

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

DICIEMBRE 1997

AÑO 9, Nº 14

DOCTRINA EXTRANJERA

El Sacrificio de la Justicia en los Altares del Orden.
Los prisioneros.
Eduardo Galeano

Límites del Estado de Derecho para el Combate
contra la Criminalidad Organizada.
Winfried Hassemer

Delitos Sexuales y Feminismo Legal: (Algunas)
Mujeres al Borde de un Ataque de Nervios.
Alberto Bovino

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Reciente de la Sala de Casación
Penal.
Cecilia Sánchez Romero

Jurisprudencia Penal de la Sala Constitucional.
Martín Rodríguez Miranda

DOCTRINA NACIONAL

Legislación Penal en Costa Rica.
Walter Antillón Montealegre

Las Tecnologías de la Información en el Proceso
Penal. Análisis de una Crisis Pronunciada.
Alfredo Chirino Sánchez

La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho.
Cecilia Sánchez Romero

La Responsabilidad del Estado por Abuso Sexual
de los Niños en los Centros Educativos.
Juan Marcos Rivero Sánchez

Derecho de la Información y la Cobertura de
Procesos Judiciales.
Luis Sáenz Zumbado

Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución.
Rosaura Chinchilla Calderón

La Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en
Costa Rica.
Daniel González Alvarez





ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES

Junta Directiva

Francisco Dall'Anese Ruiz

Presidente

Cecilia Sánchez Romero

Vicepresidenta

Carmen Aguilar Mora

Secretaria

Carlos Luis Redondo Gutiérrez

Tesorero

Carlos Tiffer Sotomayor

Fiscal

Jorge Luis Arce Viquez

Vocal

Luis Saénz Zumbado

Vocal

**Impreso en Imprenta la Jornada. Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González,
con dibujos y óleos de Carlos Salazar.**

**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.**

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

DICIEMBRE 1997

AÑO 9, Nº 14

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director

Henry Issa Khoury Jacobo

Francisco Dall'Anase Ruiz

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia

Código Postal 4-1003

San José, Costa Rica

Fax (506) 257-5624

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

Dr. Wolfgang Shöne, Alemania

Dr. Alessandro Baratta, Alemania-Italia

Dr. David Baigún, Argentina

Dr. Raúl Zaffaroni, Argentina

Dr. Alberto Binder, Argentina

Dr. Fernando de la Rúa, Argentina

Dr. Julio Maeir, Argentina

Dr. Alejandro Colanzi Z., Bolivia

Dr. Ada Pellegrini Grinover, Brasil

Dr. Edgar Saavedra Rojas, Colombia

Dr. Juan Busto Ramírez, Chile

Dr. Jaime Malamud G., Estados Unidos

Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Dr. Antonio González Cuéllar, España

Dr. Vicente Gimeno Sendra, España

Dr. Antonio Beristain Ipiña, España

Dr. Juan Luis Gómez Colomer, España

Dr. Giovanni Conso, Italia

Dr. Adolfo Gelsi Bidart, Uruguay

Junta Dra. Rosa del Olmo, Venezuela

SI



**EL TRABAJO, LOS CAMBIOS ACTUALES, LA
MODERNIZACIÓN, LA VELOCIDAD DEL TIEMPO.**



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

BUSCA.



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



**Y ASI DISFRUTAR CON TRANQUILIDAD
AL LADO DE SU FAMILIA**

***LA SOLUCION ES
COOPEJUDICIAL R.L.***



TELEFAX: (506) 257-1444

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

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

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

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

CREDITO EN MENOS DE 24 HORAS..

INDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

El Sacrificio de la Justicia en los Altares del Orden. Los prisioneros. Eduardo Galeano	3
Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada. Winfried Hassemer	7
Delitos Sexuales y Feminismo Legal: (Algunas) Mujeres al Borde de un Ataque de Nervios. Alberto Bovino	12

DOCTRINA NACIONAL

Legislación Penal en Costa Rica. Walter Antillón Montealegre	25
Las Tecnologías de la Información en el Proceso Penal. Análisis de una Crisis Pronunciada. Alfredo Chirino Sánchez	41
La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho. Cecilia Sánchez Romero	54
La Responsabilidad del Estado por Abuso Sexual de los Niños en los Centros Educativos. Juan Marcos Rivero Sánchez	78
Derecho de la Información y la Cobertura de Procesos Judiciales. Luis Sáenz Zumbado	92
Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución. Rosaura Chinchilla Calderón	97
La Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica. Daniel González Alvarez	105

