establece: estar cumpliendo condena; haber sido condenado por delito cometido con armas, o estar inhabilitado mediante resolución judicial para usar armas);

- Porque se autorizan, para uso civil, armas que son de uso militar en los países de la región, como las pistolas semiautomáticas calibre 45 y las 9 mm, cuya bala logra atravesar la puerta de un automóvil y mata a quien está adentro;
- Porque la ley expresamente autoriza inscribir hasta tres armas con tales características, así una familia de cuatro personas puede tener un arsenal de una docena de pistolas semiautomáticas 45 ó 9 mm. O *un número mayor*, dice la ley, si tiene motivos fundados y así lo justifica ante el Departamento.

Creemos que se pudo haber logrado una ley mejor y hacia ello habría que tender en el futuro.

Veamos, en relación con lo anterior, los totales de víctimas en delitos de homicidio y los números y porcentajes de ellas muertas por causa de las armas de fuego en el país. El cuadro exhibe el constante y rápido aumento existente en el número de muertos por arma de fuego.

**CUADRO 1**  
**TOTAL DE VÍCTIMAS EN DELITOS DE HOMICIDIO Y NÚMERO DE ELLAS MUERTAS POR ARMA DE FUEGO 1990-1997**

| AÑO  | TOTAL | VÍCTIMAS POR ARMA DE FUEGO |      |
|------|-------|----------------------------|------|
|      |       | TOTAL                      | %    |
| 1990 | 146   | 55                         | 37.7 |
| 1991 | 144   | 60                         | 41.7 |
| 1992 | 165   | 68                         | 41.2 |
| 1993 | 163   | 79                         | 48.5 |
| 1994 | 186   | 91                         | 48.9 |
| 1995 | 189   | 88                         | 46.6 |
| 1996 | 195   | 100                        | 51.3 |
| 1997 | 204   | 107                        | 52.5 |

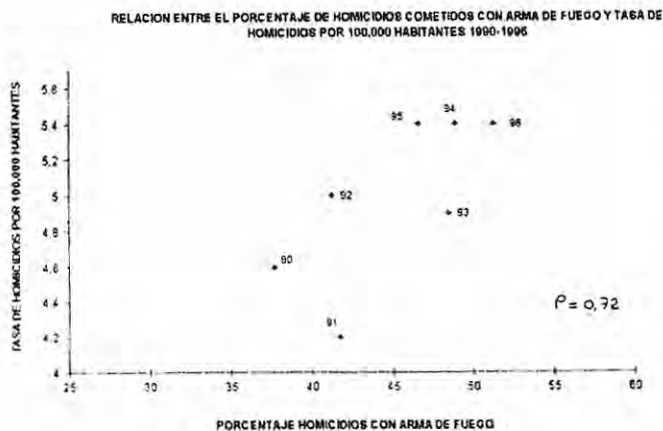
*E. Carranza/ E. Solana, Proyecto ILANUD/COMISIÓN EUROPEA.*

1 Foro sobre Flujo de Armas y Proliferación de la Violencia Social, Fundación Arias/Diálogo Centroamericano; Hotel Corobicí, junio 6, 2000.



Observemos, asimismo, un cuadro que en su oportunidad fue elaborado cruzando los datos recopilados entre 1990-1996 de las variables "tasas de homicidios" y "porcentaje de muertos por armas de fuego", en el que se advierte la correlación positiva entre ellas, indicadora de la incidencia de las armas de fuego en la elevación de la tasa de homicidios. Se obtuvo el coeficiente de correlación  $r$ , que da 0,72.

### GRÁFICO 1



Somos conscientes de que cuando una sociedad ha alcanzado cierto nivel de delito y, por otra parte, se ha generado cierta cultura de la "prevención por mano propia" o de la "justicia por propia mano", no es fácil desarmar a las personas y avanzar hacia formas de prevención y reducción de la violencia. Tal es el caso de los países de la región, en general, donde los niveles de violencia son cada vez más alarmantes y es también —aunque en mucha menor medida— el caso de Costa Rica. Por tal razón, no podría avanzarse abruptamente, sino por medio de pasos graduales hacia la reducción de las armas, para poder hacerlo con consenso social y con éxito.

Es necesario recordar que son numerosas las variables que inciden en la producción de la violencia y en la comisión del delito de homicidio en particular y que es importante analizarlas estructuralmente atendiendo al fenómeno de la globalización y específicamente dentro del marco regional. En este sentido, el documento de diagnóstico distribuido por la Fundación Arias (Loría, 2000) acertadamente cita documentos de la CEPAL que explican la crisis social regional a partir de la llamada "década

perdida". Y cuando se analizan las tasas de criminalidad en todos los países de la región se advierte cómo éstas se elevan, justamente, a partir de 1980 con la importante incidencia de las políticas sociales en esta materia específica.

Ahora bien, cabría preguntarse, si las variables intervinientes son tantas, ¿por qué centrar la atención especialmente sobre las armas de fuego? "El frío no está en las cobijas" suelen decir los defensores de las políticas de libre comercio, tenencia y portación de armas de fuego.

La razón de prestar especial atención a las armas de fuego para reducir el número de homicidios, delitos violentos y otros hechos, es que se trata de una variable claramente determinada, que se ha demostrado que tiene importante incidencia en la frecuencia de tales hechos y que es susceptible de control, al ser relativamente factible actuar sobre ella para generar resultados.

En numerosos países —entre ellos Costa Rica— se ha demostrado la correlación directa que las armas de fuego tienen con el número de homicidios, por lo que analizar esta variable es fructífero ya que, por su especificidad, podría ser controlada mediante acciones de política criminal y de hecho ha sido objeto de severo control en varios países del mundo que exhiben como resultado muy bajos niveles de violencia delictiva. Costa Rica se encuentra, comparativamente con otros países de América del Norte y del Sur, en buenas condiciones para implementar una política de reducción y control estricto de la tenencia y portación de armas de fuego. Sin embargo, lamentablemente, no es esta la dirección en la que hasta el momento se han orientado las acciones y como resultado de la Ley de Armas y Explosivos vigente se está promoviendo un número cada vez mayor de gente armada.

La ley viene a insertarse dentro de la siguiente secuencia, que multiplica los niveles de violencia social y que eleva los casos de lesiones y homicidios: a) existe un aumento real de ciertos delitos contra la vida y contra la propiedad, con la consiguiente alarma social; b) existe constante propaganda comercial de venta de armas letales, e incitación a resolver los conflictos por mano propia y con el uso de armas de fuego; c) existe una regulación legal que promueve y hace muy accesible la tenencia y el uso de tales armas.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en numerosas oportunidades en el curso de los últimos cinco años, han podido apreciarse los resultados letales de la conjunción de recibir constantemente y con intensidad mensajes difusores de violencia y, por otra parte, tener fácil acceso a las armas de fuego.

Para poner de manifiesto la incidencia que ha tenido en los últimos años el uso de armas de fuego, en los casos de homicidio, baste señalar que la comparación entre 1990 y 1997 muestra un incremento de 58 víctimas, 52 de las cuales fueron muertas de esa manera (Carranza / Solana, 1997: 9).

Veamos, en relación con esto, la evolución de las tasas de homicidio en Costa Rica durante las dos últimas décadas. En el siguiente cuadro se observa que el gran salto en el incremento del homicidio ocurre a partir de 1994. Es notable que, justamente en mayo de 1994 se reformó el Código Penal, que elevó de 25 a 50 años el monto máximo de las penas imponibles y aumentó específicamente las penas de los delitos de homicidio. Asimismo, en agosto de 1995 se publica en La Gaceta la actual Ley de Armas y Explosivos que estamos comentando. Quienes piensan que el promover la seguridad por propia mano, mediante la tenencia y portación de armas por parte de la sociedad civil y el aumentar las penas de manera exorbitante son medidas que tienen efectos reductores de la criminalidad, se sorprenderán al ver la evolución de las cifras del cuadro, con su aumento más notorio y sostenido justamente a partir de 1994.

**CUADRO 2**  
**COSTA RICA, HOMICIDIOS DOLOSOS,**  
**TOTALES Y TASAS**

| AÑO  | HOMICIDIOS | TASAS |
|------|------------|-------|
| 1980 | 101        | 4.4   |
| 1981 | 103        | 4.4   |
| 1982 | 84         | 3.5   |
| 1983 | 95         | 3.8   |
| 1984 | 98         | 3.8   |
| 1985 | 109        | 4.1   |
| 1986 | 103        | 3.8   |
| 1987 | 114        | 4.1   |
| 1988 | 117        | 4.1   |
| 1989 | 116        | 3.9   |
| 1990 | 139        | 4.6   |
| 1991 | 132        | 4.2   |
| 1992 | 160        | 5.0   |
| 1993 | 160        | 4.9   |
| 1994 | 182        | 5.4   |
| 1995 | 184        | 5.4   |
| 1996 | 189        | 5.4   |
| 1997 | 210        | 5.9   |
| 1998 | 224        | 6.1   |

Carranza Elías/Solana Emilio,  
Proyecto ILANUD/COMISIÓN EUROPEA

El citado documento, distribuido por la Fundación Arias (Loría, 2000), tiene un buen capítulo sobre políticas de control y recomendaciones. Como surge de dicho capítulo, es imprescindible que las políticas no se limiten a la sanción de una buena ley de armas. Deben incluir acciones intensas en otros ámbitos, además del legislativo. El fin deseable sería lograr a largo plazo una sociedad en la que las armas estén solo en manos de la policía, actuando, salvo justificada excepción, con uniforme y la debida identificación y con armas de caño corto en el radio urbano.

**Algunas propuestas  
para avanzar hacia una ley  
de armas reductora de la violencia:**

- Reducir los calibres permitidos;
- Reducir el número autorizado de armas por persona;
- Autorizar la tenencia para la protección domiciliaria y limitar estrictamente la portación a los casos realmente excepcionales. Debemos recuperar los espacios públicos como espacios de seguridad, donde las personas puedan transitar sin el riesgo de chocar con gente armada.
- Habría que estudiar las penalidades establecidas para la tenencia y portación ilegal tanto de armas permitidas como prohibidas y eventualmente elevar los máximos de las penas (no los mínimos), para dar a los jueces una mayor posibilidad de decisión.

Las reformas a la ley deberían ir acompañadas de acciones en otros ámbitos y, en ese sentido, el documento que fue distribuido contiene una serie de propuestas muy adecuadas.

Algunas se refieren a la difusión e involucramiento de la sociedad civil. Esto es esencial, ya que si la sociedad civil no comprende la necesidad de limitar y no proliferar la tenencia y portación de armas, difícilmente podría avanzarse con éxito.

Es especialmente importante la labor preventiva por parte del Ministerio Público y la Policía, ya que se tiene conocimiento que en determinadas situaciones y lugares las armas proliferan.

## BIBLIOGRAFÍA

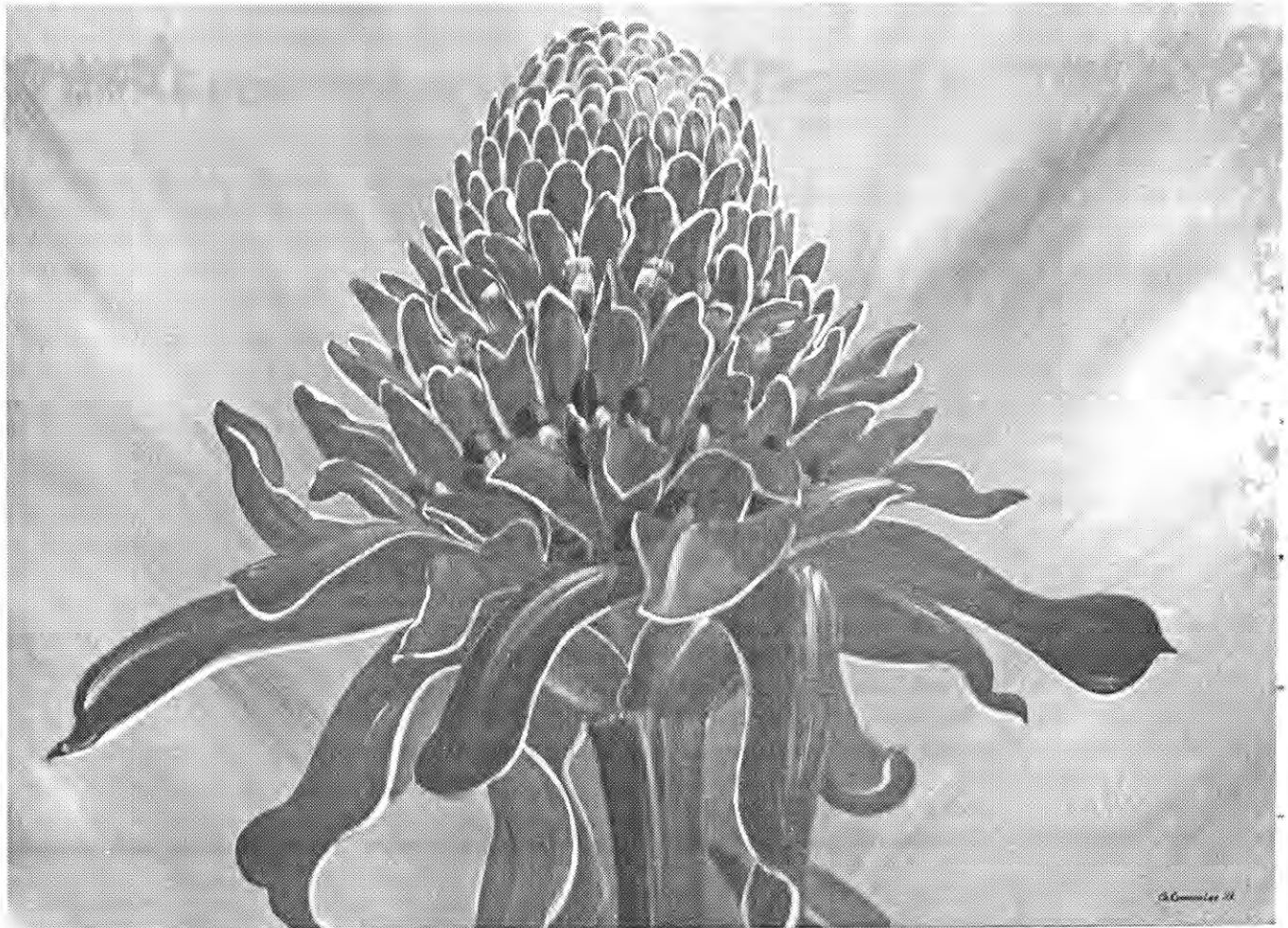
CARRANZA Elías y SOLANA Emilio (1997). *Seguridad frente al delito*. Documento elaborado para el Proyecto Estado de la Nación.

LORÍA, Max (2000). *La situación de las armas livianas en Costa Rica y su relación con la violencia so-*

*cial*. Elaborado para la Fundación Arias para la Paz.

UNITED NATIONS 1999 *Global Report on Crime and Justice*, Office for Drug Control and Crime Prevention, Center for International Crime Prevention.

\*\*\*



Obra de Gerardo González

# LA HISTORIA ¿MALA CONSEJERA?

*A propósito de la reforma al proceso penal*

Wálter Antillón M.

La tesis que quiero plantear, que no es invención mía, sino que tiene antecedentes ilustres (A. Pekelis, 1938; P. Calamandrei, 1939; R. Orestano, 1959), es que el sistema penal, particularmente el proceso penal, responden al equilibrio de poder entre los ciudadanos y el aparato estatal. Esto se puede palpar claramente en la historia del sistema y del proceso penal originado en Roma, que va a ejercer una influencia constante sobre los modelos procesales del Mundo Occidental, hasta nuestros días.

Es por esa razón, que en el desarrollo de esta charla, trataré de seguir un hilo conductor a partir del "proceso extraordinario" romano que nos conduzca, a través de las Edades Media y Moderna, hasta el proceso penal inquisitorio centroamericano de los siglos XIX y XX.

De este modo, podríamos tener la tentación de lanzar la tesis de que la historia también da malos consejos, puesto que ha propiciado la influencia del peor modelo procesal penal romano sobre las culturas jurídicas de Centroamérica. Pero ya veremos que el asunto no es tan simplista: la adopción del proceso inquisitorio, en distintas fases de la historia de Occidente, responde a motivaciones complejas y a concepciones del mundo que dominaron entonces el ambiente cultural de los pueblos. Ciertamente que ahora nos sentimos por encima de aquella dolorosa peripecia histórica y nos ilusionamos pensando que no volverá. Pero debemos tener claro que se trató de una experiencia humana que, como tal, nos deja muchas enseñanzas positivas acerca de aquella interrelación entre proceso y realidad política, entre derecho y poder.

1. Si seguimos la historia de Roma en sus líneas maestras, a través de un itinerario que quizá no parezca de lo más ortodoxo, podemos rescatar tres grandes momentos políticos, e ilustrar sus repercusiones en el proceso penal romano.

**PRIMER MOMENTO:** El período arcaico, que incluye la Monarquía y la primera etapa de la República, hasta las XII Tablas, y coincide con la principalía de los vínculos político-religiosos que someten al ciudadano romano a la urbe.

Pues bien, puestas las cosas en el terreno penal, me parece que, tal como lo han dejado en claro los historiadores, el período arcaico de la historia romana que hemos descrito coincide con formas que van desde la venganza privada por delitos contra la persona o la propiedad, hasta procedimientos oficiales autoritarios, desnudos de garantías, seguidos por magistrados (especialmente los pontífices) que utilizan la "coercitio" para perseguir delitos contra la ciudad o contra sus dioses.

**SEGUNDO MOMENTO:** El período intermedio, que va de las XII Tablas (450 antes de Cristo) hasta la primera parte del principado de Augusto y comprende la "total" secularización o laicización del derecho (si puede hablarse de una secularización total, en un mundo en que el pensamiento mágico tiene una influencia tan formidable), la conquista gradual de la igualdad política por parte de la plebe y el florecimiento de las instituciones republicanas abarca, dentro de un ambiente de expansión democrática, dos grandes conquistas de lo que podríamos llamar el "garantismo" romano en el campo del proceso penal; que son, la consolidación de la "provocatio ad populum" del viejo proceso comicial (Lex Valeria de Provocatione, del año 300 a. C.); y, más de un siglo después, la institución plebiscitaria del llamado proceso de las "questiones", originalmente introducido por la Lex Calpurnia de Repetundis, del año 149 a. C. y perfeccionado por la Lex Sempronia Iudiciaria del año 123 a.C.

No voy a describir aquí el proceso comicial ni el de las "questiones", de sobra conocidos, sino que sólo me interesa subrayar sus momentos democráticos: la presencia y el papel decisivo de la asamblea popular en el proceso comicial; el carácter acusatorio, público y oral del proceso de las "questiones", cuya sentencia era pronunciada por un tribunal de ciudadanos después de presenciar directamente el desarrollo de la instrucción probatoria y los alegatos de las partes.

Me parece claro, entonces, que tales instituciones no hubieran podido desarrollarse si no se hubiera producido, en la base de la sociedad romana, aquel impulso de las clases populares hacia la toma de espacios político-institucionales que les habría permitido al cabo, doblegando el poder de los "optimates" (atrincherado en el Senado), llegar a regir soberanamente su destino como pueblo. Sabemos que ello no se cumplió, sino que después del caos que sobrevino como consecuencia de aquella lucha: la cadena de guerras civiles que se prolongó por más de un siglo y que costó la vida de cientos de miles de personas, se produjo una especie de agotamiento cívico generalizado que allanó el camino al guante de seda de Octaviano Augusto y, como consecuencia inexorable, al ocaso de la democracia y de las instituciones republicanas.

**TERCER MOMENTO:** Que abarca, grosso modo, los primeros cinco siglos de nuestra era y que llega hasta la caída del Imperio Romano de Occidente; etapa dentro de la cual tienen lugar las ya mencionadas decadencia y supresión final de la democracia y las instituciones republicanas de Roma.

A este período corresponde el auge del proceso llamado "Cognitio Extraordinem" o "proceso extraordinario" que, ya bajo los primeros emperadores, se empieza a aplicar regularmente fuera de Roma, pasando a ser la forma dominante del proceso penal, aun dentro de la urbe, después de arrinconar al modelo garantista y democrático de las "questiones".

Como sabemos, la "cognitio extraordinaria" se caracterizó por ser un proceso escrito que podía iniciarse de oficio, que transcurría generalmente a puerta cerrada y se desenvolvía de principio a fin ante un solo magistrado que dependía directamente del Emperador. Ese magistrado reunía las funciones de investigador y sentenciador, pues instruía la causa, podía aplicar la tortura a imputado y testigos y dictaba finalmente la sentencia (V. Manzini, 1951; G. Pugliese, 1985; B. Santalucía, 1987).

2. No entraré en detalles, tampoco aquí, acerca de hechos históricos del conocimiento de todos. Sabemos que el "proceso común" es hijo de la llamada "Recepción del Derecho Romano"; pero la recepción es, a su vez, en gran medida, hija de la necesidad política.

En efecto, durante los siglos XIII y XIV, tanto el Imperio y el Papado, como las ciudades-repúblicas del Norte de Italia, de Flandes, de la Hansa, etc., así como también las nacientes monarquías nacionales de Francia, España e Inglaterra (portadoras de la fórmula del futuro: el Estado moderno) sintieron la necesidad de optimizar sus estructuras de poder adoptando el saber jurídico y las reglas prácticas

obtenidos del recién descubierto Corpus Iuris Civilis, del Emperador Justiniano por los estudiosos de la Escuela de Bolonia. Y entre las muchas instituciones romanas que ofrecía el Corpus Iuris, adoptaron como modelo procesal (proceso común) la "cognitio extraordinaria", para delinear sobre ella lo que sería el proceso inquisitorio bajomedieval, renacentista y moderno.

Se trataba, en realidad, del modelo de proceso penal romano que más habían comentado los propios juristas clásicos romanos recopilados en el Digesto, y que también había sido desarrollado tanto en el Codex como en las Institutas. De modo que no es extraño que, mil años después, haya sido objeto del mayor interés para los glosadores y los comentadores, quienes lo adoptaron y, a su manera, lo perfeccionaron.

Y así, después de que había terminado siendo un proceso escrito y a "puertas cerradas" durante el Bajo Imperio y la época de Justiniano, los glosadores y los canonistas del siglo XIII

- a) lo convirtieron en un procedimiento secreto,
- b) le acoplaron el sistema de la "prueba tasada", de estructura piramidal, en cuya cúspide colocaron la confesión: "regina probationum"; y
- c) por fin una Bula papal ("Ad Extirpanda", de Inocencio IV, 1252) le instaló la tortura que, a partir de entonces, se convirtió en un mecanismo probatorio normal dentro de dicho proceso (G. Alessi, 1987; J.B.J. Maier, 1989).

3. Como sabemos, el viaje de ese modelo procesal inquisitorio hacia Centro América pasa por España. Porque, en efecto, el signo más visible de la recepción del Derecho Romano en España es el código llamado "las Siete Partidas", del Rey don Alfonso X. Aunque en términos legales las Partidas, redactadas hacia 1263, entraron en vigencia como derecho supletorio a mediados del siglo XIV y solían ser citadas en último lugar en la prelación de las fuentes, lo cierto es que, de hecho, se fueron imponiendo frente a las otras fuentes, gracias al prestigio de que gozaban entre los jueces y letrados, precisamente por acusar más directamente la presencia de instituciones romanas.

En efecto, de los que podríamos llamar los Monumentos Legislativos Nacionales de Europa en el Segundo Milenio, las Siete Partidas son el primero que adopta el modelo inquisitorio. Esto es importante desde el punto de vista de su futura influencia en la cultura

latinoamericana, porque el tiempo transcurrido entre 1263, año en que vieron la luz, y 1680, año en que se publicó la *recopilación de las Leyes de Indias* y se estableció oficialmente la prelación de sus fuentes, el prestigio alcanzado por las Siete Partidas entre los juristas y funcionarios españoles, les confería de hecho un lugar preferente entre los textos vigentes a aplicar para la solución de las causas penales de los seglares, puesto que para tramitar las causas contra los clérigos se utilizaba el proceso canónico, igualmente inquisitorial.

4. Y así es como el “proceso común”, es decir, el “proceso inquisitorio” del Derecho Canónico y de las Siete Partidas (es decir, aquella “cognitio extraordinaria” cuyo uso había sido cada vez más frecuente durante el período del “Dominado” del Imperio Romano, y que, a distancia de siglos, se convierte en el proceso penal “común” de fines de la Edad Media y comienzos de la Moderna) viaja a América con el derecho castellano exportado a las Colonias por conducto de las Leyes de Indias. De esta manera, también en dichas Colonias se consolidará, para los laicos, la principalía “de hecho” de las Siete Partidas en el conjunto de las fuentes del derecho castellano y, en consecuencia, se asegura la implantación del proceso inquisitorio en nuestras tierras.

Ello era totalmente congruente con el estilo vertical de la monarquía absoluta que se consolida precisamente a partir de Carlos V, y por consiguiente, también lo era con la dominación colonial española en América, puesto que hacía posible un ajustado control político e ideológico que penetraba los diferentes estratos de la sociedad colonial. Se trataba de asegurar conjuntamente una absoluta fidelidad a la Corona y la más pura ortodoxia religiosa, para lo cual se prestaba muy bien un proceso como el inquisitorio, que podía iniciarse secretamente, en virtud de delación anónima, en el que los nombres de los testigos eran ocultados al acusado y donde la tortura, es decir, “el tormento”, era un procedimiento normal “para escodriñar et saber la verdad por él de los malos fechos que se hacen encubiertamente, que non pueden ser sabidos ni probados por otra manera...” (Partida Séptima; Título XXX; Ley 1).

Las evidencias acerca de cuánto y cómo se practicó el proceso inquisitorial en nuestros países latinoamericanos durante la Colonia, tanto para laicos como para religiosos, las encontramos abundantemente en los archivos históricos de esos mismos países, de manera que no es necesario insistir en ello. Aparte del modelo ordinario, utilizado para delitos comunes y, particularmente; en las causas por hechicería, herejía, blasfemia, idolatría, etc., también se desarrolló en el período colonial una modalidad procesal llamada “Residencia”, de corte inquisitorio, relacionada con funcionarios públicos.

5. A pesar de la condena general que el proceso inquisitorio merece durante el siglo XVIII en el pensamiento de la Ilustración (Voltaire, 1950; Beccaria, 1958), y a pesar de que ese pensamiento ilustrado había sido recibido en España, en los años anteriores, por lo más distinguido de la intelectualidad española, la Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada a hacer por el Rey don Carlos III en 1805, viene a darle un último refuerzo, tanto en lo que concierne a la Metrópoli, como a sus Colonias de ultramar.

6. En lo que se refiere a la cultura y las instituciones procesales penales, de las jóvenes repúblicas centroamericanas durante el siglo XIX, siguiendo la opinión de otros autores estoy persuadido de que su principal forjador fue un sacerdote salvadoreño que nació en los últimos años del siglo XVIII y vivió y padeció las peripecias del nacimiento de aquellas flamantes repúblicas.

La persona en cuestión fue el Presbítero don Isidro Menéndez, nacido en Metapán, El Salvador, en 1795; doctorado en Teología y en ambos Derechos en la Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala en 1816. Ardiente liberal y fervoroso partidario de la Unión Centroamericana, fue Diputado al Congreso Nacional Constituyente de Centro América y firmante del Decreto de Independencia Absoluta de la Federación (1823); Ministro General de El Salvador durante la Federación; Embajador Plenipotenciario ante los Países Bajos; catedrático, alternaba sus vocaciones académicas con la lucha política, que lo llevó varias veces al destierro.

Jurista polifacético (lo atestigua su ingente “Recopilación de las Leyes Patrias” para El Salvador, publicada en diez volúmenes en 1855), se destacó, sin embargo, como procesalista, campo en el que hace aportes destinados —para bien y para mal— a ejercer una fuerte y prolongada influencia en la región, puesto que fue el redactor del “Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas” de El Salvador, revisado por una Comisión y promulgado en 1857 (pero elaborado por Menéndez diecisiete años antes); y seguramente fue además el inspirador del Código de Instrucción Criminal de Nicaragua, promulgado en 1879, así como de su homónimo de Honduras. Estos códigos llevan su impronta; y, en ciertos aspectos, también el de Costa Rica mostraría ciertos rasgos comunes con ellos, que han permitido a muchos sostener la tesis de la paternidad de Menéndez.

Pero no es tan fácil determinar si también la Parte Procesal del Código General de Costa Rica de 1841 fue obra de don Isidro, realizada por él entre 1840 y 1841 por encargo del Presidente don Braulio Carrillo. Así lo creíamos muchos, al observar el parentesco estilístico, sistemático y, en parte, también de contenido, entre dicho texto y los

códigos salvadoreño y nicaragüense, aunado al hecho de que, efectivamente, el Padre Menéndez estaba en Costa Rica entre 1840 y 1842 y fue contratado para redactar la parte procesal del mentado Código.

Sin embargo, ahora creemos posible otra hipótesis, que tiene por base la codificación que para Bolivia hizo el General don Andrés de Santa Cruz en 1834: empecemos por aclarar que hoy día se afirma que el Presidente Carrillo copió textualmente el Código Civil de Santa Cruz, entonces vigente en Bolivia, para la parte civil del Código General de 1841; y hagamos notar que un autor reciente (1997) sostiene que también la parte penal y la parte procesal de dicho Código fueron copiadas por Carrillo del Código Penal y del Código de Procederes de Bolivia, por su orden. De modo que aquellos parecidos sistemáticos y estilísticos entre el Código de Costa Rica, por un lado, y los de El Salvador y Nicaragua (obra de Menéndez) por el otro, podrían explicarse hipotizando que también Menéndez, al igual que Carrillo, usó en sus Códigos los modelos de Santa Cruz, que él llegó a conocer bien. ¿Cuál es la verdad?

Pero volviendo a lo nuestro, para darnos una idea del ambiente jurídico-cultural de la época en que se formaron los próceres centroamericanos de la independencia, debemos repasar sumariísimamente la historia. En efecto, en la Centroamérica colonial funcionaron dos universidades: la ya mencionada Pontificia Universidad de San Carlos en Guatemala, fundada en el siglo XVII y el Seminario Conciliar de San Ramón Nonato en León de Nicaragua, que en 1816 pasó a ser la Universidad de León. En ambas, que eran de origen eclesial (como, del resto, casi todas las universidades latinoamericanas durante la Colonia) se enseñaba el Derecho Canónico y el Derecho Civil; y aunque no existía una cátedra independiente de Derecho Procesal, esta materia formaba parte de los cursos en que se impartían ambos derechos.

7. Por todo lo cual damos por sentado que el Padre Menéndez estudió el proceso inquisitorio (versión de las Partidas III y VII), que, por lo demás, era el único que se enseñaba en las aulas de la Universidad de San Carlos. Pero también sabemos, por lo que él mismo dejó escrito, que después tuvo la oportunidad de estudiar el Código de Instrucción Criminal francés de 1808; que conocía el "Código de Procederes" del General Santa Cruz para la República de Bolivia, promulgado en 1834; y que conocía igualmente la codificación que el notable jurista iluminista norteamericano Eduard Livingston redactó en 1827 para el Estado de Louisiana; y su traducción, adaptación y promulgación para Guatemala, obra de los liberales guatemaltecos Francisco Barrundia y Mariano Gálvez, llevada a cabo entre 1831 y 1837, precisamente cuando el último era Presidente de la República.

Pero el Padre Menéndez no se limitó a estudiar esas fuentes y reflexionar sobre ellas, sino que para la redacción de su obra tomó de las mismas ciertos rasgos e instituciones que, en efecto, aparecen en el Código de El Salvador, que compuso directamente, así como en el de Nicaragua, que adoptó el modelo del primero, a saber:

- a) la idea de un cuerpo único que abarque el proceso civil y el penal es claramente inspirado en el Código de Santa Cruz, que así lo dispone (aunque, a decir verdad, tampoco las disposiciones procesales de Las Partidas están nítidamente separadas según se trate de lo civil o de lo penal); y
- b) por su parte, "el jurado" (que Menéndez implanta en los códigos de El Salvador y Nicaragua) es una institución inspirada en la codificación de Livingston ya referida. Aunque hay que decir, en honor a la verdad, que la inclusión del jurado hecha por Menéndez en aquellos textos es desafortunadísima, luciendo más bien como el injerto mecánico y aberrante de un instituto democrático dentro de un contexto inquisitorio, en cuya virtud los jurados no presencian la prueba (recogida previamente por el juez) sino que, convocados por el juez en un momento posterior, hacen sesiones de lectura de las actas del expediente y forman su veredicto con base en dicha lectura.

A propósito de lo cual, no deja de llamar la atención que un conocido admirador de la Ilustración, como el Padre Menéndez, optara por un modelo inquisitorio "atenuado" para la parte penal del Código de Procedimientos Judicial de El Salvador (limitándose, para éste, a instituir cierta modalidad de "jurado", como quedó dicho). Menéndez demostró, a través de su vida, que no era un oportunista, aunque es cierto que también demostró que le sobraba realismo y sentido práctico.

Era un jurista tan liberal y tan democrático como Gálvez: anhelaba, como éste, la unión de Centroamérica, el progreso de nuestros pueblos y una justicia verdadera. ¿A qué se debió que sus códigos no respondan al modelo acusatorio, o lo reflejen sólo en el aspecto apuntado? ¿Debióse tal vez a la amarga experiencia de la propia Guatemala, que en 1838 derogó los Códigos "Livingston" —inaceptables en un país tan estratificado y oligárquico— y regresó a la Novísima Recopilación? Y la situación se torna más intrigante si admitimos la hipótesis de que el Padre Menéndez redactó también el proceso penal —sin jurado— del Código General de Costa Rica. No es improbable pensar que la malograda experiencia guatemalteca

haya desanimado a Menéndez, o lo haya hecho más cauteloso, dado que, por lo que sabemos de él, debió seguir el glorioso intento guatemalteco con vivísimo interés.

Sea lo que fuere, lo cierto es que (no obstante la presencia del jurado en los códigos de El Salvador y Nicaragua) en Centro América, por mucho tiempo, ningún código procesal penal se apartará ya del modelo inquisitorio más o menos atenuado o alterado que nos dejó el Padre Menéndez; proceso que, a pesar de las modalidades que aquél le imprimió, no deja por eso de ser tataranieta de la "cognitio extra ordinem" romana. De modo que ésta reinará pacíficamente entre nosotros hasta avanzada la segunda mitad del siglo XX. Yo creo que en ello también se da una circunstancia de carácter socioeconómico que, en mi criterio, ha de pesar enormemente en la balanza: los gobiernos centroamericanos durante los ciento cincuenta años siguientes a la independencia son, casi sin excepción, oligárquicos, de manera que para ellos, como otrora para el gobierno vertical de la Colonia, el proceso inquisitorio era un traje a la medida de sus intereses. Y consiguientemente, dentro de la influencia general que la cultura jurídica española ejerció (y aún ejerce) entre los intelectuales y estadistas latinoamericanos desde el siglo XIX, la cultura procesal inquisitoria que profesaban muchos juristas españoles de dicho siglo y de los anteriores, era grata a los oídos de aquellas nuestras oligarquías, temerosas de aflojar el freno a los pueblos sojuzgados.

8. Esto vale también para Costa Rica, en la que desde fines del siglo XIX las oligarquías ya no necesitaron gobernar apoyadas en los militares (sino que lograron montar un sistema de alternabilidad en el poder que, no obstante estar lejos de ser el desiderátum de la Democracia, contribuyó a crear un clima de paz y tranquilidad relativas); pero igual se sentían más seguras aquellas oligarquías, si conservaban en sus manos un instrumento eficaz de intimidación y represión, como lo es un proceso de estructura inquisitoria.

Porque, en efecto, el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica de 1906 (elaborado por los profesores José Astúa Aguilar y Luis Anderson, de clara raigambre oligárquica), que se mantuvo vigente hasta 1975, no se inspiró en la entonces novedosa y relativamente garantista Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (1882), impulsada por los liberales de Don Manuel Alonso Martínez, sino que, con algunos cambios formales, conservó los rasgos inquisitoriales del modelo procesal de 1841, constituyéndose así en el último baluarte del "proceso penal común" en nuestro país.

9. Con hesitaciones y rodeos, con marchas y retrocesos (un golpe de Estado en 1917; un conato de guerra civil en

1948), durante los cien años que corren desde 1889, Costa Rica fue institucionalizando un régimen de opinión y una democracia electoral con transiciones pacíficas de los gobernantes en el poder. Pero ya antes de que finalizara este período y específicamente a partir de los setentas, se hizo evidente tanto en la conciencia popular como para la opinión culta, que el viejo proceso inquisitorio se tornaba ineficiente e inseguro, prestándose a la componenda y la corrupción; se hacía más y más incompatible con los esfuerzos para la consolidación del régimen de libertades y la vida democrática y amenazaba más bien con trocarse en una rémora para el progreso de aquellos ideales.

Entonces se trató de sustituirlo por un modelo que culminara en un debate con oralidad y publicidad, a fin de agilizar los trámites procesales y, a la vez, cerrar el paso a las viejas corruptelas; y para ello se adoptó un modelo mixto, inspirado en el Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba, Argentina, que los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde habían logrado hacer promulgar en 1939, y que había significado un claro progreso con respecto a los códigos de las demás provincias.

El nuevo texto legal empezó a regir, en medio de grandes expectativas, en 1976; pero pronto se notó cómo las ambigüedades irreductibles del modelo mixto (diseñado originalmente en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, e ideado por los juristas de Napoleón para brindar a éste la oportunidad de seguir contando con un instrumento eficaz de control) apoyadas en la cultura inquisitorial de los jueces, los fiscales, los secretarios e incluso los abogados costarricenses, hacían predominar el aspecto inquisitorial del modelo, desvirtuando sus fines institucionales.

De nuevo triunfaba el viejo "proceso común", arropado en la cultura represiva de las "gens de justice"; pero también, casi simultáneamente, se hicieron oír la insatisfacción y la frustración de los estudiosos más progresistas, que anhelaban un instrumento que, ofreciendo soluciones más ágiles, a la vez garantizara el respeto de los derechos de los sujetos implicados en las causas penales. La Sala Constitucional de la Corte, creada unos años después, contribuyó a dejar claras las múltiples instancias represivas e iliberales de aquel modelo mixto, en el que los aspectos inquisitoriales habían terminado por imponerse por debajo de las palabras de la ley (W. Antillón, 1989).

10. Al eliminar al juez instructor y sustituir la instrucción por una investigación a cargo del Ministerio Público, y al crear la figura de un "juez de garantías", el Código Procesal Penal costarricense de 1998 pretende ser un instrumento democratizador, coadyuvando de ese modo al fortaleci-



miento, en cada ciudadano, de una conciencia de dignidad, libertad e igualdad dentro del Derecho. Esta vez, aunque sus autores todavía no se atrevieron a implantar el jurado, el nuevo texto procesal costarricense se inspira en los modelos acusatorios de los países de la Unión Europea y en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina: todos ellos ciertamente influenciados, en varios aspectos, por el proceso anglosajón, pero que encuentran un digno antecedente en el antiguo proceso romano de las "Questiones", es decir, en el proceso de la democracia romana (P. Fiorelli, 1957).

Con el sople democratizador que recién empieza a circular en Latinoamérica, pronto volveremos los costarricenses a repensar la posibilidad de instaurar el jurado, como lo han hecho ya los españoles y los argentinos. Se cumpliría entonces, idealmente, un tránsito en sentido inverso al que experimentó el mundo antiguo, cuando a partir del principado de Augusto, lo que quedaba del espíritu republicano y democrático del pueblo romano fue desapareciendo sofocado bajo las formas autocráticas de dominación.

El proceso penal extraordinario de Roma ha sobrevivido en la legislación de Costa Rica hasta 1976, en El Salvador hasta 1996, y continúa vigente en Nicaragua, con pequeños cambios, en la vieja versión del Padre Isidro Menéndez... A pesar de los alentadores cambios legislativos de los últimos años ocurridos en Guatemala, El Salvador y Costa Rica, la cultura inquisitorial alienta todavía en Centroamérica; y se mantendrá viva en la medida en que las oligarquías locales mantengan su hegemonía sobre sectores importantes del pueblo y logren bloquear el desarrollo de una auténtica conciencia democrática.

Hay dos moralejas muy claras detrás de esta historia: la primera es que el sistema penal es un reflejo exacto del equilibrio político de la comunidad;

Y la segunda, relacionada con Centroamérica, es que no tendremos un sistema penal y un proceso penal plenamente garantistas mientras no logremos mover el centro de gravedad del poder político desde la oligocracia hasta una más completa democracia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Giorgia: "Proceso penal" (Derecho Intermedio), voz de la Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, Vol. XXXVI, 1987.
- ANTILLÓN, Wálter: "Del proceso y la cultura" en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 66, San José, 1989.
- ANTILLÓN, Wálter: "Breve historia de la codificación penal", en "Los códigos penales iberoamericanos" de la Universidad de Salamanca, Forum Pacis, Bogotá, 1994.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de: "De los delitos y las penas", Ejea, Buenos Aires, 1958.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto: "Historia del Derecho", Gutenberg, San José, 1929.
- CALAMANDREI, Piero: Relatividad del concepto de acción; en la Rivista di Diritto Processuale: Padua, 1939.
- CALASSO, Francesco: Introducción al Derecho Común; Giuffrè, Milán, 1951.
- CALASSO, Francesco: Medioevo del Derecho; Giuffrè, Milán, 1954.
- DE FRANCISCI, Pietro: Historia del Derecho Romano; Giuffrè, Milán, Tomo I, 1938.
- DE MARTINO, Franceso: "Historia de la Constitución Romana", Jovene, Nápoles, Tomo I, 1958.
- ESMEIN, Adhemar: "Historia del procedimiento criminal en Francia"; Verlag Sauer & Auvermann, Frankfurt A. M., 1969.
- FALLACA CERES, Ricardo; MORALES RODRÍGUEZ, Alfredo; RODRÍGUEZ PORTH, José A.: Discursos para el Centenario del Código de Procedimientos Judiciales: Ministerio de Justicia, San Salvador, 1958.
- FERRERO, Guglielmo: Grandeza y decadencia de Roma; Treves, Milán, Tomo II, 1902.
- FIORELLI, Piero: Acusación, principio acusatorio, voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, Tomo II, 1958.
- GREENLEAF, Richard E.: "La inquisición en Nueva España. Siglo XVI"; Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos J.: "Santa Cruz y Carrillo, opinión sobre una vieja polémica", en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 69: San José, 1991.
- HERNÁNDEZ PEÑALOSA, Guillermo: "El Derecho en Indias y en su Metrópoli"; Temis, Bogotá, 1969.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de: "Curia Filípica"; Rosa & Bouret, París, s.f.
- MADAROAGA, Salvador de: "El auge del Imperio Español en América"; Sudamericana, Buenos Aires, 1959.
- MAIER, Julio B.J.: "Derecho Procesal Penal Argentino"; Hammurabi, Buenos Aires, 1989; Tomo 1 b.
- MANZINI, Vincenzo: Tratado de Derecho Procesal Penal; Ejea, Buenos Aires, Tomo I, 1951.
- MENÉNDEZ, Isidro: Informe sobre las reformas que necesitan las leyes de El Salvador; San Salvador, 1855.
- MOMMSEN, Theodor: Derecho Penal Romano; La España Moderna, Madrid, 1898.
- MOMMSEN, Theodor: Historia de Roma; Aguilar, Madrid, 1955.
- MONTUFAR, Lorenzo: "Reseña histórica de Centroamérica"; Progreso, Guatemala, 1878.
- ORESTANO, Ricardo: Acción (historia del problema), voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, Tomo IV, 1959.
- ORESTANO, Ricardo: Los hechos de normación en la experiencia romana arcaica; Giapichelli, Turín, 1967.
- ORESTANO, Ricardo: Introducción al estudio del Derecho Romano; Il Mulino, Boloña, 1987.
- OTS CAPDEQUI, José M.: El Estado español en las Indias; Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- PADILLA Y VELASCO, René: Discurso académico para el Centenario del Código de Procedimientos Judiciales; Ministerio de Justicia, San Salvador, 1958, pág. 33.
- PEKELIS, Alesandro: "Acción" (teoría moderna), voz del Nuovo Digesto Italiano; Utet, Turín, Tomo II, 1938.
- PUGLIESE, Giovanni: "Apuntes sobre los límites del 'imperium' en la represión penal"; Turín, 1939.
- PUGLIESE, Giovanni: Líneas generales de la evolución del Derecho Penal Público durante el Principado, en "Escritos Jurídicos Escogidos"; Jovene, Nápoles, Tomo II, 1985.
- SÁENZ CARBONEL, Jorge F.: Historia del Derecho Costarricense; Juricentro, San José, 1997.
- SANTALUCÍA, Bernardo: Proceso Penal (Derecho Romano), voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, Tomo XXXVI, 1987, pág. 318 y sigtes.
- SARRAILH, Jean: "La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII"; Fondo de Cultura Económica; México, 1981.
- SCHMIDT, Eberhard: "Introducción a la historia del proceso penal alemán"; Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983.
- SUETONIO TRANQUILO, Caio: "Los Doce Césares"; El Ateneo, Buenos Aires, 1959.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "El Derecho Penal de la monarquía absoluta"; Tecnos, Madrid, 1969.
- TURBERVILLE, A. S.: La inquisición española; Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- VELA, David: "Vida, pasión y muerte de los Códigos de Livingston", en Justicia Penal y Sociedad (Revista Guatemalteca de Ciencias Penales), Guatemala, 1991).
- VERRI, Pietro: Observaciones sobre la tortura; Depalma, Buenos Aires, 1977.
- VOLTAIRE: "Inquisición", "Tormento", "Tortura", voces del "Diccionario Filosófico", El Ateneo, Buenos Aires, Tomo II, 1950.

# EL CLAROSCURO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN COSTA RICA. SUS DEFICIENCIAS HISTÓRICAS Y LAS DISFUNCIONES DE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

Fernando Cruz Castro, Juez del Tribunal de Casación Penal  
Profesor de posgrado de la Universidad de Costa Rica

El desarrollo de las garantías constitucionales y la seguridad ciudadana en Costa Rica, requieren el análisis de una serie de principios sobre los que es necesario plantear algunos interrogantes y observaciones que constituyen un presupuesto ineludible, cuyo contenido debe evaluarse antes de proponer algunos objetivos fundamentales de una política de seguridad ciudadana que no lesione derechos constitucionales fundamentales.<sup>1</sup>

## I. Los presupuestos fundamentales

### 1. El primer principio establece que las penas excesivas no disminuyen la criminalidad.

Este es un presupuesto que asumo plenamente, pues las evidencias que le dan sustento, son abrumadoras.<sup>2</sup> Sin

embargo, en el inconsciente colectivo, está muy arraigada la idea de que las penas crueles y desmedidas sí disminuyen la criminalidad. Este es un condicionamiento sociopolítico que no puede ignorarse y que limita, en alguna medida, el alcance de la política criminal de cualquier Estado.

### 2. El segundo señala que debe aplicarse el principio de intervención mínima, o lo que algunos llaman el Derecho Penal mínimo.

Pero con esta fórmula, sabia por cierto, no se resuelven los complejos problemas de criminalización y la represión de las conductas lesivas o perturbadoras. ¿Cuándo una conducta debe dejar de ser delictiva? ¿Por qué se criminaliza? Estos interrogantes no son fáciles de resolver

1. La política de seguridad ciudadana debe enmarcarse dentro del respeto a los derechos humanos y constitucionales, porque es un concepto cuyo contenido es equívoco, tal como ha ocurrido, por ejemplo, cuando la seguridad ciudadana se ha convertido en una etiqueta que recoge la doctrina de la seguridad nacional, transformándose la seguridad interna en una "guerra sucia" que ha desatado la criminalidad callejera contra la propiedad. La seguridad ciudadana puede ocultar un nefasto fundamentalismo, en el que se le declara la guerra a la delincuencia común, justificando las ejecuciones sin proceso, el asesinato de niños y jóvenes "sospechosos", la tortura. Al igual que las "desapariciones" se justificaron en función de la "seguridad nacional", ahora se pretende convertir a los delincuentes comunes en el enemigo interior al que no se le reconoce ninguna dignidad o garantía. E. Zaffaroni. "Política Criminal y Derechos Humanos en América Latina": De la "seguridad nacional" a la "seguridad ciudadana", —artículo publicado en la obra titulada: "Consideraciones en torno a una nueva Política Criminal en Centroamérica y Panamá"—ILANUD. Costa Rica—, 1993, Tomo I, pp. 176 -177.

2. Como bien lo señalaba Beccaria, para que "...una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en este exceso el mal debe calcularse la infabilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico...A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los líquidos se ponen siempre a nivel con los objetos que los circundan, se encallecen...". Beccaria, Cesare. "De los delitos y de las penas". Ed. Aguilar. España, 1976, p.112. En Costa Rica se ha comprobado que las penas excesivamente severas no reducen el delito. Los homicidios habían venido ocurriendo, desde enero de 1980 (y posiblemente desde antes de ese año), hasta diciembre de 1993, con una tasa promedio de 4.2 por cada cien mil habitantes, oscilando siempre menos de un punto hacia arriba o hacia abajo, entre un mínimo de 3.5 y un máximo de 5.1. En mayo de 1994 se elevan las penas con las que popularmente se llamó "la ley de los cincuenta años". A partir de esta reforma, la tasa de homicidios fue la más elevada en los últimos quince años, alcanzando el 5.5 por cien mil, manteniéndose en el mismo nivel en el año siguiente. Debe destacarse, además, que aún con dicho aumento, Costa Rica es el país con excepción de Canadá, que registra la tasa más baja de homicidios en toda América. En el Reino Unido se hizo un estudio con el fin de establecer el posible efecto disuasor sobre otros potenciales delincuentes. Luego de analizar, semanalmente, todas las condenas dictadas en las ciudades de Birmingham, Manchester y Liverpool, determinaron que en ninguno de los indicadores estudiados, la sentencia tuvo un efecto disuasor. Carranza, Elías. "El proyecto para introducir la prisión perpetua en Costa Rica" —Rev. de la Asoc. de Ciencias Penales de Costa Rica— N° 12, 1996, p. 103.

frente a cada una de las conductas que se pretenden criminalizar o excluir del sistema penal. En estos casos, las demandas sociales, la percepción y la valoración que hace la ciudadanía sobre una acción lesiva o perturbadora, tiene mucha importancia. Este condicionamiento puede apreciarse, por ejemplo, si se planteara en Costa Rica la despenalización del aborto.

No podemos “los iniciados”, los expertos del Derecho Penal y la criminología, los que interpretamos tales valoraciones, ignorar la percepción y las demandas de la ciudadanía. Frente a estas contradicciones, se requiere una evaluación prudente y realista.

La respuesta punitiva solo está justificada si constituye un mal menor o si es menos aflictiva y menos arbitraria respecto de otras reacciones no jurídicas que podrían producirse en su ausencia. La intervención punitiva estatal, solo se legitima si los costes que provoca el Derecho Penal son inferiores a los que produciría la anarquía punitiva.<sup>3</sup> Los efectos negativos de esta ecuación se aprecian muy bien en el caso de Guatemala, en donde la anarquía punitiva ha provocado, entre 1994 y 1998, doscientos cuarenta linchamientos, de los cuales solo en dos casos se ha investigado e identificado a los responsables, según informa Param Curamaswamy, relator especial de las Naciones Unidas. Tal como lo refiere el propio relator, la inoperancia, corrupción y lentitud del sistema judicial guatemalteco, provocan esta alarmante

anarquía punitiva. La tradicional inoperancia del sistema judicial guatemalteco, también le aseguró a los militares su impunidad.<sup>4</sup> Estos excesos son la contrapartida de una política criminal militarizada e insensible frente a los derechos fundamentales.<sup>5</sup>

La penalización y la reducción del sistema punitivo, conforman una tarea muy compleja, no depende, exclusivamente, de una valoración abstracta e individual sobre lo que se considera lesivo o intrascendente. Podría producirse un grave error y se abre la puerta a una anarquía punitiva que puede ocasionar mayor perjuicio que el que ocasionaría la represión punitiva estatal. La despenalización de las contravenciones en Costa Rica, tema que se analizará posteriormente, tiene íntima relación con la disyuntiva entre la anarquía punitiva y la intervención del Derecho Penal.

### **3. El tercer principio establece que la probabilidad de aprehensión, así como la certidumbre y prontitud del castigo, sí tiene efectos preventivos reales.**

Es una regla muy antigua que propuso Cesare Beccaria.<sup>6</sup> Desgraciadamente la antigüedad del principio no asegura su aplicación. Realmente es uno de los criterios determinantes al analizar los problemas que suscita la seguridad ciudadana y la confianza en el sistema de control social formal. La actividad policial, así como la del sistema judicial, deben preocuparse por la vigencia de este

3. Ferrajoli, Luigi. “Derecho y razón”, Ed. Trotta, 1995, p. 336.

4. Ver información publicada en el Diario La Nación (Costa Rica), bajo el título: “La otra justicia en Guatemala”, publicado el cinco de setiembre de 1999, p. 34-A. En esta información también se menciona un caso ocurrido en Sacualpa, El Quiché, que se encuentra a unos doscientos cincuenta kilómetros de la capital, en el que un grupo de ciudadanos capturaron a cinco personas y después de realizar un juicio sumario, vapulearon a los enjuiciados y posteriormente los quemaron vivos.

5. El Obispo Juan Gerardi presidió un grupo de trabajo que rompió cuarenta años de silencio, impunidad y amnesia. Las cifras del informe son escalofriantes; después de cuarenta años de conflicto y represión en Guatemala, murieron ciento cincuenta mil guatemaltecos, cincuenta mil desaparecidos, un millón de exiliados y refugiados, doscientos mil huérfanos, cuarenta mil viudas. Nueve de cada diez víctimas eran civiles desarmados, en su mayoría indígenas; en ocho de cada diez casos, la responsabilidad era del ejército o de sus bandas paramilitares. El informe se publicó en abril de 1998; dos días después el obispo Gerardi apareció muerto, le habían partido el cráneo con una piedra. Galeano, Eduardo. “Patás Arriba. La escuela del mundo al revés”. Siglo XXI, México, 1998, p. 214.

6. Como bien lo señala el famoso autor milanés: “...Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y, por consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, que para ser virtud útil debe ir acompañada de una suave legislación. La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos atemorizan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza, don celestial que a menudo lo sustituye todo en nosotros, aleja siempre la idea de los mayores males, y más aun cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad conceden frecuentemente, aumenta su fuerza...” Ver capítulo XX, —titulado: Certeza e infalibilidad de las penas. Indultos. “De los delitos y de las penas”— Ed. Aguilar, España, 1976, pp. 131-132.

principio. La policía debe procurar alcanzar un alto porcentaje de éxito en sus investigaciones;<sup>7</sup> los jueces y fiscales deben procurar la celeridad de los procesos y el respeto a las garantías constitucionales.

**4. El cuarto principio reconoce que la represión, especialmente si se concentra en una política de encierro, tiene un costo económico importante.**

Este es un aspecto que no puede desconocerse y que impone límites infranqueables, salvo que las prisiones se conviertan en un depósito de personas sin dignidad ni derechos. Una política agresiva de "encierro" o de "neutralización", exige una importante asignación de recursos estatales, que en la situación actual, no son abundantes.<sup>8</sup>

Estados Unidos ha seguido la política citada, pues de 1980 a 1995 la población reclusa aumentó un trescientos por ciento. Un millón y medio de personas sufren prisión, con una proporción de 500 por cada cien mil personas, mientras que en Europa dicho índice es de 70-100 por cada cien mil personas.<sup>9</sup> El encierro, como respuesta punitiva, luce, teóricamente, muy simple, pero su costo económico, por ejemplo,<sup>10</sup> requiere una aplicación cuidadosa y racional.

Para un sector minoritario de infractores, quizá no supera el veinte por ciento, la pena privativa de libertad, es inevitable, lo que supone la aplicación de una política selectiva de neutralización mediante la pena privativa de libertad,<sup>11</sup> porque siempre debe reconocerse al infractor, dependiendo de la gravedad del hecho criminal, opciones compatibles con los objetivos de la pena en un Estado social y democrático de Derecho.

**5. El quinto principio, muy conocido por cierto, establece que la mejor política penal, es una política social.**

En el eterno enfrentamiento entre represión y libertad, entre criminalización y descriminalización, siempre surge el principio de que la mejor política penal, es una política social. La falta de solidaridad social, la gradual desaparición de una racionalidad compartida y su sustitución por una racionalidad individual, el debilitamiento de las políticas sociales, convierte la represión en una respuesta simplista, inhumana y engañosamente eficaz.

Frente a los que tienen mucho o los que no tienen nada, el control y la represión, pueden resultar superfluos.

7. *Es discutible lo que plantea Feuerbach cuando afirma que "...el motivo que impulsaba al delito tenía que ser anulado haciendo ver a todo el mundo que inexorablemente la comisión del delito sería sancionada con un mal mayor que la insatisfacción que le produciría la no comisión del mismo...". En realidad, la mayoría de los delinquentes no calculan las posibles consecuencias de su acción criminal, lo que les interesa es que no sea descubierta. Es la intensidad de la persecución penal la que realmente tiene un efecto preventivo general. Un alto porcentaje de delitos descubiertos y condenados, provoca un significativo efecto preventivo frente a los potenciales infractores. Roxin, Claus. "Iniciación al Derecho Penal de hoy". Univ. de Sevilla, España, 1981, pp. 38-39.*
8. *Aunque parezca obvio, las cárceles requieren altos niveles de inversión. Se trata de inversiones millonarias. En el sistema federal de prisiones de los Estados Unidos, aunque es relativamente pequeño, se requería, para 1992, dos mil cien millones de dólares, lo que significaba un incremento del 24 % en relación con el año anterior la explosión de la población carcelaria ha convertido el castigo en un buen negocio. Si la población carcelaria continúa creciendo al mismo ritmo que en la década del ochenta, tendrá un costo de por lo menos cien millones de dólares por semana, solamente para la construcción de edificios nuevos. Se estima que en 1990 los gastos totales operativos y de capital del sistema penitenciario de los condados, estatal y federal superó los 25.000 millones de dólares. El costo promedio de cada cama en una cárcel de los Estados Unidos en 1991-1992 era de \$53.100, mientras que en 1987-1988 era de \$42.000. Por esta razón, no sorprende que más de cien empresas se dediquen exclusivamente a la arquitectura de cárceles. El negocio de la construcción de cárceles les permite a estas empresas alcanzar cifras que oscilan entre cuatro y seis mil millones de dólares. Christie, Nils. "La industria del control del delito", Editores El Puerto, Argentina, 1993, p. 106.*
9. *Larrauri, Elena. "Control del delito y castigo en Estados Unidos", Rev. Jueces para la Democracia, Nº 32, 1998, p. 86.*
10. *El costo anual de cada uno de los internos en Costa Rica, incluyendo costos directos e indirectos, es de dos mil cuatrocientos dólares anuales. El costo de las construcciones carcelarias es muy alto y ya en el año 1996 el sistema penitenciario estaba funcionando al 148 % de su capacidad. Carranza, Elías. Ob. cit., (1996), p. 105.*
11. *Como bien lo señala Rotman, la neutralización selectiva contiene elementos de prognosis y aplica una serie de parámetros que debilitan el principio de culpabilidad por el hecho, reactivando los vicios y desviaciones del Derecho Penal de autor y del peligrosismo positivista. Para seleccionar delinquentes que requieren neutralización, Greenwood propone seis índices para la prognosis, los que pueden sintetizarse en los siguientes parámetros: delitos previos, uso de drogas y falta de empleo. La expresión más criticable de la neutralización, que retoma, sin duda alguna, las bases ideológicas del peligrosismo, se aprecia en el sistema norteamericano con la famosa legislación a la que se denomina: Three Strikes Laws (ley de los tres golpes o la tercera vencida). Con diferencias importantes, dependiendo del Estado, se agrava la pena, se impone la prisión perpetua o incluso se abre la posibilidad de imponer la pena de muerte, como ocurre, por ejemplo, en Pennsylvania, al cometer el tercer delito grave o violento. La aplicación de esta respuesta punitiva tan radical, ha provocado una serie de distorsiones, por ejemplo, los jueces transforman las imputaciones por delitos graves en delitos leves, los juríes se resisten a condenar cuando la condena significa la prisión perpetua. Rotman, Edgardo. "La prevención del delito", Ed. IJSA, Costa Rica, 1998, p. 95 y ss.*

A los primeros, el poder les asegura un estatus especial de impunidad;<sup>12</sup> a los otros, al no tener nada, no tienen nada que perder. Son los accionistas de la nada; no tienen propiedades ni un entorno social, quizá ni siquiera honor. Esto es lo que Jongman denomina la teoría de los vínculos.<sup>13</sup> En períodos en los que existen altos niveles de desempleo, aumenta el trabajo policial. Cuando el desempleo es masivo, se debilita la legitimidad de la desigualdad y desaparece la sensación de culpa.<sup>14</sup> La distribución desigual de los recursos afecta, indudablemente, el desarrollo de la delincuencia, por esta razón, la oferta de buenos trabajos, con salarios justos, viviendas decentes, instalaciones recreativas para todos, así como una acción policial preventiva que no reprima selectivamente y que respete los derechos individuales, son las medidas que aseguran una política de control de la delincuencia y de seguridad ciudadana en la que la represión no sea disfuncional e hipertrófica.<sup>15</sup>

Dudo mucho que por el momento la respuesta represiva, pueda desaparecer; sin embargo, las debilidades de las políticas sociales nos dejan un sabor amargo cuando vemos los resultados que provoca en el sistema penal. Sin embargo, no es posible que nos crucemos de brazos, esperando una política social, ignorando el inevitable diseño de una política criminal que aborde, a corto plazo, con cierto grado de eficacia, un problema que la ciudadanía estima prioritario.<sup>16</sup> En el corto plazo, es inevitable que el sistema penal recoja, ¡ojalá! en el menor porcentaje posible, los yerros y ausencias de la política social. La sociedad requiere respuestas, pues no podemos quedar cautivos frente a una

aspiración, resolviendo los problemas de seguridad ciudadana, con un lamento que añora y sueña con una política social integral y abrumadora. Este principio no puede convertirse en una evasión, que quizá podemos disfrutar profesores e investigadores, pero que resulta poco tranquilizadora para quienes tienen responsabilidades políticas inmediatas frente a las demandas sociales que exigen una convivencia más segura. La política social, es un marco indispensable, pero frente a ciertos problemas, se requieren respuestas específicas e inmediatas. Las soluciones de corto plazo, no pueden esperar el diseño de una política social que se asfixia frente a las demandas de una "deshumanizada globalización".

## II. La sensación de inseguridad. Las distorsiones de las percepciones

La percepción social sobre la inseguridad ciudadana, se magnifica y distorsiona en virtud de una serie de factores e intereses en los que se aprecian diversas manifestaciones del poder político y económico. Entre los de mayor trascendencia, deben destacarse:

- a. El poder policial, que procura justificar un aumento o conservación del vigoroso control que ejerce sobre las libertades públicas.
- b. El poder de los medios de comunicación social que pretenden capturar audiencia y controlar la percepción de la opinión pública, utilizando, en muchas ocasiones, un terrorismo informativo.

12. *La impunidad tiene muchos rostros, ocultos, contradictorios y vergonzosos. A mediados de 1998, el vicealmirante Eladio Moll, que fue jefe de inteligencia del régimen militar uruguayo, se refirió a los consejos de los asesores norteamericanos, quienes aconsejaban eliminar a los subversivos, después de arrancarles la información. Estas manifestaciones provocaron el arresto del "imprudente", a quien se le atribuyó el "delito de franqueza". Todos estos crímenes y otros más graves, se enterraron en nombre de la estabilidad de la democracia, promulgándose leyes de impunidad que desterraban la justicia, enterraban el pasado y convertían la amnesia en una virtud excelsa. Bien se dice que el "poder es impunidad". La impunidad premia el delito, induce y promueve su repetición, estimulando al infractor. La impunidad, el olvido, no puede ser el precio de la paz, aunque lo que ha ocurrido en muchos países al dictarse leyes de amnistía y de punto final, parece que ha convertido la justicia y la memoria en un lujo exótico. Galeano, Eduardo. "Patatas arriba. La escuela del mundo al revés". Editorial Siglo XXI, México, 1998, p. 207 ss.*

13. *Jongman analiza la situación de Groningen, un pueblo de Holanda. Señala que en los años treinta la tasa de desempleo era muy alta y hoy esta situación se repite. En ambas épocas el volumen de trabajo de la policía aumentó. Y en los dos periodos, los investigadores demostraron que el desempleo era un factor relevante que incidía en el aumento de los hechos delictivos. Christie, Nils. Ob. cit., (1993), p. 68.*

14. *Ib.*

15. *Así lo recomienda Jock Young en su trabajo titulado: Left Realism and the Priorities of Crime Control. Citado por Christie, Nils. ib., p. 69.*

16. *Según la encuesta Unimer-PNUD, el 50,9% de los entrevistados consideran que el principal problema que enfrenta el país es la inseguridad ciudadana. En segundo lugar se ubica la drogadicción. La influencia de los medios de prensa, puede provocar una inflación artificial en la percepción de inseguridad, pero debe admitirse, por otra parte, que algunas inquietudes y demandas de la sociedad civil en esta materia, son legítimas.*

- c. El poder político tampoco desprecia esta oportunidad. Mediante un discurso irracional y carente de sustento, los partidos políticos fortalecen, sin mayor compromiso, el apoyo electoral que nutre y reproduce el "clientelismo político". La influencia de los medios de comunicación colectiva, el temor generalizado que impera entre la ciudadanía, la orientación vindicativa que predomina en la sociedad, son también factores que limitan, seriamente, las opciones político-criminales más racionales. Ni los políticos con buena formación y de una trayectoria progresista, pueden escapar al asedio y la presión de estos factores. Es un dato real que no puede menospreciarse. La urgencia y complejidad de las demandas sociales sobre seguridad ciudadana, dificultan notablemente el desarrollo de una política criminal coherente.
- d. El poder económico no tradicional, que de esta forma logra que solo se perciba como criminales y lesivas, las actividades de las clases subalternas y que no se cataloguen algunas de sus actividades como acciones delictivas o socialmente lesivas,<sup>17</sup> tal como ocurre, por ejemplo, con las maniobras fraudulentas que realizan los agentes que intervienen en las actividades económicas dominadas por los monopolios o los oligopolios; dentro de esta categoría, también podría incluirse la cuidadosa planificación legal y financiera del "invisible" fraude tributario.

La sensación de inseguridad que vive el ciudadano costarricense, es un dato que se mantiene en los sondeos de opinión realizados en los últimos diez años. En una encuesta efectuada por CID-Gallup en el año 1990, se determinó que el ochenta y dos por ciento de la población considera que el país es inseguro o muy inseguro; en la

misma encuesta, el noventa por ciento estimó que la delincuencia había aumentado.

La investigación hecha por el PNUD en febrero de 1999, estableció que el cincuenta y cuatro por ciento de los entrevistados evitan caminar por las calles, en horas del día, por temor a ser asaltados; el sesenta y dos por ciento señaló que evita salir de noche porque no se sienten seguros y un treinta y siete por ciento manifestó que incluso se sentía inseguro en su casa.

La encuesta que se hizo en ocho ciudades de América Latina y en España (investigación patrocinada por la Organización Panamericana de la Salud y que realizó el Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa Rica en 1996 y 1997), determinó que un veintitrés por ciento de los encuestados se siente algo o muy inseguro en las calles durante el día; un cincuenta y uno por ciento, aproximadamente, se siente muy inseguro en las calles durante la noche; un cuarenta y cinco por ciento percibe mucha inseguridad en los medios de transporte y un ochenta y uno por ciento estima muy inseguro el centro de la ciudad. Dentro de la misma muestra, se estableció que solo un 11,4% se siente inseguro en su propio hogar.<sup>18</sup>

Aunque en el caso de Costa Rica, se ha establecido que los datos estadísticos sobre la criminalidad no justifican los altos índices que se alcanzan en la percepción sobre la inseguridad, según se mencionó, sin embargo, esta impresión no puede menospreciarse, ya que, como bien se estableció mediante el teorema de Thomas, estas percepciones, aunque no tengan un sustento real,<sup>19</sup> sí pueden ser reales en sus efectos. El teorema de Thomas establece que "Si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias". La engañosa validez de la profecía que se cumple a sí misma perpetúa el reinado del error, pues el profeta tomará el curso real de los hechos como una prueba irrefutable de que los hechos, en su origen, también son ciertos. Es una muestra de las perversidades que ocasiona la lógica social. Este

17. Estos factores los identifica muy bien Zaffaroni, *ob. cit.*, p. 178.

18. Fournier, Marco Vinicio. "La violencia en Costa Rica: un problema estructural", publicado en *Revista de Ciencias Penales*. Costa Rica N° 16, mayo de 1999, p. 57.

19. Se ha podido establecer que Costa Rica muestra niveles relativamente bajos de victimización, en comparación con otros países, como Colombia, Brasil, El Salvador, salvo Chile y España, en donde ciudades como Santiago y Madrid, sí presentan índices inferiores de victimización. Realmente no existe una relación entre los niveles de victimización reportados, así como las tasas de delincuencia de los últimos años y la percepción de inseguridad que desemboca, fácilmente, en la legitimación de medidas violentas y desproporcionadamente represivas. Un buen ejemplo de esta falta de conexión entre las cifras reales de delincuencia y la percepción de inseguridad, es que el sesenta y ocho por ciento de los homicidios se producen entre conocidos. Fournier, *ib.*, pp. 57-59.

teorema sociológico permite comprender, en gran parte, la dinámica de los conflictos raciales y étnicos.<sup>20</sup> Si la ciudadanía tiene una alta percepción de inseguridad, adoptará acciones y actitudes agresivas y violentas, tal como se ha comprobado en Costa Rica, al establecer que un 27,5 % de los entrevistados en la encuesta realizada por la Universidad de Costa Rica, consideró necesario adquirir un arma; de igual forma, un treinta y ocho por ciento estimó legítimo que la ciudadanía enjuicie y sancione al infractor, excluyendo el sistema judicial.<sup>21</sup> El sentimiento de inseguridad, aunque no tenga un sustento real, tal como se expuso, fortalece los patrones culturales proclives a la violencia, lo que desemboca en acciones violentas,<sup>22</sup> autoritarismo y escasa capacidad en el manejo de los conflictos.<sup>23</sup>

El sentimiento de inseguridad, no puede menospreciarse. Es un dato que requiere una respuesta específica, en la que se enfrente las causas reales que provocan la inseguridad y que al mismo tiempo, se neutralicen los factores que la hipertrofian.

### III. Los tradicionales problemas de la policía. El incumplimiento de las demandas de la sociedad civil

Asumiendo las limitaciones y la trascendencia de todos los principios comentados, las deficiencias de la policía costarricense responden a un abandono, consciente o inconsciente, de un servicio público al que no debe renunciar el Estado, aunque en la práctica lo ha hecho en los últimos veinticinco años. La policía es un asunto mucho más serio y complicado de lo que parece. Solo durante las campañas políticas el problema de la policía y de la seguridad ciudadana adquiere trascendencia.

### 1. La policía administrativa.

No me es posible valorar en este espacio todas las variables que influyen en la situación de la policía administrativa. Creo que ha sido un tema que por diversos factores, no obstante el loable esfuerzo de los ministros de Seguridad que han ocupado ese cargo en las últimas administraciones, especialmente los licenciados Luis Fishman y Juan Diego Castro, así como la Licda. Laura Chinchilla, no han logrado los resultados propuestos en los mismos planes del Poder Ejecutivo. La policía debe tener la confianza y la consideración de la ciudadanía, sin embargo, en nuestro país, ocupa uno de los últimos lugares en la evaluación de la opinión pública.<sup>24</sup> Por diversas razones, la policía no se ha enfocado como un servicio público que debe cumplir con exigencias mínimas de eficiencia. Los parámetros a los que debe responder la evaluación de la policía no se refieren, exclusivamente, al número de detenciones y a su presencia en las calles. Su comunicación y accesibilidad respecto de los ciudadanos, su prestigio y confiabilidad, los procedimientos de investigación, sus estrategias preventivas, su capacidad de responder a las demandas de los ciudadanos, etc., son los parámetros que deben evaluarse, periódicamente, sobre el desempeño de la organización policial.

Algunos de los parámetros citados, ya fueron evaluados en una encuesta de Unimer-PNUD (1998). Respecto de la percepción sobre el trabajo de la policía uniformada, los resultados de la consulta, son los siguientes:

20. Merton, Robert: "Teoría y estructura sociales". Fondo de Cultura Económica. México, 1970, p. 419 y siguientes.

21. Según informa la prensa, el siete de octubre de 1998, el señor Rafael Ángel Chaves Arguedas fue víctima de la incontrolable furia y deseo de venganza de un grupo de vecinos de un barrio de Tibás, que sin preguntarle nada, lo detuvieron y lo agredieron de tal forma que se le debió trasladar al Hospital México. Una hora antes de este hecho, los vecinos de una barriada detuvieron a un delincuente, quien señaló a sus improvisados captores y a los policías, que su cómplice llegaría pronto en un "pick-up". Sin mayor descripción, los enfurecidos vecinos "capturaron" a la primera persona que pasó, correspondiéndole tan indeseable "privilegio" al señor Chaves; no se le hizo ninguna pregunta, en realidad no interesaba su identidad. La turba lo golpeó salvajemente. Ver La Nación, artículo titulado: Presa de la irritación, 10 de noviembre de 1998, p. 5-A.

22. El linchamiento y la pena de muerte se convierten en la respuesta simplista e irracional de una ciudadanía abrumada por los miedos reales e irreales. Incluso se aplauden las acciones de los escuadrones de la muerte, que con la complicidad de la policía, ejecutan ciegamente a pobres y marginados. Estas respuestas radicales, ignoran los factores socioeconómicos que provoca la delincuencia, especialmente el desempleo, la drogadicción, la poca movilidad social, la concentración de la riqueza, la injusticia social. Mediante el "exterminio de los delincuentes comunes" se exonera de responsabilidad a un orden social que ignora las dimensiones estructurales de su injusticia. Según lo cita Galeano, (1998, ob. cit., p.88) a finales de 1997, en Louisiana se promulgó una ley que autorizaba a cualquier automovilista a matar a quien intentara robarle, aunque el ladrón estuviese desarmado.

23. Fournier, ob. cit., p.59.

24. La policía uniformada, según encuesta Unimer-PNUD, goza de un nivel de confianza de 4,6 por ciento, por debajo de la Iglesia Católica (6,8), Defensoría de los Habitantes (6,7), OIJ (6,1), Medios de Comunicación (5,8), Tribunales de Justicia (5,7).



**PERCEPCIÓN SOBRE EL TRABAJO DE LA POLICÍA UNIFORMADA**

|                                                                           | 0% | 20% | 40% | 60% | 80% |
|---------------------------------------------------------------------------|----|-----|-----|-----|-----|
| ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia                        | 0% | 20% | 40% | 60% | 80% |
| Son honestos                                                              |    | 31% | 17% |     | 52% |
| Son eficientes                                                            |    | 31% | 14% |     | 55% |
| ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.<br>Inspiran confianza |    | 36% | 15% |     | 49% |
| Tratan correctamente a los ciudadanos                                     |    | 38% | 15% |     | 48% |
| Responden con prontitud                                                   |    | 26% | 8%  |     | 66% |
| Se nota su presencia                                                      |    | 34% | 8%  |     | 58% |
| Se siente protegido con su presencia                                      |    | 31% | 9%  |     | 60% |

**De acuerdo**

**Ni Ni En  
de acuerdo desacuerdo desacuerdo**

Los resultados obtenidos son desalentadores, pues solo tres de cada diez ciudadanos, aproximadamente, piensan que la policía es honesta,<sup>25</sup> eficiente y que responden con prontitud.<sup>26</sup> A pesar del evidente desprestigio de la policía, el desarrollo de una vigorosa política, preventiva y represiva, frente a los actos impropios de los agentes policiales, no se ha convertido en un objetivo político

prioritario. Los jefes del Ministerio de Seguridad Pública han admitido públicamente, que por falta de personal y de recursos materiales, han prescrito seiscientos nueve denuncias en las que se les atribuía actos impropios a unos quinientos agentes policiales; el Ministro de Seguridad Pública admitió, incluso, que el total de asuntos prescritos podría llegar a mil quinientos.<sup>27</sup> Estos datos demuestran

25. Los problemas de corrupción de la policía, son graves. De los doscientos efectivos que tiene el Cuerpo de Radiopatrullas, cincuenta y ocho son investigados por delitos graves, como agresión y abuso sexual, sustracción de dinero a particulares, ebriedad en horas laborables, aceptación de sobornos, etc. Según cifras extraoficiales, el número de miembros de la policía uniformada que realiza labores preventivas es de siete mil y se investigan por actos impropios o de corrupción unos cuatro mil cien casos. Un número importante de estos asuntos se investiga desde el año 1993. Ver periódico La Nación. Reporte titulado "Corrupción policial amenaza seguridad", 22 de junio de 1997, p. 4 y 5.

26. Según lo informa La Nación, en el artículo mencionado supra, del 22 de junio de 1997, para el servicio de la ciudad capital, con casi un millón de habitantes, solo se contaba con treinta y siete radiopatrullas en buen estado, de las cuales debían destinarse diez a labores de vigilancia en puntos fijos y solo quedaban veintisiete para labores de patrullaje. Con estos recursos, difícilmente un ciudadano puede recibir el apoyo de la policía dentro de un plazo razonable.

27. La jefa de prensa del Ministerio de Seguridad Pública destacó que "...Los casos prescritos corresponden a denuncias formuladas entre 1995 y 1996...". El Ministro de Seguridad Pública, Ing. Juan Rafael Lizano, admitió que el total de casos prescritos podría ascender a mil quinientos. Uno de los factores que provocó la prescripción de todas estas causas fue el poco personal de la oficina de Inspección Policial del Ministerio de Seguridad Pública. Según refirió uno de los informantes, "...Había funcionarios que tenían a su cargo hasta trescientas causas, y lógicamente no teníamos el tiempo necesario para atenderlas todas... Otro señaló que en ciertos casos el personal encargado de evitar la prescripción no estaba debidamente preparado...". Entre los asuntos prescritos, se incluye una causa contra un comandante de la Zona Sur y dos altos funcionarios de la sede central del Ministerio de Seguridad Pública. Ver periódico La Nación, artículo titulado: "Presunta corrupción policial. Prescritas 609 denuncias", nueve de noviembre de 1998, p. 8-A.

muy bien las gravísimas debilidades de la política de seguridad ciudadana que tradicionalmente ha imperado en Costa Rica.<sup>28</sup> No es posible que el Ministerio encargado de la seguridad pública, no cuente con suficientes recursos para controlar y reprimir a los agentes policiales que en lugar de proteger a la ciudadanía, la convierten en víctima de sus abusos y excesos.<sup>29</sup> Paradójicamente, la corrupción y la ineficiencia policial se transforman en un importante factor de inseguridad ciudadana.

En este punto, lo que ha hecho la policía de New York y otras policías, puede sugerir algunas soluciones interesantes. En algunos puntos, la política desarrollada por la policía neoyorquina, no se ajusta a nuestros valores constitucionales, pero sin duda alguna, **la descentralización de la policía, su presencia en las calles, la sistematización y análisis periódico de información, el diseño de estrategias de prevención y la participación de otras instancias de la sociedad civil, son realmente aspectos muy valiosos que deben considerarse respecto de la estrategia desarrollada por la policía neoyorquina.**<sup>30</sup> Este enfoque ha sido exitoso, pues el índice de criminalidad ha declinado en New York desde 1993.<sup>31</sup> Sobre este punto no expondré mayores consideraciones, porque es un tema que requiere una evaluación específica.

Las deficiencias de la policía preventiva, la inseguridad ciudadana, el sentimiento de orfandad que percibe el ciudadano frente a la pequeña y mediana criminalidad, son temas que requieren una atención prioritaria.<sup>32</sup> La policía costarricense no ofrece realmente un servicio visible. No son muchos los lugares a los que puede acudir la víctima de hecho delictivo.<sup>33</sup> Por ejemplo, el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), no investiga los hurtos inferiores a 47.500 colones. Tampoco los daños inferiores a dicha suma. Estos son algunos ejemplos que demuestran el abandono institucional que sufre el ciudadano cuando le hurtan o le dañan un bien cuyo valor sea inferior a los cuarenta y siete mil colones. Ni se preocupa por plantear la denuncia, porque no obtendrá ninguna respuesta. Pero tampoco percibe una reacción medianamente aceptable de la policía administrativa. Esta indefensión crea un inconveniente sentimiento de anomia que agrava la sensación de inseguridad.

La pasividad de la policía estatal se agrava por la confusión que existe respecto de las potestades de detención que tiene un policía, ya que en virtud de un fallo de la Sala Constitucional, se ha interpretado que si se trata de un hecho contravencional, no puede detenerse al infractor sorprendido en flagrancia. Esta lógica no la comprende el ciudadano que sufre una agresión o perturbación y acude, sin éxito, a solicitar la intervención de la policía preventiva.

28. *La ausencia de profesionalismo, las graves deficiencias de capacitación, la fuerte inclinación a la comisión de delitos por parte de los agentes policiales, las detenciones selectivas y arbitrarias, la ausencia de una política nacional policial, son las disfunciones más graves del sistema policial costarricense. Así lo destacó la Comisión Costarricense de Derechos Humanos en su informe número cuatro sobre la situación de los derechos humanos en 1991-1992. Citado por Zamora Cordero "Delito y seguridad de los habitantes" "La situación de Costa Rica", Ed. Siglo XXI, México, 1997, pp. 316-317.*

29. *La corrupción policial, sus arbitrariedades y excesos, convierten a los cuerpos policiales en instancias de "inseguridad y temor". Amnistía Internacional estableció, conforme a fuentes oficiosas de la policía mexicana, que los agentes uniformados son autores de seis de cada diez delitos cometidos en la capital mexicana. En la ciudad de Washington se requieren catorce agentes para capturar a cien delincuentes en un año, en París se necesitan quince agentes, dieciocho en Londres, sin embargo, en México se requiere la intervención de mil doscientos noventa y cinco policías. Galeano, ob. cit., 1998, p. 87.*

30. Safir, Howard. "The Compstat Process". Police Department City of New York.

31. *El plan de New York fue impulsado por William Bratton, Comisionado de la Policía del Estado de Nueva York. Partió del supuesto de que la represión de todas las infracciones, hasta las más pequeñas, evita la producción del ambiente de desorganización y disuade de esta manera de cometer delitos más graves. Se le prestó atención a las infracciones menores, a las que se consideró como lesivas de la calidad de vida, aplicándose, además, un complejo sistema de computadoras para localizar y seguir la pista de los delitos urbanos, descentralizando la organización policial. En un periodo de dos años se incrementó, en un veinticinco por ciento, disminuyendo en un 39 % el número de homicidios y el número de delitos violentos y ataques contra la propiedad, que también disminuyó espectacularmente. Al plan se le formularon críticas, señalando que la disminución del índice delictivo se debía a otros factores como las fluctuaciones en el mercado de drogas, el aumento en cinco mil policías, cambios demográficos, etc. Debe mencionarse que al aplicarse políticas de arresto más severas, también aumentaron las quejas por abusos policiales, especialmente en las zonas en donde la tasa de comisión de delitos violentos era la más marcada. Rotman, Edgardo. Ob. cit. (1998), p.102.*

32. *El sesenta y siete por ciento de las personas víctimas de delitos, no denuncian los hechos. La victimización es muy alta, especialmente en delitos como el robo o asalto en lugar público, robo o asalto en vivienda y robo de automotores. (Ver encuesta Unimer-PNUD).*

33. *La policía administrativa casi no cuenta con oficinas a las que el ciudadano pueda acudir cuando ha sido víctima de un delito. Además, del treinta y tres por ciento que denuncian los hechos, el setenta y seis por ciento percibió que la policía no realizó ninguna actividad de investigación, ni tampoco brindó una explicación. (Ver encuesta Unimer-PNUD).*

Es indiscutible que la percepción de la ciudadanía sobre la inseguridad se concentra en los delitos contra la propiedad y las acciones que lesionan la integridad corporal. Se ha establecido que los delitos que se denuncian con mayor frecuencia son: robo o asalto en lugar público (60%), robo o asalto en vivienda (39 %), robo de vehículos (11%)<sup>34</sup>. Debe tomarse en cuenta, además, que la victimización no se refiere, exclusivamente, a delitos muy graves, sino a hechos que en abstracto no lo parecen, tal como ocurre con los daños menores, que es una contravención, las amenazas, las lesiones levisimas, la perturbación por escándalos, etc. Los datos citados adquieren mayor relevancia si se toma en cuenta que el 67% de las personas no denuncian las acciones criminales.<sup>35</sup>

Este porcentaje sugiere un alto nivel de desconfianza sobre la acción policial, indicando, por otra parte, la poca confiabilidad de las cifras sobre las denuncias por actos delictivos. Se podrían obtener datos más fidedignos mediante encuestas de victimización, pues como se expuso, las cifras sobre hechos delictivos denunciados, no reflejan, de ninguna manera, la victimización real ocasionada por los actos criminales.