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Reciente de la Sala de Casación Penal. Cecilia Sánchez Romero	117
Jurisprudencia Penal de la Sala Constitucional. Martín Rodríguez Miranda	133

EDITORIAL

LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

A partir del primero de enero de 1998 entra formalmente en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Esa fecha debemos observarla exclusivamente como un punto de partida, un inicio, un arranque de nuevas ideas que tendrán que irse imponiendo en la práctica.

Los operadores del sistema penal tendrán una inmensa responsabilidad, pues la aprobación y la vigencia formal del nuevo texto legislativo no será nunca suficiente para cumplir en la práctica los postulados que lo inspiran. Será necesario el transcurso del tiempo, y con ello el examen y la discusión de muchas de las nuevas instituciones para que podamos afirmar con propiedad que el nuevo Código empieza a adquirir vigencia en la realidad jurídica costarricense.

Todavía recordamos con nostalgia los primeros meses y los primeros años de vigencia del Código de 1973, cuando todavía no asimilábamos lo que significaba un sistema oral en su magnitud y con todas sus implicaciones. En aquellas fechas iniciamos la solución de una gran cantidad de problemas, tratando de hacer del proceso penal un mecanismo más justo, más humano, más democrático. Se lograron corregir muchos aspectos, pero sin duda fueron surgiendo otros que todavía estamos tratando de resolver, como por ejemplo las dificultades para que los ciudadanos (testigos, imputados, víctimas) concurren al juicio oral y no deban suspenderse los debates.

Estos primeros meses de 1998 estarán también marcados por la transformación de los procedimientos conforme a las nuevas regulaciones, con el fin de hacerlos más humanos y democráticos, para lo cual deberán irse implementando en la práctica las nuevas instituciones jurídicas, como el principio de oportunidad, la conciliación, el ejercicio de la acción penal pública por la víctima, el proceso abreviado, la investigación en manos del fiscal, la dirección funcional sobre la policía, etc. Pero también debemos reconocer que surgirán nuevos problemas, pues deberán interpretarse nuevas normas y nuevos principios, los cuales exigirán también nuevas respuestas a la luz de las directrices constitucionales.

Por ello todavía no podemos pregonar desde un punto de vista sustantivo la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, sino hasta que logre ser entendido y aplicado en armonía con sus verdaderos postulados. Comprendemos que habrá dificultades, malas interpretaciones, distorsiones, así como otras situaciones que dificultarán la efectiva y plena vigencia sustantiva del nuevo texto legal.

En gran medida el éxito de ese proceso de implementación dependerá del Ministerio Público, pues sus tareas vienen redimensionadas y transformadas como ningún otro de los operadores del sistema penal. Le corresponderá al Consejo de Fiscales, bajo la dirección del Jefe del Ministerio Público, definir una verdadera política respecto del ejercicio de la acción penal. Algo que nunca existió bajo el régimen exclusivo del principio de obligatoriedad (legalidad). Corresponde a los fiscales realizar la investigación preparatoria, así como asumir la dirección funcional sobre la policía judicial en los casos concretos. Ello significa replantear en forma completa el papel que han desempeñado hasta ahora los fiscales en el proceso penal. Así por ejemplo definir los asuntos en los cuales propiciarán la conciliación, o en los cuales estarán conformes con el proceso abreviado, así como los casos en los cuales aceptarán negociar con la defensa y el imputado para obtener su colaboración en las indagaciones, no va a ser tarea fácil y sencilla. Los fiscales tendrán en sus manos una gran cuota de responsabilidad sobre la suerte de los nuevos postulados.

Esperamos que el país pueda superar en la práctica los escollos que se presenten. Sabemos que no todo está preparado y confiamos en que la ciudadanía tendrá paciencia en espera de que finalmente surjan mejores resultados en la administración de justicia penal. La reforma apenas inicia con la puesta en vigencia formal del texto legislativo, y es ahora que surgen los verdaderos problemas que debemos superar.