## 2. La policía judicial. Cuestionable eficacia en la investigación de los delitos contra la propiedad.

En cuanto a la eficacia de la investigación policial, se aprecian las siguientes deficiencias:

- a. Ninguna agencia estatal se encarga, realmente, de la investigación de los delitos menores y contravenciones. El OIJ sólo investiga los hechos graves o de mediana gravedad. Es decir, no existe una respuesta de las autoridades de policía cuando un ciudadano se siente agraviado por un delito de escasa gravedad o una contravención.

Respecto de la policía administrativa, tampoco existen registros estadísticos fidedignos y sistemáticos que permitan evaluar la eficacia de sus acciones e intervenciones. La policía preventiva costarricense no posee un sistema de información que permita evaluarla periódicamente.

- b. Respecto de la eficiencia de las investigaciones de la policía judicial, debe analizarse con mejores criterios y con mayor profundidad.

**La elaboración de un informe y el éxito en la investigación:** la policía judicial considera que un caso está resuelto, cuando elaboran un informe con indicios. Este es un criterio subjetivo que no permite determinar realmente la eficiencia en la investigación. Se trata de un parámetro poco confiable, pues depende de una valoración subjetiva y circunstancial.

En relación con los delitos en los que se registra una mayor incidencia de victimización,<sup>36</sup> pueden destacarse algunas particularidades.

En 1998 se denunció, en todo el país, 2.021 casos de robo de vehículos, resolviéndose 603,<sup>37</sup> es decir, un 29 %, aproximadamente. De cien víctimas, sesenta y una no reciben una respuesta medianamente satisfactoria.

En lo que corresponde a los asaltos denunciados en Costa Rica, ante el OIJ, se recibieron 2.225 denuncias y se resolvieron con informe 237, es decir, un 10 %, aproximadamente. Este parece ser un porcentaje muy bajo de éxito.

En cuanto a los robos, ingresaron 6.898 casos en todo el país y fueron resueltos 315, es decir, un cuatro por ciento, aproximadamente.

Veamos las cifras de la Delegación del OIJ de Alajuela, Cartago y Heredia (1997):

34. Ver encuesta Unimer-PNUD.

35. *Ibíd.*

36. Conforme a la encuesta Unimer-PNUD, los delitos más frecuentes que ha sufrido el costarricense en el año 1998, son el robo de vehículos (once por ciento), robo o asalto a vivienda (treinta y nueve por ciento), robo o asalto en un lugar público (sesenta por ciento).

37. Conforme a las estadísticas de la policía judicial, un caso terminado es el que concluye con un informe. Es un parámetro muy formal que no brinda una imagen exacta sobre lo que realmente significa una investigación exitosa.

- a. Robo con fuerza sobre las cosas: En Alajuela ingresaron 990 denuncias y se resolvieron, de ese año, 57, es decir, un cinco por ciento, aproximadamente. En Cartago, ingresaron 794 denuncias por el mismo delito y se resolvieron setenta y dos, es decir, se concluyeron con informe, un nueve por ciento, aproximadamente. Heredia reporta en este tipo de delitos 1.045 denuncias y se concluyeron con informe cuarenta y cuatro asuntos. Esta cifra representa un porcentaje que no alcanza el cinco por ciento.
- b. Robo en medios de transporte: En Alajuela se denunciaron 319 casos y se resolvieron 117, es decir, un tercio de los casos (treinta y seis por ciento, aproximadamente). Cartago reporta 153 denuncias y se concluyeron con informe treinta y dos asuntos, cifra que no representa el veinte por ciento de los hechos denunciados. En Heredia fueron reportadas 345 denuncias y se concluyeron ciento once asuntos, lo que representa un treinta y cinco por ciento.
- c. Robo con violencia sobre las personas: En Alajuela se denunciaron 266 casos y se resolvieron cincuenta, es decir, un dieciocho por ciento. En Cartago se presentaron ciento noventa y ocho denuncias y se concluyeron 41 casos, lo que representa un porcentaje del veinte por ciento, aproximadamente. Heredia reporta trescientos noventa y dos denuncias, finalizándose cincuenta y nueve asuntos, lo que constituye un quince por ciento de los casos. Estos porcentajes de casos resueltos, merecen un análisis pormenorizado, porque además de que en algunos casos el éxito en la investigación es discutible, no puede

ignorarse que el criterio para considerar que un caso puede catalogarse como un caso resuelto, es muy subjetivo y circunstancial, como bien se expuso, ya que no todos los asuntos con indicios permiten al Ministerio Público plantear una acusación. En estos delitos, por diversos factores, la eficacia de la investigación de la policía judicial, es muy dudosa. Debe destacarse que se trata de los delitos que alcanzan los índices más altos de victimización, circunstancia que agrava la sensación de inseguridad e impotencia de la ciudadanía frente a las acciones delictivas. Un alto porcentaje de los denunciados, no reciben una respuesta satisfactoria a su demanda,<sup>38</sup> sin ignorar, como ya se citó, que sólo un treinta y tres por ciento de las víctimas denuncia el delito. El porcentaje restante ni siquiera se toma la molestia de interponer la denuncia. Entre los que no denuncian el hecho y los que denuncian y no reciben una respuesta satisfactoria, converge una opinión muy desfavorable sobre la confiabilidad de los servicios policiales, tanto en su dimensión preventiva, como en la represiva.

Es indiscutible, por otra parte, que en los delitos contra la propiedad, se requiere una labor eficiente de la policía preventiva (administrativa), lo que evidentemente no es posible alcanzar, porque la policía uniformada carece de los recursos mínimos que le permitan brindar un buen servicio. La profesionalización de nuestra policía administrativa, sigue siendo una aspiración lejana y la presencia policial en las calles y pueblos,<sup>39</sup> no responde a pautas institucionales que permitan alcanzar un nivel de eficacia aceptable.

38. Según la encuesta Unimer-PNUD, el 76,1% de los que solicitaron la intervención de la policía administrativa, del OIJ o del Ministerio Público, señalan que no recibieron ninguna respuesta de dichos organismos. (Ver comentario publicado en el diario La Nación, del 22 de marzo de 1999, p. 6-A).

39. No existen pruebas empíricas fehacientes que hayan demostrado una relación directa entre las tasas delictivas y las estrategias patrulleras, sin embargo, los expertos en el tema también indican el peligro de la abolición de las funciones de patrulla. La mejor posibilidad para mejorar el patrullaje es el empleo de las patrullas "dirigidas", que asignan actividades de vigilancia específicas a sus miembros dentro de zonas designadas y basadas en estudios sobre la zona, identificando las actividades que merecen ser reprimidas. El problema de Costa Rica, es que realmente no existe un nivel aceptable de labores sistemáticas de patrullaje y vigilancia. RICO Y SALAS. "Inseguridad ciudadana y policía", Ed. Tecnos, España, 1988, p. 99 y ss.

#### IV. La privatización de la seguridad

Los excesos y distorsiones que ha ocasionado la Ley de Armas,<sup>40</sup> así como el crecimiento desmedido de las empresas de seguridad privada, parecen señalar la posibilidad de que el Estado costarricense, quizá inconscientemente, haya orientado su política hacia la privatización de la seguridad ciudadana. Es un tema sobre el que no ha existido un amplio debate, pero que incluso plantea serios cuestionamientos constitucionales. El retraimiento del Estado frente a los problemas de seguridad y de prevención policial, no solo puede constituir una renuncia inadmisiblemente a una de sus funciones fundamentales, sino que también puede convertirse en un instrumento que promueve la acción violenta de los ciudadanos cuando detienen a los sospechosos de una acción delictiva.<sup>41</sup>

La función preventiva de la policía tiene íntima relación con el ejercicio de potestades y garantías constitucionales, por esta razón las actividades de las policías privadas, deberían ser residuales. Por desgracia, dentro del "ciclón de privatizaciones" que impera, la privatización de la seguridad ciudadana se ha convertido en un expediente fácil que le permite al Estado incumplir una de sus funciones esenciales. La privatización de la seguridad no debe ser uno de los objetivos fundamentales en el diseño de una política integral de seguridad ciudadana.

El desarrollo del sector de seguridad privada presenta graves peligros para la libertad individual, provocando una inconveniente ampliación del control social, sin contar con los límites establecidos para el sector público.<sup>42</sup> De igual forma, se debilitan los condicionamientos constitucionales de la actividad policial, provocando mayor vulnerabilidad de la intimidad, al transferirse las labores de vigilancia asignadas a una entidad pública, que sí cuenta con límites más claros, a un ente privado, cuya orientación fundamental responde a los intereses de su patrón.<sup>43</sup>

La privatización de la seguridad fortalece la inevitable discriminación del sistema penal, al permitir, en primer término, que los sectores económicamente poderosos paguen para no verse implicados en situaciones embarazosas en las que podría intervenir el sistema penal. En segundo término, la discriminación también se fortalece, ya que la policía privada no protege las áreas e intereses de las clases subalternas, agravándose la tradicional victimización de estos sectores sociales, quienes son los que más sufren robos simples, violencia y vandalismo.<sup>44</sup>

La privatización de la seguridad convierte una obligación del Estado, en un bien del que solo pueden disfrutar, plenamente, los que tienen dinero para sufragar sus costos. De esta forma, la clase gobernante reduce su interés de contar con un buen servicio policial estatal,

40. Como bien lo expone Elías Carranza, aunque es indudable la incidencia de otras variables, es indiscutible la relación que existe entre el aumento de las armas de fuego y el crecimiento de la tasa de los homicidios. La Ley de Armas y Explosivos, sancionada el ocho de julio de 1995, en la práctica ha propiciado un mayor número de gente armada. "...En efecto, la ley autoriza que las personas mayores de dieciocho años posean hasta tres revólveres o pistolas calibre 45, con lo cual una familia tipo de cuatro personas, puede poseer una docena de armas que son de uso de cintura de los cuadros de los ejércitos de la región...". Carranza, Elías. "Seguridad frente al delito en Costa Rica. Estado de la Nación, 1996", publicado en la obra titulada: "Sistemas Penales y Derechos Humanos". CONAMAJ, Costa Rica, 1997, p. 77.

41. Los linchamientos y cualquier otro mecanismo violento de sanción que se ejerza directamente por la población, se fortalece ante los débiles mecanismos de control de estas acciones tumultuarias, así como la certeza de que los sospechosos de las acciones delictivas, escaparán de la respuesta punitiva del Estado. Estos dos factores se convierten en un círculo vicioso que reproduce y fortalece la represión violenta e ilegal. Han Chen, Pablo. "Los linchamientos en el Estado de Derecho Venezolano 1995-1996." Capítulo Criminológico. Univ. del Zulia. Vol. 26 N° 1, 1998, p. 87.

42. Se determinó en Venezuela, que la actuación de las empresas de seguridad privada pueden vulnerar, en cualquier momento, derechos individuales fundamentales. Puede vulnerarse el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad de tránsito, la vida privada o privacidad, a la propia imagen, la igualdad y a la inviolabilidad de la correspondencia. Estos derechos pueden conculcarse, no solo por actos abusivos o arbitrarios, por la propia naturaleza de los servicios prestados, tal como ocurre, con la investigación sobre personas y bienes. Lo más grave es que no existe un desarrollo legislativo e institucional, que proteja a las personas de las actuaciones abusivas de las empresas de seguridad privada. Morais de Guerrero, María. "Servicios de Seguridad Privada en Venezuela. Políticas estatales, ordenamiento jurídico y percepción social". Capítulo Criminológico. Univ. del Zulia. Venezuela. Vol. 26 N° 2, 1998, p. 89.

43. Rico, José María y Salas, Luis. Ed. Tecnos, España, 1988, p. 167.

44. Christie, Niels. Op. cit. (1993), pp. 115-116.

empeorando, aún más, la inseguridad de los sectores sociales que no pueden contratar servicios policiales privados.<sup>45</sup>

Respecto de los ciudadanos de escasos recursos, la privatización de la policía parece sugerirles que no merecen disfrutar de los servicios de seguridad estatales.

El control de esta actividad, suscita múltiples interrogantes. No es fácil controlar a la policía privada,<sup>46</sup> quizá presenta mayores dificultades que las que deben superarse con la supervisión de la policía estatal. Tampoco es sencillo impedir que agencias de seguridad estatales contraten agentes privados, para que hagan lo que no se le permite hacer a la policía pública. Las agencias de seguridad privadas tienen mayor capacidad de sobrevivencia que las agencias represivas estatales, porque si cae el régimen, tienen mayor protección, pues pertenecen

“...a un tipo de organización en la que tanto los intereses internacionales como nacionales se ocupan de que se les permita seguir existiendo. La Gestapo y las tropas de la S.S. fueron eliminadas después de la Segunda Guerra Mundial, pero las empresas que facilitaron los equipos para los campos de concentración, y que recibieron a los prisioneros y los hicieron realizar trabajos forzados, siguen existiendo en Alemania...”<sup>47</sup>

## V. Las contravenciones y su impunidad. Una grave omisión para la seguridad ciudadana

En el plazo abstracto, las contravenciones no son conductas particularmente lesivas o de relevancia crimi-

nal, pero su impunidad provoca una grave sensación de inseguridad. La pena de multa no puede hacerse efectiva, en virtud del fallo de la Sala Constitucional que estableció que no podía convertirse el incumplimiento del pago de la sanción pecuniaria, en una pena privativa de libertad, pues tal conversión contravenía la prohibición constitucional sobre la prisión por deudas.<sup>48</sup> Algunos jueces contravencionales me comentan que si un infractor no acata la orden de presentación al despacho, tienen graves dificultades si pretenden ordenar su presentación coactiva, pues la policía judicial no ejecuta órdenes de presentación por contravenciones y la policía administrativa, en muchas ocasiones, tampoco ejecuta la orden. No es inusual que la policía administrativa no ejecute tales mandatos, porque no cuenta con suficientes agentes para realizar las múltiples labores que les corresponden.<sup>49</sup>

Es indiscutible que la sensación de inseguridad, se agrava ante la inoperancia de las agencias policiales y de los tribunales. La despenalización puede ser una respuesta satisfactoria, en algunos casos, sin embargo, respecto de otras conductas, se requiere una respuesta preventiva o represiva.

En cuanto a las penas aplicables a las contravenciones, la multa no tiene ninguna eficacia como sanción, porque al impedirse su conversión en prisión ante el impago del infractor, según lo que determinó la Sala Constitucional, ha perdido su coercitividad y eficacia. Paradójicamente esta decisión provoca un endurecimiento del sistema penal, porque al excluirse la multa, se mantiene como pena principal, la pena de prisión, cuya coercitividad y eficacia no se ha debilitado, tal como ha ocurrido con la

45. *Ib.*

46. *La debilidad del régimen de controles sobre la policía privada se ha comprobado, recientemente en Venezuela. Se detectó la inoperancia y laxitud de los controles. Ante la incapacidad del Ministerio de Relaciones Interiores para cumplir su función contralora, los propios empresarios han solicitado las inspecciones, financiando supervisiones estatales e introduciendo sus propios mecanismos de control. Ver Moraes de Guerrero, María. Ob. cit., p. 79 y 85.*

47. *Ib.*

48. *Ver voto 2668-94 de la Sala Constitucional. Esta decisión de la Sala Constitucional tiene un sustento lógico cuestionable, porque la obligación de cancelar la multa no proviene de una deuda, sino que se trata de una sanción que se impone en virtud de una infracción penal. No es posible homologar el incumplimiento de una deuda patrimonial en el contexto de una obligación civil, con una sanción penal que se impone en virtud de un hecho criminal. Los presupuestos son totalmente diferentes, por esta razón no se justifica catalogar la conversión de la multa en prisión como una prisión por deudas.*

49. *En un informe de abril de 1999, elaborado por una Comisión Legislativa que analizó la criminalidad en Costa Rica, se destacan las graves limitaciones de recursos humanos que enfrenta la policía costarricense: la Guardia Rural tiene tres mil agentes, el mismo número que hace veinte años; de los siete mil quinientos policías que hay en el país, solo seiscientos veinticinco tienen derechos a incentivos. Respecto de las limitaciones en equipos y recursos materiales, las necesidades son evidentes. (Ver información del periódico La Nación, titulada: "Estado falla en seguridad", publicada el jueves quince de abril de 1999, p. 4-A.*

pena pecuniaria. La cuestionable decisión de la Sala Constitucional, ha desterrado una sanción alternativa de indiscutible valor político-criminal. Por otra parte, tampoco tiene mucho sentido pensar en la posibilidad de embargar los bienes de quienes no cancelan la multa, tal como se propone en el artículo cincuenta del proyecto de Código Penal (última versión de 1998), en el que se establece que "...Si la persona condenada tiene bienes propios, el Juez podrá exigir que se otorgue garantía sobre ellos, y en caso de que esta no cubra la multa dentro del plazo correspondiente, ordenar su embargo y posterior remate...".

La norma que se propone, presenta las siguientes limitaciones:

1. Asume que todos los infractores son de clase media. De todas maneras, la pena no tendría ninguna eficacia y coercitividad frente a los que no tienen ningún bien embargable, que representan un importante sector de los infractores.
2. Ignora las graves dificultades burocráticas que suscita un cobro judicial como el que se propone. No tiene mucho sentido que después de un proceso con todas las garantías, el Estado dedique una mayor cantidad de recursos para hacer efectiva una pena estatal, cuya imposición y eficacia siempre debe ser inmediata. Convertir la coercibilidad de la sanción criminal en un embargo, la transforma en un medida coercitiva civil.

Realmente la multa dejó de ser una pena estatal. Esta consecuencia debe asumirse plenamente. Dejó de serlo desde el momento en que se impide imponer un procedimiento de conversión en prisión o quizás aplicar otra pena intermedia, como el arresto de fin de semana, por ejemplo; no tiene mucho sentido que una sanción penal se convierta en un procedimiento coercitivo de cobro

ante la jurisdicción ordinaria. El procedimiento se burocratiza en exceso, desconociéndose que debe existir, conforme al viejo principio al que se refieren Beccaria y Mirabeau, el plazo más breve posible entre la ejecución del delito y la imposición de la sanción y su cumplimiento.<sup>50</sup>

Respecto a un importante número de infracciones tipificadas como contravenciones, podrían aplicarse algunos de los presupuestos de la teoría de la "ventana quebrada",<sup>51</sup> lo que supone el control y respuesta eficaz frente a ofensas menores, cuya incidencia deteriora, indudablemente, la sensación de seguridad de la población. El control eficaz de múltiples conductas menores, restaura la confianza de la ciudadanía. Este control no supone, para todos los casos, medidas privativas de libertad, otras respuestas, como la clausura de propiedades o locales en los que se producen desórdenes públicos, trabajo comunal, arrestos de fin de semana, pago integral del daño, etc., pueden ser una medida apropiada frente a estas conductas, que en algunos casos, sus efectos no son nada despreciables, como ocurre con la prostitución en las calles, la contaminación sónica, tanto en sitios públicos como en recintos privados, agresiones y amenazas, etc. La estrategia de la ventana quebrada rompe el criterio tradicional que siempre ha dejado sin respuesta las ofensas menores. Tal impunidad tiene un efecto criminógeno, pues deja la impresión entre infractores y ciudadanos, que actos más graves, también serán tolerados. Se supone que el control y respuesta sobre las faltas menores, puede tener un efecto preventivo, si la reacción estatal es apropiada, oportuna y proporcional. Esta estrategia incluye otros aspectos como los crímenes cometidos en el tráfico de autos, control de corrupción policial, disminuir el colapso vehicular, estímulo a la cortesía, profesionalismo y respeto de la policía hacia el ciudadano y finalmente, una estrategia que permita localizar y presentar a todos los acusados que incumplen sus obligaciones procesales o que se encuentran rebeldes.<sup>52</sup>

50. Como bien lo señaló Beccaria: "...Cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil..." Indudablemente el pensador milanés destaca en este aspecto el efecto preventivo general de la pena. Ver "De los delitos y de las penas" Ed. Aguilar. España, 1969, Cap. XIX, p.128. Sobre el tema puede consultarse también a Javier Llobet: "Garantías y Sistema Penal" —Releyendo hoy a Cesare Beccaria— Ed. Jurídicas Areté. Costa Rica, 1999, p. 220 y ss. En esta obra, se analizan las sabias observaciones de Mirabeau sobre los efectos negativos que provocan las prolongadas dilaciones entre el crimen y la pena.

51. Esta estrategia la aplicó William Bratton, Comisionado de Policía del Estado de New York, conforme a los principios desarrollados por Wilson y Kelling. En un período de dos años, los arrestos se incrementaron en un veinticinco por ciento, el número de homicidios disminuyó en un 39 por ciento, disminuyendo espectacularmente el número de delitos violentos y ataques contra la propiedad. Esta política suscita diversas críticas. La más seria señala que la disminución de las tasas delictivas se debe a la política de Bratton de hacer responsables a los jefes de los precintos por las tasas de delincuencia dentro de su circunscripción. Si las tasas no bajaban corrían el riesgo de ser despedidos sumariamente. Esta obligación tan severa, pudo motivar a los jefes de los precintos a cambiar las políticas de arresto con el fin de obtener el resultado estadístico deseado. Rotman, Edgardo. Ob. cit., 1998, p. 102.

52. Safir, Howard. "The Compstat Process", Police Department City of New York, p. 9.

## VI. Los nuevos institutos. De la represión penal a la reparación

Las soluciones alternativas del proceso, presentan algunos inconvenientes.

### a. El pago integral del daño.

La aplicación de este instituto puede resultar inconveniente frente a los casos en los que al infractor debe imponerse una sanción de inhabilitación. Los abusos de un funcionario público que comete un hecho delictivo, así como los daños que ocasiona una persona que conduce su vehículo bajo los efectos de bebidas alcohólicas y provoca un accidente, son casos en los que resulta inconveniente la conclusión de la causa mediante el pago integral del daño. En los casos citados, la cancelación de una suma de dinero no compensa todos los efectos disvaliosos provocados por el ilícito penal. Este instituto se ha aplicado en algunos casos como el peculado y en delitos culposos ocasionados por una persona que conduce bajo los efectos del alcohol. Paradójicamente, podría ser sancionado con mayor rigor el que conduce ebrio sin ocasionar lesiones, que el que en las mismas condiciones provoca daños personales o materiales. Similares paradojas suscita la tentativa,<sup>53</sup> porque el pago integral del daño, presume siempre, que se trata de un delito consumado.

### b. La conciliación.

La conciliación se prevé para los delitos de acción privada, los de acción pública a instancia privada y los que admitan la

suspensión condicional de la pena. Respecto de estos últimos, que son los más numerosos, se privatizó la acción penal, a pesar de que se trata de delitos de acción pública.

Desde el punto de vista político criminal, la fórmula que se utilizó, admitiéndolo para todos los delitos en los que sea aplicable la ejecución condicional de la pena, resulta excesiva. Debieron analizarse los delitos, las acciones o los bienes jurídicos en los que puede resultar conveniente la conciliación. Por ejemplo, en casos de violencia intrafamiliar, es muy discutible su aplicación. Igual comentario merece la tentativa de homicidio, en el que es admisible la suspensión condicional de la pena o los delitos que lesionan intereses difusos.<sup>54</sup>

La conciliación solo la pueden alcanzar los que tienen suficiente dinero. En este sentido, el instituto contiene un condicionamiento esencial que lesiona, sin duda alguna, el principio de igualdad.<sup>55</sup>

Es un grave inconveniente el que sea un instituto que dependa, casi exclusivamente, de las posibilidades económicas del infractor. Los objetivos preventivo-especiales de la sanción penal, especialmente los de rehabilitación, no pueden quedar condicionados por los recursos económicos del infractor. La aplicación de sanciones penales y de sus objetivos, no debe responder, exclusivamente, de las posibilidades financieras del infractor. Este mecanismo reproduce las desigualdades que ya existen en la sociedad.

Tampoco puede ignorarse que, en algunos casos, la víctima es sometida a una inconveniente presión o coacción

53. *Cualquier procedimiento reparador que sustituya al proceso penal, tal como ocurre con el pago integral del daño o la conciliación, enfrenta un grave problema conceptual, pues el Derecho Penal moderno toma en consideración el disvalor del acto y el disvalor del resultado, sin embargo, las soluciones reparadoras se concentran, exclusivamente, en el segundo aspecto, desconociendo el disvalor del acto, que es lo que justifica la sanción de la tentativa. Esta incongruencia es un claro indicio que demuestra que los fines del Derecho Penal, especialmente los preventivos, trascienden la solución del conflicto entre víctima e imputado y la reparación de los daños ocasionados por el hecho criminal.*

54. *El concepto de víctima en los delitos que lesionan intereses difusos, suscita graves inconsistencias. Por ejemplo, si una industria emisora de contaminantes llega a un acuerdo con los habitantes de las zonas afectadas para mejorarles una carretera o reparar la escuela o el parque locales. Esta compensación, no supone, la supresión de las emisiones ilícitas, sino que en realidad se abona un canon, que satisface quizás a los miembros de la comunidad más próximos, pero no a los titulares del ambiente, que son los miembros de toda la comunidad. Es evidente que el concepto de víctima requiere una determinación conceptual más clara. Queralt, Joan. "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos", publicado en la obra titulada: "Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro en Homenaje a Claus Roxin". Ed. Bosch, España, 1997, p. 159.*

55. *La objeción más incontestable a la diversificación del sistema penal mediante soluciones económicas consensuales, es que reproduce fielmente las diferencias socioeconómicas existentes. La solución del conflicto asume, sin atenuantes, la profunda asimetría socioeconómica que caracteriza las sociedades latinoamericanas. Ver Maier, Julio. "El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición", publicado en la obra titulada: "Derechos fundamentales y justicia penal", Ed. Juricentro, Costa Rica, 1992, pp. 147-148.*



solapada de parte del acusado, de sus familiares y en algunos casos, de la propia autoridad judicial.<sup>56</sup> Este instituto puede propiciar una presión indebida y un hostigamiento de los abogados e imputados contra el ofendido. Todos estos cuestionamientos se agravan ante la poca asistencia que en la práctica se brinda a la víctima, no solo para enfrentar la conciliación, sino también para atenuar o neutralizar la presión indebida que puede ejercer el imputado, su familia o sus abogados.<sup>57</sup> En algunos casos, la propia autoridad judicial pretende, directa o indirectamente, imponer la conciliación.<sup>58</sup> Estos excesos se originan en la inconveniente acumulación de funciones que asume el juez, quien en la conciliación, ejerce, al mismo tiempo, la función estrictamente jurisdiccional y al mismo tiempo asume el rol de conciliador.

En la práctica, cuando los ofendidos llegan a la audiencia de conciliación, no han tenido una eficiente y oportuna asesoría.

Es inconveniente que el juez asuma un papel conciliador. Tanto su formación, como la propia estructura del proceso penal, en el que predomina el contradictorio y el ejercicio de la autoridad, no le permiten cumplir un rol efectivo y equilibrado en la conciliación.<sup>59</sup> A la víctima le cuesta mucho distinguir entre un juez que ejerce las típicas potestades jurisdiccionales y un amigable componedor.

No puede desconocerse, que en algunas ocasiones, el procedimiento conciliador deja la represión penal bajo el control y en algunos casos, el capricho de la víctima. La

conciliación presenta muchas similitudes con la suspensión del proceso a prueba. En algunas ocasiones se confunden ambos institutos. Esta coincidencia resulta inconveniente y disfuncional.

## VII. El Ministerio Público en la reforma del proceso penal. Sus debilidades estructurales y limitaciones administrativas

Las deficiencias más graves las enfrenta el Ministerio Público. Este no es un problema de los fiscales, sino que es del Poder Judicial. Corresponde a la cúpula judicial asumir tal responsabilidad. Desgraciadamente, aunque no es tema de este foro, el Ministerio Público no goza de una autonomía financiera y administrativa satisfactoria. Los jerarcas del sistema judicial debilitan sensiblemente la autoridad del Fiscal General. El Exfiscal General de Costa Rica, Dr. José María Tijerino, puntualiza muy bien esta sujeción, cuando expresó con claridad y contundencia, que "...Cada Magistrado se cree consciente o inconscientemente el jefe del Ministerio Público. Cuando fui Fiscal General, fui regañado, mis decisiones eran revisadas con frecuencia. Mis subalternos iban hasta el despacho del Presidente de la Corte a cuestionar mi autoridad y allí se les prestaba oídos..."<sup>60</sup>

Respecto de los nuevos retos de la fiscalía, no se evaluaron satisfactoriamente, los siguientes aspectos:

- a. La capacitación de los fiscales frente a las demandas del nuevo proceso, fue claramente deficitaria.

56. Este problema lo analiza muy bien Hirsch, cuando señala que "...En el marco de una composición autor-víctima, solo puede hacer concesiones quien puede ofrecer algo. En el caso de los autores, generalmente es poco. Si se tiene presente los delitos que entran en consideración, en especial los casos de hurto, se demuestra que a menudo el autor carece de recursos. Prácticamente, las cosas terminan en que la víctima, en el procedimiento conciliatorio sería presionada por el presidente de la audiencia a hacer concesiones en sus pretensiones indemnizatorias. Esto significa que al final obtendría menos de aquello que dispone el derecho vigente. La presión psíquica sobre la víctima sería considerable, porque dependería de su disposición a las concesiones, que se realice un proceso penal. Mirando detalladamente, en el procedimiento conciliatorio previo se trata, sobre todo, de ventajas para el autor y muchísimas menos para la víctima..." Hirsch, Hans Joachim. "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material", publicado en la obra titulada: "De los delitos y de las víctimas" Ed. Ad-Hoc, 1992, p. 89.

57. Hirsch cuestiona la conveniencia de que el desarrollo del proceso dependa del arbitrio del ofendido, porque de esta forma se "...abrirán las puertas y los pórticos a la extorsión del autor...". Hirsch, Hans Joachim. "Acercas de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal", publicado en la obra titulada: "De los delitos y de las víctimas" Ed. Ad-Hoc, Argentina, 1992, p. 126-127.

58. La Licda. Gloria Navas, abogada penalista de prestigiosa trayectoria, ha señalado públicamente que en algunos casos ha sido presionada por jueces para optar por la conciliación, a pesar de que, por razones técnicas, no estaba de acuerdo con tal solución. Ver Diario La República, artículo titulado: "Ministerio Público es eslabón débil", p. 4-A.

59. El Derecho Penal y el proceso penal, a pesar de su diseño garantista, es un instrumento sancionador. La cultura de la sanción impera en la tradición judicial. La pena nunca ha sido conciliadora, siempre provoca una ruptura y estigmatización. Ni el proceso penal, ni el juez, ofrecen el marco institucional adecuado para la conciliación.

60. Declaraciones publicadas en La Nación en el artículo titulado: "Procuran separar a Fiscalía y O.I.J." —lunes primero de marzo de 1999—, p. 5-A.

- b. La supresión de los estudiantes de Derecho como asistentes fiscales, ha provocado graves problemas, pues los fiscales han tenido que asumir labores administrativas que podría realizar personal con menor calificación profesional y que no requiere una importante experiencia forense. Los fiscales de mayor experiencia solo deben concentrarse en el cumplimiento de las funciones que sí exigen un conocimiento especializado. Los auxiliares también pueden brindar un apoyo importante en las labores rutinarias que exige la investigación preparatoria. Mediante convenios con las universidades, se podrían incorporar como asistentes fiscales, a los estudiantes de los últimos años de carrera, quienes brindarían un servicio valioso a un costo muy razonable. Este programa permitiría identificar a las personas que presentan las mejores condiciones para convertirse, en un futuro cercano, en fiscales del Ministerio Público.
- c. Se subestimó la importancia de las actividades administrativas. La relación entre fiscales y asistentes, resulta desproporcionada. Esto incide en la atención que se brinda a los abogados,<sup>61</sup> el archivo de los expedientes, la supervisión de las investigaciones, etc. En virtud de esta desproporción, los fiscales dedican gran parte de su jornada a realizar labores administrativas y de otra índole, que por su escasa complejidad, podrían ser realizadas por el personal auxiliar.

Los problemas administrativos que provoca la tramitación de los expedientes y la investigación preliminar, se agravaron porque se desechó el conocimiento y experiencia de los auxiliares judiciales que prestaban sus

servicios en los antiguos juzgados de instrucción. Se pensó, con excesivo optimismo, que las labores administrativas o de tramitación, podrían asumirlas, sin mayor dificultad, los fiscales, asignándoles, por ejemplo, la responsabilidad de recibir, personalmente, todas las denuncias; en muchas ocasiones no es necesario que esta labor la cumpla, personalmente, el fiscal. Realmente no tiene mucho sentido que el personal calificado realice labores que pueden cumplir, sin mayor dificultad, escribientes judiciales o personal administrativo auxiliar.

- d. La atención a la víctima en el proceso, demanda a la Fiscalía, múltiples labores, que en muchas ocasiones pueden resultar, burocráticamente, complejas. La atención al ofendido requiere una importante inversión en recursos administrativos. Este aspecto también se subestimó. En muchas ocasiones los fiscales están abrumados por las labores administrativas que demanda la investigación preliminar y la atención a las víctimas. Los fiscales requieren más personal de apoyo, de esta forma pueden dedicarle más tiempo a las labores que exige la investigación y la acusación. Es necesario impedir que el personal calificado se dedique a realizar tareas administrativas de escasa complejidad.

El Ministerio Público es el eslabón más débil de la reforma. El apoyo en recursos humanos y materiales, ha sido insuficiente. Existe desproporción entre las nuevas funciones que debe asumir la Fiscalía y el apoyo administrativo y financiero que se le ha brindado dentro del Poder Judicial. Según informa la prensa, en abril de 1999 el Ministerio Público tenía una presa de cincuenta mil expedientes.<sup>62</sup>

61. Algunos abogados, según me lo han referido personalmente, señalan que cuando requieren información en diversas oficinas de la Fiscalía, especialmente de San José, tardan una o dos horas en darles una respuesta precisa y satisfactoria sobre algún asunto que investiga el Ministerio Público. El destacado penalista, Dr. Francisco Castillo González expuso públicamente su queja, señalando que tiene casos presentados y que durante doce meses ni siquiera se ha convocado a una audiencia preliminar. Ver información de La República, titulada: "Ministerio Público es eslabón débil", publicada el 19 de abril de 1999, p. 4-A.

62. Según refiere La República —en artículo titulado: "Ministerio Público es eslabón débil"— publicado el 19 de abril de 1999, p. 4-A.

# RELACIONES ADMINISTRACIÓN - JURISDICCIÓN EN LA EJECUCIÓN PENAL SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (1996)

José Manuel Arroyo Gutiérrez  
Juez de Casación Penal  
Profesor Posgrado U.N.A.

El título I del Libro V del nuevo Código Procesal Penal costarricense (1996) está dedicado a la Ejecución Penal. En este apartado se introduce una serie de normas para el control y vigilancia de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, a través de un conjunto de tribunales de ejecución penal que vienen a jugar un papel radicalmente novedoso respecto del que hasta ahora han jugado los jueces de ejecución. A estos funcionarios, el nuevo ordenamiento les otorga una serie de funciones generales y específicas, principalmente como contralores de legalidad de las actuaciones de la Administración, que la ley no les asignaba con anterioridad, al menos con la claridad y extensión que lo hace ahora.

Una lectura atenta de los numerales correspondientes a la ejecución penal (artículos 452 a 463), nos permite advertir que se plasman expresamente una serie de autorizaciones al juez de ejecución que debemos analizar cuidadosamente. Este articulado responde, sin duda, al precepto constitucional N° 153 que asigna al Poder Judicial la función de administrar justicia por medio de los tribunales, resolver en definitiva sobre las causas que le son sometidas a su conocimiento y **“ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”**<sup>1</sup>

Específicamente, el Código estipula que **“El condenado podrá ejercer... los derechos y las facultades que las leyes... y los reglamentos le otorgan y planteará ante el tribunal que corresponda las observaciones...”** (Art. 452), texto del cual podemos extraer dos conclusiones preliminares: una, que queda el administrado —entiéndase privado de libertad por pena o medida de seguridad— legitimado para acudir directamente ante el tribunal de ejecución; y otra, que esa legitimación se refiere genéricamente a **“observaciones”** por lo que en nuestro

criterio entra en este amplio concepto todo lo referente a peticiones, solicitudes, reclamos, quejas, etc., respecto de aquellas decisiones de la Administración Penitenciaria que el recluso considera lesivas para sus derechos e intereses.

Debe notarse que en este caso, no se trata de un recurso de apelación propiamente dicho, aspecto que, como veremos más adelante, está previsto para un único caso. No debe en consecuencia estarse dando una decisión o resolución administrativa en el momento de plantear la “observación”, ni se exige ningún otro requisito más que la creencia subjetiva del interesado de estar siendo víctima de una lesión a sus derechos. El juez de ejecución queda legalmente autorizado para intervenir atendiendo la petición y resolviendo sobre ella, que puede concretarse en una orden si se trata de corregir alguna situación urgente o grave. El juez valorará esta gravedad y conforme a criterios de razonabilidad decidirá lo que estime conveniente, pudiendo incluso tratarse de la modificación a una medida que la Administración haya tomado.

Agrega la normativa procesal que: **“Lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación de aquellas (condiciones de cumplimiento) será competencia del tribunal de ejecución de la pena”** (Art. 453), con lo que debe entenderse que la jurisdicción está legitimada para intervenir una vez que la Administración Penitenciaria haya cumplido con las mismas funciones al nivel que le compete. Se sabe que la jurisprudencia constitucional ha establecido que es competencia de la Administración ubicar al recluso, definirle las modalidades del tratamiento y concretarle además las demás condiciones de cumplimiento de la pena o medida de seguridad. Estas funciones y atribuciones están, asimismo, reglamentariamente dispuestas y constituyen

1. Para una referencia mayor ver: Arroyo G., J.M.; La ejecución penal, en *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, pp. 741 y ss.

el marco normativo con que se ha desenvuelto hasta hoy el régimen penitenciario.

Pero todo ello no obsta para que, habiéndose definido todas esas variables en el ámbito administrativo, los tribunales de ejecución, principalmente por la vía incidental, ahora incorporada en el nuevo Código Procesal, puedan entrar a revisar, ya sea para confirmar o modificar las disposiciones de la Administración. Como cualquier otro, el funcionario y los órganos colegiados del sistema penitenciario, no solo se pueden equivocar, sino que pueden cometer arbitrariedades y por ello es que el control de legalidad en manos del juez de ejecución, tiene que alcanzarlos.

En ningún caso puede interpretarse que en este tipo de intervenciones judiciales, la jurisdicción pueda estar "sustituyendo" a la Administración. No se trata, en ningún caso, de que el juez, personal y materialmente, intervenga para restituir derechos violentados; se trata de que el juez, si tiene que ordenar la reubicación de un preso, por ejemplo, ordene a la Administración lo pertinente, con el único requisito de motivar la decisión que toma, señalando con claridad los fundamentos de la misma y las expresas violaciones que el funcionario o el órgano decisor ha cometido. En otras hipótesis, la intervención del juez puede limitarse a ordenarle a la Administración que restituya los procedimientos llevados a cabo sin las garantías del debido proceso administrativo. En todo caso, debe quedar claro que las decisiones judiciales que modifiquen los criterios de los funcionarios penitenciarios, deben estar basadas en una actuación arbitraria, ilegal o antirreglamentaria de la Administración, de ahí la necesaria motivación de la que se habla.

Detengámonos por un momento en otra de las normas en comentario. "El Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor **podrán plantear, ante el tribunal de ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extensión de la pena o de las medidas de seguridad...** Si fuera necesario incorporar prueba, el tribunal, ... ordenará una **investigación sumaria...** incidentes (que) por su importancia serán resueltos **en audiencia oral...**" (Art. 454, párrafos 1° y 2°). Las disposiciones anteriores se explican únicamente bajo el presupuesto de que la administración penitenciaria, en ejercicio de sus funciones y atribuciones, ha tomado

medidas y disposiciones que afectan la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o medida de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento. Debe anotarse, sin embargo, que esta disposición legal faculta a la parte interesada a acudir directamente al juez de ejecución, no existiendo en consecuencia nada semejante a un "agotamiento de la vía administrativa". Es decir, no podríamos entender que para que la intervención jurisdiccional se dé, sea necesario que se hayan agotado todas las instancia y recursos que pudieran estar previstos al interior del ámbito administrativo. Basta con que un órgano decisor de la Administración tome una resolución que afecte o pueda afectar los intereses de alguna de las partes, para que quede legitimada la intervención del juez por vía incidental.

Véase que en el curso de esos incidentes, el juez puede incluso ordenar una investigación, recabar prueba y realizar una audiencia oral para formar su criterio, de manera que el margen de intervención legalmente autorizado es muy amplio.

Adviértase también que las resoluciones y medidas que puedan tomarse en el ámbito penitenciario pueden ser las de un director de centro, algún consejo técnico asesor o el propio Instituto Nacional de Criminología. La única condición para que pueda darse la intervención jurisdiccional es que esas resoluciones, decisiones o medidas sean interpretadas por el administrado como susceptibles de causarle perjuicio o violentar sus derechos fundamentales.

Por otra parte, el nuevo Código nos dice: "**El tribunal decidirá por auto fundado y, contra lo resuelto, procede recurso de apelación ante el tribunal de sentencia...**" (Art. 454, párrafo 3°). Interesa en este punto, destacar que no solo la intervención jurisdiccional está autorizada en la resolución de incidentes que tienen que ver con las condiciones de ejecución de la pena o medida, sino que la ley prevé, siempre dentro del ámbito jurisdiccional, el control de esas decisiones de primera instancia, a través de un recurso de apelación ante el tribunal de sentencia.<sup>2</sup>

Con lo dicho anteriormente se confirma la legitimación de la jurisdicción para conocer de los incidentes en una primera instancia y para controlar esas decisiones preliminares por medio del superior que corresponda. Este

2. Debemos recordar aquí que por disposición administrativa, la Corte Suprema de Justicia ha definido que el juez de ejecución competente para atender todos los asuntos de primera instancia es el juez del lugar donde está radicado el recluso, mientras cumple su pena. Por la disposición legal que acabamos de leer, en cambio, el juez competente para conocer en alzada (apelación) es el juez o tribunal de la sentencia. (Acuerdo N° 43-97, tomado en sesión de Corte Plena celebrada el 22 de diciembre de 1997).

recurso de apelación, en este caso, no se inscribe dentro de la lógica del recurso jerárquico impropio. No se trata de que la jurisdicción intervenga, por apelación, respecto de una decisión de la Administración, sino de una intervención ante una decisión de la misma jurisdicción.

Por otra parte tenemos que **“Durante el trámite de los incidentes, el tribunal de ejecución de la pena podrá ordenar la suspensión provisional de las medidas de la administración que sean impugnadas en el procedimiento”** (art. 455). No puede quedar duda, a la altura de esta disposición, de la naturaleza propia de la intervención jurisdiccional en el control sobre los actos administrativos penitenciarios y la amplitud de esa autorización.

El incidente es definido como un medio de impugnación, una acción independiente con efectos evidentes sobre las actuaciones de la Administración, tanto así, que el tribunal de ejecución bien podría suspender provisionalmente las medidas ordenadas por ella (efecto suspensivo), en tanto toma una resolución definitiva.

Para todos los efectos, la jurisdicción queda legitimada para actuar por vía incidental, respecto de una decisión o actuación administrativa, definiendo el punto en una primera instancia jurisdiccional. En consecuencia, el tribunal de la ejecución puede confirmar la resolución tomada por la Administración, o bien sustituirla por otra, diferente parcial o totalmente, ordenando en este caso lo que proceda en Derecho según su criterio.

El artículo 458 del Código Procesal Penal, que nos rige a partir de enero de 1998, establece las atribuciones que tienen los tribunales de ejecución penal. Es así como, en primer lugar, define atribuciones que, por su carácter genérico, dicen poco, al referirse a las funciones de vigilancia y control que esta instancia jurisdiccional debe ejercer sobre la administración penitenciaria.

Pero de seguido, se le definen legalmente también atribuciones bastante más específicas que confirman algunas de las conclusiones a las que hemos ido llegando. Cuando la normativa procesal nos dice que es atribución del juez de ejecución: **“Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y la medida, así como las condiciones de su cumplimiento...”** (inciso a), reitera parcialmente lo ya dispuesto en el párrafo segundo del artículo 453 y legítima en la misma medida, la posibilidad de que la jurisdicción intervenga, principalmente a través de la vía incidental en el conocimiento de decisiones, resoluciones y actuaciones de la Administración.

De igual manera, cuando este articulado expresa como atribución del tribunal de ejecución: **“Visitar los**

**centros, constatar el respeto a los derechos fundamentales penitenciarios, ordenar las medidas correctivas que estime convenientes...”** (inciso b), no solo especifica aquellas funciones genéricas de vigilancia y control, sino que las remite a los llamados derechos fundamentales de las personas, que no pueden ser otros que los constitucionalmente protegidos y los tutelados por convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por otra parte, no puede haber duda de que se trata de una intervención jurisdiccional imperativa, al utilizarse formas verbales como **“ordenará”**, lo cual obliga a la Administración a acatar lo dispuesto. Parece prudente que estas órdenes queden en todo caso documentadas, aunque sea a posteriori, para poder ejercer un mejor control sobre ellas.

Si de nuevo el texto legal nos señala que es atribución de los tribunales de ejecución: **“Resolver peticiones y quejas con el procedimiento del incidente respecto al régimen y tratamiento penitenciarios que afecten derechos...”** (inciso c), se está retomando con ello la misma idea del artículo inicial 452 (“observaciones”) y se está reiterando también la amplia legitimación de la intervención jurisdiccional sobre el ámbito administrativo penitenciario. De nuevo tendríamos que decir que no estamos ante lo que técnicamente es un recurso jerárquico impropio, sino ante una lisa y llana autorización legislativa para que la jurisdicción ejerza un estricto control de la legalidad de las actuaciones en el ámbito administrativo.

Este artículo 458 le atribuye también a los jueces de ejecución la facultad de: **“Resolver por vía de recurso las reclamaciones de los reclusos por sanciones disciplinarias...”** (inciso d), supuesto ante el cual si estamos claramente ante el caso de un recurso (de apelación) jerárquico impropio. La ley autoriza expresamente a la jurisdicción a actuar como si fuera el jerarca del ente administrativo que toma la resolución, de ahí el calificativo de “impropio”.

Finalmente, la última atribución expresa que manda esta norma se refiere a que los tribunales de ejecución pueden: **“Aprobar las sanciones disciplinarias de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas...”** (inciso d), con lo cual entendemos que esta disposición, lógicamente, comprende también la desaprobación. Sería absurda la disposición si quisiera interpretarse que únicamente el juez de ejecución es consultado para estar de acuerdo con la decisión tomada, ejerciendo una especie de refrendo meramente formal del acto.

En referencia con otra temática, el Código Procesal dice: **“...el tribunal de ejecución de la pena dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación**

**del enfermo en un establecimiento adecuado y ordenará las medidas adecuadas para evitar la fuga...**” (art. 461, párrafo 2°). Esta disposición tiene que entenderse en el sentido de que, en condiciones de normalidad, cuando no estamos ante un caso de urgencia, la Administración debe contar con una autorización del juez para poder disponer el internamiento del recluso en un centro médico por razones de enfermedad. Tanto es así que, este mismo articulado prosigue con estos términos: **“El director del establecimiento penitenciario tendrá iguales facultades, cuando se trate de casos urgentes... la medida deberá ser comunicada de inmediato al tribunal quien podrá confirmarla o revocarla...”** (art. 461, párrafo 2°), con lo que se confirma una vez más la amplia intervención que tiene la jurisdicción sobre las actuaciones administrativas, se distingue entre situaciones de normalidad —implícitamente— y situaciones de emergencia, en las que por supuesto la Administración queda autorizada para actuar, pero comunicando de inmediato al juez, quien puede revocar las decisiones tomadas.

Cuando nos enfrentamos a la posibilidad de diferir la ejecución de la pena privativa de libertad, el código amplía las atribuciones del tribunal de ejecución y lo autoriza a que difiera la ejecución de la pena impuesta a favor de la **“mujer en estado avanzado de embarazo o con hijo menor de tres meses de edad...”**, con el correctivo de que esa ejecución pueda poner en peligro la vida de la madre o el hijo, aspecto que también tendrá que valorar en cada caso el juzgador. Asimismo, se autoriza diferir la ejecución en el caso de **“enfermo grave”**, cuya vida esté en peligro (art. 462). No vemos diferencia entre estas atribuciones particulares y las anteriormente analizadas. Se trata de autorizaciones que la ley da al tribunal de ejecución para que intervenga, aun oficiosamente, en casos especialmente calificados como el de la mujer embarazada o con hijo muy pequeño, así como en el caso del enfermo grave.

Hay una remisión genérica a que estas reglas, atinentes en lo fundamental a la pena de prisión, deben ser aplicadas a las medidas de seguridad en todo lo que sea posible. Se obliga al tribunal de ejecución a una revisión periódica de las medidas de seguridad privativas de libertad (al menos cada seis meses) y su decisión puede referirse a la continuación o cesación de la medida. De igual manera **“Cuando el juez tenga conocimiento...”** de que las causas que motivaron la imposición de la medida han

desaparecido, **puede también sustituirla o cancelarla**, entendemos que incluso oficiosamente.

Véase aquí que el juez de ejecución queda una vez más legitimado para definir el destino de las medidas de seguridad privativas de libertad, supuesto en que la Administración viene a estar constituida por el centro psiquiátrico de internamiento, con lo que se confirma el amplio alcance de intervención que la nueva legislación procesal le concede, pudiendo intervenir no solo a solicitud de parte —por vía incidental o de recurso de apelación—, sino también oficiosamente, según los casos que hemos comentado.

En la práctica, la puesta en vigencia del Código Procesal Penal ha traído un período de importantes contradicciones y desajustes en las relaciones entre la jurisdicción y la administración penitenciaria que, por medio de arduos procesos de negociación y diálogo, así como pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, antiguos y recientes, han permitido ir aclarando los perfiles de esa relación en los siguientes términos:

1. La administración penitenciaria es la encargada legal y reglamentariamente, en un primer momento y de conformidad con los criterios técnicos del caso, de establecer la ubicación, la modalidad de tratamiento y las demás condiciones en que una persona debe cumplir la pena privativa de libertad que jurisdiccionalmente se le ha impuesto. El Instituto Nacional de Criminología es el órgano de la administración penitenciaria, con competencia para determinar la ubicación de un privado de libertad dentro del sistema. El otorgamiento de determinada modalidad de ejecución o cumplimiento de la pena no reviste, en principio, matices de constitucionalidad, siempre y cuando al otorgarse o denegarse beneficios a una persona privada de libertad, no se violen principios fundamentales como el de igualdad, no discriminación, razonabilidad y proporcionalidad.<sup>3</sup>
2. La competencia de la Sala Constitucional no puede llevar a disputar criterios técnico-científicos del personal penitenciario, ni a discutir si sus dictámenes están fundados en estudios mal elaborados o contienen criterios errados, salvo que la decisión administrativa se torne arbitraria por violación de principios superiores como el de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, que determinen su ilegitimidad.<sup>4</sup>

3. Ver votos de Sala la Constitucional número 6602-96 y 1611-98.

4. Ver voto de Sala la Constitucional número 0282-97.

3. El nuevo Código Procesal Penal otorga amplias facultades a los jueces de ejecución para ejercer funciones de vigilancia y control en el proceso ejecutivo de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Con fundamento en el artículo 458 del C.P.P. la figura del juez de ejecución de la pena emerge como un garante de que la pena de prisión o la medida de seguridad se cumpla de conformidad con las finalidades constitucional y legalmente establecidas. El interesado debe acudir ante el juez de ejecución y no ante la Sala Constitucional para obtener reparación ante la lesión que reclama (traslado a un ámbito de mayor contención dentro del sistema penitenciario).<sup>5</sup>

4. En esa perspectiva, los jueces de ejecución pueden y deben controlar la legalidad de las medidas adoptadas, controlar el respeto de los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad y vigilar el cumplimiento de los derechos humanos en los centros de detención. En el marco del nuevo Código Procesal Penal, el juez de ejecución formalmente debe ocuparse de todos aquellos aspectos que tienen que ver con el cómputo del plazo de la pena y sustancialmente debe controlar, entre otras, la eficacia de la pena en relación con sus finalidades, el respeto a los derechos fundamentales de los condenados, las sanciones disciplinarias que se imponen en los centros penales, etc. En lo que atañe a la materia propia de la ejecución de la pena, las autoridades administrativas se encuentran supeditadas a lo que decidan los jueces de ejecución de la pena y no pueden oponerse en modo alguno, ya que esta facultad se deriva del mandato constitucional correspondiente.<sup>6</sup>

5. En concreto, ante una denuncia, incidente o petición de la persona encarcelada, sea durante la prisión preventiva o durante el proceso de ejecución de la condena, el juez está autorizado para intervenir poniéndole a la administración un plazo razonable para que reponga, corrija o cambie una decisión tomada con violación a los derechos del afectado. En opinión personal del autor de este informe, el juez de ejecución podría, en caso de que la decisión administrativa cause un gravamen irreparable, ordenar la inmediata reposición del privado de libertad en el disfrute de sus beneficios, ventajas o derechos quebrantados.

6. En esa labor de vigilancia y control, los mecanismos previstos son diversos (recursos, incidentes, solicitudes, etc.) y pueden ser dirigidos al juez de ejecución ante cualquier acto administrativo que el interesado estime que lo afecta. El procedimiento de estas gestiones e incidencias ha sido descrito con anterioridad.

## CONCLUSIONES

1. Uno de los aspectos más sobresalientes del nuevo ordenamiento procesal penal radica en la etapa de ejecución penal y del renovado papel asignado a los tribunales de ejecución. La vigilancia y control que la jurisdicción pueda ejercer sobre la Administración es una labor que hasta ahora ha sido desempeñada únicamente por la Sala Constitucional, por medio de los recursos de hábeas corpus y amparo. Con la normativa recién estrenada, se quiere que el control de legalidad sea función de los nuevos jueces de ejecución de la pena por los mecanismos que la misma ley dispone.

2. Estas innovaciones planean la necesidad de reformular la relación tradicionalmente existente entre la jurisdicción y la administración penitenciaria. Debe quedar claro que las funciones y atribuciones que desde siempre han sido encargadas a la Administración siguen intactas. En principio, como ha quedado dicho páginas atrás, la jurisdicción solo deberá intervenir, en el amplio margen que la ley autoriza (vía incidental, vía de recurso, vía oficiosa) una vez que la Administración haya actuado o dejado de actuar y frente a decisiones arbitrarias, inconstitucionales, ilegales, ilegítimas o antirreglamentarias que justifiquen una modificación o anulación de esas decisiones. En todo caso, esa actividad de la jurisdicción tendrá que hacerse con la objetividad y el profesionalismo necesarios para que sus resoluciones estén motivadas, expresadas las razones de lo resuelto y señalado con claridad el principio o norma violentado.

3. Tampoco puede perderse de vista que estamos frente a una **relación especial de sujeción** entre el administrado (recluso) y la Administración. Esto tiene varias consecuencias ineludibles. Los jueces deben tener espe-

5. Ver votos de la Sala Constitucional números 0282-97 y 3324-98.

6. Ver voto de la Sala Constitucional número 3390-98.

cial consideración y respeto por los criterios técnicos de los funcionarios penitenciarios que han tomado sus decisiones, desde la perspectiva de sus diversas especialidades (médica, psicológica, psiquiátrica, sociológica, de trabajo social, jurídica, etc.). El juez de ejecución debe conocer a cabalidad esos criterios técnicos y los resultados a que llevan a la hora de tomar una decisión que afecta las condiciones de ejecución de un privado de libertad. Solo en la medida en que el conocimiento de estos jueces sea sólido y profundo, podrá determinarse si en un caso concreto se ha actuado conforme la normativa vigente, o se está ante un caso de decisión arbitraria o discriminatoria, sin el debido fundamento.

4. Debe tenerse presente, además, que el ambiente penitenciario suscita las mayores contradic-

ciones respecto de lo que debe entenderse por un Estado de Derecho. En sentido estricto, el recluso únicamente ve afectada de manera preponderante su garantía de libre tránsito (art. 22 constitucional), así como aquellos otros derechos y garantías que expresamente disponga la naturaleza de la sanción penal que le es impuesta. Pero es lo cierto que una persona privada de libertad, sea en una cárcel o en un centro hospitalario, ve restringido, afectado y amenazado, constantemente, todo el universo de sus derechos, libertades y garantías, precisamente por esa relación especial de sujeción a la que hacíamos referencia líneas atrás. Es precisamente esa situación la que con mayor razón debe llevarnos a una celosa tutela de los intereses de las personas bajo estas especiales condiciones de existencia.

#### BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GUTIÉRREZ, J.M.: *La ejecución penal*, en: Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal; Corte Suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre de 1996.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, *Código Procesal Penal de Costa Rica*; Ley N° 7594, publicada en el Alcance N° 31 a La Gaceta N° 106 de 4 de junio de 1996.

BUENO ARÚS, F. et al.: *Fiscales de vigilancia penitenciaria*; Centro de Estudios Judiciales,

Colección CURSOS, Vol. 1; Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ CANO, M.I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*; Tirant lo Blach; Valencia, 1994.

MORENO CATENA, V. et al.: *La ejecución penal*, en: Derecho Procesal, Tomo II (Vol. II), El Proceso Penal (2); Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

SANDOVAL HUERTAS, E.: *Penología, parte especial*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

\*\*\*



# “EL A.D.N. Y SU IMPORTANCIA EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINALÍSTICA”

*Jaime Robleto Gutiérrez  
Defensor Público, San José*

*"Pero los castigos no deben expresar desprecio; un criminal es siempre un hombre..."  
(Federico Nietzsche, El Ocaso de los Ídolos).*

## **AGRADECIMIENTOS:**

*A la doctora Sandra Silva del Centro de Investigación en Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica. Por su apoyo desinteresado, su enorme calidad humana y sapiencia forense.*

*A la doctora Marta Espinoza de la Unidad de A.D.N. de la Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial. Su aporte amable fue imprescindible para la elaboración del presente trabajo. Gracias mil por su buen humor.*

*A Rebeca López, funcionaria de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia. Por su cortesía y ayuda en el préstamo de libros.*

## **Dedicatoria:**

*A mi madre, fuente de bien y amor absoluto.*

## **ÍNDICE**

### **INTRODUCCIÓN**

### **TÍTULO I. ¿QUÉ ES EL A.D.N. Y SU IMPORTANCIA PARA LA INVESTIGACIÓN FORENSE?**

#### **CAPÍTULO 1. ENFOQUE BIOQUÍMICO.**

- Sección a)** Referencias históricas
- Sección b)** Descubrimiento del A.D.N.
- Sección c)** Características generales del A.D.N.
- Sección d)** Prolegómenos a las pruebas con A.D.N.

#### **CAPÍTULO 2. ENFOQUE FORENSE.**

- Sección a)** Principios básicos de inmunohematología.
- Sección b)** Los asesinatos del sendero-Inglaterra. Primer caso en la historia forense en ser resuelto mediante el perfil genético.
- Sección c)** Jeffreys, minisatélites y la prueba RFLP
- Sección d)** Mullis-reacción en cadena de la polimerasa (o técnica del P.C.R.).

- d.1. Concepto de P.C.R.
- d.2. Materiales y procedimientos necesarios para la técnica del P.C.R.
- d.3. Mejoras y nuevas aplicaciones de la técnica del P.C.R.
- d.4. Interpretación básica de las pruebas de P.C.R.

**Sección e)** Análisis comparativo entre las pruebas R.F.L.P. de Jeffreys y el P.C.R. de Mullis.

**Sección f)** El caso O. J. Simpson.

## **TÍTULO II. ESTADÍSTICA COSTARRICENSE EN PRUEBAS DE P.C.R.**

### **CAPÍTULO 1. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LAS PRUEBAS DE P.C.R. EN CASOS DE PATERNIDAD Y CASOS PENALES DURANTE 1998 Y 1999.**

**Sección a)** Pruebas de P.C.R. en la Unidad de A.D.N. de la Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial durante 1999.

**Sección b)** Pruebas de P.C.R. solicitadas por el Poder Judicial al Centro de Investigación en Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica durante 1998.

## **CONCLUSIONES.**

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

## **ANEXO.**

## **INTRODUCCIÓN**

Hace muchos siglos, Heráclito de Efeso, conocido también como Heráclito "El Oscuro", pronunció su frase lapidaria: *panta rhei*. Efectivamente, todo cambia. No solo no nos bañamos dos veces en el mismo río, —sino que además cuando nos bañamos— nuestro cuerpo no es necesariamente el mismo. Es un hecho científico que cada siete años, nuestras células han sido renovadas por completo.

La Biología Molecular, específicamente las técnicas que involucran el A.D.N., han supuesto una verdadera revolución dentro de la criminalística, convirtiéndose en una herramienta indispensable para el esclarecimiento de hechos delictivos (mayoritariamente homicidios y violaciones). Contribuyen además, para el establecimiento de la filiación en disputas de paternidad (en algunos casos de excepción, incluso de maternidad) y abre las puertas a los complejos temas de la clonación y la ingeniería genética.

Si en su momento, la oveja Dolly, supuso una conmoción, podemos figurarnos lo que significará el primer

caso documentado de clonación humana. Hay quienes afirman que los gobiernos del primer mundo conspiran para ocultar el hecho de que ya se está experimentando en ese derrotero. Los bebés probeta de finales de la década del 70, son ahora saludables y anónimos ciudadanos que anticiparon en su momento, la tecnología por venir.

Es de suponer que este movimiento científico, conllevará una revisión axiológica igualmente importante. El tema es delicado, los angloparlantes tienen una frase para delinear el punto: *Playing God*, es decir, jugar a ser Dios. En todo caso, las implicaciones que la ciencia aplicada al A.D.N. sugiere, exceden el contenido temático de este ensayo, pero no por ello deja de intrigarnos y claro está...asombrarnos, aunque con no poca preocupación.

El ácido desoxirribonucleico o A.D.N. es un "ingrediente" básico en la continuación de las especies y en la estructura de todos los seres vivos. Si bien, la creación y el universo entero (seres vivos o no) compartimos los cuatro elementos estructurales, el famoso C.H.O.N. sea, carbono, hidrógeno, oxígeno y nitrógeno; el A.D.N. presente en el núcleo y las mitocondrias de todas las células, a la

par del A.R.N. o ácido ribonucleico, aunque participa de ese cuarteto, es lo que hace posible la vida y la preserva.

Haciendo un símil cibernético un tanto burdo, diremos que el cuerpo de los animales, plantas y el *homo sapiens* es el "hardware" y el A.D.N. es el "software" que sintetiza incluso la constitución del CPU.

Este trabajo pretende —bajo el apercebimiento que es reproductivo de datos logrados por otros— acercar al abogado —verdadero "dummie" de las ciencias exactas— y a los legos en general, a un mundo desconocido y fascinante: la biología molecular. Para ello utilizaremos un lenguaje llano, pero estricto en términos y conceptos.

Incluiremos algunas observaciones personales y hasta breves anécdotas que despertarán un poco de hilaridad en el árido terreno de lo que nos es desconocido.

Nuestro viaje inicia con Darwin y sus vivencias en las islas Galápagos, pasando por Mendel y la ironía de no conocer en vida el éxito y la fortuna (aunque en principio no le interesaban, en razón de su condición de clérigo). Exploraremos los aportes de Watson y Crick, cuyo modelo helicoidal del A.D.N. aún nos acompaña. Sin menoscabar la importancia del eminente Sutton y el danés Johannsen, quien en 1909 acuñó el término "gen".

Asimismo, haremos un pormenorizado estudio de la estructura del A.D.N. permitiendo así, un adecuado y necesario prolegómeno a las pruebas científicas que nos ocupan.

Luego, bajo una perspectiva forense, enunciaremos principios básicos de inmunohematología, sin los cuales correríamos el riesgo de estropear las muestras que permiten la extracción del A.D.N. Particularmente rescataremos la importancia de los químicos anticoagulantes que deben aplicarse a las muestras de sangre.

Reseñaremos el primer caso resuelto con la valiosa técnica R.F.L.P. del doctor Alec Jeffreys, genetista inglés que cambió para siempre la criminalística, mientras busca otro objetivo de otra naturaleza. Así, se logró la captura del "asesino del sendero" en Narborough (Gran Bretaña) en los años ochentas.

Profundizaremos en la técnica precitada y avanzaremos hacia la técnica más empleada en la actualidad: el P.C.R. o Reacción en Cadena de la Polimerasa, del Dr. Mullis en Estados Unidos. No obviaremos el detalle de esta maravilla forense y la compararemos con la prueba de Jeffreys. También

puntualizaremos los avances, mejoras y nuevas aplicaciones del P.C.R. en la genética y la medicina.

A manera de ilustración, criticaremos el caso de O. J. Simpson, quizá uno de los más polémicos y publicitados de la historia. Veremos como la prueba científica del A.D.N. cedió ante el sistema de jueces en conciencia.

En el Título II, aportaremos datos (con su representación gráfica), de la estadística costarricense en pruebas de P.C.R. durante los años 1998 y 1999. Para este propósito hemos contado con la valiosísima colaboración de las doctoras Sandra Silva y Marta Espinoza, del Centro de Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica y la Unidad de A.D.N., Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, respectivamente.

Finalmente expondremos conclusiones pragmáticas y viables de fácil constatación, discutiendo a la vez aspectos especulativos que la ciencia dirimirá a su tiempo.

Preguntarnos acerca del A.D.N. es cuestionarnos quiénes somos, es revelar la identidad oculta que nos determina fisiológicamente (en el fenotipo y genotipo). La importancia de estas interrogantes resulta impactante, esperamos poder suplir un poco de conocimiento en tan importante tópico.

La hipótesis de este trabajo, consiste en aseverar nuestra creencia, de que, la predisposición a las conductas desviadas, especialmente la delincuencia, no se transmite genéticamente mediante factores hereditarios de progenitores a hijos y demás descendientes. O al menos, pensamos —como hipótesis subsidiaria—, que no sería el único factor que explique la etiología del delito, ya que la nultura, para el punto en examen, es más determinante que el perfil genético de un individuo.

## TÍTULO I. ¿QUÉ ES EL A.D.N. Y SU IMPORTANCIA PARA LA INVESTIGACIÓN FORENSE?

### CAPÍTULO 1. ENFOQUE BIOQUÍMICO.

#### Sección a) Referencias históricas

Con la publicación de *El origen de las especies* en 1859, Charles Darwin admitió que las leyes que rigen la herencia, en su mayor parte son desconocidas, ya que nadie podía decir por qué la misma particularidad en diferentes especies, a veces es heredada y otras no.

Durante muchos años, esta ausencia de una teoría que explicara certeramente los fenómenos de la herencia, fue un obstáculo evidente para los incipientes naturalistas europeos. Desde 1865, Gregor Mendel —un monge austriaco nacido en Heizendorff, Moravia en 1822— sintetizó más de diez años de trabajo experimental en conceptos agrupados en un par de leyes, a partir de las cuales se podían fundar las bases del estudio científico de la herencia. Con una eficiente preparación en ciencias naturales y matemáticas, materias en las que ejerció incluso la docencia, en junio de 1954, Mendel inició sus investigaciones. Cultivó plantas ornamentales, incluyendo los chícharos de color, seleccionó dos clases diferentes de chícharos o guisantes pertenecientes a variedades puras, capaces de replicar los mismos rasgos después de varias autofertilizaciones y los cruzó, descubriendo así que los productos del cruzamiento no son necesariamente intermedios entre las especies paternas. A partir de allí, se concentró en los caracteres que se transmitían de generación en generación y que no daban origen a formas intermedias. Mendel notó que cada carácter se comportaba como una unidad, pasando sin modificación a través de individuos de la primera generación de manera independiente, comenzó a hacer un recuento de repeticiones de ciertas relaciones de descendencia y así "...Al finalizar estadísticamente sus resultados, Mendel se dio cuenta que cada uno de los progenitores de las plantas de chícharo le transmitía a sus descendientes únicamente la mitad de su patrimonio hereditario, es decir, cada carácter... se hereda independientemente, pero además, está determinado por dos componentes, uno de origen paterno y otro materno; si los dos son diferentes, entonces uno de ellos es dominante y el otro recesivo. Los misterios de la herencia podían comenzar a ser descifrados".<sup>1</sup>

Así, las conclusiones de Mendel llegaron a ser los cinco postulados básicos de la genética clásica:

- 1- Los caracteres hereditarios están controlados por unidades discretas e indivisibles que pasan inalterados de generación en generación.
- 2- Cada carácter es producido por dos factores hereditarios, de ahí que en un gen pueda existir en varias formas alternas, varias versiones que dan origen a las diferencias en el color de la piel, el pelo, ojos, etc.

- 3- Cada célula de los organismos sexuales contiene una doble dosis de genes una de cada padre. Cada progenitor contribuye solamente con uno de los factores hereditarios de cada gameto.
- 4- Cuando dos factores hereditarios llamados "alelos", son contrastantes o diferentes y están presentes en un organismo, uno de ellos se hará evidente en la primera generación, por lo que se le llama el alelo dominante y al otro recesivo, pero este último puede detectarse en los cruces posteriores.
- 5- Los genes se ordenan linealmente y en grupos que se heredan juntos: grupos ligados y el número de estos grupos corresponde en cada organismo, al número de cromosomas en el núcleo de la célula. Cuando los gametos se unen en la fertilización, los dos factores hereditarios se reúnen y de nuevo existen en pares.

Cuando presentó por primera vez dos reportes de sus experimentos ante la Sociedad de Historia Natural, la trascendencia de sus descubrimientos no fue valorada. La explicación de esta apatía la sugiere Avers "A causa de la falta de información biológica en aquella época sobre los eventos nucleares de la división y reproducción, el trabajo de Mendel permaneció en la oscuridad".<sup>2</sup> Mendel abandonó pronto sus investigaciones al ser nombrado abad (abate, rector) del convento, murió 16 años después, el 6 de enero de 1884, a los 62 años.

Formalmente, se dice que la genética nace con el "redescubrimiento" de la obra de Mendel —que de manera independiente— iniciaron en 1900, Hugo de Vries en Holanda, Carl Correns en Alemania y Érick Tschermak de Austria. Estos científicos basaron sus propios trabajos en la "piedra angular" de la obra de Mendel.

En 1903, Walter S. Sutton formuló la Teoría Cromosómica de la Herencia, donde proponía que "los cromosomas eran los portadores físicos de las unidades de la herencia y que estas unidades eran transmitidas por los cromosomas".<sup>3</sup> Después surgió el llamado grupo de los "drosophilistas", entre ellos, Thomas Hunt Morgan, Sturtevant, Bridges y Müller, quienes utilizaron en sus experimentos de cruzamiento la mosca de la fruta, del género *Drosophila*, insecto que se reproduce en laboratorio

1. Anónimo: *Mendel y la Genética: Los Chícharos del Monge*. En *Semanario Universidad*. Suplemento Crisol, 6 de abril de 1990, p.2.

2. Avers, Charlotte. *Biología Celular*. Grupo Editorial Iberoamérica. México, 1983, 2ª edición, p.285.

3. Nelson, Gideon. *Conceptos Fundamentales de Biología*. Editorial Limusa, México, 1980, p.23.

con suma facilidad y tiene una corta vida. Estos estudios demostraron que cada grupo de genes ligados que se heredan juntos correspondían a un cromosoma. Además, se descubrió que existen ciertas aberraciones cromosómicas que son mutaciones que afectan en forma grosera al genoma (constitución cromosómica de un organismo) y que frecuentemente son letales o causan enfermedades genéticas. El aporte de los drosofilistas permitió una concepción más precisa que derivó en los estudios de las levaduras, que proponía que cada gen contiene la información para sintetizar una enzima.

### Sección b) Descubrimiento del A.D.N.

Con los experimentos utilizando dos cepas de bacterias de la neumonía, Griffith, Avery, MacLeod y MacCarty, determinaron que el A.D.N. era el material genético que imparte vida. Así, "...Los mínimos comunes denominadores de la vida son los ácidos nucleicos: A.R.N. en unos cuantos virus y A.D.N. en prácticamente todos los otros organismos. El A.D.N. es la chispa vital, la molécula maestra que hace que todas las demás moléculas de los seres vivos sean lo que son." <sup>4</sup> En todos los seres vivos (con la excepción de algunos virus) el genoma está constituido por ácido desoxirribonucleico (A.D.N.).

En 1951, el biólogo James Watson se unió al equipo de trabajo del laboratorio del físico Francis Crick, para la fecha, la biología se centralizaba en el gen y su control sobre las transformaciones químicas que ocurren en el interior de la célula. A los científicos recién citados les interesaba averiguar la disposición de átomos en la molécula de A.D.N., el resultado de su investigación los condujo a un modelo tridimensional que representa fielmente la molécula de A.D.N. en un escala incrementada; sobre la base de datos de difracción, físico químicos y una enorme dosis de intuición. En 1962, Watson y Crick recibieron el Premio Nóbel de Medicina y Fisiología por el descubrimiento de la estructura molecular del ácido desoxirribonucleico, hito que contribuye al entendimiento de los procesos básicos de la vida.

Este modelo ayudó "a resolver el misterio de la arquitectura de esta molécula omnipotente y de tantas funciones y a explicar cómo el A.D.N. transmite la

información hereditaria y cómo esta pasa de célula a célula y de organismo a organismo". <sup>5</sup>

El doctor londinense Maurice H. F. Wilkins, utilizó los rayos X para estudiar muestras puras de A.D.N. y así obtuvo "fotografías" de la arquitectura molecular, donde se identificaron grupos de átomos ordenadamente repetidos o dispuestos en la estructura retorcida del A.D.N. Posteriores estudios revelaron que el A.D.N. es una de las moléculas más grandes conocidas, con millones de átomos y con unidades submoleculares de seis tipos: el azúcar, denominada desoxirribosa (de cinco carbonos y enlazada al azúcar del nucleótido adyacente por el grupo fosfato), el radical fosfato (con un átomo de fósforo y cuatro de oxígeno) y las otras cuatro son las denominadas "bases nitrogenadas": purina y pirimidinas (adenina, guanina, timina y citosina).

Watson y Crick crearon una escala, cuyos lados son dos tiras enroscadas una alrededor de la otra, que contienen en forma alternativa unidades de azúcar y fosfato. Los peldaños de la escala están ligados a unidades de azúcar en cada tira. Cada uno de estos peldaños consiste en un par de bases: A y T o C y G; no hay otra combinación pues solo así, se obtienen peldaños de igual tamaño. Cada una de estas parejas se unen a través de puentes de hidrógeno: dos en el par A - T y tres en el par C - G.

De forma que "la concepción de la doble hélice inició inmediatamente una profunda revolución en la forma de analizar datos por parte de los genetistas. El gen dejó de ser una entidad misteriosa, cuyo comportamiento solo se podía investigar con experimentos de hibridación; se convirtió muy pronto, en cambio, en un objeto molecular real." <sup>6</sup>

Otro gran avance que produjo el modelo Watson-Crick es que sugiere un mecanismo muy sencillo de duplicación. Ya que el A.D.N. tiene la forma de una doble hélice y puede escindir-se por el medio, a lo largo y cada mitad puede construir una molécula completa. La molécula primero se desenrolla y los puentes de hidrógeno que unen los pares de bases se rompen ordenadamente, abriéndose por el centro cada peldaño. Entonces, cada base en la media hebra puede encontrar pareja dentro de las bases libres en

4. Frankel, Edward. *D.N.A. El Proceso de la Vida*. Siglo XXI Ediciones, México, 1984, 13ª edición, pp. 16-17.

5. Frankel, Edward. *Op. cit.*, p. 42.

6. Watson, James. *Biología Molecular del Gen*. Fondo Educativo Interamericano. México, 1983, pp. 53-54.

el citoplasma. Las unidades nuevas ocupan los viejos lugares con el orden de la escala original y así se tiene que cada mitad de A.D.N. original constituyó una nueva mitad complementaria. En 1958, Messelson y Stahl probaron esto por medio de un experimento con bacterias cultivadas en un medio alimenticio enriquecido con nitrógeno pesado.

En 1959 se confirió al doctor Arthur Kornberg y a su colega Severo Ochoa el Premio Nóbel, ya que lograron sintetizar A.R.N. partiendo del A.D.N. en un tubo de ensayo, ello constituyó —en criterio de Edward Frankl— uno de los experimentos más emocionantes a favor de la teoría de la duplicación del A.D.N. por escisión y reconstitución de escalas. Se afirma que “El descubrimiento de que los ácidos nucleicos son un componente esencial de la materia viva, fue llevado a cabo por Frederich Miescher, en el curso de sus investigaciones acerca de los componentes químicos del núcleo celular...”<sup>7</sup>

Sin embargo, transcurrieron cerca de ochenta años desde el descubrimiento hasta que el papel fundamental en la transmisión de los caracteres hereditarios, le fuera atribuido al A.D.N. Wilhein Roux lanzó la idea de que el núcleo celular y más concretamente los cromosomas constituían el material base de la herencia.

### Sección c) Características generales del A.D.N.

El A.D.N. es una molécula que determina la naturaleza fundamental de toda la vida, se encuentra en cada una de las células del cuerpo y sus iniciales resumen su nombre químico: ácido desoxirribonucleico. En su estructura, así como en la del A.R.N. participan o están presentes las pirimidinas y las purinas. Además, como su nombre lo indica reside en el núcleo de la célula, aunque es posible extraer A.D.N. mitocondrial y en general “...ejerce un control doble sobre la vida de un organismo. Dirige el metabolismo, las actividades incesantes que mantienen funcionando la maquinaria del cuerpo. Determina asimismo, la herencia, la transmisión de rasgos que hace perdurar la especie durante centenares, miles y a veces hasta millones de años”.<sup>8</sup>

El ácido desoxirribonucleico es un gran polímero compuesto de monómeros llamados nucleótidos, los cuales

se agrupan en series. Cada nucleótido está formado por un azúcar 2! Desoxirribosa que contiene una base nitrogenada unida al carbono 1! y un grupo fosfato unido al carbono 5!. La base nitrogenada puede ser timina, citosina, adenina o guanina; las dos primeras son bases piridimínicas y las dos últimas son purinas. Los nucleótidos se unen unos con otros por medio del grupo fosfato, formando enlaces fosfodiéster, donde el grupo fosfato se enlaza al oxígeno que está unido al carbono 3! del siguiente nucleótido. De esta forma, los polinucleótidos tienen un extremo con un grupo trifosfato libre unido al carbono 5! del azúcar desoxirribosa.

La mayoría de las veces, el A.D.N. se encuentra en forma de doble hebra. Se dice que las hebras son complementarias, pues cada base nucleotídica se une específicamente con otra base por medio de puentes de hidrógeno, siguiendo las reglas de apareamiento de Watson y Crick. Así la timina se une con la adenina a través de dos puentes de hidrógeno, mientras que la citosina se une a la guanina por medio de tres puentes de hidrógeno. Las hebras complementarias del A.D.N. son antiparalelas, puesto que la terminal 5! de una hebra corresponde a la terminal 3! de la otra. El A.D.N. en su estructura terciaria es helicoidal. La hélice consta de diez bases complementadas por vuelta y en general, la hélice gira en dirección de las manecillas del reloj, pero se han descubierto diversas formas cristalinas del A.D.N.

El A.R.N. es, al igual que el A.D.N. un polinucleótido; pero con dos diferencias fundamentales con respecto a la estructura primaria del A.D.N. La primera diferencia es que el azúcar es una ribosa y no una desoxirribosa. La segunda diferencia es que, en vez de la timina, contiene otra pirimidina llamada uracilo.

Resulta vital, puntualizar el concepto de genes, a fin de entender el cometido del presente trabajo, para ello nos basamos en el trabajo de la ingeniera química Tatiana Rodríguez Gamboa, así “Los genes son segmentos de A.D.N. cuya longitud oscila aproximadamente entre los 75 nucleótidos y los 40 mil nt. Los genes contienen la información biológica que permite que se cumplan todas las funciones del organismo. Cada gen contiene, en su secuencia de nucleótidos, la información necesaria para sintetizar una proteína. Estos dictan no solo la química de

7. Vicente Córdoba, Carlos. *Biología Celular y Molecular*. H. Blume Ediciones, Madrid, España, 1979, p. 175.

8. Frankel, Edward. *Op. cit.*, p. 7.

la célula a través de las enzimas; sino que también dictan la arquitectura biológica a través de las proteínas estructurales, por ejemplo. De hecho, la información biológica está contenida en una de las dos hebras de la doble hélice. Este fragmento se llama hebra anti-codificante.

En células de organismos superiores, los genes son transportados por números pequeños de cromosomas. Estos están formados por proteínas y A.D.N. Cada molécula de A.D.N. contiene muchos genes. Por ejemplo, el ser humano contiene 23 tipos de cromosomas, cada uno de los cuales tiene una copia. Cada cromosoma contiene aproximadamente 1.740 genes en promedio. Algunos genes son discontinuos, es decir, que están fragmentados a lo largo de la cadena de A.D.N. Los fragmentos del gen que codifican para la síntesis de una proteína se llaman exones y los fragmentos que no codifican son los intrones.

Los genes pueden existir en dos formas alternativas, las cuales se llaman alelos. Se dice que un organismo es heterocigota cuando los alelos son diferentes y homocigota cuando los alelos son iguales. Un organismo hereda un alelo de la madre y otro del padre. Los alelos pueden ser dominantes o recesivos. Generalmente, en un heterocigota solo el alelo dominante es el que contribuye al fenotipo. El alelo dominante es la versión funcional del gen, es decir, es la única que puede expresarse para formar un producto genético funcional. El alelo recesivo contiene una mutación que destruye la información biológica que lleva el gen.

Existen casos donde el alelo domina de forma parcial y la forma heterocigota del fenotipo desarrollado, es intermedio entre las dos formas homocigotas. También puede existir la codominancia, donde ambos alelos están activos en el estado heterocigota. Finalmente los genes pueden existir en más de dos formas alélicas, pese a que cada individuo contiene solamente dos.<sup>9</sup>

Los cromosomas constituyen el material base de la herencia ya que contienen el material hereditario de un organismo, esto es, el material transmitido del progenitor al descendiente y es responsable de la gran semejanza entre ellos. Ya a principios de este siglo, el cromosoma fue

representado como un agregado de millares de unidades hereditarias, los genes unidos como perlas de un collar. Un gen tiene una posición definida en el cromosoma y determina la herencia de algún rasgo específico: color del pelo, de la piel, tipo sanguíneo, etc. Los cromosomas se heredan de ambos padres, de ahí que el(la) niño(a) presente características de A.D.N. de ambos, los fragmentos genéticos pueden ser constatados como de origen materno o paterno, en cambio hay otros propios del descendiente. Podemos afirmar que "Entonces, la mitad del material genético de toda persona proviene de cada uno de sus progenitores, veintitrés cromosomas que se derivan del espermatozoide del padre, más veintitrés cromosomas que se derivan del óvulo de la madre, es por esto que se dice que los seres humanos son organismos diploides".<sup>10</sup> Cada especie tiene un número específico de cromosomas, de los 46 cromosomas humanos (23 pares), 22 pares son autosómicos y un par es de cromosomas sexuales. El A.D.N. de cada ser vivo contiene mensajes específicos para la célula, sea instrucciones para la síntesis de proteínas; pues el A.D.N. suministrará a la célula las instrucciones para colocar cada aminoácido en el lugar debido en la cadena proteínica. Toda enzima es una proteína y como tal, se produce bajo el control del A.D.N.

Vemos entonces que los ácidos nucleicos como el A.D.N. son moléculas que transmiten información genética de una célula a sus descendientes y también llevan informaciones entre ciertos componentes celulares. Se puede señalar en general, que los ácidos nucleicos están constituidos por la polimerización de unidades llamadas "nucleótidos". Se reconocen dos tipos de ácido nucleico: el desoxirribonucleico o A.D.N. y el ribonucleico o A.R.N. Estos ácidos "son moléculas formacionales que controlan los procesos básicos del metabolismo celular, la síntesis de macromoléculas, la diferenciación celular y la transmisión del patrimonio genético de una célula a sus descendientes".<sup>11</sup> Así pues el A.D.N. es el responsable del almacenamiento y transmisión de la información genética y se encuentra en los cromosomas y en pequeñas cantidades en las mitocondrias y en los cloroplastos. En general, el orden de enlace de los nucleótidos provee un casi infinito número de posibilidades de secuencias, lo que

9. Rodríguez Gamboa, Tatiana. *Reacción en Cadena con Polimerasa (P.C.R.)*. Escuela de Química, Universidad de Costa Rica, 1994, p. 9.

10. Borrásé Povedano, Guiselle y otros. *La Prueba de los Marcadores Genéticos y su Aplicación en Materia Criminal*. Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1992, p. 107.

11. Junqueira, L.C. *Biología Celular*. Ediciones Científicas, La Prensa Mexicana S.A., México, 1984, p. 56.

hace que el A.D.N. de cada persona muestre patrones individuales que no se repiten.<sup>12</sup>

La variación que existe se debe a tres fenómenos: 1- La mezcla de un juego de los cromosomas de dos individuos únicos. 2- Repartición al azar de los veintitrés pares de cromosomas en la meiosis del padre y la madre. 3- Recombinación meiótica, que mezcla las secuencias en cada cromosoma.<sup>13</sup>

“En resumen, el DNA director de la célula, controla todas las actividades celulares desde su despacho de ejecutivo en el núcleo. Los planos de fabricación de millares de proteínas están en otros tantos genes que constituyen —diríamos— los archivos de la célula: los cromosomas... el DNA no hace todo el trabajo solo. Crea asistentes y les atribuye responsabilidades. Estos asistentes son las diversas clases de moléculas de RNA. Un grupo lo constituyen las moléculas de RNA mensajero, copias químicas de genes que contienen el plano para una proteína específica. Estas moléculas salen al citoplasma y ‘dicen’ a los ribosomas, factorías de proteínas, qué proteínas han de hacer. Otra creación del DNA es el RNA de transferencia, cuyas moléculas están constituidas para captar aminoácidos sueltos específicos y llevarlos al lugar debido de la línea de montaje. Conforme los diversos aminoácidos ocupan sus lugares, van formando una cadena proteínica, ordenada según las instrucciones químicas contenidas en el gene. La proteína recién formada se desprende de la línea de montaje y la maquinaria ribosómica queda dispuesta para fabricar más de la misma proteína, o acaso para recibir otro conjunto de instrucciones...”<sup>14</sup>

Es importante acotar que “Cada unidad de información hereditaria se identifica con el nombre de gen, término propuesto por el botánico danés Johannsen en 1909, para reemplazar a los diversos vocablos con los que hasta ese momento se denominaba a los elementos hereditarios.

Cada gen está compuesto por ácido desoxirribonucleico, que es el material que constituye la estructura

de los cromosomas y está, por ende, considerado como el vehículo de la herencia biológica; se lo identifica internacionalmente con las siglas A.D.N. o DNA (correspondiente a su denominación en idioma inglés)...”<sup>15</sup>

Como bien señala Maris Martínez, citando al Breve Glosario de Biotecnología de la Unesco, se puede definir a los cromosomas, como las estructuras cuneiformes situadas en el núcleo de una célula que almacenan y transmiten información genética; es la estructura física portadora de los genes. Los cromosomas están compuestos esencialmente de A.D.N. y proteína y contienen la mayor parte del A.D.N. de la célula. Cada especie tiene un número característico de cromosomas.

Como ya habíamos indicado, los cromosomas fueron vinculados por primera vez a la herencia por Welter Sutton (citólogo) en 1903, además “Cada uno de los genes ocupa un lugar específico en el cromosoma y origina un producto característico que define cada alternativa de un carácter diferencial”.<sup>16</sup> Resulta esencial, de previo a continuar con nuestro estudio, proceder a definir términos genéticos básicos, para ello, utilizaremos la obra de Stella Maris Martínez. “La palabra genotipo se refiere a la constitución genética de un individuo, esto es, a la clase de genes que ese individuo ha heredado para un rasgo en particular. El aspecto o apariencia de tal individuo con relación a ese rasgo se conoce con el nombre de fenotipo. Ambos términos deben también su creación a Johannsen.

La posibilidad de variación de un organismo existe gracias a un cierto grado de maleabilidad del genoma (conjunto de la información genética contenida en el cromosoma), que permite el diseño de nuevas combinaciones de genes mediante dos mecanismos principales: la recombinación genética y la mutación. La recombinación genética es el proceso de intercambio de información hereditaria entre dos organismos independientes, que resulta en la producción de nuevas combinaciones de genes y facilita la aparición de organismos variantes dentro de una especie determinada.

12. Sin embargo, según entrevista que sostuvimos con la doctora Marta Espinoza, encargada del Laboratorio de A.D.N. del OIJ, el día 22 de abril de 1999, en el Circuito Judicial de San Joaquín de Flores, en el caso de gemelos idénticos o monocigóticos, los marcadores de A.D.N. revelan que la secuencia es igual en ambos, lo que contraría la premisa enunciada en el texto.

13. Borrás Povedano, Guiselle y otros. *Op. cit.*, p. 113.

14. Frankel, Edward. *Op. cit.*, pp. 58-59.

15. Maris Martínez, Stella. *Manipulación Genética y Derecho Penal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p.33.

16. Maris Martínez, Stella. *Op. cit.*, p. 33.



La importancia de este mecanismo en el desarrollo evolutivo es tal que en las especies más avanzadas se impone obligatoriamente en los ciclos de reproducción sexual, ya que los gametos (células sexuales) contienen solo un miembro de cada pareja de genes (que en las restantes células del organismo se presentan indefectiblemente por pares), aportando entonces solo un gen para cada uno de los pares que tendrá el cigoto. Recibe el nombre de cigoto la célula que se forma al fusionarse la célula sexual femenina (óvulo) con la masculina (espermatozoide); la entidad resultante de esta fusión es una célula con cuarenta y seis cromosomas, de los cuales veintitrés fueron aportados por el gameto masculino y los veintitrés restantes por el femenino y mantiene ese nombre durante las primeras divisiones celulares.

La mutación, por su parte, es un mecanismo mediante el cual un gen sufre un cambio repentino del que resulta una forma nueva".<sup>17</sup>

Conviene, de previo a continuar con nuestra investigación, profundizar un poco más en la conceptualización de las proteínas y su relación con la llamada expresión genética. Las proteínas son polímeros con menos de mil unidades de longitud, hechos de aminoácidos unidos entre sí a través de enlaces peptídicos. Hay veinte aminoácidos diferentes. El orden de aminoácidos en la proteína, está directamente relacionado con el orden de nucleótidos en el gen. El proceso mediante el cual la información biológica contenida en el gen, se lleva a la célula se llama Expresión Genética. Por medio del proceso llamado transcripción, se sintetiza una molécula de ácido ribonucleico (A.R.N.), cuya secuencia es complementaria a la hebra codificante del gen que actúa como molde. En el proceso de traducción, la molécula de A.R.N. llamada A.R.N. mensajero (como ya vimos con antelación) o A.R.N.m se transmite al A.R.N. de transferencia o A.R.N. t, que es la molécula que convierte la secuencia de nucleótidos en una secuencia de aminoácidos.

#### **Sección d) Prolegómenos a las pruebas con A.D.N.**

Es posible "desnaturalizar" las moléculas de A.D.N. al exponerlas a ciertas condiciones como una temperatura

elevada, un ph (grado de acidez) alto o bajo, entre otros. Estas alteraciones destruyen los enlaces o puentes de hidrógeno que unen los dos filamentos de la estructura helicoidal; por lo que se modifican propiedades específicas del A.D.N. desnaturalizándolo. Una de las características importantes de la doble hélice de A.D.N. (según Charlotte Avers) es la relativa facilidad con que las hebras que la componen se separan y reasocian. Cuando el A.D.N. nativo (no desnaturalizado) es expuesto a temperaturas o a la titulación con ácido o álcalis las dos hebras se desenrollan y separan.

De forma que la desnaturalización consiste en romper la estructura de doble cadena del A.D.N. para obtener dos cadenas simples. Estas cadenas libres pueden unirse total o parcialmente a cualquier cadena que tenga una secuencia complementaria exacta, por ejemplo una sonda, este fue el punto de partida de la prueba del P.C.R.

El hecho de que hay secuencias que se repiten muchas veces a lo largo de los dos filamentos de A.D.N. ha sido la base para caracterizar individuos. Entre estas secuencias, encontramos algunas cuya función se conoce y a las que llamamos genes. Obviamente, las regiones de mayor interés son las altamente variables, pues "...la posibilidad de que dos individuos no relacionados presenten exactamente los mismos poliformismos, en cuanto a localización y frecuencia, en su A.D.N., es extremadamente remota. De ahí surge la idea de que al comparar los poliformismos de una persona con los poliformismos de otra, puede dar como resultado una 'huella genética' diferente para cada una de ellas".<sup>18</sup>

Estas regiones son localizadas en el genoma humano, a través de sondas A.D.N. Juan Antonio Gisbert Calbuig, las define como fragmentos de D.N.A. que contienen secuencias de nucleótidos, complementarias a secuencias presentes en loci específicos del genoma humano.

El A.D.N. humano está formado por tres mil millones de pares de bases; a veces, en ciertas zonas los pares se repiten con una secuencia y longitud variable para cada persona. De ahí que se hable de huellas genéticas (Genetic fingerprints) que distinguen a cada individuo.

17. Maris Martínez, Stella. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

18. Borrásé Povedano, Guiselle y otros. *Op. cit.*, pp. 116-117.

## CAPÍTULO 2. ENFOQUE FORENSE.

### Sección a) Principios básicos de inmunohematología.

Antes de internarnos en el enfoque forense propuesto, es menester tener una noción razonada de la inmunohematología, la cual es definida, en el material del Laboratorio de Criminalística de la U.N.E.D.,<sup>19</sup> como la ciencia que estudia los principios aplicados a la investigación de los antígenos presentes en las células sanguíneas y de los anticuerpos presentes en el organismo en condiciones normales o de enfermedad. Una antígeno es una sustancia extraña (generalmente una proteína) que al introducirse al cuerpo suscita la producción de anticuerpos. Un anticuerpo, asimismo, es también de naturaleza proteica y se produce como reacción a una sustancia extraña que penetra en la sangre y en los tejidos. La inmunohematología se inicia en 1901 cuando Karl Landsteiner descubre los antígenos y anticuerpos que integran los grupos sanguíneos del sistema ABO; desde entonces se han descubierto otros marcadores genéticos.

Para esclarecer casos criminalísticos o de paternidad discutida se realizan varios tipos de análisis de marcadores genéticos. Los marcadores genéticos son cada una de las características que se analizan, a partir de una muestra de sangre en el laboratorio y que proporcionan información detallada del perfil genético de cada individuo. Un marcador genético, como se indicó, es un rasgo que se utiliza para identificar a una persona haciendo uso de su sangre, piel, hueso, etc. Está determinado genéticamente y se transmite de acuerdo con las leyes mendelianas de la herencia ya expuestas. Además, pueden ser determinados con certeza en el laboratorio, aun de infantes de muy corta edad. Los marcadores genéticos han sido ampliamente usados en estudios de transfusión, pruebas de paternidad, investigación antropológica, identificación forense, predicción de personalidad, etc.

La inmunohematología se ha convertido así, en una gran herramienta de trabajo para el científico forense en la identificación de individuos, ya que permite hacer comparaciones de muestras de sangre halladas en la escena del crimen con la sangre de víctimas e imputados involucrados en el hecho punible. Por tanto, el juez y el investigador que participan en el levantamiento de un cuerpo

y en la toma de indicios en la escena de un crimen, se relacionan de una manera directa con la inmunohematología y los marcadores genéticos que se van a estudiar en las muestras de secreciones recogidas sobre el cadáver y sus alrededores.

Mediante la prueba de marcadores genéticos se puede lograr una identificación de los individuos. El juez y las partes, deben conocer los anticoagulantes que se utilizan en el laboratorio forense, porque se le podría interrogar acerca de este tipo de información en algún momento procesal; además le servirá de mucho provecho para sus labores. Conviene recordar que el personal hospitalario deberá enviar alguna muestra de sangre, proveniente de algún imputado o víctima, al laboratorio forense para ser comparada con las muestras encontradas en los indicios recogidos de la escena de un crimen. La coagulación de la sangre ocurre normalmente cuando el tejido sufre daño vascular, esto desencadena la activación de algunas sustancias químicas, cuya función es evitar que continúe el sangrado. Al extraer una muestra de sangre debe evitarse su coagulación utilizando compuestos químicos: los anticoagulantes.

¿Por qué debe evitarse la coagulación de la sangre? Si la sangre no se coagula se facilitan los análisis de marcadores genéticos que se llevan a cabo en el laboratorio forense: así permanecen las células sanguíneas, eritrocitos o glóbulos rojos, los glóbulos blancos o leucocitos y las plaquetas, libres en el plasma o fase líquida de la sangre y no atrapadas en el coágulo. Esta condición permite hacer una suspensión para análisis de grupos sanguíneos en pruebas de paternidad o para una extracción de A.D.N. más efectiva.

Los eritrocitos son las células sanguíneas más numerosas, su función es acarrear el oxígeno a través del organismo. Los leucocitos son las células que se encargan de destruir los agentes invasores que entran al cuerpo y por último, las plaquetas son las células más pequeñas que participan en el proceso de coagulación. La sangre anticoagulada se usará para analizar grupos sanguíneos, para hacer manchas de sangre en tela de algodón estéril que se almacena a menos 20° centígrados, hasta su uso o para extraer A.D.N. directamente de los glóbulos blancos. Una vez extraída se somete a alta velocidad, se hace girar en una centrífuga, o se deja reposar por varias horas, de

19. Molina Maricell y Lutz Giselle. *Laboratorio de Criminalística, Tomo II, Pruebas de Marcadores Genéticos*. Universidad Estatal a Distancia, 1995, pp. 59 y 60.

esta manera las células se separan en plasma y plaquetas, leucocitos y eritrocitos (esto significa que se ha utilizado un anticoagulante).

Si al tomar muestras de sangre no se usan anticoagulantes, o si se derrama por causa de una herida, al centrifugares o quedar en reposo, se separa suero y coágulo. Algunos de los anticoagulantes que se utilizan en la actualidad en el laboratorio forense son EDTA y ÁCIDO CÍTRICO-CITRATO-DEXTROSA o A.C.D.

El EDTA (etilendiamino tetracético) es el anticoagulante más usado y se emplea en una concentración de 1 a 2 mg/ml de sangre. Previene la coagulación al remover el calcio del plasma por precipitación. Se usa en la toma de muestras para análisis de A.D.N., en pruebas de paternidad y en casos criminalísticos, para determinar marcadores genéticos eritrocíticos e isoenzimas en muestras de sangre fresca.

El ácido cítrico-citrato-dextrosa (A.C.D.) actúa secuestrando el ión calcio, lo que inhibe la coagulación de la sangre. Permite la conservación de los glóbulos rojos por un lapso de 21 días. Se utiliza como anticoagulante de preferencia en análisis de A.D.N. La sangre recolectada en la escena del crimen, ya sea del suelo o de las paredes, se recoge en forma estéril, sin anticoagulantes, pues ya está coagulada y se coloca en un tubo de ensayo también estéril. Según entrevista efectuada a la Dra. Marta Espinoza,<sup>20</sup> para tomar las muestras se utilizan "torundas", una especie de aplicadores con punta de algodón similares a los usados para la limpieza del oído, solo que son más largos y totalmente estériles. Si hay una mancha de sangre en la piel, pero está seca, la Dra. Espinoza señala que la muestra se toma raspándola. Además indicó que tratándose de restos óseos, su aptitud para pruebas de A.D.N. es variable según las condiciones ambientales, pero en espacios abiertos, su utilidad máxima es de unos veinte años. Como nota curiosa, agregamos que la citada especialista nos indicó que el semen se conserva mejor en tela, para muestra un botón (el vestido manchado de semen que guardó Mónica Lewinsky y motivó la confesión pública del Presidente Bill Clinton). Es importante rescatar de esta entrevista, que el secuenciador automático para pruebas de P.C.R. (que estudiaremos posteriormente) vale aproximadamente 44 millones de colones (en 1999) y el Poder Judicial no dispone de uno, únicamente está disponible en la Ciudadela de la Investigación de la Universidad de Costa Rica.

### **Sección b) Los asesinatos del sendero-Inglaterra. Primer caso en la historia forense en ser resuelto mediante el perfil genético.**

En el tranquilo pueblo de Narborough (Reino Unido), de poco más de seis mil habitantes, la mañana del 22 de noviembre de 1983 fue macabra, se encontró el cuerpo sin vida y desnudo de una jovencita de 15 años de edad, Lynda Rosemarie Mann, al lado de un sendero cercano a la población. El forense determinó que fue estrangulada con su propia bufanda y posteriormente fue ultrajada sexualmente, del cuerpo de la víctima se extrajo semen que reveló que el ofensor tenía sangre tipo A positivo (la cual tiene un 10 % de la población). Como es de esperar, se desató una verdadera cacería sin resultados efectivos, en un primer momento se pensó que el autor podía ser algún paciente de un hospital psiquiátrico situado muy cerca del sitio del hallazgo, pero esa hipótesis fue descartada rápidamente. Aquí, conviene recordar que no se ha demostrado científicamente que los enfermos mentales tengan una mayor disposición a la delincuencia que los mentalmente sanos. Cuando ya la tranquilidad parecía volver a Narborough, el 31 de julio de 1986, Dawn Ashworth fue encontrada muerta en otro camino, en un lugar cercano donde ocurrió el primer asesinato. Ambas víctimas eran de la misma localidad, caucásicas, de 15 años de edad, murieron estranguladas, habían sido violadas y además asistían al mismo colegio. El semen encontrado en la menor, indicaba también que la sangre del violador era A positivo. Un asesino en serie acechaba a la comunidad.

Sin embargo, a diferencia de Lynda Mann, Dawn Ashworth fue violada antes de morir, según determinó el patólogo forense y opuso una mayor resistencia. A juzgar por las lesiones de su cuerpo, se dijo que debió haber sufrido mucho antes de morir. La policía intensificó su búsqueda y arrestó a un joven de 17 años, Richard Buckland, como principal sospechoso, además lo incriminaba el hecho de que existían pruebas de que intimidaba a las jovencitas del pueblo con insinuaciones indecorosas. Tras largas horas de interrogatorio, Buckland aceptó haber matado a Dawn Ashworth, pero dijo no haber asesinado a Lynda Mann, por los detalles que brindó a la policía acerca de la posición del cuerpo y otros aspectos no conocidos por la prensa, las autoridades no tenían la menor duda que habían atrapado al homicida.

20. Entrevista, op. cit., 22 de abril de 1999.

Muy cerca de ahí, en la Universidad de Leicester, a tan solo diez kilómetros de la escena del crimen, el doctor Alec Jeffreys, connotado genetista, había descubierto accidentalmente una técnica que sería conocida popularmente como "dactilografía genética". Como bien indicó el científico, su hallazgo fue un caso típico de *jeureka!* Jeffreys apuntó que buscaba en un grupo de genes responsables de la producción de proteína de "mioglobina" que llevan el oxígeno a los músculos. Su intención era desarrollar marcas genéticas que identificaran los genes específicos, estudiaba el fenómeno conocido como "regiones hipervariables". La hipervariabilidad se evidencia en el número de repeticiones de ciertas secuencias entre individuos. Por ejemplo, un minisatélite dado de unos treinta y dos pares de bases, podría aparecer 28 veces en el A.D.N. de una persona, 22 en otra y 19 veces en una tercera persona. Fue este el aspecto que reveló a Jeffreys algo que habían eludido otros investigadores. Él puntualizó que estas regiones minisatólicas tenían un potencial para identificación más grande que cualquier otro marcador genético convencional. Los científicos forenses calificaron este descubrimiento como el mayor avance en su campo desde que se inició la identificación a través de huellas digitales. Por eso, nos parece muy extraño, que el Dr. Jeffreys, no fuera galardonado con el premio Nóbel en química o medicina.

A pesar de que la técnica de Jeffreys, Polimorfismo de la Restitución de la Unión de Fragmentos o RFLP, no se había utilizado nunca en un caso criminal (solamente en un caso de paternidad y en una investigación relacionada con un problema migratorio), la comisión investigadora de los homicidios, decidió confirmar la autoría de Buckland mediante la llamada huella del perfil genético, comparando la sangre del sospechoso con las muestras de semen encontradas en los cuerpos de las víctimas, a través de la prueba del A.D.N. de Jeffreys, el RFLP.

En esta primera etapa, el RFLP consistía en aislar separadamente el A.D.N. contenido en las muestras (sangre del sospechoso y semen encontrado) "cortando" el A.D.N. con enzimas de restricción (proteínas), una vez obtenido el A.D.N. de las muestras, se sometió a un proceso de electroforesis (campo eléctrico), exponiéndolas a tinta radioactiva y colocándolas sobre un gel electroforético. A través de una luz ultravioleta se vio claramente cómo la corriente eléctrica arrastró los fragmentos cargados negativamente por el gel hasta el polo positivo de la cubeta. Los fragmentos separados son visualizados en una película de rayos X llamada autorradiograma, que se asemeja a un código de barras (de los que tienen los productos y son leídos en un "lector" electrónico en un supermercado) mostrando el carácter genético único de un individuo.

Se concluyó de la prueba, que las dos jóvenes fueron violadas y quizá asesinadas por un mismo hombre, pero ese hombre no era Richard Buckland. La noticia del resultado estremeció a la policía, quienes escépticos ante la novedad del peritaje, practicaron nuevamente la prueba, esta vez con científicos de la oficina del forense. Los resultados fueron idénticos a los obtenidos inicialmente por el Dr. Jeffreys. La fiscalía concluyó que Buckland tuvo que haber encontrado primero el cuerpo de Dawn Ashworth, ya que sabía detalles que demandaban observación presencial directa del cuerpo de la menor. Buckland explicó después, que confesó debido a la "presión policial". Richard Buckland se convirtió en la primera persona en el mundo en ser exonerada de una acusación criminal, concretamente de homicidio, gracias a la prueba de A.D.N. descubierta por Alec Jeffreys.

Sin embargo, un homicida serial estaba oculto, las autoridades se preguntaban ¿cuándo volvería a matar? Se desató lo que se dio en llamar una "Cacería A.D.N." o "Pesquisa Genética", dada la baja densidad demográfica de la zona, se divulgó por todos los medios de comunicación la realización del experimento, era un plan atrevido y sin paralelo hasta entonces.

Se pidió voluntariamente a los hombres residentes en Narborough y en un pueblo cercano, que oscilaran entre los 13 y los 33 años el suministrar una muestra de sangre y saliva. Más de 5.000 hombres colaboraron, al fin y al cabo era una forma de ser exculpados de los hechos y así evitar las sospechas de sus vecinos. Las pruebas de A.D.N. solo se practicaron a aquellos que tenían el mismo tipo de sangre que el asesino, es decir, A positivo (10 % del total). Los resultados fueron desalentadores, ninguno de los donantes coincidía con el perfil genético del autor de los crímenes.

La providencia permitió que lo que parecía una superficial conversación en un bar, se transformara en la clave para dar con el paradero del autor de los hechos. Una mujer joven que se encontraba en el Pub "The Claredon", en Narborough, puso atención a la plática de un grupo de hombres, uno de ellos de apellido Kelly afirmó que se había hecho tomar la prueba de sangre, a nombre de otra persona, un tal Colin Pitchfork, ya que este le indicó que tenía asuntos con la policía y no quería aparecer personalmente. A la mujer aquello no le pareció común, ¿por qué alguien quisiera pasar inadvertido en las pruebas de A.D.N.?, se comunicó con los investigadores y les narró lo escuchado. Colin Pitchfork fue arrestado casi de inmediato y confesó rápidamente ser el autor de los asesinatos de Lynda Mann y Dawn Ashworth, los especialistas aseveraron que la inusitada confesión de Pitchfork se debió a que este creía en la efectividad de la prueba del A.D.N. y tenía la convicción que el día que le practicaran la prueba, estaría acabado. Al

parecer, Kelly aceptó hacerse la prueba por Pitchfork pero no sabía que éste era el autor de los asesinatos, se tomaron fotos en una máquina fotográfica automática y en el pasaporte auténtico de Pitchfork insertaron la foto de Kelly. La alteración no fue percibida por los encargados de practicar las pruebas. Kelly fue condenado a 18 meses de prisión por los delitos de conspiración y obstrucción de la justicia, pero se le suspendió la pena por ser primario y no tener conocimiento de la autoría de Pitchfork.

Para sorpresa de nadie, el resultado de la prueba practicada a Pitchfork, encajaba perfectamente como un guante con el perfil genético obtenido del semen de la escena del crimen. Colin Pitchfork, a la sazón de 27 años, casado y con dos hijos, se convirtió en la primera persona en el mundo en ser condenado el 22 de enero de 1988, por el perfil de su A.D.N. Su esposa indicó, no tener la menor idea de las actividades ilícitas de su marido, como suele suceder. Los familiares son los últimos en percatarse de que viven con un asesino en serie. Tema por demás interesante y que excede los objetivos de nuestra investigación. La criminalística tenía ahora una nueva y poderosa herramienta, que en palabras de su autor, el doctor Jeffreys "había sacado los dientes" para atrapar al responsable de los homicidios. Alec Jeffreys fue nombrado caballero por la Reina Isabel II de Inglaterra en 1994, por servicios a la ciencia y la tecnología. Sin embargo, el premio Nóbel nunca llegaría como ya indicamos, ese honor le correspondió al Dr. Mullis —como veremos después— por el descubrimiento de la técnica de investigación del A.D.N. llamada PCR o Reacción en Cadena de (o con) Polimerasa.

### **Sección c) Jeffreys, minisatélites y la prueba RFLP.**

En 1985, en Inglaterra, el doctor Alec Jeffreys afirmó que las regiones "minisatélites" hipervariables dispersas en el genoma humano presentan fragmentos de restricción de longitud polimórfica (RFLP's), por las diferencias alélicas en el número de repeticiones en serie contenidas en un fragmento de A.D.N. Entonces, una de las posibilidades de identificar a una persona con el A.D.N. se basa, precisamente, en el estudio de esos fragmentos de restricción de longitud polimórfica (RFLP's). La longitud de los RFLP's es variable, debido a una sustitución en la secuencia de bases, o bien a una inserción o delección de un número determinado de pares de bases. La utilidad de algunas sondas A.D.N. es que detectan variaciones de secuencia entre diferentes individuos, lo que se traduce en diferencias en la longitud de fragmentos y, por consiguiente, en la migración de las bandas. Este tipo de polimorfismos se denomina normalmente RFLP, Como se indicó, los RFLP's se originan por mutaciones, delecciones o inserciones de uno o más nucleótidos, o adiciones o

delecciones de secuencias de A.D.N. repetidas en tándem. Este último tipo de variación es el más interesante y es conocido como VNTR (Variable Number of Tandem Repeats). Los loci VNTR se encuentran en las denominadas regiones "minisatélites", término usado para describir secuencias cortas repetidas en tándem y repartidas por todo el genoma. Aunque existen centenares de estos polimorfismos, se tiende a utilizar aquellos en los que existen sondas bien comprobadas y de ser posible, de fácil adquisición y que, además, posean un máximo grado de polimorfismo y datos poblacionales correctos. Con el empleo de sondas específicas, que son fragmentos de A.D.N., cuya secuencia nucleotídica conocemos y es complementaria para un minisatélite determinado, se puede lograr tras la hibridación, la identificación, empleando un revelador adecuado.

Como ya indicamos, el término huella digital genética fue acuñado por Alec Jeffreys, a efectos de simplificar la exposición para los no especialistas, principalmente abogados, diremos que "Este investigador utilizó sondas multilocus y obtuvo un patrón de bandas de A.D.N. (Ácido Desoxirribonucleico) semejante al patrón magnético que traen los productos comerciales. Como ese patrón es característico de cada persona se le llamó huella digital genética, en concordancia con la huella dactilar, que también es única. Sin embargo, las sondas multilocus (MLP) cedieron pronto el lugar a las sondas unilocus (SLP), que dan solo un patrón de 2 bandas por persona. Aunque las sondas múltiples tienen una mayor capacidad de exclusión, su producción e interpretación de los resultados presenta varias dificultades que no se dan con sondas simples. Una mezcla de 2-4 de éstas nos dan resultados más claros y equivalentes a una sonda múltiple. La gran capacidad de exclusión e inclusive de inclusión de esta nueva tecnología se debe a que existen zonas (locus) en el A.D.N. que son muy variables. Estas se denominan, una vez cortadas enzimáticamente, RFLP's (Restriction Fragment Length Polymorphism). Su longitud está dada por el mayor o menor número de veces que una unidad básica de A.D.N. se repite dentro de ese locus: VNTR (Variable Number of Tandem Repeats). Cada uno de los tamaños de ese fragmento constituye un alelo del locus.

Para efectos forenses, el locus será más importante cuanto más alelos tenga. En la actualidad se trabajan algunos loci que tienen entre 20 y 30 alelos, tales como el MCT-118 (D1580) y el APO B. Recientemente, un locus relacionado con los antígenos H.L.A. (DRB) se describió con 60 alelos. Como heredamos un gen materno y otro paterno, el número posible de patrones de dos bandas se hace enorme y cuando se combinan las capacidades de exclusión de dos o más locus podríamos tener una probabilidad tal que, estadísticamente, no alcanzaría la población de un país, o inclusive la población mundial, para

encontrar otro individuo semejante. Es por ello que tenemos un gran empeño en utilizar rutinariamente esa tecnología en Costa Rica, la cual se puede utilizar con sangre fresca (paternidades) y manchas de sangre, semen o cabellos foliculados, generalmente hallados en homicidios y violaciones...”<sup>21</sup> Conviene incorporar en este apartado, lo reseñado por Carmen Pérez “Una buena pista es la que aporta una información útil para el desarrollo de la investigación, aunque a veces únicamente conduzca a otra. Desde el punto de vista de los análisis del DNA, la mejor materia es la sangre, porque suele contener una mayor cantidad de células y, por tanto, más material genético para analizar. Además la extracción del DNA resulta más fácil.

El semen también contiene una gran cantidad de células y es bastante estable, pero en el caso de tomas vaginales a partir de la víctima suele estar más contaminado que la sangre, porque tiene restos de sus secreciones vaginales y hay que separarlas previamente para estudiarlo.

Un cabello se conserva bien durante mucho tiempo, pero también acostumbra a estar más contaminado, ya que suele tener material genético de otros individuos. Algo parecido ocurre con la saliva: impregnada en la goma adherente de los sobres y sellos se puede conservar en perfecto estado durante años, pero solo es útil si contiene células de la mucosa epitelial de la boca”.<sup>22</sup>

A continuación, delimitaremos conceptos básicos que nos ayudarán a obtener una mayor comprensión del contenido de la exposición, para ello nos basaremos en el artículo del Dr. Rafael Marín Rojas, cuya cita ya fue indicada, el cual es además Máster en Ciencias y a la fecha de la publicación fungía como jefe de Laboratorio Clínico del Hospital San Juan de Dios en San José, Costa Rica.

**Locus:** fracción del A.D.N. que contiene una característica.

**VNTR:** repetición secuencial de una unidad básica de A.D.N. dentro del RFLP.

**Enzima de restricción:** molécula orgánica capaz de cortar la molécula del A.D.N. en pequeños pedazos o RFLP's por sus dos extremos o sitios de restricción. Es una verdadera “tijera genética”.

**Enzima polimerasa:** hace lo contrario, une nucleótidos para formar un pedazo de A.D.N. (oligonucleótido), tomando como punto de partida un “primer” (cebo o semilla).

**Sonda:** equivalente de un “primer” grande. Su misión es encontrar RFLP's dentro de los miles que produce una enzima de restricción. Pegado a ella lleva un sistema que sirve para revelar la presencia de ese RFLP e indicar su posición relativa. Este sistema es necesario porque el A.D.N. del RFLP está en poca concentración y no es posible visualizarlo directamente, se usa el sistema revelador de la sonda: radiactivo, químico o fotoquímico.

**Agarosa:** sustancia natural, gelificante, extraída de algas, semejante a la gelatina. En ella ponemos la muestra de A.D.N. dirigida con la enzima (RFLP's) para separar por electroforesis.

**Electroforesis:** técnica para someter a un campo eléctrico la muestra que está en la agarosa. Los RFLP's más livianos migrarán, dentro del gel, más rápidamente que los más grandes o pesados y todos ocuparán una posición característica que será visualizada y fotografiada.

**Transferir:** (Southern Blotting) pasar los RFLP's, después de la electroforesis, de la agarosa a un medio sólido: nylon o celulosa. En este nuevo soporte es donde se hibridiza con la sonda marcada.

**Revelar:** poner a funcionar el sistema indicador, transportado por la sonda, para que indique el sitio exacto donde quedaron las bandas “paternas” y “maternas” de los RFLP's analizados. Una vez revelados son fotografiados para su estudio comparativo, con las otras muestras.

Concluye el Dr. Marín Rojas que “En resumen, la técnica de la huella genética consiste en extraer el A.D.N. de la muestra: sangre fresca, tejido, mancha de sangre, manchas de semen o foliculo piloso. La extracción se realiza mediante un método orgánico o uno inorgánico. Después de extraído el A.D.N. se somete a la digestión con la enzima de restricción.

Una vez realizada la digestión, los RFLP's se separan mediante electroforesis en agarosa, después de lo cual se realiza la transferencia a membranas de nylon. Ya en este

21. Marín Rojas, Rafael. *La Huella Genética (La Tecnología del ADN)*. Revista de Medicina Legal, diciembre de 1993-mayo de 1994, p. 55.

22. Pérez, Carmen. *Las Mejores Pistas*. Internet, [INTERNET/dna.1.html](http://INTERNET/dna.1.html).

soporte se lleva a cabo la hibridización con la sonda marcada para finalizar con el revelado y la fotografía.

Como podrá verse, la metodología es larga y bastante complicada, por lo que se han diseñado técnicas alternativas a la huella genética. La más utilizada es el PCR: Reacción en Cadena de la Polimerasa. Mediante ella hacemos millones de copias del VNTR que nos interesa (con primers y polimerasa) y con esa cantidad podemos visualizar directamente la posición del fragmento del DNA, después de la electroforesis, sin necesidad de transferencia ni sondeo. Con ello, la metodología se reduce a una etapa de extracción, a otra de copiado y a la separación por electroforesis. Por último, fotografiamos las posiciones relativas de los RFLP's directamente de la agarosa, mediante tinción directa.

Dada su ventaja, en cuanto a tiempo de trabajo y a que las sondas son muy difíciles de conseguir, porque están muy protegidas con patentes, optamos por utilizar el PCR como técnica a aplicar en el trabajo forense rutinario".<sup>23</sup>

En la técnica RFLP de Jeffreys, el llamado "proceso de digestión" del A.D.N. que ya reseñamos —y que detallaremos a continuación— consiste en poner en contacto la cadena de A.D.N. con un enzima de restricción, la cual actúa cortando la doble cadena en puntos determinados.

Así, una cadena determinada será cortada tantas veces como secuencias específicas de reconocimiento presente para una enzima determinada. "... las enzimas llamadas 'endonucleosomas de restricción' son aplicadas a las moléculas de A.D.N. para cortar el 'ziper' de A.D.N. en fragmentos. Estas enzimas reconocen ciertas secuencias en pares de nucleótidos, o 'dientes' y cortan el 'ziper' de A.D.N. en el punto que reconocen. El resultado son fragmentos del A.D.N. diferentes en largo y número para cada individuo".<sup>24</sup>

Una enzima de restricción particular cortará el A.D.N., solo si una secuencia específica de bases está presente. Esta secuencia es conocida como el sitio de restricción para esa enzima.

"Los fragmentos de A.D.N. digeridos con una enzima de restricción específica van a generar fragmentos de diferente tamaño, con solo que una de las bases en el sitio de restricción sea diferente. Estos cortes de A.D.N. que se observan después del proceso de digestión producen los llamados "fragmentos de restricción de longitud variable", en inglés, "restriction fragment length polymorphisms", o en su abreviatura (RFLP's) ya citados.

Muchos de estos fragmentos van a tener secuencias de bases repetidas, según vimos; y estas secuencias pueden rotularse con radioactividad para ser detectadas luego.

Las secuencias se llaman "Sondas" o "Probes". Una sonda es un fragmento pequeño de A.D.N. de una única hebra marcada con una molécula de referencia (marcado con radioactividad, por ejemplo) cuyas secuencias de base serán conocidas. Cuando una de estas sondas se hibrida con un fragmento de A.D.N. que previamente ha sido desnaturalizado, la sonda va a adherirse a la secuencia de bases del A.D.N. que contenga una secuencia de nucleótidos complementarios a la suya, para así formar nuevamente la doble hélice. Entonces la secuencia de nucleótidos en el filamento podrá ser identificada, con la referencia radioactiva de la sonda con la cual se hibridó".<sup>25</sup>

Existen básicamente dos tipos de sondas: las monolocus y las multilocus, así "Single-locus": Las unidades de repetición de ciertos minisatélites son específicas de una región particular (locus) y de un determinado cromosoma. Las sondas que se combinan exclusivamente con estas regiones son denominadas monolocus (single-locus). Estas sondas van a detectar un único segmento del A.D.N. repetitivo en un sitio específico de un filamento separado de su complementario en los cromosomas.

En cada estudio aparecen, dos copias por individuo, correspondientes a los dos alelos que pueden ser hipervariables entre sí. Suelen estar compuestas por una larga secuencia de nucleótidos, con mayor variabilidad que los que componen los multilocus (véase ilustración N° 7, pág. 606).

23. Marín Rojas, Rafael. *Op. cit.*, p. 56.

24. Borrásé Povedano y Otros. *Op. cit.*, p. 118.

25. Rodríguez Cambronero, Hazell y Otra. *El impacto de la Técnica P.C.R. en la investigación y esclarecimiento del delito de homicidio y el delito sexual de violación. Tesis de graduación para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995, Tomo I, pp. 260 y 261.*

Multi-locus: Este tipo de sondas se acoplan a minisatélites que están presentes en varios locus de diferentes cromosomas; suelen estar compuestas por unos 10-15 pares de bases que se repiten múltiples veces. En cada estudio aparecen entre 10 y 20 bandas por persona (véase ilustración N° 8, pág. 607).

Entonces, la diferencia principal con las "SINGLES-LOCUS" es que las "MULTI-LOCUS" detectan múltiples segmentos del A.D.N. repetitivo, localizados en muchos cromosomas, quiere decir que detectan en forma simultánea fragmentos de A.D.N. en múltiples regiones de múltiples cromosomas. (Véase ilustraciones números 9 y 10, págs. 608 y 609).

En una comparación de estos dos tipos de sondas, Gisbert Calabuig nos señala las siguientes similitudes y diferencias:

- 1- Información aportada. Las sondas multilocus tienen una mayor capacidad discriminativa, al aparecer múltiples bandas. Las monolocus, por otra parte, son más sensibles, ya que al ser la sonda más larga se hibrida más específicamente.
- 2- Cantidad y caracteres del D.N.A. necesario. Las multilocus necesitan aproximadamente 1 ng de D.N.A. en perfecto estado, que no haya sido degradado. Las monolocus necesitan 100 ng de D.N.A., pudiendo estar degradado, siempre que no se haya afectado el fragmento que hay que hibridar por la sonda.
- 3- Especificidad. Las sondas multilocus permiten su uso sobre D.N.A. humano y de ciertos animales superiores, mientras que las monolocus son exclusivamente para material humano.
- 4- Utilidad. Por sus características, las sondas multilocus son especialmente aptas para confirmar una paternidad y una imputación penal no suficientemente filiada, mientras que las monolocus sirven para realizar estudios de paternidad en casos complejos en familias consanguíneas, así como para descartar una acusación o resolver casos en los que el D.N.A. no esté bien conservado...<sup>26</sup>

El descubrimiento de Jeffreys originó, como es usual, el surgimiento de nuevos métodos para aislar el A.D.N. y

obtener los mismos resultados empleando diversas técnicas, siempre buscando todos, encontrar ese patrón de bandas (que como dijimos es similar al de los productos comerciales) evidentemente, estos diferentes procedimientos hacen variar los niveles de certeza y confiabilidad en los resultados.

#### **Sección d) Mullis-reacción en cadena de la polimerasa (o técnica del P.C.R.).**

Si el descubrimiento "casual" del Dr. Jeffreys marcó un hito en la investigación forense, la técnica desarrollada por Mullis, llamada en inglés The Polymerase Chain Reaction, o P.C.R., como se conoce por su abreviatura, no fue menos trascendente para la ciencia. La idea básica del P.C.R. es producir grandes cantidades a partir de un fragmento específico de A.D.N., mediante la amplificación selectiva de una simple molécula de A.D.N. muchísimas veces y en unas pocas horas, lo que contrasta con el método de RFLP's del Dr. Jeffreys. "...El principio de P.C.R. está basado en la amplificación enzimática de un fragmento de A.D.N. que es flanqueado por dos 'primers' (son pequeños fragmentos de A.D.N., u oligonucleótidos que han sido sintetizados en el laboratorio) que hibridizan o se unen al A.D.N. ya desnaturalizado, en cada una de las hebras de la secuencia que nos interesa, por lo que proveen un sitio para que la enzima polimerasa inicie su labor.

Para esto, las secuencias de bases de A.D.N. que precede y proceden inmediatamente a la región que pretendemos amplificar, deben ser conocidas para poder sintetizar los 'primers'. A este respecto resulta de gran utilidad la labor que está realizando el Proyecto del Genoma Humano, cuyo objetivo básico es establecer un mapa genético completo del ser humano.

Como veníamos diciendo, la polimerasa empezará a trabajar en el final del 'primer' y utilizando las bases disponibles (A, C, T, G) irá atrayendo las que se necesiten para sintetizar copias complementarias de cada uno de los filamentos. Así, repetidos ciclos de desnaturalización, alineación de los 'primers' con sus secuencias complementarias y extensión con la polimerasa da como resultado la amplificación de un segmento definido (véase ilustraciones N° 12 y 13, pág. 611 y 612).<sup>27</sup>

En lo referente al Proyecto del Genoma Humano, es prudente acotar que "Simultáneamente, el National Center

26. Rodríguez Cambronero, Hazell y Otra. *Op. cit.*, pp. 262 y 263.

27. Rodríguez Cambronero Hazell y Otra. *Op. cit.*, pp. 271 y 272.



of Human Genome Research, oficina específicamente abocada al proyecto, ha anunciado la concreción de inversiones destinadas al análisis bioético de las consecuencias éticas, legales y sociales que el caudal de información por obtenerse acarreará, así como a sugerir líneas políticas en punto al manejo de tal información.

El programa ha identificado tres grupos de cuestiones a dilucidar: los temas vinculados con la integración de nuevas pruebas genéticas en la práctica médica, que, más allá de las responsabilidades legales que pudieran emerger de una realización deficiente de las mismas, no parece incidir demasiado en el campo jurídico; los referidos a la necesidad de educación y consejo a brindarse a los individuos sometidos a pruebas genéticas, así como a la correcta evaluación de los resultados que impida a los afectados traumas psicológicos, estigmatización y discriminación y, finalmente, los temas vinculados al acceso y al uso de los resultados de las pruebas genéticas por terceros, incluyendo en tal categoría a las compañías de seguros, a los investigadores biomédicos y a los empleadores.

A su vez, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha adoptado un 'programa específico en salud diagnóstico genético: análisis del genoma humano', cuya redacción definitiva fue aprobada el 11 de junio de 1990. En su presentación se consigna que 'es una respuesta de Europa a los desafíos internacionales que representan los proyectos de investigación biológica de gran envergadura en EE.UU. (cartografía y secuenciación del genoma humano) y Japón (Programa Científico de Fronteras Humanas). Aunque es un programa de investigación precompetitiva básica, puede dar lugar a nueva información y nuevos materiales potencialmente comercializables, pudiendo desarrollarse también nuevos procesos tecnológicos'. Este programa responderá a la mejora de la resolución del mapa genético humano (esto es, la creación de un mapa del genoma humano con base en marcadores del A.D.N. para permitir a los investigadores localizar fácil y rápidamente los genes); la colección de bibliotecas ordenadas de clones (es decir, colecciones de juegos ordenados de fragmentos de A.D.N. que representan en su totalidad al A.D.N. presente en todo el genoma, en cromosomas seleccionados o en fragmentos de cromosomas) y el perfeccionamiento y difusión por los Estados miembros de las tecnologías de punta.

Resulta fundamental captar en toda su magnitud las consecuencias de la tarea emprendida, cuya finalización

se calcula dentro de quince años, así como el poder que otorgará la posesión de la información resultante.

No se cuestiona la obtención de los conocimientos, sino el uso que pueda llegar a dárseles. En tal sentido, coincido con la postura de ANFISEN cuando, desde su sitial de científico eminente, acotaba que no hay límites para el conocimiento del proceso de la vida, ni debe haberlos, pero sí para la aplicación de ese conocimiento. Y agregaba que cuando se contemple la implementación de ciertas clases de observaciones científicas debería ser impuesto un cuidadoso control, llevado a cabo por adecuados paneles de expertos académicos, legales y gubernamentales".<sup>28</sup>

La importancia en la determinación del genoma humano es inconmensurable, como bien señala la Agencia Reuters, en su artículo Mapa Humano, "El genoma es una especie de enciclopedia biológica que contiene todas las instrucciones químicas para hacer un ser humano. Cada célula humana contiene un juego completo, que son los pares de cromosomas, los volúmenes individuales que contiene la enciclopedia. Cada cromosoma está formado por millares de genes, que son los capítulos de cada volumen. Se cree que hay hasta 100.000 genes en el genoma. Los genes determinan todas las características biológicas de la vida, desde enfermedades hasta el color del pelo y algunos aspectos de personalidad e inteligencia".<sup>29</sup>

Kary B. Mullis trabajaba para la Cetus Corporation en Emeryville, California (dicha empresa es ahora Perkin Elmer Corporation) cuando descubrió la técnica del P.C.R. Esta empresa es la dueña de todas las patentes relacionadas con ella (enzimas, aparato, tampón o "buffer", nucleótidos, etc.), al punto que si otra empresa quiere vender productos similares, debe pagar "royalties" o derechos de licencia a Perkin Elmer Corporation. Si bien es hasta 1989 que se popularizó el empleo de este método, las primeras publicaciones datan de 1985; como un dato anecdótico cabe señalar que la revista norteamericana "Science" seleccionó a esta técnica del P.C.R. como el mayor suceso científico de 1989 y premió como "la molécula del año", a la A.D.N. Polimerasa, que es la que genera la reacción. Además, como hemos dicho, Mullis recibió el Premio Nóbel de química en 1993.

Como bien indicó Kary Mullis: "Sometimes a good idea comes to you when you are not looking for it. Through

28. Maris Martínez, Stella. *Op. cit.*, pp. 196 y 197.

29. Agencia Reuters. *Mapa Humano*. Citada por *La Nación*, lunes 5 de octubre de 1992, Suplemento Viva, p. 2.

an improbable combination of coincidences, naivete and lucky mistakes, such a revelation came to me one friday night in April, 1983, as i gripped the steering wheel of my car and sanked along a moonlit mountain road into northern California's redwood country. That was how i stumbled across a process that could make unlimited numbers of copies of genes, a process now known as the polymerase chain reaction (PCR)".<sup>30</sup> Traducido a la lengua de Cervantes, sería "Algunas veces una idea le viene a uno cuando no se está buscando. Por medio de una poco probable combinación de coincidencias, ingenuidad y errores afortunados, esa revelación me vino en la noche de un viernes en abril de 1983, mientras tomaba el manubrio de mi carro y me dirigía hacia la región de árboles "redwood" del norte de California. Así fue como tropecé con el proceso que podría hacer un número ilimitado de copias de genes, un proceso ahora conocido como la reacción en cadena de la polimerasa (PCR).

De lo dicho por Mullis, se infiere que su hallazgo fue realizado con absoluta independencia de los trabajos de Jeffreys, por lo que no es dable sugerir que se basó en ellos, o que establecieron una suerte de competencia entre ellos por lograr el mismo cometido. Si el descubrimiento de Jeffreys se dio mientras experimentaba para otro objetivo, el planteamiento de Mullis fue un proceso mental, una idea genial mientras conducía su vehículo.

#### d.1. Concepto de P.C.R.

"La reacción en cadena con polimerasa (PCR, siglas en inglés de Polymerase Chain Reaction), puede definirse con un método in vitro para la síntesis enzimática de secuencias específicas de A.D.N., donde se utiliza A.D.N. polimerasa, dos cadenas pequeñas de nucleótidos (oligonucleótidos) llamados imprimidores y un fragmento de A.D.N. que se utiliza como molde, todo en un amortiguador adecuado. Los imprimidores se diseñan para unirse a fragmentos complementarios de bandas opuestas del A.D.N. molde, de manera que definan la región de interés llamado 'A.D.N. objetivo'".<sup>31</sup>

Se puede entonces, definir la técnica P.C.R. como una amplificación o copia del A.D.N. "in vitro". Dado que

este proceso ocurre in vivo, cada vez que las células se reproducen y deben previamente duplicar su A.D.N. (cuando se forma el cigoto, se está duplicando el A.D.N.). De esta forma, a través del P.C.R. se copia el A.D.N. "in vitro" por medios artificiales, con la ayuda de un aparato ad hoc.

El propósito del P.C.R. es amplificar pequeñas cantidades de A.D.N. y producir mayores cantidades, que permitan una mejor caracterización a posteriori.

"... Si se conoce la secuencia de una cadena simple de A.D.N., se podrá deducir cuál es la secuencia de la cadena complementaria y vamos a poder realizar una serie de técnicas analíticas que permitan poner de manifiesto las características de las regiones del A.D.N. que, para identificar a las personas, nos interesan".<sup>32</sup>

#### d.2. Materiales y procedimientos necesarios para la técnica del P.C.R.

Lo primero que se necesita —como sugiere la lógica— son muestras de A.D.N., las cuales, dependerán de la clase de investigación que estemos ejecutando (paternidad, identificación forense de un cuerpo, de un presunto violador o de un homicida). Se requieren tantas muestras de A.D.N. como personas estén relacionadas al caso. Como indicamos con antelación, para casos de paternidad, normalmente se usan tres muestras, del posible padre, la madre y el hijo. Para ello, lo ideal es realizar la toma de sangre fresca directamente a la persona. En la muestra de sangre, interesan solo los leucocitos o glóbulos blancos, ya que son los únicos que tienen núcleo y por ende, A.D.N. nuclear.

En casos de investigación criminalística de homicidios o violaciones, las muestras pueden obtenerse de manchas de sangre o semen de las ropas o del suelo y paredes de la escena del crimen, trozos de piel encontrados debajo de las uñas, flujo vaginal, un diente, determinados huesos, e incluso saliva (con las observaciones ya expresadas en secciones anteriores). Como principio, lo usual es que las cantidades de A.D.N. sean muy reducidas en los elementos pilosos, semen o sangre encontrados. El A.D.N. se encuentra principalmente en el núcleo de la célula,<sup>33</sup> por lo

30. Rodríguez Cambronero Hazell y Otra. *Op. cit.*, Tomo II, p. 277 y 278.

31. Rodríguez Gamboa, Tatiana. *Op. cit.*, p.16.

32. Lorente Acosta, José Antonio y Miguel. *El A.D.N. y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*. Editorial Comares, Granada-España, 1995, p.47.

33. Entrevista a la Dra. Marta Espinoza, *op. cit.*, La doctora Espinoza nos manifestó que el A.D.N. también puede ubicarse en las mitocondrias, pero es de menor calidad para efectos forenses.

que debe romperse la membrana citoplasmática y la membrana nuclear a fin de extraerlo, ello se logra mediante un método llamado "lisis", que emplea unos reactivos capaces de romper las membranas preindicadas. Estos lisis, no alteran el A.D.N. pues solo rompen proteínas pero no ácidos nucleicos. Así se obtiene A.D.N. libre de proteínas y de todos los fosfolípidos que contienen las membranas. "... El A.D.N. que se desea replicar (copiar) puede venir en estado puro o ser solo una minúscula porción de alguna compleja mezcla de materiales biológicos. Basta con una gota de sangre disecada, un pelo, tejidos de algún cerebro momificado o extractos de semen hallados en el cuerpo de una víctima violada. Todas son muestras válidas para practicar el PCR y dar respuesta a problemas de identidad".<sup>34</sup>

Aunque la prueba de P.C.R. se practica únicamente con A.D.N., es posible hacer una "retro transcripción" o cambio del A.R.N. a A.D.N. El proceso demanda mayor complejidad y excede los límites de nuestra recensión.

Volviendo al P.C.R. "Una vez extraída la sangre, se utiliza una centrifuga —máquina que gira a gran velocidad— para separar el plasma, los glóbulos rojos y los blancos —solo se utilizan estos últimos— los leucocitos— que se pasan por una pipeta a un tubo plástico, donde se le agrega una solución llamada lisis, cuya función es romper la membrana del núcleo. Así quedan liberados los 23 pares de cromosomas que contiene cada célula y por ende, el A.D.N. Sin embargo, este no se encuentra aun en estado puro, está mezclado con restos de las membranas y las proteínas. Para aislarlo, se usa fenol y alcohol cloroformo, dos reactivos que solidifican las proteínas. Luego de agitar el tubo, el fenol se va al fondo, las proteínas quedan en el centro y la solución de lisis arriba, junto con el material genético. El siguiente paso es separar esta capa superior, pasarla a otro tubo y agregarle sal (acetato de sodio) y etanol absoluto, reactivos con los que la molécula de A.D.N. se precipitan en una especie de 'motita' sólida de color blanco. Esta se saca y se deja secar; finalmente, queda como un papelito fino, que otra vez se pasa a estado líquido para aplicarle la técnica PCR".<sup>35</sup>

La rehidratación del A.D.N. se hace mediante el uso de un "buffer" y se mide la concentración de la "madeja" de A.D.N. a través de una espectrofotometría o de una espectrofluorimetría.

Además de la obtención de las muestras y la obtención del A.D.N. a partir de ellas como se reseñó, se requieren los Desoxi-nucleótidos trifosfatos o DNTP's (Deoxynucleotide triphosphates en inglés), que son las bases químicas que poseen una ribosa, un fosfato y una base nitrogenada. Solo que generados "artificialmente" para poder unir y amplificar el A.D.N. nos referimos a los nucleótidos que ya detallamos antes, adenina, citosina, guanina y timina.

Luego, necesitamos la enzima polimerasa o "Taq Polimerase", que es una enzima termoestable. Es decir, que soportará sin problemas las altas temperaturas que requiere la técnica P.C.R. La taq polimerasa proviene de una bacteria que vive en nacientes de agua caliente, se aísla del llamado "thermus aquaticus", con ciertas técnicas, las enzimas debían reponerse en cada ciclo, por no poder resistir las altas temperaturas, en cambio la taq polimerasa es eficiente, ya que soporta todo el proceso P.C.R. y al final logra quedar con la mitad de vida.

Los imprimidores o "primers" (en inglés), son los que dan el sitio de inicio, son una secuencia de bases o grupo de oligonucleótidos que se han fabricado artificialmente, en una máquina especial a la que se le indica la secuencia deseada, por ejemplo, una A, G, T, A, A, T, G, etc. Puede ser hasta de 28 letras. Estas bases nitrogenadas —generadas artificialmente— van a encontrar su región complementaria en el A.D.N., hasta que la secuencia esté pegada. Esto nos sirve para limitar la región de interés, lo cual significa que se tiene que conocer los bordes de esta, o sea, la secuencia en que se encuentran las cuatro letras (A, C, G, T) en los bordes de la región de interés y que serán los límites o fronteras de la llamada "target sequence" que es la región que se quiere amplificar. "...Estos bordes van a ser conocidos, gracias a la investigación, dada a la tarea de secuenciar regiones del genoma humano, (sobre todo realizada en países desarrollados como EE.UU.) y publicaciones en revistas que indican la existencia de una secuencia 'x' en el cromosoma uno, por citar un ejemplo, que va a limitar 'tal' región. Sin embargo, existe un centro entre estas secuencias conocidas que no se conoce, recurrimos entonces, para averiguarlos, al uso de marcadores genéticos, que son partes de secuencia que ya se han descifrado. El llamado Proyecto de Genoma Humano es un proyecto gigantesco a nivel mundial, que

34. Minsky, Larissa. *La Nación*, 15 de agosto de 1993. Suplemento Revista Dominical, p. 15.

35. Minsky, Larissa. *Ibid.*

trata de secuenciar todo el genoma humano. En un cromosoma hay millones de esas letras (A, C, G, T) y en la totalidad del genoma 3 mil millones de pares de bases. Se está tratando de buscar marcadores genéticos de regiones conservadas, en las cuales todos somos similares y se publican mensualmente secuencias conocidas, las cuales van a ser fabricadas artificialmente para ser utilizadas como Primers".<sup>36</sup>

El A.D.N. es una doble hélice que se separará en dos, al romper la célula, se encuentran los 23 pares de cromosomas que todos tenemos (seres humanos) en cada una de las células. Obviamente al extraer el A.D.N. se extraen muchas células. Cuando se extrae el A.D.N., este queda en un tubo con una solución acuosa y ahí se le agregan los DNTP's, la enzima Taq Polimerasa, el buffer y los iniciadores. Los primers son los que van a limitar la secuencia posándose específicamente en una región de un cromosoma que es la que va a amplificar. El iniciador va a pegarse con una secuencia complementaria, pero solo donde encuentre la secuencia complementaria "total". Esto es lo específico del P.C.R., pues donde existan esas 28 letras no van a existir otras 28 letras iguales en otra parte de ese A.D.N. y entonces los iniciadores van a saber dónde pegarse.

El agua es usada para diluir los reactivos, debe ser destilada tres veces, para que no contenga metal alguno y así no sea "dura" y todo debe ser estéril. El aceite se pone sobre la reacción. El "buffer" es una solución utilizada en la reacción como un regulador del PH. O sea, del grado de acidez o salinidad del medio, adecuándolo a las necesidades de la enzima Taq Polimerasa, para que esta realice una labor eficiente.

Una vez que a la muestra de A.D.N. se le han agregado los componentes citados, ponemos todo en una centrifuga, para que bajen los reactivos agregados, los que se y se colocan en un aparato llamado Termociclador, que produce varias temperaturas (94°, 60° y 72°) en ciclos de aproximadamente un minuto, las veces que sea indicado. "...El PCR se inicia con un 'A.D.N. total', que por sus condiciones químicas normales siempre van a estar en doble banda. Este A.D.N. se va a abrir en dos cadenas simples de A.D.N., separando las uniones A-T y C-G (como cadenas complementarias).

Al iniciar el PCR con un A.D.N. en doble banda se programa el termociclador con temperaturas de aproximadamente 94° C por 1 minuto, lo que va a romper los enlaces de hidrógeno y va a abrir el A.D.N. en dos bandas simples".<sup>37</sup>

El siguiente paso se llama "extensión" y es realizado por la polimerasa y las cuatro bases agregadas. La polimerasa inicia su actuación en el borde de los iniciadores y usando las cuatro bases (A-T-G-C-) sintetiza copias complementarias de cada uno de los dos filamentos del A.D.N. La temperatura de la "extensión" es de 70° a 72°, esa es la temperatura en la cual la polimerasa se pega al A.D.N. y va a empezar a extender la cadena, produciendo así la replicación. La enzima de polimerasa se ubica únicamente donde está el imprimidor pegado formando regiones en doble banda. Como indicamos, la Taq Polimerasa es una enzima termoestable, es decir no muere durante el proceso, sin embargo, su nivel óptimo lo alcanza a los 72°. En cada ciclo del procedimiento se dobla la cantidad del A.D.N. presente al iniciarlo. Aunque se habla de la realización de un promedio de 20 a 25 de replicación, a efectos del P.C.R. En Costa Rica no resulta extraño hacer hasta 35 ó 40 ciclos.

Al terminar los procedimientos anteriores, queda en el tubo una solución acuosa, lo que corresponde es determinar si la técnica tuvo éxito, es decir, si la amplificación del A.D.N. funcionó. Existen básicamente tres sistemas de verificación, el más usado en la detección del producto del P.C.R. es la electroforesis, que consiste en colocar el A.D.N. con ayuda de una pipeta en una matriz de gelatina (gel de agarosa o acrilamida), que se torna en una especie de cedazo por el que necesariamente tienen que pasar las moléculas, las más grandes tardan más en pasar, mientras que el A.D.N. pasa rápidamente por ser más pequeño y queda abajo.

El gel se coloca sobre una fuente de poder con un voltaje específico a un electrodo positivo (localizado por lo general debajo de la bandeja) que es el que atrae las moléculas del A.D.N., porque estas tienen carga negativa en razón de los fosfatos. Normalmente el A.D.N. no migraría pero va a ser "llamado" por la carga positiva. Se debe contar además con un Marcador de Peso Molecular, que indica el peso que corresponde a cada banda o el número de bases de esta. El principio revela que se van a separar las

36. Rodríguez Cambroner, Hazell y Otra. *Op. cit.*, p.288.

37. Rodríguez Cambroner, Hazell y Otra. *Ibid.*, p.293.

moléculas por el peso molecular (tamaño o peso de cada una) y así se van a obtener las diferentes bandas, las cuales se pueden ver con un transluminador ultravioleta, colocado detrás de la agarosa. Posteriormente se tiñe el gel con un reactivo específico que se intercala entre las bases del A.D.N. La tinción puede ser con bromuro de etidio o de plata, o bien utilizar la radioactividad a través de un radioisótopo (marcaje radioactivo) o bien otro marcaje de tipo no radioactivo, en razón del peligro de que los radioisótopos generan cáncer.

Además de la electroforesis se puede hacer la verificación del P.C.R. mediante otro sistema llamado Secuenciación que consiste en montar una reacción de secuenciación utilizando "kits" para tal efecto y se realiza una electroforesis que no es agarosa, sino en acrilamida con otros reactivos y otro sistema. En vez de un gel pequeño (minigel) se utiliza uno grande y vertical (maxigel), que lo que hace es separar las "letras" para poder "leer" y así obtener una secuencia de la banda, no su tamaño. La ventaja de este sistema de secuenciación es que es el mejor para detectar mutaciones, pues se identifica directamente el error que existe en la secuencia de las bases de una región de interés. El problema es que este sistema es más costoso. Puede hacerse el marcaje por métodos radioactivos o no.

Otra posibilidad de verificación es el sistema de hibridación. Proceso que puede realizarse mediante dos protocolos o formatos, en el primero el producto del P.C.R. es colocado en membranas a las que se añade una solución con una sonda (dot blot) y en el otro las sondas mismas son inmovilizadas en una única membrana y usadas para capturar producto P.C.R. complementario (dot blot reverso).

#### **d.3. Mejoras y nuevas aplicaciones de la técnica del P.C.R.**

A partir del modelo original de Mullis, se han derivado muchas modalidades de técnica P.C.R., en la actualidad hay más de veinte tipos diferentes de P.C.R. como son: el anclado, el inverso, el de regiones polimórficas, al azar (random), etc. Se utilizan diferentes clases de enzima, incluso existe una que produce retranscripción, es decir "fabrica" A.D.N. a partir de A.R.N. y otra que no solo va colocando nucleótidos sino que se encarga de verificar si el último nucleótido es el correcto.

Si bien las pruebas de P.C.R. así como las de RFLP's de Jeffreys, se utilizaron primariamente en pruebas de paternidad y casos penales, se han especializado y diversificado las pruebas del P.C.R. hacia otras aplicaciones mayoritariamente coadyuvantes de las ciencias médicas, a continuación intentamos una enumeración de las mismas, información

obtenida del trabajo de Hazell Rodríguez Cambronero y Vanessa Molina Incera, ya citado con antelación:

#### **En Investigación Genética:**

- 1- Diagnóstico prenatal de desórdenes genéticos.
- 2- Diagnóstico de mutaciones.
- 3- Detección de portadores de genes específicos en familias y poblaciones.
- 4- Generación de sondas para mapeo genético.
- 5- Estudio de ligamentos de RFLP's.
- 6- Diagnóstico prenatal del sexo.
- 7- Investigación forense de restos e individuos.

#### **En Investigación Básica en Biología Molecular:**

- 1- Síntesis de genes y modificación genética.
- 2- Estudios de expresión génica.
- 3- Secuenciación de A.D.N.

#### **En Investigación Clínica Médica:**

- 1- Detección y caracterización de patógenos.
- 2- Identificación de oncogenes activados y caracterización de tumores.
- 3- Monitoreo de progresión de enfermedades.
- 4- Estudio de susceptibilidad y predisposición a enfermedades.

A manera de ejemplo de las aplicaciones médicas, citamos dos casos. En lo relativo al Síndrome de Down, se asocia dicho mal a la región 21q que abarca la mayoría del cromosoma 21. El S.I.D.A. puede ser detectado amplificando una región de la proteína del virus y efectuar la comparación con la muestra de la persona.

#### **d.4. Interpretación básica de las pruebas de P.C.R.**

Para nuestros efectos, desde una perspectiva legal de interpretación del P.C.R. ¿cómo podemos utilizar el resultado de las pruebas? Siendo minimalistas en la explicación, hemos de indicar que tanto el RFLP como el PCR, se basan en comparaciones de muestras, a fin de determinar si los perfiles genéticos visibles en las placas hacen o no un "match", es decir si coinciden o no entre sí.

Los criterios que se manejan son de exclusión o inclusión. El 100% solo existe en exclusión, es decir, es posible descartar que un sospechoso sea el autor de una violación o el padre de un niño. El problema deviene en la inclusión, pese a que la prueba de P.C.R. se practica en los sitios polimórficos del A.D.N., esto es de alta variabilidad de un individuo a otro (donde individuos no relacionados

van a tener bandas diferentes o alelos distintos para cada marcador), siempre queda la posibilidad de que existan individuos genéticamente muy similares. Por lo que las pruebas de P.C.R. solamente pueden establecer niveles de probabilidad de autoría o paternidad. Por eso, en un caso penal, en donde existan otras pruebas e indicios en contra del acusado, obviamente, una prueba de P.C.R. que no lo excluya sino que más bien lo incluya en un porcentaje elevado, sería suficiente para llegar a un convencimiento de la culpabilidad del imputado. No omitimos manifestar —tal y como lo hemos dicho antes— que en el caso de gemelos homocigóticos, es decir, formados a partir de un mismo óvulo, esta prueba no permite descartar a uno a favor del otro, pues son perfiles genéticamente idénticos. La única forma de identificar a los gemelos homocigotos, es mediante las huellas digitales, que siempre son únicas en cada ser humano.

“Como afirma la Dra. Sandra Silva del Centro de Investigación en Biología Celular y Molecular, se corren primeramente cinco marcadores y si todos coinciden se corren tres más; ya con ocho, si las muestras siguen coincidiendo, prácticamente se establecen resultados contundentes.

Es posible que en dos o tres marcadores exista similitud por coincidencia, pero ya corriendo ocho marcadores es prácticamente imposible.

E insistimos en que si en alguno de ellos las muestras no concuerdan, se descarta la paternidad o sospecha en un 100%; ya que en materia de exclusión con solo un marcador que no dé igual (incluso al repetirlo con la idea de evitar el error humano) se determina una exclusión libre de duda”.<sup>38</sup>

En una conversación reciente con la Dra. Silva (mayo de 1999), ella nos aclaró que actualmente se corren al menos entre 10 y 19 marcadores, a efectos de una mayor precisión en la identificación.

#### **Sección e) Análisis comparativo entre las pruebas R.F.L.P. de Jeffreys y el P.C.R. de Mullis.**

El R.F.L.P. es altamente discriminatorio, los loci R.F.L.P. son muy polimórficos, ello significa que la posibilidad de que una muestra individual coincida con otra

es muy baja. En los casos criminales, con correr 5 ó 6 marcadores, se puede producir una probabilidad de coincidencia mayor de uno en un millón. La principal deficiencia del R.F.L.P. es que requiere A.D.N. de alta calidad. La degradación del A.D.N. en una muestra forense puede llevar a resultados no concluyentes. La exposición al ambiente, la descomposición bacteriana, exposición vaginal o un inadecuado resguardo de la evidencia, puede producir la degradación del A.D.N. que limite la aplicación del R.F.L.P. en muchos casos, aun con A.D.N. degradado es posible utilizar los análisis del P.C.R.

Para las pruebas R.F.L.P. las muestras pueden ser demasiado pequeñas. El tamaño de la muestra mínima para este análisis es una mancha de sangre de una moneda norteamericana de 25 centavos (quarter) y una mancha de semen del tamaño de una moneda de diez centavos (dime). Cuando la muestra es muy pequeña, el P.C.R. es mucho más aconsejable.

El análisis R.F.L.P. puede ser demasiado lento. Bajo las mejores circunstancias, el R.F.L.P. requiere de tres a cuatro semanas de trabajo de laboratorio. Por ejemplo, en razón del atraso en muestreos pendientes, el F.B.I. requiere de tres a cuatro meses. Como resultado, imputados inocentes pueden permanecer detenidos innecesariamente.

La prueba de P.C.R. es mucho más rápida y de menos costo que la de R.F.L.P. El análisis de P.C.R. requiere una muestra menor e incluso más degradada de A.D.N. que el R.F.L.P., en razón de su extraordinaria sensibilidad. Los resultados del P.C.R. pueden obtenerse de 48 a 72 horas.

Pese a las ostensibles facilidades de las pruebas de P.C.R. “Las ventajas del PCR tienen su precio. La facilidad con que se amplifica el A.D.N. exige evitar el peligro de contaminación inherente al poder multiplicador de la reacción. Los que día a día utilizan el PCR, aseguran que un tubo en que se ha realizado una reacción contiene ‘enormes cantidades’ de A.D.N., al abrir el tubo que sale caliente del termociclador el vapor de agua alcanza el ambiente del laboratorio...”<sup>39</sup>

#### **Sección f) El caso O. J. Simpson.**

Este controversial caso de la justicia norteamericana, resulta muy ilustrativo acerca de los resultados de pruebas

38. Rodríguez Cambrónero, Hazell y Otra, *ibid.*, p. 337.

39. Quevedo Alina. *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales*. Mc. Graw Hill/ Interamericana de España S.A., Madrid, 1997, p. 83.

de A.D.N. y su valoración en un sistema de jueces de conciencia (jurado). Por ello quisimos reseñarlo a fin de ratificar la importancia de esta nueva tecnología al servicio de la criminalística.

La tarde del 12 de junio de 1994, O.J. Simpson y su exesposa Nicole Brown asistieron a una presentación escolar de su hija. Posteriormente Nicole acompañada de sus dos hijos cenó en un restaurante cercano a su domicilio, olvidó unos anteojos. Ronald Goldman, mesero y amigo de Nicole decidió llevárselos a su casa. Cerca de las 10 de la noche, un automóvil con las luces encendidas es observado frente a la casa de Nicole. Esa noche, ella y Ronald Goldman mueren apuñalados. Posteriormente, (el 16 de junio, un testigo afirma que el carro observado frente a la casa, coincide con el de Simpson).

A las 10:45 p.m. de esa misma noche, un chofer de servicio de limosinas recoge a O.J. Simpson en su casa y lo lleva al aeropuerto, lo observa agitado y sudoroso. A las 11:45 p.m. Simpson vuela a Chicago, es observado durante el vuelo en actitud serena. El 13 de junio, día lunes, al ser las 12:10 a.m. los cuerpos de Nicole y Goldman son hallados al final de unas gradas frente a la casa de Nicole. Simpson se registra en un hotel de Chicago y la policía de ese lugar encuentra posteriormente sangre en una toalla, sábanas y además un vaso quebrado.

O.J. Simpson regresa a Los Ángeles donde es interrogado, su abogado defensor lanza la coartada, alegando que Simpson estuvo en su casa a la hora de los homicidios. En la casa de Simpson la policía recoge evidencias: unos zapatos deportivos y un guante ensangrentado. El día 14 se da a conocer el historial de violencia doméstica del exjugador en contra de su exmujer. Horward Weitzam renuncia a la defensa de Simpson y el caso es asumido por Robert Shapiro. Simpson acude al funeral de Nicole. El 17 de junio, la policía avisa a Shapiro su intención de arrestar al sospechoso, Simpson estaba en casa de un amigo, Al Cowlings. Cuando llegan Shapiro y cuatro doctores a dicha casa, ya Simpson y Cowlings se habían marchado. Shapiro ofrece una conferencia de prensa en donde lee una carta en que Simpson se declara inocente, el abogado teme que se vaya a suicidar.

Al hacer una llamada al 911, Simpson alega que quiere suicidarse y pide hablar con su madre, así se inicia la televisada persecución de Simpson en su Ford Bronco color blanco. Finalmente es persuadido de que se entregue al llegar a su casa y es conducido a la estación policial.

Nicole Brown fue hallada en posición fetal con heridas de cuchillo y la garganta cortada, el cuerpo de Goldman revela que fue apuñalado en repetidas ocasiones y se encuentran signos de un violento forcejeo. Cerca de los cuerpos se encuentran los anteojos de la madre de Nicole, un guante de cuero ensangrentado y una boina con cabello que a simple vista se asemeja al de O.J. Simpson. También se encontró cabello en el cuerpo de Goldman. La fiscalía sostiene que O.J. mató a Goldman al verse sorprendido cuando asesinaba a Nicole.

Se tomaron muestras de los cuerpos de las víctimas y en algunas áreas de la escena del crimen la fiscalía practicó pruebas de A.D.N. a las muestras y demostró que algunas de las muestras de sangre, incluso las dejadas por marcas de pisadas alejándose de los cuerpos coinciden con el perfil genético de Simpson.

El guante ensangrentado encontrado en la casa de Simpson coincidió con su A.D.N. La defensa aseveró que este fue "plantado" en la escena del crimen por el detective de Los Ángeles Mark Fuhrman, por razones racistas. La sangre del vehículo Bronco fue objetada en razón de que no fue obtenida inmediatamente y pudo ser manipulada. Mientras que la fiscalía sostuvo que en el carro de Simpson se encontraron diez mil dólares en efectivo y una barba y bigote postizo, lo que evidencia la actitud de un culpable, la defensa argumentó que ese dinero era para los hijos de Simpson y que él iba a visitar la tumba de Nicole antes de suicidarse, alegaron que los postizos los intentó usar en un viaje a Disneylandia.

Todo el alegato de la defensa en cuanto a la aplastante coincidencia de las muestras con el A.D.N. del exfutbolista, se basó en negarle valor a las mismas, alegando que no son precisas y que además la evidencia fue pobremente recolectada, cuando no alterada por los investigadores del caso.

Este era un caso promisorio para la prueba científica del A.D.N. el sistema de jurado, dificultaba la comprensión de dicha probanza. Las baterías de la defensa se concentraron, en cuanto a este tópico, a sostener dos grandes premisas:

- Que la comunidad científica no ha establecido un consenso en el cálculo de coincidencias entre dos muestras, es decir que no existe un parámetro de inclusión universalmente aceptado.
- Que no hay seguridad que no hayan ocurrido errores incriminatorios en los laboratorios de pruebas de marcadores genéticos.

Pese a que las primeras pruebas con P.C.R. en este caso, fueron de solo tres marcadores, lo que daba una posibilidad de que al menos 100 personas de Los Ángeles tuvieran ese perfil genético, se repitieron con cuatro marcadores más, así las probabilidades de encontrar a alguien similar a O.J. Simpson eran de uno en 100 millones, en otras palabras, a lo sumo 3 personas en todos los EE.UU., aun así O.J. Simpson fue absuelto. Pese a que en California, como en todas las cortes estadounidenses, la prueba del P.C.R. es admitida y generalmente un resultado incriminatorio de la misma termina en condena para el implicado, O.J. Simpson fue absuelto en razón de que no hubo consenso del jurado, pues se requiere unanimidad en el veredicto condenatorio. Se ha dicho en los medios de prensa, que los honorarios de peritos y abogados defensores, hizo que O.J. Simpson perdiera la mayor parte de su hasta entonces vasta fortuna.

Una de las aristas difíciles de comprender para nuestra formación romano-germánica, fue la reciente condena en sede civil de O.J. Simpson acerca de los mismos hechos, lo que denota la culpabilidad que había evidenciado la prueba del P.C.R., sin embargo, O.J. Simpson está en libertad y no existe posibilidad legal de confinarlo en prisión, ya que la fiscalía perdió la única oportunidad que tuvo a esos efectos. Parece ser que el sistema selectivo del Derecho Penal denota una vez más su injusto planteamiento y así —bancarrotas— O.J. Simpson aunque homicida, juega golf por las tardes soleadas de California.

## **TÍTULO II. ESTADÍSTICAS COSTARRICENSES EN PRUEBAS DE P.C.R.**

### **CAPÍTULO 1. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LAS PRUEBAS DE P.C.R. EN CASOS DE PATERNIDAD Y CASOS PENALES DURANTE 1998 Y 1999.**

#### **Sección a) Pruebas de P.C.R. en la Unidad de A.D.N., Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial durante el año de 1999.**

Hace apenas unos ocho meses, la Dra. Marta Espinoza, concluyó su maestría en Biología Molecular, con énfasis en A.D.N., en la Universidad de Costa Rica. Se reintegró al Poder Judicial asumiendo la jefatura de la Unidad de A.D.N. Apenas en enero de este año, se

comenzó a llevar un registro completo de las pruebas de P.C.R. en razón de que con antelación, se hacían pruebas de antígenos tradicionales en combinación con el P.C.R. en algunos casos. Con la llegada de la doctora Espinoza, se logró una mayor uniformidad en las pruebas de P.C.R. y un eficiente manejo estadístico. Esa es la razón por la que no se pudo obtener una estadística confiable de pruebas de P.C.R. efectuadas durante 1998. Así, informaremos de las pruebas citadas, efectuadas y salidas (resueltas) de P.C.R. de enero a abril de 1999.

La doctora Espinoza nos manifestó que en pruebas de P.C.R. para paternidad se dan unas 75 citas mensuales y a mayo de 1999, hay unos casos de filiación que esperan el otorgamiento de una cita. Recientemente la Unidad de A.D.N. le solicitó al Consejo Superior del Poder Judicial, quince millones de colones para compra de reactivos y una plaza para secretaria, que estaría dedicada exclusivamente a esta unidad, con el propósito de poder brindar hasta 128 citas mensuales.

A continuación, expondremos gráficamente el número de pruebas P.C.R. de paternidad de enero a abril de 1999. Indicaremos las citas conferidas, el ingreso completo de muestras y los casos resueltos.

En enero de 1999, no hubo citas, 82 en febrero, 83 en marzo y 59 en abril. De las citas conferidas solo se presentaron y se obtuvieron muestras completas, 12 en enero, 12 en febrero, 25 en marzo y 21 en abril de 1999. De las muestras completas, salieron resueltas, 9 casos en enero, 30 en febrero, 51 en marzo y 51 en abril de 1999.

De las pruebas de P.C.R. en casos penales, no se recibió ninguna muestra en enero de 1999, pero se resolvieron 10 casos, 8 de violación - violación y homicidio; 2 de personas desaparecidas.

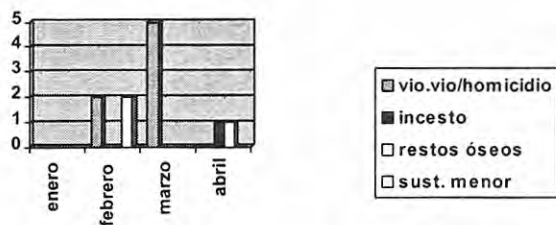
En febrero de 1999, ingresaron 2 casos de violación y 2 de sustracción de menor. Se resolvió 1 caso de intento de homicidio - homicidio.

En marzo de 1999, se recibieron 5 casos de violación - violación y homicidio. Se resolvieron 2 de estupro; 6 de violación y violación y homicidio y 2 de homicidio - intento de homicidio.

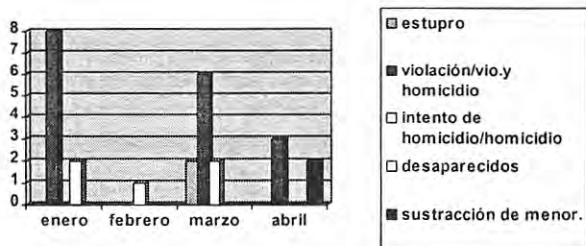
En abril de 1999, ingresó un caso de incesto y uno de homicidio - intento de homicidio. Fueron resueltos 3 casos de violación - violación y homicidio; y 2 de sustracción de menor.



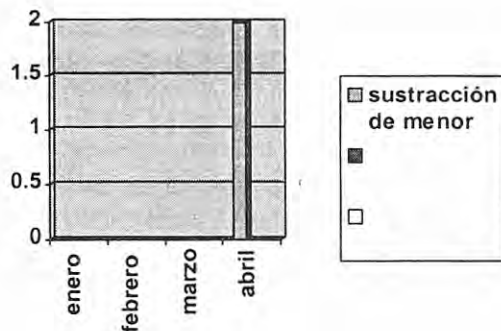
Gráficamente, los casos ingresados por delitos y meses son:



Los casos resueltos, según el mes y tipo de ilícitos son:



En el caso de sustracción de menor se resolvieron 2 casos en abril de 1999:

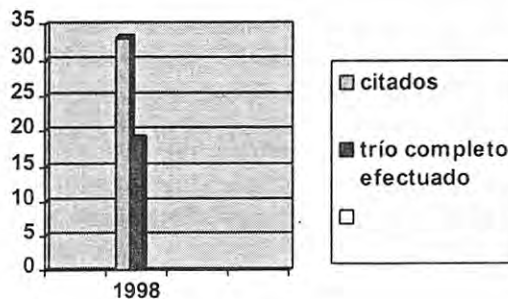


**Sección b) Pruebas de P.C.R. solicitadas por el Poder Judicial al Centro de Investigación en Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica durante 1998.**

Independientemente de sus actividades habituales de investigación, el Centro citado, a solicitud de autoridades judiciales, la Universidad de Costa Rica coadyuvó con la realización de pruebas de P.C.R. en casos penales y de paternidad (sic). Si bien el Organismo de Investigación Judicial, —a través de su unidad respectiva— es el encargado usual de practicar estas pruebas, las partes del proceso penal o de familia pueden solicitar un nuevo peritaje, en cuyo caso interviene este Centro de la U.C.R.

Durante 1998, se le hicieron 33 solicitudes de pruebas de P.C.R. de paternidad al Centro, de ellas, solo 19 fueron practicadas con trío completo, es decir, con toma de muestra de sangre del presunto padre, madre e hijo. La razón de este déficit obedece a la inasistencia principalmente del supuesto padre. En el 90% de las pruebas practicadas de P.C.R. no se excluyó al presunto padre, ello en razón de que —según explicó la Dra. Silva— generalmente las madres saben quién es el padre de su hijo, aunque no necesariamente.

Gráficamente esto se puede expresar así.



En materia penal, el Centro coadyuvó en 3 casos únicamente durante 1998. Por ser de interés los resumiremos: Cuando apareció el cuerpo de Ciro Monge, en el mismo sitio aparecieron otros restos óseos. Un joven presuntamente narcotraficante fue detenido en Guápiles para esas fechas, en una celda del OIJ de esa localidad se encontró una mancha de sangre que correspondía a esa persona, se obtuvo dicha conclusión a raíz de que se hizo el P.C.R. a los padres del muchacho y se comparó con la muestra sanguínea. Ello demostró que esa persona al

menos estuvo detenida en el sitio. Al comparar la sangre con los restos óseos, se determinó que correspondían a la misma persona.

El segundo caso, se refiere al cuerpo de una mujer hallada sin vida en las cercanías de la Universidad para la Paz en Ciudad Colón; la policía judicial sospechaba del esposo y mediante el uso de una sustancia llamada luminol, la cual detecta las peroxidases presentes en la sangre, es posible encontrar esta aunque se lave el lugar donde se encuentra. El problema radica en que las peroxidases también se encuentran en los jugos de las frutas. En la alfombra de un microbús Volkswagen, propiedad del marido de la víctima, se encontró —usando luminol— peroxidases. Las pruebas de P.C.R. no detectaron A.D.N. por lo que se enviaron las muestras a Santiago de Compostela en España, a fin de hacer pruebas en un prestigioso laboratorio, pero con A.D.N. mitocondrial y los resultados fueron negativos. Por lo que las peroxidases encontradas en el vehículo o no eran de sangre o estaban excesivamente degradadas como para permitir una prueba incriminante.

El último caso tiene relación con el taxista “pirata” que presuntamente mataba hombres jóvenes nicaragüenses y tiraba los cuerpos en el Parque Braulio Carrillo. La investigación del A.D.N. en las muestras de sangre enviada no continuó, ya que el Ministerio Público decidió prescindir de esta prueba indiciaria, aparentemente por la existencia de elementos probatorios de mayor contundencia.