DOCTRINA EXTRANJERA

**EL SACRIFICIO DE LA JUSTICIA EN LOS ALTARES
DEL ORDEN. LOS PRISIONEROS¹***Eduardo Galeano*

El Estado, que jamás va preso, asesina por acción y por omisión. Crímenes por acción: a fines del año pasado la policía militar de Río de Janeiro reconoció oficialmente que venía matando civiles a un ritmo ocho veces más acelerado que el año anterior, mientras la policía de los suburbios de Buenos Aires cazaba jóvenes como si fueran pajaritos. Crímenes por omisión: al mismo tiempo, cuarenta enfermos del riñón murieron en el pueblo de Caraurú, en el nordeste de Brasil, porque la salud pública les había hecho diálisis con agua contaminada. Y en la provincia de Misiones, en el noreste de Argentina, el agua potable contaminada por los plaguicidas, generaba bebés con labios leporinos y deformaciones en la médula espinal.

En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme, y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública solo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo.

En el proyecto neoliberal, los derechos públicos se reducen a favores del poder, y el poder se ocupa de la salud pública y de la educación pública como si fueran formas de caridad pública.

Mientras tanto, crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. “La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla”, reconoce el Ministro de Interior del Uruguay. La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia. Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos. “La delincuencia crece por culpa del narcotráfico”, suelen decir los voceros oficiales, para exonerar de responsabilidad a un sistema que arroja cada vez más pobres a las calles y a las cárceles y que condena cada vez más gente a la desesperanza y a la desesperación.

Las cumbres irradian el mal ejemplo de su impunidad. Se castiga abajo lo que se aplaude arriba. El robo chico es delito contra la propiedad, el robo en gran escala es el derecho de los propietarios: uno es asunto del Código Penal, el otro pertenece a la órbita de la iniciativa privada. El poder, que elogia el trabajo y a los trabajadores en sus discursos pero los maldice en sus

1 Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996.

actos, sin pudor alguno recompensa la deshonestidad y la falta de escrúpulos. La respetable tarea tiene por cómplices a los grandes medios de comunicación, que mienten callando casi tanto como mienten diciendo.

Y mientras el poder enseña impunidad, esos grandes medios y sobre todo la televisión, difunden mensajes de violencia y de consumismo obligatorio. Una reciente investigación universitaria reveló que los niños de Buenos Aires ven cada día cuarenta escenas de violencia en la pantalla chica. ¿Cuántas escenas de consumismo ven? ¿A cuántos ejemplos de despilfarro y ostentación asisten cada día? ¿Cuántas órdenes de comprar reciben los que poco o nada pueden comprar? ¿Cuántas veces al día se les taladra la cabeza para convencerlos de que quien no compra no existe, y quien no tiene no es?

Paradójicamente, la televisión suele transmitir discursos que denuncian la plaga de violencia urbana y exigen mano dura, mientras la misma televisión imparte educación a las nuevas generaciones derramando en cada casa océanos de sangre y de publicidad compulsiva. En ese sentido, bien podría decirse que sus propios mensajes están confirmando su eficacia mediante el auge de la delincuencia.

Las fábricas de opinión pública echan leña a la hoguera de la histeria colectiva, y mucho contribuyen a convertir la seguridad pública en obsesión pública. Cada vez tienen más eco los gritos de alarma que se pronuncian en nombre de la población indefensa ante el acoso del crimen. Se multiplican los asustados, y los asustados pueden ser más peligrosos que el peligro que los asusta. Para acabar con la falta de garantías de los ciudadanos se exigen leyes que suprimen las garantías que quedan; y para dar más libertad a los policías, se exigen leyes que sacrifican la libertad de todos los demás, incluso en países como el Uruguay, donde las estadísticas confiesan que los policías son en proporción, los ciudadanos que más delitos cometen.

No solo los vividores de la abundancia se sienten amenazados. También la clase media, y también numerosos sobrevivientes de la escasez: pobres que sufren el asalto de otros pobres más pobres o más desesperados. En sociedades que prefieren el orden a la justicia hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares del orden: hay cada vez más

gente convencida de que no hay ley que valga ante la invasión de los fuera de la ley. Hay un clamor creciente por la pena de muerte en la opinión pública de varios países latinoamericanos; y las matanzas de los niños por los escuadrones parapoliciales de la muerte en Bogotá, Río de Janeiro o en la ciudad de Guatemala son pública o secretamente aplaudidas por un sector considerable de la sociedad. Se considera normal la tortura del delincuente común, o de quien tenga "cara de", y llama la atención el silencio de algunos organismos de derechos humanos, en países donde la policía tiene la costumbre de arrancar confesiones mediante métodos de tortura idénticos a los que las dictaduras militares aplicaron contra los presos políticos.