#### CONCLUSIONES:

- a). Es evidente que dentro del programa de las universidades públicas o privadas, a nivel de licenciatura en Derecho no existe una cátedra integral de criminología. Mucho menos es dable esperar que se estudien las implicaciones del A.D.N. en la investigación criminalística. Esta situación debe ser modificada.
- b). El tema del A.D.N. en general, suscita enorme polémica en la sociedad, las implicaciones éticas de este campo científico son enormes. Particularmente lo relativo al “diseño a nivel industrial” de hombres y mujeres con características específicas.
- c). El Proyecto Internacional del Genoma Humano permitirá un mapeo genético del ser humano, es decir, del conjunto de los cromosomas y genes distribuidos en zonas localizables del A.D.N. Cuando esta empresa sea concluida, la ingeniería genética experimentará un “boom” sin precedentes. Esto permitirá la prevención de enfermedades y malformaciones, como el Síndrome de Down y la Enfermedad Maníaco-Depresiva (Bipolar), por citar dos ejemplos.
- d). En un futuro, no muy lejano, la clonación humana será casi rutinaria. Se ignora cómo repercutirá esto en el orden jurídico y social. Pero evidentemente modificará dichas estructuras.
- e). La información genética contenida en el A.D.N. resulta determinante en la vida futura del individuo en cuanto a su genotipo y fenotipo.
- f). Los gemelos idénticos u homocigóticos son genéticamente idénticos, la única forma de diferenciarlos es a través de sus huellas digitales, ya que no existen dos exactamente iguales.
- g). Las diferencias entre especies se deben al número de cromosomas y la constitución de los genes; las apariencias pueden ser engañosas. Por ejemplo, aunque las rayas y los tiburones, parecen fenotípicamente muy diferentes, en la clasificación zoológica, pertenecen a la misma familia (su estructura genotípica no es tan diversa).
- h). Las dos pruebas principales a partir del A.D.N. para resolver casos penales y de paternidad, así como la identificación de restos óseos, son: el R.F.L.P. (Fragmentos de Restricción de Longitud Polimórfica) del doctor Alec Jeffreys y el P.C.R. (Reacción en Cadena de la Polimerasa) del doctor Mullis.
- i). El P.C.R. es más rápido, económico y sensible que el R.F.L.P.; además, permite trabajar a partir de muestras de menor tamaño y densidad. Las muestras usuales son sangre, piel, uñas, elementos pilosos, restos óseos e incluso saliva. Estas deben ser recogidas con extremo cuidado y almacenadas con apego absoluto a la cadena de custodia.
- j). Es posible presentar y sustentar un procedimiento de revisión, con base en las pruebas de A.D.N. que excluyan al sentenciado de la autoría de crímenes. Ello, conforme al artículo 408, inciso e) del Código Procesal Penal vigente, que literalmente reza: “e) Cuando después de la condena se descubran 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”. (El subrayado es nuestro).

- k). El ser humano tiene 23 pares de cromosomas (46 en total), heredados en partes iguales del padre y la madre, conforme a las leyes genéticas de Mendel.
- l). Las pruebas de P.C.R. y R.F.L.P. sirven para excluir paternidades y autoría de delitos a un 100%, pero son prueba indiciaria en esos mismos casos cuando se trata de una inclusión. En materia de paternidad, a partir de un 99.73% es imposible descartar al individuo como padre.
- m). El hábeas data aplica a las pruebas con A.D.N., por lo que la información obtenida del individuo, en los casos permitidos por ley, debe ser celosamente resguardada.
- n). Al igual que en los países más desarrollados, se hace imperativo en Costa Rica, la creación de un Registro de Perfiles de A.D.N. de quienes han sido sentenciados por delitos sexuales y homicidios, a fin de facilitar el descarte o inclusión de estas personas en hechos delictivos futuros de esa naturaleza. Es necesaria una reforma legal que establezca esta innovación.
- o) La hipótesis del trabajo se confirma, ya que hasta el día de hoy, la ciencia no ha demostrado que sea genéticamente posible la transmisión hereditaria de factores que induzcan a conductas socialmente desviadas, tal como la delincuencia. Por lo que persiste la discusión teórica entre natura y nurtura como etiología del delito. Nos inclinamos por esta última, sin embargo, —tal y como sugerimos en la hipótesis subsidiaria— creemos que ciertas configuraciones genotípicas del individuo, al ser expuestas a factores exógenos (nurtura) pueden dar resultados disímiles. Por ejemplo: Un niño huérfano que haya heredado un coeficiente intelectual muy elevado, posiblemente no adecuaría su conducta al Ordenamiento Jurídico de la misma manera, en el evento de ser educado por sacerdotes, o por un estafador.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Anónimo: Mendel y la Genética: Los Chicharos del Monge. En Semanario Universidad. Suplemento Crisol, 6 de abril de 1990.
- Agencia Reuter. Mapa Humano. Citada por La Nación, lunes 5 de octubre de 1992, Suplemento Viva.
- Avers, Charlotte. Biología Celular. Grupo Editorial Iberoamérica. México, 1983, 2ª edición.
- Borrasé Povedano, Guiselle y Otros. La Prueba de los Marcadores Genéticos y su Aplicación en Materia Criminal. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1992.
- Entrevistas con la doctora Sandra Silva, del Centro de Investigación en Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica. Durante abril y mayo de 1999, en la Ciudadela de la Investigación, Sabanilla de Montes de Oca, San José, Costa Rica.
- Entrevista con la doctora Marta Espinoza, de la Unidad de A.D.N. de la Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial. El día 22 de abril de 1999 en San Joaquín de Flores, Costa Rica.
- Frankel, Edward. D.N.A. El Proceso de la Vida. Siglo XXI Ediciones, México, 1984, 13ª edición.
- Junqueira, L.C. Biología Celular. Ediciones Científicas, La Prensa Mexicana S.A., México, 1984.
- Lorente Acosta José Antonio y Miguel. El A.D.N. y la Identificación en la Investigación Criminal y en la Paternidad Biológica. Editorial Comares, Granada-España, 1995.
- Marín Rojas, Rafael. La Huella Genética (La Tecnología del A.D.N.). Revista de Medicina Legal, diciembre de 1993-mayo de 1994.
- Maris Martínez, Stella. Manipulación Genética y Derecho Penal. Editorial Universidad, Buenos Aires, República Argentina, 1994.
- Minsky, Larissa. La Nación, 15 de agosto de 1993. Suplemento Revista Dominical.
- Molina Maricell y Lutz Giselle. Laboratorio de Criminalística. Tomo II, Pruebas de Marcadores Genéticos. Universidad Estatal a Distancia, 1995.
- Nelson, Guideón. Conceptos Fundamentales de Biología. Editorial Limusa, México, 1980.

Pérez, Carmen. Las Mejores Pistas Internet/dna 1.html.

Quevedo, Alina. Genes en Tela de Juicio. Pruebas de Identificación por A.D.N.: de los laboratorios a los tribunales. Mc. Graw Hill/ Interamericana de España S.A., Madrid, 1997.

Rodríguez Cambroner, Hazell y Otra. El Impacto de la Técnica P.C.R. en la Investigación y Esclarecimiento del Delito de Homicidio y el Delito Sexual de Violación. Tesis de graduación para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho,

Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995, Tomos I y II.

Rodríguez Gamboa, Tatiana. Reacción en Cadena con Polimerasa (PCR). Escuela de Química, Universidad de Costa Rica.

Vicente Córdoba, Carlos. Biología Celular y Molecular. H. Blume Ediciones, Madrid, España, 1979.

Watson, James. Biología Molecular del Gen. Fondo Educativo Interamericano, México, 1983.

\*\*\*



# ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS DELITOS BURSÁTILES

*Manuel Rojas Salas  
Fiscal Adjunto de Delitos Económicos*

## INTRODUCCIÓN

A raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 7732 del 17 de diciembre de 1997, publicada en La Gaceta N° 18 de 27 de enero de 1998, se ha producido una serie de cambios en el Ordenamiento Jurídico, referentes a la organización, regulación y funcionamiento de lo que se ha dado en denominar Mercado de Valores. Estos cambios tienen una incidencia directa en la materia penal, ya que la ley mencionada, denominada LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES, en su Título XII, establece reformas a una serie de cuerpos normativos, incluido el actual Código Penal, pues al agregar en el artículo 185 al Título VIII del Código Represivo, la Sección IV, con dos nuevos artículos, los que ocuparían los numerales 244 y 245. Esto implica, en consecuencia, que el resto de la numeración del Código deba correrse en dos numerales, a partir del antiguo numeral 244. Sin embargo, lo importante no es, la numeración de los delitos, sino la incriminación de conductas que ha realizado el legislador costarricense y que trae como consecuencia, su inmediata aplicación por parte de los operadores del sistema penal, con el consiguiente destino de recursos para el combate de tales delincuencias.

Desde hace cerca de quince años, nuestro país ha venido sufriendo una serie de cambios que han conllevado a una modernización y a un impacto, sentido mayormente en el sistema financiero. Se pasó del ahorro en libreta en una institución bancaria, realizado por un sujeto, con la finalidad de fomentar el hábito del ahorro y la obtención de unos pocos intereses, a la inversión en mercados de oferta pública de valores y de un momento a otro, en la década de los ochenta, el costarricense ve que muchas de las actividades que había realizado, en la creencia de hacer una inversión que iba a deparar oportunos dividendos, se encuentran absolutamente desprotegidas por la ley. Ante tales vacíos, la legislación fue paulatinamente regulando lo

relativo a las personas físicas o jurídicas, que de una u otra forma procedían a intervenir en el proceso de captación de dinero del público inversionista. La regulación, sin embargo, ha incursionado hoy en la materia represiva, por lo que es prudente considerar los alcances de las conductas tipificadas como delitos para evaluar si efectivamente es necesaria la tipificación realizada, atendiéndose a los principios de intervención mínima, carácter fragmentario y ultima ratio del Derecho Penal, aspectos que lamentablemente, muchas veces se dejan de lado por el legislador a la hora de realizar la tipificación de conductas, con el consecuente perjuicio para el Ordenamiento Jurídico y para los operadores del sistema.

Hay que señalar primeramente que en donde la regulación civil y administrativa resultan ser suficientes para reglamentar un determinado aspecto, tal regulación viene a ser mucho más conveniente que cualquier otra normativa penal y solo en el caso de que tales disposiciones demuestren su ineficiencia y su imposibilidad de asegurar tanto la convivencia pacífica como la seguridad jurídica, es que entonces debe acudir al Derecho Penal, precisamente en aplicación de los principios antes señalados, que se han transformado en los rectores del moderno Derecho de carácter represivo. Por ello se intentará en el presente ensayo, realizar un enfoque de tales conductas punibles, sin perder de vista la perspectiva mencionada e igualmente verificar los alcances de la protección, en razón de los principios reguladores del mercado de valores.

## I. PRINCIPIOS REGULADORES DE UN MERCADO DE VALORES

Puede decirse que un principio motor de todo mercado de valores es el considerarse como una organización de tipo perfecto, en donde la determinación de los precios se realiza de un modo objetivo e imparcial.<sup>1</sup> Esta característica

1. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *La utilización abusiva de información privilegiada*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 23.

únicamente se tiene como tal a nivel teórico, ya que en la práctica existen diversas situaciones que atentan contra tal postulado, que deben procurar ser corregidas oportunamente, precisamente con miras a lograr la aplicación práctica de dicho enunciado. Este nivel de eficiencia puede concretarse en términos económicos, mediante el denominado principio de amplia información que exige poner en disposición del posible inversionista, una información completa. La transparencia viene a constituirse en un presupuesto necesario para ganar la confianza del posible inversor, puesto que toda la información posible debe ser la que se presente a los ojos del posible inversor.

Frente a ello nos topamos con lo que se ha denominado el principio de protección al inversionista, que debe realizarse de un modo eficaz, orientado mediante el establecimiento de medidas tendentes a lograr la difusión obligatoria de información como garantía de transparencia del mercado de valores y de la protección de los precios. Es entonces cuando el propio ordenamiento debe buscar una tutela efectiva mediante la garantía, consistente en la igualdad de los operadores económicos y la igualdad en el acceso a la información.<sup>2</sup>

De esta manera es que el Ordenamiento Jurídico regula lo relativo a la libre concurrencia, mediante una serie de normas de conducta, que en el caso de LRMV, se encuentran contenidas en el título Sexto, de los artículos 101 a 114, estipulándose de modo expreso que su acatamiento corresponde observarlo a todos los participantes en el mercado de valores. Resulta de fundamental interés para el objeto de este estudio, lo relativo al manejo de información privilegiada, ya que en el numeral 102 se establece que quienes dispongan de alguna información privilegiada deben abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a los que haga referencia tal información, precisamente como una expresión de la garantía de la igualdad, a la que se hizo referencia. También en el artículo 103 se realiza una regulación relativa a quienes pueden tener acceso a la información privilegiada, estableciéndose una presunción *iuris tantum* en lo referente a determinadas personas, disposición que algunos podrían interpretar como contraria a la libertad de participación en el comercio, pero que debe ser vista como una extensión del principio de protección al inversionista y como una consecuencia de la transparencia que debe regir el mercado de valores.

El citado artículo 103 debe ser visto en armonía con el siguiente, o sea, el 104, que establece que las personas contenidas en el numeral 103 no pueden realizar de modo directo o indirecto la adquisición de valores emitidos por aquella persona jurídica con la que se encuentren relacionados. Se pretende con esto evitar que se realice un uso indebido de la información a la que se ha llegado, en virtud del cargo o vínculo que puede tenerse con un determinado emisor.

En el artículo 105 se establece, como una especie de mecanismo, para lograr contrarrestar cualquier situación en la que se pueda dar el uso abusivo de la información, la obligatoriedad de informar al público de situaciones que puedan influir de algún modo en el precio de los valores, a efecto de garantizar la transparencia y el acceso de una información completa y veraz al público inversionista.

Estas normas de conducta deben ser acatadas por se, por todos los que intervengan en el mercado de valores. Sin embargo, es factible que los mecanismos de índole preventivo no resulten suficientes para garantizar los principios antes referidos y que el control que establece la propia LRMV a cargo de la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE VALORES, establecida en el capítulo segundo de dicha ley, sea insuficiente. Es entonces cuando apreciamos que el legislador previó la existencia de conductas que ameritaban una protección desde la perspectiva del ámbito represivo, máxime si se toman en cuenta los intereses económicos que se encuentran en juego siempre que se hable de un mercado de valores.

## II. LOS DELITOS BURSÁTILES

### a. Manipulación de precios del mercado

Conforme se aprecia del texto del artículo 244, la conducta punible consiste en hacer subir, bajar o mantener el precio de valores negociables en bolsa, mediante la afirmación o simulación de hechos o circunstancias falsas o la deformación u ocultamiento de hechos o circunstancias verdaderas. A primera vista, puede evidenciarse en este tipo penal del artículo 244, algunos elementos que resultan propios del delito de estafa, regulado en el numeral 216 del Código Represivo.

El delito de estafa reprime a quien mediante la simulación de hechos falsos o mediante la deformación u

2. GÓMEZ INIESTA, Diego José. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, ob. cit., p. 35.

ocultamiento de hechos verdaderos, induce a error o mantiene en dicho error y ocasiona un perjuicio patrimonial a otro, con la finalidad de obtener un beneficio indebido. Puede notarse entonces, que la conducta del artículo 216 exige como elementos integrantes del tipo los siguientes: a) la simulación de hechos falsos y la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; b) el error, entendiéndose como una falsa representación de la realidad en que incurre la víctima; c) el acto dispositivo que es llevado a cabo por el engañado y d) el perjuicio patrimonial que puede afectar al engañado o bien a otro sujeto. Debe, además, exigir una cadena causal o concatenación necesaria entre todos estos elementos para que pueda tenerse por configurado el delito, ya que de lo contrario, si hay una ruptura de la cadena causal, el delito de estafa desaparece.

En la manipulación de precios del mercado vemos que efectivamente el medio comisivo del delito lo constituye la afirmación o simulación de hechos o circunstancias falsas, o la deformación u ocultamiento de hechos o circunstancias verdaderas, al igual que lo que se requiere para la estafa. Solamente que dichas falsedades deben encontrarse referidas a aspectos propios de los valores negociables en Bolsa y a los aspectos propios de dichas negociaciones, ya que se indica que esta situación engañosa debe plantearse de modo tal que induzca a error sobre las características esenciales de la inversión o las emisiones. Puede pensarse en alguien que tiene conocimiento de una situación altamente desfavorable, desde el punto de vista financiero, de una empresa dedicada a la oferta pública de valores, lo que va a implicar la pérdida de valor en las cotizaciones de los valores y calla o no advierte de esta situación desfavorable, lo que ocasiona que los valores mantengan una cotización apropiada y no se vean afectados.

La acción, propiamente dicha, consiste en hacer subir, bajar o mantener el precio de dichos valores por parte del sujeto activo, que no requiere de ninguna cualidad especial, por lo que el delito puede ser cometido por cualquier

sujeto con capacidad penal. Se señala también la existencia de un ánimo de obtener para sí o para un tercero un beneficio, o un ánimo de perjudicar, estableciéndose esta característica como un elemento subjetivo distinto del dolo, que debe necesariamente venir a caracterizar la conducta del sujeto activo. El perjuicio no viene a constituirse entonces como un elemento del tipo objetivo, sino como referente a la parte subjetiva del tipo, como la conciencia de lo que se hace con miras a perjudicar.<sup>3</sup> Es necesario entonces que exista un ánimo de obtener ese beneficio o ese ánimo de perjudicar, sin que se exija entonces la efectiva obtención del beneficio, o la efectiva consecución del perjuicio, únicamente debe actuarse con tal motivación, al momento en que se realiza la conducta. Lo que sí viene a resultar relevante, en nuestro criterio, viene a ser la necesaria correlación, de conformidad con la propia redacción del tipo penal, entre la actuación del agente activo y la acción de subir, bajar o mantener el precio de los valores. La actuación del agente tiene que haber sido la que logró afectar o mantener los precios de los valores.

A diferencia de la estafa, puede notarse entonces que el delito de manipulación de precios en el mercado se tiene como efectivamente consumado desde el momento en que se logra la subida, bajada, o mantenimiento del precio, según sea el caso, sin que sea necesario que ningún sujeto particular se vea perjudicado en su patrimonio con dicha acción. Puede entonces decirse, en mi criterio, que nos encontramos ante un delito de peligro concreto,<sup>4</sup> que se produce desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión.<sup>5</sup> Como delito de peligro, vemos entonces que se produce, por parte del ordenamiento, un adelantamiento de la protección penal y respecto del dolo, se requerirá únicamente el dolo de peligro, que puede existir independientemente del dolo de lesionar,<sup>6</sup> puesto que el tipo penal produce un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico.<sup>7</sup> Este aspecto marca una diferencia fundamental con el delito de estafa, previsto en el numeral 216 del Código Penal, en donde se

3. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 406.

4. En referencia al artículo 284 del Código Penal Español, lo consideran de peligro concreto CARBONELL MATEU, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 478.

5. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 37-38.

6. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 103.

7. Así opina LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Edit. Universitas, Madrid, 1996, p. 314.

exige para su consumación el que se produzca el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo;<sup>8</sup> perjuicio que debe ser real y efectivo;<sup>9</sup> en otras palabras, se requiere que se produzca el desplazamiento patrimonial y no es suficiente con la existencia de un acto de idoneidad lesivo desde el punto de vista objetivo. En la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO por el contrario, su consumación se da sin necesidad de lesión.<sup>10</sup>

En la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DE MERCADO, tal y conforme se estableció, es suficiente el ánimo de perjudicar y el perjuicio puede o no alcanzarse, que será indiferente para los efectos de la consumación. Únicamente puede tener importancia para los efectos de la pena a imponer. Tampoco es necesario que efectivamente se produzca un error en el sujeto destinatario de la información, ya que el tipo penal habla únicamente de que es necesario que la información sea capaz o susceptible de producir un error, lo que obliga a ser necesariamente precavidos en la consideración de cuáles son las características consideradas esenciales, puesto que interpretándose la norma a contrario sensu, si los actos engañosos son susceptibles de causar error, pero respecto de características no esenciales, la conducta no encuadraría dentro de los presupuestos del artículo 244, de tal forma que la conducta debe tener una cierta idoneidad para obtener la finalidad que se persigue.<sup>11</sup>

También debe tenerse sumo cuidado respecto de la acción en sí que desarrolla el sujeto activo, puesto que debe existir una íntima conexión entre la acción como tal y la situación en que se logra subir, mantener o bajar los precios, ya que si la cadena causal no existe, podrá estarse ante otro delito, pero no ante la manipulación de precios de mercado. Como ejemplo de esta conducta es factible pensar en quien tiene conocimiento de un incremento de las cuentas por cobrar en una empresa que participa en los procesos de oferta pública de valores, situación que puede llevar a una falta de liquidez y que, pese a ello, continúa

elaborando o bien autorizando la elaboración de panfletos propagandísticos en donde se exaltan las ventajas de invertir en determinados títulos valores, ocultando el problema del incremento desmedido de las cuentas por cobrar y esta circunstancia hace que los precios de los valores de la empresa se mantengan durante un tiempo. Con total independencia de que haya habido personas que en ese lapso se decidieran a invertir, o a reinvertir, el ilícito se encuentra plenamente configurado. Aunque ningún patrimonio individual se haya visto afectado, e incluso, si ha tenido lugar la circunstancia, casi imposible, de que en ese lapso, nadie haya decidido invertir.

Otro aspecto que resulta importante determinar en la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO es el relativo al bien jurídico tutelado. Debe destacarse que como premisa, resulta necesario descartar, por las razones dadas anteriormente, que el patrimonio individual resulte afectado, ya que el principio de ultima ratio e intervención mínima exigen la constatación del perjuicio patrimonial efectivo en los casos de delitos en que se protegen intereses estrictamente patrimoniales.<sup>12</sup> No puede estimarse, por las mismas razones, que se produzca un adelantamiento de la protección del patrimonio, puesto que, precisamente, en razón de los principios antes citados, no resultaría justificable un adelantamiento de la protección penal.

Si no nos encontramos ante un delito que requiera de una efectiva lesión en el patrimonio, debemos entonces proceder a preguntarnos qué es lo que el legislador costarricense pretendió proteger, al punto de que incluso le otorgó una penalidad de tres a ocho años de prisión. En razón de la novedad del tipo penal, difícilmente se contará con gran cantidad de doctrina al respecto, por lo que es prudente realizar un aporte, a partir del contexto mismo en que gira el contenido mismo de la LRMV, cual es la regulación de toda la actividad que directa e indirectamente se relacione con el mercado de valores, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 1 de dicho cuerpo legal.

8. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. "Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial" en *Poder Judicial*, No. 39, 1995, p. 527. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 369.

9. GONZÁLEZ RUS, Juan José, en: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 670.

10. Así se pronuncia respecto de la consumación en delitos de peligro, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Edit. Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 313.

11. En este sentido CARBONELL MATEU, Juan Carlos, en: *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 478.

12. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 136.



Entendiendo que en razón de la actividad que se desenvuelve en relación con un mercado de valores, y que dicha actividad debe brindar cierta solidez y confianza a quienes se involucren en ella, es que estimo que puede afirmarse que el bien jurídico tutelado es precisamente la confianza y credibilidad del sistema del mercado de valores costarricense, que puede verse seriamente dañado ante conductas como las que se encuentran contempladas en el artículo 244, puesto que las operaciones o actuaciones del sujeto activo estriban en diversos comportamientos de alteración fraudulenta de los precios del mercado de valores.<sup>13</sup> No podemos olvidar que muchas veces, los cambios que se producen a nivel científico y tecnológico provocan el que muchos seres humanos se vean inmersos en una serie de actividades novedosas, que hace medio siglo no tenían el auge que sí tienen en la actualidad. Esto hace que existan nuevos bienes jurídicos a los que el Estado y el legislador deciden tutelar desde el ámbito de la legislación represiva, puesto que la moderna vida económica va demandando mayores necesidades de protección,<sup>14</sup> sobre todo a partir de los años sesentas, ante la peligrosidad que implica el desenvolvimiento y desarrollo de la vida en la "sociedad del riesgo".<sup>15</sup>

Entonces como van surgiendo en la vida jurídica, nuevos hechos delictivos precisamente en razón de la necesidad de protección (sic). En el caso bajo examen, puede verse que se ha considerado como disvaliosa una conducta, que pone en peligro un bien jurídico y a la que se ha estimado merecedora de una sanción penal severa. Estimo eso sí, que debe quedar claro que la conducta peligrosa y que ahora se ha configurado como un tipo penal independiente se encontraba perfectamente cubierta dentro de los postulados del artículo 216 del Código Penal, al sancionarlo como una tentativa de estafa, con una sanción de dos meses hasta diez años, según el monto de lo que se hubiese intentado defraudar y perjudicar, ya que tal y conforme se ha expresado, era requisito sine qua non, la existencia de perjuicio patrimonial para su configuración plena. Respecto de la motivación particular del legislador costarricense para tipificar la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO como delito de peligro, habría que señalar

que aunque la conducta como tal, no se encontraba totalmente desprotegida, tal protección no era suficiente si nos ponemos a considerar los nuevos ámbitos de riesgo que se han creado como consecuencia de los adelantos científico y tecnológicos,<sup>16</sup> dentro de los que cabe perfectamente señalar el auge que han tomado las operaciones bursátiles y la reducción del circulante de efectivo, como consecuencia del riesgo que su portación y manejo lleva aparejado.

En el caso del tipo penal del artículo 244, se vislumbra que el legislador estimó como conductas altamente peligrosas las tipificadas, al punto que definió como sanción menor, el tanto de tres años de prisión, monto de pena que era considerado el máximo en algunos supuestos de estafa, de conformidad con el inciso 1) del numeral 216. Esta situación puede haberse visto motivada por los acontecimientos que han sido vividos en el país en los últimos años, cuando diversas entidades, empresas o corporaciones, que captaban oferta del público, se han sometido al proceso de administración por intervención judicial, con el consecuente cese de los pagos de intereses y la dificultad para recuperar la inversión realizada por parte de los particulares. En estas situaciones, se ha constatado como un hecho notorio, la gran cantidad de ofendidos que han realizado sus inversiones en un momento determinado, amparados en la confianza, la solidez y eficiencia que propugnaba una empresa determinada y a la postre, se vieron frustrados ante la imposibilidad de recuperar la inversión y los correspondientes intereses. Esta situación de dificultad en una empresa, en algunas ocasiones puede obedecer a una manipulación fraudulenta de los precios del mercado, en donde se ocultó o falseó la información que se hacía llegar al público inversionista y es aquí donde debe tenerse claro que en la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO, el sujeto que manipula el precio de un valor, lo hace de manera intencionada, con el exclusivo fin de beneficiarse de la convicción equivocada generada en los otros inversores.<sup>17</sup> Respecto del disvalor de la acción del sujeto activo y el peligro que encierra, es importante recordar que el comportamiento va dirigido a crear efectos distorsionadores en el mercado, a través de la propagación

13. GÓMEZ INIESTA, Diego José. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pp. 335-336.

14. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 446.

15. Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 6.

16. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 6.

17. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 336.

de noticias que no reflejan la situación real, ya sea por falseamiento de datos que se ponen en conocimiento del público que invierte, o bien porque no se facilita una información completa, sino parcial.<sup>18</sup> Nótese que el ánimo de perjudicar que exige el tipo penal del artículo 244 debe ser dirigido contra otro participante en el mercado, lo que nos revela, una vez más, el ámbito al que debe circunscribirse la acción del sujeto activo y el ámbito específico de protección.

Es por eso que consideramos importante, por razones de Política Criminal, el conceder protección a las conductas que ponen en peligro el aspecto de la confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores, precisamente por el incremento de conductas peligrosas que se han detectado en los últimos años y que tenían una leve protección en la tentativa de estafa, ya que el legislador no pensó en el daño que podía producir una actuación como la tipificada en el patrimonio de un sujeto individual, sino que en realidad el tipo penal se orienta a la protección de intereses supraindividuales. Debe recordarse aquí, que la confianza es la base de las relaciones humanas<sup>19</sup> y que la confianza que el público-inversor reconoce en el mercado puede verse alterada con las conductas que se encuentran contempladas en la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO. Sin embargo, creemos que se debió circunscribir aun más el ámbito de aplicación, mediante un sujeto activo calificado, como alguien vinculado al mercado de valores, como sería el emisor, el corredor, el agente de bolsa, etc., ya que, conforme se señaló, en razón de la especial redacción del tipo penal del artículo 244, el despliegue de medios fraudulentos debe ser capaz de inducir a error, aspecto que solamente podrá ser logrado por aquel sujeto que tenga conocimiento de aspectos específicos que afectan, o puedan afectar, el precio de los valores en el mercado, puesto que los medios utilizados deben ser idóneos para producir la estabilidad, subida o bajada fraudulenta de precios.<sup>20</sup>

#### **b. Uso de información privilegiada**

El artículo 245 reprime con pena de prisión de TRES A OCHO AÑOS, la conducta que se titula como uso de información privilegiada y que en doctrina es mencionada

como el insider trading. Se sanciona a aquel sujeto que conozca información privilegiada relativa a los mercados de valores y adquiera o enajene por sí, o por medio de un tercero, valores de dichos emisores con el fin de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero. Primeramente debe indicarse que no todo sujeto podrá ser autor de la infracción, sino únicamente, aquel que se encuentre en posesión de la información privilegiada. El mismo numeral 245 establece lo que debe entenderse por información privilegiada, al señalar que es aquella que aun no se ha hecho de conocimiento público y que puede influir en los precios de los valores emitidos. Esta definición, hecha a nivel legal, nos parece altamente acertada, puesto que brinda una delimitación al concepto, que se interpreta en el propio tipo penal.

En razón de la materia, es importante detenernos a considerar los alcances de la expresión "información privilegiada", cuya definición está oportunamente consignada en el texto del artículo. Debe descartarse en primer lugar, el contenido de las suposiciones, aun y cuando dispongan de una cierta solidez,<sup>21</sup> por lo que el contenido de la información debe ir más allá de lo que pueda interpretarse como un rumor, puesto que no encuadraría en la información privilegiada.

Debe también excluirse del contenido del artículo los supuestos en que la LRMV obliga a la entidad emisora a proporcionar información al público, por cuanto el propio tipo penal excluye tal posibilidad. La información, por el contrario, puede concernir a hechos generados en el interior de la empresa y relativos a su situación, o bien, hechos externos a la sociedad, influyentes en la circulación de los títulos-valores, puesto que puede referirse a aspectos propios del emisor (una posible intervención de un órgano supervisor en la empresa), valores negociables en bolsa (la escasez de divisas va a provocar un incremento en la cotización de los valores en moneda norteamericana) o relativa a los mercados de valores. El hecho de que la información no se encuentre disponible al público, no implica un desconocimiento total de su contenido, sino que debe entenderse en aquellos supuestos en que el conocimiento de los datos sea constitutivo de un privilegio y como tal,

18. GÓMEZ INIESTA, *Diego José, ob. cit.*, p. 337.

19. GÓMEZ INIESTA, *Diego José, ob. cit.*, p. 293.

20. QUERALT JIMÉNEZ, *J.J. Derecho Penal, Parte Especial, III Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, p. 592.*

21. GÓMEZ INIESTA, *Diego José, ob. cit.*, p. 120.

que la mayoría del público inversor no haya tenido acceso a ella.<sup>22</sup> A contrario sensu, si la información del sujeto ha sido hecha de conocimiento público, no podemos encontrarnos ante información privilegiada. La información no tiene por qué referirse, necesariamente, a un secreto de empresa de carácter comercial (una estrategia de mercado por ejemplo, una nueva emisión de acciones, el lanzamiento masivo de una nueva oferta pública), o contable (una momentánea falta de liquidez), sino que es suficiente que el grupo inversor, en el tanto cuerpo identificable,<sup>23</sup> desconozca su contenido. Finalmente otra característica de la información privilegiada debe ser la influencia que el conocimiento o los hechos conocidos puedan tener en relación con el mundo de la economía bursátil y particularmente con elementos del mercado de valores, ya que pueden tener influencia en los inversores, corredores de bolsa, etc., como en los valores mobiliarios.<sup>24</sup> Debe recalcar que entonces no se trata de una situación de certeza respecto de la influencia sino únicamente de probabilidad.<sup>25</sup>

Ahora bien, la información como tal, no solamente debe ser conocida, sino que debe, además, ser utilizada por el conocedor, para adquirir o enajenar los valores de los emisores, cuya información restringida o privilegiada ha llegado hasta su conocimiento. La información privilegiada, por disposición expresa del tipo penal, es aquella que por su naturaleza puede influir en los precios de los valores emitidos y que no se ha hecho de conocimiento del público; por lo que puede interpretarse apropiadamente que no es un elemento del tipo penal el que efectivamente se logre con la información que se maneja, una afectación de los precios, sino que es suficiente con que la información manejada sea susceptible de provocar esa variación positiva o negativa. Esta capacidad de influencia es sumamente difícil de definir a priori, por lo que en este sentido, conforme señala la doctrina "... habrá de estar al uso concreto para saber si esa determinada información —una vez decidido si la valoración se hace ex ante o ex post— tiene capacidad para influir en las cotizaciones".<sup>26</sup> Requiere la enajenación o la adquisición de los valores, a partir, precisamente, de la información privilegiada de la que ha llegado a imponerse

el sujeto activo. Se necesita igualmente que el agente actúe con la finalidad de obtener un beneficio indebido, con total independencia de si se obtiene o no, como un elemento subjetivo distinto del dolo, que debe caracterizar la conducta del agente. El perseguir un beneficio, incluso estimo, que puede ser interpretado como la intención de evitar tener pérdidas, evitar el obtener pagos diferidos, etc. La carencia de este elemento subjetivo excluiría el tipo objetivo y haría posible que la conducta encuadre en otro tipo penal, pero no en el USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA.

Puede pensarse aquí, como caso ejemplificante, la circunstancia de que un sujeto que posee unos títulos valores emitidos por una empresa, de la que la persona tiene conocimiento que va a ser intervenida por un órgano contralor en cuestión de días y procede a negociar tales títulos-valores con el emisor y a sustituirlos por otros, emitidos por otro emisor con mayor solidez. Evidentemente aquí se está realizando una utilización de la información obtenida, procurando sacarse una ventaja de índole patrimonial, como sería, el evitar la inmovilización de las inversiones, que podría darse como consecuencia de la intervención. Aquí el sujeto activo se aprovecha de la situación de privilegio en que se encuentra y procura sacar provecho para sí. A estos efectos, debe tenerse muy en cuenta que uno de los problemas más arduos consiste, precisamente, en determinar el momento en que la información deja de ostentar el carácter de privilegiada. Ante ello considero que debe estimarse como conducta prohibida y consecuentemente objeto de prohibición de INSIDER TRADING aquella que es ignorada por la generalidad de los inversores, de modo que aquel que la utiliza está en situación de obtener un beneficio mediante la adquisición o enajenación de títulos.<sup>27</sup> En el caso del ejemplo, es indudable que la actuación de quien lleva a negociar los títulos el día anterior, con la finalidad de hacer un canje por títulos provenientes de otro emisor, es uno de los supuestos contemplados en el artículo 245 del Código Penal.

Otro ejemplo válido y en sentido contrario al que fue esbozado, vendría a ser el caso de alguien que tiene noticia de una fusión de dos empresas y de las consecuencias

22. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 144.

23. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 146.

24. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *ob. cit.*, p. 148.

25. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 127.

26. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *ob. cit.*, p. 267.

27. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 134.

que esta unión va a tener en la cotización de las acciones, pues lo lógico es estimar que va a ocurrir una subida en los precios, ya que la fusión de sociedades o empresas viene a ser una operación idónea para influir sensiblemente en el precio de los valores negociables,<sup>28</sup> y en virtud de tal conocimiento, el sujeto se dedica a adquirir una gran cantidad de acciones de una de las empresas objeto de la fusión, con anterioridad a la unión como tal. Con total independencia de que no ocurra la alzada del precio, en los términos y las expectativas estimadas por el sujeto activo a la hora de realizar la adquisición, estimamos que su conducta configura perfectamente el delito de USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA DEL ARTÍCULO 245 DEL Código Penal.

Estimamos entonces que, al igual que en el tipo penal que se analizó anteriormente, nos encontramos ante un delito de peligro concreto, en donde se produce un adelantamiento de las barreras de protección en razón de que la eficiencia del mercado se ve cuestionada y disminuida por no poderse garantizar una óptima colocación de los recursos,<sup>29</sup> ya que en esta materia se considera que hay una creciente necesidad de adelantar las barreras de protección del Derecho Penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva.<sup>30</sup> Se estima como delito de peligro por cuanto no se requiere una efectiva lesión del bien jurídico tutelado y el posible beneficio puede que no sea alcanzado por el sujeto activo,<sup>31</sup> aparte de que el propio tipo penal, a la hora de definir la información privilegiada, la señala como aquella que puede influir en los precios del mercado, pero cuya eficiencia, en tal aspecto, es únicamente probable, sin que pueda realizarse un juicio de certeza al respecto, que de todas formas resultaría ser aventurado, en razón, precisamente, de la dinámica que se encuentra presente en la materia del mercado de valores. Se le considera de peligro concreto, ya que con la conducta del poseedor de la información se pone en peligro las reglas que deben regir las operaciones y el desenvolvimiento del mercado de valores, sin necesidad de que exista una efectiva lesión, o menoscabo, del bien jurídico.

Cabe señalar que en lo referente al bien jurídico tutelado, que con el uso de información privilegiada se persigue tutelar, al igual que en la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO, debe acudir a la confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores por parte de los inversores.<sup>32</sup> La confianza de los inversores, o mejor dicho, del público inversor, se altera cuando se traiciona la confianza que se ha puesto en el sujeto que arriba al conocimiento de la información y tal aspecto, el legislador costarricense lo ha estimado como merecedor de la protección penal.

Respecto de la técnica empleada en el artículo de comentario, nos parece apropiada, ya que incluso el párrafo segundo, define lo que debe entenderse por información privilegiada. El problema de la determinación de si estamos o no, ante información privilegiada, corresponderá al juez de cada caso concreto, a partir de la definición legal contenida en el artículo 245 respecto de la interpretación del concepto. Cabe señalar, tal y conforme se indicó al inicio, que el campo del mercado de valores y su regulación, ha resultado ser novedoso para el legislador y para el jurista, al punto de que en múltiples ocasiones nos encontrábamos con conductas que bien causaban una lesión efectiva al desenvolvimiento del mercado de valores, o bien, ponían en grave peligro su normal desempeño, por lo que se estimó oportuno brindarle una regulación apropiada y se incluyó dentro de ella el aspecto de índole represivo, que incluso puede decirse, cuenta con una penalidad alta (tres a ocho años de prisión).

Puede decirse que el mercado de valores avanza de la mano de la economía, por lo que despierta un especial interés por evitar la realización de operaciones desleales, que pueden verse favorecidas o facilitadas en razón, precisamente, de las características especiales que rigen el mercado de valores y ante la apertura y universalización de los mercados de valores, ha sido necesaria una regulación oportuna. De este modo, puede decirse que se justifica la intervención estatal, a efectos de lograr una

28. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 141.

29. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 285.

30. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 5.

31. *Opina que es un delito de resultado que exige perjuicio y correlativo beneficio. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, ob. cit., pp. 344-345, aunque cabe aclarar que se hace referencia a un artículo del Código Penal Español.*

32. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *ob. cit.*, p. 294.

apropiada protección a los distintos entes que intervienen, particularmente, los inversores, con el fin de que la consideración respecto de su eventual inversión pueda realizarse apropiadamente, máxime, si en el caso de Costa Rica, en los últimos años, habíamos podido observar cómo la falta de regulación, o la desprotección en algunos aspectos y la existencia de lagunas de punición, hacía impunes, o casi imposible de sancionar una serie de conductas altamente lesivas para el normal desempeño del mercado de valores. Por otro lado, considero que se trató de evitar la disparidad, o desigualdad, que podría existir entre los sujetos que intervienen en las operaciones bursátiles y lograr un freno a los posibles abusos de algunos operadores económicos. En este sentido, nos parece que las razones político-criminales que sustentan la incriminación de la conducta del USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA resultan apropiadas en el contexto histórico que está viviendo la sociedad costarricense.

Por último, es importante destacar los elementos diferenciadores entre la MANIPULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO Y EL USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA, puesto que en razón de su novedad, es factible que se tienda a realizar una asimilación entre ambos tipos penales, en razón de constituir los únicos delitos bursátiles con los que cuenta en este momento la legislación represiva nacional. En realidad, se trata de dos figuras completamente distintas, que presentan numerosas diferencias entre ellas y que tienen en común el bien jurídico tutelado en ambas,<sup>33</sup> pero si detallamos, nos daremos cuenta de que en la MANIPULACIÓN, la conducta punible consiste en realizar operaciones que van a ocasionar la subida, bajada o mantenimiento de precios a partir de una acción fraudulenta, consistente en la divulgación de hechos falsos y deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, en tanto que el USO implica un comportamiento en el que, aprovechándose de una situación de superioridad informativa, implica el disfrute, sin costo alguno, de informaciones verdaderas,<sup>34</sup> que van a ser posteriormente divulgadas, por lo que la diferencia estriba en la falsedad

de la información que brinda el sujeto activo en un caso (por acción o por omisión) y en la autenticidad de la información que es utilizada en el otro. Mientras en el USO, el sujeto activo realiza la conducta con el fin de beneficiarse de su propio conocimiento, en la MANIPULACIÓN, la conducta va dirigida a beneficiarse de la situación falseada que ha provocado y a generado un perjuicio a partir de tal circunstancia. Finalmente, mientras en la MANIPULACIÓN, tal y conforme se estableció en líneas atrás, debe existir una relación de causalidad entre la actuación del agente y el precio de los valores, en el USO, el aprovechamiento de la información no es lo que va a provocar un cambio positivo o negativo en los precios, sino que el sujeto usa su conocimiento para proceder antes que los demás, afectándose de esta forma la transparencia del mercado de valores y la igualdad en el trato a los intervinientes, puesto que el sujeto utiliza una ventaja derivada de un conocimiento al que ha tenido acceso en razón de su posición o de su cargo.

Tal y como se ha planteado, los tipos penales vienen a sancionar conductas, que en el fondo, implican una deslealtad hacia los demás participantes en el mercado de valores, con lo que se vulneran las normas de conductas que la propia LRMV establece para todos aquellos que tengan algún tipo de participación en los mercados bursátiles. Hay que recordar que el mercado de valores, como parte del mercado financiero, debe despertar y garantizar la confianza del inversionista, ya que al generarse una confianza óptima, se facilita el acercamiento de inversionistas. Es por ello que ante la trascendencia y el crecimiento de los mercados de valores, en razón de los intereses que se encuentran en juego y que tienen una trascendencia económica muy elevada, resulta prudente establecer mecanismos de control desde la órbita del ordenamiento represivo. Corresponde a los operadores del sistema de justicia penal, de modo conjunto con los órganos administrativos de control, particularmente la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE VALORES, procurar el cumplimiento de la ley, en los casos que así lo demanden.

33. Así, GÓMEZ INIESTA, *Diego José, ob. cit.*, p. 335.

34. GÓMEZ INIESTA, *Diego José, ob. cit.*, p. 336.

## BIBLIOGRAFÍA

- "Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial", en Poder Judicial, N° 39, 1995, pp. 525-541.
- GÓMEZ INIESTA, Diego José. La utilización abusiva de información privilegiada, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José y otros. Curso de Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Edit. Universitas, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, 11ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal, Parte Especial, III edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Protección penal del mercado de valores, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CARBONELL MATEU, Juan Carlos y otros. Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



# LA CONCILIACIÓN PENAL EN IBEROAMÉRICA

Daniel González Álvarez  
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica  
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, UCR

## SUMARIO:

1. Fundamentos para la conciliación.
2. Conciliación y sistema penal. La tercera vía.
3. La conciliación en las costumbres latinoamericanas.
4. Clasificación de los países de la región.
5. La conciliación como mecanismo directo para extinguir la acción penal en delitos de persecución pública.
6. La conciliación como presupuesto para aplicar criterios de oportunidad.
7. La reparación del daño como presupuesto de la suspensión del proceso a prueba.
8. Delitos en los cuales es admisible la conciliación.
9. Oportunidad para solicitar la conciliación.
10. Ante quién se realiza la conciliación.
11. Quiénes intervienen en el proceso de conciliación.
12. La conciliación frente a delitos que afecten intereses colectivos.
13. La diligencia de conciliación.
14. Plazo para cumplir los acuerdos.
15. Otros mecanismos consensuales o alternativos para resolver el conflicto penal.
  - a) La conciliación en delitos de acción privada.
  - b) El proceso abreviado.
  - c) El matrimonio entre agresor y víctima.
  - d) El perdón del ofendido.
  - e) La devolución de los bienes sustraídos o retenidos.
  - f) La reparación como presupuesto de la suspensión de la pena.
  - g) Otros substitutivos propios del Derecho Constitucional y del Penitenciario.
16. Bibliografía.

En estas líneas pretendemos referirnos a la conciliación entre víctima y delincuente que se produce con ocasión de un hecho delictivo, en la justicia penal de adultos y para delitos de acción pública o perseguibles de oficio, en la experiencia de los países iberoamericanos.

Hasta ahora hay pocos estudios sobre la **conciliación penal** en la región latinoamericana,<sup>1</sup> y no

encontramos trabajos que recojan las distintas regulaciones del instituto en los diferentes países del área, por lo que esperamos suplir esa ausencia, al menos ofreciendo una visión general y ejemplificante del estado de la cuestión a este momento, cuando los vientos de reforma del sistema penal soplan muy fuerte en toda América Latina, sin pretender ser exhaustivos respecto de la conciliación en cada uno de los países que mencionamos.

1. Entre las obras más importantes que se han escrito en la región sobre el tema podemos mencionar, sin duda, la del Profesor **JULIO B.J. MAIER: La víctima y el sistema penal**, en "De los delitos y de las víctimas", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 183 a 249; y la del profesor **ELÍAS NEUMAN: Mediación y conciliación penal**, Depalma, Buenos Aires, 1997, elaborada alrededor de su cátedra sobre victimología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Para la elaboración de este trabajo confeccionamos un cuestionario básico de temas relacionados con la conciliación, que le fue remitido a diferentes especialistas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal de todos los países representados en esa organización.

Tuvimos una respuesta efectiva de parte del **Dr. Mario Aguirre Godoy**, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala; del **Dr. Manuel Ortells Ramos**, catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Valencia, España; del **Dr. Ferñao Vieira da Silva**, abogado de Lisboa, Portugal; del **Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho**, profesor asociado de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil; del **Dr. Carlos Parodi Remón**, profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor principal de la Universidad de San Martín de Porres, ambas de Perú; del **Dr. Jorge Flórez Gacharna**, de la Fundación Siglo XXI de Colombia; del **Dr. Gonzalo Armienta Calderón**, Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal; del **Dr. Pedro Juan Bertolino** de Argentina; del **Dr. Hugo Allen** de Paraguay y del **Dr. Luis María Simón** de Uruguay. Nosotros agregamos directamente los datos sobre **Costa Rica, El Salvador y Venezuela**. Gracias a esas relatorías nacionales, a sus aportes y a otros datos que logramos adquirir, podemos ofrecer un panorama general de la conciliación en Iberoamérica.

Como podrá apreciarse, la conciliación entre víctimas y victimarios gana terreno y es impulsada en nuestra región por las transformaciones del sistema procesal penal, más que por los cambios del sistema penal sustantivo, aunque ha implicado un replanteamiento de las bases de este último, por lo que constituye un tema de sumo interés para comprender el rumbo de la justicia penal.

## 1. Fundamentos para la conciliación

La conciliación en materia penal ha sido recomendada desde 1985 por la **Asamblea General de las Naciones**

**Unidas**, en la "**Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder**", al disponer formalmente lo siguiente: "*7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas*".<sup>2</sup>

No obstante esa declaración de principios, su incorporación a las legislaciones latinoamericanas no ha sido un tema pacífico. Muchos la adversan en defensa del principio de legalidad, sin admitir cómo este último ha sido y sigue siendo excepcionado por la realidad. Sin embargo, hasta ahora las principales objeciones y las críticas que se han esgrimido en su contra no han sido producto de una reflexión empírica, sino básicamente de carácter ideológico.<sup>3</sup>

Como podremos apreciar a lo largo de esta exposición, existen diferencias teóricas y legales entre los distintos países que la regulan, sin embargo, como ya ha sido expuesto respecto de otras regiones, lo cierto es que "a pesar de las diferencias, los modelos vienen marcados por una misma filosofía, en esencia la de recuperar el conflicto para la víctima y el delincuente, de ahí que la cuestión fundamental de la práctica se centre en el conflicto y no en los problemas procesales u organizativos".<sup>4</sup>

Son muchas las razones que han justificado recurrir a la negociación y a la conciliación para dirimir también los conflictos penales. En efecto, la búsqueda de soluciones alternativas y diferentes a la justicia formal en América Latina ha sido y sigue siendo muy frecuente, por múltiples razones. Se ha justificado recurrir a mecanismos informales para solucionar los diferendos, como la conciliación, porque son más simples, más rápidos, más efectivos, en muchos casos más baratos, directos, e incluso, más transparentes que la justicia formal y tradicional, en virtud de la desconfianza generada por los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un alto índice de corrupción,

2. *Esa Declaración fue recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, agosto-setiembre de 1985, y fue adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.*

3. **DÜNKEL, FRIEDER.** *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional.* En "Papers D'Estudios I Formació", Número especial "Justicia y Cambio Social", Generalitat de Catalunya, España, diciembre de 1990, p. 70.

4. **GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER.** *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado,* en "Eguzkilore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N° 10, 1996, p. 207.



plagados de procedimientos obsoletos y formalistas, donde, en el mejor de los casos, importa más la "solución jurídica" que la solución real del problema, donde las partes no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios (jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc.) han asumido el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean los sujetos involucrados en el conflicto, según los procedimientos formalmente establecidos.<sup>5</sup>

Como muy bien se concreta para la experiencia peruana,<sup>6</sup> y que puede ser extensible para una gran mayoría de los países de la región, entre las razones para adoptar la conciliación pueden invocarse:

- la incapacidad del Poder Judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos. En algunos casos "la verdad legal" dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto.
- la onerosidad de lo que significa llevar un proceso por la vía judicial.
- la demora con la cual normalmente son resueltos los casos por el Poder Judicial.
- la impredecibilidad del fallo genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan la solución a un conflicto. Esto se debe no solo a los serios problemas de corrupción que podemos encontrar en el sistema judicial, sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes.
- la existencia de una pluralidad cultural al interior del territorio nacional, que lleva a la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que corresponden a los valores, intereses, usos y costumbres de los distintos grupos culturales que existen en el Perú.

Nos referimos indistintamente a la conciliación, a la reparación, a la reconciliación y a la regulación de conflictos, a sabiendas de que no tienen contenido idéntico. La reconciliación y la regulación de conflictos son conceptos más altos, porque se trata de una amplia reconstrucción de la paz social, o en su caso, del apaciguamiento del conflicto generado por el delito, mientras que la conciliación delincente-víctima y la reparación de daños, por el contrario, se refieren más bien a las circunstancias externas de una prestación de reparaciones materiales o inmateriales.<sup>7</sup> Como bien se afirma, "la reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar... Esta reparación *ideal* (sustitución del *statu quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo: la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas oportunidades, solo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación *por resarcimiento económico del daño (indemnización)*. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés del dañado".<sup>8</sup> Todas estas posibilidades hacen más atractiva la conciliación y la reparación, frente a la simple posibilidad del castigo, con todas sus implicaciones e imperfecciones.

Sin embargo, no debemos entusiasmarnos con las novedades. Existen riesgos que debemos cuidar al adoptarse mecanismos como la conciliación. En primer lugar, su adopción no debe significar la privatización de la justicia penal y menos en la minimización del aparato judicial. Coincidimos con el profesor Wálter Antillón, al indicar que la adopción de mecanismos alternos para solucionar conflictos debe hacerse bajo dos condiciones: en primer

5. MAIER, Julio. *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica*, en "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos", Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993; BINDER, Alberto. *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, en "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 ss.; así como también su trabajo *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica*, en "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos", antes referido.

6. REVILLA VERGARA, ANA TERESA. *La experiencia de la justicia alternativa en la República del Perú*, en "Justicia Alternativa en Costa Rica: De la Justicia Tradicional a la Justicia Necesaria", Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, pp. 63-64.

7. DÜNKEL, FRIEDER. *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños...*, cit., p. 48.

8. MAIER, JULIO B.J. *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 212.

término se debe "...aumentar a la vez la eficiencia de la justicia estatal, a fin de beneficiarse del inmenso caudal de experiencias acumulado por la cultura occidental en lo que se refiere, al menos, a la racionalidad del proceso y a la independencia del juez..." y en segundo lugar, debe procurarse que ese instituto constituya "...no una instancia elitista, simplemente y solamente para que las transnacionales y las grandes empresas en general tengan un instrumento de solución de conflictos a la medida de sus deseos; sino una instancia democrática, para enseñar a nuestro pueblo otras vías de solución que podrían ser más baratas y expeditas que la Administración Estatal de la Justicia y quizás tan seguras como ésta; de modo que el pueblo se organice para administrar equitativamente sus propios conflictos con instrumentos seguros y fáciles de manejar..."<sup>9</sup>

Existe una tendencia a la privatización de una serie de funciones que tocan sensiblemente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ha iniciado un acelerado proceso de privatización en la vigilancia policial de casas, negocios, lugares. Tareas que tradicionalmente estaban en manos del Estado, hoy observamos como se trasladan a los sectores privados sin mayor problema. También comienza la discusión sobre la posible privatización de las cárceles en varios sentidos: sobre su financiación y construcción; sobre su gestión; sobre la contratación de personal y sobre la comercialización del trabajo de los presos. Estos procesos no han sido reglamentados, ni se han demarcado claramente las fronteras entre lo que podría trasladarse a los sectores privados y lo que debe permanecer en manos del Estado.<sup>10</sup> Es evidente, en lo que respecta a la conciliación y la reparación, que se hace necesario, por un lado, delimitar claramente las fronteras,

señalando lo posible y lo imposible y además, fortaleciendo la convicción de que el sistema penal, por regla, continúa en manos del Estado con todas sus implicaciones. Desde luego, "no se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima".<sup>11</sup>

La conciliación y la reparación no constituyen tampoco formas fáciles y rápidas para estar al día con el trabajo pendiente en los tribunales, ni mecanismos para festinar los casos. En muchas ocasiones "...llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera de agitar la justicia, de sacarse casos, sino de introducir en términos de Derecho Penal, en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada. La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto..."<sup>12</sup> Por supuesto, el tiempo invertido en la solución de un conflicto penal suele ser inferior al tiempo que la justicia penal tradicional emplea en la atención del caso, desde luego que el sistema tradicional emplea la mayor parte de su tiempo en tramitar papeles y en actos rituales y formales, pero no en atender a sus víctimas.<sup>13</sup>

Por otra parte, también, debe evitarse que los programas de reparación corran el peligro de ser acaparados por la tendencia, predominantemente represiva en la actualidad, de la justicia. Con frecuencia, para algunos, la reparación debería constituir simplemente un agregado de la pena y en especial se le asocia como una condición de una serie de beneficios condicionales durante la ejecución y ello debe evitarse.<sup>14</sup>

9. **ANTILLÓN MONTEALEGRE, WÁLTER.** *Jurisdicción y Resolución Alternativa de Conflictos*, en "Justicia Alternativa en Costa Rica: de la justicia tradicional a la justicia necesaria", Colegio de Abogados, San José, 1995, p. 41.

10. **GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER.** *La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", La Victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 355 ss.

11. **NEUMAN, ELÍAS.** *Mediación y conciliación penal*, cit., p. 52.

12. **GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER.** *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, cit., p. 202.

13. *Ibidem*, pp. 208-209. Véanse también, sobre los procedimientos para llegar a una conciliación **WALTON, RICHARD E.** *Conciliación de conflictos*, Addison-Wesley Iberoamericana, Delaware, E.U.A., 1987, en especial p. 71 ss.; y **PETERS, TONY y AERTSEN, IVO.** *Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción*, en "EGUZKILORE", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, No. 8 extraordinario, diciembre 1995, pp. 129 ss.

14. **DÚNKEL, FRIEDER.** *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional*, cit., pp. 52-53.

Como muy bien se afirma, la reparación es una meta racional propuesta como tarea para el Derecho Penal, bajo dos condiciones: "que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto... Por esa razón las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho Penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito".<sup>15</sup>

Entre las ventajas que se le asignan a la conciliación, en general, podemos mencionar, entre otras, la de ofrecer a los litigantes un enfoque colaborativo y consensuado para llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria; la de ampliar los servicios de resolución de disputas del tribunal a relativamente bajo costo y cumplimentar la demanda de las partes para obtener la facilitación de un acuerdo; y, además, resultar de un alto grado de satisfacción para las partes involucradas.<sup>16</sup> Ello la hace un instrumento bastante atractivo en materia penal para contribuir a reparar la paz social resquebrajada con el hecho delictivo, sobre todo tratándose de infracciones de contenido patrimonial o de consecuencias muy leves.

Podríamos afirmar entonces, que en materia penal, la razón básica por la cual deberíamos recurrir en mayor medida a la conciliación, debería ser la reconstrucción de la paz social, o por lo menos apaciguar el conflicto surgido entre las partes y las demás personas relacionadas con ellas, a consecuencia del hecho delictivo. Se trata de un concepto más amplio que la reparación del daño o la conciliación concreta entre el delincuente y la víctima.

## 2. Conciliación y sistema penal. La tercera vía

El sistema penal atraviesa una crisis de efectividad muy seria. La crisis de la prisión y de los fines de la pena, de la reeducación y de la resocialización justifican recurrir

a otros métodos para obtener resultados más positivos. No se trata, en modo alguno, de retornar a la venganza privada, ni de privatizar la justicia penal, pues una gran mayoría de los postulados del sistema penal constituyen serias garantías que se conquistaron a lo largo de años de civilización y hoy son incuestionables.<sup>17</sup>

La conciliación y en particular la reparación, han venido a restablecer y hacer más efectivos postulados tradicionales del Derecho Penal, que mantenían una base más teórica que real, haciendo del proceso un sistema más confiable y creíble en la práctica cotidiana.

Desde luego, "la conciliación víctima-delincuente, debe ubicarse dentro del Derecho Penal y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del proceso penal. La conciliación víctima-delincuente necesita por consiguiente del Derecho Penal para decidir qué es delito, quién es delincuente, quién es víctima..."<sup>18</sup>

Junto a los postulados clásicos del Derecho Penal, aparece una nueva función que podría denominarse como la "reconstitución de la paz jurídica", cumpliéndose una función pacificadora y que en Austria ha sido denominada como "*la tercera vía*". Así, la reparación constituye una consecuencia jurídica distinta, junto a la clásica pena y a la medida de seguridad.

Como muy bien se ha expuesto, "la función pacificadora, que el Derecho Penal ha perdido en gran medida, puede alcanzarse del modo más consecuente, bajo evitación de los conocidos efectos negativos de la sanción penal (estigmatización, consolidación y escalada de procesos de socialización de trayectoria negativa, efectos desintegradores de la pena de privación de libertad, etc.), en el nivel prejudicial... La idea básica de la institución del arrepentimiento activo es que, con la solución del conflicto de Derecho Civil, desaparecen un interés de satisfacción de la víctima que supere ese marco y, desde el punto de vista de la sociedad, la necesidad de una punición, puesto que el delincuente ha vuelto a la legalidad..."<sup>19</sup>

15. MAIER, JULIO B.J. *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 208.

16. ÁLVAREZ, GLADYS S.; HIGHTON, ELENA; JASSAN, ELÍAS. *Mediación y justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 154 ss.

17. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, en especial pp. 209 ss.

18. GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER. *La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador*, cit., p. 359.

19. DÜNKEL FRIEDER. *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional*, cit., pp. 50-51.

Podrá así el sistema penal recuperar un poco la confianza perdida y atender más directamente las necesidades básicas que demandan los ciudadanos.

El sistema penal "...ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente... **Los abogados son particularmente buenos robando conflictos...**"<sup>20</sup> La víctima ha sido un perdedor por partida doble, primero frente al agresor y luego frente al Estado, pues este último le roba su conflicto para ser "resuelto" por profesionales, que en la mayoría de los casos ni siquiera le toman opinión.<sup>21</sup> Resultaba necesario, entonces, restituirle el conflicto a sus propietarios y así contribuir al fortalecimiento de la paz social.

También para el Derecho Penal la reparación ha venido a contribuir al cumplimiento efectivo de los fines de la pena. "La reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del Derecho Penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla".<sup>22</sup>

Indiscutiblemente también fortalece la resocialización el que el imputado acepte los hechos delictivos atribuidos y asuma con responsabilidad la reparación de todos los intereses legítimos de la víctima. "Un Derecho Penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización. Un acto reparador implica no

solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización... Pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana, que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva..."<sup>23</sup>

En lo que al Derecho Procesal se refiere, la conciliación y la reparación constituyen, sin lugar a dudas, las fórmulas básicas para introducir a la víctima en la solución del conflicto penal, rescatándola así del olvido en que se encontraba y corrigiéndose también una distorsión más del propio sistema penal. La necesidad de escuchar a la víctima, así como a todos los demás sujetos involucrados en el conflicto, hacen necesario recurrir a otros métodos de solución, para dirimir el conflicto, o al menos, transformarlo en otro de menor violencia.

En efecto, con la llegada del Derecho Penal público cambia el concepto de venganza privada, creándose una protección especial para el imputado, a quien se le garantiza un proceso penal debido y justo, un sistema de garantías básicas, que vienen a expropiar a la víctima de la solución del conflicto. El Estado asume entonces la "venganza" y toma en sus manos la labor de aplicar la pena, de espaldas a la víctima. La víctima sufre entonces no solo las consecuencias del delito, sino, además, otro tipo de daños psíquicos, sociales, económicos y físicos, al ser abandonada e incomprendida, menospreciada en el proceso penal y solo se le utiliza como un objeto para descubrir la verdad real. No es sino hasta la mitad del presente siglo cuando comienzan las voces a clamar por una mayor intervención de la víctima en el proceso penal y se plantea la necesidad de darle un papel protagónico en la solución del conflicto, es decir, devolviendo a sede privada algo que el Estado había asumido como suyo.<sup>24</sup> "La víctima

20. **CHRISTIE, NILS.** *Los conflictos como pertenencia*, en "De los delitos y de las víctimas", traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 159 y 163.

21. *Ibidem.* Véanse también **CHRISTIE, NILS.** *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 125 ss.; y **NEUMAN, ELÍAS.** *Mediación y conciliación penal*, cit., pp. 1 ss.

22. **ROXIN, CLAUS.** *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en "De los delitos y de las víctimas", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 154.

23. **GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER.** *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, cit., pp. 196-201.

24. Al respecto véanse **ESER, ALBIN.** *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en "De los delitos y de las víctimas", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 13 ss.; y **HIRSCH, HANS JOACHIM.** *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal*, en *Idem*, pp. 91 ss. Sobre la situación en América Latina véanse los trabajos de **BERMÚDEZ, BERTOLINO; GOITÍA, KRONAWETTER; SCARANCE FERNANDES Y TAVOLARI OLIVEROS**, en "La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay". Depalma, Buenos Aires, 1997.

es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada".<sup>25</sup> Indiscutiblemente que aquí también encontramos una nueva misión que es cumplida por la reparación del daño y la conciliación jurídica a favor del sistema penal.

### 3. La conciliación en las costumbres latino-americanas.

En la región latinoamericana la conciliación penal ha provocado alguna susceptibilidad por su supuesto origen norteamericano y europeo, al estimarse ajena a nuestras costumbres. Es cierto que en materia penal la conciliación comenzó a utilizarse en Estados Unidos y en Europa, sin embargo, no se trata de una institución que podamos estimar como ajena a nuestra idiosincrasia según observamos.

En primer término, se trata de una forma de solución alternativa de conflictos que ha sido utilizada **de hecho** con mucha frecuencia en nuestros países, incluso ante la existencia de un delito, sobre todo cuando estos son de poca gravedad o sus efectos son de carácter meramente patrimonial y sin que haya mediado violencia sobre las personas. Si bien nuestros sistemas penales adoptan como regla el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal,<sup>26</sup> según el cual frente a todos los hechos en apariencia delictivos resultaba necesario iniciar una investigación policial que desembocara en un proceso penal, con el fin de averiguar la verdad real en todos los casos, es indiscutible señalar también que al margen, e incluso dentro del mismo sistema penal, han funcionado mecanismos selectivos, dentro de los cuales debemos mencionar los acuerdos previos entre víctimas y delincuentes, que permiten resolver el conflicto de manera distinta a la fijada en la ley.

Haya o no reconocimiento formal, es evidente que en nuestras comunidades se aplican criterios de conciliación para dirimir sus conflictos. Ello ocurre en todos los estratos sociales, incluso al interno de las organizaciones sociales y empresariales, debido a la ineficacia del sistema oficial de justicia para resolver los problemas, ante el anacronismo de sus procedimientos, la corrupción y la indiferencia estatal.

La cifra negra de la criminalidad es muy amplia. No todos los hechos criminales llegan a conocimiento de las autoridades, ni todos ellos son "resueltos" por los tribunales.

Pero además, en segundo lugar, tampoco podría estimarse que la conciliación constituya un mecanismo ajeno a nuestra idiosincrasia, porque ha sido y sigue siendo utilizado desde épocas ancestrales por nuestras comunidades indígenas para resolver conflictos, incluso los de carácter penal.

En efecto, conforme lo han determinado los estudiosos del Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas,<sup>27</sup> existen connotados conciliadores indios, reconocidos como jueces del lugar, que juegan un papel muy importante en el desarrollo de la cohesión y la armonía social dentro del grupo, que buscan un acuerdo entre las partes cuando surge un conflicto, cuya principal misión consiste en fijar la reparación del daño ocasionado, de manera satisfactoria para las partes involucradas. "...*Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor...*"<sup>28</sup>

Estas situaciones se producen, incluso hoy día, entre las comunidades indígenas latinoamericanas, aunque formal y oficialmente no hayan logrado imponerse, ni sean acogidas en la ley.

25. MAIER, JULIO B.J. *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 220.

26. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Notas sobre la función requirente del Ministerio Público*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, segunda edición, 1992.

27. Nos basamos principalmente en la obra de STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego. *Entre la ley y la costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, y los trabajos de varios autores compilados en esa obra; así como en la referencia que hace ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales*, cit., pp. 10 ss.

28. ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *Op. loc. cit.*, p. 11.

Así, por ejemplo, **Guatemala** es un país con una alta población indígena y conforme a su Constitución Política “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres” (art. 58 de la Constitución), así como también se indica en forma expresa que “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos” (art. 66 ibídem); sin embargo, no encontramos un reconocimiento expreso y formal de estos métodos de conciliación entre indígenas frente a un hecho delictivo a falta de una ley que debe regular dichas comunidades según el artículo 70 de la Constitución Política, ley que a la fecha no ha sido promulgada. Un avance en esta dirección lo constituye el artículo 25 bis del C.P.P. de ese país, al disponer que en el proceso de conciliación “...pueden aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos... siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos...”

Por el contrario, en **Perú**, la Constitución Política de 1993 ha reconocido la existencia de la pluralidad étnica y cultural, en las distintas organizaciones sociales, lo cual en algunos casos se ha traducido en el derecho a utilizar sus propios sistemas de resolución de conflictos.<sup>29</sup> En este sentido dispone: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial” (art. 149 de la Constitución Política de Perú de 1993). Estas normas han permitido a las comunidades rurales

organizadas en “Comunidades Campesinas”, en “Comunidades Nativas” y en “Rondas Campesinas” solucionar los conflictos de una manera directa, entre sus propios integrantes y sin necesidad de la intervención de la justicia oficial del Estado.<sup>30</sup>

En **Colombia**, país pionero en lo que a la conciliación penal se refiere, en el ámbito latinoamericano, encontramos algunas disposiciones constitucionales que reconocen, por un lado, la posibilidad de los particulares de ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores y por otra observamos normas que reconocen como válidas las funciones jurisdiccionales de sus pueblos indígenas. En efecto, la Constitución Política dispone que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (artículo 116 de la Constitución colombiana); luego que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de un ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (artículo 246 ibídem); y finalmente que “la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular” (artículo 247 ídem).<sup>31</sup>

En **Costa Rica**, no obstante contar con una población indígena reducida, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no descarta la posibilidad de aplicar los usos, costumbres y tradiciones indígenas con el fin de resolver los conflictos de una manera distinta a la establecida en las leyes ordinarias, en virtud de haber suscrito el país el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes)**.<sup>32</sup> Existen además amplias

29. REVILLA VERGARA, ANA TERESA. *La experiencia de la justicia alternativa en la República del Perú*, cit., pp. 61 ss.

30. *Op. ult. cit.*, pp. 67 ss.

31. GIRALDO ÁNGEL, JAIME. *Elementos prácticos para la puesta en marcha de un programa nacional de resolución alternativa de conflictos*, en “Justicia Alternativa en Costa Rica: De la justicia tradicional a la justicia necesaria”, Colegio de Abogados, San José, 1995, pp. 31 ss.

32. Véanse DOBLES OVARES, VÍCTOR y GUILLÉN GRILLO, GEORGINA: *Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1988; SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA; HOUED VEGA, MARIO y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO: *El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas*, en *Ciencias Penales* N. 9, San José, noviembre de 1994 y RODRÍGUEZ MIRANDA, MARTÍN: *En procura de un derecho indígena en Costa Rica*, San José, 1998, pendiente de publicar en “Pena y Estado”.

experiencias de mediación en las comunidades aborígenes costarricenses que constituyen y conforman el verdadero antecedente de lo que vino a hacer, finalmente, el nuevo Código Procesal Penal de 1996, al aceptar la conciliación penal como causa de extinción de la acción penal.<sup>33</sup>

De cualquier manera, no obstante la falta de reconocimiento expreso y directo en la mayoría de las legislaciones, lo cierto es que debemos rescatar esas formas de solucionar los problemas, de manera más simple, pues además así también realizaremos en la práctica otros importantes principios como la inmediatez, la continuidad, la concentración y muchos otros. Los procedimientos orales —como la conciliación— constituyen mecanismos más efectivos para garantizar el cumplimiento de esos principios, los cuales son básicos en un sistema democrático de administración de justicia.<sup>34</sup>

Coincidimos con Bertolino al afirmar que en la búsqueda de formas alternativas a la justicia tradicional, *“...debemos tener en cuenta que, tanto óptica como axiológicamente, la solución negociada del conflicto (aun el penal) es superior a la definición coercitiva y en este carácter mal podría desecharse la primera, so color de afectación de garantías o principios...”*<sup>35</sup>

A título de ejemplo, podemos mencionar la experiencia uruguaya, no porque constituya una excepción, sino todo lo contrario, porque reproduce situaciones que se están repitiendo en muchos de nuestros países. En efecto, según nos refiere el doctor Luis María Simón,<sup>36</sup> una de las razones por las que más se ha criticado uno de los proyectos para modificar la legislación procesal penal en ese país, ha sido porque recoge la conciliación, al estimar los parlamentarios que esa solución es ajena a la idiosincrasia, sistema jurídico e intereses nacionales y por el contrario han alabado la aprobación de otro proyecto porque no contiene fórmulas de negociación de tipo anglosajón. Sin embargo, como lo refiere el doctor Simón, resulta que en la práctica y de hecho operan criterios de oportunidad, sobre todo frente a delitos de poca gravedad, sin violencia en las personas y

realizados por sujetos primarios, que han indemnizado adecuadamente a sus víctimas. En esos casos, el Ministerio Público y los jueces penales resuelven en múltiples ocasiones no comenzar el proceso, en aplicación de lo que suelen llamar “razones de buena política criminal” (sic). Ninguna norma establece en qué casos corresponde la aplicación de tales principios, ni qué contenido tienen los mismos, ni qué se considera “razones de buena política criminal ameritante de una clausura”, pero lo cierto es que se aplica sobre todo cuando ha habido una conciliación entre las partes, o ha transcurrido mucho tiempo del hecho, al extremo de haberse diluido sus efectos, siempre que se trate de delincuencia de bagatela.

Por lo anterior, podríamos afirmar, como ocurre en la mayoría de nuestros países, que la conciliación en materia penal tiene un claro contenido popular, aplicable en la práctica diaria tanto fuera como dentro de nuestros tribunales, por lo que la vía de la regulación formal parece ser la más atinada, con el fin de evitar arbitrariedades por exceso u omisión.

Este uso de sistemas alternos ha sido popular en nuestra región porque el acceso a la “justicia oficial” es muy dificultoso, tanto para reclamar derechos como para defenderlos. Estas dificultades provienen no solo de los costos económicos (honorarios, costas, tiempo), sino de obstáculos culturales y sociales. El lenguaje, la vestimenta, las actitudes de los abogados y de los funcionarios judiciales, se convierten en barreras insalvables.<sup>37</sup> “El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción constituye un postulado ideal que está condicionado por la realidad práctica y por la existencia de obstáculos diversos que lo restringen. Las vallas son económicas (costo del servicio y excesiva duración de los procesos), culturales (desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y falta de confianza en los resortes de la justicia y sus operadores) y surgen también de la complejidad de los procedimientos judiciales... Una cosa es “acceso a la justicia” (entendida como sistema judicial) y otra es “acceso a la justicia” (entendida como solución justa)...”<sup>38</sup>

33. Estas formas son recogidas en el libro del profesor NEUMAN, ELÍAS. *Mediación y conciliación penal*, cit., pp. 123 ss. También refiere experiencias directas de los indios cunas en el archipiélago de las islas San Blas de Panamá, pp. 1 y 2.

34. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en “La implementación de la reforma procesal penal”, N.C.S.C., CDJ/CPU, Santiago, Chile, 1996, pp. 11 ss.

35. BERTOLINO, PEDRO J. *Para un encuadre del proceso penal abreviado*. Buenos Aires, 1997, p. 41.

36. Informe del Dr. LUIS MARÍA SIMÓN, ya citado, pp. 6 y 7.

37. ÁLVAREZ, GLADYS S.; HIGHTON, ELENA; JASSAN, ELÍAS. *Mediación y justicia*, cit., pp. 20-21.

38. *Ibidem*, pp. 21 y 28.

En todo caso, la falta de recursos económicos no ha sido un obstáculo para la conciliación penal, pues en este campo las víctimas aceptan en gran medida las ofertas de reparación, disculpas, etc., mientras que la indemnización material completa muchas veces pasa, como secundaria, a un segundo plano.<sup>39</sup>

Como observamos de seguido, además, la conciliación penal comienza a ser tomada en consideración y regulada formalmente en los procesos de reforma del sistema penal en nuestra región, no dejando ninguna duda de que forman parte de nuestras propias tradiciones.

#### 4. Clasificación de los países de la región.

La mayoría de los países del área no admiten en forma directa y formal la conciliación entre agresor y víctima, como una manera de extinguir la acción penal en delitos de acción pública dentro de la justicia de adultos.

Tradicionalmente, el arrepentimiento y el deseo efectivo de reparar los daños ocasionados con el delito, indemnizando en forma satisfactoria y adecuada a la víctima, han constituido, en el mejor de los casos, fórmulas de atenuación de la pena, como ocurre, por ejemplo, en la legislación portuguesa (art. 72 Código Penal de Portugal de 1995) y en la española (arts. 21.5ª y 340 Código Penal español). Sin embargo, como exponemos al final de este trabajo (*infra* N° 15), en las legislaciones del área se han adoptado otros mecanismos consensuales o alternativos para dirimir el conflicto penal, que han constituido un claro antecedente jurídico directo de la conciliación que ahora comienza a admitirse en los procesos de reforma penal.

Podríamos clasificar los países en tres grupos. El **primero** comprendido por aquellos que admiten la conciliación en forma directa, como una causa extintiva de la acción penal, como ocurre en **Colombia, Costa Rica, El Salvador** y en la nueva legislación de **Venezuela**. También podemos incluir en este mismo grupo a **Brasil**, aunque con algunas particularidades, ya que la conciliación no constituye una forma de extinción de la responsabilidad penal, sino una forma de eximirse de la aplicación de una pena privativa de libertad.

Un **segundo grupo** estaría conformado por aquellos países que admiten la conciliación como un presupuesto para aplicar la suspensión provisoria del proceso, o bien un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público, junto con otros requisitos más. Tal es el caso, por ejemplo, de **Guatemala, Perú y Portugal**.

Y un tercer grupo conformado por los países que no admiten formalmente la conciliación en delitos de acción pública, para la justicia penal de adultos. En esta situación se encuentran la mayoría de los países del área, como por ejemplo **Bolivia, Chile, España, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay**, etc.

En **España**, sin embargo, debe mencionarse que la conciliación entre víctimas e imputados de delito ha ganado mucho terreno en la justicia de menores, como ocurre en la mayoría de los países europeos.<sup>40</sup> La conciliación es aplicable en el juzgamiento penal de menores de dieciséis años, conforme a la "Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores" (Ley 4 de 5 de junio de 1992), la cual dispone que "atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones" (art. 15.1.6ª).

No obstante lo expuesto, el compromiso del menor de asumir el pago de los daños y perjuicios se reputa jurídicamente como inexistente, porque no tienen capacidad para contraer obligaciones civiles, por lo que en la práctica son más viables los compromisos adquiridos por sus representantes, o bien cuando la reparación es de naturaleza extrapatrimonial, como sería el arrepentimiento, la simple conciliación o cualquier otra actividad reparadora de carácter moral.

También en la experiencia española es posible que el Juez de Menores, de oficio o a instancia de parte, suspenda el dictado del fallo, cuando las partes acepten una propuesta de reparación, siempre que los perjudicados no expresen

39. **DÜNKEL, FRIEDER.** *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional*, cit., pp. 59 y 70.

40. Véase el informe del Prof. **ORTELLS RAMOS, MANUEL**, *La conciliación en el sistema penal*, Valencia, España, 1997; **SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA**. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. (Del presente francés al futuro español)*, cit., pp. 235 ss.; **GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER**. *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, cit., pp. 193 ss., y **RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS**. *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1997.



su oposición (art. 16.3 de la Ley de la Justicia de Menores citada).

Hay muchos proyectos dirigidos a adoptar la conciliación en los sistemas penales latinoamericanos. En **Uruguay**<sup>41</sup> el Poder Ejecutivo envió al parlamento un proyecto para modificar la legislación procesal penal, que mantiene el sistema mixto con algunas importantes modificaciones. A este momento (1998) ya ha sido aprobado por el Senado y por la Comisión respectiva en la Cámara de Diputados. En él se prevé la posibilidad de que el Ministerio Público renuncie al ejercicio de la acción penal en ilícitos penales de escasa entidad, sin violencia en las personas y se produzca la satisfactoria indemnización de la víctima, lo cual puede provenir de una conciliación. Se prevé, además, que en la audiencia el tribunal habilite el ingreso de la víctima con patrocinio letrado, a fin de oírlos y tentar medios que posibiliten su satisfacción.

Según nos refiere el Dr. Simón, existen además otros proyectos. Uno de ellos fue propiciado por la Corte Suprema de Justicia y apoyado por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, de corte acusatorio, el cual establece de una forma amplia la conciliación, que puede ser propiciada por cualquiera de las partes en cualquier etapa del proceso (art. 11 de ese proyecto).

En **Panamá**, por ejemplo, en uso de sus facultades constitucionales el Procurador General de la Nación presentó, en 1995, un proyecto de ley para modificar, entre otros, el artículo 1977 del "Código Judicial", conforme al cual los agentes del Ministerio Público podrán abstenerse de ejercer la acción penal, entre otras razones, "...cuando el delito carezca de significación social y estén satisfechos los intereses del afectado..."<sup>42</sup> La propuesta recoge el criterio de oportunidad y en ese supuesto lo condiciona a que esté resarcida la víctima del delito, como lo regulan hoy Guatemala y Perú, según observamos más adelante (*infra* N° 6).

## 5. La conciliación como mecanismo directo para extinguir la acción penal en delitos de persecución pública.

De acuerdo con las experiencias que nos ofrece el Derecho Comparado, existen dos clases de mediación penal. Una ha sido el movimiento de "diversión", nacido en Canadá y Estados Unidos, cuyo objetivo principal ha sido la búsqueda y el favorecimiento de soluciones informales a los litigios, externas al proceso judicial convencional, a través de un procedimiento de mediación que conduce a la reparación de los daños ocasionados a la víctima; y el otro denominado "mediación comunitaria", que se asienta en la comunidad social y trata los conflictos emanados de esta como conflictos de las relaciones sociales, sin distinguir su índole penal o civil y que ha tenido un importante desarrollo tanto en Estados Unidos como en Francia, con proyectos como el de "Community Board" de San Francisco, o el de "Boutique de droit" en Lyon.<sup>43</sup>

Los cinco países de la región, a la vanguardia en la admisibilidad de la conciliación entre víctimas y acusados, como una forma directa e inmediata de solucionar el conflicto penal, son Colombia, Costa Rica, El Salvador, Venezuela y Brasil.

En **Colombia**,<sup>44</sup> mediante una reforma introducida al artículo 38 del Código Procesal Penal (mediante Ley N° 81 del 2 de noviembre de 1993) se admite la conciliación en delitos perseguibles de oficio, dentro de la justicia penal de adultos, aunque desde fecha anterior se admitía en los delitos perseguibles con querrela, los cuales son muy numerosos, como anotamos adelante.

En **Costa Rica**<sup>45</sup> también es admisible la conciliación como un mecanismo directo de extinción de la pretensión punitiva del Estado en delitos de acción pública y dentro de la justicia de adultos, la cual debe ser propiciada por el tribunal en los casos en que

41. Informe especialmente elaborado para este trabajo por el Dr. **LUIS MARÍA SIMÓN**. *La conciliación en el proceso penal*, Montevideo, 1997, pp. 9-10.

42. **MUÑOZ POPE, CARLOS ENRIQUE**. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1997, pp. 112-113.

43. En argumento **SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA**. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*. (Del presente francés al futuro español). Ed. Departamento de Justicia Gobierno Vasco, 1997, pp. 58 ss.

44. Seguimos el informe elaborado por **FLÓREZ GACHARNA, JORGE**. *La justicia penal consensual en Colombia*. Bogotá, 1997.

45. Sobre la conciliación en Costa Rica véanse **CHAVES RAMÍREZ, ALFONSO**. *La conciliación*, en "Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", Colegio de Abogados, Asociación de Ciencias Penales, 2ª edición, San José, 1997, pp. 163 ss.; e **ISSA EL KHOURY JACOB, Henry**. *A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales*, cit.

procede (art. 36 Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996).

En la experiencia costarricense debe mencionarse, además, que se encuentra prevista como una causal de extinción de la acción penal, distinta a la conciliación, la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso (art. 30.j C.P.P. de 1996).

En **El Salvador** el nuevo Código Procesal Penal<sup>46</sup> contempla en forma directa la conciliación entre víctima e imputado, como una causa extintiva de la acción penal en delitos de acción pública, que permite concluir con el proceso en forma alternativa tendiendo a la solución del conflicto más que a la búsqueda de un castigo para un presunto culpable (arts. 32 y 33 del Código Procesal Penal salvadoreño de 1996). Al igual que en Costa Rica, en El Salvador también se encuentra prevista la extinción de la acción penal cuando se produce la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial, siempre que, o admitan la víctima o la Fiscalía, según sea el caso (art. 31.11 ibídem).

En **Venezuela** el recientemente aprobado "*Código Orgánico Procesal Penal*"<sup>47</sup> admite "*los acuerdos reparatorios*" entre imputado y víctima en delitos de acción pública, como causa extintiva de la pretensión punitiva y esta parte del Código ya se encuentra en vigencia (arts. 34, 35, 36 y 503 nuevo Código Orgánico Procesal Penal de 1998). La normativa no utiliza el término "conciliación" y ello nos parece adecuado, pues aun cuando se tiende a conciliar a las partes en conflicto, lo cierto es que en el fondo lo que se produce es una pacificación o atenuación

del problema ante un acuerdo reparatorio que no necesariamente implica una verdadera conciliación entre víctima y agresor, a pesar de que la reparación no constituya una prestación de dinero.

**Brasil**<sup>48</sup> también admite en forma directa la "*transação penal*" conforme a la Constitución Federal de 1988, la cual señala en su artículo 98, inciso I), lo siguiente: "*juizados especiais para julgamento e execução de... infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau*". Esa disposición constitucional requería de una ley federal que definiera qué debía entenderse por infracciones de menor potencial ofensivo, en las que sería admisible la transacción penal. Es así como se promulga la Ley N° 9099 de 1995, que entra en vigencia el 26 de noviembre de ese mismo año y así la disposición constitucional pasó a ser efectiva.

La transacción brasileña permite al inculcado eximirse de la aplicación de una pena privativa de libertad, pero sustituirla por una pena de multa o privativa de derechos, por lo cual no constituye una forma directa de extinción de la acción penal, sin embargo, también requiere de la indemnización de los daños y perjuicios a la víctima, razón por la cual en la práctica opera como la conciliación directa a la que hacemos referencia.

Desgraciadamente la mayoría de los países que reconocen este instituto no llevan estadísticas para mostrar la mayor o menor incidencia en la justicia penal. Sin embargo, conforme lo señala el profesor Gomes Filho, en el caso brasileño su aplicación es muy frecuente, sin que sea exagerado afirmar que más del 90% de los casos permitidos por la ley se resuelven por medio de la "transacción". Agrega que ello refleja una clara aceptación

46. Decreto Ley N° 904 de 4 de diciembre de 1996, P.D.O. N° 11, T.N. N° 334 de 20 de enero de 1997, en vigencia desde abril de 1998.

47. Aprobado y publicado en La Gaceta Oficial N° 5208 del 23 de enero de 1998, y que entrará en vigencia totalmente el 1° de julio de 1999, conforme al artículo 501. Sin embargo, la vigencia de los acuerdos reparatorios regulados en el nuevo Código fue prevista para dentro de los sesenta días posteriores a la publicación, lo cual significa que a la fecha se encuentran vigentes, conforme a su artículo 503. Lo mismo se dispone para "el procedimiento por la admisión de hechos".

48. Nos sustentamos en el informe del profesor **ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO**. *A justiça penal consensual no Brasil*, São Paulo, 1997; así como en la obra de **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDEZ Y LUIS FLÁVIO GOMES**. *Juizados especiais criminais*. Comentários á Lei 9.099, de 26-09-1995. 2ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 1997, la cual contiene amplios comentarios a la legislación que admitió en Brasil la "transacción penal" con muy buen suceso. También consultamos **PELLEGRINI GRINOVER, ADA**, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2ª edición, 1990, pp. 175 ss.; **ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO**, *Juizados especiais criminais (anotações resumidas sobre a Lei N° 9.099, de 26 de setembro de 1995)*, en "Revista do Advogado", Associação dos Advogados de São Paulo, Brasil, N° 50, agosto 1997, pp. 47 ss.; y **LUIS FLÁVIO GOMES**, *Primeiros acórdãos dos Trinunais Superiores em relação a lei dos Juizados Especiais Criminais*, en ídem, pp. 71 ss.

de las nuevas posibilidades de solución de los litigios penales por la sociedad en general, aunque reconoce que al principio hubo un poco de resistencia, en especial por los abogados, pero la celeridad con que se resuelven los casos de menor relevancia ha propiciado un ambiente favorable y además ha facilitado la tramitación de los procesos por delitos más graves.

#### 6. La conciliación como presupuesto para aplicar criterios de oportunidad.

Dentro de la segunda categoría de países, según la clasificación hecha (*supra* N° 2), están aquellos que admiten la conciliación como un requisito para aplicar un criterio de oportunidad. Tal es el caso de Guatemala y Perú.

En **Guatemala**<sup>49</sup> hasta hace muy poco no se encontraba prevista la conciliación como un mecanismo directo para extinguir la acción penal pública, pero una reforma reciente que adiciona los artículos 25 bis, 25 ter y 25 quáter y modifica el artículo 477, todos del Código Procesal Penal, establece mayores y más claras posibilidades.<sup>50</sup>

Guatemala admite la posibilidad de finalizar el conflicto penal por vías distintas a las tradicionales, como ocurre, por ejemplo, con los criterios de oportunidad, la conversión de la acción penal pública en privada, la suspensión condicional de la persecución penal y el procedimiento abreviado (arts. 25, 26, 27 y 464 del Código Procesal Penal). Uno de los presupuestos requeridos para la aplicación del criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal, es la reparación del daño causado o la existencia de un acuerdo entre el imputado y la víctima, a lo cual se llega mediante la conciliación.

Tratándose del criterio de oportunidad, el artículo 25 ter guatemalteco expresamente hace referencia al procedimiento de conciliación, como un presupuesto necesario. En tal sentido señala esa norma que *"...el juez debe obrar en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo*

*entre las partes... En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así se hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias..."* Se trata de una fórmula que liga la aplicación del criterio de oportunidad con la conciliación, que comienza a adquirir todo un verdadero significado en la experiencia guatemalteca.

De acuerdo con el profesor Aguirre Godoy, en Guatemala, desde antes de la reforma, la conciliación se utiliza con frecuencia, pero los casos generalmente quedan inconclusos porque no se cumple con requerir la decisión judicial correspondiente. Agrega el doctor Aguirre que por lo general la ciudadanía no acepta la conciliación, porque al no haberse tomado conciencia aún de la necesidad de racionalizar el empleo de la persecución penal ordinaria, se le vincula con la impunidad.

Una situación similar a la guatemalteca ocurre en **Perú**, cuya legislación también admite la conciliación pero como mecanismo directamente relacionado con el principio de oportunidad. En este país se encuentra en *vacatio legis* un nuevo Código Procesal Penal (aprobado en marzo de 1995 para sustituir el C.P.P. de 1940), pero algunas de sus disposiciones se encuentran en vigencia (según lo autoriza la Décima Disposición Transitoria). Una de las normas vigentes autoriza el criterio de oportunidad (previsto en el artículo 2 del nuevo C.P.P.), siempre que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista acuerdo con el agraviado en este sentido.

#### 7. La reparación del daño como presupuesto de la suspensión del proceso a prueba.

En los países que admiten la suspensión condicional del proceso, o proceso a prueba, se establece como requisito indispensable que el agresor repare los daños ocasionados a la víctima. Tal es el caso de Portugal, Brasil, Costa Rica, El Salvador y Venezuela.

En **Portugal**<sup>51</sup> es admisible la suspensión provisoria del proceso penal, frente a casos por delito sancionado

49. Basado en el informe preparado especialmente para este trabajo del Dr. AGUIRRE GODOY, MARIO. "La conciliación en el sistema penal guatemalteco", Guatemala, 1997; así como en la legislación penal de ese país que tuvimos a mano.

50. Reformas introducidas al Código Procesal Penal de 1992 mediante Decreto N° 79-97 publicado en el Diario Oficial del 10 de octubre de 1997.

51. Seguimos el informe elaborado por VIEIRA DA SILVA, FERNÃO. O consenso no âmbito do Sistema Penal Português, Lisboa, 1997.

con pena no superior a tres años de prisión, o con multa, siempre que el imputado sea primario y responda a una serie de condiciones que se le imponen para suspender el procedimiento, dentro de las cuales se encuentra necesariamente la indemnización del afectado, así como el darle satisfacción moral adecuada, lo que equivale a fórmulas que buscan la conciliación entre imputados y ofendidos (artículo 281 Código do Processo Penal, decreto-lei Nº 78-87 del 17 de diciembre de 1987).

Esta fórmula a provocado algunas críticas en la experiencia portuguesa, según nos refiere el doctor Vieira da Silva, al estimarse que la discrecionalidad de la suspensión del proceso introduce una "impunidad selectiva", haciendo aparecer dos tipos de condenas y de condenados, los verdaderos y propios condenados por el juez, con todas las garantías y publicidad y los condenados por el Ministerio Público, por medio de estos pactos. Sin embargo, se trata de posiciones rígidas que estiman como un dogma intocable y absoluto, todavía, el principio de legalidad, frente a otros presupuestos básicos que también encuentran tutela constitucional.<sup>52</sup>

En **Brasil** también, conforme a la Ley 9099 del 26 de setiembre de 1995, es aplicable la suspensión del proceso a prueba para los delitos cuya pena mínima sea igual o inferior a un año de privación de libertad. En estos casos el proceso se inicia, pero se puede suspender si el acusado se somete a determinadas condiciones, entre las cuales se encuentra la obligación de indemnizar el daño sufrido por la víctima. En tal caso, el proceso se suspende por un plazo de dos a cuatro años, transcurridos los cuales se extingue la pretensión punitiva siempre que el imputado haya cumplido las condiciones.

La legislación penal de **Costa Rica** también adopta la figura de la suspensión del proceso a prueba en todos aquellos casos en que es admisible la suspensión condicional de la pena, siempre que exista un plan para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir. En ese supuesto el plan puede consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos (arts. 25 a 29 del Código Procesal Penal de 1996). El plazo de prueba va de 2 a 5 años y la legislación prevé taxativamente las posibles condiciones a las cuales puede someterse el imputado, agregándose que "solo a

*proposición del imputado, el tribunal podrá imponer otras reglas de conducta análogas cuando estime que resultan razonables"* (art. 26, in fine C.P.P. de Costa Rica).

La nueva legislación procesal penal de **El Salvador** prevé la suspensión condicional del procedimiento para los casos en que es admisible la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre que el imputado haya reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima (arts. 22, 23, 24 C.P.P. de 1996 de El Salvador).

También el nuevo Código Orgánico Procesal Penal de **Venezuela** admite la suspensión condicional del proceso para los casos en que el delito admita la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero no se exige en forma directa que se haya indemnizado a la víctima, sino solamente existe el deber de escucharla antes de aprobar la medida (arts. 37 a 42 C.O.P.P. de 1998). Habrá que esperar algún tiempo para observar la práctica jurisprudencial, pues los jueces podrían tomar en consideración ese aspecto para acordar la suspensión.

## 8. Delitos en los cuales es admisible la conciliación.

El artículo 38 del C.P.P. de **Colombia** (modificado en 1993) señala que "*En los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los arts. 330 y 350 del C.P. y en los procesos por delito contra el patrimonio económico cuando la cuantía no excede de 200 salarios mínimos legales mensuales (U\$ 3.700), excepto el hurto calificado y la extorsión, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado...*"

Esa misma norma agrega que no es admisible la conciliación como causa extintiva de la pretensión punitiva si el sujeto, a cuyo favor se haya decretado, ha recibido un beneficio igual en los cinco años anteriores, imponiendo una limitación clara con el fin de que no se llegue a utilizar como un mecanismo de impunidad en los casos de delincuencia reiterada.

En consecuencia, de acuerdo con el Código Procesal Penal colombiano la conciliación es admisible en los delitos dolosos contra el patrimonio, siempre que la cuantía no

52. Informe citado del Dr. Vieira Da Silva, p. 20.

exceda de 200 salarios mínimos (U\$ 34.000) y que no se haya utilizado violencia, tales como el hurto simple; el hurto agravado; alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado; estafa; abuso de circunstancias de inferioridad; alzamientos de bienes; disposición de bien gravado con prenda (arts. 349, 351, 354, 356, 360, 362 y 364 C.P. colombiano). También son conciliables los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, siempre que el imputado no se encontrare al momento del hecho bajo los efectos del licor o alguna droga, o que hubiere abandonado sin justa causa el lugar del accidente.

En **Brasil** la "transacción penal" es posible aplicarla en las contravenciones y en los delitos (crimes) que no sean sancionados con pena privativa de libertad mayor de un año (art. 61 lei 9099 de 1995).

Sin embargo, para que sea admisible esa posibilidad en la experiencia brasileña se requiere que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito (crime) a pena privativa de libertad, no haber sido beneficiado anteriormente con otra "transacción" en el plazo de cinco años y, además, que conforme a los antecedentes y la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias del hecho, hagan necesaria y suficiente la adopción de esa medida.

En **Costa Rica** la conciliación es admisible en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada y en los delitos de acción pública que admitan la suspensión condicional de la pena (artículo 36 del Código Procesal Penal de 1996).

La suspensión condicional de la pena es posible aplicarla a primarios sancionados con pena de prisión no mayor de tres años (arts. 59 y 60 Código Penal de Costa Rica). Lo anterior ha permitido aceptar la conciliación en aquellos casos en que la pena mínima del delito imputado admita la posibilidad de la suspensión, es decir, cuando sea de tres o menos años de prisión. En esta categoría ingresan una amplia gama de hechos delictivos con penas cuyo extremo mayor llega a los 10 años de prisión.

Deben agregarse también los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas y los delitos culposos, en los cuales la reparación integral del daño por haberlo acordado así como la víctima, constituye una causal de extinción de la acción penal (sic) (art. 30, inciso j), C.P.P. de Costa Rica de 1996).

En **El Salvador** la conciliación es admisible en los delitos de contenido patrimonial, en el homicidio culposo, en las lesiones, en los delitos de acción pública previa instancia particular, en los delitos sancionados con penas

no privativas de libertad y en los delitos menos graves (art. 32 C.P.P. de El Salvador de 1996).

En **Venezuela** los acuerdos reparatorios son admisibles frente a delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos (art. 34 Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 1998).

En **Guatemala** el criterio de oportunidad (recordemos que este se encuentra condicionado a una conciliación entre las partes sobre las indemnizaciones correspondientes) es admitido en delitos de bagatela, de mínima culpabilidad, cuando el inculpado resulte afectado por las consecuencias de un delito culposo, cuando los cómplices o encubridores brinden declaración eficaz contra los respectivos autores; y la suspensión condicional de la persecución penal es admisible cuando la pena no sea superior a tres años, el imputado sea primario y no revele peligrosidad, siempre que se repare el daño causado o se asuma la obligación de repararlo.

También en **Perú** el criterio de oportunidad —que está condicionado a que se indemnice a la víctima— puede ejercitarlo el fiscal cuando el agente haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito, siempre que no sea reprimido con pena superior a cuatro años de prisión, o cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo que la pena sea superior a dos años de prisión o los cometa un funcionario público.

## 9. Oportunidad para solicitar la conciliación

En **Colombia** las partes están facultadas para solicitar la conciliación en la etapa de instrucción, en la etapa de juicio, en la segunda instancia e incluso en casación.

Ello lo justifican indicando que al dictarse la resolución de apertura de la investigación podría no ser claro que el caso admitiría la conciliación, sino que ello surja con posterioridad ante una posible recalificación jurídica de los hechos, máxime que en la experiencia colombiana ello puede depender del monto de los daños en los delitos patrimoniales o de la cantidad de días de incapacidad en las lesiones.

Desde luego, por lo general, ello ocurre durante la instrucción, pues el funcionario encargado (el fiscal) está obligado a convocar a una audiencia de conciliación.

En **Costa Rica** la reparación integral del daño como causa extintiva de la acción, en delitos de carácter patrimonial sin grave violencia sobre las personas y en delitos

culposos, puede invocarse en cualquier momento antes del juicio oral (art. 30 j, C.P.P. de 1996). Sin embargo, no está previsto un momento procesal en el que precluya la posibilidad de invocar la conciliación en sentido estricto, como causa extintiva de la acción penal. El nuevo Código Procesal establece que cuando la conciliación sea procedente, debe convocarse a la víctima de domicilio conocido a la audiencia preliminar en el procedimiento intermedio, con el fin de intentar que las partes se concilien, pero no establece un determinado momento procesal a partir del cual no pueda convocarse de nuevo la conciliación (art. 318 C.P.P. de 1996).

En **El Salvador** la conciliación *procede "en cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública..."* (art. 32 C.P.P. de El Salvador de 1996), lo cual amplía la posibilidad de solicitar la conciliación prácticamente durante todo el proceso y antes del dictado de la sentencia, puesto que ella se dicta luego de clausurada la vista pública (debate o juicio).

En **Venezuela** los acuerdos reparatorios pueden adoptarse especialmente en la etapa preparatoria e intermedia, conforme al nuevo proceso, pero también en cualquier otro momento anterior al dictado de la sentencia definitiva si resulta aplicable el procedimiento previsto en el viejo Código Procesal (arts. 34, 333, inciso 5) y 504 del Código Orgánico del Proceso Penal de 1998).

#### 10. Ante quién se realiza la conciliación.

En la experiencia **colombiana** al aceptarse que la conciliación pueda producirse en las diferentes etapas del proceso, entonces se lleva a cabo ante el funcionario responsable del procedimiento, pero por lo general la conciliación se produce en la fase de instrucción, frente al fiscal, quien debe encargarse de convocar a la audiencia respectiva para controlar el procedimiento seguido.

Con posterioridad, en Colombia se admitió la conciliación también en materia contravencional (Ley N° 228 de 1995) a realizar no solo frente a los jueces municipales, sino también ante los centros de conciliación o conciliadores en equidad.

Sin embargo, el artículo 6 de la Ley N° 81 de 1993 (ley que modificó el C.P.P. y admitió la conciliación en delitos de acción pública) señala que la audiencia de conciliación

no debe ser convocada cuando el perjudicado manifieste haber sido indemnizado o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar, pero el funcionario judicial debe verificar que tales manifestaciones sean producto de una voluntad libre.

Esta opción ha permitido, entonces, que la conciliación se verifique en otros lugares distintos a las oficinas judiciales y cuando se logre un acuerdo este se plasma por escrito y se lleva ante el funcionario respectivo para que disponga la clausura del proceso. Lo anterior permite concluir que el proceso de conciliación se verifica en muchos casos ante amigables componedores, árbitros de hecho, oficinas de abogados, familiares de los involucrados, etc., pero que el funcionario judicial debe luego verificar que se llegó al acuerdo en forma libre y voluntaria, sin violencia, intimidación o engaño, como un requisito previo para expedir la resolución que corresponda.

En la experiencia colombiana, nos señala el doctor Flórez Gacharna, "...se ha tenido conocimiento que en varias zonas del país, la delincuencia organizada amenaza a los perjudicados, cuando alguno de sus miembros es capturado, para obligarlos a que manifiesten haber sido indemnizados o reciban sumas inferiores al valor real de su indemnización, por lo cual es importante examinar la necesidad de conocer los motivos que llevan a los perjudicados a aceptar conciliaciones con indemnizaciones notoriamente insignificantes",<sup>53</sup> situación que debe ponernos en alerta pues en todos los países del área podría ocurrir lo mismo, lo que equivaldría a continuar victimizando aún más y de nuevo a los perjudicados con el delito y las razones que estuvieron a la base para adoptar la conciliación como un mecanismo alternativo de justicia y de pacificación no tendrían ningún sentido.

En **Brasil** el procedimiento para la "transação penal" debe realizarse siempre frente al juez, quien debe homologar los acuerdos adoptados por las partes, sin el cual no tendrían eficacia. Por disposición de la Ley (N° 9099 de 26 de setiembre de 1995) esa diligencia está a cargo de juzgados especiales, competentes para conocer de la conciliación, así como para el juzgamiento de esas infracciones en las cuales es admisible tal posibilidad. Sin embargo, todavía en algunos estados de la federación brasileña ese juzgamiento le corresponde a los tribunales comunes de justicia penal. La ley precisa que los juzgados especiales estarán formados por jueces togados y legos,

53. Informe antes referido, pag. 10.

auxiliados por conciliadores, sin embargo, el profesor Gomes Filho nos manifiesta que existe cierta resistencia al ejercicio de esas funciones por jueces legos.

En ese contexto en Brasil es el juez quien controla los posibles excesos de las partes, pero en todo caso las posibilidades de desviarse de los objetivos es poco probable en ese país, porque la ley fija los límites de la transacción, además de que el imputado debe ser asistido por abogado, cuya concordancia es esencial para que el juez llegue a homologar los acuerdos.

La ley brasileña también prevé la posibilidad de que el juez sea asistido por conciliadores, debiendo preferir a los bachilleres en leyes. Desde luego el Ministerio Público asume un papel protagónico, en virtud de corresponderle el ejercicio exclusivo de la acción penal (art. 129, I, de la Constitución Federal), también formula y hace una propuesta concreta de transacción al autor del hecho y a su abogado.

En **Venezuela** corresponde al Juez aprobar los acuerdos reparatorios entre víctimas e imputados *"verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos"*, es decir, trasladándole una concreta responsabilidad no solamente sobre el contenido de los acuerdos sino también respecto del procedimiento utilizado para llegar a ellos (arts. 34 y 504 del Código Orgánico del Proceso Penal de Venezuela de 1998).

En **Costa Rica**, la conciliación debe producirse frente al juez, o al menos con ocasión de su intervención, pues se requiere que este homologue los acuerdos y en especial no la apruebe *"...cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no están en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza"* (art. 36 C.P.P. de 1996). Desde luego todo el proceso de negociación puede ser conducido directamente por el juez, o bien puede recurrirse a otros sujetos facilitadores. Dispone la norma últimamente referida que *"para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor"*.

A nivel experimental funcionan en el país algunos centros especializados en la solución alternativa de conflictos, pero ninguno de ellos se ha dedicado en forma particular a la materia penal, sino a otras áreas como familia, laboral, civil, etc.

Debemos mencionar además, que en la experiencia costarricense recientemente se aprobó una nueva legislación que exige crear órganos permanentes para tales propósitos. Se trata de la *"Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social"*,<sup>54</sup> la cual dispone que *"en cualquier etapa del proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o un juez conciliador. La Corte Suprema de Justicia designará a los jueces conciliadores, que requiera el servicio y les determinará las facultades y responsabilidades"* (art. 6). Estos nuevos funcionarios deberán actuar en todas las materias, conforme lo dispone esa ley especial, con las limitaciones propias señaladas en las legislaciones respectivas.

En **El Salvador** no se indica en forma expresa ante quién, pero corresponde a la víctima comunicar el acuerdo al tribunal, en forma personal, debiendo el juez levantar un acta donde se determinen las obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento (art. 32, in fine, C.P.P. de 1996 de El Salvador).

En **Guatemala** corresponde al juez pronunciarse sobre la solicitud que formula el Ministerio Público para aplicar el criterio de oportunidad o para suspender la persecución penal y de acuerdo con las modificaciones señaladas le corresponde también controlar los posibles excesos de una parte sobre otra, o la debilidad de una de ellas durante el proceso de negociación, aspectos que antes realizaba el Ministerio Público.

En Guatemala no existen oficinas públicas o privadas que se dediquen a facilitar o promover la conciliación en asuntos penales de acuerdo con el informe del Dr. Aguirre, sin embargo, ya en el artículo 477 del Código Procesal Penal (recientemente modificado) se hace referencia a que *"previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación..."*

54. Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 9 del 14 de enero de 1998. Véanse los comentarios del profesor **ANTILLÓN MONTEALEGRE, WÁLTER. Jurisdicción y Resolución Alternativa de Conflictos**, en *"Justicia Alternativa en Costa Rica: de la justicia tradicional a la justicia necesaria"*, cit., pp. 31 ss.

## 11. Quiénes intervienen en el proceso de conciliación.

Deben intervenir necesariamente el agresor y la víctima, pues son los protagonistas del conflicto.

Sin embargo, para los casos en que la conciliación debe realizarse frente a un juez, es necesario determinar los alcances de la intervención del Ministerio Público, así como la posibilidad de incidir con eficacia en la negociación y finalmente en la aprobación o el rechazo de los acuerdos adoptados por las partes.

Es evidente la necesidad de hacer partícipes en la conciliación a todos los sujetos del proceso, aunque desde luego no todos tendrán la posibilidad de hacer sus opiniones vinculantes. Tal es el caso del actor civil, del demandado civil, del querellante particular y de cualquier otro que se haya constituido como parte.<sup>55</sup>

Respecto del demandado civil, recordemos que en algunos casos es el garante de las acciones desplegadas por el imputado y que el proceso de conciliación podría provocarle consecuencias. Esto es más evidente cuando se trata de empresas que deben responder con su patrimonio de las conductas ilícitas desplegadas por sus empleados o administradores, así como por las empresas de seguros, sobre todo en delitos de lesiones y homicidio ocurridos en la circulación de vehículos.

Incluso estimo de importancia la participación de otros sujetos, que ni siquiera figuren formalmente dentro del proceso penal, pero que de alguna manera estén involucrados en el conflicto o bien son parte del mismo, como ocurre con ciertos delitos que afectan bienes generales o difusos, o bien que alteran la tranquilidad de un determinado grupo de vecinos, con el fin de escuchar sus opiniones sobre lo que podría ser una solución negociada y de las consecuencias jurisdiccionales de ella. Esto resulta particularmente de mucho interés, porque recordemos que se trata de buscar una verdadera solución al conflicto humano que está en la base del hecho denunciado como delito y no una "solución formal" de un expediente o de un caso más.

También debe destacarse la intervención del fiscal o representante del Ministerio Público. Es cierto que se propicia una conciliación entre la víctima y el imputado,

pero desde luego que son y deben ser totalmente atendibles las intervenciones y observaciones que formule el fiscal, puesto que su deber será velar porque no se afecten los intereses de ninguno de los sujetos y en especial los de la víctima.

Los criterios de todos estos otros sujetos distintos al imputado y a la víctima (fiscal, defensor, demandado civil, otros ciudadanos involucrados en el conflicto pero no en el proceso penal, etc.), aun cuando su opinión no debe ser vinculante para el juez, ni puedan convertirse en un sensor con poder de veto, lo cierto es que podrían suministrar una información muy valiosa que el juez deberá tomar en consideración para aprobar u homologar los acuerdos entre la víctima y el imputado, así como para controlar que en efecto la solución propuesta venga a contribuir a reafirmar la paz social y no se trata simplemente de una causa menos en el tribunal.

En la experiencia costarricense ya hemos tenido conocimiento de jueces que se han negado a permitir la intervención del Ministerio Público en la conciliación, porque la ley señala que esta se produce entre el imputado y la víctima. Se trata de una visión muy estrecha y reducida de la norma que autoriza concluir el proceso por esa vía. Desde luego que debe escucharse y permitirse la intervención en todo el proceso de negociación, al Ministerio Público, puesto que es el principal actor penal, encargado del ejercicio de la acción, ya que la víctima es solo coadyuvante (y solo por excepción se convierte en acusador exclusivo), de modo que al fiscal también le compete intervenir en lo que pueda ocasionar una causa de extinción de la acción penal.

## 12. La conciliación frente a delitos que afecten intereses colectivos.

De acuerdo con el doctor Flórez Gacharna, en la experiencia **colombiana** no es admisible la conciliación frente a delitos que afecten intereses colectivos o difusos, porque ni el actor popular ni el Ministerio Público adquieren legitimación ni titularidad para negociar la posible indemnización, ni para solicitar la audiencia de conciliación, por tratarse de bienes colectivos. El artículo 43 del C.P.P. colombiano faculta al actor popular y al Ministerio Público para que en defensa de esos intereses colectivos y populares intenten las pretensiones indemnizatorias que se puedan, pero no les otorga la posibilidad de conciliar. Lo mismo podemos señalar para el **Perú**.

55. CHAVES RAMÍREZ, ALFONSO. *La conciliación*, cit., pp. 178 ss.



En la práctica **costarricense**, sin embargo, sí resulta admisible que se pueda producir la conciliación incluso frente a delitos “sin víctima” individualizada, es decir, frente a aquellos que lesionan intereses colectivos o difusos. Lo anterior por cuanto la legislación procesal otorga la categoría de víctima, para todos los efectos legales, incluyendo desde luego los derechos a la conciliación, “a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses” (artículo 70 del Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996). También es posible que el Ministerio Público asuma una especie de representación en ese sentido, cuando el imputado quiere realizar una reparación integral del daño social causado, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, al disponerse “...siempre que la víctima o el **Ministerio Público lo admitan, según el caso...**” (inciso j), art. 30 *ibidem*), esto es, al exigirse plena conformidad de la víctima, tratándose de un delito que le afecte, o del Ministerio Público en los demás casos.

Idéntica situación podemos individualizar en **El Salvador**, porque en la nueva legislación procesal penal se consideran víctimas “a las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses” (art. 12.4 del C.P.P. de El Salvador de 1996) y también se dispone que en delitos de contenido patrimonial se extingue la acción por la reparación integral del daño “...siempre que lo admitan la víctima o la **Fiscalía General de la República, según sea el caso...**” (art. 32.11 *ibidem*).

Conforme al nuevo Código Orgánico Procesal Penal de **Venezuela**, también se plantea la misma situación, al disponerse que se consideran víctimas “las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses...” (art. 116.4 C.O.P.P. de Venezuela de 1998).

Según se nos refiere en la experiencia europea “la conciliación delincuente-víctima no está limitada a delitos con víctimas individuales. También los delitos frente a la comunidad (p. ej. delitos ecológicos o de daños materiales) son accesibles a las prestaciones de reparación, inclusive el trabajo de utilidad pública. Tampoco pueden excluirse por principio los delitos con varias víctimas, aun cuando en este caso el proceso puede resultar a veces laborioso y difícil”.<sup>56</sup>

### 13. La diligencia de conciliación.

En **Colombia**, no sin críticas, es obligatorio concurrir a la audiencia de conciliación, pues la incomparecencia produce consecuencias desfavorables. Ello se debe a que el artículo 162 del Código Procesal Penal señala que es obligatorio comparecer ante el funcionario judicial que lo requiera cuando la persona sea citada para la práctica de diligencias y el 184 *ibidem* establece que quien se sustraiga al cumplimiento de una obligación impuesta en resolución judicial incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa de \$1.000 a \$100.000. Lo normal es que si la convocatoria es obligada, la inasistencia de una de las partes simplemente implique que no desea ningún tipo de conciliación, sin que ello le ocasione otras consecuencias adicionales.

En **Brasil** la “transacción” se realiza en una audiencia preliminar pública, de acuerdo con el principio de publicidad de los actos judiciales, consagrado en la Constitución Federal, pero no requiere de mayores formalidades, ni se registran las manifestaciones de las partes.

En **Guatemala** el proceso de conciliación no es secreto, pero las manifestaciones del imputado durante el proceso conciliatorio no pueden introducirse al debate pues no constituye una declaración formal (art. 87 C.P.P. guatemalteco), sin embargo, señala el doctor Aguirre que “lo anterior no excluye que la parte interesada pudiera solicitar su lectura en el curso del debate y su ratificación por parte del propio imputado”. El cumplimiento de los acuerdos solo puede exigirse por la vía civil, sin incidencia alguna en el proceso penal.

En **Costa Rica** la conciliación puede producirse en el curso de la investigación preparatoria o en la audiencia preliminar del procedimiento intermedio. En cualquier caso, solicitada la conciliación debe procederse a pedir la homologación al juez de la Etapa Intermedia, quien la aprobará de inmediato salvo que estime conveniente examinar más a fondo la situación, convocando a una audiencia oral privada para verificar que las partes hayan aceptado voluntariamente los términos del arreglo, o que no hayan afectado los intereses de alguno de los sujetos, o existan otros aspectos no contemplados en la negociación que deban ser atendidos, o que no se hayan escuchado a todos los sujetos involucrados en el conflicto.

56. DÜNKEL, FRIEDER. *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional, cit., p. 71.*

En la experiencia costarricense, cuando la conciliación es admisible según los requisitos establecidos en la ley y las partes no la han solicitado, el Tribunal debe proponerlo de oficio, procurando que las partes logren alcanzar un acuerdo satisfactorio (arts. 36 y 318 *ibidem*).

En **El Salvador**, conforme señalábamos antes, corresponde a la propia víctima comunicar los acuerdos de conciliación al tribunal, para que el juez levante un acta donde se hagan constar las obligaciones pactadas y el plazo para cumplirlas. Si las obligaciones no son cumplidas, el procedimiento continuará como si no se hubieren conciliado las partes (arts. 32 y 33 C.P.P. de El Salvador de 1996).

En **Perú** es admisible que el fiscal fije el monto de la indemnización cuando el agraviado no comparezca a la audiencia previa para la aplicación del criterio de oportunidad, e incluso puede determinar el plazo para que se realice el pago de la reparación civil a falta de acuerdo entre las partes, sin que pueda exceder de nueve meses (art. 2 C.P.P. de 1995, disposición en vigencia según transitorio décimo). Para paliar esta sustitución de voluntades, admite que la decisión del juez pueda ser impugnada.

#### 14. Plazo para cumplir los acuerdos.

Algunas legislaciones establecen la posibilidad de otorgar plazos para el efectivo cumplimiento de los acuerdos, suspendiéndose la declaratoria de la extinción de la acción penal. El plazo facilita la conciliación dándole mayor capacidad de negociar a los sujetos que no pueden cumplir las prestaciones de inmediato, sea por falta de recursos o porque el consentimiento de la víctima se condiciona al efectivo cumplimiento de los acuerdos.

Tal es el caso de la legislación de **Costa Rica** que señala que *"...la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal..."* (art. 36 C.P.P. de Costa Rica de 1996). Si se produce un incumplimiento de los acuerdos, el Código exige indagar si hay o no causa justificada. Si el imputado no cumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento continúa como si no se hubiere conciliado; pero si hay justa causa en el retardo, las partes pueden prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Vencido este último plazo, o en el evento de que la víctima no acepte prorrogar el plazo originalmente fijado, el proceso continuará su marcha aun cuando haya justa causa para no cumplir con los acuerdos pactados (art. 36 *ibidem*).

También el Código Procesal Penal de **El Salvador** admite que para el cumplimiento de los acuerdos las partes pueden fijar un plazo, sin precisar un límite máximo y si el imputado no cumple las obligaciones impuestas sin justa causa, el procedimiento continúa como si no se hubiere conciliado (arts. 32 y 33 C.P.P. de El Salvador de 1996).

El nuevo Código Orgánico Procesal Penal de **Venezuela** con muy buen tino dispone que *"cuando la reparación ofrecida se haya de cumplir en plazos o dependa de hechos o conductas futuras, se suspenderá el proceso hasta la reparación efectiva o el cumplimiento total de la obligación..."* (art. 35 C.O.P.P. de 1998), agregando que dicho plazo no puede ser superior a seis meses y que de no cumplirse el acuerdo en ese tiempo el proceso debe continuar. Finalmente en este país también se resuelve un problema que podría generar algunas discusiones futuras en caso de reanudación de procesos, al disponerse en forma clara que *"en caso de incumplimiento que dé lugar a la reanudación del proceso, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos"* (art. 36 *ibidem*).

#### 15. Otros mecanismos consensuales o alternativos para resolver el conflicto penal.

##### a) La conciliación en delitos de acción privada

Tradicionalmente la conciliación ha sido admisible en los delitos perseguibles con querrela de la víctima para delitos de acción privada. Así ocurre, por ejemplo, en **Guatemala** (art. 477 C.P.P.); en **Colombia** (arts. 33, 34, 38 y 39 C.P.P.); en **Perú** (306 C.P.P. de 1940); en **Paraguay** (art. 701 del Código Penal, actualizado por el art. 1 del Decreto Ley N° 14338-46); en **Brasil** (art. 520 del Código de Processo Penal); en **Uruguay** (art. 4 de la Ley 16.274 del 6 de julio de 1992); en **El Salvador** (art. 402 C.P.P. de 1996) y en **Costa Rica** (art. 385 C.P.P. de 1996).

Tradicionalmente se trata de los delitos de injurias, calumnias, difamación, incumplimiento de deberes alimentarios, entre otros; pero en **Colombia** encontramos una amplia categoría de delitos perseguibles con querrela: infidelidad de los deberes profesionales, usura, incesto, bigamia, matrimonio ilegal, alteración del estado civil, malversación de bienes, violación de comunicaciones, acceso carnal mediante engaño, injuria y calumnia, emisión ilegal de cheques, daños, usurpación de tierras, invasión de tierras o edificios, perturbación de la posesión de inmuebles, lesiones personales, inasistencia familiar, entre otros, ampliándose así las posibilidades de aplicar el instituto (arts. 175, 235, 260, 261, 262, 266, 288, 301, 302, 313, 314, 315, 319, 320, 370, 365, 366, 367, 368, 332 y 263 Código Penal de Colombia).

En **Brasil** deben mencionarse también las infracciones de menor potencial ofensivo (con penas menores de un año) en las cuales es posible evitar el proceso penal por medio de una conciliación con la víctima para la reparación del daño. Esa posibilidad está limitada a los delitos cuya persecución depende de la iniciativa de la víctima (acción penal privada) y en los casos de la instancia (*representação*), es decir, la autorización de la víctima para que se investigue un delito de acción pública ocurrido en su perjuicio. Cabe agregar que la Ley 9.099 de 26 de setiembre de 1995, que hemos citado, señala que es necesaria la instancia (*representação*) también en los delitos de lesiones corporales leves y las lesiones corporales culposas, las cuales constituyen infracciones de gran incidencia, ampliando así la posibilidad de la conciliación.

En **México**<sup>57</sup> también es admitida la conciliación para los delitos culposos y aquellos que se persiguen por querrela de la parte ofendida. Esta categoría está conformada por delitos que en otros países reciben el calificativo de ilícitos de acción privada, pero que en México son perseguidos también por el Ministerio Público previa querrela de la víctima.

Señala el artículo 165 bis de la legislación procesal penal del Estado de México (entidad federativa) lo siguiente: *“Previamente al ejercicio de la acción penal y tratándose de delito culposo o de los perseguibles por querrela, el agente del Ministerio Público concederá la garantía de audiencia y defensa a la persona inculpada, citándola para que declare en relación con los hechos y, de ser posible, procurará la conciliación con el querellante quien podrá estar asesorado, proponiendo fórmulas de solución para que, en su caso, puedan adoptar los convenios pertinentes a sus intereses que hagan posible la conformidad del agraviado, los cuales deberán quedar asentados en la averiguación, archivándose el asunto”*.

Es importante destacar, a diferencia de la mayoría de los países, que en México corresponde al Ministerio Público propiciar la conciliación en estos delitos perseguibles con la querrela del ofendido. Hubo incluso una época en la que

existieron las denominadas **“Agencias del Ministerio Público Conciliador”**,<sup>58</sup> que se dedicaban en forma exclusiva a lograr acuerdos entre las partes con el fin de conciliarlas, en los casos en que esa medida era admisible. Hoy ya no operan porque esa labor corresponde a las propias oficinas encargadas de ejercer la acción penal y practicar las investigaciones previas. Por tal razón la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (publicada en el Diario Oficial el 10 de mayo de 1996) establece *“en aquellos casos en que la ley lo permita, el Ministerio Público de la Federación propiciará conciliar los intereses en conflicto, proponiendo vías de solución que logren la aveniencia”* (art. 8.1.y), norma que reitera sintéticamente la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al señalar que les corresponde **“promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela”** (art. 3.IX).

#### b) El proceso abreviado

**Argentina**<sup>59</sup> receta el proceso abreviado, tanto en la legislación procesal de algunas provincias (como Córdoba, art. 415 y Buenos Aires, arts. 395 a 403), como en el Código Procesal Penal de la nación para la justicia federal (art. 431 bis). Conforme a este último procede el juicio abreviado para juzgar aquellos delitos en los que el Ministerio Fiscal estima suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena no privativa de libertad, siempre que el imputado manifieste su conformidad, aceptando los hechos, su participación y la calificación jurídica.

En **Perú** está vigente lo que el nuevo Código Procesal Penal de 1995 denomina “proceso de terminación anticipada” (arts. 444 y ss.), cuando el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo sobre la existencia del hecho, su calificación legal, la pena a imponer y las indemnizaciones correspondientes. Si bien la víctima no puede oponerse al acuerdo entre el fiscal y el imputado, su derecho resarcitorio debe quedar cubierto como condición indispensable para adoptar la medida, o al menos deben quedar establecidas las bases y los plazos para hacerlo.

57. Seguimos el informe del Dr. GONZALO ARMIENTA CALDERÓN. *Mecanismos de conciliación que operan en la impartición de la justicia penal y en general en los sistemas de negociación y solución de conflictos penales diferentes a la respuesta tradicional (pena tasada)*. México D.F., 1997.

58. Fueron establecidas por acuerdo número A/02/93 del 22 de marzo de 1993 del Procurador General de la República, publicado en el Boletín de esa institución del 6 de abril de 1993; y por acuerdo número A/08/94 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de febrero de 1994 (informe del Dr. Armienta Calderón).

59. Nos sustentamos en el trabajo del Prof. PEDRO J. BERTOLINO, *Para un encuadre del proceso penal abreviado*. También consultamos CAFFERATA NORES, José I. *Juicio Penal Abreviado*, en “Ciencias Penales” N° 11, julio de 1996, San José, pp. 3 ss.

En la experiencia **peruana** deben mencionarse también ciertos acuerdos entre el fiscal y el procesado, que no constituyen una conciliación en los términos en que lo tratamos aquí, pero se trata de una forma de conclusión del proceso de manera consensual y abreviada digna de tomar en cuenta. En efecto, la Ley 26.320 de 30 de mayo de 1994 autoriza la terminación anticipada del proceso en ciertos casos leves de tráfico de drogas, mediante un acuerdo entre el fiscal y el procesado, cuya legalidad controla el juez, cuando están conformes sobre la calificación jurídica de los hechos, la pena a imponer y la indemnización si correspondiere. En estos supuestos el juez debe convocar a las partes a una audiencia antes de concluir la instrucción, pero si la diligencia fracasa, *"...cualquier declaración hecha por el procesado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra..."* (inciso 7) del artículo 2, Ley 26.320 citada). Esta misma regla se reproduce en el nuevo Código Procesal Penal para el proceso de terminación anticipada (art. 446).

En **Portugal** opera una fórmula similar que permite atenuar la pena e incluso eximirse de la misma, cuando el inculcado colabora eficazmente con la policía descubriendo o previniendo futuros crímenes, aplicable en especial en delitos relacionados con el terrorismo y la delincuencia organizada (artículo 299 del Código Penal, aprobado por Decreto-Ley N° 48 del 15 de marzo de 1995).

También es admisible según el Código portugués el denominado "proceso sumarísimo" (arts. 392 a 397 del Código do Processo Penal de 1987) aplicable para delitos sancionados con prisión no mayor de seis meses o con multa. En estos casos, si el acusado acepta la solicitud de pena y la correspondiente indemnización civil se procede a dictar sentencia.

En **España**<sup>60</sup> rige desde 1850 una fórmula que podríamos calificar como una especie de juicio abreviado, regulada en la actualidad en los artículos 655, 688 a 700, así como en los artículos 789.5, 791.3, 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 50 de la Ley del Jurado, que se denomina la "**conformidad del acusado**", en aquellos casos en que el imputado manifiesta "su conformidad" con la acusación, cuando se hubiere solicitado la aplicación de penas correccionales, o tratándose de delitos castigados con penas privativas de libertad hasta de nueve años, casos en los cuales se abrevian los

procedimientos y se procede al dictado de la sentencia. Conforme lo señala el profesor Ortells Ramos, "...la conformidad no es un medio de tratamiento del ilícito penal distinto a la imposición de las penas previstas en el Código Penal y a través de un proceso. No es un acuerdo cuyos componentes den satisfacción, por vía distinta a la imposición de penas, a los intereses afectados por el ilícito penal, acuerdo cuya preparación o concertación excluya o suspenda la realización del proceso penal por los hechos correspondientes. Es simplemente, un procedimiento especial y más rápido de desarrollo del proceso penal, en el que tiene una incidencia más decisiva la voluntad de las partes".<sup>61</sup>

Algunos de los países que admiten en forma directa la conciliación entre víctimas y acusados, como causa extintiva de la acción penal en delitos de persecución pública, también establecen y admiten la institución del proceso abreviado, como ocurre, por ejemplo, en la legislación de **Venezuela** (arts. 373 y ss. Código Orgánico Procesal Penal de 1998 de Venezuela), **El Salvador** (arts. 379 y ss. C.P.P. salvadoreño) y la de **Costa Rica** (arts. 373 y ss. C.P.P. costarricense).

### c) El matrimonio entre agresor y víctima

En **Guatemala** es admisible el matrimonio del imputado con la ofendida como causa extintiva de la acción penal y de la pena en delitos de violación, estupro, abusos deshonestos y raptos, siempre que la ofendida fuere mayor de doce años y, en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público (art. 200 C.P. guatemalteco).

En **Perú** se admitía también esta posibilidad en forma genérica para todos los delitos de carácter sexual (art. 178 C.P. peruano), sin embargo, ante diversas manifestaciones de la opinión pública se promulgó recientemente la Ley 26.770 del 11 de abril de 1997, que eliminó la generalidad de esa opción del matrimonio, para impedirla en delitos graves y la mantiene solo para ciertos casos concretos.

En **Paraguay** también se admite como causa extintiva de la acción penal el matrimonio del acusado con la víctima en los delitos de violación, estupro, raptos de persona mayor de 15 años, corrupción de menores, si *"...la ofendida consiente libremente en contraer matrimonio con ellos,*

60. Seguimos el informe del Prof. ORTELLS RAMOS, MANUEL, *La conciliación en el sistema penal*, Valencia, España, 1997.

61. Informe citado, p. 15.

restituida al poder de sus padres o guardadores...” (art. 331 C.P. paraguayo).

En **Uruguay** se encuentra prevista la denominada “remisión por casamiento” (art. 20 del Código del Proceso Penal uruguayo), según la cual se extingue la pretensión punitiva “...por el casamiento del ofensor con la ofendida en los casos de los delitos de raptó, violación, atentado violento al pudor, corrupción y estupro”. Tal situación ha sido calificada por la doctrina como un caso de perdón.<sup>62</sup>

En Sinaloa, **México**, se admite como causa extintiva de la acción penal el matrimonio del agente con la ofendida en los delitos de estupro (art. 186 del Código Penal del Estado de Sinaloa).

En **Costa Rica** es admisible también el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida, cuando este es legalmente posible en los delitos contra la honestidad y no haya oposición de parte de los representantes legales de la menor y del Patronato Nacional de la Infancia (art. 92 Código Penal).

#### d) El perdón del ofendido

En **Guatemala** opera como causa extintiva de la acción penal y de la pena, el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, salvo tratándose de delitos cometidos en perjuicio de menores o incapacitados, en cuyo caso el tribunal podría rechazar la eficacia del perdón (arts. 101, 106, 151, 169, 233 y 235 C.P. guatemalteco).

En igual sentido en **España**, donde el perdón del ofendido extingue la acción penal en delitos de acción privada, salvo tratándose de menores o incapacitados, en cuyo caso el Ministerio Público puede oponerse al mismo y el juez decide en definitiva (art. 215.3 Código Penal español).

También debe mencionarse, en la experiencia española, el perdón que puede otorgar el ofendido en ciertos delitos perseguibles a instancia suya, cuando su denuncia constituye un requisito de procedibilidad. Tal es el caso, concretamente, de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; daños por imprudencia y de cuantía superior a diez millones de pesetas; y las faltas contra las personas y contra el

patrimonio (arts. 130.4, 201, 267, 620, 621 y 624 del Código Penal español).

**México** reconoce, como una forma extintiva de la acción penal, el perdón otorgado por el ofendido en los delitos perseguibles con querrela (art. 93 Código Penal Federal), así como también admite el perdón que puede otorgar el cónyuge en ciertos supuestos (art. 276 ibídem). En el Estado de Sinaloa se reconoce además el perdón de la ofendida de delito de estupro (art. 186 Código Penal del Estado de Sinaloa).

En **Costa Rica** y **El Salvador** es admisible lo que la legislación procesal penal denomina el “*desistimiento de la instancia privada*”, aplicable en delitos de acción pública pero perseguibles solo ante la instancia personal y directa del ofendido, en delitos tales como lesiones, lesiones culposas, hurto de uso, usurpaciones, daños, etc. (arts. 26 y 31.8 del C.P.P. salvadoreño y arts. 18 y 30.h del C.P.P. costarricense). En estos casos se requiere de una autorización expresa de la víctima para perseguir estos delitos taxativamente fijados en la ley, pero además el ofendido puede retirar la “instancia privada” en cualquier momento del proceso, lo cual viene a constituir una causa extintiva de la acción penal. Las razones para sustentar el retiro son muy amplias, pero desde luego debe indicarse en primer lugar la posible conciliación que se haya producido entre agresor y víctima.

En **El Salvador** se encuentra previsto en forma directa el perdón que pueden otorgar la víctima, sus herederos o representantes legales en delitos de acción privada, como causa extintiva de la acción (art. 405 C.P.P. de El Salvador de 1996).

En **Costa Rica** también es admisible una manifestación de voluntad del querellante en delitos de acción privada, como causa extintiva de la acción penal, la cual asume una forma procesal más amplia que el perdón, denominada “*desistimiento de la querrela*” y que puede estar motivada en una gran cantidad de situaciones, pues lo característico en esta clase de hechos es que exista una amplia disponibilidad de la acción por parte de la víctima (arts. 30, inciso b) y 383 C.P.P. de Costa Rica de 1996). También es admisible como causa extintiva de la pena el “*perdón judicial*” que pueden otorgar los jueces en una gran cantidad de casos expresamente señalados en la

62. MARABOTTO, J. *Disposiciones generales: Norma procesal penal y acciones*. En “Curso sobre el Código del Proceso Penal”, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, de varios autores. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1981, pp. 66-67. Citado por el Dr. Luis María Simón en su informe ya referido, p. 6.

legislación penal, como por ejemplo a quienes se hubieren autoinculcado de delito para proteger un pariente, en delitos contra la propiedad en caso de parientes, por aborto honoris causa, a los contraventores, etc. (art. 93 del Código Penal de Costa Rica).

**e) La devolución de los bienes sustraídos o retenidos**

En **Paraguay** la devolución de los bienes sustraídos o retenidos, o la indemnización correspondiente en caso de ser imposible la devolución, constituye una atenuante que justifica la reducción de la pena a la quinta parte (art. 408 C.P. paraguayo).

En **Portugal** (artículos 11 y 12 del Decreto-lei Nº 454/91 de 28 de diciembre de 1991) y en **Uruguay** (Decreto Ley Nº 14.412 del 8 de agosto de 1975) constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal el pago del importe del cheque, más los intereses corrientes y moratorios, en los casos de delito de emisión de cheques sin fondos, constituyéndose así en una fórmula de conclusión del proceso penal por pago de los daños y perjuicios.

En **España** es posible eximirse de responsabilidad penal en delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, cuando el sujeto activo efectúa los pagos y los reintegros correspondientes antes de que se inicien las actuaciones penales (arts. 305, 307 y 308 Código Penal español).

En Sinaloa, **México**, se contempla como excusa absolutoria, el hecho de que el sujeto activo del ilícito restituya espontáneamente el objeto del delito, o bien, de no ser posible la restitución, cubra el importe de aquel y los daños y perjuicios, siempre que lo haga antes de que la autoridad investigadora tome conocimiento de los hechos, sea la primera vez que delinca y el delito no se hubiere cometido con violencia. Si la devolución se realiza después, pero antes de dictada la sentencia, las penas se reducen a la mitad (art. 236 Código Penal del Estado de Sinaloa, México).

**Costa Rica** admite que el delito de apropiación o retención indebida no llegue a configurarse si el imputado devuelve los bienes apropiados o retenidos en el plazo de cinco días, ante una instancia en ese sentido que debe formularle la autoridad que conoce del asunto (art. 223 del Código Penal de Costa Rica), así como también exime de pena a quien reintegre el importe total de un cheque librado sin fondos, luego de una prevención que debe hacerle la autoridad para que pague también dentro del término de cinco días (art. 243 *ibídem*).

**f) La reparación como presupuesto de la suspensión de la pena**

En **Portugal** es admisible la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la cual se encuentra supeditada —entre otros presupuestos— a que el sentenciado pague en un plazo razonable, que fija el tribunal, la correspondiente indemnización al ofendido, o garantice su pago por medio de caución idónea, así como también debe brindar una satisfacción moral adecuada (arts. 50 y 51 del Código Penal de 1995).

Lo mismo ocurre en **España**, donde el cumplimiento de la responsabilidad civil es, por regla general, requisito para la remisión condicional de la pena (art. 81.3 Código Penal).

**g) Otros sustitutivos propios del Derecho Constitucional y del Penitenciario.**

Es necesario mencionar también otros mecanismos alternativos o sustitutivos tanto del proceso como de la pena, tradicionalmente aceptados en una gran cantidad de legislaciones del área, para poner en evidencia que en nuestros sistemas no es novedoso que se pretendan introducir otras vías distintas para solucionar los conflictos penales, como lo son la **amnistía** y el **indulto**, de carácter constitucional, así como los mecanismos alternativos y sustitutivos de la pena, conocidos como beneficios penitenciarios, aplicables durante la fase de ejecución, tales como la **libertad condicional**, la **libertad vigilada** y todas las formas de liberación anticipada.

## 16. Bibliografía

AGUIRRE GODOY, Mario. "La conciliación en el sistema penal guatemalteco" (Informe), Guatemala, 1997.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**, Depalma, Buenos Aires, 1996.

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Wálter.** *Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos*, en "Justicia Alternativa en Costa Rica: de la justicia tradicional a la justicia necesaria", Colegio de Abogados, San José, 1995.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo.** *Mecanismos de conciliación que operan en la impartición de la justicia penal y en general en los sistemas de negociación y solución de conflictos penales diferentes a la respuesta tradicional (pena tasada)* (Informe). México D.F., 1997.
- BERMÚDEZ, BERTOLINO, GOITÍA, KRONAWETTER, SCARANCE FERNANDES Y TAVOLARI OLIVEROS**, en "La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay". Depalma, Buenos Aires, 1997.
- BERTOLINO, Pedro J.** *Para un encuadre del proceso penal abreviado* (Informe). Buenos Aires, 1997.
- BÍNDER, Alberto.** *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, en "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 ss.
- BÍNDER, Alberto.** *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica*, en "Reformas Procesales en América Latina".
- CAFFERATA NORES, José I.** *Juicio penal abreviado*, en "Ciencias Penales" N° 11, julio de 1996, San José, Costa Rica.
- CHAVES RAMÍREZ, Alfonso.** *La conciliación*, en "Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", Colegio de Abogados, Asociación de Ciencias Penales, 2ª edición, San José, 1997.
- CHRISTIE, NILS.** *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- CHRISTIE, NILS.** *Los conflictos como pertenencia*, en "De los delitos y de las víctimas", traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- DOBLES OVARES, Víctor y GUILLÉN GRILLO, Georgina.** *Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1988.
- DÜNKEL FRIEDER.** *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y de la práctica del Derecho Penal en la comparación internacional*. En "Papers D'Estudios I Formació", Número especial "Justicia y Cambio Social", Generalitat de Catalunya, España, diciembre de 1990.
- ESER, ALBIN.** *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en "De los delitos y de las víctimas", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FLÓREZ GACHARNA, Jorge.** *La justicia penal consensual en Colombia* (Informe). Bogotá, 1997.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther.** *La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", La Victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther.** *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, en "Eguzkilore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N° 10, 1996.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime.** *Elementos prácticos para la puesta en marcha de un programa nacional de resolución alternativa de conflictos*, en "Justicia Alternativa en Costa Rica: De la justicia tradicional a la justicia necesaria", Colegio de Abogados, San José, 1995.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel.** *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Notas sobre la función requirente del Ministerio Público*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, segunda edición, 1992.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel.** *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en "La implementación de la reforma procesal penal", N.C.S.C., CDJ/CPU, Santiago, Chile, 1996.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry.** *A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales*, Convenio CORTE-AID, San José, Costa Rica, 1995.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio.** *A justiça penal consensual no Brasil* (Informe), São Paulo, 1997.

- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio.** Juizados especiais criminais (anotações resumidas sobre a Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), en "Revista do Advogado", Associação dos Advogados de São Paulo, Brasil, Nº 50, agosto 1997.
- MAIER, Julio.** La víctima y el sistema penal, en "De los delitos y de las víctimas", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio.** Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica, en Reformas Procesales en América Latina. "La oralidad en los procesos", Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993.
- MARABOTTO, J.** Disposiciones generales: Norma procesal penal y acciones. En "Curso sobre el Código del Proceso Penal", Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, de varios autores. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1981.
- MUÑOZ POPE, Carlos Enrique.** Cuestiones sobre el proceso penal. Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1997.
- NEUMAN, ELÍAS:** Mediación y conciliación penal, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- ORTELLS RAMOS, Manuel.** La conciliación en el sistema penal (Informe), Valencia, España, 1997.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada.** Novas tendências do direito processual, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2ª edición, 1990.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNÁNDEZ, Antonio y FLÁVIO GOMES, Luis.** Juizados especiais criminais. Comentários á Lei 9.099, de 26-09-1995. 2ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 1997.
- PETERS, Tony y AERTSEN, Ivo.** Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción, en "EGUZKILORE", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, Nº 8 extraordinario, diciembre 1995.
- REVILLA VERGARA, Ana Teresa.** La experiencia de la justicia alternativa en la República del Perú, en "Justicia Alternativa en Costa Rica: De la Justicia Tradicional a la Justicia Necesaria", Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás.** El consenso en el proceso penal español, Bosch, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ MIRANDA, Martín.** En procura de un derecho indígena en Costa Rica, San José, 1998, pendiente de publicar en "Pena y Estado".
- ROXIN, Claus.** La reparación en el sistema de los fines de la pena, en "De los delitos y de las víctimas", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; HOUED VEGA, Mario y CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo.** El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas, en Ciencias Penales Nº 9, San José, noviembre de 1994.
- SAN MARTÍN LARRINOVA, María Begoña.** La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. (Del presente francés al futuro español). Ed. Departamento de Justicia, Gobierno Vasco, 1997.
- SIMÓN, Luis María.** La conciliación en el proceso penal (Informe), Montevideo, 1997.
- STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego.** Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- VIEIRA DA SILVA, Fernão.** O consenso no âmbito do Sistema Penal Português (Informe), Lisboa, 1997.
- WALTON, Richard E.** Conciliación de conflictos, Addison-Wesley Iberoamericana, Delaware, E.U.A., 1987.



# JURISPRUDENCIA

## JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN PENAL

*Martín Rodríguez Miranda*  
*Letrado de la Sala de Casación Penal*

### A. DERECHO PENAL

1. **ABUSOS DESHONESTOS.** Reforma del artículo 161 del Código Penal no constituye ley más favorable.
2. **ALEVOSÍA.** La indefensión debe ser previa a los actos de ejecución.
3. **COACCIÓN.** Diferencia con la privación de libertad agravada y el rapto propio.
4. **CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO.** Restitución de objetos y terrenos. Adquirentes de buena fe.
5. **CULPA.** Previsibilidad en la culpa consciente e inconsciente.
6. **DOMINIO DEL HECHO.** Procede en delitos dolosos.
7. **ENSAÑAMIENTO.** Elemento subjetivo para su configuración.
8. **ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA.** Supuestos que pueden provocarla.
9. **IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.** Concepto. Debe imponerse una medida de seguridad.
10. **MALPRAXIS MÉDICA.** Deberes que le corresponden al médico.
11. **TENTATIVA DE HOMICIDIO.** El dolo homicida no se determina únicamente por las lesiones sufridas.
12. **VIOLACIÓN.** Libertad sexual de la persona discapacitada.

### B. DERECHO PROCESAL PENAL

13. **ACTA DE DECOMISO.** Nulidad por participación de testigos con derecho de abstención.
14. **ADHESIÓN.** Concepto de parte. Recurso concedido a otro.

15. **ALLANAMIENTO.** Derecho de defensa y asistencia letrada.
16. **ALLANAMIENTO.** El juez debe justificar la delegación de la diligencia.
17. **CESURA DEL DEBATE.** Casos en los que procede. Facultad del juzgador.
18. **CONCILIACIÓN.** Es posible en delitos tentados.
19. **CONCILIACIÓN.** La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos no sustituye lo previsto en la normativa procesal penal.
20. **CONCILIACIÓN.** Casos en los que puede participar la Contraloría General de la República.
21. **CONCILIACIÓN.** Fundamentación del acuerdo conciliatorio y de la sentencia de sobreseimiento.
22. **CONCILIACIÓN.** Quien participa en el acuerdo debe ser realmente la víctima o su representante legal.
23. **CONSULTOR TÉCNICO.** Circunstancias en las que procede.
24. **COSTAS.** Normativa que las regula. Pueden ser declaradas a favor de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima.
25. **DECLARACIONES EXTRAPROCESALES.** Pueden ser valoradas si se producen fuera del proceso o de manera espontánea.
26. **DEFENSOR PÚBLICO.** Se requiere ser abogado.
27. **DETENCIÓN.** Es posible en contravenciones.
28. **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** Diferencia con la extinción de la pena.
29. **FUNDAMENTACIÓN.** Deben valorarse todas las posibles calificaciones del hecho.

30. **IMPUTADO.** Momento en el que se adquiere la condición.
31. **IMPUTADO INFORMANTE.** Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Psicotrópicos N° 7233.
32. **INCORPORACIÓN DE DECLARACIONES.** Vulnere los principios que informan el juicio cuando se produce fuera de los casos permitidos.
33. **INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.** Nulidad cuando la realiza la policía.
34. **NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.** Casos en los que procede realizar la diligencia por escrito.
35. **PERITAJES.** Deben ordenarse cuando se requieran conocimientos especializados.
36. **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.** No se puede concurrir a dictar sentencia dos veces por los mismos hechos.
37. **PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL.** Requisitos. Debe tener la condición de abogado.
38. **PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL.** Aplicación de la teoría del funcionario de hecho.
39. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Acuerdo en cuanto a la pena. Deber de lealtad.
40. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** La omisión sobre la facultad de abstenerse a declarar no viola el debido proceso.
41. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Extremos sobre los cuales las partes pueden negociar.
42. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Procedimiento especial. Diferencia con el ordinario.
43. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.** Supuestos en los que procede. Requisitos para su interposición.
44. **PRUEBA.** Principio de libertad probatoria.
45. **PRUEBA.** Búsqueda de la verdad real. Obligación del Tribunal.
46. **PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER.** Interpretación del artículo 355 del Código Procesal Penal.
47. **PRUEBA PROVENIENTE DEL EXTRANJERO.** Trámite para su incorporación y valoración en el proceso penal.
48. **RECURSO DE CASACIÓN.** Notificación de la sentencia. Plazo para su presentación.
49. **REGISTRO POLICIAL.** Facultades de la policía. Autorización de la realización del acto en caso de bienes pertenecientes a instituciones públicas.
50. **REQUISA.** Formalidades. Diferencia con la intervención corporal.
51. **TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO.** Trámite para la extinción de la acción penal.
52. **VÍCTIMA.** Derecho a ser escuchado en juicio aun cuando no haya sido ofrecido como prueba.

## A. DERECHO PENAL

### 1. **ABUSOS DESHONESTOS. Reforma del artículo 161 del Código Penal no constituye ley más favorable.**

"Con fundamento en los numerales 39, 41 y 42 de la Constitución Política, 8, párrafo 2, inciso h) del Pacto de San José, 369, inciso i) y 443 del Código Procesal Penal, 1 y 161, párrafo 2 del Código Penal, el recurrente manifiesta que mediante la Ley N° 7899 del 3 de agosto de 1999 se reformó el numeral 161 del Código Penal. De este modo, para el caso que nos ocupa —abusos deshonestos cuya víctima sea una menor de doce años— la ley dispone una sanción de cuatro a diez años, sin especificar la clase de pena. Desde este punto de vista al momento de juzgar los acontecimientos atribuidos a su representado, los mismos eran atípicos. El Código sustantivo estipula que los hechos se juzgarán según la ley que se encuentre vigente al momento de su comisión salvo que posteriormente se apruebe una ley más favorable. En el

caso que nos ocupa no cabe duda de que la ley aprobada en agosto de 1999 es más favorable que la vigente en febrero de 1998 (época en la cual sucede el ilícito investigado) por cuanto la primera no estipula ninguna sanción tal y como se señaló. La jurisprudencia constitucional ha indicado que no es posible interpretar analógicamente ni sistemáticamente los tipos penales con la finalidad de establecer cuál es la clase de pena aplicable. Tal proceder violenta el principio de legalidad criminal, de allí que considere que el fallo recurrido aplicó de manera errónea la ley sustantiva. Solicita se absuelva a su defendido de toda pena y responsabilidad por cuanto la conducta acusada al momento de ser juzgada era atípica. **El alegato debe rechazarse.** No es cierto, como lo afirma el impugnante, que la nueva legislación resulta más favorable a los intereses de su patrocinado. Véase que mientras el tipo base, de previo a la reforma, fijaba como extremo mínimo la pena de dos años de prisión, el actual lo hace en el tanto de

tres años de privación de libertad. De tal suerte, aún y cuando aceptáramos, de manera incorrecta, que los agravantes previstos en la nueva legislación no presentan una adecuada indicación de la clase de pena que debe imponerse, resultando por ello inaplicables, cierto es que el tipo penal en su forma más sencilla sí se encuentra debidamente estructurado, con lo cual la sanción que se impondría al justiciable no sería inferior al tanto de tres años de cárcel. Considerando lo antes dicho, bien hace el Tribunal de mérito al señalar que la legislación aplicable en la especie es aquella vigente para la época en que se comete el delito. Punto aparte es considerar sí, como lo alega el Lic. R. M., para los agravantes previstos en el artículo 161 del Código sustantivo existe pena privativa de libertad. Para esta Sala no existe duda al respecto. El numeral 161 recién reformado señala que *"Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya el delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos: 1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años. 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación. 3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima. 4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco"*. De tal suerte, es claro que la pena de cuatro a diez años será de prisión en el tanto las conductas allí descritas son formas agravadas de la figura básica. La redacción del numeral es diáfana y no da lugar a otras interpretaciones. Por todo lo antes expuesto, al no existir la indeterminación que reclama el defensor del encartado y siendo que el justiciable fue sancionado con la pena que resultaba más favorable a sus intereses, se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 684 de las 8.56 h del 23 de junio.

## 2. ALEVOSÍA. La indefensión debe ser previa a los actos de ejecución.

"...formulando un reclamo de fondo, el representante del Ministerio Público se adhiere al anterior recurso. A su criterio, los hechos tenidos por demostrados, son constitutivos del delito de homicidio calificado por alevosía, por cuanto se acreditó que los disparos finales hechos sobre la occisa, fueron realizados cuando esta se hallaba indefensa a causa de los que previamente se le habían efectuado. No ha lugar el reparo. La indefensión que podría ser constitutiva de la alevosía, se refiere a aquella que ha sido procurada y aprovechada por el agente para ejecutar el delito. No aquella que sobreviene durante la ejecución, la cual más de una vez, como acontece en este asunto, es producto de la ejecución misma. Esto es, la indefensión debe ser previa a los actos ejecutivos, no

secuela de ellos, a menos que haya una ruptura en la acción, entendida esta como el binomio finalidad (expresada en) e identidad fenoménica, ligadas por un vínculo de funcionalidad. En este caso, no cabe duda alguna, ni el adherente lo sugiere así que se trate de más de una acción; mas en vía de discurso, es conveniente descartar que haya intervenido un elemento que rompiera la citada unidad de acción y, por ende, separara un hecho (los primeros disparos) de otro (los últimos). Se trató de una sola acción, que llevó en su desarrollo a un estado de indefensión de la ofendida, pero que no fue previo. Por eso, no es constitutivo de la alevosía señalada por el impugnante. Sin lugar el motivo."

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 1414 de las 8.53 h del 12 de noviembre.

## 3. COACCIÓN. Diferencia con la privación de libertad agravada y el rapto propio.

"En efecto, del análisis de la prueba utilizada por el Tribunal, así como de los hechos tenidos por probados, no es posible concluir, tal y como se indica en sentencia, que la intención del imputado Ch. A. al abordar a la ofendida en forma violenta fuera la de *"retenerla o sustraerla"* con fines libidinosos. Por el contrario, de un estudio objetivo de los elementos citados, lo que sí resulta claro en la especie es que la acción del imputado estuvo dirigida únicamente a realizar amenazas graves en contra de la ofendida, con el fin de compelerla a hacer o tolerar algo a lo que no estaba obligada. Esta situación queda plenamente acreditada con la propia declaración de esta última, quien al respecto manifiesta que *"...Ese día 23 de marzo del año pasado, cuando venía en bicicleta del Supermercado, a eso de las siete o siete y media de la noche, este señor L. G. me topó en el camino y me dijo hola mi amor, me siguió hasta un lugar solitario y de pronto me agarró de un brazo, me bajó de la bicicleta, me puso un cuchillo en la espalda, mientras me decía que no gritara y que caminara hacia un lote baldío solitario"* (folio 59 frente), sin que se advierta de esta deposición que el imputado tuviese una pretensión sexual al ejecutar la acción. Asimismo, en el cuadro fáctico que tuvo por acreditado el a quo, no se indica en modo alguno que la acción del imputado tuviese connotaciones sexuales (ver f. 58 fte.). Consecuentemente no podría tipificarse como RAPTO PROPIO (artículo 163 del Código Penal) la conducta desplegada por aquel, ya que para que ello fuera posible se requeriría, además de la retención o sustracción de la víctima, que el acto realizado lo sea *"con miras deshonestas"*, es decir *"El autor... tiene que perseguir un propósito sexual: que se realicen después de la sustracción o durante la retención actos sexuales en que se haga intervenir a la víctima, aunque fuese en forma pasiva."* (CREUS, Carlos, *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 231 frente). La actividad ejecutada por el imputado, distinto de lo resuelto por el Tribunal, encuadra tan solo en la figura delictiva de la Coacción (artículo 193 ib.), pues según se señaló, el justiciable tan solo se lanzó contra la ofendida, tomándola del brazo y utilizando un cuchillo para intimidarla, sin que se pudiese acreditar, con la certeza requerida por el tipo, que su finalidad era

—necesariamente— de naturaleza sexual, ya que aunque los juzgadores así lo presumen, lo cierto es que no existen elementos suficientes y objetivos que lo señalen de esa forma. Por lo expuesto, lo procedente es declarar con lugar parcialmente el recurso en los extremos que aquí se cuestionan, casando la sentencia y recalificando los hechos que se han tenido por demostrados al delito de Coacción. Este ilícito se consumó, a pesar de haber tenido una duración muy breve —aproximadamente minuto y medio según explica el tribunal de mérito en sus argumentos de fondo (ver f. 64 fte.)— por cuanto ello bastó para vulnerar y restringir la libertad de determinación de la víctima, de conformidad con la tutela del bien jurídico que dispone la norma penal correspondiente (Título V, Sección II, art. 193 *ibidem*). Por tanto, se declara a L. G. Ch. A. autor responsable del delito de COACCIÓN."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 604 de las 9.10 h del 9 de junio.

#### 4. CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO. Restitución de objetos y terrenos. Adquirentes de buena fe.

"En primer lugar, analizando lo dispuesto en el artículo 399, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales de 1973 aplicado en la sentencia recurrida, se ha establecido que el Tribunal puede ordenar restituir el objeto material del delito, aunque no se hubiera ejercido la acción civil resarcitoria. Bajo tales consideraciones, la Sala ha entendido que: "... el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal; sin embargo, esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito. Ello es así, conforme lo ha interpretado anteriormente esta misma Sala, porque la restitución no constituye una forma de indemnización en sentido estricto (Sentencia N° 52-F 10.35 h del 31 de enero 1990, Sala Tercera)..." (Voto N° 604-F-91, de 9.25 horas del 7 de noviembre de 1991). Luego, en torno a los derechos correspondientes a un tercero adquirente de buena fe, bienes provenientes de un hecho ilícito, se ha resaltado que únicamente puede reclamar en la vía correspondiente el pago de daños y perjuicios ocasionados, pero el dominio sobre el objeto recibido, corresponde exclusivamente a su legítimo titular. En ese sentido, debe entenderse que: "... la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aun cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral. Lo dicho no implica, en forma alguna, desconocer a los terceros de buena fe, la tutela y defensa de sus intereses, porque ellos conservan los mecanismos previstos en la legislación civil para reclamar, contra el vendedor, la garantía y, en todo caso, el pago de los daños y perjuicios, así como las restantes indemnizaciones que correspondan —pago de mejoras, por ejemplo—, según los principios que allí se establecen. A juicio de esta Sala, la tutela del tercero de buena fe, no puede implicar que su situación prevalezca sobre la de quien ha sido, en forma fraudulenta, subrepticia e indefensa, sorprendido con el

despojo de la titularidad jurídica de los bienes que le pertenecen y que, por imposición del Estado, está obligado a inscribir y registrar. (...) La tutela de los terceros adquirentes de buena fe, en los términos que se pretenden por el recurrente, en casos como el narrado, implican despojar al legítimo propietario y al actual poseedor, del bien que le pertenece, para darlo a un tercero, en aras de los principios de seguridad registral. Tal solución resulta, sin duda alguna, desmedida, desproporcionada y, finalmente, injusta. A juicio de esta Sala, la importancia de la publicidad registral y sus principios, no pueden prevalecer sobre el derecho de la primer víctima —el legítimo propietario, originariamente despojado en forma fraudulenta— de mantener la titularidad plena sobre sus bienes o en todo caso, el derecho a ser restituido en el goce de los mismos. Los incumplimientos, vicios, errores o defectos en los bienes adquiridos, dentro del tráfico comercial, encuentran terreno de regulación en el Código Civil y, en lo que a su materia toca, en el Código de Comercio. Allí tienen los contratantes —y, por ende, los terceros adquirentes de buena fe—, las normas y las vías procesales para solventar los problemas surgidos a raíz de un contrato. (...) Dejar a salvo, en el caso de la restitución "los derechos de terceros", como reza el numeral 123 del Código Penal de 1941, significa que éstos conservarán los derechos para accionar contra quien les transmitió, en reclamo de los daños y perjuicios ocasionados y de las restantes indemnizaciones que pudieran corresponder, lo que bien pueden hacer, ejerciendo la acción civil resarcitoria en sede penal, cuando su vendedor y el imputado de la causa, sean la misma persona, o en la jurisdicción civil, mediante los procedimientos que correspondan ...". (Así, Voto N° 346-98, de 9.30 horas del 3 de abril de 1998). De esta forma, si el Tribunal tuvo por demostrado que el vehículo marca Honda —al que se ha hecho referencia— fue sustraído a su legítima propietaria, quien subrogó los derechos a una sociedad comercial aseguradora debidamente representada en el país, procedió de manera adecuada y dentro de su competencia, al ordenar la restitución del bien a quien en principio correspondía, quedando a salvo el derecho del recurrente —si a bien lo tiene— de procurar resarcirse de los daños y perjuicios que estime ocasionados, en contra de aquellos que originaron el negocio fallido. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de casación presentado."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 511 de las 9.20 h del 19 de mayo.

#### 5. CULPA. Previsibilidad en la culpa consciente e inconsciente.

"En su voto 511-F-93, de 9.00 h de 10 de setiembre de 1993, esta Sala señaló: "... el tipo culposo tiene una subestructura binaria: a) El tipo objetivo: Se llega por la falta a un deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable; y b) El tipo subjetivo: Se llena por la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada por un elemento cognitivo y un elemento volitivo. La cognición consistente en la previsibilidad potencial (culpa sin representación) o en la previsión concreta (culpa con representación) del resultado; y la volición es aceptar

medios contrarios al deber objetivo de cuidado, pero sin aceptar el resultado típico". De lo transcrito se colige que la previsibilidad (así como la evitabilidad) del resultado es una característica intrínseca a las conductas culposas que siempre debe existir, pues de otro modo serían atípicas por estarse ante un caso fortuito o una fuerza mayor (cfr. voto 676-98, de 9,40 h de 17 de julio de 1998 de esta Sala). La diferencia, en punto a la culpa, radica en que mientras en la consciente —o con representación— el autor, en efecto, prevé el resultado como posible y, sin embargo, obra creyendo que podrá evitarlo o que no ocurrirá; en la inconsciente —o sin representación— la falta al deber de cuidado recae sobre el propio juicio de previsibilidad, de modo que no se previó el resultado típico cuando se estaba en condiciones (potenciales) de hacerlo. En el presente caso, el alegato de que el Tribunal estimó que el justiciable actuó con culpa consciente, no corresponde más que a una interpretación de quien recurre, basada unilateralmente en el concepto doctrinario citado en sentencia sobre la previsibilidad. Lo cierto, según se obtiene del fallo y de los párrafos de él que se transcriben en el propio recurso, es que los juzgadores señalaron, en distintos apartes, que los datos con que contaba el acusado eran suficientes para que debiera prever el resultado (cfr. folios 621, 627 y 628). En concreto, a folio 610 se indica: *"Es lo cierto que doña B. F. era desde el momento que se llamó al doctor J. una emergencia médica y se mantuvo siéndolo hasta el momento de su muerte y durante el período que permaneció viva y pese a su condición de emergencia no se le dieron los tratamientos adecuados ni médicos, ni de enfermería, ni institucionales y tales faltas al deber de cuidado fueron las condiciones suficientes que sumadas generaron su muerte, siendo que toda la situación dicha era perfectamente previsible por el aquí imputado J. y es con fundamento en esa previsibilidad lo que sostiene este juicio de reproche"* (el subrayado es suplido). No se observa, entonces, que el a quo determine que el justiciable se representó, en efecto, el resultado; sino que, por un lado, este era previsible y evitable (características esenciales del tipo culposo) y que el médico se hallaba en condiciones de preverlo —y evitarlo— y debió hacerlo. Sobra señalar que ambas formas de culpa reciben idéntico tratamiento en nuestra ley, la cual no hace distinción alguna, aun cuando algún autor propugne por regular la culpa consciente como una forma de dolo eventual (ver, en este sentido: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, El dolo, su estructura y sus manifestaciones, Juritexto, San José, 1999, pp. 291 a 304.)"

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 127 de las 9.40 h del 4 de febrero.

## 6. DOMINIO DEL HECHO. Procede en delitos dolosos.

"Si bien en sus orígenes la teoría del dominio del hecho se planteó para definir tanto al autor de delitos dolosos como culposos (ver, en este sentido: ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 79), posteriores precisiones doctrinales han restringido su ámbito a los tipos dolosos, con el fin primordial de distinguir entre autores y partícipes. Esta distinción no es susceptible de realizarse en los tipos

culposos, pues en cuanto a ellos cualquier contribución causal al resultado convierte al agente en autor autónomo; de allí que no existan coautores, cómplices o instigadores, sino tantos autores como sujetos que efectúen un aporte causal. Así, puede sostenerse con la doctrina mayoritaria que *"En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo; el que obra sin dolo carece del dominio del hecho. Por lo tanto, el problema de la distinción entre autores y partícipes solo se presenta en los delitos dolosos. En los delitos culposos son autores todos los que infringen el deber de cuidado que caracteriza lo ilícito del delito culposo"* (BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, 2ª edición, Juricentro, San José, 1985, p. 112; en el mismo sentido: JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, parte general, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 900; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal, parte general, Vol. I, Hispamer, Colombia, s. f., pp. 507-511; ROXIN, Claus, op. cit., pp. 700-703). En esta tesitura, carecen de asidero los alegatos que buscan demostrar la falta de dominio del justiciable J. G. sobre la salpingectomía mediante la cual se laceró el colon de la paciente, ni sobre las actuaciones de las enfermeras posteriores a la intervención del propio acusado, ya que del marco histórico establecido por el a quo no se infiere que hubiesen actuado en colusión o en forma accesoria —dolosamente— para obtener un resultado. Los juzgadores determinaron que el justiciable, laborando bajo el régimen de disponibilidad médica, fue llamado a atender a la ofendida, en virtud de que esta presentaba diversos signos y síntomas no acordes con el grado de evolución esperable luego de una intervención quirúrgica relativamente sencilla. Asimismo, establecieron que J. G. en efecto la atendió, practicó ciertas pruebas y luego se marchó del hospital, sin realizar los exámenes necesarios para efectuar un correcto diagnóstico de la peritonitis en desarrollo, ni hacer ninguna visita adicional con el fin de observar la evolución del estado de salud. Posteriormente, la ofendida sufrió un "shock séptico", cuyo diagnóstico tardío impidió salvar su vida, a pesar de que se le practicó una segunda intervención quirúrgica con ese propósito. Concluye el a quo que tales hechos constituyeron *"una de las condiciones que facilitó que —dada la gravedad de su estado de salud— se desencadenara una peritonitis con shock séptico que le provocó la muerte"* (ver folio 519). Estima la Sala que las conductas descritas en el fallo sí evidencian una infracción al deber de cuidado y que el nexo causal entre ellas y la muerte de la víctima fue correctamente establecida. En efecto, si el justiciable, en su carácter de médico especialista, examinó a la paciente y observó signos y síntomas que no correspondían al grado de evolución que de ella se esperaba, luego de ser intervenida quirúrgicamente, llevan razón los juzgadores al considerar que, enfrentado a tales datos, le era exigible conocer que algo anormal estaba sucediendo y evitar, en todo caso, el desarrollo de lo que luego sobrevino y que debió y pudo descartar o corroborar si hubiese ordenado la práctica de exámenes diferenciales."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 127 de las 9.40 h del 4 de febrero.

## 7. ENSAÑAMIENTO. Elemento subjetivo para su configuración.

“El imputado V. G. B. G. interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio de Puntarenas e invoca como único motivo de su impugnación, la errónea aplicación de la agravante tipificada en el inciso 3) del numeral 112 del Código Penal. Señala que de los hechos probados del fallo no se desprende la intención de dar muerte al ofendido mediante la causación de dolores crueles e innecesarios, elementos objetivos del ensañamiento que deben ser queridos por el autor, lo que no se desprende del marco fáctico delimitado en la sentencia. En efecto, la sentencia acredita que el ofendido se desplomó al suelo, herido mortalmente por la primer puñalada que le había infligido y que esta circunstancia la *“aprovechó el encartado para rematarlo en el suelo con catorce puñaladas”*, sin que aparezca en tales elementos la intención de su parte de provocar la muerte del ofendido aumentando en forma innecesaria su sufrimiento y por ello la agravante aplicada no se configura. Lo que sucedió fue que actuó impulsivamente en el conflicto con el ofendido, pues posee débil control de sus impulsos en situaciones límite como lo informó el psiquiatra y además había ingerido licor y, si bien esa circunstancia no es suficiente para exonerarle de responsabilidad, sí lo es para establecer la ausencia, en su caso, de esa intención especial de aumentar *“deliberadamente el mal del delito”* necesaria para estimar que actuó con ensañamiento. El ensañamiento, según lo define la doctrina *“es pues, más que una situación del ofendido, el resultado de una deliberación cruel en el ánimo del sujeto activo; contrariamente a lo aplicado por el Tribunal que centró su atención en la existencia de catorce heridas de arma blanca, que son de esperarse en un sujeto activo de un homicidio cometido al impulso de la pasión y la irritación, que tanto como el ánimo perturbado psicológicamente representan un obstáculo para pensar que en este caso el número de las lesiones sea consecuencia de una deliberación cruel en tal sentido y para causar un dolor innecesario a la víctima”*. En el caso concreto, de los dos elementos que la doctrina ha definido que comprenden al ensañamiento —el elemento objetivo y el subjetivo— falta este último, pues en su actuar no se vislumbra esa voluntad específica de causar un mayor daño a la víctima, aumentando innecesariamente su dolor. Debíó aplicarse la figura del homicidio simple y no la agravante de comentario y por eso la sentencia debe ser casada... Se evidencia que el acusado actuó presa del enojo y la furia —recuérdese que es un individuo con pobre control de impulsos—, que descargó contra la humanidad del ofendido hasta *“rematarlo”*, como señala reiteradamente el fallo y la cantidad de lesiones infligidas es una clara muestra de ello. Estos elementos no alcanzan a configurar la agravante de ensañamiento, ni siquiera de alevosía, pues en primer lugar no se evidencia un ánimo por parte del acusado, de prolongar el sufrimiento de la víctima, es decir, de acabar con su vida de una manera prolongadamente dolorosa y cruel y deleitarse de ello, por el contrario, las puñaladas suceden en forma inmediata y rápida (así lo confirma la autopsia medicolegal, folios 75 y 76, incorporada como prueba al debate y la declaración de la médico forense N. C. J. en la audiencia, folios 328 vto. y 329 fte.), evidenciando

el deseo de acabar en forma pronta y segura con la vida del ofendido, resultado de la alteración del ánimo en el acusado y de su pobre control de impulsos y no de un deliberado ánimo de aumentar el dolor y sufrimiento en la víctima.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 394 de las 14.05 h del 27 de abril.