Presos: las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín.

En realidad, bien se podría decir que presos estamos todos, quien más, quien menos. Los que están en las cárceles y los que estamos afuera. ¿Están libres los presos de la necesidad, obligados a vivir para trabajar porque no pueden darse el lujo de trabajar para vivir? ¿Y los presos de la desesperación que no tienen trabajo ni lo tendrán, condenados a malvivir a los zarpazos? Y los presos del miedo, ¿estamos libres? ¿No estamos todos presos del miedo? Todo enrejado: ya hay plazas públicas rodeadas de rejas en algunas ciudades latinoamericanas, y ya están enrejadas las casas de todos los que tenemos algo que perder, aunque sea poco, aunque sea nada; yo he visto rejas hasta en algunos ranchos de lata y madera de los suburbios más pobres.

Los de arriba y los del medio y los de abajo: en sociedades obligadas al sálvese quien pueda aterrorizados

por los manotazos de sus náufragos, estamos todos presos: los vigilantes y los vigilados, los elegidos y los parias.

Los hechos se burlan de los derechos. Retrato de América Latina al fin del milenio: ésta es una región del mundo que niega a sus niños el derecho de ser niños. Los niños son los más presos entre todos los presos, en esta jaula en donde se obliga a la gente a devorarse entre sí. El sistema de poder, que no acepta más vínculo que el pánico mutuo, maltrata a los niños. A los niños ricos los trata como si fueran dinero. A los niños pobres los trata como si fueran basura. Y a los del medio los tiene atados a la pata del televisor.

En el océano de los que necesitan, las islas de los que tienen más tienden a convertirse en lujosos campos de concentración, donde los poderosos solo se encuentran con los poderosos, y nunca pueden olvidar, ni por un ratito, que son poderosos. En algunas de las grandes ciudades latinoamericanas, donde los secuestros se han hecho costumbre, los niños ricos crecen encerrados dentro de una burbuja de miedo. Habitan mansiones amuralladas, grandes casas o grupos de casas rodeadas de cercos electrificados y guardias armados, y están día y noche vigilados por los guardaespaldas y por las cámaras de los circuitos cerrados de televisión. Viajan, como el dinero, en autos blindados. No conocen más que de vista la ciudad donde viven. Descubren el subterráneo de París o de Nueva York, pero jamás lo usan en Sao Paulo o en la ciudad de México.

Ellos no viven en la ciudad donde viven. Tienen prohibido ese vasto infierno que acecha su minúsculo cielo privado. Más allá de las fronteras del privilegio, se extiende una región del terror donde la gente es mucha, fea, sucia y peligrosa. En plena época de la globalización los niños ricos no pertenecen a ningún lugar. Crecen sin raíces, despojados de identidad nacional, y sin más sentido social que la certeza de que la realidad es una amenaza. Tienen por patria las marcas de prestigio universal y por lenguaje los códigos internacionales. Los niños ricos de las ciudades más diversas se parecen en sus costumbres, tanto como entre sí se parecen los **shopping centers** y los aeropuertos, que están fuera del tiempo y del espacio. Educados en la realidad virtual, los niños ricos se deseducan en la ignorancia de la realidad real, que solo existe para ser temida o para ser comprada.

Desde que nacen son entrenados para el consumo

y para la fugacidad, y transcurren la infancia comprobando que las máquinas son más dignas de confianza que las personas. **Fast food, fast cars, fast life:** mientras esperan que llegue la hora del ritual de iniciación, cuando el primer Jaguar o Mercedes les sea regalado, ellos ya se lanzan a toda velocidad a las autopistas cibernéticas, a toda velocidad compiten en las pantallas electrónicas, y a toda velocidad devoran imágenes y mercancías haciendo **zapping** y haciendo **shopping**.