## 8. ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA. Supuestos que pueden provocarla.

“En el caso concreto es evidente que la multiplicidad de las heridas ocasionadas al ofendido es resultado, no de un actuar razonado y aceptado para prolongar innecesariamente el sufrimiento de la víctima, llevándola de esa forma hacia la muerte, sino que es producto de la alteración sufrida por el acusado y la ira con la que reacciona a las provocaciones del ofendido y por ello en la sentencia se califican en forma errada los hechos, debiendo casarse el fallo. La sentencia parte esencialmente de la existencia de las múltiples heridas, para derivar de ello el ánimo del acusado para provocar un sufrimiento desmedido e innecesario al ofendido, lo que resulta insuficiente pues el contexto en que los hechos ocurren permite vislumbrar que ello no es correcto y que el ataque que realiza el acusado es su reacción a las múltiples provocaciones de que era objeto en ese momento por el ofendido, incluida la agresión que de él había sufrido horas antes. Así lo reconoce el representante del Ministerio Público y lo hizo tanto en la audiencia oral celebrada al efecto como en las observaciones que agregara por escrito (véanse folios 388 a 392). Por otra parte, la caída del ofendido, una vez que recibe la primer herida, es parte de la gresca que se ha formado entre ellos y en la que ya está inmersa el acusado, quien iracundo cae sobre el ofendido y continúa agrediendo, en una secuencia de actos que suceden en forma inmediata, sin que sea dable afirmar que el acusado se aprovecha de la indefensión de la víctima, porque los hechos dan cuenta que ni siquiera tuvo margen para razonar tal circunstancia. Ahora bien, el Fiscal se allana a las pretensiones de la defensa y solicita se recalifiquen los hechos atribuidos a B. G. al delito de homicidio simple, para lo cual señala *“estima esta representación, en el fallo se colige que el indiciado era alcohólico, era cliente asiduo del bar, donde llegaba a tomarse por sí solo hasta caja y media de cervezas (¿Cómo exigirle o reprocharle a un enfermo?). Si en virtud de su padecimiento, que quedó acreditado, es agresivo y si toma, aun más (sic), perdiendo el control de impulsos, pues es evidente que el indiciado debe ser sujeto de un menor juicio de reproche (¿cómo reprocharle a una persona un padecimiento que incide sobre su personalidad?). Estando acreditado que el indiciado era imputable (puesto que conocía el carácter ilícito de sus actos y le era exigible que adecuara su comportamiento de conformidad, pero tenía un control de impulsos bajo), lo correspondiente es reprochar en menor medida el acto, por lo que atendiendo a lo expuesto y demás circunstancias que rodean el hecho, respetuosamente solicito a la Sala Tercera imponerle la pena de doce años de prisión por el delito de Homicidio Simple”*. Por las razones apuntadas, esta Sala estima procedente el recurso, no obstante que difiere de la pretensión de la defensa y del Ministerio Público, pues

se estima que en el caso de marras además concurre la atenuante establecida en el inciso 1) del numeral 113 del Código Penal. Se ha reconocido en este caso que el acusado actuó presa de un estallido de ira, estado de alteración u emoción violenta, que en el contexto de las circunstancias resulta excusable y por ello se estima que estamos en presencia de un homicidio especialmente atenuado. Esta circunstancia especial que recoge nuestro ordenamiento en la norma citada pretende cobijar situaciones límite en las que normalmente una persona puede, al encontrarse frente a determinados estímulos o provocaciones, reaccionar en forma emotiva o descontrolada, sin perder su capacidad de comprender el carácter de sus actos y adecuarse de conformidad, no obstante esta última capacidad se encuentra afectada por el estado de ánimo dicho y ello, siempre que las circunstancias generadoras la hagan excusable, permite la atenuación de la pena. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que *"(...)Reiteradamente se ha afirmado, con cita de doctrina, que existe emoción violenta cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y requiere de un estado de alteración psíquica (un verdadero impulso desordenadamente afectivo), pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva, realizando un acto que en circunstancias normales no habría hecho. Al respecto pueden consultarse los Votos N° 172 -F de 16.50 h del 20 de diciembre de 1983; N° 194-F de 10.00 h del 24 de julio de 1987; N° 500 de 8.50 h del 30 de octubre de 1992 y N° 323 de 9.20 h del 28 de junio de 1996, todos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia)",* sentencia 571-96 de las 9.00 h del 4 de octubre de 1996. En el caso concreto, está acreditado que horas antes de los hechos, el ofendido agredió al acusado dándole un golpe en la cabeza que ameritó su atención médica. Este altercado tiene como antecedente el problema personal que existía entre ambos, pues los dos sostenían relaciones con la misma mujer, circunstancia que además había motivado que en dos ocasiones anteriores al evento en estudio, el acusado llegara a la casa del ofendido, con un cuchillo en su mano, buscando un enfrentamiento. Para el momento de los hechos el acusado se encontraba ingiriendo licor, circunstancia que altera su ánimo, pues así lo refieren los testigos y explicó el psiquiatra forense. El acusado es una persona con pobre control de impulsos, situación patológica que se documenta en el dictamen psiquiátrico forense, en el que se señala *"por su trastorno de personalidad orgánica y ansiosa y su antecedente de una probable disritmia cerebral y bajo supuesto estado ebrioso, existe la posibilidad que durante los hechos en cuestión presentara disminución de sus funciones mentales superiores y de su control de impulsos, implicando capacidad disminuida. Es persona que debe abstenerse de ingerir licor así como recibir el control y tratamiento psiquiátrico medicamentoso"* (folio 213). El ofendido, que pocas horas antes había golpeado fuertemente al acusado, es quien llega al bar y comienza a provocarlo,

insultándolo y retándolo a pelear, es decir, continúa con la agresividad y provocación que ya había materializado horas antes. No obstante, es de notar cómo en los hechos probados se establece que luego del primer amago de pelea, en el que ya V. había sacado el puñal, ante el pedido e intervención del cantinero E. A., el imputado se retira, no obstante, el ofendido continúa insultándolo y retándolo a pelear y es en ese momento en que el acusado se devuelve y lo agrede, lanzando la primer puñalada, que provoca el desplome del ofendido, sobre el que de inmediato cae el acusado quien continúa agrediendo. La actitud del ofendido, unida al contexto sociocultural en que el incidente se desarrolla —se trata de la existencia de problema de índole pasional entre dos pescadores, acostumbrados a ingerir licor, producto del cual se han agredido e intentado agredir en otras ocasiones—, a lo que debe unirse la psicopatología del acusado, que lo hace una persona con pobre control de impulsos, que recibió el día de los hechos un exceso de estímulos provocadores por parte del ofendido, incluso, como se vio, una fuerte agresión de su parte. Todo este cúmulo de elementos concretos que se dan en este caso, hacen excusable la reacción del acusado, quien actúa presa de un estado de emoción violenta. Es un hecho probado que éste perdió el control, si bien el Tribunal interpreta esa pérdida de control como un ánimo especial de causarle un daño innecesario al ofendido, conclusión que por lo dicho no es correcta. Y perdió el control no solo por los estímulos ya dichos, sino además porque patológicamente es una persona con pobre dominio de sus impulsos, sin que esta situación pueda estimarse que afecte en forma permanente o disminuida, su capacidad para comprender el carácter ilícito de sus actos y adecuarse a esa comprensión."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 394 de las 14.05 h del 27 de abril.

## 9. IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. Concepto. Debe imponerse una medida de seguridad.

"Para solucionar adecuadamente el reclamo de la defensa, es necesario hacer algunas consideraciones de fondo en cuanto a la particular regulación que presentan los artículos 42 y 43 del Código Penal, en relación con la *culpabilidad*. Nuestro ordenamiento jurídico penal recoge lo que se ha dado en llamar en doctrina la *teoría normativa de la culpabilidad*, en virtud de la cual el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico descansa, no en la vinculación subjetiva del mismo con el hecho (como lo sostenía la teoría psicológica), sino en la capacidad del agente —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 como posible que la culpabilidad pueda *excluirse* cuando el sujeto —al momento de la acción u omisión— no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo con ella, 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 *ibidem*. Es claro entonces que las situaciones antes descritas se presentarán cuando, como es el caso que nos ocupa, el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado sino que padece de alguna enfermedad mental que altera esa capacidad de comprensión. Además, por principio general (aunque habrá casos excepcionales donde ese juicio deberá retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, donde se aplicarán las reglas de la *actio libera in causa*) este juicio de culpabilidad deberá establecerse al momento en el que se despliega la conducta. IV. Según el anterior análisis teórico, resulta claro que la decisión que se impugna incurre en un grave yerro de fondo, pues condenó al acusado a sufrir una pena privativa de libertad como autor responsable de las conductas ilícitas investigadas y ordenó con base en ello la inscripción del fallo en el registro judicial, a pesar de tenerse como un hecho probado que —al momento de darse los comportamientos— el mismo adolecía de imputabilidad disminuida. Tal y como el mismo órgano de instancia lo razonó adecuadamente, en el caso que nos ocupa no se dan todos los elementos necesarios para que se configure una acción que pueda generar una consecuencia o reproche jurídico-penal, ello por cuanto si bien existen acciones típicas y antijurídicas, no se configuró la culpabilidad. En relación con este tema, incluso, la Sala Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que "... *lesiona dicha garantía constitucional (el debido proceso), la sentencia condenatoria que se dicte contra un inimputable ...*", voto N° 8383-97, de las 16 horas del 9 de diciembre de 1997. En efecto, si en la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de los actos del señor S. M. se encontraba disminuida por un padecimiento mental, la conducta por él desplegada —carente entonces de culpabilidad— no podría de ningún modo calificarse como delictiva, de donde no era legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos; condenársele a sufrir una pena; ni mucho menos ordenar la inscripción de la condenatoria en el registro judicial correspondiente. Así las cosas, con base en lo dispuesto por el artículo 43 del Código Penal, se declara con lugar la queja formulada por la defensa pública del encartado, casar la sentencia y en su lugar debe declarársele autor del hecho con imputabilidad disminuida. Asimismo, no obstante que no pueda predicarse un juicio de reproche penal en contra del agente por ausencia de culpabilidad, siendo imperativo que en estos casos se aplique una medida de seguridad, con base en lo dispuesto por los numerales 98, inciso 1), 101, inciso 1) y 102, inciso a) *ibidem*, conforme a las conclusiones que se exponen en el dictamen médico de folios 11 a 13, donde se explica que la patología que presenta el acusado se traduce en un comportamiento agresivo que implica peligro para terceras personas y siendo que el mismo no cuenta con apoyo ni contención familiar que

venga a garantizar que cumpla con un adecuado tratamiento extrahospitalario supervisado, se mantiene la medida curativa de internamiento en un hospital psiquiátrico ordenada por los jueces de mérito, con la salvedad de que evidentemente la misma no podrá ni deberá cumplirse en un centro penitenciario sino en una institución idónea a dichos efectos."

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1254 de las 14.36 h del 8 de octubre.

#### 10. MALPRAXIS MÉDICA. Deberes que le corresponden al médico.

"En primer término, si bien es cierto el médico que presta servicios en las instituciones del Estado ostenta la condición de funcionario público y, en tal carácter, se encuentra sometido a la ley y, en particular, a las limitaciones que ella impone al ejercicio de las competencias que le son confiadas; resulta claro que tales límites tienen por objeto exclusivo el uso de los poderes que signifiquen el ejercicio de su autoridad reglada. El médico, a diferencia de otros funcionarios públicos cuyas tareas se encuentran descritas en la ley o los reglamentos, está llamado a ejecutar una serie de actos que no son definidos por normas emanadas del Poder Legislativo o entidades administrativas (la ley no le indica al profesional médico cómo debe realizar un diagnóstico, una intervención quirúrgica, o qué exámenes y tratamientos prescribir a un paciente), sino que ellos derivan de las reglas y los conocimientos técnicos y científicos que caracterizan al saber médico en una determinada fase de su desarrollo; es decir, lo que comúnmente se denomina "*lex artis*", cuyo contenido no depende, en consecuencia, del ordenamiento jurídico. Lo que este último sí impone al médico es, por un lado, el deber de respetar la *lex artis* en la ejecución de sus actos, de manera que no produzca lesiones o muertes originadas en una falta a su deber de cuidado, dado que las propias normas lo autorizan a manipular, intervenir, suministrar drogas e incluso invadir quirúrgicamente a los seres humanos; en otros términos, le han confiado a la vez —atendiendo a sus especiales conocimientos— la facultad y la obligación de velar por la salud de las personas. Por otra parte, también le impone el ordenamiento —y en razón de las mismas circunstancias dichas— una posición o deber de garante relativa a los pacientes que tiene bajo su cuidado, pues le compete proteger al bien jurídico (vida, salud) frente a los peligros que puedan amenazarlo. Se colige de lo anterior que quien impugna confunde dos objetos por completo distintos, a saber: el cumplimiento de una norma que solo pretende establecer disposiciones administrativas para asegurar la oportuna presencia del médico especialista en el hospital y la atención de los pacientes que requieran su auxilio y el estricto apego a las reglas técnicas y científicas que deben caracterizar a dicha atención. El hecho de comparecer al nosocomio ante la llamada y cumplir así con el reglamento de disponibilidad, en modo alguno puede justificar la impericia, la negligencia o, en fin, la falta al deber de cuidado en que se incurra al practicar el acto médico. Conforme se expuso en el Considerando anterior, uno de los deberes del justiciable era el de mantener vigilada a la paciente, ya fuese hasta que considerase desaparecido



el estado de emergencia o bien hasta que lo sustituyese otro profesional; es decir, no se le exigía que se presentase de nuevo al hospital sin ser llamado, sino que ni siquiera se retirara hasta dar cumplimiento a su deber. Resulta claro, además, que el temor a que una prolongada estadía o reiteradas visitas pudiesen generar "sospechas" en otros empleados, o, en fin, el temor al "qué dirán", no constituye justificación alguna de un actuar que vulnera el deber de cuidado, menos aún de aquel a quien se le confía velar por la vida y la salud de las personas."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 127 de las 9.40 h del 4 de febrero.

#### 11. TENTATIVA DE HOMICIDIO. El dolo homicida no se determina únicamente por las lesiones sufridas.

"De los términos en los que aparece redactada la decisión condenatoria se comprende con absoluta claridad que, más que en el dato objetivo del tipo de lesiones sufridas por la víctima, la acreditación de la intención homicida por parte del agente se hizo derivar de la dinámica en que se desarrolló la acción por él ejecutada: "... también se tiene como demostrado que la agresión que ejerce el imputado, contra el ofendido, tiene una intención homicida. Lo anterior por cuanto la acción desplegada por el encartado evidencia en forma objetiva que lo que se proponía era darle muerte a su víctima. Ello por cuanto esa es la única explicación posible, de que para que (sic) a pesar de el ofendido se encontraba herido, con dos puñaladas en su pecho y una en la pierna, aún así lo siguiera e intentara continuar apuñaleándolo; y no cesara en su acción, sino hasta que terceras personas intentan intervenir, lo que hace que cese su ataque y se dé a la fuga ..." (folio 85 vuelto, línea 1 en adelante). Como se comprende de lo transcrito, el dolo del sujeto activo se estableció a partir de su acción objetivamente considerada, esto es, su persistencia en seguir agrediendo con un cuchillo a la víctima, ello a pesar de que la misma ya se encontraba herida. Por otra parte, debe tenerse claro que si bien en varias partes del fallo se menciona que la vida del señor R. G. estuvo en peligro (cfr. folio 83 vuelto, línea 11 y folio 84 vuelto, líneas 18 y 19), ello se hace a efecto de completar con precisión el hecho histórico acaecido y no para sustentar su adecuada calificación jurídica. Conviene asimismo aclarar que, por sí solo, el dato objetivo del tipo de lesión que reciba la víctima (sobre todo sus consecuencias materiales) no sería suficiente para establecer la existencia o no de la referida intención homicida, como aquí parece entenderlo quien recurre, pues dicha circunstancia deberá establecerse más bien a partir de la forma en la que se ejecuta la acción: "... en lo atinente a lo señalado por el dictamen médico en el sentido de que no se puso en peligro la vida del menor, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han establecido que, siendo la acción una voluntad objetivada, habrá de estarse al significado perceptible de esa voluntad para identificar su dirección. Así, el uso pretendido de un medio idóneo para causar la muerte en un sector del cuerpo susceptible de amenazar la vida, ciertamente revela la intención homicida. Lo anterior, debe valorarse abstractamente, es decir de acuerdo con la idoneidad del medio

empleado y la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; independientemente del peligro concreto que en el caso específico se hubiere corrido, puesto que, en muchas ocasiones, podría acontecer que, por factores ajenos, la acción no implique un peligro efectivo para la víctima (cual podría ser la mala puntería del tirador, o la lentitud en su proceder), en cuyo caso no se habría puesto en peligro su vida, pero habrían concurrido los componentes típicos suficientes para tener por configurado el delito en grado de tentativa, como sucedió en el presente asunto, en que el menor fue herido a la altura del cuello con la citada cuchilla, demostrándose de ese modo el dolo homicida por el que se sanciona al encausado, quien no logró su cometido gracias a la oportuna intervención del aludido testigo ..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto Nº 541-F-96, de las nueve horas con cuarenta minutos del veinte de setiembre de mil novecientos noventa y seis).

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 540 de las 9.30 h del 26 de mayo.

#### 12. VIOLACIÓN. Libertad sexual de la persona discapacitada.

"El acceso carnal con una persona discapacitada, no configura por sí un delito de violación. Mantener esa tesis significaría suprimir ilegítimamente a ese sector de la población, su derecho a la libertad sexual, la que únicamente podría consecuentemente sostener relaciones sexuales compartidas con sujetos inimputables, porque cualquier otra persona que con ella tenga acceso carnal, sería sujeto de un proceso penal por violación. La tesis resulta discriminatoria y contraria al bien jurídico que se protege: la determinación sexual de la persona, "concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre de los participantes" (Sala Tercera, Nº 159-99 del doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve). Debe considerarse que no toda discapacidad produce la pérdida de la capacidad de comprensión y de determinación de la conducta y que hay discapacidades que no excluyen la capacidad del sujeto de disfrutar su libertad sexual, con conocimiento del significado de sus actos. El artículo 156, inciso 2) del Código Penal, conforme al texto vigente al momento de los hechos —1992—, tipifica como delito el acceso carnal con una persona privada de razón o incapacitada para resistir. La incapacidad para resistir puede ser de carácter físico o mental, mas como se anotó la sola existencia de una psicosis, no constituye por sí una incapacidad para resistir el acceso carnal, porque no toda enfermedad mental suprime el pleno ejercicio de la sexualidad al sujeto y en esos casos su consentimiento excluye la tipicidad de la conducta. Por su parte, cuando la víctima se encuentra mentalmente incapacitada para resistir y el sujeto activo la accede carnalmente, la tipicidad exige que el acusado tuviera conocimiento —admitiéndose el dolo eventual— de esa disminución del sujeto pasivo. En el caso de autos, es claro que los acusados tenían conocimiento de que la ofendida presentaba una enfermedad mental, sobre todo

porque su anormalidad se refleja en signos físicos, sin embargo, la prueba no acredita que los sujetos tuvieran conocimiento de que esa psicosis significara una incapacidad para resistir una invitación a mantener relaciones sexuales. La tipicidad subjetiva no puede derivarse, como lo hace el a quo, de la sola apariencia física de la ofendida. Por otro lado, nótese que la prueba pericial —folio 56— no suprime totalmente las capacidades de la ofendida, sino que apunta cierta disminución y el psicólogo forense M. A. G., fue claro al señalar que es difícil determinar hasta qué punto está totalmente abolida su voluntad, porque la abolición total se presenta solo en el inerte y que la privación de la voluntad de la ofendida no es absoluta, tiene muy poca capacidad para resistirse y puede ser manipulada de cualquier forma. Ante estas

circunstancias, para determinar la efectiva incapacidad para resistir de la ofendida, no basta con la pericia médica y se necesitaba determinar si en el caso concreto el consentimiento de la ofendida fue válido o no y la forma cómo logran los acusados su objetivo, a efecto de determinar si obedece o no, a un abuso de la condición de la víctima. No es suficiente con la disminución de las capacidades de la ofendida, sino que es preciso acreditar que dadas las circunstancias en el caso concreto, tal estado mental haya sido decisivo, de tal forma que el autor se haya aprovechado de esa incapacidad del sujeto para comprender el significado y alcance de su conducta.”

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 128 de las 9.45 h del 4 de febrero.

## B. DERECHO PROCESAL PENAL

### 13. ACTA DE DECOMISO. Nulidad por participación de testigos con derecho de abstención.

“Irregularidades que se agravan con el levantamiento del Acta de Decomiso de folio 25, pues en ella, de manera indebida y estando claramente determinada la relación familiar entre M. M. Q. y M. Q. A., esposa y suegra de S. C. respectivamente, los oficiales de policía hacen que estas se presenten y firmen como testigos de actuación, a pesar del derecho que éstas tenían de abstenerse de participar en este tipo de actos, derecho que nunca fue advertido por los oficiales actuantes, proceder que —en consecuencia— acarrea la nulidad del acta en mención. Al respecto y con ocasión de una consulta judicial presentada por el Lic. M. Ch. J., actuario a. í. del Juzgado Tercero de Instrucción de San José, órgano al que le correspondió conocer de la presente causa, la Sala Constitucional se pronunció diciendo que: “*En forma reiterada esta Sala ha indicado que todas las autoridades de la República deben aplicar directamente la Constitución Política, según se concluye de la relación armoniosa de los artículos 11 y 194 de la Constitución Política, pues no se puede “observar y defender la Constitución”, si se le ignora al resolver una determinada situación sobre la que regula, o se aplica la legislación secundaria sobre lo dispuesto por ella. En el caso en examen la Constitución es absolutamente clara “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”, dispone el artículo 36. II. Al ser una garantía la señalada, no puede ser interpretada restrictivamente como lo pretende la representación del Banco Central de Costa Rica en su escrito de apersonamiento ante la Sala, haciendo la diferencia entre testigos puramente tales y los de asistencia, pues en realidad no existe razón alguna, lógica o legal, para hacer tal diferencia, pues lo que ha pretendido el constituyente es garantizar, ante una colisión de intereses respecto de la administración de justicia y la integridad familiar, este último interés, el que*

*indudablemente se verá afectado cuando uno de los parientes, en el grado señalado en el citado artículo 36 constitucional, debe servir de testigo de cualquier clase que sea en contra de los intereses del imputado. Así, al igual que la representación de la Procuraduría General de la República, esta Sala estima que: “De la conjugación armónica de los artículos mencionados (se refiere a los numerales 227, 228 y 234 del Código de Procedimientos Penales), ha de extraerse, sin forzamiento, que cada vez que esos parientes, en los grados determinados constitucionalmente, deban rendir alguna declaración o manifestación de voluntad que eventualmente pueda ser usada en su contra o en perjuicio de los parientes en grado ya dicho, resulta menester hacerles la advertencia sobre la posibilidad de abstención y en caso de rechazarla, advertirles los posibles perjuicios que ello podría acarrearle a sus parientes”. En razón de lo anterior debe responderse a la consulta formulada señalando que resulta absolutamente nula, por lesionar gravemente la garantía constitucional establecida en el artículo 36 de la Carta Magna, cualquier acta levantada sin formularse las advertencias sobre el derecho de abstención, en que participe como testigo cualquiera de los parientes a que se refiere el señalado artículo constitucional (SALA CONSTITUCIONAL, Voto N° 3483 de las 14.42 horas del 21 de julio de 1993).”*

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 377 de las 10.00 h del 7 de abril.

### 14. ADHESIÓN. Concepto de parte. Recurso concedido a otro.

“En esta oportunidad, mediante un escrito presentado dentro del término del emplazamiento, el Licda. M. B. procura adherirse al recurso que la Licda. M. B. ya había promovido a favor de su representado. Es cierto que cada defensor es un sujeto procesal distinto, pero su intervención en un proceso

se da en relación con un determinado imputado. De allí que el concepto de **parte** obliga a incluir en él al conjunto de personas que velan por unos específicos intereses, los cuales están contrapuestos a otros, todo ello dentro de un proceso. Así las cosas, la parte la integran cada justiciable con su defensor o sus defensores. De allí que la persona sometida a un proceso penal pueda ser considerada como parte en dos sentidos, uno en lo penal (imputado) y otro en lo civil (demandado). En cada uno de esos supuestos podrá gozar de asistencia letrada específica, la cual no necesariamente habrá de recaer sobre el mismo profesional. Lo importante es resaltar que si un imputado tiene dos defensores, como en el presente caso, en realidad no se puede hablar más que de una sola parte: la defensa. Esto es trascendente para determinar si la adhesión perseguida es procedente o no. La **adhesión** es un instituto procesal mediante el cual se permite a las **partes** que no han impugnado en tiempo una resolución, el hacerlo, siempre que **otra parte** sí haya formulado el recurso **dentro del plazo de ley**. Esta institución, según lo expone Lino Palacio (Los recursos en el proceso penal, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, p. 29), tiene su fundamento en el principio de igualdad procesal y se caracteriza porque la parte que no ha recurrido puede formular su impugnación particular con sus propios motivos, pero dependiendo de la existencia de un recurso interpuesto por **otra** de las partes. Como puede observarse, la adhesión está prevista siempre en relación con el recurso formulado por una parte distinta a aquella que pretende utilizar este instituto. Es decir, no puede una parte adherirse a su propio recurso. En relación específica con la regulación del instituto de la adhesión en la legislación procesal costarricense, esta Sala ya ha expresado lo siguiente: *"Si bien es cierto la redacción del artículo 425 del Código Procesal Penal vigente difiere de la que incluía el 453 del derogado, es claro que el criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala, en el sentido de que no es posible la adhesión a un recurso formulado por la misma parte, mantiene actualidad. En efecto, la anterior posición se generó a partir del citado artículo 453, que rezaba: "... El que tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del término del emplazamiento, al recurso concedido a otro ...", de donde se interpretó que "... por medio de la adhesión puede unirse al recurso abierto por otro para expresar sus agravios contra la resolución... donde por "otro" no puede entenderse al propio defendido del incidentista, sino que solo se refiere —según la opinión dominante— al recurso concedido a la parte adversaria o contraparte del sujeto adherente o, en un sentido más amplio, a la co-parte ..."* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 468-A-93, de las 9.15 horas del 22 de octubre de 1993). No obstante que la nueva regulación señala que quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del período del emplazamiento, al recurso interpuesto por cualquiera de las partes (artículo 425 del Código Procesal Penal de 1996), es claro que jamás podría estarse haciendo referencia a la propia parte que —como sujeto procesal unitario— recurre, pues incluso ello iría en contra de los mismos fundamentos históricos que justifican el instituto de la adhesión, a través de la cual *"... se permitió a la parte que no había recurrido adherirse a la apelación del adversario para solicitar que se reformara la resolución impugnada en lo que estimare perjudicial a su interés. Por tanto, el que apelaba y el adherente quedaban en*

*igualdad de condiciones, como si los dos hubiesen recurrido ..."*, Ayán (Manuel), *"RECURSOS EN MATERIA PENAL"*, Editora Córdoba de Marcos Lerner, 1985, página 155. Sentencia N° 647-99 de las 8.50 horas del 28 de mayo de 1999. En el presente caso, el imputado M. M. pretende adherirse al recurso de casación ya existente a su favor, el cual fue presentado por su defensora. Precisamente por no tratarse de otra parte, sino de la misma, **la adhesión promovida resulta improcedente y debe rechazarse.**"

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 307 de las 10.30 h del 17 de marzo.

#### 15. ALLANAMIENTO. Derecho de defensa y asistencia letrada.

"En primer lugar, el derecho de defensa en su modalidad de asistencia letrada, debe desarrollarse de acuerdo con la finalidad de cada una de las etapas que integran el proceso y en segundo término, la intervención defensiva no es irrestricta, pues se encuentra supeditada a que su ejercicio no interfiera decisivamente con el curso normal de la investigación ("con las excepciones previstas en este Código", establece el párrafo segundo del artículo 12 del Código de rito). Debe recordarse, que lo normal u ordinario es, que las facultades de intervención, asistencia y representación, se puedan ejercer ampliamente a lo largo del proceso; sin embargo, en la etapa preparatoria, por la urgencia con que deben realizarse algunas pesquisas —excepcionalmente— el derecho de defensa se atenúa y la garantía de regularidad y legalidad del acto es suplida por la intervención de una autoridad jurisdiccional, la cual, de acuerdo con normas de imparcialidad, debe constatar que el acto se realice con absoluto respeto de los derechos de los intervinientes. Esta conjunción entre las potestades acusatorias del Ministerio Público y del ejercicio razonable de la defensa técnica, encuentra su regulación en el artículo 292 ejúsdem, en virtud del cual se reconoce el derecho del defensor de asistir, presenciar y proponer diligencias, bajo la condición de que: "... su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades...". Bajo el parámetro interpretativo que prevé el artículo 2 del Código Procesal, el operador debe propender a no desnaturalizar el sentido de la norma transcrita, es decir, no debe convertir en regla la excepción. En otros términos: so pretexto de propiciar la eficacia de las indagaciones, el Estado no puede desconocer —como política generalizada— derechos que previamente ha instaurado en pro del justiciable, salvo cuando proceda al amparo de las excepciones que el mismo legislador haya autorizado. En efecto, esto es lo que sucede en los allanamientos legalmente decretados, los cuales por incidir directamente sobre derechos fundamentales (verbigracia, el ámbito de intimidad de los ocupantes del sitio, derivado del artículo 23 Constitucional), requieren el cumplimiento de una serie de requisitos: En primer lugar, que exista una motivación razonable que justifique —de acuerdo al principio de proporcionalidad— incursionar en aquella esfera de reserva. Por ello, lo normal es que la autoridad jurisdiccional competente (principalmente el Juez de la etapa preparatoria, o bien, el de la etapa intermedia o el mismo Tribunal de Juicio) previamente constaten la necesidad de la

diligencia y en caso de estimarla procedente, emitan una orden fundamentada que debe contener: los motivos que justifican tal medida, así como la referencia de la hora y sitio en que se ha de verificar (artículo 195 *ibidem*). Además, el juez debe intervenir directamente en la diligencia (artículo 193 *ejusdem*), evidentemente —por razones de seguridad— ingresará al lugar cuando la policía haya controlado las posibles fuentes de riesgo. De ahí en adelante, se informará al afectado de las razones del allanamiento. Luego de realizar el registro y secuestro de bienes, ordenados previamente —aún en términos genéricos cuando se desconocen las características particulares del objeto a decomisar— se levantará un acta de lo realizado (artículos 186, 196, 198 y 199 del Código Procesal de la materia). Ahora bien, respecto de la intervención del defensor en el allanamiento —en tesis de discusión— podría pensarse que por afectar derechos fundamentales, el allanamiento debe verificarse de acuerdo con las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 *ibidem*). No obstante, dada la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo Código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y solo en caso de estimarse necesario, se solicitará la intervención de un defensor público (artículo 294). Evidentemente, esto encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aun cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación —por razones de urgencia— debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular). En estos casos, puede designarse un defensor público para que asuma la representación del encartado —exclusivamente para tal diligencia— en el entendido de que —de inmediato— las actuaciones deberán ponerse en conocimiento del Letrado escogido por el justiciable o asignado por la Defensa Pública. Obsérvese que el Código no exige la asistencia del defensor en el momento de realizarse la diligencia de allanamiento, pues comúnmente cuando se realiza, aun se ignora quién o quiénes podrían ser los imputados. No obstante, a fin de dotar de mayores garantías a los encausados, la Corte Plena dispuso que la Defensa Pública mantuviera un listado de profesionales disponibles, a los cuales pueda acudir en caso de ser necesario (ver al efecto acuerdo de Corte Plena N° 7-98, del 2 de marzo de 1998, Artículo XV, Circular N° 5-98, publicada en el Boletín Judicial 3 77 (sic), del miércoles 22 de abril de 1998). A efecto de dar solución al reclamo planteado, debe quedar claro que como lo ha establecido esta Sala y lo ha asumido el Tribunal Constitucional, **la inasistencia del defensor o su deficiente intervención en el allanamiento, no invalida los resultados de la diligencia, pues se entiende que el Juez asume la representación del encartado como garante del respeto de sus derechos procesales...** En el mismo orden de ideas, aunque de manera genérica, la Sala Constitucional ha indicado que: *“... la omisión de nombramiento de un defensor que participe en la realización de las diligencias iniciales de la investigación y sobre los actos preliminares que conducirán a la individualización del imputado, no infringe el debido proceso, siempre y cuando exista la participación y el*

*control suficientes de parte del juez de garantías en tales actuaciones...”* (Ver Voto N° 6.469-99, de 14.33 horas del 18 de agosto de 1999). Como se aprecia, la lesión al debido proceso y al derecho de defensa del justiciable, no se ocasiona por la inasistencia de algún defensor, sino que —de existir— los defectos procesales pueden haberse originado en actuaciones independientes de la del Letrado, por ejemplo, el incumplimiento de los presupuestos, requisitos y procedimiento, referidos en este Considerando.”

1999. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1453 de las 9.00 h del 19 de noviembre.

#### 16. **ALLANAMIENTO. El juez debe justificar la delegación de la diligencia.**

“Contrario a lo que reprocha el representante del Ministerio Público, la Sala estima que no le asiste razón al considerar que la decisión de la mayoría del Tribunal, al decretar la nulidad del Allanamiento, así como el Acta de Decomiso levantada con ocasión de su realización, visible a folio 25, es errada y carente de fundamentación, pues dicha decisión, distinto a lo que acusa, sí se encuentra debidamente motivada al respecto. Siendo que además las razones que se exponen para ello se observan ajustadas a derecho, ya que en efecto nunca se justificó el porqué se delegaba en la policía judicial la realización del allanamiento en la casa del endilgado. En este sentido, como bien lo indica el Tribunal en el Acta de Debate, si bien la autoridad jurisdiccional puede, en casos especiales, delegar la realización de un allanamiento a la policía judicial, es lo cierto también que esta delegación no puede ser absolutamente libre, dejada a la discrecionalidad del juez, sino que debe responder a una causa válida, como lo sería —por ejemplo— un motivo de urgencia, debiendo estar también debidamente razonada o justificada, es decir, debiendo establecerse las causas por las que la autoridad jurisdiccional, en dicho caso, no puede asistir y practicar la diligencia. Caso contrario, de no cumplirse con estos requisitos, la delegación de la actuación en la policía judicial sería absolutamente improcedente, estando la diligencia, así como la prueba obtenida en ella, viciadas de nulidad. Conforme lo anterior entonces, la orden de allanamiento, visible a folio 248 y el acto a través del cual se ejecutó, son ilegales, tal y como lo hace ver el Tribunal de Juicio al decir: *“...en este sentido contamos con la resolución del Juzgado de Instrucción de Desamparados de las nueve horas del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y uno, en esta resolución el señor Juez autoriza se lleve a cabo el allanamiento en la casa del señor S. C., siendo que al efecto comisiona a los oficiales del Organismo de Investigación Judicial llevar a cabo esta diligencia, conforme esta resolución el Juez no indica o no se señala, que estemos dentro de un caso de urgencia, ni fundamenta los motivos de la inasistencia a la realización material del acto, la constitución (sic) Política protege el ámbito de la intimidad y la habitación, en este sentido, en su oportunidad y atendiendo a los artículos 209 en relación con el 216 el Juez debió fundamentar y motivar las razones tanto de la delegación como de su inasistencia al acto a realizarse, esta circunstancia a criterio de la mayoría simple del Tribunal,*

hace que el allanamiento sea ilegal y consecuentemente la prueba obtenida por su medio igualmente lo sea, el Tribunal fundamenta su decisión en el voto 718-93 de la Sala Constitucional, que dice en lo que interesa "...conforme lo dispone el artículo 23 de la Constitución Política, el domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república (sic) son inviolables, solo por excepción y previa orden escrita emanada del juez y conforme lo dispone la ley puede allanar el domicilio y demás recintos privados (...) el allanamiento... debe hacerse con las formalidades de ley y en presencia de la autoridad judicial. El párrafo segundo de (sic) artículo 209 que autoriza delegar en la policía judicial debe verse estrictamente relacionado con las normas constitucionales dichas y con el numeral 216 párrafo 2 del mismo código de suerte que si ese último prevee (sic) la necesidad de delegar en casos urgentes como lo prevee (sic) el artículo 209, es porque presupone que el juez es el que debe realizar el acto y solo por excepción debidamente motivada podrá delegar en la policía judicial, el espíritu y contenido de las citadas normas lo que pretende es que el juez de instrucción se constituya en garante del acto que va a realizarse (...)" (folio 668 fte. línea 31 en adelante). Ilegalidad de la actuación que la dicta el Tribunal amparándose también en el criterio de la Sala Constitucional expuesto en el voto N° 255-95, pronunciamiento en el cual se indica que la prueba obtenida a través de una diligencia ilícita se convierte en ineficaz para dar soporte a una sentencia condenatoria. Fundamentándose de igual forma en lo expuesto por esta Sala en el Voto N° 468-99 de las 9.20 horas del 23 de abril de 1999, resolución de la que, dada su importancia, cabe transcribir lo siguiente: "Ahora bien, la participación del juez en la diligencia tiene desde la propia Constitución, según se vio, sus propios requisitos: debe haber orden previa escrita; ésta, como corolario de un acto de poder emanado de un funcionario público, debe estar debidamente motivada y sustentarse en la existencia de indicios fundados de estar en presencia de un delito, o frente a la posible lesión a los derechos o a la propiedad de terceras personas, según se establece de la relación de los artículos 23, 9 y 28 párrafo segundo, todos de la Constitución Política. A ellos deben sumársele los requisitos especiales que desarrolla la ley procesal y que, sin duda alguna, pretenden reforzar las garantías ya dadas constitucionalmente, a saber: cómo debe ser esa orden y qué debe contener, quién puede gestionar tal diligencia si se está en la fase de investigación, dentro de qué horario puede realizar el allanamiento, la identificación de los sujetos que actuarán en la diligencia y, en especial la participación **ineludible** del juzgador cuando el allanamiento es de un domicilio, recinto privado o habitación —artículos 193, 194, 195 y 196, todos del Código Procesal Penal—. También se encuentran desarrollados los requisitos exigidos para realizar un allanamiento sin previa orden judicial, en el numeral 197 que contempla, en sus cuatro incisos, los supuestos de hecho que, de concurrir, autorizarían el allanamiento sin orden judicial, es decir, sin intervención previa del juez. Como se desprende de todo lo dicho, estos supuestos son aún más excepcionales y obedecen, la mayoría, a situaciones inminentes de urgencia o de claro riesgo para las personas moradoras de la vivienda o recinto, sus bienes o para evitar la impunidad de los autores de hechos delictivos". Posición que, debemos agregar, además es compartida por

la doctrina nacional, la que, al pronunciarse sobre este tipo de actuaciones, explica: "Si se practica en forma ilegal un allanamiento, quebrantando lo establecido por el art. 23 de la Constitución Política, la prueba obtenida como consecuencia de él es inválida..." (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier); Código de Procedimientos Penales, 2ª ed. corr. y aum., San José: Juricentro, 1991, p. 177). Siendo que "No basta que un acto sea posterior al acto viciado para que sea nulo al decretarse la nulidad de este último. Se hace necesario que sin la existencia del acto viciado no hubiere podido ser realizado el acto posterior..." (*Ibidem*, p. 176)."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 377 de las 10.00 h del 7 de abril.

#### 17. CESURA DEL DEBATE. Casos en los que procede. Facultad del juzgador.

"Respecto de este reclamo, debe indicarse que el instituto de la cesura no es de aplicación automática por parte del Tribunal, una vez que el imputado ha ejercido su derecho de solicitarlo. La redacción del artículo 323 del Código Procesal Penal es la siguiente: "***Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles. En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, en lo que se refiere a las consecuencias civiles. Antes de remitir las actuaciones, el tribunal se pronunciará sobre la solicitud. Resueltos los asuntos anteriores, se remitirán las actuaciones, los documentos y los objetos incautados al tribunal de juicio y se pondrá a su orden a los detenidos***" (la negrilla no es del original). Del texto transcrito se extrae claramente que la solicitud de aplicar la cesura es facultativa, tanto para el imputado (quien podrá requerirla para discutir las consecuencias penales y civiles del hecho punible) como para las partes civiles (estando estas limitadas a solicitar la discusión diferida solamente de las consecuencias civiles del delito). Pero el poder dispositivo de la parte en cuanto a este instituto queda restringido a pedir su aplicación o no. Es decir, su solicitud no vincula al Tribunal. Este puede acoger o rechazar la petición que formule la parte para dividir el debate en dos fases. Esta potestad se contempla en el párrafo tercero del artículo transcrito, en el cual se establece que el órgano juzgador debe pronunciarse sobre la solicitud. No tendría sentido que los jueces se vean obligados a emitir criterio expreso sobre una petición que se les formula, si estuvieren sometidos al deber de aceptarla. Cabe agregar que para decidir si el debate se celebra en dos etapas o no, el Tribunal debe contemplar la razón de ser de la cesura, la cual se encuentra en el artículo 359 del Código Procesal Penal. En este último numeral se dispone que la segunda etapa del debate está especialmente prevista para la individualización de los efectos penales y civiles del hecho punible y, lo que es más importante, **se exige en el segundo párrafo de la última disposición legal citada el haber ofrecido prueba para poder individualizar las consecuencias del delito**. Lo anterior indica para qué se contempla la posibilidad de dividir el debate en

dos fases. Si no se ofrecen elementos probatorios especialmente relevantes para la determinación de los efectos penales y civiles de un delito, entonces no tiene sentido la aplicación de la cesura. En el presente caso, el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica rechazó la solicitud del ahora recurrente, con fundamento en el no ofrecimiento de prueba para la segunda fase del debate (folio 164), lo cual se comprueba con la simple lectura del escrito mediante el cual se pidió la aplicación de la cesura en esta causa (folio 161). Lo anterior hace evidente que el juez de la etapa intermedia actuó conforme a Derecho a la hora de rechazar la gestión del defensor del imputado L. G., ya que este no fundamentó la petición que formulaba. Además, el Tribunal de instancia posteriormente volvió a rechazar esta solicitud, debido a que no motivó la defensa cuál era el perjuicio que se le había causado con la no utilización de la cesura en este proceso. Esta ausencia de expresión de agravios se observa también en el recurso de casación formulado, en el que no se indica cómo se lesionaron los derechos del imputado al rechazar la solicitud de dividir el debate en dos fases."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 376 de las 9.55 h del 7 de abril.

#### 18. CONCILIACIÓN. Es posible en delitos tentados.

"Sobre el tema de la conciliación y la posibilidad de llegar a ella en los delitos tentados, especialmente respecto del rango de pena a considerar para efectos del requisito contemplado en el numeral 36 del Código Procesal Penal cuando señala que, para conciliar, es necesario, entre otros, que para el delito en cuestión y, en el caso concreto, sea viable *"la suspensión condicional de la pena"*, la Sala Constitucional se ha pronunciado recientemente en la sentencia número 430-00 de las 16.09 h del 12 de enero del año en curso y al efecto consideró: ***I. Objeto de la Consulta:*** *El artículo 36 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa Artículo 36. Conciliación. En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta ley.*" Cuestiona el Tribunal consultante si, en virtud de la frase "los que admitan la suspensión condicional de la pena", resulta constitucionalmente válido permitir la conciliación en caso de delitos graves, en concreto si se trata de un delito de homicidio en grado de tentativa. ***II. Sobre el fondo:*** *Son dos, las razones de inconstitucionalidad que se cuestionan: en primer término, si el permitir la conciliación en los casos de delitos de homicidio tentado atenta contra el contenido del artículo 21 constitucional, al dejar "desprotegido", sacando de la tutela jurisdiccional, la protección del bien jurídico "vida". El segundo argumento se refiere a la posible violación del principio de igualdad, si el juez opta por valorar el caso concreto, aceptando o rechazando la conciliación según las circunstancias. El aceptar la*

*conciliación como una forma de resolución de conflictos no implica una renuncia del Estado a la tutela de un determinado bien jurídico; por el contrario, se pretende al permitirla, legitimar a la víctima en la solución del conflicto penal, autorizando ser escuchada y formar parte de un proceso del cual antes estaba prácticamente excluida, lo que constituye, a lo sumo una forma diferente de tutela. En el artículo 36 del Código Procesal Penal, el legislador establece varios límites para que la conciliación entre víctima e imputado sea procedente. Uno de estos límites se refiere a que el delito que se discute admita la suspensión condicional de la pena, lo que podría ocurrir en el caso de los delitos tentados. Es labor propia del juez valorar el caso concreto y determinar si una vez examinado el caso y sus circunstancias, el delito atribuido admitiría la suspensión condicional de la pena, valoración que también incluye tomar en cuenta la gravedad del hecho atribuido. El que el juez examine y valore el caso concreto para determinar si homologa o no la conciliación solicitada forma parte de sus facultades como juez y en forma alguna violenta el principio de igualdad ante la ley, máxime si se toma en cuenta que cada caso sometido a su conocimiento es único y que presenta características que lo individualizan, debiendo el juez, valorar los factores objetivos y subjetivos del caso a efecto de establecer si procede acordar o no la suspensión condicional de la pena y en consecuencia si debe o no homologar la conciliación, pues son esas circunstancias particulares las que diferencian el hecho —le individualizan— y en tal razón la respuesta penal al ajustarse a ellas, según el criterio del juzgador, no lesiona el principio de igualdad a que se refiere el artículo 33 de la Constitución, sino que lo cumple. Así el Juez está legitimado para "ex ante", establecer si se dan las circunstancias que autorizan la suspensión condicional de la pena, pues solo en ese caso podría homologar la conciliación acordada por la víctima y el imputado. En el caso de los delitos tentados, debe establecer si la disminución que permite la relación de los artículos 24 y 73 del Código Penal, es procedente y si para el caso esa disminución permitiría la suspensión condicional de la pena, disminución que debe estar directamente relacionada con la gravedad del hecho atribuido. Lo anterior conlleva a que se concluya que permitir la conciliación en el caso de los delitos tentados, aún tratándose del delito de homicidio, no resulta inconstitucional". Así las cosas y de conformidad con el precedente citado, es viable considerar la posibilidad de conciliación en los casos de delitos tentados, para lo cual deberá el juzgador realizar un análisis "ex ante" de las circunstancias propias del caso con el objeto de determinar si resultaría procedente la suspensión condicional de la pena, por la eventual sanción a imponer. Verificará entre otros requisitos, si cuentan los acusados, con juzgamientos anteriores o no, para determinar su calidad de "primarios", exigida por el numeral 60 del Código Penal. Además, analizará la gravedad de los hechos, la forma de comisión, la conducta del agente, siguiendo efectivamente los parámetros que el legislador ha fijado en el numeral 71 del Código Penal como elementos a considerar para el dimensionamiento del juicio de reproche y que se concreta en la fijación de la pena, solo que el análisis en este supuesto se haría antes del juicio, con base en los elementos probatorios que obran en autos y que fueron admitidos para el juicio, junto a la voluntad exteriorizada por las partes de llegar a una*

conciliación, para lo cual además, deberá oír el criterio de todos los involucrados, especialmente del Ministerio Público y velará por las condiciones en que se expresa la voluntad del ofendido y aquellas en que se pacta el acuerdo, como debe hacerse en cualquier caso en que se pretenda conciliar.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 454 de las 9.05 h del 5 de mayo.

**19. CONCILIACIÓN. La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos no sustituye lo previsto en la normativa procesal penal.**

“El *a quo* determinó que la solicitud, pese a haberse formulado ya muy avanzada la audiencia, no era extemporánea, interpretando para ello que la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727 del 9 de diciembre de 1997, establece que la conciliación puede acordarse en cualquier estado del proceso y que, por tratarse de ley especial y posterior al Código Procesal Penal, debe entenderse que lo modifica. La Sala no comparte tal argumentación pues el Código Procesal Penal contiene reglas específicas respecto de la conciliación en materia penal, tratándose de normativa de eminente orden público e indudablemente especial por ser específica la materia de que trata. La ley citada si bien es posterior en nada modifica las reglas procesales establecidas en el Código Procesal respecto a las características, requisitos y tiempo procesal de la conciliación en materia penal. Por lo demás, la propia ley en su artículo 2 define la materia que desarrolla y establece que *“Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”*, sin que pueda entenderse comprendida en tal marco de acción la conciliación del conflicto penal, cuyo establecimiento y desarrollo lo hace el legislador en el Código Procesal, siendo la norma de principio el numeral 7 de dicho cuerpo legal. Nada impide que los principios inspiradores de la Ley citada, puedan complementar la interpretación de la conciliación en materia penal, especialmente en temas no regulados en forma expresa, pero ello sería en forma supletoria y nunca para sustituir o variar las reglas que el Código establece, como sucede con lo relativo al tiempo procesal para la aplicación de las medidas alternas. Es menester señalar que ni aún con la interpretación que ha dado la Sala Constitucional respecto de la frase *“hasta antes de acordarse la apertura a juicio”* podría estimarse que la petición del recurrente es admisible.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 454 de las 9.05 h del 5 de mayo.

**20. CONCILIACIÓN. Casos en los que puede participar la Contraloría General de la República.**

“Asimismo, además del defecto antes señalado, se agrega el hecho de que efectivamente, en este tipo de causas, en donde se administran o están en juego dineros o fondos

provenientes del Estado, existe la obligación de convocar o participar a la Contraloría General de la República, como entidad encargada de garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción, de conformidad con la ley, es decir de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428, del 26 de agosto de 1994. A este respecto, en el artículo 3 de esta normativa se establece claramente que a la Contraloría General se le faculta para participar, según su exclusivo criterio, como *“animus curie”* o como coadyuvante en los procesos jurisdiccionales en que se encuentren involucrados la Hacienda Pública o los fondos privados sujetos a control y a fiscalización del órgano contralor. Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el artículo 4, que indica que *esta entidad ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública; de manera particular, sobre los sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicas que se prevén en la ley de cita.* También se dispone que la Contraloría General de la República podrá fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos (art. 6). De ahí que las *disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan* (art. 12, pf. 2º). Participación que además es importante, pues aparte de las otras sanciones que prevé el ordenamiento jurídico, la desviación del beneficio o de la liberación de obligaciones otorgadas por los componentes de la Hacienda Pública, hacia fines diversos del asignado, aunque estos sean también de interés público, *facultará a la entidad concedente para suspender o revocar la concesión*, según la gravedad de la violación cometida (art. 7, páf. 1º). En este mismo orden, cuando la desviación se realice en beneficio de intereses privados, del sujeto agente o de terceros, la concesión será revocada por la Contraloría General y el *beneficiario quedará obligado a la restitución del valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos.* Asimismo, lo que en esta oportunidad no se ha cumplido, se prevé que en los juicios en los que se encuentre involucrada la Hacienda Pública o los fondos privados sujetos a su control y fiscalización, la Contraloría General de la República podrá participar, según su exclusivo juicio, como coadyuvante de la administración demandada o actora, en este caso del Ministerio Público. Por ello, las autoridades judiciales que conozcan de estos procesos deben dar traslado de ellos a dicha institución para que, dentro del plazo conferido, pueda apersonarse en el juicio correspondiente (art. 35). Participación y coadyuvancia que también está prevista en la propia Ley de Fundaciones, pues en esta se dispone que la Contraloría fiscalizará el funcionamiento de esta organización por todos los medios que desee y cuando lo juzgue pertinente. Así, si en el curso de algún estudio aparece una irregularidad, deberá informarlo a la Procuraduría General de la República, para que esta interponga la acción que corresponda ante los tribunales de justicia, si hubiere mérito para ello (art. 15). Además, lo que

resulta de notable relevancia en esta ocasión, se dispone que toda donación, subvención, transferencia de bienes muebles o inmuebles, o cualquier aporte económico del Estado o sus instituciones para que estas entidades complementen la realización de sus objetivos, necesitará, entre otros requisitos, **contar** —cuando corresponda— **con el visto bueno escrito de la Contraloría General de la República, donde se muestre que las donaciones y transferencias recibidas fueron ejecutadas y liquidadas según los fines previstos y de conformidad con los principios de la sana administración** (art. 18 inc. d.-). Conforme a lo anterior y analizado lo que obra en el expediente, queda en evidencia que los juzgadores no han procedido según lo establece el ordenamiento jurídico, pues tan solo se han limitado a escuchar a algunos de los que se dicen víctimas y representantes de las víctimas y a las acusadas, sin convocar a todos los interesados; incluso a la Procuraduría General de la República, la que como representante del Estado, de apreciar alguna irregularidad, podría interponer las acciones que estime pertinentes (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, arts. 1, 3, 20 y 21)."

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 608 de las 9.30 h del 9 de junio.

## 21. CONCILIACIÓN. Fundamentación del acuerdo conciliatorio y de la sentencia de sobreseimiento.

"En efecto, analizado el acuerdo conciliatorio y su homologación, lo mismo que la sentencia de sobreseimiento definitivo dictada a favor de las imputadas D. Y. B. e I. R. L., la Sala observa la existencia de una serie de defectos procesales que ameritan declarar con lugar los reclamos que formula el representante del Ministerio Público. En primer término, como se indica en el recurso de casación, los juzgadores en ningún momento procedieron, como en derecho correspondía, a exponer las razones por las cuales consideraban que el acuerdo conciliatorio alcanzado en la causa resultaba legal, razonable y proporcional, aspectos que debían ser valorados para estimar su homologación. Incluso, no obstante la oposición manifiesta del Ministerio Público al respecto, en el tanto mediaba un interés público o social en el caso y la medida de que no era suficiente la aceptación de quien "aparecía" como representante de la entidad ofendida, señor C. A. C. G., los juzgadores indebidamente omiten pronunciarse sobre dichos aspectos u otros extremos de interés. Específicamente en el Acta de Conciliación, luego de escuchar a las partes, el Tribunal tan solo manifiesta que "Se readecuan los procedimientos y se homologa el acuerdo al que han llegado las imputadas y la Fundación ofendida. Cumplido el pago de la suma de... díctese a favor de las mismas, la correspondiente sentencia de sobreseimiento por el delito de Administración Fraudulenta que se les ha venido atribuyendo. Se le advierte a las acusadas, que en caso de incumplimiento, se reanudarán los procedimientos, sin que puedan solicitar nuevamente la aplicación del instituto de la Conciliación. Todo lo anterior de conformidad con las disposiciones contenidas en los numerales 36, 311,

inc. d) y 30, inciso k) todos del Código Procesal Penal..." (fl. 676). De igual forma en la sentencia de sobreseimiento se señala de manera sucinta, en cuanto al fondo del asunto, únicamente lo siguiente: "En virtud de haber cumplido las acusadas D. Y. B. e I. M. R. L., con las obligaciones contraídas, verbigracia, el pago de la suma de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL COLONES CADA UNA...** a la ofendida H. C. I., representada por el señor C. A. C. G., según se comprueba con los documentos visibles a folios... dándose así el representante de la ofendida por resarcido de cualquier daño a él ocasionado por las acusadas y no existiendo ningún otro acuerdo que cumplir por parte de las mismas, se declara la **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** y se ordena el **SOBRESEIMIENTO** de D. Y. B. e I. M. R. L. por el delito de **ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO**, que en perjuicio de H. C. I., **CAPÍTULO DE COSTA RICA** se les venía atribuyendo" (fls. 841 y 842). Este defecto en el proceder de los juzgadores resultaría suficiente para anular tanto la homologación del acuerdo conciliatorio, como la sentencia de sobreseimiento definitivo dictada a favor de las imputadas, pues —cabe recordar acá— no basta con convocar a las partes para que se manifiesten sobre la conciliación, sino que además, independientemente de que se acepte o no lo expuesto por ellas, en la medida de que no es vinculante para el Tribunal, se deben explicar de manera razonada y amplia los motivos por los que se acepta o no el acuerdo alcanzado. La fundamentación se debe presentar también al momento de dictarse la sentencia de sobreseimiento definitivo, pues si con esta se da por finalizado el proceso, es de vital importancia conocer cuáles han sido los motivos de hecho y de derecho por los que los juzgadores han estimado justificado y conforme al ordenamiento jurídico el dar por extinguida la acción penal. Fundamento que en un caso como el presente adquiere un significado especial, pues los montos que se acusan como administrados fraudulentamente resultan ser en extremo superiores a los que se fijan en el convenio que se suscita entre los supuestos "interesados", es decir resultan ser desproporcionados; debiendo además haberse valorado por tanto el interés social que en esta oportunidad excedía o desbordaba la simple concurrencia de voluntades de las partes "interesadas" para perfeccionarse, pues conforme al artículo 1° de la Ley de Fundaciones, Ley N° 5338 del 11 de setiembre de 1973, estas son "entes privados de utilidad pública... sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar... actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social"."

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 608 de las 9.30 h del 9 de junio.

## 22. CONCILIACIÓN. Quien participa en el acuerdo debe ser realmente la víctima o su representante legal.

"Por último, aun cuando no fue alegado directamente por el representante del Ministerio Público, la Sala también advierte que el señor C. A. C. G. no estaba legitimado para actuar como representante de la víctima o parte ofendida,



aun cuando hubiese sido uno de los denunciados en este proceso, pues en primer lugar la ofendida en este caso lo es la F. de H. C. I. de C. R., cuya representación legal la ejerce, según la escritura de constitución (Cláusula Sexta, fl. 269) y conforme lo prevé el artículo 12, párrafo tercero de la Ley de Fundaciones, el presidente de la Junta Directiva, que en este caso lo es precisamente la acusada D. Y. B. Asimismo, si bien conforme al acuerdo que se aporta de la Junta Directiva se determinó que C. A. C. G. fue nombrado como administrador de los bienes de la Fundación (fls. 650 a 653), dicho nombramiento no lo faculta para asumir la representación legal de esta, menos disponer de los bienes que le pertenecen a ella; pues, primero, quien tiene el poder de representación lo es el Presidente de la Junta Directiva y, segundo, para poder disolver o liquidar este tipo de entidad, además de la decisión de la Junta Directiva o de la solicitud de la Contraloría General de la República, se requiere de la participación de un Juez Civil, quien será el encargado no solo de ordenar la disolución o liquidación respectiva, sino también de disponer a qué otra fundación o institución pasan los bienes que son patrimonio de la entidad a disolver, siendo dicho funcionario la persona que deberá firmar los documentos necesarios para hacer el traspaso de bienes. En este mismo orden de ideas, no es cierto, como lo indica el Tribunal en el fallo que "**H. C. I. Capítulo de Costa Rica**", cuyo representante es C. C. G., es la parte ofendida o víctima, ya que esta organización constituye, según las constancias que se observan en el expediente, una entidad totalmente independiente a la F. H. C. I. de C. R., la que, como lo prevé el artículo 1º de la Ley que la regula, se le reconoce a ella "**personalidad jurídica propia**"; al punto que, según las constancias señaladas, la institución C. I. Inc. representada por C. G., tiene el número de cédula jurídica N° 3-003-165384 (ver certificación de fl. 608); por su parte la **F. de H. C. I. de C. R.** es portadora de la cédula jurídica N° 3-006-123688-06; y finalmente la **A. de H. C. I. de C. R.**, tiene el número de cédula jurídica 3-002-216-428 (fl. 653). En otras palabras, las tres organizaciones tienen vida jurídica independiente y aun cuando pueda existir alguna semejanza o compatibilidad en las funciones y programas que llevan a cabo, para efectos legales son personas jurídicas individuales que cuentan no solo con una estructura organizativa y legal distinta, sino también cada una de ellas con un representante que ejerce los actos que le fueron asignados en la escritura constitutiva y en la ley. Por esta razón, no es posible admitir, como lo entiende el Tribunal en la sentencia de sobreseimiento, que el señor C. A. C. G. podía actuar como representante de la parte ofendida, en tanto esta es distinta a la entidad que él representa legalmente. Además, como se dijo líneas atrás, el que se le hubiese nombrado como administrador de los bienes de la Fundación para su liquidación es improcedente conforme lo dispone la Ley de Fundaciones y la escritura constitutiva de la fundación de H. C. I. de C. R., ya que para ello existe un procedimiento especial ante un Juez Civil."

### 23. CONSULTOR TÉCNICO. Circunstancias en las que procede.

"Las reglas de garantía en torno a la imparcialidad del juzgador persiguen que este se encuentre sometido únicamente a la ley, libre de injerencias externas e internas, en tanto estas últimas dependan de sus propios intereses, posición personal o de sus decisiones particulares. En el presente asunto, se extrae del acta de debate que el Tribunal, en efecto, dispuso designar un consultor técnico para sí y que el funcionario, no obstante las protestas de varias de las partes, asistió a los jueces, manteniendo con ellos conversaciones "confidenciales" e incluso ocupó un asiento en el estrado (cfr. folios 495 y 496). Con ello el a quo se irrogó facultades que no le asisten, pues lo cierto es que la figura del consultor técnico —que resulta una innovación en nuestra normativa procesal—, **constituye una prerrogativa exclusiva de las partes a quienes debe asistir**. Así se colige no solo del texto expreso de la ley, que la regula en el Título VII del Libro I, bajo la denominación "*Auxiliares de las partes*" y lo reitera el artículo 126 al señalar que el consultor debe actuar "*... siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten*"; sino también de que su origen obedece a la voluntad del legislador de dotar a las partes —entiéndase: Ministerio Público, querellante, defensor, actor y demandado civil, coadyuvantes u otras personas o instituciones facultadas por la ley para intervenir en defensa de algún interés en litigio—, de los instrumentos necesarios para asegurar el mejor ejercicio de sus poderes y derechos y, en especial, para alcanzar cierta igualdad entre las distintas partes, algunas de las cuales no tienen idéntico acceso a los medios técnicos y científicos capaces de auxiliarlos en sus gestiones, sobre todo al producirse la prueba ante el juzgador. Tanto los asistentes como los consultores técnicos responden, entonces, al principio de amplitud de los poderes y las facultades de las partes de manera que estas puedan cumplir sus funciones en la forma más adecuada para perseguir la tutela de sus intereses. Ahora bien, el juez no es una parte, sino el tercero objetivo e imparcial ante quien han de desarrollarse las pruebas para determinar los hechos y que por ley está llamado a escuchar los alegatos contrapuestos para, finalmente, aplicar las normas de acuerdo con su correcto sentido. Ello evidencia, de nuevo, lo improcedente de que los jueces —poniéndose al nivel de las partes— se asignen un consultor técnico, pues la idea de que puedan ser asesorados o de que reciban consejo, aun sea con el propósito de hacerse inteligibles las manifestaciones de los testigos o definir líneas de interrogatorio, puede eventualmente llevarlos a vulnerar los principios de imparcialidad e independencia de criterio que deben regir sus actos y decisiones. Es, además, innecesario, pues para auxiliar al juez en su interpretación de aspectos científicos o técnicos relacionados con las afirmaciones de hechos, existe la prueba pericial y nada obsta para que se convoque al experto cuantas veces resulte apropiado o conveniente y se le interroge sobre los temas surgidos en el debate que requieran una explicación técnica, en presencia de las partes y con su irrestricta intervención. Por último, la actitud de los juzgadores de consultar a su asesor "a espaldas de las partes" o "confidencialmente", afecta la transparencia que debe caracterizar al proceso y, particularmente, a los actos del

Tribunal, pues aquellas no tuvieron acceso a esas conversaciones privadas o secretas producidas entre los funcionarios llamados a dictar sentencia y su consejero, aun cuando sí las pudiesen conocer indirectamente, a través de las preguntas que luego formularon los jueces a los testigos y peritos. Debe reiterarse, entonces, que los consultores técnicos **solo pueden ser designados para asistir a las partes y nunca al juzgador**, quien debe permanecer ajeno a cualquier injerencia, por así exigirle una regla de garantía establecida a favor del acusado y las restantes partes."

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 127 de las 9.40 h del 4 de febrero.

**24. COSTAS. Normativa que las regula. Pueden ser declaradas a favor de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima.**

"Como en efecto lo indica el Ministerio Público en su escrito de contestación de audiencia, si bien el Decreto N° 27624-JMINAE-MAG-MOPT-MP del 9 de febrero de 1999 derogó en principio el Decreto N° 20307 del 4 de abril de 1991, es lo cierto que aquel fue declarado inconstitucional mediante Voto N° 7657-99 de las 16.03 horas del 6 de octubre de 1999 por la Sala Constitucional, lo cual implica que queda en vigencia lo dispuesto en el Decreto N° 20307, es decir, lo dispuesto en la normativa en la que se fundamenta el Tribunal para dictar la condenatoria civil referida al pago de las costas personales a favor de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, a quien se le delegó la acción civil resarcitoria. Pago de costas que además es procedente en tanto el artículo 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N° 7442 del 25 de octubre de 1994, así lo autoriza, pues en él se señala que: *"Cuando corresponda el jefe de Oficina de Defensa Civil de las Víctimas o quien este designe, gestionará ante la autoridad correspondiente la fijación y el cobro de los honorarios por los servicios prestados... La fijación de honorarios se hará en sentencia o en el momento en que la víctima decida prescindir de los servicios de la oficina. Iguales reglas se aplicarán, en lo que corresponda, para el cobro de costas por honorarios de abogado de la parte actora civil, contra la parte vencida. Los ingresos provenientes de lo dispuesto en esta norma, serán depositados en una cuenta especial destinada al mejoramiento de la Oficina y a la creación de un fondo para satisfacer las necesidades de las víctimas de delitos."* En consecuencia, habiéndose aplicado correctamente la normativa sustantiva al presente caso en cuanto a la estimación de las costas personales, se declara sin lugar el recurso en este aspecto."

2000. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 243 de las 9.35 h del 3 de marzo.

**25. DECLARACIONES EXTRAPROCESALES. Pueden ser valoradas si se producen fuera del proceso o de manera espontánea.**

"Nótese que en este sentido se trata de manifestaciones rendidas a peritos oficiales, criterio que es el que debe

aplicarse en estos casos en el sentido de que no pueden ser legalmente incorporados, pues el derecho de abstención cubre inclusive en dichas diligencias surgidas a raíz de la investigación. Sin embargo, en el voto de esta Sala número 297-98 de las 9.53 horas del 27 de marzo de 1998, citado en el voto 458-98 referido, esta Sala había considerado que las manifestaciones realizadas a funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia no podían ser tomadas en cuenta para sustentar el fallo condenatorio. Conviene entonces modificar el criterio en cuanto a la resolución número 297-98 citado, específicamente en cuanto a la incorporación de las declaraciones rendidas a trabajadoras sociales o funcionarios de instituciones que actuaron extraprocesalmente, por las razones que se dirán: **a.-)** En primer lugar, se trata de declaraciones rendidas fuera de un proceso; en ningún momento se dieron para acudir al llamado de un Juez, tal y como ocurre en las pericias médicas y psicológicas que se llevan a cabo en el Organismo de Investigación Judicial. Nótese que en este caso las trabajadoras sociales son testigos que conocieron de los hechos sin que existiera un proceso judicial; así, la licenciada F. C. señaló en juicio que *"por su trabajo conoció a la menor P. R. F. cuando fue llevada por su maestra ya que presentaba parto doméstico, en ese momento la maestra le informó que habían antecedentes de sospecha por abuso sexual de su padre por lo que le pidió que el asunto se investigara..."* (folio 177, líneas 30-35). De igual forma, la testigo C. A. indicó que *"en su condición de trabajadora social del Hospital San Juan de Dios en Clínica del Adolescente, dijo conocer en forma directa el caso de la menor D. R. F. Dijo que a ella le correspondió valorar a la adolescente cuando ingresó al Hospital San Juan de Dios referida por el Hospital de Pérez Zeledón con diagnóstico de embarazo de término... Cuando la menor ingresó le informó a ella que el embarazo es de su propio padre, por lo cual conversó con ella y esta le comentó que su padre desde que ella tenía diez años abusaba sexualmente mediante penetración"* (folio 172, líneas 16-26). Es claro que tales manifestaciones al ser en sede "extra proceso" son espontáneas y absolutamente voluntarias, pues no son originadas por la orden de un juez ni en sede judicial. Esta Sala considera que es distinto el caso de las pericias ordenadas por el juez, por el Ministerio Público o la misma policía judicial en los casos en que se encuentra autorizada, porque al formar parte de las diligencias realizadas dentro de un proceso y al ser órdenes emanadas por una autoridad competente, las personas que gozan del derecho de abstención (imputado y los parientes del imputado) y no se trata de declaraciones espontáneas. En otras palabras, no es lo mismo conocer de los hechos en razón de su cargo y fuera de un proceso (como por ejemplo, funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia o como trabajadoras sociales), que conocer de los hechos por orden de juez cuando se ha ordenado una pericia médica o psicológica o en el curso de una investigación policial. En esos casos la espontaneidad de la declaración desaparece. **b.-)** Se trata de funcionarios que según el artículo 281, inciso a) del Código Procesal Penal tienen la obligación de denunciar, pues son hechos delictivos que conocen en ejercicio de sus funciones. Sería ilógico que la ley les imponga la obligación de denunciar si una ofendida les narra un hecho delictivo del cual fue víctima y luego su

testimonio no pueda ser tomado en cuenta cuando en juicio y en su condición de testigo, declara lo que la misma ofendida les narró espontáneamente. En síntesis se hace necesario hacer una distinción entre las personas que pueden declarar de referencia aquello que han sabido porque se los ha narrado otra persona. Cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual, por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria; mientras que lo narrado ante los peritos oficiales, tales como el médico, psiquiatra o psicólogo, no puede introducirse al debate ni ser tomado en cuenta para la decisión, porque el relato de la víctima y sus familiares no se ha producido en forma espontánea y voluntaria, sino como una condición para el curso mismo del proceso judicial. Por lo expuesto es que el reclamo debe declararse sin lugar.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 122 de las 9.15 h del 4 de octubre.

## 26. DEFENSOR PÚBLICO. Se requiere ser abogado.

“Una situación similar se venía presentando con los defensores públicos, pues en algún momento se permitió designar a personas no letradas. Esta situación fue permitida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta que se introdujo una reforma en 1989. En efecto, antes de esa fecha el artículo 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizaba a cualquier persona a ejercer la abogacía en caso de inopia, pues disponía que “...en los lugares asiento de Alcaldía que disten más de veinticinco kilómetros de la sede del juzgado y en donde no hubiere por lo menos dos personas de las autorizadas por la ley para litigar con representación, con oficina abierta, podrá ser apoderado judicial quien carezca de esos títulos...”. Pero el legislador optó por eliminar esa posibilidad en 1989 al exigir, al menos, que se tratara de un egresado de la carrera de Derecho, para ejercer la abogacía. El artículo 140 de la entonces Ley Orgánica del Poder Judicial fue modificado por Ley N° 7130 del 3 de noviembre de 1989, (esa disposición fue recogida con posterioridad en el artículo 243 de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, que fue luego modificado por Ley N° 7464 del 10 de enero de 1995 y todavía se encuentra vigente su texto) y desde entonces dispuso y dispone todavía lo siguiente: **“Salvo los casos exceptuados por la ley, solo los abogados podrán representar a las partes ante los tribunales judiciales de la República. No obstante, en los lugares asiento de la alcaldía que disten más de veinticinco kilómetros de la sede del juzgado y en donde no haya por lo menos dos abogados con oficina abierta, podrá ser apoderado judicial el egresado de la carrera de Derecho, dentro del período de dos años que se indica en el párrafo siguiente. El alcalde respectivo hará constar en el expediente, bajo su responsabilidad, que no existen por lo menos dos abogados con oficina abierta”**. De esas disposiciones deriva necesariamente el exigirle a un defensor público la condición

de abogado, ya que no se trata de un simple requisito gremial, sino de un requisito sustantivo previo para el ejercicio de la defensa técnica. El artículo 80 del Código de Procedimientos Penales dispone que el defensor puede ser un abogado, queriendo hacer referencia a un profesional en Derecho que ejerza en forma liberal la profesión; o por un defensor público, quien lógicamente también debe ser abogado, es decir, un profesional apto para el ejercicio de esa función, salvo cuando el imputado esté en condiciones de ejercer esa actividad en forma eficiente. De esta norma no podríamos derivar una autorización para que el defensor público pudiera ser de otra profesión distinta a la licenciatura en Derecho. Lo mismo podemos afirmar respecto de los fiscales.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 246 de las 9.50 h del 3 de marzo.

## 27. DETENCIÓN. Es posible en contravenciones.

“Tampoco es atendible la tesis que se sostiene, en el sentido de que en materia contravencional esté prohibida la *“privación de libertad”* en los términos que argumenta el encartado, pues el Código Procesal Penal de 1996 sí legitima a la policía administrativa para decretar su *“aprehensión”* aún sin que haya mediado orden judicial previa. En efecto, por una parte se dispone en el numeral 235, inciso a) del código citado que *“Las autoridades de policía podrán aprehender a toda persona, aún sin orden judicial, cuando ... haya sido sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo ...”*; y por otro lado el artículo 406 ibidem dispone que *“en materia contravencional, excepcionalmente, podrán aplicarse las medidas cautelares, cuando resulte indispensable para la protección de los intereses de las partes o de la justicia. Sin embargo, la prisión preventiva solo procederá para garantizar la presencia del imputado en el juicio oral”*. No se desconoce que, al amparo de la legislación procesal penal anterior, la Sala Constitucional venía reduciendo el uso de la aprehensión en materia contravencional para aquellos supuestos en los que el infractor no se identificara plenamente (en este sentido véase entre otros, el voto de ese despacho N° 3210-93, de las 15.39 horas del 7 de julio de 1993; el N° 1556-94, de las 15.06 horas del 5 de abril de 1994), pero el legislador ha ampliado los limitados supuestos del Código anterior, conforme se desprende de la normativa transcrita, lo cual posibilita aún más el accionar de la fuerza pública, con el fin de garantizar el orden y la tranquilidad de los ciudadanos. En todo caso, ni siquiera con la legislación procesal penal anterior, que en materia de detención en contravenciones era bastante más restrictiva, la Sala Constitucional ha llegado a afirmar que no es posible la aplicación de medidas cautelares ante ese tipo de ilícitos. Desde luego, tanto antes como ahora, esa posibilidad está restringida a una serie de situaciones justificadas, conforme lo señala el Código Procesal Penal en sus artículos 235 a y 406 antes referidos.”

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1475 de las 10.38 h del 19 de noviembre.

**28. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Diferencia con la extinción de la pena.**

"Por otro lado, de acuerdo con el pronunciamiento de mérito que se objeta, se tiene que mediante sentencia del Tribunal Superior Penal de Alajuela, sección segunda, N° 196-94, del 22 de noviembre de 1994 (folios 99 a 104), R. S. D. fue condenado a 8 años de prisión por el delito de violación calificada en perjuicio de K. R. S. Dicho fallo adquirió firmeza al no ser impugnado por ninguna de las partes. Posteriormente y antes de que dicha sanción privativa de libertad fuese cumplida, el imputado falleció el 25 de octubre de 1998 a consecuencia de un cáncer gástrico (ver certificado de defunción de folio 141). A consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Juicio de Alajuela, actuando de forma unipersonal, con base en el numeral 30 del Código Procesal Penal declara extinguida la acción penal por muerte del imputado. De lo expuesto se evidencia una confusión entre las reglas que rigen la extinción de ambos institutos, ya que al haber recaído en contra del agente con base en una sentencia condenatoria que lo declaró autor del hecho, que como se dijo adquirió autoridad de cosa juzgada, es claro que la acción penal ya había sido ejercida con éxito por parte del Ministerio Público, de tal modo que la situación sobreviniente que ahora se presenta (la muerte del acusado) solo podría incidir en lo que respecta al cumplimiento de la pena impuesta. Lo anterior permite determinar lo impropio de la resolución de mérito, pues la situación que se prevé en los numerales 30, inciso a) y 311, inciso d) del código citado, referida a aquellos casos en los cuales aun no ha fenecido el proceso, no es la misma que se presenta en el caso que nos ocupa, donde —según se explicó— ello ya operó. Por ello, resulta erróneo estimar que la extinción de la pena constituye una causal para el dictado de un sobreseimiento, pues tal hipótesis no aparece contemplada en la norma que se citó. En casos semejantes al que ahora nos ocupa, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado lo siguiente: "... resulta abiertamente contradictorio que se disponga el sobreseimiento —esto es, se ponga fin al proceso y a la acción penal, liberando de responsabilidad al imputado—, en relación con unos hechos por los cuales el acusado fue condenado por sentencia firme, esto es, que acogió la pretensión punitiva del Estado y la materializó en una condenatoria, cuyo único defecto ha sido su inejecución ...". Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 811-99 de las 14.07 horas del 2 de julio de 1999. En efecto, el hecho de que por una cuestión sobreviniente (en este caso la muerte del condenado) no pueda ejecutarse la sanción privativa de libertad fijada en un fallo jurisdiccional firme, no implica de ningún modo que deban enervarse todos los efectos jurídicos que se derivan del mismo, pues si bien ante dicha situación deberá ordenarse el archivo definitivo del expediente, la inscripción de esa condenatoria deberá mantenerse por el término que señala el artículo 11 de la Ley del Registro y Archivo Judiciales, número 6723 y —de igual modo— de allí podrían generarse incluso consecuencias civiles merecedoras de tutela judicial que, ante una sentencia de sobreseimiento como la que nos ocupa, vendrían a verse seriamente comprometidas."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 101 de las 9.20 h del 28 de enero.

**29. FUNDAMENTACIÓN. Deben valorarse todas las posibles calificaciones del hecho.**

"Si bien es cierto, el sistema del proceso penal instaurado por el legislador a través del nuevo Código de rito, amplió las potestades de las partes e incluso de otros sujetos intervinientes —v. gr.: la víctima— reconociéndoles ciertos poderes dispositivos en la búsqueda de la mejor solución del conflicto, así como medios impugnativos y de control de los que anteriormente carecían, de tal manera que a través de sus actuaciones pueden influir eficazmente en un proceso que, en esencia, puede calificarse como "adversarial"; ello en modo alguno significa que sus poderes de disposición se extiendan incluso a la escogencia definitiva, invariable y vinculante para el juez, de los tipos penales en que se encuadrarían las conductas acusadas. En su tarea de administrar justicia, el órgano jurisdiccional se encuentra sometido únicamente a la ley, tanto sustantiva como procesal. De allí deriva que, el error en que incurran los acusadores al definir jurídicamente el tipo que estiman aplicable, o la circunstancia de que, luego de recibidas las pruebas en debate, se observe que el hecho imputado encuadra en una norma distinta de la que se enuncia en la acusación, no releva al juez de su deber de aplicar la ley sustantiva, pues sobre ella las partes carecen de todo poder dispositivo. En el presente caso, aun en el supuesto de que el Ministerio Público no hubiese planteado ninguna acusación subsidiaria, o hubiese "desistido" de ella, le incumbía a los juzgadores el deber de examinar si los hechos, a pesar de no constituir el delito acusado, se adecuan típicamente en otra norma sustantiva, aunque no haya sido mencionada por las partes. Este proceder resulta necesario para asegurar la correcta aplicación de la ley sustantiva y la debida fundamentación del fallo. En la especie, el a quo tuvo por demostrado que el justiciable accedió carnalmente a la ofendida con su consentimiento y que esta contaba a la fecha con catorce años de edad, por lo que dispuso sentencia absolutoria por el delito de violación, pero omitió examinar si la conducta descrita se adecua o no en otro tipo penal, por lo que el fallo deviene ayuno de fundamentación intelectual y jurídica en ese sentido. Así —y sin que la Sala prejuzgue sobre si concurren o no las circunstancias establecidas en la ley, que definen el delito de estupro, pues ese tema no es objeto del recurso—, más que un irrespeto del principio acusatorio, se observan defectos esenciales en los fundamentos del fallo, que impiden ejercer el debido control sobre la correcta aplicación de la ley de fondo. En virtud de lo expuesto, se declara con lugar el recurso, se anula la sentencia impugnada y el debate que la precedió y se ordena reenviar la sumaria a conocimiento del a quo para su nueva sustanciación, conforme a derecho."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 152 de las 10.05 h del 11 de febrero.

**30. IMPUTADO. Momento en el que se adquiere la condición.**

"De acuerdo con las previsiones legislativas adoptadas en el Código Procesal Penal de 1996, se considera "imputado"

a quien se señale como posible autor o partícipe de un hecho delictivo, mediante cualquier acto de investigación o del procedimiento (artículo 81). En el mismo sentido, el artículo 13 ibidem, establece que: "... desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada (...) Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe de él..." (artículo 13). En realidad, esta regulación no es novedosa, pues coincide con lo estipulado en el artículo 45 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Así lo ha entendido la doctrina: "... tal calidad se asume desde el primer momento de la investigación, en virtud de cualquier acto que implique persecución penal en contra de una persona. Y desde ese mismo inicial momento, nace —con limitaciones que oportunamente se verán— el derecho de defensa...". (Vásquez Rossi, Jorge Eduardo: *La Defensa Penal*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 3ra. edición actualizada, 1996, páginas 148 y 149). Bajo el mismo razonamiento, se ha indicado, que: "... la defensa técnica se admite desde el momento en que aparece una imputación contra una persona en el curso de un procedimiento penal de cualquier modo que esta imputación se manifieste, o bien cuando se ha procedido a la detención de una persona antes de haberse iniciado el procedimiento que cabría calificar de imputación extrajudicial...". (Moreno Catena, Víctor: *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, Editorial Civitas, S.A., página 49). Por su parte, otros autores resaltan la necesidad de informar al ciudadano acerca de que existe un proceso iniciado en su contra, para que pueda ejercer las atribuciones que la ley le concede, salvo que ello frustrara verdaderamente, los fines de la investigación. (Huertas Martín, María Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, pág. 214). Ahora bien, de la anterior relación de normas y sin dificultades interpretativas, se colige que el imputado adquiere tal calidad, desde el inicio de las investigaciones y que a partir de ahí, puede hacer valer los derechos que el ordenamiento reconoce en beneficio suyo."

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1453 de las 9.00 h del 19 de noviembre.

### 31. IMPUTADO INFORMANTE. Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Psicotrópicos N° 7233.

"Para resolver este recurso debe analizarse con sumo cuidado lo establecido en el precepto legal que se dice haber sido violado por parte del Tribunal de Mérito. Así se dispuso en el artículo 13 de la Ley de Psicotrópicos que los fiscales del Ministerio Público podrán ofrecer una solicitud al Tribunal Sentenciador para que se aplique el perdón judicial o una rebaja de la pena a imponer en sentencia, en favor de los autores de los delitos contemplados en la ley, cuando proporcionen espontáneamente información que contribuya a esclarecer delitos relacionados con el narcotráfico. La función del órgano jurisdiccional es velar por la búsqueda de la verdad real y en este sentido, si se determina en el debate que hubo colaboración espontánea de parte de algún acusado y que la información suministrada trajo como consecuencia la detención

de proveedores, el Tribunal respetando su función, puede aplicar el rebajo de la pena prevista en el numeral o el perdón judicial. Nótese que lo que dispone la norma citada es la solicitud del Ministerio Público, petición que puede ser acogida o rechazada por el a quo, dependiendo de las circunstancias que medien en el proceso y que no es vinculante para la decisión final. Del fallo se desprende que gracias a la colaboración brindada por el sentenciado H. E. A. se realizó todo un operativo que trajo como consecuencia directa la detención del proveedor de la droga que los imputados vendían, lo que evidencia que sin su ayuda el operativo hubiera tenido un resultado diferente. A folio 262 vuelto de la sentencia se extrae lo siguiente: "...el Licenciado F. S. Ch. quien hizo ver que cuando los tres imputados estaban presos, el Fiscal H. E. le hizo ver que los dos hombres tenían ganas de entrar en una negociación con el Ministerio Público y que a cambio de alguna ayuda en el proceso, estaban dispuestos a entregar al proveedor de la droga, por lo que él le indicó que de su parte no había ningún problema, fue así como detalló el testigo se consiguió la libertad de J. E. con el fin de que coordinara todo con la policía y si había un resultado positivo se negociaba. Y continúa a folio 263 frente: "...en una oportunidad desde su oficina el imputado E. J. lo llamó con el fin de coordinar la compra de más droga, llamada que escuchó indicó el testigo pues puso el altavoz del teléfono, pudiendo así escuchar que A. L. no confiaba mucho en J. dado su vicio que lo induce a tomar licor, por lo que le dijo que mejor le dijera a H. que lo llamara y así coordinaban todo, ante lo cual expuso Don F. le manifestó a J. que fuera a la cárcel y le dijera a H. lo que decía A. L., siendo que el coimputado E. A. desde la cárcel coordinó con L. J. la venta de cierta cantidad de droga, que iban a ir a traer a San José J. E. y E. R.". Continúa a folio 263 vuelto: "...el señor S. detalló que el acuerdo entre los imputados, el fiscal, el defensor y él se había dado de palabra y no por escrito; pero, que consideraba que debía ser honrado, dado que por la colaboración de los inculcados se logró la detención de J. A. L., ya que H. desde la cárcel planeó todo, siendo que J. y E. realizaron todo el trabajo material". De lo transcrito se desprende en forma evidente que el imputado E. A. coordinó con el proveedor de la droga con la finalidad de realizar un operativo policial que trajo como consecuencia la detención de J. A. L. y que sin su colaboración el resultado hubiera sido diferente. El artículo 6 del Código Procesal Penal establece el Principio de Objetividad que debe aplicar todo Tribunal de la República y en ese mismo sentido la norma número 63 del mismo cuerpo de leyes requiere la aplicación de este principio para todos los funcionarios que integran el Ministerio Público. Si la fiscalía incumple este precepto, el Tribunal tiene la obligación de rectificar las actuaciones para velar por una aplicación de la ley justa y apegada a derecho."

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1373 de las 13.45 h del 5 de noviembre.

### 32. INCORPORACIÓN DE DECLARACIONES. Vulnere los principios que informan el juicio cuando se produce fuera de los casos permitidos.

"En el presente caso, según consta en el acta de debate, el ofendido H. Q. C. no fue localizado para que compareciera

al juicio, lo que impidió conocer su versión de los hechos de viva voz, como lo estipula nuestro sistema procesal penal. Ante esta circunstancia, de conformidad con las reglas del nuevo proceso, el tribunal debe resolver el asunto con base en la prueba recibida en la audiencia y la que legalmente es posible incorporar mediante lectura, de conformidad con el numeral 334 del Código Procesal. En este caso el tribunal actuó correctamente al rechazar la incorporación de la "declaración" del ofendido recibida en la Fiscalía, pues en efecto la misma se recibe un mes después de iniciada la causa penal, por lo que no se trata de la "noticia criminis" que inicia la investigación, sino que es parte de la investigación que realiza el Fiscal para determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que suceden los hechos investigados. La verdadera denuncia en este caso, por las razones apuntadas, es la presentada por el joven H. Q. ante la Policía y no su declaración en el Ministerio Público, ya que fue su versión sobre los hechos en dicha oportunidad la que originó la actuación policial y posterior investigación. En este sentido la declaración sobre los hechos dada por el ofendido ante el Fiscal, como acto de investigación, de conformidad con el numeral 369 antes citado, no podía ser incorporada al debate, ni valorada por los juzgadores para resolver. El incorporar declaraciones o entrevistas tomadas en la Fiscalía para sustituir las deposiciones de viva voz en el debate, vulnera los principios del juicio oral, como la inmediación y el contradictorio, en tanto la sentencia debe tener como fundamento la prueba recibida en la audiencia, con la única excepción de la prueba que legalmente proceda incorporar por lectura al debate, situación que en este caso no se da."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 208 de las 9.20 h del 25 de febrero.

### 33. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. Nulidad cuando la realiza la policía.

"Según se colige del contenido del reclamo, el acusado estima que la condenatoria ordenada en su contra se derivó de forma exclusiva de un elemento probatorio ilegítimo, esto es, la realización ilícita de escuchas telefónicas por parte de la policía judicial, lo que —en su criterio— viciaría toda la decisión. En primer término conviene señalar que, en el caso que nos ocupa, las intervenciones telefónicas que se cuestionan fueron practicadas durante la investigación de los hechos con fundamento en el entonces vigente artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de 1973, disposición legal que fue anulada con posterioridad al dictado de la sentencia en examen (emitida a las 17.30 horas del 28 de marzo de 1989), ello mediante resolución de la Sala Constitucional N° 1261-90 de las 15.30 horas del 9 de octubre de 1990, por resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política (en su texto anterior a la reforma decretada mediante Leyes N° 7242 del 27 de mayo de 1991, publicada en La Gaceta N° 110 del 12 de junio de 1991; y N° 7607 del 29 de mayo de 1996, publicada en La Gaceta N° 115 del 18 de junio de 1996), confiriéndose a esta declaración efectos retroactivos hasta la fecha en que entró en vigencia la norma en cuestión, tiempo que comprende aquel en que sucedieron los hechos

que dieron origen a la presente causa, razón por la cual ha de convenirse con el impugnante en que si dichos elementos de prueba fueron utilizados en la investigación desarrollada por las autoridades, las mismas revestirían —en principio— un carácter ilegítimo que les impide servir de sustento a las conclusiones rendidas por el Tribunal de mérito. Una vez aclarado lo anterior, es necesario entrar a considerar si, en la especie, las referidas intervenciones telefónicas efectivamente fueron utilizadas y, si ello se dio, qué tipo de incidencia tuvieron en la estructuración del juicio de culpabilidad. Tal análisis es requerido con el fin de establecer si en la especie ha concurrido un vicio *esencial* al dictarse el fallo de instancia, entendiéndose por tal aquel yerro que —por su trascendencia— haya deparado en un agravio concreto para la defensa. Como un primer elemento que nos permite establecer que, en efecto, el reproche que se aduce en la revisión es atendible, tenemos que el propio representante del Ministerio Público, al plasmar por escrito las conclusiones que vertió durante la audiencia de vista oral celebrada a las 9.30 horas del 2 de febrero de 1999 (ver folios 599, líneas 2 a 8; y folio 601, línea 13 en adelante), acepta que "... *prácticamente la totalidad de los indicios utilizados para fundar la sentencia condenatoria, encuentran sustento en el resultado de las intervenciones telefónicas practicadas, de manera que, si se suprimen de manera real y efectiva los elementos derivados de tales diligencias, se aprecia que la responsabilidad del encartado V. R., no aparece en este caso debidamente derivada, con el grado de certeza necesario, de los restantes aspectos que se mencionan en el fallo ...*" (folio 601, línea 20 en adelante). Adicionalmente, de la sentencia impugnada se colige con absoluta claridad que el criterio del fiscal resulta acertado, por cuanto —tal y como se reclama en la acción— la responsabilidad del acusado V. R. se hizo derivar esencialmente de esas escuchas telefónicas realizadas conforme a la norma procesal que, según se explicó supra, fue declarada inconstitucional, razón por la cual no podrían ser consideradas dentro de la fundamentación del pronunciamiento condenatorio. Nótese que si mentalmente se eliminaran los elementos de prueba viciados, es claro que la decisión quedaría sin sustento alguno, pues según se logra colegir del contenido del fallo de mérito, toda la investigación realizada por las autoridades tuvo su punto de partida en la intervención de los teléfonos 59-13-96, propiedad del padre del aquí impugnante y ubicado en Gravilias de Desamparados y el 57-16-59, ubicado en el departamento que ocupaba su hermano y también sentenciado B. V. M. en los alrededores del edificio de Acueductos y Alcantarillados, por lo que el resultado que la misma deparó (allanamientos, decomiso de drogas y armas, identificación de otros partícipes, detenciones, etc.) también se vería afectado por ello. Así las cosas, al comprobarse que la prueba ilegítima tuvo un carácter decisivo en la sentencia de mérito, pues la motivación depende esencialmente de ella, debe acogerse el reclamo. Por otra parte, a pesar de que el vicio que se ha hecho notar es de carácter formal, lo que conllevaría como resultado el que se declare la ineficacia del fallo de mérito y se ordene el reenvío de la causa a la oficina de origen para una nueva sustanciación, tal solución no resulta conducente, no solo porque desde la fecha de comisión de los hechos ha transcurrido más de una década, lo que por sí solo conllevaría

la imposibilidad material de reunir la base probatoria necesaria a dichos efectos, sino —sobre todo— porque del contenido del fallo se observa que, al suprimir las intervenciones telefónicas viciadas, resulta más que evidente que no se contaría con elementos adicionales que pudieran sustentar un juicio de culpabilidad en contra del imputado. Con base en ello, por economía procesal y conforme lo solicita el propio Ministerio Público, de una vez en esta vía, con base en el principio universal del *in dubio pro reo* que recoge el artículo 9, párrafo 1º del Código Procesal Penal, se absuelve de toda pena y responsabilidad al imputado R. V. R. por la complicidad en el delito de tenencia de cocaína para el tráfico que se le ha venido atribuyendo.”

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 1279 de las 15.25 h del 14 de octubre.

#### 34. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA. Casos en los que procede realizar la diligencia por escrito.

“En materia procesal penal, el acto de notificación de la sentencia dictada, se produce precisamente con su lectura integral, recibiendo las partes una copia de ella —artículo 364, párrafo *in fine* del Código Procesal Penal— es decir que, la lectura de la sentencia integral es la forma de notificación establecida por ley, de allí que, *prima facie*, la inexistencia de lectura integral torna insubsistente el acto de notificación del fallo, salvo que la omisión sea atribuible a causas ajenas a la voluntad del tribunal, surgiendo aquí la posibilidad de notificación de la resolución emitida, mediante otros canales diferentes, conforme lo determinó la Sala Constitucional mediante Voto número 1502-92 de las 14 horas del 10 de junio de 1992, resolviendo la solicitud de aclaración interpuesta por la Sala Tercera Penal sobre el voto 974-91 de las 16 horas, 26 minutos del 21 de marzo de 1991, al establecer la notificación por escrito en casos excepcionales, por ejemplo cuando al tribunal de juicio no le es posible comparecer por razones imputables al Estado, utilizándose el sistema tradicional de notificación o bien una nueva lectura, sin que por ello se lesionen derechos fundamentales atinentes al debido proceso y al derecho de defensa. En el caso que nos ocupa, aun considerando que los jueces del Tribunal de Juicio, tuvieron una razón justificante que les impidió cumplir con el acto de notificación de la sentencia mediante su lectura integral, conforme se evidencia del expediente, con posterioridad incumplieron en su notificación por escrito, pues de los autos se desprende que, la única parte que fue debidamente notificada de la sentencia resultó ser el Ministerio Público —ver folio 328— no así la Defensa Pública de los encartados, ni estos mismos, a pesar que dos de ellos —J. A. Q. P. y J. C. R.— se encontraban privados de libertad, pues precisamente en sentencia se les revocó la excarcelación concedida, vulnerándose también el artículo 2 de la Ley 7637 sobre Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales, que obliga a la notificación personal de la sentencia en el centro carcelario correspondiente, al imputado detenido que no asistió a la lectura integral. En el presente caso, pese a que en las actas de debate levantadas no consta afirmativa o negativamente el deseo de los acusados de asistir a la

lectura integral del fallo, solamente se solicitó el traslado para dicho acto, del imputado J. C. R., no así del justiciable J. A. Q. P.; no obstante, como ya hemos indicado, la diligencia no se llevó a cabo, ordenándose la notificación personal del acusado C. R. únicamente, mediante comisión al Tribunal de Juicio de Limón —ver folio 326 frente—, sin embargo, tampoco existe comprobación de la efectiva notificación a dicho encartado. Como en otras oportunidades la mayoría de esta Sala ha señalado, que ciertos vicios relacionados con la firma tardía de los jueces en la sentencia o bien de la lectura integral, no implican necesariamente su nulidad, pudiendo ser subsanados excepcionalmente mediante la concurrencia de circunstancias especiales, lo que debe ser analizado en forma casuística. En la sentencia cuestionada, no estamos ante un caso de excepción que convalida cualquier irregularidad procesal, pues no se trata simplemente de la omisión del acto de lectura integral del fallo, sino que en la especie, las circunstancias revisten mayor gravedad, pues con posterioridad, las partes, especialmente los acusados y su propia defensa técnica, no fueron notificados por escrito, salvo el Ministerio Público, omisión que no se subsana con presentar el recurso de casación por la defensora pública en favor de los imputados condenados —desconociéndose cuándo se impuso la defensa técnica del conocimiento de la resolución dictada— pues siempre se les impidió a los justiciables la posibilidad de interponer su propia impugnación en defensa de sus intereses, incluso por razones diversas a la única alegada por su defensora, circunstancias especiales que evidentemente vulneran su derecho de defensa, pues la notificación a los interesados debe ser inmediata al trámite deliberativo y en la especie, el tribunal no cumplió con su deber de notificar la sentencia, resultando procedente la sanción al acto procesal irregular. No obstante lo anterior, siendo que el vicio reclamado no afectó la sentencia sino el acto formal de notificación, se ordena en esta oportunidad, reponer los plazos de interposición de los recursos, una vez que se proceda a efectuar la notificación correcta de la sentencia. Se omite pronunciamiento sobre los reclamos planteados en su impugnación por la Fiscalía de Siquirres, dada la naturaleza de lo aquí resuelto y porque, por economía procesal, de abordarse sus reclamos y resultar eventualmente procedentes, no es conveniente retrotraer las actuaciones a etapas ya precluidas del proceso. Lo anterior sin perjuicio de que las partes, de mantener el interés por recurrir, formulen de nuevo sus alegatos dentro del plazo correspondiente, una vez cumplido el trámite de la notificación.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 740 de las 10.25 h del 30 de junio.

#### 35. PERITAJES. Deben ordenarse cuando se requieran conocimientos especializados.

“Expresa el impugnante su disconformidad con las citas de doctrina médica a las que recurriera el Tribunal de mérito para definir los conceptos de “estado de emergencia” y de “shock séptico” —en sus diferentes fases—, las cuales utilizó, según quien recurre, como medios ilegítimos de prueba, ajenos al contradictorio y sin tener conocimientos

especializados, para sustentar su conclusión de que la ofendida B. F. A. se encontraba en estado de emergencia y que el justiciable W. J. la atendió cuando presentaba una fase inicial de shock séptico. La Sala comparte las argumentaciones del quejoso, en tanto la determinación de aspectos relevantes de los hechos que requieran conocimientos especializados, debe producirse a través de la prueba pericial, sometida al contradictorio y dotando así a las partes de la posibilidad de ejercer los medios impugnativos que estimen apropiados. Observa este Tribunal que el a quo, incluso, efectuó en apariencia una “traducción libre” de uno de los textos consultados (ver folio 612), asumiendo, entonces, funciones de perito y de intérprete, en franca oposición a las normas que regulan los medios de prueba y el modo de introducirlos al proceso. Esta última actuación coarta no solo la posibilidad de las partes de establecer contacto inmediato con la prueba, discutir su interpretación y alcances e impugnarla, sino también la de tener conocimiento de ella a través de un medio distinto del propio fallo. Si el a quo estimaba indispensable aprehender tales datos, debió solicitar el auxilio de los peritos —cuya función es precisamente la de suministrarlos y hacerlos inteligibles para el juez y las partes—, aun cuando conserve la posibilidad de no compartirlos, con arreglo a la propia determinación que efectúe de las situaciones de hecho concretas sometidas a juicio. Lo anterior no significa que los tribunales se encuentren inhibidos de recurrir a la cita de literatura ajena al ámbito del derecho, pues bien pueden hacerlo a guisa de ilustración. Sin embargo, el manejo de los textos debe realizarse de manera que no se les utilice como sustitutos de un peritaje esencial omitido y, en todo caso, nunca como fuente o medio de prueba.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 127 de las 9.40 h del 4 de febrero.

**36. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. No se puede concurrir a dictar sentencia dos veces por los mismos hechos.**

“Considera esta Sala que lleva razón la impugnante, pues en el presente asunto se han inobservado no solo disposiciones legales, sino también garantías procesales contempladas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, pues estos coinciden en que: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (el subrayado es suplido, artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La imparcialidad del juzgador también es garantizada como derecho del acusado en los artículos 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; principio que también recogen los artículos 35 y 42 de la Constitución Política, 6 y 180 del Código Procesal Penal. Precisamente para salvaguardar la imparcialidad u objetividad de los tribunales de justicia, cuando en el mismo proceso el juez ha concurrido a pronunciar la

sentencia, debe excusarse de conocer la causa, según lo dispone el artículo 55, inciso a) del Código Procesal Penal. Según lo refiere, de manera bastante imprecisa, el acta de debate manuscrita —cuya debida transcripción se echa de menos— antes de iniciarse el debate en la causa seguida contra los imputados B. V. y R. F. por el delito de Homicidio calificado en perjuicio de R. M. H., el Lic. R. D. V. —defensor del primero— solicitó la aplicación del procedimiento abreviado para su patrocinado y entonces el tribunal dio trámite a la solicitud, la estimó procedente, procedió a incorporar prueba, suspendió la audiencia, se retiró a deliberar y luego de la lectura de la parte dispositiva del fallo contra A. B., reanudó la audiencia para realizar el juicio “ordinario” contra el coencartado R. F. (cfr. folios 224 a 226 vuelto), proceder absurdo ya que ninguna imparcialidad podía mantener para juzgar a R. F., luego de haber deliberado y expresado el juicio de certeza necesario para condenar a B. V., pues a ambos se les atribuyó haber participado conjuntamente en el mismo hecho, tanto es así que la relación de hechos probados de las dos sentencias condenatorias citadas son exactamente iguales (cfr. folios 234 vuelto a 235 vuelto y 239 a 240). Incluso la Licda. A. E. S. F., en su condición de Fiscal del Ministerio Público, al contestar la audiencia concedida, coincide con la defensa en que el defecto denunciado constituye una clara violación al debido proceso, indicando, entre otras cosas, que: «En el caso que nos ocupa, analizando las dos sentencias dictadas, observamos que la emitida en favor de A. B., que recoge la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, número 141-99 de las 10 horas del 13 de mayo de 1999 [...] contempla dentro de los hechos probados, la acción ilícita desplegada por el coimputado R. F., cuya conducta realizada sería juzgada después en el juicio ordinario, dando como resultado la sentencia 144-99 de las 16.35 horas del 13 de mayo de 1999 [...], de modo que cuando el tribunal concurre a dictar este fallo, ya había emitido dentro del mismo proceso otra sentencia, tomando en consideración como hechos acreditados, la acción ilícita atribuida a R. F., siendo lo correcto, su excusa para conocer de la causa contra este último acusado, pues ya se había adelantado criterio en la primera de las resoluciones y al no excusarse, violentaron el principio de imparcialidad de los jueces, en detrimento de los derechos constitucionales del encartado R. F., deviniendo en nula la sentencia dictada en su contra y que aquí se cuestiona» (folio 271). Por las razones indicadas, procede declarar con lugar este reclamo, anular la sentencia condenatoria dictada y del acta de debate.”

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1336 de las 9.40 h del 22 de octubre.

**37. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL. Requisitos. Debe tener la condición de abogado.**

“El numeral 178 del Código Procesal Penal, establece: “Defectos absolutos. No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes: ...b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales...” La resolución que dispuso allanar la vivienda, base de la prueba recabada que incrimina al acusado, fue dictada por la señora L. A. A. y con la documental admitida, se



ha demostrado que esa persona el pasado cinco de marzo de mil novecientos noventa y ocho, ejerció funciones como Jueza Contravencional de Naranjo (ver folio 140), mas no aparece inscrita como abogada (ver certificación del Colegio de Abogados de folio 148), situación que ella misma admitió en el debate, al indicar sus calidades. Se evidencia así un error absoluto en el nombramiento de esa persona como Jueza Contravencional, porque si bien formalmente aparece nombrada para ocupar el cargo, se ha acreditado que no contaba en ese momento con la calidad de abogada y esa situación produjo un menoscabo al principio del juez natural (juez ordinario o predeterminado por la ley) y al derecho de defensa. Si bien normalmente se hace referencia al principio de juez natural, como aquel derecho que tiene todo ciudadano de ser juzgado por un juez ordinario, previamente constituido como tal, no puede limitarse el contenido de ese principio a esa situación, porque este exige además, que la persona que ocupa el cargo, cumpla los requisitos mínimos esenciales y entre ellos se encuentra la calidad de abogado. La abogacía es una disciplina científica que se aprende en la universidad y es indispensable para ejercer las funciones de juez, máxime que debe ponderar cuándo nos encontramos frente a los casos en que la Constitución y la Ley autorizan excepcionar derechos fundamentales a los ciudadanos, como resultan ser la privacidad y la inviolabilidad del domicilio. El ejercicio de la actividad jurisdiccional requiere de una persona letrada, con los conocimientos jurídicos y la capacidad necesaria para decidir sobre las pretensiones que le formulen las partes. En relación con el principio referido, apunta RAMOS MÉNDEZ: **“La garantía no solo afecta las reglas de la jurisdicción y competencia. De suyo, cualquier actividad jurisdiccional tiene que estar inspirada por tal máxima constitucional. Ello vale tanto para una consideración estática del órgano jurisdiccional (el personal que lo integra, su composición, las suplencias, etc.) cuanto para lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción... El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley... exige en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta la haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial... Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esa forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse”.** (El Proceso Penal. Tercera lectura constitucional. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, p. 73). Y es que el resguardo de los derechos fundamentales no se asegura con solo la intervención de una persona nombrada como juez —como parte de la doctrina lo sostiene—, amparándose en una presunción de legalidad del nombramiento y exigiendo su previa nulidad en vía administrativa para reclamar el motivo.

En un Estado de Derecho, debe exigirse que la persona que ha actuado en calidad de juez, cumpla con los requisitos legales, porque solo eso asegura, al menos medianamente, que su actuación va a ser ajustada a derecho. Afirma CLARÍA OLMEDO: **“Se llama juez natural, al juez de la Constitución; es decir el designado conforme a las normas y a las garantías constitucionales. No actúa como “juez natural” el que lo hace sin reunir las condiciones impuestas por estas normas aseguradas de la función judicial del Estado y de las leyes que en su consecuencia se dicten para el efectivo y correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano predeterminado”** (Tratado de Derecho Procesal Penal, Editor S.A. Editores, p. 237). La importancia de exigir al juzgador la calidad de abogado, es tal porque asegura objetivamente, que la decisión se tomará al amparo de la ley. La función jurisdiccional permite darle contenido a la norma —abstracta por característica— y exige un juicio valorativo entre el supuesto de la norma y el conflicto presentado, para lo que se debe meditar sobre la situación y encontrar una solución precisa, legal, equitativa y ajustada al principio de proporcionalidad y razonabilidad. El principio de legalidad rige la función jurisdiccional y si el juez solo puede hacer lo que la ley le permite, el conocimiento científico de la misma es requisito esencial. Los principios del debido proceso, juez natural, juicio previo e inviolabilidad de la defensa, constituyen una garantía de justicia y aseguran la estabilidad del orden jurídico. El principio de juez natural cumple un papel esencial en el Derecho Penal y Procesal Penal, máxime que en la fase de investigación, el juez penal no puede intervenir de oficio y tiene como función decidir motivadamente, sobre la viabilidad o el fundamento de las pretensiones jurídicas deducidas por las partes. Solo la resolución por parte de un profesional en Derecho, asegura la actuación efectiva de la ley y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. La potestad decisoria es compleja y su trascendencia está en los efectos que puede producir, por esa razón, como defecto absoluto califica el legislador, los defectos concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 246 de las 9.50 h del 3 de marzo.

#### 38. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL. Aplicación de la teoría del funcionario de hecho.

“No obstante que la situación irregular que señala el impugnante, relativa al nombramiento y juramentación del juez instructor, en efecto se presentó en la especie, pues de la certificación que se aportó se logra establecer que el Lic. V. M. B. fue nombrado de forma interina en dicho puesto mediante sesión del Consejo Superior del Poder Judicial del 17 de marzo de 1997, es decir, siete días después de haber asumido el cargo, siendo que —además— el mismo no prestó el juramento respectivo hasta el dos de abril de ese año, es claro que ello no ha venido a lesionar de ningún modo las garantías procesales de la defensa ni se ha traducido en un perjuicio material para ella. Si bien es cierto esta Sala no prohija este tipo de errores administrativos en la designación de jueces interinos, siendo obvio que en el futuro no deben

presentarse, resulta manifiesto que en la especie los mismos no implicaron ningún menoscabo de los derechos de las partes ni un obstáculo procesal para su ejercicio, lo que fácilmente se comprueba por el hecho de que el recurrente no logra siquiera concretar de qué modo hubiera cambiado la situación si los requisitos de nombramiento que echa de menos se hubieran cumplido. Adicionalmente, conviene recordar que la Sala Constitucional, mediante voto número 2765-92 de las 15.30 horas del 1º de setiembre de 1992, al resolver una consulta preceptiva, indicó que "... Si bien es cierto que la Constitución Política contiene la garantía de juez natural en el artículo 39 y ella incide en el debido proceso, la alegación planteada por la defensa, como base del reproche formulado en primer término, sea el hecho de que ... fue juzgado por persona sin jurisdicción ni competencia, no produce el quebranto procesal que se alega, pues la falta no incide en la señalada garantía, si se toma en consideración —como en forma reiterada esta Sala lo ha aceptado— que en relación con los jueces también funciona la teoría del funcionario de hecho, aceptada normativamente en la Ley General de Administración Pública (arts. 115 y ss.), mediante la cual se estima que actúa válidamente el funcionario al que falta uno o varios de los requisitos exigidos por la ley para tenerlo como plenamente investido para el ejercicio del cargo, pero que lo desempeña en forma pública, pacífica, continua y normalmente ajustada a Derecho. De ello se ha concluido que la falta de juramentación, por sí sola, no conlleva la nulidad de las actuaciones en que ha participado el juez, si con anterioridad fue debidamente nombrado o designado por quien tiene facultad legal para hacerlo ...". De lo transcrito se comprende, entonces, que la falta de juramentación —por sí sola— no deslegitima las actuaciones del funcionario de hecho que, habiendo asumido el cargo irregularmente, lo ejerce en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a Derecho (en este mismo sentido véanse los votos de esta Sala N° 90-F-90, de las 9.35 h del 20 de abril de 1990; N° 593-F-92, de las 8.55 h del 11 de diciembre de 1992; y N° 438-F-93, del 6 de agosto de 1993), máxime cuando en el caso que nos ocupa efectivamente el juez M. B. fue nombrado en dicho cargo por el Consejo Superior del Poder Judicial a partir del 10 de marzo de 1997. Por último conviene aclarar que el hecho de que en el caso sub júdice el nombramiento del citado juzgador se haya formalizado retroactivamente siete días después de haber este asumido sus funciones, no desvirtúa de ningún modo la referida tesis del funcionario de hecho, pues aun cuando materialmente no existiera en ese momento un acuerdo del Consejo Superior de Poder Judicial en tal sentido, se tiene que tal requisito se suplió 7 días después, con lo cual se vino a confirmar y ratificar en un todo la gestión pública que aquel venía ejerciendo, no por cuenta propia sino por un encargo, de forma pública, pacífica, continua y normalmente ajustada a Derecho según se indicó. También es necesario señalar que a pesar de que la resolución constitucional citada supra indique que la actuación del funcionario de hecho resulta válida si con anterioridad fue debidamente nombrado o designado por quien tiene facultad legal para hacerlo, debe entenderse que se hizo la referencia a tal característica debido a que en el caso que ahí se examinó sí se cumplió con ello. Lo anterior significa que si en la especie no se dio ese nombramiento anterior, ello no vendría a cambiar la situación,

máxime si advertimos que, además, dicho elemento no forma parte de los requisitos que incorpora el artículo 115 de la Ley General de la Administración Pública. Con base en estas razones, al no existir ningún defecto que justifique acoger las pretensiones del impugnante, se declara sin lugar el motivo."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 421 de las 9.25 h del 28 de abril.

### 39. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Acuerdo en cuanto a la pena. Deber de lealtad.

"Irrespeto a la pena pactada por las partes. Con cita de los artículos 395, inciso 1), en relación con los artículos 390, 400, inciso 6), 471 incisos 1) y 2), 472, 474 y 477 del Código de Procedimientos Penales, señala la abogada defensora del imputado que el Tribunal cometió un grave error, pues lo pactado con la fiscal en el juicio para abreviar el asunto, fue de una pena de cuatro años con el rebajo respectivo de un tercio de la misma. Sin embargo, el Tribunal impuso tres años y diez meses de prisión, cuando la pena pactada menos el tercio es de dos años y ocho meses. Tal fijación le impide solicitar el beneficio de ejecución condicional de la pena. El reclamo no es atendible. En vista de que en el acta de debate solo se consignó de manera escueta que la pena pactada entre el Ministerio Público y la defensa fue fijada en el tanto de cuatro años "con el tercio de la pena rebajada", a esta Sala no le quedó claro cuál fue el alcance del acuerdo de voluntades que en cuanto a este aspecto se dio, ello por cuanto en dicho documento el órgano de mérito más adelante hizo ver que tal operación aritmética daba como resultado el tanto de tres años y diez meses de prisión, lo que —en principio— a simple vista parecería tratarse de un error de cálculo. Nótese que al efecto en la citada acta se indica lo siguiente: "... Defensa esta solicita que se llegue a un proceso abreviado de 4 años de prisión... (sic) / Tribunal aclara a la defensa con respecto al acuerdo del proceso abreviado y de que la pena de este proceso es de 4 años sin el tercio.../ Defensa solicita y admite la pena negociada con el fiscal era con el tercio de la pena rebajada... / Tribunal corre audiencia a la fiscal.../ Fiscal aclara de que el acuerdo de nla (sic) defensa y el fiscal era de 4 años con el tercio de rebaja.../ Tribunal consigna que la pena con el tercio rebajada es de tres años y diez meses de prisión ..." (folio 251 frente). Ante las dudas generadas por la oscura y lacónica redacción de la referida pieza, sobre todo al incluirse el cálculo que de forma "aclaratoria" expuso el tribunal, mediante resolución de las 9 horas del 27 de abril de dos mil (folio 266 frente) esta Sala previno tanto a los miembros de este como a la representante del Ministerio Público, para que rindieran un informe detallado acerca de los términos en los que en el presente caso se pactó la aplicación del procedimiento abreviado, sobre todo cuál fue el monto exacto de la pena acordada por las partes. Debido a esto, ambos informes (cfr. folios 271 a 274) coinciden en indicar que: i) La pena pactada por la defensa y la fiscalía fue de cuatro años de prisión, siendo que a la misma se le rebajaría un tercio, no de la pena de cuatro años así acordada, sino de la mínima

*prevista por el tipo penal*; ii) Debido a lo anterior, al tomar en cuenta que la sanción mínima que se desprende de una relación de los artículos 222 y 216, inciso 2) del Código Penal (figura de la administración fraudulenta de mayor cuantía) es de seis meses de prisión, se acordó y aplicó un rebajo de un tercio de esta, es decir, un total de dos meses; iii) El acuerdo así diseñado libremente por las partes, fue perfectamente comprendido y aceptado por la defensa. Conforme a lo anterior, resulta claro entonces que, si bien existen algunos aspectos del referido acuerdo celebrado entre las partes y homologado por los juzgadores que merecen un comentario aparte, el mismo fue expresa, libre y conscientemente gestionado y más tarde aceptado por quien ahora recurre, de donde debe concluirse —entonces— que la defensa carecería en absoluto de interés en sus pretensiones, pues admitir lo contrario implicaría una evidente e injustificada inobservancia del principio de lealtad con el proceso. En efecto, de la sola lectura del acta del debate se colige que al explicar los juzgadores que la pena pactada, ya rebajada, ascendía al tanto de 3 años y diez meses de prisión, existió una aquiescencia de parte de la defensa, al no mediar objeción o reclamo alguno en torno a dicho aspecto, de donde debe comprenderse que estuvo anuente y conforme con ello, siendo evidente entonces que no resulta atendible la pretensión de la abogada recurrente, quien —en contra de lo acordado— ahora señala que el pacto era de cuatro años con el rebajo de un tercio sobre dicho monto, es decir, que la pena a imponer era de dos años y ocho meses de prisión y no de tres años y diez meses. Por estas razones, el reclamo debe ser declarado sin lugar en todos sus extremos. Conviene hacer notar, eso sí, que toda la confusión que se ha generado en torno al punto en discusión se derivó de una errónea interpretación por parte de la fiscal, la defensora y el propio Tribunal de instancia, del párrafo 2º del artículo 374 del Código Procesal Penal, en cuanto en el mismo se indica que para efectos del procedimiento abreviado “... el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio ...”. De la inteligencia de esta norma se desprende que, a efecto de inducir al imputado para que acepte el trámite abreviado, se le ofrece como ventaja el que pueda pactar con el Ministerio Público la pena mínima prevista por el tipo penal, siendo que en dicho supuesto se podría optar —incluso— por una disminución de aquella hasta en un tercio. Lo anterior permite comprender que resulta innecesario que, cuando las partes acuerdan una pena muy superior al mínimo previsto por el tipo penal (como ocurre en la especie, pues a pesar de que la sanción mínima de acuerdo con el tipo penal aplicable era de seis meses, se transó una de cuatro años de prisión) se hable también de rebajar el tercio, pues tal disminución, según se indicó, adquiere relevancia en el tanto se pueda aplicar una sanción todavía menor a la mínima prevista por la norma sustantiva correspondiente. No obstante lo anterior, es claro que el hecho de que en el caso que nos ocupa las partes hayan acordado la pena en tales condiciones, no implica ninguna ilegitimidad de la decisión. Debido a esto es que resulta inatendible el criterio exteriorizado por los dos fiscales que se apersonaron ante esta sede, quienes en contra de las razones aducidas por la

fiscal que atendió el debate, ahora solicitan que se acoja la impugnación de la defensa.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 692 de las 9.19 h del 23 de junio.

#### 40. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La omisión sobre la facultad de abstenerse a declarar no viola el debido proceso.

“En punto a la segunda vertiente del reclamo, conforme se indicó en el Considerando II de este voto, la Sala Constitucional señaló que la omisión de advertir al justificable que pretende someterse al proceso abreviado, su facultad de abstenerse de declarar, no infringe el debido proceso; y ello en virtud de que el precepto contenido en el artículo 36 de la Constitución Política, persigue proteger al ciudadano de situaciones de las que pueda derivarle un perjuicio (v. gr.: confesiones obtenidas mediante coacción, engaño, tortura u otros medios que menoscaben su dignidad); mientras que en el abreviado, lo que se busca es lograr “una ventaja para sí”. Además, añade la Sala Constitucional, la advertencia en estos supuestos no significaría más que el cumplimiento de un ritual sin ningún sentido, puesto que “...aun cuando el imputado fuese confrontado por el Tribunal (en la eventual audiencia establecida en el primer párrafo del artículo 374 del Código Procesal Penal), el mismo efecto jurídico tendría el que declare reiterando su anuencia o bien que calle, porque en ese último caso su silencio no podría tomarse como retractación de lo acordado y no habría variación en su situación. Es más, la única manera que tienen tanto el imputado de desdecirse del pacto por deseo contrario, como él mismo o el propio Tribunal para desvirtuarlo por posibles vicios esenciales (como sería por ejemplo que se hubiera concluido con coacción o engaño) es mediante las declaraciones o manifestaciones que haga el interesado, por lo que entonces la garantía tampoco acarrea ventaja porque su intención es justamente manifestarse ante sus juzgadores, **ya no sobre los hechos acusado, sino sobre cuestiones relacionadas con la validez del pacto oportunamente alcanzado**” (voto 635-00 citado). De lo expuesto se obtiene que no concurren las violaciones del debido proceso alegadas y procede, entonces, declarar **sin lugar** la revisión promovida.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 537 de las 9.15 h del 26 de mayo.

#### 41. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Extremos sobre los cuales las partes pueden negociar.

“No está por de más señalar en todo caso, que además de ser inadmisibles las gestiones por las razones expuestas, el reclamo es manifiestamente improcedente, desde que lo único que están facultados para negociar el Ministerio Público y el acusado al abreviar el juicio, es la pena, pero nunca podrían “negociar” otros extremos que deben resolverse junto con la responsabilidad penal como, por ejemplo, la responsabilidad civil, el beneficio de ejecución condicional o el comiso, que es

una consecuencia civil derivada del hecho punible y que el juez está en la obligación de ordenar —sin perjuicio del derecho de terceros de buena fe— una vez comprobados los requisitos legales y sin que el Fiscal tenga posibilidad alguna para renunciar a esa potestad estatal y esa fue la posición mantenida por el órgano acusador en todo el proceso. Así, ni es sorpresivo el comiso, desde que el bien fue asegurado y anotada la existencia de la causa penal en el Registro de la Propiedad Inmueble (folios 119 y 120) ni podría pactarse la liberación de la propiedad dentro del proceso abreviado, por ser materia que las partes no están facultadas para transar.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 290 de las 9.06 h del 17 de marzo.

#### 42. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Procedimiento especial. Diferencia con el ordinario.

“En el caso que ahora se examina, ciertamente el Tribunal “homologó” un acuerdo para abreviar el juicio en el caso de la imputada X. C. R., según se desprende del “acta de procedimiento abreviado” que consta en el expediente —sin foliar— y que fue levantada a las trece horas del quince de noviembre del año anterior, casualmente la misma hora y fecha en que dio inicio el juicio oral y público, el juicio “ordinario” contra el acusado I. C. A., de modo tal que no es posible aprehender cómo se desarrolló la audiencia y qué posición ocuparon la acusada C. R. y su defensor durante todo el desarrollo del juicio posterior. En el acta del procedimiento abreviado se reseña el acuerdo a que han llegado las partes, limitándose el Tribunal a decir, en ese mismo acto: “*El Tribunal procede a homologar el procedimiento abreviado. La parte dispositiva del fallo se leerá al final del debate*”. Es decir, sin deliberar se señala que “homologan” el acuerdo, no obstante que leerán el dispositivo del fallo hasta el final del debate, lo que implica un grave error procesal, pues el abreviado es un *procedimiento especial*, con una reglamentación propia que impone al Tribunal el deber —salvo que estime necesario escuchar a las partes en audiencia—, de dictar sentencia **en forma inmediata**, sea aprobando el procedimiento o rechazándolo para continuar la tramitación del asunto en forma ordinaria y es esa la manera correcta de entender lo que dispone el numeral 375 del Código Procesal Penal. No puede el Tribunal decir que homologa el acuerdo —sin retirarse a deliberar— y diferir para un momento procesal posterior el dictado del fallo, porque tal proceder es incompatible con la naturaleza misma de este procedimiento especial. Menos aún puede supeditarse el razonamiento y dictado del fallo de un proceso abreviado, a la celebración del juicio contra otro coimputado, para luego dictar una sentencia conjunta, como sucedió en este caso, porque con ello se desnaturaliza la finalidad misma del procedimiento especial, pero además se irrespetan las reglas del proceso ordinario, porque se resuelve en sentencia, luego de un juicio oral y público, un asunto que no fue debatido en esa audiencia y para el cual no se siguió el procedimiento establecido —intimación, declaración del acusado, recepción de prueba, emisión de conclusiones, etc.—. El proceder incorrecto e irregular del Tribunal en este caso implica la total desnaturalización del procedimiento

abreviado y la mutilación de parte del objeto del proceso en lo que se refiere al juicio común, en el que no se ventiló lo relativo a C. R., precisamente por la existencia del acuerdo previo. Al “mezclar” ambos procedimientos, se impidió a la acusada C. R. obtener la sentencia en forma inmediata al acuerdo pactado —valga decir que el abreviado es una forma de obviar el juicio común—, pues debió esperar la conclusión del juicio ordinario contra el coimputado C. A., para conocer no solo los fundamentos del fallo en su contra, sino la definitiva fijación de la pena. La propia “homologación” hecha por el Tribunal, corría el riesgo de desaparecer, pues la ventilación del juicio sin haber dictado el fallo en el abreviado, bien pudo haber constituido una fuente de conocimiento de aspectos que hubieran revelado la inconveniencia de aprobarlo, lo que pese a ser una mera posibilidad, evidencia la inconveniencia de proceder como se hizo en este caso.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 342 de las 10.20 h del 31 de marzo.

#### 43. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. Supuestos en los que procede. Requisitos para su interposición.

“Sin establecer cuál es la normativa o la causal en la que fundamenta su gestión, el sentenciado R. D. V. solicita “**una rebaja**” de su “**sentencia**”, pues si se revisa el expediente pueden observarse “**muchos puntos a favor**” (folio 198). **La solicitud es manifiestamente improcedente.** En primer término, el procedimiento de revisión, según lo regula el Código Procesal Penal de 1996 a partir de su artículo 408, se presenta como la posibilidad excepcional establecida a favor del sentenciado para que el fallo dictado en su contra, que ha alcanzado firmeza (cosa juzgada material), pueda ser analizado nuevamente. Este nuevo análisis o estudio de la sentencia tendrá consecuentemente el propósito de determinar, de estarse ante una de las causales que permiten su formulación, si procede su nulidad para una nueva substanciación (juicio de reenvío) o bien, si las circunstancias lo hacen posible, pasar a aplicar en forma directa lo que en derecho corresponda, claro está, siempre que la decisión a tomar realmente beneficie al sentenciado. Asimismo, uno de los requisitos esenciales para la revisión de la sentencia, a través de este procedimiento, consiste en exponer claramente cada uno de los motivos en los que se sustenta tal petición, indicándose a la vez —en cada caso— los preceptos legales que se estiman como inobservados o erróneamente aplicados, es decir, la norma vulnerada y la que conmina la nulidad de su omisión o de su realización defectuosa. Además, cada aparte debe contener la exposición concreta de los fundamentos —de hecho y de derecho— del reproche (art. 410 del Código Procesal Penal), pues en caso contrario se debe rechazar su interposición (art. 411 *ibidem*). Señalado lo anterior, las diligencias que se intentan en este sentido deben declararse inadmisibles, pues la gestionante no solo no fundamenta, sino que además nunca establece la causal en la cual sustenta su petición, lo que impide a esta Sala suplir el interés procesal de su inconformidad. En este sentido, al formular la presente acción tan solo señala de manera subjetiva que existen muchos puntos a su favor, mas omite

explicar o desarrollar a qué puntos se refiere, o bien cuál es la razón por la que estima se debe revisar la sentencia condenatoria en su contra en esta oportunidad, lo cual impide a esta Sala conocer el fundamento e interés procesal que origina su solicitud. Por lo antes expuesto, lo procedente es declarar inadmisibles la presente diligencia de revisión."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 275 de las 8.36 h del 17 de marzo.

#### 44. PRUEBA. Principio de libertad probatoria.

"El principio general de libertad probatoria, contenido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, establece la posibilidad de probar los hechos y circunstancias *"por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de ley"*. No es necesario entonces que exista prueba pericial para probar determinado hecho o circunstancia, pues basta con que los elementos probatorios allegados a la causa sean suficientes para que el juzgador llegue a una conclusión válida, para lo cual tiene el deber de valorar y fundamentar mediante la estricta aplicación de las reglas de la sana crítica. De trascendental importancia es el hecho de que el juez podría apartarse del peritaje, siempre y cuando respete la debida fundamentación y valoración de los demás elementos probatorios, de allí que el juez sea llamado con la frase *"perito peritorum"*, pues su decisión no está vinculada por dicha prueba pericial."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 122 de las 9.15 h del 4 de octubre.

#### 45. PRUEBA. Búsqueda de la verdad real. Obligación del tribunal.

"No puede afirmarse que el nuevo código, minimice la obligación del tribunal de la búsqueda de la verdad, pues si se ha entendido el proceso como el conjunto de actuaciones dirigidas a reconstruir el hecho hasta donde las pruebas lo permitan, es decir, que su objeto es la averiguación de la verdad, a tal cuestión están obligados, en primer lugar el tribunal y luego todos los sujetos procesales que participan en él, pero el principal deber es de los juzgadores y para cumplir con ese cometido, están autorizados para valerse de la fuerza pública. Así resulta de las correspondientes normas que a continuación se detallan: Artículo 62: "El Ministerio Público...practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo"; Artículo 139: "El tribunal y el Ministerio Público podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones"; Artículo 180: "El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación"; Artículo 208: "Si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará

comparecer por medio de la fuerza pública"; Artículo 237: "El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando...c) Para la investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona"; Artículo 324: "Preparación del juicio...El secretario del tribunal citará a los testigos y peritos, solicitará los objetos y documentos y dispondrá las medidas necesarias para organizar y desarrollar el juicio público. Será obligación de las partes y del Ministerio Público coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos que hayan propuesto para el juicio; la secretaría del tribunal les brindará el auxilio necesario por medio de la expedición de las citas, sin perjuicio del uso de la fuerza pública si es necesario"; Artículo 336: en cuanto a la suspensión del debate, la permite, entre otros motivos: "c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública"; Artículo 353: "Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia". IV. Reiterando que el Código aplicable era el de Procedimientos Penales (de 1973), como así lo determinó el a quo, en la mayor parte de sus actuaciones, con las excepciones apuntadas, en esa normativa se confería al tribunal la facultad, en ejercicio de sus funciones, de "requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene" (artículo 101); además, al citárseles se les debía advertir que si no obedecían la orden, serían conducidos por la fuerza pública, "apercibimiento" que se haría efectivo inmediatamente (artículo 135); también, "si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 135 y será conducido por la policía salvo caso de impedimento comprobado" (artículo 232); y ya en el debate, este podría suspenderse "cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas, hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública". Las facultades compulsivas mencionadas, tenían —y tienen también en la nueva legislación procesal— un límite: la esencialidad o trascendencia de la declaración del testigo ausente. Si no es importante para la resolución, no debía ordenarse su presencia coactivamente o hasta podría prescindirse de su dicho; pero si es esencial, estaría el tribunal obligado a realizar todas las gestiones correspondientes para procurar su comparecencia, inclusive recurriendo a la fuerza pública. En el caso presente, como ya se dijo, el a quo consideró que era "posible que el ofendido hubiera aportado algún elemento esencial para descubrir cuál fue con certeza la participación del acriminado M. R. en estos hechos que se investigan... Pero si tales testimonios eran así de esenciales, el Ministerio Público debió haber agotado todos los medios para hacer llegar a esos sujetos procesales al debate" y pese a ello, no realizó las gestiones para hacer comparecer a ese declarante, dejando de lado su deber de procurar la averiguación de la verdad. Por ello, debe declararse con

lugar el recurso formulado, anular la sentencia y el debate que la precedió y ordenar el reenvío para nueva sustanciación.”

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 1410 de las 8.38 h del 12 de noviembre.

#### 46. PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER. Interpretación del artículo 355 del Código Procesal Penal.

“El problema planteado por los recurrentes en su primer motivo del recurso, se reduce a establecer si es ilegal la recepción del testimonio del ofendido en debate, pese a que esa prueba no fue ofrecida por el Ministerio Público y no se presentó ninguna circunstancia o hecho nuevo que ameritase su aclaración, que es el supuesto erigido por el numeral 355 del Código Procesal Penal para la prueba para mejor resolver. Para resolver la cuestión planteada debemos señalar, en primer término, que la interpretación del artículo 355, como la de cualquier texto normativo, no puede ser fragmentaria o aislada. La norma debe examinarse como integrante de todo un conjunto de disposiciones que tienen un basamento común, además de ser parte del ordenamiento jurídico, cuyo pilar esencial es la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país —artículo 48 de la Constitución Política—, en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Dentro de esta tesitura debe señalarse que el nuevo Código Procesal Penal efectivamente representa un instrumento de cambio en la concepción del sistema procesal penal que, inspirado en el principio democrático de separación de poderes, entrega la investigación penal preparatoria al ente acusador y rescata en el juez el rol de garante de los derechos fundamentales de las partes. A su vez, se potencializa la fase por excelencia del proceso penal: el juicio, dando prioridad a sus principios fundamentales: oralidad, concentración, continuidad, inmediación y contradictorio; acentuando el papel de las partes, si bien no relega del todo la posibilidad para que los jueces se interesen por allegar prueba a la causa, esta sí resulta útil a los fines de la investigación de la verdad real. Para este objetivo la norma base es el artículo 180 del Código Procesal Penal, que recoge el principio de verdad real y asigna la obligación de procurarla, por los medios legítimos de prueba, al Ministerio Público “y los tribunales”. En este sentido, debe señalarse que no solo el numeral 355 concede a los jueces del juicio la posibilidad de allegar de oficio prueba para mejor resolver, cuando se presenten nuevos hechos o nuevas circunstancias que ameriten su esclarecimiento. El juez de la etapa intermedia —fase en la que, en principio, debe quedar resuelto el tema de la admisibilidad de la prueba para el debate— puede ordenar de oficio que se incorpore prueba al juicio, aún si las partes no la han propuesto, “*si esta resulta esencial*” o bien “*solo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas*”, según el artículo 320 del Código Procesal Penal. Este numeral añade que, contra lo resuelto —esto es, sobre la admisión de prueba para debate— cabrá recurso de revocatoria “*sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor*

*resolver, ante el tribunal de juicio*”. Lo dicho refleja que nuestro sistema procesal si bien es marcadamente acusatorio, no obstante aún reconoce al juzgador algunas potestades respecto de la producción de prueba, orientadas, sin lugar a dudas, a la vigencia del principio de verdad real, que se ha de cumplir en estricta observancia de los derechos de las partes intervinientes —audiencia, defensa— y del deber de objetividad —artículo 6—. Además, el propio Código Procesal equipara, para efectos de la propuesta de prueba para mejor resolver, el ofrecimiento de prueba inadmitida en la fase intermedia y antes ha permitido al juez de la etapa intermedia ordenar el recibo de prueba en debate, cuando ha sido “manifiesta” la negligencia de las partes al omitirla y su fuente resida en las actuaciones de la causa, con lo que se demuestra que el numeral 355 no debe tener una lectura tan restringida como la que proponen los recurrentes, lectura que en todo caso es inconveniente, desde que el sistema se rige por el principio de libre apreciación de la prueba y de libertad probatoria —numeral 182—, de modo tal que siempre que se trate de prueba útil a la causa, legalmente obtenida, que sea puesta en conocimiento de todas las partes, para que puedan objetarla o bien que sea producida con la participación de todos, la objeción para su recibo aparece como desproporcionada y sin justificación, especialmente si la fuente de la prueba ya consta desde la investigación preparatoria, lo que además resta cualquier “*factor sorpresa*” que pueda favorecer la arbitrariedad y la indefensión, elementos que el sistema por el contrario, pretende eliminar.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 572 de las 9.35 h del 2 de junio.

#### 47. PRUEBA PROVENIENTE DEL EXTRANJERO. Trámite para su incorporación y valoración en el proceso penal.

“Sin entrar a analizar la legalidad de la investigación realizada por las autoridades estadounidenses en su país, en razón del principio de soberanía que cada Estado ejerce sobre su territorio, la Sala estima que en efecto la prueba mencionada por la defensa en su impugnación no cumplió, para su incorporación al proceso penal en contra de H. E. C., con las formalidades o trámites exigidos por la ley costarricense en relación con los documentos o certificaciones provenientes del extranjero que deben surtir efecto en Costa Rica. En este sentido, si bien en nuestro ordenamiento procesal penal existe el principio de libertad probatoria, es lo cierto que esta *libertad no es absoluta*, pues el medio de prueba que va a ser utilizado debe ser legítimo y es legítimo en tanto cumpla con los requisitos de orden legal que se requieren para su obtención, dentro de los cuales se establece, entre otros, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional o legal, o bien, tratándose de documentos o prueba evacuada y producida en el extranjero, la debida acreditación por las instancias consulares. Al respecto, comentando el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, Javier Llobet Rodríguez explica que: “*El principio de libertad de los medios de prueba es una consecuencia del principio de verdad*

material que reina en el proceso penal (v. Vélez. V. P. Penal, T. II, p. 198; Castillo, Enrique. Ensayos..., p. 60). Así la libertad de la prueba y el principio de verdad material del que deriva esta, no debe llevar a la admisión de todo tipo de prueba no importando su forma de obtención. Al respecto Hassemmer (p. 188) indica con acierto que "...la meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho Procesal Penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación de la verdad... El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar un caso "verdadero". Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir la verdad forense y es a esta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal". La libertad de la prueba no implica tampoco una libertad de procedimiento, ya que para la recepción de la prueba debe seguirse el procedimiento establecido por la ley (así: Clariá, T. V; p. 32)" (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **"Código de Procedimientos Penales. Anotado y Comentado"**, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1991, p. 224) . De igual forma la Sala Constitucional en el **Voto N° 1739** de las 11.45 horas del 7 de enero de 1992 estableció que: "Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente, en material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a estos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material... Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil... a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí —sobre lo cual no parece haber ninguna discusión—, se suprime del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que este es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado en el artículo 13 de su ley". Posición que queda aun más clara en el Código Procesal Penal de 1996, pues en este se señala que "Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código" (art. 181); motivo por el que "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la

Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales" (art. 175). Así las cosas, analizadas las probanzas que se enuncian como indebidamente incorporadas al proceso, debe concluirse, como se indicó líneas atrás, que las mismas fueron incorporadas a la causa en clara inobservancia a la normativa existente, ya que dada su naturaleza, es decir, tratándose de actos o elementos probatorios producidos y provenientes del extranjero, requerían para su legitimación del cumplimiento de las formalidades establecidas. Esta consideración no significa un desconocimiento al principio de libertad probatoria que orienta nuestro sistema procesal, sino que, por el contrario, lo viene a confirmar, pues la legitimidad de la prueba se determina en relación con el acatamiento de las formas previstas para su obtención, recepción o incorporación procesal, exigencia que resulta determinante si se tiene en cuenta que lo que está en juego con la misma es la libertad de una persona. Bajo esta tesis puede observarse, tal y como lo cita la defensa en sus alegatos, que la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (**Ley N° 3008 del 18 de julio de 1962**) dispone de manera directa que el Estado, entendido este en sentido general, conformado por los tres poderes de la República, deberá realizar a través de este Ministerio "todas sus gestiones ante Gobiernos e instituciones extranjeras" (art. 1). De ahí que el Código de Procedimientos Penales al tratar la realización de un acto o la obtención de prueba en el extranjero establece que el exhorto respectivo debe dirigirse al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien será el encargado de tramitarlo por la vía diplomática. Claro está, la solicitud o exhorto en mención no puede presentarlo directamente la instancia judicial que lo ordena o que está interesada, al Ministerio de Relaciones Exteriores, sino que para ello debe recurrir a la Corte Suprema de Justicia como instancia encargada de canalizar los trámites de esta índole ante los otros poderes. Correspondiéndole específicamente a los cónsules, según lo dispuesto por la Ley Orgánica del Servicio Exterior (**Ley N° 46 de 1925**), el acreditar o dar fe pública de los contratos o **actos** producidos en el exterior (art. 66), debiendo por ende legalizar los documentos y firmas de las autoridades del país en el que se encuentren, cuando tales documentos deban surtir efecto en Costa Rica (art. 67), debiendo entenderse por documentos, según lo expresa el artículo 368 del Código Procesal Civil, "**los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo**", tal y como sucede con las fotocopias que corren de folios 1855 a 1912, así como con las grabaciones magnetofónicas de las llamadas en las que participaron F. G. M. y R. U. A. No siendo suficiente para corroborar la legitimidad de esta prueba la certificación levantada por la Licda. M. F. M., que corre a folio 1854, o el acta de transcripción de las comunicaciones telefónicas levantada por el Lic. D. H. M., la que se aprecia de folios 175 a 197, pues este no es el procedimiento legal que debe seguirse cuando se trata de esta clase de documentos o prueba. En consecuencia, observándose que el Tribunal de Juicio de Alajuela al

momento de analizar la participación y responsabilidad de H. E. C., se fundamenta en forma exclusiva en la prueba antes citada, lo procedente es anular la sentencia en este extremo al sustentarse la decisión en prueba que no fue incorporada al proceso conforme a las formalidades o trámites establecidos."

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1386 de las 15.05 h del 5 de noviembre.

**48. RECURSO DE CASACIÓN. Notificación de la sentencia. Plazo para su presentación.**

"El Código Procesal Penal es muy claro al establecer en su artículo 445 que el recurso de casación debe ser presentado en el plazo de quince días, contados a partir de la notificación de la resolución contra la que se dirige. También dispone la legislación procesal costarricense que la sentencia queda notificada con la lectura integral de la misma (artículo 364, párrafo final). Esta es una norma expresa contenida en la ley especial que regula el rito en la materia referida. Por lo expuesto, el plazo para interponer el recurso de casación se contabiliza a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se efectuó la lectura integral del fallo que se pretende impugnar. En el presente caso, consta en autos (folio 173) que ninguna de las partes se hizo presente al acto en que se iba a leer completamente la resolución que ahora se intenta recurrir; además, se dejó constancia de que el imputado C. G. manifestó su deseo de no hacerse presente en esa diligencia, lo cual se ratifica con el fax visible a folio 174. Es decir, pese a que el Tribunal actuó diligentemente al señalar fecha y hora para dar a conocer en su totalidad la condenatoria recaída sobre el justiciable, este, por su expresa voluntad desistió su participación, pese a que podía hacerlo. Al actuar de esa manera, el imputado renunció a la forma como exige el ordenamiento jurídico que se le comunique la sentencia y no puede prevalerse de su conducta para alegar luego que no contaba con copia del fallo en su contra y que por esa razón recurre tan tarde. Admitir la posición del encartado sería autorizar que los plazos para impugnar corran a partir del momento en que lo deseen los justiciables, en completa desatención a los imperativos de ley. En el presente caso, está acreditado que la audiencia para la lectura integral del fallo estaba señalada para las 16.00 horas del día 4 de noviembre de 1999 (folios 160 y 173), pero el recurso fue recibido en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica a las 15.25 horas del 16 de diciembre de ese mismo año (folio 183), fecha para la cual ya habían transcurrido de sobra los quince días hábiles desde que se notificó la sentencia. De conformidad con lo anterior, se debe indicar que **el impugnante ha incumplido con el requisito establecido en el artículo 445 del Código Procesal Penal en cuanto al plazo para la presentación de su recurso, por lo que este deviene extemporáneo y resulta obligado el declarar su inadmisibilidad.**"

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 415 de las 9.07 h del 28 de abril.

**49. REGISTRO POLICIAL. Facultades de la policía. Autorización de la realización del acto en casos de bienes pertenecientes a instituciones públicas.**

"En efecto, estima la Sala que la petición del Lic. C. M., en cuanto solicita se deje sin efecto la nulidad decretada por la mayoría del Tribunal de Juicio en relación con el registro del escritorio que utilizaba, así como con respecto al decomiso realizado con motivo de dicha actuación, debe ser acogida, toda vez que las razones que la sustentaron no resultan ser jurídicamente válidas. En este sentido, contrario a lo que parecen considerar los juzgadores, véase que no existe impedimento legal alguno para que la policía, en particular la policía judicial, como órgano técnico-especializado de investigación, pueda realizar esta clase de actuaciones, sobre todo que con las mismas se pretenden aportar pruebas para el esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando, claro está, se respeten en su realización tanto las formalidades exigidas para ello, como los derechos y garantías fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico a toda persona, tal y como sucede en el caso que nos ocupa. En este sentido, véase que el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales de 1973, normativa bajo la cual corresponde resolver la presente causa, establece con claridad que: **"La Policía Judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos de acción pública; a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; a identificar y aprehender y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento"**. Disposición que se integra con el artículo 164 de ese mismo cuerpo normativo, el cual señala cuáles son algunas de las funciones otorgadas a este ente policial y con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto indica: **"El organismo tendrá, entre otras que legalmente le sean señaladas, las siguientes atribuciones... 12) Proceder a los registros, allanamientos y requisas que fueren necesarias para la buena marcha de las investigaciones, con las formalidades que prescribe el Código Procesal"**. De acuerdo con lo anterior y como lo indica el representante del Ministerio Público, no existe motivo legal alguno para considerar que los miembros de la Policía Judicial no puedan practicar los registros que estimen pertinentes, pues precisamente es parte de sus funciones el realizar este tipo de actuaciones, como órgano auxiliar —a nivel técnico-investigativo— de la administración de justicia. Diligencia que puede ser realizada tanto por orden de una autoridad judicial, como consecuencia de su propia iniciativa, siempre que se respeten —según se dijo— los derechos y las garantías fundamentales que le son reconocidas a las personas, además de las formalidades previstas legalmente. Siendo necesaria una orden judicial cuando, para su realización, quien aparezca como el legítimo titular del derecho a afectar no dé —o es posible que no dé— la autorización para ello y el derecho en mención resulte ser fundamental, como lo sería el derecho a la privacidad o intimidad del hogar (domicilio). No así cuando, quien esté autorizado para darlo, como legítimo titular del derecho, dé su consentimiento, lo que ocurrió en esta oportunidad en el caso que nos ocupa. Al respecto, consta en



el Informe Policial de folio 263 y 264 y a la vez se extrae del Acta de Registro de folio 287, que C. T. R., en su condición de oficial de la Policía Judicial asignado, se presentó al Banco Central de Costa Rica para proceder a la inspección y registro del escritorio que fue utilizado por el exfuncionario J. A. S. C., a instancia o a solicitud de los personeros de dicho Banco, quienes como interesados en la investigación que se realizaba y obligados a velar por los intereses de dicha institución, estaban facultados para autorizar a los miembros del cuerpo policial de cita para que practicasen las inspecciones y registros que consideraren pertinentes, tanto dentro de las instalaciones (Departamentos o Unidades) como con respecto a los bienes (escritorios, cajas fuertes, etc.) de esta entidad, máxime que se trata de una Institución Gubernamental, es decir, un ente de orden público. Inspección o registro que, por la naturaleza del lugar y de los objetos a inspeccionar y eventualmente decomisar, no venía a afectar los derechos o intereses particulares, como erróneamente lo consideró el Tribunal al señalar que se requería, para la realización de esta diligencia, la orden de una autoridad judicial. Acto que además, a nivel probatorio, resulta ser fundamental si se valora lo encontrado en el lugar, pues se estima que la conclusión a la que se hubiese llegado en sentencia, distinto a lo que expone en el fallo la mayoría del Tribunal sin mayor fundamentación y análisis podría haber sido otra, sin que con ello —vale aclarar— esta Sala se esté pronunciando sobre el fondo del asunto; aspecto que en todo caso le corresponderá a los juzgadores determinar conforme a las reglas que orientan el correcto entendimiento humano, o sea conforme a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, se deja sin efecto la nulidad decretada por el tribunal en el Acta de Debate, la cual está referida al Acta de Registro de folio 287 y a las actas de Decomiso de folios 285 y 286, las cuales no se observa que presenten vicio alguno, teniendo plena validez las mismas, como también la prueba a la que ella se refiere. Asimismo, en virtud de estimarse que dichas probanzas podrían ser fundamentales para el esclarecimiento de los hechos, las cuales deben ser sometidas al análisis correspondiente conforme a las reglas de la sana crítica, se procede a casar la sentencia, anulándose esta así como el juicio que le precedió.”

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 377 de las 10.00 h del 7 de abril.

#### 50. REQUISAS. Formalidades. Diferencia con la intervención corporal.

“La requisas practicada a la imputada L. A., que se impugna en el presente recurso no contiene ningún vicio que la invalide. Nuestra legislación protege a las personas sometidas a un proceso penal, con el objeto de que no se vulneren sus derechos y garantías constitucionales. Es por ello que cuando se desarrolla en la legislación el tema sobre los medios de prueba, se insiste en toda la normativa, en la exigencia de que toda intromisión en el ámbito de tales derechos fundamentales, se haga dentro de los límites permitidos por la ley y respetando los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas a adoptar. En el caso de la requisas, esta supone efectivamente una invasión

en el ámbito de integridad personal y es por ello que se exige en el artículo 189 del Código Procesal Penal, que existan motivos suficientes para presumir que la persona tiene ocultos en sus ropas o adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. La requisas no implica una intervención corporal, tal como la concibe el Código Procesal en su artículo 88, pues esta última supone una investigación en el cuerpo del imputado, en la que entran en juego las reglas del saber médico, en tanto que en la requisas se hace solo para constatar en el cuerpo de la persona la presencia de los objetos relacionados con el delito. Si para ello es necesario hacer exploraciones en el cuerpo más profundas, como introducción de pinzas, toma de radiografías, lavados estomacales y otras similares, ya no se estaría en presencia de una requisas, sino de una intervención corporal, que requiere necesariamente del saber médico para llevar a cabo la localización de los objetos, por estar en juego la protección de la salud de las personas sometidas a tales medidas. En el caso que nos ocupa, por lo que resulta de la prueba que se incorpora al juicio y según lo manifiesta la propia recurrente, la imputada L. A. llevaba los 3,87 gramos de picadura de marihuana dentro de un preservativo, que ocultaba en su vagina, lugar de donde fue extraído por una oficial de seguridad del centro penal, en presencia de su defensora pública y la fiscal encargada del caso. Se desprende además que en esta actuación no existió ningún riesgo para la salud de la imputada y se respetaron las condiciones en las que se debe llevar a cabo la requisas, para proteger el pudor y la dignidad. Asimismo, es necesario tomar en cuenta que la señora M. A. L., según consta en el acta de requisas visible a folio 5, fue invitada a entregar el envoltorio, sin embargo, ella mima solicitó que se lo sacaran y cuando se practicó la diligencia contó con la asesoría de su defensora, quien no hizo ninguna objeción al respecto, siendo firmadas las actas tanto por la abogada como por la imputada. Todo lo anterior demuestra que en el acto de investigación que ahora se objeta, no existió ninguna vulneración a garantías constitucionales, por el contrario las autoridades encargadas tomaron las medidas necesarias para que el acto se cumpliera dentro de los presupuestos de la ley, afectando lo menos posible la intimidad de la encartada. Es por estas razones que tanto la requisas, como el acta de secuestro de la droga son pruebas válidas y podían ser valoradas por el juzgador para dictar la sentencia condenatoria en contra de L. A., por lo que el reclamo no es de recibo.”

1999. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1539 de las 10.15 h del 3 de diciembre.

#### 51. TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO. Trámite para la extinción de la acción penal.

“En el segundo motivo del recurso, con base en los artículos 30, inciso I), 171 y 172 del Código Procesal Penal de 1996; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 37, 39 y 41 de la Constitución Política, el defensor público del encartado reclama una supuesta violación al debido proceso. La inconformidad se basa en que durante el debate, vía incidental, solicitó la extinción de la acción penal por haber transcurrido el plazo máximo para la investigación

fiscal fijado por el juez de la etapa preparatoria, el cual fue rechazado. Debido a lo anterior, el recurrente solicita que en esta sede se acoja la citada pretensión. *El motivo debe declararse sin lugar.* Una vez estudiadas las actuaciones cumplidas en este caso, se advierte que el proceso se inició por informe de la Policía Judicial fechado 16 de febrero de 1998, siendo que el 7 de julio de ese año la defensa pública del acusado planteó solicitud de fijación de un plazo para finalizar la investigación preparatoria (folio 11), en razón de lo cual el Juzgado Penal de Puntarenas, mediante resolución de las 8.20 horas del 30 de julio de 1998, le otorgó al Ministerio Público un término de un mes a dicho efecto, que vencía el 30 de julio siguiente. No obstante lo anterior, sin que hasta entonces mediara queja u objeción alguna de parte de la defensa, la fiscalía formuló el 8 de setiembre de 1998 una solicitud de sobreseimiento provisional, ello en vista de que aún para esa fecha no había sido posible entrevistar a la testigo C. M. M. ni al propio ofendido. Dicho sobreseimiento provisional fue dictado por el término de un año por parte de la Jueza Penal de Puntarenas, mediante resolución de las 15.20 horas del 28 de setiembre de 1998 (folios 17 y 18). Por último, en virtud de que durante este último plazo la citada prueba pudo ser evacuada, el 28 de setiembre de 1999 se formuló la respectiva acusación y solicitud de apertura a juicio (cfr. folios 35 a 36). Como se colige de lo expuesto, si bien es cierto dentro del término de un mes que se le fijó originalmente al Ministerio Público no se logró completar la investigación preparatoria, en relación con dicha situación procesal nunca medió ningún reclamo por parte de la defensa a fin de que, conforme lo dispone el numeral 172, párrafo 1º del Código Procesal Penal de 1996, el Tribunal del Procedimiento Preparatorio pusiera el hecho en conocimiento del Fiscal General para que el mismo formulara la respectiva requisitoria dentro del plazo de diez días. Ante dicha omisión, entonces, resulta obvio que no se podría (como ahora se pretende de manera impropia) decretar la extinción de la acción penal por incumplimiento de los plazos máximos de la investigación preparatoria fijados por el Código Procesal Penal (artículo 30, inciso L) ibidem), ello por la sencilla razón de que, ante la inactividad de la defensa, nunca se llegó a fijar siquiera ese último plazo de 10 días cuyo incumplimiento hubiera acarreado la citada declaratoria de extinción, de donde no se dan los supuestos necesarios para que esta resulte procedente. Si en la especie se incumplió con el término original fijado a la fiscalía para concluir la investigación, correspondía a la defensa como única parte eventualmente perjudicada mostrar su inconformidad con ello y exigir la aplicación del trámite previsto por el artículo 172 citado, pues de otra manera no existiría forma de que el juez se enterara de lo que estaba ocurriendo. Así las cosas, se declara sin lugar el reparo.

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 540 de las 9.30 h del 26 de mayo.

**52. VÍCTIMA. Derecho a ser escuchado en juicio aun cuando no haya sido ofrecido como prueba.**

“A todo lo dicho debe añadirse una circunstancia que es obviada en el recurso. El nuevo sistema también tiene

como uno de sus principales objetivos, el rescate de la víctima, totalmente marginada del proceso penal. No solo las modernas corrientes criminológicas, sino además las procesalistas abogan por un equilibrio de las fuerzas convergentes en el proceso, para devolver parte del protagonismo a quien es verdaderamente el afectado por el conflicto: la víctima del hecho delictivo. El nuevo modelo procesal no solo rescata la participación de la víctima, sino que define un conjunto de derechos —como los numerales 70 y 71— que perfilan su papel y que significan que es parte importante del actuar procesal, sobre todo si el proceso tiene como fin primordial la solución del conflicto “*en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas*”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, al señalar: “(...) *En cuanto a los derechos de la víctima, no debe olvidarse que ellos constituyeron uno de los nortes de la reforma del proceso penal, que desembocó en el Código de mil novecientos noventa y seis. A través de normas como la 7, 16, 70 y 71 se palpa con claridad la tendencia del resurgimiento de la víctima, estrechamente vinculado con una concepción del proceso penal como instrumento para resolver conflictos sociales en los cuales ella es, precisamente, uno de los protagonistas. En la doctrina costarricense se ha sistematizado el elenco de derechos que le corresponde en la nueva legislación procesal penal, de la siguiente manera: “1) Poderes de disposición: a) derecho a la instancia privada y a la revocatoria de esta (arts. 17 y 30 h) C.P.P.); b) conciliación (art. 36 C.P.P.); c) aceptación de la reparación integral (art. 30, inciso j) C.P.P.); 2) Poderes con respecto al ejercicio de la acción penal: a) derecho a recurrir la desestimación y el sobreseimiento (art. 71 c) C.P.P.); b) derecho a constituirse en querellante conjunto (art. 75 C.P.P.) y exclusivo (art. 72 C.P.P.), según sea el caso; c) derecho de instar al Ministerio Público para que recurra (art. 426 C.P.P.); d) reconocimiento de derechos a asociaciones que protegen intereses difusos, asimilándolas al concepto de víctimas y otorgándoles el derecho de constituirse en querellantes conjuntos (art. 70 d) C.P.P.); 3) Derechos de audiencia: a) derecho a informar en la clausura del debate (art. 358 C.P.P.); b) derecho a informar con respecto a la solicitud de suspensión del proceso a prueba (art. 25 C.P.P.); 4) Derechos de información (para el control): a) información sobre las resoluciones que terminan el proceso (art. 71 b) C.P.P.); b) traslado de la acusación (art. 306 C.P.P.); c) traslado de la solicitud de sobreseimiento o de la aplicación del principio de oportunidad (art. 300 C.P.P.); 5) Derechos de ser representada y asistida por la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas del Ministerio Público: a) derecho de delegar la acción civil en el Ministerio Público (art. 39 C.P.P. y art. 33 de la Ley Orgánica del M.P., según la Ley 7728); b) derecho de ser asesorado con respecto al ejercicio de sus derechos (art. 33 de la Ley Orgánica del M.P., según la Ley 7728); 6) Derechos reparatorios: a) presentación de la acción civil rescaritoria (art. 37 C.P.P.); b) reparación en caso de suspensión del proceso a prueba (art. 25 C.P.P.); c) reparación integral como causal de extinción de la acción penal (art. 30 j) C.P.P.); 7) Protección frente a la segunda victimización: a) límites a la publicidad del debate (art. 330 a) y d) C.P.P.); b) interrogatorio de las mujeres, menores agredidos o personas agredidas sexualmente (art. 212 C.P.P., arts. 121-127 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739); 8) Protección frente a*

agresiones físicas o amenazas a víctimas o testigos: a) prisión preventiva por peligro de obstaculización o peligro de reiteración delictiva (art. 239 b) C.P.P.); b) orden al imputado de que abandone el domicilio (art. 244 g) C.P.P.)." LLOBET R., Javier, *Proceso Penal Comentado*, pp. 289-290. *Su participación procesal amplia encuentra base en la Constitución Política y tiene carácter de verdadero derecho fundamental, según lo dictaminó este Tribunal con anterioridad, pese a que tenía como marco de referencia el Código de mil novecientos setenta y tres, de corte inquisitorio y, por ende, muchísimo más restrictivo para la víctima en esta materia:* "Por otra parte, hay que tomar en consideración, que las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este —por razones de oportunidad o legalidad— estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio". (Resolución número 5751-93 de las catorce horas y treinta y nueve minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres). *En la misma dirección, valga traer a colación un extracto de la sentencia número 5752-93 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del nueve de noviembre, también de mil novecientos noventa y tres:* "En efecto, concederle a la víctima u ofendido la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad los recursos más relevantes, tendentes a lograr la defensa de sus intereses, es la única forma de dar plena vigencia a los principios constitucionales contenidos en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, sobre todo, si, como en el caso que sirvió de base a esta acción, el Ministerio Público no supo representar los intereses que le ha confiado la Ley, al recurrir tardíamente el auto que concedía la prórroga extraordinaria de la instrucción." *Asimismo, importa citar el fallo número 1193-95 de las nueve horas dieciocho minutos del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, que trató con profundidad el asidero constitucional de los derechos de la víctima en el proceso penal:* "En consonancia con lo anterior, la Sala considera que se deben valorar también los derechos de la víctima como sujeto directamente afectado por el hecho delictivo. El

*proceso penal moderno permite una participación cada vez mayor de la persona perjudicada por el delito y reivindica sus derechos, sin pretender llegar a un punto de desregulación o al rompimiento del monopolio estatal de la acción penal. La participación de la víctima en el proceso, ya sea directamente o por medio de otra persona que defienda sus derechos o intereses, tiene como objetivo principal el que el proceso cumpla uno de sus fines esenciales: el efectivo resarcimiento del ofendido. No hay que perder de vista que con el delito se produce un conflicto interpersonal que debe resolverse, aunque técnicamente se hable solo de la lesión de bienes jurídicos. IV. Ahora bien, el reforzamiento y la mayor participación del ofendido en el proceso penal fundamentalmente pretende favorecer la vigencia de una garantía constitucional: el derecho a la justicia que tiene la persona que ha sido víctima de un delito —artículo 41 de la Constitución— . La justicia no debe verse como un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino como uno de sus principios rectores y, en ese sentido, la justicia del caso concreto, o la efectiva solución del conflicto que se plantea ante el órgano jurisdiccional, es una de sus principales manifestaciones. Dentro del derecho fundamental a la justicia se garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene toda persona que accede al sistema judicial con el fin de que los órganos competentes estudien su pretensión y emitan una resolución motivada, conforme a derecho. Ese derecho a la tutela judicial supone el cumplimiento por parte de los órganos judiciales de los principios y derechos que rigen el proceso y que constituyen todo un sistema de garantías que está integrado fundamentalmente por: el acceso a la tutela judicial, la obtención de una sentencia fundada en derecho, la ejecución de la sentencia (lo que supone reponer a la persona en su derecho y compensarlo si hubiera lugar al resarcimiento por el daño sufrido) y el ejercicio de las facultades y los recursos legalmente previstos. Lo anterior determina que la garantía de tutela jurisdiccional debe ser efectiva, por lo que no resultan admisibles los obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un simple formalismo, o que no sean justificados y proporcionados a las finalidades adecuadas a esa garantía constitucional. V. De acuerdo con lo que se ha dicho, la víctima del delito tiene un interés digno de protección en el proceso penal. Sin embargo, para que se pueda dar una tutela jurisdiccional efectiva, en la forma en que se regula el procedimiento penal actualmente, debe el ofendido constituirse en actor civil para ser considerado parte en el proceso. (...) Ahora bien, debe indicarse que independientemente de los derechos que puedan asistir a la persona que se constituye en actor civil, el Ministerio Público, dentro del conjunto de órganos que actualmente intervienen en el proceso penal, es el que cuenta con las condiciones necesarias para asumir un rol frente a la víctima y realizar acciones concretas tendentes a defender sus derechos e intereses. Principalmente, tratándose del derecho al sistema impugnatorio, que regula la disposición objeto de la consulta y que tiene vinculación constitucional como integrante de la garantía del debido proceso, el Ministerio Público debe atender los intereses y derechos de la víctima cuando estos no entren en colisión con su función de garante de intereses generales como la no impunidad de los delitos, la realización de la voluntad de la ley y el control de la violencia social. Bajo esa*

perspectiva, se entiende que las limitaciones y los obstáculos que se impongan al Ministerio Público, para que tenga libre acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, afectan no solo el interés público que representa, sino los derechos e intereses de la víctima. Si aunado a lo anterior, se llega a determinar que esas limitaciones u obstáculos no se justifican ni son proporcionados a los fines del ejercicio de la garantía constitucional: la tutela jurisdiccional efectiva, se estaría frente a una infracción de los derechos fundamentales de la víctima". *De las anteriores resoluciones se desprende con nitidez que el respeto de los derechos de la víctima tiene sustento en disposiciones de rango constitucional. Además, uno de los principales corolarios de esa afirmación es reconocer que cuenta con instrumentos para impugnar las resoluciones que perjudiquen sus intereses, tal y como lo sería una sentencia absolutoria emitida con inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal sustantivo. De este modo, antes de precluir la posibilidad de hacer valer derechos que, se reitera, encuentran sustento (sic) en la misma Constitución Política, debe agotarse el examen de una última solución, toda vez que el problema radica en que la argumentación hasta aquí hilvanada pone en evidencia que están involucrados derechos del imputado y de la víctima, cuya satisfacción concomitante resulta difícil (...)*" Sala Constitucional, sentencia 7497-98, de las 15.39 h del 21 de octubre de 1998. Como se aprecia, el sistema se preocupa por hacer realidad el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de la víctima, consagrado en el numeral 41 de la Constitución Política, en cuyo caso no podría negársele el derecho a declarar en el juicio en el que se ventila la responsabilidad penal por el hecho cometido **en su perjuicio**, con el argumento de que su declaración no fue ofrecida para el debate por quien debía hacerlo, en el momento oportuno. Una lectura aislada del numeral 355 del Código Procesal Penal nos daría como conclusión que no es posible su recepción en debate, si no hay "nuevos hechos o nuevas circunstancias" que ameriten su esclarecimiento. Pero si se hace una referencia integral, no solo del ordenamiento procesal, sino de la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, es evidente que la prueba es admisible para poder dar real vigencia al derecho de ser oído en juicio, derecho que por cierto no pertenece solo al acusado, sino a todo ciudadano frente a cualquier clase de conflicto en que se halle involucrado o tenga interés y ello se refleja de manera especial en la materia penal —numerales 41 de la Constitución Política; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. La pretensión de los recurrentes es contraria no solo al espíritu ya dicho de la nueva normativa, sino a los principios generales de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia que consagra nuestra Constitución Política y la normativa internacional ratificada por nuestro país. En primer lugar, debe desecharse el argumento de que se trata de prueba "desconocida" por el acusado, pues precisamente el asunto **se inicia por denuncia del ofendido** ante la policía judicial (folios 2 a 4), misma que "ratifica" en el Ministerio Público, en la que constan sus manifestaciones respecto de los hechos y cómo sucedieron y a la que obviamente tuvo acceso la defensa. Es realmente

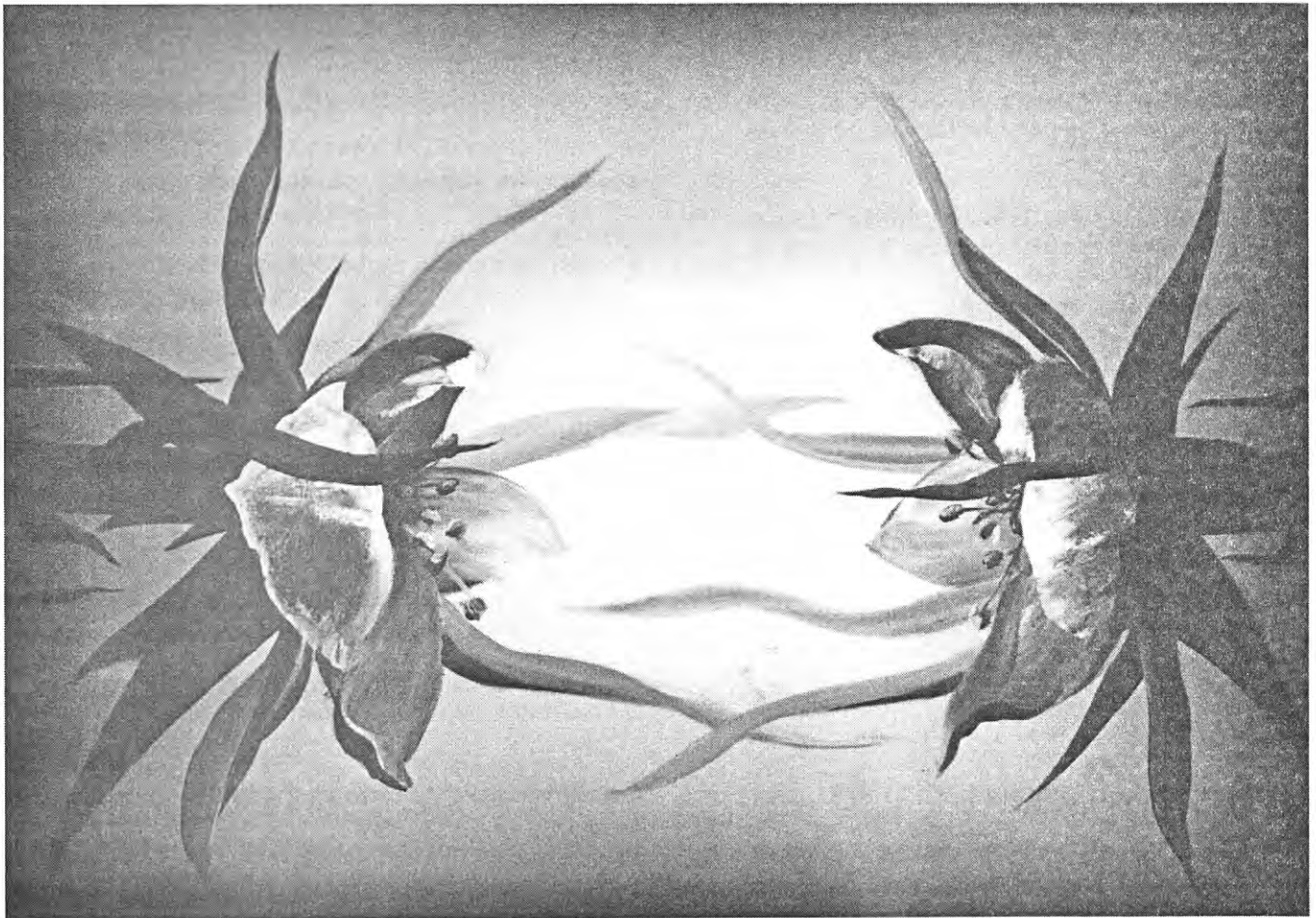
inexcusable que el fiscal haya omitido su ofrecimiento al formular la acusación y solicitar la apertura a juicio; también lo es que el juez de la etapa intermedia no haya reparado en tal omisión y la haya subsanado, conforme lo permite el numeral 320 ya citado. Aún resulta más inexcusable este proceder, cuando el propio ofendido estuvo presente en la audiencia preliminar —de donde se deduce el innegable interés que le asiste en esta causa y la circunstancia de que era bien conocido por el acusado y su defensa— y efectivamente la discusión que allí se dio versó en un todo sobre lo que el ofendido había denunciado (¡!) y este hasta firmó el acta respectiva (véanse citación de folio 19; acta de audiencia preliminar de folios 22 a 24) por lo que no es posible comprender cómo no se subsanó esa omisión por los sujetos llamados a hacerlo. Aún más, la comparecencia del ofendido al debate se produce porque oficiosamente —tal y como ocurrió con su cita para la audiencia preliminar— el Tribunal lo cita, junto con el acusado y los restantes testigos (¡cómo no citar al ofendido!) (folios 34 y 35). Como se puede apreciar claramente, no se trata de una "maniobra" planeada por el Tribunal, simplemente se le citó porque en apariencia —y como en realidad debía ser— se asumió que el ofendido debía ser citado, para ser escuchado en juicio (véase incluso que el numeral 358 permite al Tribunal darle audiencia, en los actos finales del debate, para que manifieste lo que estime pertinente, aun cuando no "*haya intervenido en el procedimiento*") y, ciertamente, para ser recibido como prueba contra el acusado en el debate, aspecto este que es el que obviamente motiva la reacción y protesta de la defensa. Según se desprende del acta de debate —cuya transcripción se echa de menos— es el Fiscal quien advierte al Tribunal que el ofendido se encuentra en las afueras de la sala de debates y que está allí porque el Tribunal lo citó. El "Tribunal" dice que no es prueba admitida y que fue citado por error y es esta la oportunidad aprovechada por el Fiscal para ofrecerlo como prueba "*para mejor resolver*", pedido al que finalmente accede el Tribunal que se fundamenta en el derecho del afectado a ser oído, en virtud del principio de justicia pronta y cumplida y del principio de verdad real (folio 39 vlt.). Concluir que el ofendido no tenía interés en la causa porque no se constituyó en querellante y que por ello no debe admitirse su testimonio, es, de nuevo, interpretar al margen de las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos que garantizan a toda persona el derecho de ser oída, de solventar sus diferencias y conflictos y obtener justa reparación de sus daños, en forma, "pronta y cumplida", garantías que integran el debido proceso, desde la óptica de la víctima y que están al lado del derecho de defensa y de inocencia de que goza todo acusado. El querellar es una opción de la víctima, no es un requisito para que continúe siendo víctima y merezca ser oída en juicio, especialmente si media acusación del Ministerio Público. Si en forma negligente el acusador la excluye en el ofrecimiento de prueba, esa omisión ni sus consecuencias pueden trasladársele a la víctima. A juicio de la Sala la solución dada por el Tribunal es la correcta: la admisión del testimonio del ofendido como prueba para mejor resolver, no solo por ser manifiesta la negligencia cometida con su omisión, sino que además era palpable la violación flagrante a sus derechos si ello no ocurría y esa sola circunstancia constituía "un nuevo hecho" que ameritaba la recepción de la prueba, haciendo

una interpretación y lectura acorde con los principios constitucionales y de derechos fundamentales —que tiene rango suprallegal— de lo dispuesto en el numeral 355 del Código Procesal Penal, en especial por las particulares circunstancias que rodean a este caso, en el que cualquier interpretación meramente legalista que autorizara la no recepción del testimonio del ofendido, resultaría abiertamente desproporcionada, injustificada e irracional y

a contrapelo de la normativa internacional vigente sobre derechos humanos (respecto de la preeminencia de los derechos fundamentales en la interpretación de la normativa procesal, consúltese sentencia 5543-97 de las 12.15 h del 12 de setiembre de 1997 de la Sala Constitucional)."