Mucho antes de que los niños ricos dejan de ser niños y descubran las drogas caras que aturden la soledad y enmascaran el miedo, ya los niños pobres están aspirando pegamento. Mientras los niños ricos juegan a la guerra con balas de rayos láser, ya las balas de plomo acribillan a los niños de la calle. Algunos expertos llaman "niños de escasos recursos" a los que disputan la basura con los buitres en los suburbios de las ciudades. Según las estadísticas, hay setenta millones de niños en estado de pobreza absoluta, y cada vez hay más y más, en esta América Latina, que fabrica pobres y prohíbe la pobreza. Entre todos los rehenes del sistema, ellos son los que peor la pasan. La sociedad los exprime, los vigila, los castiga, a veces los mata: casi nunca los escucha, jamás los comprende.

Nacen con las raíces al aire. Muchos de ellos son hijos de familias campesinas que han sido brutalmente arrancadas de la tierra y se han desintegrado en la ciudad. Entre la cuna y la sepultura, el hambre o las balas abrevian el viaje. De cada dos niños pobres, uno trabaja desplomándose a cambio de la comida o poco más: vende chucherías en las calles, es la mano de obra gratuita de los talleres y las cantinas familiares, es la mano de obra más barata de las industrias de exportación, que fabrican zapatillas o camisas para las grandes tiendas del mundo. ¿Y el otro? De cada dos niños pobres uno sobra. El mercado no lo necesita. No es rentable ni lo será jamás. Y quien no es rentable, ya se sabe, no tiene derecho a la existencia. El mismo sistema productivo que desprecia a los viejos expulsa a los niños. Los expulsa, y les teme. Desde el punto de vista del sistema el viejo es un fracaso, pero la infancia es un peligro.

En muchos países latinoamericanos, la hegemonía del mercado está rompiendo los lazos de solidaridad y está haciendo trizas el tejido social comunitario. ¿Qué tienen los dueños de nada en países donde el derecho de propiedad se está convirtiendo en el

único derecho sagrado? Los niños pobres son los que más ferozmente sufren la contradicción entre una cultura que manda consumir y una realidad que lo prohíbe. El hambre los obliga a robar o a prostituirse; pero también los obliga la sociedad de consumo que los insulta ofreciendo lo que niega. Y ellos se vengan lanzándose al asalto. En las calles de las grandes ciudades se forman bandas de desesperados unidos por la muerte que acecha. Según la organización Human Rights Watch, los grupos parapoliciales matan seis niños por día en Colombia y cuatro por día en Brasil. ¿Y ellas? Hay medio millón de niñas brasileñas que venden el cuerpo, casi tantas como en la India, y en la República Dominicana la próspera industria del turismo ofrece subastas de niñas vírgenes. Entre una punta y la otra, el medio. Entre los que viven prisioneros del desamparo y los que viven prisioneros de la opulencia, están los niños que tienen bastante más que nada pero mucho menos que todo. Cada vez son menos esos niños de clase media. Les confisca la libertad, día tras día, la sociedad que sacraliza el orden mientras genera el desorden.

En estos tiempos de inestabilidad social, cuando se concentra la riqueza y la pobreza se difunde a ritmo

implacable, ¿quién no siente que el piso cruje bajo los pies? La clase media vive en estado de impostura, simulando tener más de lo que tiene, pero nunca le ha resultado tan difícil cumplir con esta abnegada tradición. Está, hoy por hoy, paralizada por el pánico: el pánico a perder el trabajo, el auto, la casa, las cosas, y el pánico a no llegar a tener lo que se debe tener para llegar a ser. Nadie podrá reprocharle mala conducta. La sufrida clase media sigue creyendo en la experiencia como aprendizaje de la obediencia, y con frecuencia defiende todavía el orden establecido como si fuera dueña, aunque no es más que una inquilina del orden, más que nunca agobiada por el precio del alquiler y el pánico del desalojo.

En el pánico, pánico de vivir, pánico de caer, cría a sus hijos. Atrapados en las trampas del pánico, los niños de clase media están cada vez más condenados a la humillación del encierro perpetuo. En la ciudad del futuro, que ya está siendo presente, los teleniños, vigilados por niñeras electrónicas, contemplarán la calle desde el balcón o la ventana: la calle prohibida por la violencia, o por el pánico a la violencia; la calle donde ocurre el siempre peligroso, y a veces prodigioso, espectáculo de la vida.



La Niña América. Autor: Carlos Salazar.

LÍMITES DEL ESTADO DE DERECHO PARA EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Tesis y Razones¹

Prof. Dr. Winfried Hassemer
Magistrado del Tribunal Constitucional Alemán

1. Se debería de definir y tratar a la criminalidad organizada, también desde el punto de vista jurídico-penal, como lo que es desde el punto de vista criminológico y de la política de seguridad: un fenómeno nuevo y excepcional. Esto permitiría precisar y concentrar los instrumentos para su combate y, finalmente, descargar a la política criminal.

1.1. Los criminólogos -en la medida que perciben y reconocen el fenómeno de la "criminalidad organizada"- coinciden que ésta es una forma de aparición de la criminalidad cualitativamente nueva. Los políticos encargados de la seguridad interna coinciden en este punto y subrayan que las amenazas, que están unidas a este tipo de criminalidad, no constituyen únicamente aumentos cuantitativos de peligros conocidos hasta la fecha, sino que alcanzan un nivel de peligro social hasta el momento desconocido.

Estas consideraciones corresponden a los cambios legislativos experimentados en la República Federal de Alemania en relación con el tema de la criminalidad organizada. El derecho de policía, el derecho penal, y sobre todo el derecho procesal penal han sido dotados con instrumentos de combate que, en las dimensiones que han sido escogidas, en todo caso, se oponen a las tradiciones vigentes hasta la fecha y una nueva calidad de combate de la criminalidad se hace presente por medio del derecho:

* Veleidoso aumento de los marcos penales,

- * Criminalización en ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales,
- * Nuevos tipos penales,
- * Limitación:
- * de la presunción de inocencia, así como del principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales, como por ejemplo, del derecho a la autodeterminación informativa,
- * del domicilio,
- * del secreto de las comunicaciones,
- * de la propiedad.

Pueden esperarse otras agravaciones de las respuestas jurídicas al problema, que refieren, sobre todo al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (gran vigilancia del domicilio -"großer Lauschangriff") y al derecho a la propiedad (facultad para el secuestro o la confiscación de bienes -"Vermögensentziehung") así como al mandamiento de separación entre los servicios secretos y la policía.

1.2 Una definición vaga y generosa de la criminalidad organizada no concuerda con la valoración criminológica de esta criminalidad y con su significado de política de seguridad, y con la calidad de los medios previstos para su combate.

El que el delito sea realizado

- * profesionalmente,
- * por medio de bandas,
- * operando en el ámbito internacional,

¹ Trabajo presentado por el autor a la reunión de la Europäische Rechtsakademie de Trier, los días 1 y 2 de Diciembre de 1994, actividad que llevó como título "Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen" ("La Criminalidad Organizada en una Europa de fronteras abiertas"). Traducción del alemán de Alfredo Chirino Sánchez LL.M. (Frankfurt am Main), Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.

- * mediante la utilización de las modernas tecnologías de la comunicación o
- * por medio del uso de considerables medios financieros.

No es nada nuevo, sino que es el aumento cuantitativo de la praxis criminal conocida hasta la fecha. Nuestras leyes penales están enfocadas a esta realidad. A lo sumo deberían de ser ajustadas de una manera cuidadosa y no ser cambiadas de una manera tan fundamental como lo han sido y como probablemente se seguirá haciendo. Aquí deberían anunciarse más bien mejoras en la praxis de la persecución penal de estos hechos y no agravaciones en la ley.

1.3 La "criminalidad organizada" como una nueva forma cualitativa de amenaza sólo permite una determinación a través de un nuevo criterio cualitativo. Con esta determinación es que podrán justificarse las facultades de ataque de carácter jurídico que han cambiado esta cualidad. No se debería -justo en el campo de los ataques jurídicos del derecho estatal-, disparar con cañones a los gorriones.

Este criterio está constituido por la posibilidad de que esta criminalidad recurra a las instituciones que han sido encargadas de su combate. Se trata no sólo del ministerio público y de la policía, sino también de aquellos órganos del Estado encargados del control y de los gremios de decisión. El *proprium* de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad.

Esto no significa, naturalmente, que se deba esperar pacientemente a que los peligros se verifiquen para tomar las medidas necesarias. Más bien significa que la idea sobre el fenómeno de la criminalidad organizada debe ser más estrecha, precisa y exigente. Necesitamos una mejor concentración al fenómeno criminal, lo que no sólo aumentará en forma concreta la efectividad de la persecución, sino que también en forma general, y a largo plazo, podrá aliviar la prevención legal.

2. Se debe distinguir a la criminalidad organizada de la criminalidad de masas. Estas tienen en sus condiciones de origen muy poco que ver entre sí y requieren estrategias diferentes de prevención y represión. Esta diferenciación

puede también disminuir la presión dirigida a la agravación de las medidas que existen actualmente en el ámbito del combate de la criminalidad organizada.

2.1 El sentimiento de seguridad de la población y el creciente temor ante el delito son influenciados en mayor medida por la criminalidad de masas (robos en casas y vehículos, asaltos en las calles, violencia entre jóvenes y frente a extraños) y mucho menos por la criminalidad organizada, la cual aún representa un fenómeno oscuro y que apenas afecta la experiencia cotidiana.

2.2 El aumento y agravación de los instrumentos jurídicos de combate (*supra* 1.2) están dirigidos contra la criminalidad organizada y no contra la criminalidad de masas. La justificación de su existencia es justificada en el ámbito de la política de seguridad también a partir de la amenaza procedente de la criminalidad organizada. Es por esta razón que no se corresponden entre sí los instrumentos del combate del delito con el temor frente a la criminalidad. El hecho de que en el derecho penal de drogas el comercio organizado y el abuso cotidiano aludan uno al otro no hace que el último fenómeno se convierta en un componente de la criminalidad organizada.

2.3 Una respuesta inteligente y focalizada a la criminalidad organizada promete alivios sensibles en el campo de la seguridad interna. Las mejoras en la situación de los jóvenes (sobre todo en los nuevos Estados de la Federación), el progresivo desecamiento del mercado negro en el campo de las drogas (criminalidad dirigida a la obtención de los medios para la compra de los estupefacientes "Beschaffungskriminalität") o las medidas técnicas de prevención (*infra* 3.) podrían hacer superfluas las agravaciones del derecho penal y lograr que el clima de la tranquila reflexión vuelva a imperar, como también lo necesita la política criminal.

3. Se debería distinguir entre prevención normativa y prevención técnica, y esta última debería ser construida a fin de descargar y aliviar a la primera.

3.1 Hemos realizado el combate de la criminalidad organizada hasta la fecha casi exclusivamente por medio de la prevención normativa: por medio del desmontaje de derechos y la ampliación de las facultades para los ataques del Estado (*supra* 1.2). Hay también una prevención técnica, la cual le plantea al delito obstáculos de orden fáctico, organizatorio o económico, los cuales,

en todo caso, descargan y en parte sustituyen a la prevención normativa. Requiere este tipo de prevención, desde luego, fantasía, y no es tan barata de obtener como las simples agravaciones legislativas.

3.2 Los ejemplos de esta prevención técnica son numerosos y comienzan a imponerse en la teoría y en la práctica.

Se trata, por ejemplo y haciendo una escogencia al azar y sin orden, de lo siguiente:

- * Sistemas de obstaculización de encendido y conducción de vehículos contra el robo de automotores;
- * Desecamiento del mercado negro, de la razón económica del comercio con drogas;
- * Evitación de relaciones corruptoras en la administración a través de
- * reglas organizatorias de competencia y ocupación,
- * de una administración pública transparente y una mejor participación del ciudadano (**Freedom of information**², que en nuestro ámbito comienza cautelosamente a aplicarse con la ley sobre información del medio ambiente "Umweltinformationsgesetz"),
- * intercambio reglamentado de información sobre situaciones sospechosas de corrupción,
- * realización técnica y organizatoria de uniones de información, las cuales son ya posibles jurídicamente,
- * acuerdos funcionales en el ámbito internacional acerca de los presupuestos para la prevención y persecución de los delitos, por ejemplo, en el campo del lavado de dinero.

3.3 El sentido propio del Estado de Derecho en el campo de la prevención técnica es lograr, tanto como sea posible, una sustitución de la prevención normativa. El principio de proporcionalidad demanda el examen constante de si no existen por lo menos medios técnicos igualmente adecuados de prevención, que hagan renunciable la prevención normativa: La política de seguridad interna debe ser enfocada también a un desistimiento de

agravaciones de carácter jurídico y no únicamente, como hasta ahora, a su incremento.

4. La defensa de los límites propios del Estado de Derecho en el campo de la lucha contra la criminalidad organizada se hará más fácil en la medida en que este combate se concentre (*supra* 1.) y que desde el punto de vista normativo pueda ser descargado (*supra* 2. 3). Los límites resultan del ámbito esencial indisponible de los derechos fundamentales, así como también de los principios tradicionales aún vigentes de una prevención y persecución de los delitos dentro del Estado de Derecho.

4.1 El establecimiento de límites dentro del Estado de Derecho no es solamente un problema normativo o siquiera jurídico. Se trata mucho más de una tarea de razón práctica, de una cuestión de fantasía y de sensibilidad por ciertas constelaciones de problemas. Como última medida en la hora de la necesidad nos hace falta echar mano al derecho penal y de policía de manera precipitada y ciega, a fin de producir nuevas prohibiciones y de restringir derechos fundamentales.

4.2 La ubicación de límites dentro del Estado de Derecho para el combate de la criminalidad organizada es sencilla. Estos se deducen del Art. 79 III GG, el cual exige, de manera independiente a toda moda, el respeto de la dignidad humana (Art. 1 GG) y de los principios del Estado de Derecho en el comportamiento estatal (Art. 20 GG). Los detalles son difíciles y muy discutidos, y no pueden deducirse sencillamente de la mesa verde de la teoría del **more** geométrico a partir de principios supralegales; se trata más bien de los resultados de una discusión política y de la razón práctica (*supra* 4.1). No se les puede prescribir, solamente se les puede promocionar y luchar por ellos.

4.3 Con esta determinación afirmo, si bien no en forma completa pero si de manera ejemplificativa, los siguientes límites para el combate de cualquier criminalidad, también de la criminalidad organizada:

4.3.1 También en los tiempos de amenazas flagrantes para la seguridad interna necesitamos de ámbitos de libertad ciudadana que sean seguros e indisponibles en el

2 "Libertad de Información", en inglés en el original. (Nota del Traductor).

momento de su contraposición y equilibrio con otros fines. Una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de los principios, los cuales ella nunca dejará que sean lesionados, aun cuando esta lesión prometa la mayor ganancia. A estos principios pertenece, por ejemplo, la decisión de no torturar sospechosos aun cuando este medio sea la forma de salvar la vida de un rehén inocente. Pertenece también a estos principios el correspondiente ámbito esencial de los derechos fundamentales, por ejemplo en cuanto a la protección del ámbito privado del domicilio (Art. 13 GG) de personas sospechosas ante la eventual indagación o pesquisa estatal (“gran vigilancia del domicilio” -*großer Lauschangriff*-) o la renuncia a un secuestro de la propiedad ajeno a la existencia de un hecho perseguible por simple sospecha (Art. 14 GG).

4.3.2 No existe ningún tipo de “igualdad de armas” entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal. De esto se sigue, por ejemplo, la prohibición de realizar “pruebas de virginidad”³ por parte de los “agentes encubiertos”, para que a través de ellas grupos de sospechosos alcancen el nivel de no sospechosos.

4.3.3 La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal europeo referido al Estado de Derecho (Art. 6 de la Convención de Derechos Humanos). Con este principio resultarían incompatibles las afirmaciones de una muy difundida retórica que preconiza que los métodos de investigación que han sido introducidos recientemente, y los que aún están siendo promocionados y deseados, estarían dirigidos exclusivamente a mafiosos,

gangster y a delincuentes particularmente peligrosos, y que los ciudadanos no tendrían nada que temer. Esto es falso. Estos cuestionables métodos de investigación son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo tanto contra sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones). Contra los “mafiosos” no se necesita investigar más, para ello es suficiente la sentencia y la ejecución penitenciaria. Esta falsa retórica facilita una legitimación para los ataques estatales y corrompe a la larga el discurso público.

4.3.4 El mandamiento de separación entre la policía y los servicios secretos tiene entre nosotros dos ricas fuentes: Ha de tenerse claro, con fundamento en la filosofía política de la ilustración, que el Estado no atacará en forma concreta el ámbito de libertad del ciudadano sin al mismo tiempo asumir correlativamente la obligación de dejarse controlar