2000. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 572 de las 9.35 h del 2 de junio.

\*\*\*



# JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*Martín Rodríguez Miranda  
Letrado de la Sala de Casación Penal*

*Lucila Monge Pizarro  
Letrada Sala Constitucional*

- ADECUACIÓN DE PENAS.** Casos en los que procede. Pena máxima a descontar.
- ASOCIACIÓN ILÍCITA.** Conducta alteradora de la normal convivencia.
- AUDIENCIA PRELIMINAR.** Naturaleza de la prueba evacuada en la etapa intermedia.
- CONCILIACIÓN.** Posibilidad de admitirla en caso de delitos tentados.
- CONSULTA JUDICIAL PRECEPTIVA.** Competencia de la Sala Constitucional.
- DECLARACIONES ESPONTÁNEAS.** Personas con derecho de abstención. Valoración.
- EJECUCIÓN DE LA PENA.** Unificación de penas. Órgano competente para su conocimiento.
- EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** Constitucionalidad del artículo 30, inciso c) del Código Procesal Penal.
- HÁBEAS CORPUS.** Procedencia. La valoración sobre la validez de la prueba corresponde a los órganos de la jurisdicción penal.
- IN DUBIO PRO REO.** Debe demostrarse efectivamente la culpabilidad.
- LIBERTAD PERSONAL.** Limitación desproporcionada.
- LIBERTAD PERSONAL.** Obligación del juez de pronunciarse prioritariamente sobre acuerdo conciliatorio.
- LIBERTAD PROBATORIA.** Limitaciones respecto del estado civil en el Código de Procedimientos Penales.
- MINISTERIO PÚBLICO.** Facultades otorgadas por la normativa procesal.
- PRISIÓN PREVENTIVA.** Es ilegítima la detención fuera del plazo para el que fue dictada.
- PRISIÓN PREVENTIVA.** Posibilidad de mantener la restricción de libertad una vez dictada la sentencia condenatoria.
- PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Juez no tiene obligación de informar al imputado sobre esa posibilidad.
- PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Advertencia al imputado del derecho de abstención.
- PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Razones legítimas para su rechazo.
- PRUEBA.** Rechazo injustificado constituye violación al debido proceso.
- RECALIFICACIÓN DE LOS HECHOS.** No existe violación al debido proceso si se respeta el cuadro fáctico acusado.
- RECUSACIÓN.** Oportunidad e instancias en las que se debe discutir.
- REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.** Integra el debido proceso.
- REQUISA PERSONAL.** Formalidades que deben cumplirse. Afectación del pudor.
- TENENCIA DE INSTRUMENTOS DE FALSIFICACIÓN.** Lesión de valores morales y del orden público.
- UNIFICACIÓN DE PENAS.** Casos en los que procede. Concurso real retrospectivo.
- VERDAD REAL.** Obligación del juzgador. Libertad probatoria.

## DESARROLLO

### 1. ADECUACIÓN DE PENAS. Casos en los que procede. Pena máxima a descontar.

“Existe, sin embargo, otra forma de lograr que la pena de prisión no pueda sobrepasar, en un determinado período en la vida de un sujeto condenado, del límite dicho, aspecto este que ha sido fortalecido por esta Sala y que se refiere al artículo 51 del Código Penal y el límite que en él se establece a la duración de la pena de prisión, que permite «adecuar» las penas que ha de cumplir un individuo en un determinado momento de su vida, a fin de que no puedan sobrepasar el límite de duración de la pena de prisión, establecido por el legislador en cincuenta años. Según se analizará en detalle, la interpretación que de dicho numeral ha hecho este Tribunal, implica pues que existe otra vía para lograr que las penas de prisión impuestas a un determinado sujeto, no puedan significar que en un determinado momento, alguien pueda estar condenado a cumplir penas que superen los cincuenta años. Se trata de una «adecuación» de penas por delitos y sentencias que no tienen entre sí relación alguna ni posibilidad de unificación a tenor de lo dispuesto por el artículo 54 del Código Procesal Penal, o bien de un grupo de sentencias que entran en concurso material retrospectivo entre sí y cuya unificación ya se dio, en su relación con otras sentencias que resultan ajenas a esos presupuestos y que, o se están descontando ya o no se han descontado aún. Hablamos de la interpretación que de los alcances del numeral 51 citado ha dado la Sala y que, siguiendo la voluntad expresa del legislador, ha permitido la «creación», por desprenderse así de la voluntad legislativa, de la posibilidad de adecuación de las penas, cuando estas, pese a que no estén entre sí en relación concursal alguna, en los términos expuestos, impliquen que en su cumplimiento, por ser penas sucesivas, se pueda llegar en un determinado momento, a que una persona, por el total de penas impuestas y que le falten por descontar, sobrepase en cuanto a estas últimas, los cincuenta años. Así, los supuestos de esta adecuación son: a) encontrarse la persona condenada y descontando pena anterior o teniendo penas con descuento pendiente y b) serle impuesta en ese momento una o varias penas, en una o varias sentencias posteriores, por delitos cometidos con posterioridad a la imposición de las sentencias que descuenta o cuyo cumplimiento está pendiente, monto de pena que, sumado a lo que resta por descontar de la sentencia o sentencias anteriores, excede el término de los cincuenta años. Procede en consecuencia la «adecuación» de que habla la Sala según la interpretación del artículo 51, en relación con el artículo 40 constitucional, si la pena impuesta sumada a lo que falta al imputado por descontar de la pena que sufre en ese momento, más las que aún no ha descontado, superen los cincuenta años de prisión, de modo que el descuento sucesivo que de ellas se hiciera, implicaría la imposición de una pena cuya duración y dimensiones sobrepasan el límite impuesto por el legislador y constituyen una violación a lo dispuesto por el numeral 40 de la Constitución Política. Esta interpretación debe ser así, aunque ello pudiera eventualmente implicar que el acusado

no llegue a descontar efectivamente algunas de las penas impuestas, pero es el precio que ha de pagarse al tenerse en cuenta el respeto de la dignidad humana y la prohibición de penas perpetuas, inhumanas o degradantes, como lo constituye de hecho una prolongada estadía en prisión. Este es el sentido dado por la sentencia 02865-92 de las quince horas y tres minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, a la «adecuación» de que hablamos... Tenemos entonces que existen dos parámetros para «ajustar» las penas de prisión, logrando que esta no supere la duración efectiva de cincuenta años: 1) La primera es de índole penal estrictamente, en el sentido de que resulta de la existencia de un concurso real de delitos, sea actual o en su forma retrospectiva, de manera que no puede imponerse de la suma de todas las penas impuestas a los delitos que entran en concurso, penas que sobrepasen el triple de la mayor impuesta y, en ningún caso, superen el monto superior al señalado. Esta regla, proviene del numeral 76 del Código Penal y procesalmente hablando encuentra su regulación en el artículo 54 del Código Procesal Penal. 2) La segunda forma de lograr que la pena no sobrepase los cincuenta años, está constituida precisamente por la aplicación de la disposición legislativa que establece el límite máximo que ha de tener la pena de prisión que en un determinado momento deba cumplir una persona y que se extrae de lo dispuesto por el numeral 51 del Código Penal, en relación con el artículo 40 de la Constitución Política y en cuya aplicación, para «adecuar» las penas de que se trate, no nos encontramos frente a supuestos de concurso de delitos, sino de penas pendientes de descuento que convergen en un determinado momento y que significan entre todas que lo pendiente por descontar sobrepasa el límite máximo señalado por la ley. Ambos supuestos constituyen pues, un «doble ajuste», representan dos caminos distintos, frente a supuestos distintos, por los cuales se llega a la consecuencia de que la pena de prisión no supere los cincuenta años, en la primera en cuanto al monto total de pena impuesta y en el segundo en cuanto al monto total de pena a descontar efectivamente, en un determinado momento de la vida del condenado. Ello podría implicar eventualmente, que ante la concurrencia de varias penas, respecto de algunas haya primero de procederse a su unificación, por encontrarse entre sí en concurso material y una vez unificadas, haya de procederse a su «adecuación» en relación con otras sentencias pendientes de descontarse, o bien que se están descontando, tomando de estas últimas, lo que le resta al imputado por cumplir y no lo ha cumplido, porque el límite de duración de la pena de prisión se debe tomar de lo que efectivamente ha de descontar un sujeto en un determinado momento, marcado dicho momento por la existencia de sentencias pendientes de descuento y la imposición de nuevas penas de prisión, de modo que ha de tomarse en cuenta para el cálculo del límite máximo lo que falta por descontarse, más las penas nuevas impuestas. Con ello se pretende alcanzar el objetivo de política criminal adoptado por el legislador, de no permitir que una persona condenada a pena de prisión, pueda estar en un momento

determinado, obligada a cumplir más de cincuenta años de prisión."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 2403 de las 15.03 h del 6 de abril.

## 2. **ASOCIACIÓN ILÍCITA. Conducta alteradora de la normal convivencia.**

"En el texto transcrito (artículo (sic) queda descrita de forma suficientemente clara una conducta atribuible a una persona, cual es la de "tomar parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos". Es eso lo que se castiga y por lo tanto sí existe una conducta específica que resulta sancionable cuando se configura, independientemente que en algunas situaciones resulte ser actividad preparatoria para la comisión de otros delitos. No hay tampoco violación del principio de tipicidad cuando se establece la condición de la asociación sea para "cometer delitos" sin que se defina cuáles son, pues lo cierto es que las conductas que constituyen delito están clara y taxativamente definidas por la legislación y, desde luego, la discusión sobre si una conducta concreta encuadra o no en la descripción hecha en la norma, para efectos de tener como existente la asociación ilícita, se debe resolver en la sede jurisdiccional, como parte de los elementos constitutivos del tipo penal, lo que implica la aplicación de todas las garantías constitucionales para el imputado. Resta analizar la cuestión relativa a la inexistencia de un bien jurídico que dé soporte constitucional a la decisión legislativa de punir la conducta definida en el artículo 274, pero como ya se ha dicho, la cuestión no consiste en tratar de subsumir o relacionar esta figura delictiva exclusivamente con alguno de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, sino que en definitiva lo que la Sala debe controlar es el apego de la actuación legislativa en esa materia, a sus límites establecidos constitucionalmente, particularmente por el artículo 28 Constitucional; y en tal sentido, resulta muy claro que tomar parte de una organización para cometer delitos, es una actividad claramente alteradora de la normal convivencia que pretende garantizar el ordenamiento jurídico, de modo que debe admitirse que el legislador está plenamente facultado para tratar de desestimularla mediante una sanción para quienes la realicen."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 1792 de las 18.54 h del 9 de marzo.

## 3. **AUDIENCIA PRELIMINAR. Naturaleza de la prueba evacuada en la etapa intermedia.**

"Del informe rendido por las autoridades recurridas —en los términos del artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional— se concluye que todas las gestiones presentadas por el recurrente, de previo a la celebración de la audiencia preliminar, han sido resueltas oportunamente y de conformidad con la legislación vigente (folios 4 y 5). Además, todos los elementos probatorios recabados en contra de los imputados, han sido puestos a conocimiento de las partes

(folio 4). Por otra parte, no lleva razón el accionante en cuanto a la improcedencia de la elevación a juicio en aquellos casos en que no ha sido evacuada la totalidad de la prueba ofrecida por la defensa. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 316 a 319 del Código Procesal Penal, durante la audiencia preliminar no procede determinar la certeza de la culpabilidad del imputado, sino únicamente emitir un juicio de probabilidad al respecto. En consecuencia, la amplitud del derecho a que se reciban las pruebas es menor que la que existe con respecto al juicio oral y público. Los elementos probatorios que se evacúan en la etapa intermedia, deben estar destinados a acreditar los extremos que provoquen la paralización de la acción, que evidencien su falta de fundamento, o que logren una modificación de la imputación. Admitir la pretensión del accionante, en el sentido de que se evacue durante la audiencia preliminar toda la prueba ofrecida por las partes —a pesar de que no se requiera para la determinación del juicio de probabilidad— significaría convertir esta audiencia en un juicio anticipado. Por lo expuesto, estima la Sala que, en este caso, no existe violación alguna a la garantía del debido proceso, dado que la autoridad recurrida motivó debidamente el auto de apertura a juicio y el amparado tiene la oportunidad de solicitar y/o aportar toda la prueba que estime pertinente, durante el juicio respectivo, lo que le garantiza plenamente el ejercicio de su derecho de defensa."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 2939 de las 9.30 h del 26 de abril.

## 4. **CONCILIACIÓN. Posibilidad de admitirla en caso de delitos tentados.**

"Son dos, las razones de inconstitucionalidad que se cuestionan: en primer término, si el permitir la conciliación en los casos de delitos de homicidio tentado atenta contra el contenido del artículo 21 constitucional, al dejar "desprotegido", sacando de la tutela jurisdiccional, la protección del bien jurídico "vida". El segundo argumento se refiere a la posible violación del principio de igualdad, si el juez opta por valorar el caso concreto, aceptando o rechazando la conciliación según las circunstancias. El aceptar la conciliación como una forma de resolución de conflictos no implica una renuncia del Estado a la tutela de un determinado bien jurídico; por el contrario, se pretende al permitirla, legitimar a la víctima en la solución del conflicto penal, autorizando ser escuchada y formar parte de un proceso del cual antes estaba prácticamente excluida, lo que constituye, a lo sumo una forma diferente de tutela. En el artículo 36 del Código Procesal Penal, el legislador establece varios límites para que la conciliación entre víctima e imputado sea procedente. Uno de estos límites se refiere a que el delito que se discute admita la suspensión condicional de la pena, lo que podría ocurrir en el caso de los delitos tentados. Es labor propia del juez valorar el caso concreto y determinar si una vez examinado el caso y sus circunstancias, el delito atribuido admitiría la suspensión condicional de la pena, valoración que también incluye tomar en cuenta la gravedad del hecho atribuido. El que el juez examine y valore el caso concreto para determinar si homologa o no la conciliación solicitada forma parte de sus facultades como juez y en forma



alguna violenta el principio de igualdad ante la ley, máxime si se toma en cuenta que cada caso sometido a su conocimiento es único y que presenta características que lo individualizan, debiendo el juez, valorar los factores objetivos y subjetivos del caso a efecto de establecer si procede acordar o no la suspensión condicional de la pena y en consecuencia si debe o no homologar la conciliación, pues son esas circunstancias particulares las que diferencian el hecho —le individualizan— y en tal razón la respuesta penal al ajustarse a ellas, según el criterio del juzgador, no lesiona el principio de igualdad a que se refiere el artículo 33 de la Constitución, sino que lo cumple. Así el Juez está legitimado para “ex ante”, establecer si se dan las circunstancias que autorizan la suspensión condicional de la pena, pues solo en ese caso podría homologar la conciliación acordada por la víctima y el imputado. En el caso de los delitos tentados, debe establecer si la disminución que permite la relación de los artículos 24 y 73 del Código Penal, es procedente y si para el caso esa disminución permitiría la suspensión condicional de la pena, disminución que debe estar directamente relacionada con la gravedad del hecho atribuido. Lo anterior conlleva a que se concluya que permitir la conciliación en el caso de los delitos tentados, aún tratándose del delito de homicidio, no resulta inconstitucional.”

2000. SALA CONSTITUCIONAL, N° 430 de las 16.09 h del 12 de enero.

##### 5. CONSULTA JUDICIAL PRECEPTIVA. Competencia de la Sala Constitucional.

“La competencia de la Sala Constitucional en el caso de las consultas judiciales preceptivas, está determinada por la existencia de un recurso de revisión en el cual, conforme al artículo 408, inciso g) del Código Procesal Penal (antes artículo 490, inciso 6) del Código de Procedimientos Penales), se alegue que la sentencia condenatoria no se impuso mediante el debido proceso u oportunidad de defensa. La Sala únicamente está facultada en ellas, para determinar cuáles son los alcances del principio constitucional del debido proceso y su derivado, el derecho de defensa, pero sin calificar, ni valorar las circunstancias del caso concreto, aspecto que corresponde dilucidarlo a la autoridad consultante; tal y como se indicó en sentencia número 01739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, en la que se consideró: “La Sala Constitucional entonces, no califica, valora, ni verifica la existencia o no de la violación acusada, pero sí corrobora, comprueba o declara si el procedimiento que se ha omitido o inobservado en el juicio penal era o no indispensable para garantizar al acusado las exigencias del derecho de la Constitución para reconocer la existencia y desarrollo de un proceso penal justo, hayan o no sido estas establecidas por sus propios precedentes o jurisprudencia. Se emplea así el concepto de debido proceso legal como parámetro, patrón o punto de referencia en abstracto para determinar si, de ser ciertos los hechos descritos por el sentenciado-recurrente —lo cual debe comprobarlo la Sala Tercera—, estos constituirían una violación a su derecho al debido proceso. La resolución de la Sala Constitucional sobre

el contenido, condiciones y alcances generales del debido proceso —o, en su caso, de los derechos de audiencia y defensa—, sería la hipótesis de trabajo con base en la cual la Sala Tercera habría de juzgar la tesis del recurrente”.

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2605 de las 15.39 h del 13 de abril.

##### 6. DECLARACIONES ESPONTÁNEAS. Personas con derecho de abstención. Valoración.

“El primero de los temas discutidos se relaciona con la supuesta infracción al artículo 36 de la Constitución Política, al tomar en cuenta el tribunal sentenciador las manifestaciones dadas por la compañera del imputado a otras personas particulares, las cuales fueron llamadas como testigos en el proceso. Para la Sala tal actuación del Tribunal no viola la protección establecida en el artículo 36 Constitucional porque se trata de actuaciones absolutamente espontáneas, frente a las cuales la persona involucrada (en este caso la compañera del imputado) tenía plena libertad de decisión en cuanto a si las emitía o se las reservaba frente a terceros. Lo que garantiza la norma es el derecho de abstención de los familiares en ella señalados, pero no la imposibilidad de que terceros puedan referirse a hechos, dichos o circunstancias en que esas personas participaron. En efecto, no existía ninguna conminación, explícita o implícita para que esta persona se sintiera compelida, o al menos presionada, para expresar lo que sabía sobre los hechos objeto de investigación, de modo que la garantía no opera en estos casos, en que su beneficiario decide libremente pronunciarse frente a terceras personas sin ninguna autoridad sobre ella, respecto de cuestiones relacionadas con el hecho delictuoso. Ahora bien, cabe distinguir multiplicidad de casos en donde personas ajenas al proceso adquieren conocimiento mediante información brindada por sujetos protegidos por el derecho establecido en el artículo 36 de la Carta Fundamental; esta Sala hace suyas las consideraciones que ha mantenido sobre el tema la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien ha abordado el tema, en especial para distinguir entre los diferentes tipos de “terceras personas” que pueden llegar a adquirir conocimiento de los hechos por habérselos referido personas con derecho de abstención, al considerar que: “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 aún 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 peroneas 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" (sentencia número 487-98 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y ocho). En conclusión, puede el Tribunal de juicio tomar en cuenta lo dicho por personas con derecho de abstención a terceros, cuando tales manifestaciones han sido producto exclusivo de su libre y espontánea voluntad y han sido dadas a personas que no ostentan sobre ellas ningún tipo de autoridad. Corresponde a la Sala consultante verificar si ello ocurrió en este caso.

2000. **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 154 de las 16.12 h del 5 de enero.

#### 7. **EJECUCIÓN DE LA PENA. Unificación de penas. Órgano competente para su conocimiento.**

"Ajustándonos a la nueva legislación procesal penal, aun y cuando se hayan unificado las penas, el Tribunal de Ejecución de la Pena (artículo 453 del Código Procesal Penal)

es el competente para resolver sobre las incidencias que respecto de la fijación, sustitución, modificación o extinción de la pena, e inclusive respecto del descuento a aplicarse, según lo estipulado por el artículo 55 del Código Penal se tenga, aspecto este último de especial relevancia, porque las penas han sido unificadas, han sido convertidas por imperio de ley en una sola, aunque hayan sido dictadas por tribunales diferentes, de modo que las solicitudes de autorización y aplicación del descuento respecto de penas, no deben dirigirse a cada Tribunal que las impuso, ni tampoco al que correspondió su unificación, sino ante el Tribunal de Ejecución Penal, quien deberá partir de un único parámetro y una única fecha de inicio y de cumplimiento de la pena a efectos de calcular el descuento y en consecuencia, la fecha de cumplimiento de la condena con aplicación de dicho beneficio. La solicitud aislada y la aplicación del descuento en forma aislada a cada una de las penas impuestas, significa un desconocimiento de la unificación que ha operado de la totalidad y dificulta enormemente los cálculos, creándose una confusión tal que en muchos casos puede traducirse en una extensión del plazo de condena que legalmente le corresponde descontar a una persona. Para ello, el Instituto Nacional de Criminología, debe velar por llevar en la forma más actualizada y completa posible, la información de las penas impuestas y de las unificaciones realizadas en favor de las personas reclusas, a fin de orientar en forma correcta las solicitudes de concesión y aprobación del descuento correspondiente."

1999. **SALA CONSTITUCIONAL**, N° 2403 de las 15.03 h del 6 de abril.

#### 8. **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Constitucionalidad del artículo 30, inciso c) del Código Procesal Penal.**

"Reclama el actor la inconstitucionalidad del artículo 30, inciso c) del Código Procesal Penal, que dispone: "Artículo 30. Causas de extinción de la acción penal. La acción penal se extinguirá: (...) c) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, realizado antes del juicio oral, cuando se trate de delitos sancionados solo con esa clase de pena, caso en el que el tribunal hará la fijación correspondiente a petición del interesado", puesto que, con la regla que sienta, se impide hacer efectiva en sede penal la correspondiente acción civil resarcitoria, con violación del artículo 41 de la Constitución Política. II. Las consecuencias que señala el actor a la aplicación del inciso c) del artículo 30 del Código Procesal Penal son ciertas. Extinta la acción penal, debe absolverse al imputado, dando por terminado el proceso en esa vía. Queda vedado al juzgador de la causa pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria por su carácter netamente accesorio de la penal. Asimismo, de considerar el ofendido que los hechos que dieron lugar al proceso penal generan responsabilidad civil, deberá reclamarla en ese ámbito jurisdiccional. Sin embargo, no estima la Sala que esas derivaciones causen la inconstitucionalidad de la norma tachada como tal. III. El aparte c) del artículo 30 del Código Procesal Penal prevé la opción de extinguir la acción penal en aquellos casos suscitados por delitos sancionados con pena de multa. Debe tomarse en cuenta que para la terminación del proceso bajo ese supuesto

se exige el pago del "máximo previsto" y se especifica que el delito debe castigarse tan solo con esa clase de sanción. Es decir, desde la óptica de la responsabilidad penal se produce el fenecimiento de la acción penal porque el imputado está recibiendo la consecuencia más fuerte que en ese campo puede decretársele. La multa no implica resarcimiento de la víctima, sino que tiene carácter meramente sancionatorio. Su objetivo es compeler a que no se cometan las conductas delictivas previstas y que, de cometerse, tengan un castigo.

IV. Por su parte, se repite, desde el punto de vista del proceso penal la acción civil tiene un carácter estrictamente accesorio en relación con la penal. Si el legislador permite la extinción de la última, que se supone atañe a una responsabilidad más grave, debe extinguirse también la posibilidad de reclamar en esa vía la que tiene una simple condición secundaria. La sede penal es para imponer consecuencias de esa naturaleza. De modo excepcional se previó un trámite conjunto para determinar la responsabilidad en dos ámbitos diversos —penal y civil—, a propósito de unos mismos hechos, pero ello no significa que se garantice constitucionalmente la exigencia de responsabilidad civil en el marco del proceso penal. De principio, si se pretende que alguien responda civilmente por un daño causado, la vía natural de esa pretensión es la civil.

V. Ahora bien, la celeridad o lentitud con que se emita sentencia en cada una de esas esferas jurisdiccionales no implica la inconstitucionalidad de una de ellas. Nótese que el representado del actor se encuentra actualmente en igual situación que cualquier persona que pretenda reclamar responsabilidad civil. El proceso civil ordinario no es en sí mismo —como se reclama, al punto de sugerir que debería anularse íntegramente— inconstitucional. En caso de revestir el carácter tortuoso que se le achaca, ello no es necesariamente en virtud de las disposiciones que sobre él contempló el legislador. El examen de las eventuales deficiencias del proceso civil excede la competencia que la Constitución Política y su Ley reguladora otorgan a esta Jurisdicción. Sería inaceptable acoger una petición para anular, es decir, hacer desaparecer del ordenamiento jurídico, una clase de proceso, justamente aquel llamado a ser el instrumento normal de dilucidación de los conflictos entre los particulares, con la única consecuencia posible para una decisión de esa índole de provocar un vacío de severas proporciones sin opción de instaurar un mecanismo plenamente satisfactorio del principio de justicia pronta y cumplida. En suma, no es un problema que pueda reducirse a un juicio de constitucionalidad.

VI. Resta referirse al argumento del actor sobre la protección injustificadamente disminuida que reciben los delitos contra el honor, pese a su ubicación privilegiada en el Código Penal, superada tan solo por los delitos contra la vida. Si bien es cierto, es común que se pretenda sistematizar la legislación penal tomando como punto de partida los bienes jurídicos protegidos por los diversos tipos, no lo es que el orden que se imprima a un Código de esta especie obligue a jerarquizar los bienes tutelados. Se cuenta en este caso, además, con un referente adicional, cual es la clase de sanción estipulada para cada uno de ellos. Puede concluirse que la sanción es criterio determinante para establecer si la respuesta penal frente a una u otra infracción es más o menos fuerte. Los delitos sancionados con privación de libertad necesariamente

responden a conductas más gravemente reprimidas que aquellas castigadas con multa. En este sentido, se indicó en la sentencia número 249-93 de las 16.03 horas del 19 de enero de 1993: "Vlo. A criterio de la Sala el marco constitucional y convencional analizado no impide aceptar que por tratarse de una reacción penal (multa) de poca rigurosidad en comparación con la de prisión (posible de imponer en el caso de algunas contravenciones que deben ser juzgadas conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Penales), que solo incide en perjuicio del patrimonio, que no tiene mayor trascendencia como sería la anotación en un registro de condenados, las garantías a exigir para cumplir con el debido proceso también sean de menor rigurosidad y pueda aún aceptarse la imposición directa de la sanción por parte de una autoridad administrativa, sin necesidad de juicio previo —según ya se analizó—, pero posibilitándolo en los casos en que el infractor tenga interés en él y exista aceptación —aunque tácita— de parte de aquel, del hecho." Esta distinción es, precisamente, la que tomó en cuenta el legislador al enunciar en el artículo 30, inciso c) en estudio que la extinción de la acción penal se produciría nada más en los casos en que la única pena imponible por el delito sería la de multa. Así, si para los delitos contra el honor —que motivaron el inicio del proceso penal en el cual es parte el representado del actor— se decretó la pena de multa, les corresponde la tutela jurisdiccional penal establecida para las infracciones vinculadas a esa clase de sanción, sin desmerecer con ello el mandato constitucional de permitir la reparación de los daños infligidos a los intereses morales. Con base en lo dicho hasta aquí y la previsión del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo procedente es rechazar por el fondo la acción."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, Nº 7670 de las 16.42 h del 6 de octubre.

#### 9. HÁBEAS CORPUS. Procedencia. La valoración sobre la validez de la prueba corresponde a los órganos de la jurisdicción penal.

"Según los artículos 48 de la Constitución Política y 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el recurso de hábeas corpus tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales específicos de libertad e integridad personales y libertad de tránsito. Esto obliga a deslindar inicialmente las pretensiones del actor, por cuanto de ellas las únicas que pueden dilucidarse en este recurso son las vinculadas con la validez de la privación de libertad del amparado, según los términos concretos del artículo 24, también de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Es decir, esta Sala omite pronunciamiento sobre la validez de los elementos de prueba que ataca el actor, pues esa labor es exclusiva de los órganos de la jurisdicción penal. Es cierto que puede llegar a elaborarse una construcción para pronunciarse acerca del reconocimiento fotográfico y el personal, desde un recurso como el que aquí se conoce, bajo el pretexto del análisis de un correcto juicio de probabilidad como uno de los elementos justificantes de la prisión preventiva. Sin embargo, ese razonamiento trasladado a todo proceso penal en que se dicte la medida

cautelar en cuestión implicaría la paulatina sustitución del juez ordinario, provocando una distorsión en el sistema penal a partir de una incursión desaconsejada de esta jurisdicción en campos para cuyo análisis recursos sumarios como el de hábeas corpus pueden resultar más bien perjudiciales para el ordenamiento jurídico. II. Revisadas las resoluciones mediante las cuales se determinó que el amparado debe sufrir prisión preventiva (de las 14.55 horas del 26 de febrero de 1999 a folio 18 y de las 11.00 horas del 26 de mayo de 1999 a folio 66, ambos folios de la copia del legajo de medida cautelar correspondiente a la causa número 99-3895-042-PE) se denota que guardan conformidad con los parámetros constitucionales propios del tema de la libertad personal, pues se hace una relación de los hechos delictivos de los que podría ser responsable el amparado y se arguyen razones procesales como son el peligro de fuga —a partir de la alta pena a imponer, la magnitud del daño causado, la violencia ejercida con armas de grueso calibre, el que no aparezca buena parte del dinero sustraído— y el de obstaculización —la necesidad de evacuar más prueba testimonial y de evitar la intimidación para la etapa de juicio; que aún no se localiza el dinero aparentemente sustraído por ellos y el que en apariencia se trate de delincuencia organizada sin identificación de otros miembros— para decretar y mantener la medida cautelar. El recurso, por ende, debe desestimarse. III. Valga llamar la atención sobre una afirmación de la representante del Ministerio Público que la Jueza Penal del Segundo Circuito Judicial de San José incluyó en la primera de las resoluciones citadas, cual es que existe, además, peligro de reiteración delictiva porque los imputados cuentan con expedientes en el Archivo Criminal según los cuales “han sido pasados en varias ocasiones por delitos contra la propiedad”. Si bien se acepta como indicio del peligro en cuestión que contra el imputado existan condenas penales anteriores o incluso procesos sin sentencia firme, con carácter, precisamente, de indicio; resulta peligrosa una alusión, para empezar genérica —en una causa con múltiples encartados— y a información que no debería tener siquiera carácter de indicio en vía jurisdiccional, pues se trata de reseñas de detenciones que pudieron ni siquiera dar lugar al inicio de un proceso penal...”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 4402 de las 14.12 h del 9 de junio.

#### 10. IN DUBIO PRO REO. Debe demostrarse efectivamente la culpabilidad.

“Acusa el recurrente que se han infringido las reglas del debido proceso, concretamente de los principios de inocencia e “in dubio pro reo”, porque aún sin existir prueba contundente que lo incrimine, se le encontró culpable de los hechos acusados —robo agravado en concurso material de dos tentativas de homicidio—. Efectivamente, el principio “in dubio pro reo” integra el debido proceso, en los términos señalados en la sentencia número 01739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, en que se indicó: “F) EL PRINCIPIO DE «INDUBIO PRO REO»: Implica que la

convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedero, no solo de justicia, sino también de comprensión y compasión.” Este principio está íntimamente relacionado con el principio de inocencia y la necesaria demostración de la culpabilidad, que implica necesariamente, que de los elementos de prueba existentes, se concluya inexorablemente la responsabilidad del imputado en relación con el ilícito que se investiga; caso contrario, en caso de dictarse sentencia condenatoria, se violan los principios constitucionales de “indubio pro reo” y de presunción de inocencia. En relación con el primero, en la citada sentencia número 01739-92, esta Sala lo conceptualizó como el principio que: “Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar en su favor.” Todo lo anteriormente señalado tiene un objetivo superior, el cual fue señalado en la sentencia número 05746-93, de las catorce horas veinticuatro minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, cuando se indicó: “Si bien, el juicio de convicción debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a estas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garantía de realización de un proceso justo, eliminando la arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatoria obtenida respetando los derechos fundamentales.” De manera que la necesaria demostración de culpabilidad implica, necesariamente, que de los elementos de prueba existentes, se concluya inexorablemente la responsabilidad del imputado en relación con el ilícito que se investiga; caso contrario, se violan los principios constitucionales de “indubio pro reo” y de presunción de inocencia. Así las cosas, para posibilitar un fallo condenatorio debe necesariamente demostrarse la culpabilidad del imputado; y si en el caso concreto se dictó sentencia sin que existiera prueba contundente contra él, es decir, sin base probatoria suficiente para provocar el ánimo de certeza del juzgador, efectivamente se quebrantó el debido proceso.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2605 de las 15.39 h del 13 de abril.

#### 11. LIBERTAD PERSONAL. Limitación desproporcionada.

“Según se desprende del recurso y de lo informado por las autoridades recurridas, la amparada y los jóvenes que la acompañaban se encontraban en el parque El Bosque en San Francisco de Dos Ríos el día 4 de abril de 1999 a eso de las veintidós horas, al sitio se acercaron oficiales de policía a realizar una investigación, investigación que pudieron haber efectuado de modo más que satisfactorio en el mismo lugar de los acontecimientos. Obsérvese que de lo informado resulta evidente que los oficiales de policía revisaron los alrededores

del parque, procedieron a identificar a los jóvenes y de modo razonable pudieron imponerse de lo que allí acontecía. Estima esta Sala que con la finalidad de establecer si la amparada y el joven A. A. L. C. tenían o no antecedentes penales o alguna presentación pendiente, resultaba innecesario y en consecuencia desproporcionado, que la autoridad de policía a cargo del asunto los trasladara en un "cajón" de la fuerza pública hasta el Archivo Policial y luego hasta la Tercera Comisaría, ya que tal indagación pudo haberse realizado por radio desde el mismo lugar de los hechos. De modo que en lo que respecta a este punto, existe una afectación desproporcionada al derecho de la amparada a la libertad personal."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 6958 de las 14.54 h del 8 de setiembre.

## 12. LIBERTAD PERSONAL. Obligación del juez de pronunciarse prioritariamente sobre acuerdo conciliatorio.

"...en el caso que nos ocupa el imputado y la ofendida rubricaron un documento de conciliación en el que se estableció la reparación del daño, documento que además sirvió de sustento para solicitar la libertad del imputado. No obstante los principios inspiradores del proceso penal que fueron mencionados, el juzgador al haber señalado fecha para el juicio oral, atendiendo una interpretación restrictiva, optó por rechazar la solicitud de libertad sustentado en que aun no había resuelto la conciliación, la que reservó para ser conocida hasta la fecha de la audiencia oral. La Sala, en asuntos similares al que ahora nos ocupa (v. sentencia N° 05836-99 de las 17.18 horas del 27 de julio de 1999), ha considerado que en este tipo de casos, la interpretación de las normas debe ser amplia respetándose al máximo los derechos de la víctima y del victimario, por lo que no es dable la reserva mencionada pues se violenta el derecho del imputado de obtener su libertad, sustentado en una actuación válidamente reconocida por el ordenamiento jurídico, como lo es la conciliación, cuyo fin es la solución real del conflicto. Así que, los juzgadores ante este tipo de gestiones, deben necesariamente distinguir la necesidad jurídica que deriva de la situación del imputado, en relación con su libertad, ya que en los casos en que sea planteada dicha gestión y exista un sujeto privado de su libertad, tal y como lo ha indicado la Sala en la jurisprudencia transcrita, se deberá prioritaria e inmediatamente citar a la partes para la realización de la audiencia respectiva, a los efectos de que en cualquier etapa del proceso, incluso antes de la apertura del debate (artículo 341 del Código Procesal Penal), de manera especial sea resuelta la solicitud de conciliación y de libertad que expresamente se hubiera planteado. Interpretarlo de manera distinta, sería desconocer el principio restrictivo que inspira el proceso penal en lo tocante a la libertad de los sujetos y la obligación de los jueces de resolver inmediatamente este tipo de gestiones sin sujeciones a tiempos procesales, atendiendo a que está de por medio un derecho constitucional de primer orden, por lo que la omisión o atraso en su resolución violenta los derechos fundamentales consagrados en los artículos 39, 41 de la Constitución Política y los artículos 8.1 y

7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al dilatarse de forma injustificada tanto la solución del conflicto, como la prisión preventiva a que está sometido el encartado."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 5981 de las 14.03 h del 3 de agosto.

## 13. LIBERTAD PROBATORIA. Limitaciones respecto del estado civil en el Código de Procedimientos Penales.

"En este caso, acusa el petente que en su caso se dio pie a la aplicación de una modalidad agravada del delito imputado (corrupción) sobre la base de que fuese tenido como padre biológico de la ofendida, a pesar de que en el expediente no obra prueba alguna en ese sentido más que el dicho de aquella y de su madre. En el evento de que se diera acogida al alegato, es claro que estaríamos en presencia —por las razones que se dirá— de una infracción a los principios de valoración de la prueba y de fundamentación de la sentencia, que —como lo ha indicado reiteradamente esta Sala— son elementos integrantes del debido proceso. Es en este sentido que cabe examinar el punto como sigue... Acerca del argumento de omisión de prueba fundamental. Lleva razón el gestionante al recordar que, conforme al Código de Procedimientos Penales bajo el cual se tramitó su causa, en la instrucción no debían regir las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas (artículo 198). Desde esta óptica, el parentesco debía (y aún debe) fijarse, en primera instancia, a partir de lo que sobre el particular aparezca inscrito en el Registro Civil; en efecto, mientras esa anotación no sea anulada o modificada conforme a la ley, la certificación de su contenido tiene el carácter de plena prueba. Todo ello está claro en la jurisprudencia de la propia Sala Tercera, esencialmente a partir de su sentencia número 35-F-92 de las once horas y quince minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos y subsecuentes pronunciamientos. En este caso, señala el gestionante que el Tribunal de juicio tuvo como hecho probado que él era el padre biológico de la ofendida —lo cual, a su vez, condujo a la aplicación de la figura (y consecuente penalidad) de la corrupción agravada en vez de la simple— a pesar de que la prueba legal de ese hecho está del todo ausente, mediando únicamente el simple dicho de aquella y de su madre. Esto desde luego deberá evaluarlo la Sala consultante, pero es menester recordar que este Tribunal reiteradamente ha sostenido que la debida fundamentación de la sentencia, en tanto incide en el derecho de defensa del encausado, integra el debido proceso y que el juzgador debe indicar en el fallo, en cada caso, los elementos probatorios en los que fundamenta su conclusión y hacer un análisis lógico y razonable de los mismos. En efecto, el debido proceso constitucional comprende, entre otros principios, la doble exigencia de que la condenatoria y la apreciación de cualquier circunstancia agravante que pueda mediar en el caso, estén no solo adecuadamente fundamentadas (lo cual necesariamente implica que exista evidencia que de manera objetiva sustente los hechos en que se funden) sino también que estén basadas en una correcta valoración de esa prueba, tanto en sí misma

como respecto de la tasación que la ley le otorgue. En la medida en que esos requerimientos puedan resultar infringidos en la especie, desde luego que lo será también la garantía fundamental del debido proceso."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2606 de las 15.42 h del 13 de abril.

#### 14. MINISTERIO PÚBLICO. Facultades otorgadas por la normativa procesal.

"Según la legislación procesal penal en vigencia corresponde al Fiscal ejercer la acción penal en la forma establecida por la ley y practicar 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 *ibidem*). 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 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, solo 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. Al tenor de lo dispuesto por los artículos 67, 68, 283 y 285 del Código Procesal Penal cuando existe una denuncia la policía judicial debe practicar las diligencias preliminares para reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos. En consecuencia, los alegatos del recurrente carecen de sustento, pues de conformidad con lo expuesto, las autoridades recurridas tienen la facultad de practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia

del hecho delictivo, dentro de las que se encuentran las que motivan este recurso. Por lo expuesto, el hábeas corpus resulta inadmisibles y así debe declararse."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 888 de las 16.30 h del 10 de febrero.

#### 15. PRISIÓN PREVENTIVA. Es ilegítima la detención fuera del plazo para el que fue dictada.

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 de la Constitución Política y 8.2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y para garantizar el respeto a la libertad individual y el principio de inocencia que rige en materia penal, la privación de libertad de un individuo, como medida cautelar, deberá ser acordada excepcionalmente, cuando exista indicio comprobado de que el sujeto ha cometido un delito, en estricta sujeción a la ley, mediante resolución judicial fundada y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Al respecto, el artículo 239 del Código Procesal Penal indica expresamente los requisitos materiales de la prisión preventiva, a saber, sospecha suficiente de culpabilidad, la existencia de una causal de prisión preventiva —peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración— y respeto al principio de proporcionalidad. En el caso que nos ocupa, el recurrente alega que el amparado A. S. se encuentra privado de su libertad en forma ilegítima, debido a que el veintiocho de marzo pasado venció el plazo de prisión preventiva ordenado en contra del amparado y a la fecha de interposición de este recurso —once de mayo de este año— la autoridad jurisdiccional competente a tal efecto nunca dictó resolución alguna que legitimara la detención impugnada. Estima esta Sala que efectivamente el derecho fundamental alegado por el recurrente ha sido conculcado en su perjuicio por parte de la autoridad recurrida, habida cuenta que habiéndose vencido el plazo por el cual fue dictada la medida cautelar de prisión preventiva en su contra desde el veintiocho de marzo pasado, no realizó la revisión que correspondía. Manifiesta a su favor la autoridad recurrida que mediante resolución dictada por este Tribunal se indicó que "no ha lugar a variar la medida cautelar impuesta, en virtud de que el debate se encuentra señalado para celebrarse a las catorce horas del día seis de mayo del presente año y de esa forma se garantiza su presencia en el mismo". Sin embargo, estima la Sala que dicho alegato no es legítimo, en razón de que el amparado permaneció durante treinta y nueve días detenido sin sustento jurídico alguno, pues no había resolución que respaldara la medida. Lo anterior, a pesar del mandato legal contenido en el artículo 253, párrafo segundo del Código Procesal Penal, contando con autorización legal incluso para pedir de oficio la prueba que estime conveniente a fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de la medida, a tenor de lo que estipula el numeral 242, párrafo primero del mismo cuerpo normativo y obviando además que es el órgano jurisdiccional a cuya orden se encuentra el imputado quien funge como garante del respeto de sus derechos fundamentales dentro del proceso penal, con especial énfasis en su libertad personal, lo que motiva la estimatoria de este

recurso, sin ordenar la libertad del amparado, en vista de que al conocer de este recurso ya se había dictado sentencia condenatoria en contra del amparado por dos años de prisión por considerarlo autor responsable del delito de robo agravado en estado de tentativa en perjuicio de F. B. y de hurto simple en perjuicio de M. C. R.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 3816 de las 14.42 h del 25 de mayo.

**16. PRISIÓN PREVENTIVA. Posibilidad de mantener la restricción de libertad una vez dictada la sentencia condenatoria.**

“El recurrente pretende que se declare con lugar este recurso porque la autoridad recurrida prorrogó la detención provisional de su defendido después de que se cumplió el plazo fijado para esa medida cautelar (ver resolución de las 8.00 horas del 27 de mayo de 1999 a folios 429 y 430 del expediente número 99-000575-0042-TP). La autoridad recurrida indica que aunque la prórroga de la prisión preventiva de dos meses venció el 27 de mayo de 1999 (ver folio 294 ídem), la medida cautelar continuó porque el amparado fue declarado autor responsable del delito de Tentativa de Homicidio Calificado, Robo Agravado y Privación de Libertad. En tal condición se le impuso cuatro años de privación de libertad y en el mismo pronunciamiento se ordenó la continuidad de la medida cautelar (ver resolución de las 16.00 horas del 19 de mayo de 1999 a folio 426 del mismo expediente) y con el fin de que no evada la acción de la justicia (riesgo de fuga) hasta que el fallo adquiriera firmeza se ordenó la medida que se cuestiona (ver folio 427). II. El supuesto planteado en este recurso es que la restricción a la libertad del amparado finalizó sin que la autoridad recurrida prorrogara esa medida cautelar. Si bien es cierto en materia de justicia penal juvenil las disposiciones referentes a la continuidad de la prisión preventiva no se suponen aplicables al caso en que el Tribunal haya dictado sentencia condenatoria contra el menor acusado, aunque esta no se encuentre firme, ya sea porque no ha transcurrido el plazo en el que adquiere firmeza o por la interposición del recurso de casación, el juzgador tiene la posibilidad de restringir la libertad ambulatoria en la medida necesaria para cumplir con aquel fallo. Esta Sala ha señalado que el supuesto en que recae sentencia condenatoria en perjuicio del imputado como una circunstancia que —si bien no modifica el estado de inocencia cuando aun no se ha dado la firmeza del fallo— cambia la situación del imputado respecto de los fines del proceso y añade un elemento que —en caso de haberse mantenido una sospecha de fuga durante todo el proceso— acentúa un riesgo razonable de evasión de la acción de la justicia (véase en ese sentido la sentencia número 0171-97 de las 9.03 horas del 10 de enero de 1997). En el presente caso, la continuidad de la prisión preventiva se ordenó porque el amparado fue sentenciado a cuatro años de prisión y la medida se justificó en razones objetivas y aún antes de que finalizara el plazo de cuatro meses que

establece la Ley de Justicia Penal Juvenil y hasta tanto quede firme la sentencia.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 4836 de las 15.54 h del 22 de junio.

**17. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Juez no tiene obligación de informar al imputado sobre esa posibilidad.**

“En el otro aspecto del recurso de revisión, el recurrente reclama que el Tribunal no hizo expresa advertencia, al comenzar el debate, de la posibilidad que existía de acogerse al trámite del proceso abreviado con base en el artículo IV del Transitorio de la Ley de Reorganización Judicial, con lo que se le privó de la posibilidad de evitar el juicio oral y principalmente obtener la rebaja a un tercio de la pena que se otorga en tales casos. Desde la perspectiva constitucional, el proceso abreviado se entiende como una modalidad alternativa para llevar adelante el juzgamiento de una persona en ciertos casos, pero justamente esa condición de eventual y fortuita, (pues se da solamente cuando se está dentro de los supuestos establecidos legalmente y luego del trámite requerido) la descarta como parte de los derechos fundamentales a que tiene derecho un imputado dentro del proceso penal; en este sentido, lo que se garantiza como derecho es la celebración del juicio oral y público, al que solo el encausado podría renunciar o aceptar sustituirlo por alguna otra forma de las alternativas que posibilitan dar fin al proceso. Para esta Sede, no existió ninguna obligación del Tribunal de Juicio de informarle al recurrente la existencia de una norma legal (debidamente publicada y vigente) que le permitía solicitar la aplicación a su favor del proceso abreviado y además de ello, tal omisión no constituye infracción alguna al debido proceso, pues con ella no se impidió al imputado el disfrute de alguno de sus derechos fundamentales dentro del proceso concreto que culminó con condenatoria del imputado. El propio artículo 373 del Código Procesal Penal señala que corresponde a las partes (Defensa y Ministerio Público), separada o conjuntamente proponer la aplicación del señalado procedimiento. En conclusión, la falta de advertencia por parte del Tribunal de la posibilidad de aplicación del proceso abreviado en un caso determinado no infringe el debido proceso.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 5927 de las 8.33 h del 30 de julio.

**18. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Advertencia al imputado del derecho de abstención.**

“El segundo de los aspectos reclamados tiene que ver con la supuesta falta de advertencia en relación con el derecho de abstención que tenía el recurrente, aun cuando se tratase de un proceso abreviado con aceptación de cargos. Esta Sede recientemente reconsideró su posición al respecto y en la sentencia número 2000-00421 de las quince horas cuarenta y dos minutos del doce de enero del dos mil, dijo lo siguiente: “II. En los dos recursos, planteados [...] se reclama una violación

al debido proceso en el tanto en que no se cumplió con las advertencias y prevenciones establecidas en el artículo 36 Constitucional, referentes a su derecho de abstenerse de declarar, lo que les debió ser impuesto por el Juez que conoció del caso. Aducen que aunque existía un pacto por el cual ellos se comprometieron a aceptar los hechos de la acusación, lo cierto es que durante el debate el Tribunal no los previno de forma apropiada en el sentido de que podían declarar o bien abstenerse de hacerlo sin que su silencio pudiera tener consecuencias en su contra. Sobre este tema la Sala sostuvo en ocasiones anteriores que en tales casos podría estarse frente a una infracción al debido proceso, sin embargo, con nuevos elementos de juicio se ha replanteado la cuestión para concluir que esa posición no puede mantenerse. En primer término con este pronunciamiento se pretende vindicar la que ha sido tradicional posición respecto de las garantías procesales del imputado dentro del proceso penal, en el sentido de que se trata de protección sustancial de los derechos constitucionales y su dignidad y no el cumplimiento de un simple rito o fórmula carente de relevancia o significado para esos extremos. De ese modo, debe recordarse que el artículo 36 Constitucional como garantía individual que es, pretende proteger al ciudadano de un perjuicio, sea en su contra o de las personas que se enumeran, por lo cual es a dicho contexto al que debe limitarse la operación de esa limitación impuesta constitucionalmente al Estado y contenida en el artículo constitucional en cuestión. Al respecto, en la resolución número 05977-94 de las dieciséis horas veintisiete minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, se dijo que: "... La garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que este es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo..." En el caso de los procesos que se concluyen mediante la aplicación de un procedimiento abreviado la situación fáctica es esencialmente diferente de aquella que sirvió de motivación para la regulación contenida en el artículo 36 de la Constitución. En el supuesto regulado en este artículo el imputado no ha coadyuvado en ninguna de las fases del proceso seguido en su contra o si lo hizo en algún momento, no pretende hacerlo más, de manera que la garantía opera en toda su dimensión protegiendo su decisión en tal aspecto e imponiendo al Estado el deber de no sacar consecuencias jurídicas de esa actitud. El procedimiento abreviado en cambio ni siquiera tiene definida una fase de debate oral propiamente tal, similar a la del juicio común donde pueda ser necesario prevenir al imputado que le asiste un derecho a abstenerse de declarar. El acto de prevención no se trata tampoco de un trámite que deba llevarse necesariamente a cabo ante la autoridad que ha de resolver el caso ni tampoco ante algún funcionario público que ejerza, de hecho o de derecho poder sobre el imputado (ver artículo 375 del Código Procesal Penal). El legislador exige solamente la existencia de un proceso

abierto en donde, en el momento procesal establecido, el imputado valore su situación junto con su defensor y decida si estima más adecuado a sus intereses manifestarse en el sentido de admitir los hechos según se le pide, para obtener a cambio un trámite más acelerado y ventajas en el monto de la sanción; la participación activa del imputado, se dirige entonces libre y voluntariamente a colaborar en el proceso mediante la aceptación de los hechos acusados con el fin de obtener una ventaja para sí. Ese pacto, llevado a cabo con el Ministerio Público es el antecedente necesario para la existencia del procedimiento abreviado de modo que este último nace jurídicamente como efecto precisamente de —entre otras condiciones— la aceptación de los cargos que hace el imputado, pues sin ella no habría existido y no tendría razón de ser. Por estos motivos tiene sentido entender que en el desarrollo de tal procedimiento, la garantía del artículo 36 de la Constitución Política no representa ninguna protección o ventaja real, puesto que aun cuando el imputado fuese confrontado por el Tribunal (en la eventual audiencia establecida en el primer párrafo del artículo 375 del Código Procesal Penal), el mismo efecto jurídico tendría el que declare reiterando su anuencia o bien que calle, porque en este último caso su silencio no podría tomarse como retractación de lo acordado y no habría variación en su situación. Es más, la única manera que tienen tanto el imputado de desdecirse del pacto por deseo en contrario, como él mismo o el propio Tribunal para desvirtuarlo por posibles vicios esenciales (como sería, por ejemplo, que se hubiera concluido con coacción o engaño) es mediante las declaraciones o manifestaciones que haga el interesado, por lo que entonces la garantía tampoco acarrea ventaja porque su intención es justamente manifestarse ante sus juzgadores, ya no sobre los hechos acusados, sino sobre cuestiones relacionadas con la validez del pacto oportunamente alcanzado. III. En la actividad procesal necesariamente desarrollada previa al pacto en que se acuerda la solicitud del procedimiento abreviado, al momento de recibir declaración al imputado, si se le debe hacer la advertencia que echa de menos el recurrente (artículo 92 del Código Procesal Penal y 278 del Código de Procedimientos Penales) y en este acto esa advertencia es consecuencia de la exigencia constitucional del artículo 36, la que realizada resulta suficiente para proteger el derecho de abstención en esa etapa procesal. Si se realiza efectivamente el juicio oral, en él debe realizarse nuevamente la advertencia (artículo 343 del Código Procesal Penal y 373 del Código de Procedimientos Penales), el juicio es en sí mismo una unidad que conlleva la realización y recepción de la totalidad de la prueba que dará base a la sentencia, tanto que esta puede ser invalidada en casación si se fundamenta en medios o elementos de convicción no incorporados legalmente a juicio (artículo 369, inciso c) del Código Procesal Penal). En el procedimiento abreviado, se reitera, esta fase se omite completamente, pues la audiencia a que se refiere el artículo 375, como posible, de ninguna forma puede hacerse equivaler al juicio oral y público establecido en el Título III, artículos 324 y siguientes del Código Procesal antes citado. IV. De otra parte, podría hacerse la observación de que el Tribunal de juicio puede (en la eventual audiencia que está contemplada como una posibilidad en el recién citado artículo 375 del Código Procesal Penal) interrogar al imputado y este sentirse forzado a declarar. En este caso,



cabe señalar que si bien ello podría ocurrir, lo cierto es que nada de lo que diga el imputado puede tener ningún efecto jurídico dentro del proceso en el caso de que este continúe y sobre todo no podría servir de fundamento a la sentencia que se emita porque no resulta ser prueba válida para fundar ese pronunciamiento (artículo 375 del Código Procesal Penal). En el procedimiento abreviado, todos y cada uno de los elementos probatorios que aporta el imputado al proceso se encuentran contenidos en su aceptación de los hechos de la acusación ya formulada (artículo 374). De la misma forma, en el caso de que se opte por el rechazo del procedimiento abreviado por sospechar el Tribunal luego del interrogatorio, la existencia de un fraude o una diferencia entre la realidad documental del pacto y la de los hechos, las consecuencias legalmente establecidas son claras en cuanto que nada de lo que haya manifestado en esa audiencia o en el documento que contiene el pacto, puede ser considerado como una confesión de su parte. V. En conclusión, la prevención de la existencia de la garantía del artículo 36 de la Constitución Política dentro de un procedimiento abreviado de los que autorizan los artículos 373 y siguientes del Código Procesal Penal, no le reporta ninguna ventaja jurídica al imputado; no se afecta su situación frente a las autoridades estatales y por ello la exigencia de su cumplimiento no va en protección de su derecho al debido proceso, sino que se convierte en el cumplimiento de una ritualidad sin ulterior sentido. De tal forma, es menester reconsiderar el anterior criterio emitido por esta Sala y variarlo en el sentido de que la falta de prevención de la posibilidad de abstención que contiene la garantía del artículo 36 de la Constitución Política dentro de un procedimiento abreviado tramitado al amparo de los artículos 373 y siguientes del Código Procesal Penal, no constituye una infracción al debido proceso."

2000. SALA CONSTITUCIONAL, N° 425 de las 15.54 h del 12 de enero.

#### 19. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Razones legítimas para su rechazo.

"Alega el recurrente que la decisión del recurrido de rechazar el procedimiento abreviado, mediante resolución de las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, resulta ilegítima, ya que cumpliéndose todos los requisitos de ley, la única razón por la cual procedería el rechazo del proceso abreviado la constituye la constatación por parte del Tribunal de que este camino no representa una solución o alternativa más favorable para el imputado que el de la vía ordinaria. Los reclamos del recurrente no son atendibles. II. Además del genérico proceso ordinario previsto en los artículos 274 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal, ese cuerpo normativo contiene en su Libro Segundo el denominado procedimiento abreviado (artículos 373 a 375), como una vía diferente de la ordinaria para decidir acerca de una cuestión penal y cuya principal consecuencia y diferencia respecto al ordinario es la prescindencia de la celebración del juicio oral y público, a cambio de la posibilidad para el imputado de negociar y recibir una sanción penal más favorable a la que eventualmente podría imponérsele de someterse al

procedimiento ordinario. Ahora bien, esto no implica que en dicho procedimiento, en caso del dictado de una sentencia condenatoria, pueda prescindirse de la necesaria demostración de culpabilidad que exige el artículo 39 de nuestra Constitución Política. De ahí, que de conformidad con el artículo 375 del Código Procesal Penal, se desprende que estando el asunto en conocimiento del Juez del Tribunal de Juicio, este no está obligado a dictar una sentencia condenatoria, pudiendo perfectamente rechazar el procedimiento abreviado, o incluso, dictar una sentencia absoluta si de conformidad con los elementos de convicción existentes, adquiere la certeza de que los mismos son atípicos, no son antijurídicos o no son culpables. En tal sentido se manifestó esta Sala en la resolución número 4864-98 de las quince horas con veintisiete minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho, en que indicó: "VIII. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que la sentencia que dicta el tribunal de juicio no necesariamente tiene que ser condenatoria. Lejos está el Código de proponer una fórmula inflexible de solución del procedimiento abreviado y, por el contrario, se desprende muy claramente del artículo 375 citado, que podría emitirse otro tipo de decisión. Por ejemplo, en su párrafo tercero indica "Si condena..." formulación evidentemente condicional. Asimismo, no hay que perder de vista que el cuerpo normativo en análisis fue cuidadoso al estipular que lo que acepta el encartado es "el hecho" (artículo 373), no su responsabilidad penal, cuya existencia y medida queda a juicio del juzgador, como en cualquier proceso de esta índole." En este contexto, si se opta por el dictado de una sentencia condenatoria, deberán cumplirse los requisitos previstos en el Código Procesal Penal, regulados entre otras normas en los artículos 141, 142 y 363 de dicha normativa, en los que se establece el deber del juzgador de expresar los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba, debiéndose observar las reglas de la sana crítica con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo. No debe olvidarse, tal y como ha indicado esta Sala en la resolución número 4835-98 de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho, que: "Así las cosas, lo que importa es recordar que el proceso penal no busca exclusivamente —es más, ni siquiera principalmente— la solución más favorable al imputado, sino el respeto de sus derechos fundamentales y la averiguación de la verdad de los hechos." Por lo que si el Tribunal de Juicio, mediante una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba existente y con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica racional, no llega a la certeza que el imputado cometió los hechos imputados, pese a la aceptación de los mismo por él, resulta ilegítimo que dicte una sentencia condenatoria, resultando procedente que ordene que se reenvíe el asunto para su tramitación ordinaria, en donde con una mayor amplitud probatoria y en pleno cumplimiento de las garantías que integran el proceso penal, se puede determinar la existencia o no de los mismos. III. Por otra parte, si existe una evidente contradicción entre los hechos acusados por el Ministerio Público y los aceptados por el imputado, mal haría el Tribunal de Juicio en aceptar el procedimiento abreviado, por incumplirse el requisito establecido por el artículo 373, inciso a), del Código Procesal

Penal y que exige la existencia de un consentimiento libre, espontáneo, consciente e informado de los hechos que se le atribuyen. En el presente caso, existe un evidente conflicto en dicho punto, ya que resulta evidente que el defensor de las amparadas, en ejercicio del patrocinio legal de las mismas, le manifestó al Tribunal de Juicio su disconformidad con los hechos acusados a las imputadas, que va más allá de la calificación legal, ya que se refiere a si las mismas introdujeron cocaína a nuestro país o no. Por lo que considera esta Sala que la actuación del recurrido resulta legítima, ahora bien, si el recurrente está disconforme con lo resuelto, el propio procedimiento penal establece las vías para tutelar sus derechos y dilucidar sus disconformidades, existiendo inclusive la probabilidad de que se acceda a un nuevo procedimiento abreviado. Por los motivos indicados, dicho recurso debe desestimarse."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 8726 de las 9.15 h del 12 de noviembre.

## 20. PRUEBA. Rechazo injustificado constituye violación al debido proceso.

"De manera que, la autoridad consultante, deberá determinar si las pruebas alegadas omitidas por el recurrente son vitales a fin de poder esclarecer su culpabilidad en relación con los hechos acusados. Asimismo, debe considerar si las ofreció o reclamó en forma oportuna, caso en el cual, si fue rechazada prueba esencial en forma inmotivada o injustificada, constituye violación al derecho de defensa y por ende, del debido proceso, en los términos señalados con anterioridad por este Tribunal, en tanto se ha indicado que un rechazo injustificado de la prueba ofrecida constituye una violación al debido proceso, contenido en el artículo 39 constitucional; por cuanto se parte de que ese principio conlleva la libertad, para que la defensa aporte la prueba que estime necesaria para demostrar la no responsabilidad en el hecho atribuido, con la consiguiente obligación del juez de recibirla. Sin embargo, corresponde al juez valorar la oportunidad de la prueba ofrecida y solo en el caso de que esta resulte sobreabundante, impertinente o extemporánea, es que puede rechazarla, mediante una resolución debidamente fundamentada. En lo que respecta a la recepción y evacuación de la prueba, en sentencia número 02408-96, de las quince horas veinticuatro minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y seis, se consideró: "No existiría violación al debido proceso si dichas pericias no hubiesen sido pedidas por el acusado o su defensor o si, pedidas por estos, el Tribunal las rechaza en forma razonada, bien sea, entre otras razones, por existir otros elementos de prueba irrefutables —lo que haría innecesaria su recepción— suficientes para sustentar un juicio de certeza racional sobre la participación del encausado en los hechos que se le atribuyen o sobre su inocencia, o bien, porque la pericia aun cuando se realizara resultaría evidentemente infructuosa por haber variado sustancialmente el objeto sobre el cual se practicaría. Ahora bien, si tales medios de prueba son ofrecidos por el imputado o su defensor y son rechazados en forma infundada o arbitraria por el Tribunal, aduciendo, por ejemplo, que no fueron ofrecidos oportunamente, cuando sí

lo fueron, sí se produciría una violación al debido proceso. Sobre este punto, ya la Sala en la sentencia número 03169-93 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de julio del año pasado, afirmó: «En lo que a la Pericia se refiere, considera este Tribunal que la violación al debido proceso se daría en aquel supuesto en que la parte la solicite y esta sea rechazada en forma arbitraria. Si no se alegó la nulidad y no se solicitó la pericia, no hay razón para considerar que se ha cometido una infracción al debido proceso constitucional.» No debe olvidarse que el juez tiene el deber de averiguar la verdad real, de modo que no puede anteponer a esta obstáculos basados en meros formalismos procesales."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2605 de las 15.39 h del 13 de abril.

## 21. RECALIFICACIÓN DE LOS HECHOS. No existe violación al debido proceso si se respeta el cuadro fáctico acusado.

"Sobre la existencia de diversas calificaciones de los hechos imputados. Acusa el interesado que se violentó en su perjuicio la garantía constitucional del debido proceso, en la medida en que en su momento fue indagado por la presunta comisión de un delito (el de abusos deshonestos), mientras que fue procesado por otro (abusos deshonestos calificados) y requerido y condenado por otro más (corrupción agravada). Ahora bien, tratándose de la calificación legal, ha dicho la Sala (por ejemplo, en sentencia número 05498-94 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro) que lo que interesa es la debida aplicación de los elementos contenidos en el tipo penal. La recalificación del hecho por el Tribunal de instancia es factible en los términos en que lo prevé la ley procesal, ya que evidentemente lo que se atribuye al acusado a lo largo del proceso son hechos concretos y no calificaciones jurídicas que pueden variar en los términos que lo permite la ley, sin que ello importe vulneración a la garantía general de legalidad ni al derecho de defensa. De haberse producido una variación de los hechos por los cuales se le intimó —y no simplemente de la calificación legal, que puede ser modificada aún en sentencia— en relación con los tenidos por acreditados en la sentencia para condenarle, se produciría una violación al debido proceso. En tal sentido, también en la sentencia número 03854-93 de las nueve horas doce minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y tres, se dijo: "III. La doctrina y la propia jurisprudencia han sido claras en afirmar que resulta violatorio de los derechos del imputado, el no intimarlo sobre cada hecho que se le impute aun cuando este fuere un hecho nuevo, no obstante existe consenso en que al cambiar la calificación legal, si el cuadro fáctico se mantiene invariable, no resulta violatorio del principio de defensa... En la revisión que se plantea, el defensor insiste en que se varió el cuadro fáctico sin que se intimara a su cliente y que por lo tanto se le condenó por hechos distintos a los que contienen los requerimientos de instrucción formal y elevación a juicio. La Sala Tercera deberá establecer si efectivamente se dio esa variación de los hechos sin la respectiva intimación, o si por el contrario son los mismos con algunas consideraciones

subjetivas del fiscal, así como si el requerimiento y el auto de elevación a juicio cumplen con los requisitos legales, pues de ser cierto lo que se alega, se produce una violación a las reglas del debido proceso en los términos en que se desarrolló ese concepto en la resolución 1739-92 de esta Sala. Desde luego que entre el requerimiento de instrucción formal (artículo 170 del Código de Procedimientos Penales), el procesamiento (artículo 288 *ibídem*), el requerimiento de elevación a juicio y el auto que lo acuerda (artículos 341 y 344 *ejúsdem*), pueden existir diferencias importantes en cuanto a la relación del hecho atribuido, sin que ello afecte la intimación, pues en la primera norma solo se requiere que se realice una relación circunstanciada del hecho, con indicación, si fuere posible, del tiempo o modo de ejecución, mientras que en el 288, solo se exige una sucinta enunciación de los hechos, para obligar en el requerimiento y el auto de elevación, actuaciones en que se contiene la acusación, circunstanciar debidamente el hecho, con una «relación clara, precisa, circunstanciada y específica». De modo tal que, si en el cuadro fáctico que se acusó estaba presente la circunstancia calificadora de la conducta típica, no existiría violación al debido proceso si se condenó luego por otra figura delictiva, pues no se habría variado, en definitiva, los hechos por los que se le intimó oportunamente, sino solo la calificación legal.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2606 de las 15.42 h del 13 de abril.

## 22. RECUSACIÓN. Oportunidad e instancias en las que se debe discutir.

“El recurrente reclama que su exdefensor público, quien renunció al cargo, fue designado para integrar el Tribunal de Juicio que conoció su caso, lo que a su juicio viola su derecho a tener un juicio imparcial y al debido proceso, al constituir ese hecho una causal de recusación según lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Su reclamo, sin embargo, no es de recibo en esta sede. Si bien estamos frente a una actividad procesal defectuosa, ese hecho debió ser impugnado por el recurrente o su defensor en el momento procesal oportuno a través de la recusación. Si no fue así, lo procedente entonces es acudir a la instancia penal correspondiente, a efecto de alegar lo correspondiente, pues desde el punto de vista constitucional no existe infracción alguna que reconozca al consentir tácitamente el ahora recurrente en la participación de su exdefensor como miembro del tribunal de juicio que conoció de su caso, por no haber interpuesto oportunamente la recusación correspondiente. El ordenamiento procesal penal contempla las vías suficientes para canalizar las objeciones que, relacionadas con la regularidad del proceso, existan y que finalmente pueden ser discutidas al inicio, durante y al final del juicio, quedando abierta la posibilidad de recurrir del fallo en casación en caso de un fallo condenatorio. Es preciso indicar que esta Sala no es una instancia más dentro del proceso penal ordinario, en la cual pueda cuestionarse la regularidad de un proceso o la legalidad de las pruebas en él existentes, menos aún la valoración que de ellas hagan los juzgadores o las conclusiones que obtengan a partir del material probatorio, salvo la existencia de una violación a los

derechos fundamentales del imputado. Por lo expuesto, el recurso es inadmisibles y así debe declararse.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 305 de las 14.51 h del 19 de enero.

## 23. REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. Integra el debido proceso.

“Como ya lo había definido esta Sala en la citada sentencia número 01739-92, la incorrecta apreciación de las probanzas aportadas al juicio, constituye una transgresión al derecho de todo acusado al debido proceso legal en su aspecto sustancial. De esta manera, la inobservancia por el juzgador de las reglas del método de la sana crítica racional, como método de interpretación de la prueba y de la determinación de la responsabilidad del acusado, constituye un quebranto al principio de inocencia protegido por el artículo 39 de la Constitución y por ello del principio del debido proceso, según se indicó con posterioridad en sentencia número 04700-93: “[...] el principio de inocencia protegido por el artículo 39 de la Constitución exige la plena demostración de culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. En consecuencia, si se ha dictado sentencia en contra del recurrente sin haber llegado a este estado de convicción, la sentencia habría violado su derecho al debido proceso en su elemento sustancial, según lo desarrolló la sentencia N° 1739-82 sobre la materia.” El juez debe desarrollar una correcta actividad valorativa; de manera que si por otorgarle un contenido inexacto, se quebranta el método de razonamiento de la sana crítica, lo que equivale a la apreciación arbitraria y subjetiva de la prueba, se viola el derecho del recurrente al debido proceso. Debe entonces, la autoridad consultante, determinar si en el caso concreto la valoración de la prueba aportada se dio conforme a los lineamientos señalados en esta sentencia.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2605 de las 15.39 h del 13 de abril.

## 24. REQUISITA PERSONAL. Formalidades que deben cumplirse. Afectación del pudor.

“Un segundo aspecto que motiva el declarar con lugar este recurso, es lo referente a la requisita personal de que fue objeto la amparada. Esta Sala no tiene ninguna duda acerca de la veracidad del dicho de la recurrente en ese sentido, toda vez que su versión al respecto es clara, precisa y circunstanciada. Una primera consideración que debe hacerse es que al momento del hecho la amparada era menor de edad, dato que incluso consta en el reporte de ingreso de la Tercera Comisaría visible a folio 39 de este recurso. IV. En segundo término, debe considerarse la naturaleza misma del acto de requisita personal de que fue objeto la amparada. Según lo señala la misma afectada, fue trasladada por una oficial de policía hasta un baño, allí fue obligada a desnudarse frente a la mirada de la oficial, a permanecer en ese estado algún lapso de tiempo (*sic*), luego de lo cual se le permitió vestirse y retirarse del lugar. El artículo 11 de la Convención Americana

de Derechos Humanos establece que: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". A su vez, el artículo 5 de la misma Convención, establece: "Artículo 5: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte, el artículo 40 de nuestra Constitución Política establece: "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula". Esta Sala en la sentencia 1428-96 de las quince horas treinta y seis minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis, señaló, en relación con la necesidad de orden judicial para realizar diligencias de investigación que afecten el pudor de los interesados, que "... Cuando la inspección requiera que el examinado se despoje por completo de sus ropas, especialmente de sus prendas íntimas, el juez deberá ordenar su realización mediante resolución debidamente fundada, cumpliéndose con los requisitos sustanciales que se han señalado y especialmente por la existencia de indicios graves de que se está en presencia de un delito, en relación con el cual, la medida sea proporcional, porque aquí hemos sobrepasado el terreno del pudor para lindar ya con la propia dignidad que puede verse comprometida dependiendo de la forma en que la inspección se realice, entendiéndose que puede hacerse por el juez, siempre que se den los presupuestos procesales antes señalados, y, en este caso, podrá hacerse la inspección aún contra la voluntad del examinado...". Para el caso concreto de la amparada, entiende esta Sala que bajo ninguna circunstancia pudo haber procedido la autoridad de policía administrativa de la forma como lo hizo, es decir, realizando una requisita a la interesada, obligándola a desnudarse frente a una persona extraña, exponiendo de tal manera sus partes íntimas y menoscabando su derecho fundamental a la integridad personal, que no es solo física, sino también emocional. Por las razones expuestas, debe declararse con lugar en todos sus extremos. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados, que se liquidarán en ejecución de sentencia en vía contencioso administrativa."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, Nº 6958 de las 14.54 h del 8 de setiembre.

## 25. TENENCIA DE INSTRUMENTOS DE FALSIFICACIÓN. Lesión de valores morales y del orden público.

"En cuanto al artículo 370 del Código Penal, su texto es el siguiente: "Artículo 370. Tenencia de instrumentos de falsificación. Se impondrá prisión de un mes a un año, al que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder materias o instrumentos destinados a cometer

alguna de las falsificaciones consignadas en este título." Las acciones que se sancionan son "fabricar", "introducir en el país", "conservar en su poder" no cualquier tipo de bienes, sino un grupo de ellos bien definidos específicamente como "materias o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este título"; con ello se configura claramente una conducta atribuible a un determinado sujeto, la cual cumple a cabalidad con los requerimientos de la Constitución Política respecto del principio de culpabilidad. No resulta cierto afirmar que exista responsabilidad objetiva en este tipo penal y que sanciona a las personas aunque no se haya falsificado nada, pues no se trata de la sanción de una acción de falsificación (ni de sus tentativas), sino de otra conducta, plenamente diferenciada y perfectamente descrita en la norma discutida, para cuya imposición requiere —por parte del Juez— la necesaria demostración de que el imputado ha incurrido en ella, que le es atribuible, es decir: que fabricó, introdujo al país o posea los señalados materiales o instrumentos que destinará para alguna de las falsificaciones a que se refiere el capítulo en que está ubicada la norma; no se trata pues de una simple tenencia de ganzúas u otros instrumentos como regulaba el tipo penal del anulado artículo 230. Los accionantes señalan que el tipo penal cuestionado no protege en realidad ningún bien jurídico, porque se les podrá sancionar por la tenencia de materiales e instrumentos que se pueden adquirir en cualquier ferretería del país, sin que sea necesaria la existencia de ninguna falsificación; tal afirmación, no se corresponde con la descripción existente en el tipo penal analizado, pues en él, se habla de materiales e instrumentos, pero se agrega —como una condición imprescindible para la configuración del tipo penal— el que ellos sean destinados a la comisión de alguno o algunos delitos de falsificación de los descritos en el Título XVI del Libro Segundo del Código Penal; de tal manera, una sentencia condenatoria por este delito, deberá incluir la certeza del juez respecto de la comprobación de la existencia de esa finalidad específica que se señala para el caso concreto. Por otra parte, debe anotarse que los bienes jurídicos tal cual se definieron en la sentencia recién transcrita, no se agotan en el Código Penal, sino que nuestra Constitución permite al legislador ejercer una amplia discrecionalidad cuando se trata de reglar (sea estimulando o sancionando) las diferentes conductas de los ciudadanos, con miras al adecuado desarrollo social. Desde esta perspectiva, no cabe duda que una persona que fabrica, introduce al país o conserva en su poder materias e instrumentos cuyo destino es cometer los delitos de falsificación que se describen en el título XVI del Libro Segundo del Código Penal, atenta claramente con tales actos contra el orden y la paz sociales y por eso mismo, aparece como correcto y razonable que el legislador haya decidido —con base en el propio artículo 28 Constitucional— reprimir esa actuación, que puede fácilmente percibirse como lesiva de los valores morales y principalmente del orden público."

1999. SALA CONSTITUCIONAL, Nº 1792 de las 18.54 h del 9 de marzo.

## 26. UNIFICACIÓN DE PENAS. Casos en los que procede. Concurso real retrospectivo.

“El artículo 54 del Código Procesal Penal, regula los supuestos de unificación de penas, dando entrada a la figura del concurso material retrospectivo, en el que entran en juego varios criterios desde el punto de vista procesal, respecto de causas independientes entre sí, pero que, por concurrir en ellas determinadas circunstancias, de las cuales resultan de interés para la materia que nos ocupa, las referidas: a) identidad de acusado; b) proximidad temporal de los hechos a juzgarse, teniendo todos en común el no encontrarse separados entre sí por una sentencia condenatoria y c) posibilidad abstracta de que sean objeto de juzgamiento común —criterio este último para el cual, la proximidad de fechas de comisión de los delitos resulta un parámetro relevante—, deben ser juzgados en un único pronunciamiento. Estos elementos permiten visualizar la configuración, entre todos los delitos, del llamado concurso material, regulado por el artículo 22 del Código Penal y que se define como la concurrencia de varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente, que no están separadas entre sí por una sentencia condenatoria y respecto a las cuales está aún vigente la pretensión punitiva estatal. De lo anterior se sigue que aquellas acciones u omisiones ya juzgadas con sentencia firme no pueden formar concurso real con las realizadas después de que la sentencia adquirió firmeza. Traslada esta situación al campo procesal, se parte de que, ante la concurrencia de los supuestos dichos, las diferentes causas contra el mismo acusado deben ser acumuladas a efecto de que sean conocidas en un único juicio por un único Tribunal que defina de una vez la responsabilidad penal del imputado y unifique la totalidad de las penas impuestas, según las reglas de penalidad del concurso material que establece el numeral 76 del Código Penal, supuesto este de la acumulación procesal también contemplado por los artículos 52 y 53 del Código Procesal Penal. Sin embargo, puede suceder que esa unidad de juzgamiento para esos delitos en los cuales concurren los requisitos señalados, no se dé. Esto puede deberse a varias situaciones: a) por no haberse dispuesto la acumulación, al considerarse esta perjudicial por ocasionar retardos para que algunas causas ya listas accedan al juicio; b) no obstante haberse dispuesto la acumulación, haber tenido que disponer la separación de unas causas por presentarse situaciones independientes que dificultaban su tramitación, retardando o dificultándose su continuación, de modo que constituían igualmente un obstáculo para que las demás accedieran a juicio, «separación» que no afecta la competencia del mismo tribunal para conocer de las restantes causas, órgano que debe unificar las penas al dictar la última sentencia; c) también puede darse la diversidad de pronunciamientos por diversos Tribunales, respecto de hechos que debieron juzgarse en forma unificada, por descoordinación o descoordinación, situación que no puede entenderse en detrimento de la aplicación de las reglas del concurso material, de modo que el Tribunal que dicte la última sentencia deberá proceder a unificar las penas, según los términos de los artículos 22 y 76 del Código Penal y 54 del Código Procesal Penal; d) tratarse de delitos de competencia especial y en consecuencia, no poder disponer su conocimiento por Tribunal

distinto del dispuesto legalmente. En todos estos casos, siempre subsiste la existencia de los requisitos del concurso real, de modo que el Tribunal que dicte la última sentencia deberá proceder a unificar las penas, no pudiéndose en ningún caso sobrepasar el límite del triple de la pena mayor impuesta y, en ningún caso, de los cincuenta años de prisión en cuanto a la pena efectivamente impuesta por la totalidad de delitos que integran el concurso, tal y como lo establece el artículo 76 del Código Penal. Para esta unificación, en consecuencia, no tiene relevancia el hecho de que se aplique de una vez en un único juicio, o que deba ser aplicada por un último Tribunal, en caso de juzgamiento por diferentes tribunales, porque resultan de aplicación las reglas del concurso real. Este último supuesto, el de juzgamiento separado por distintos tribunales y la unificación de las penas por el último, es lo que permite el surgimiento del concurso real retrospectivo, que se da efectivamente cuando se han juzgado en forma separada acciones que integran el concurso real, según se ha definido supra y en cuya penalidad es necesario proceder a la aplicación de las reglas contempladas por el artículo 76 del Código Penal, es decir, que en conjunto no superen el monto del triple de la pena mayor impuesta y que, en todo caso, no pueda sobrepasar el límite de los cincuenta años. Esta figura obviamente y por lo expuesto, es de aplicación únicamente para lograr la unificación de las diversas penas impuestas separadamente, respecto de hechos que entre sí configuraban un concurso real, según se ha definido. Si pese al juzgamiento por tribunales diversos, se constata que, la suma de las condenas impuestas por los delitos en concurso no sobrepasa los límites prescritos por el artículo 76, no se da la figura del concurso real retrospectivo, que busca precisamente unificar las penas cuando han excedido las reglas de penalidad del concurso material y principalmente, del límite establecido de cincuenta años.”

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2403 de las 15.03 h del 6 de abril.

## 27. VERDAD REAL. Obligación del juzgador. Libertad probatoria.

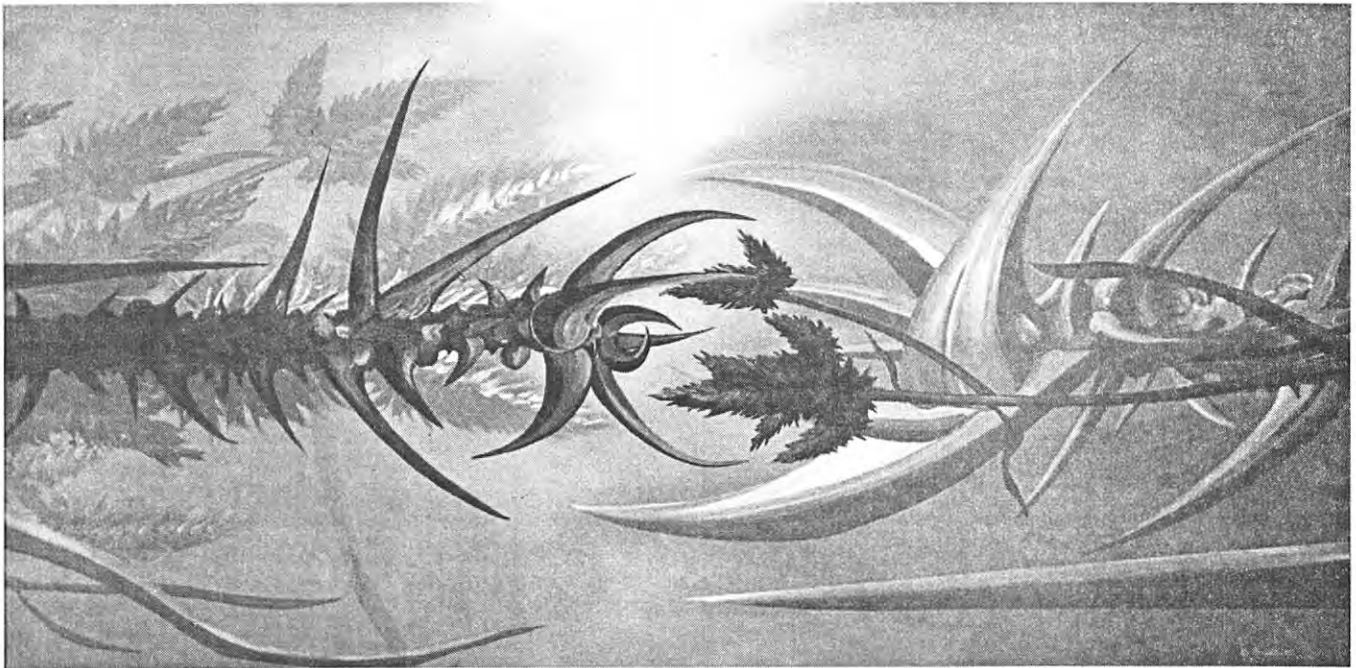
“En forma reiterada, este Tribunal ha señalado que el juez tiene la obligación de averiguar la verdad real de los hechos acusados, lo cual está en estrecha relación con el principio de amplitud de la prueba, como se indicó en la citada sentencia número 01739-92: “Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aún si ofrecida irregular o extemporáneamente. En materia penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a estos, si de hecho los hubiera, ninguna trascendencia, formal o material.” De manera que el juez, en cumplimiento de su deber, a efecto de tener todos los elementos probatorios a su alcance para poder

definir el marco fáctico que le corresponde juzgar, tiene la obligación de llevar a cabo las actuaciones tendentes a ese fin —búsqueda de la verdad real—, siempre y cuando las pruebas con las que cuente no sean suficientes, o se susciten dudas razonables en torno a las acusaciones. Por ello es que el Código de Procedimientos Penales facultaba al juez para ordenar prueba para mejor proveer en el artículo 387: "El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren

insuficientes; las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible"; y que el nuevo Código Procesal Penal regula en el artículo 355 en los siguientes términos: "Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento".

1999. SALA CONSTITUCIONAL, N° 2605 de las 15.39 h del 13 de abril.

\*\*\*



**Precio ¢ 2.500**



**Esta Revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica**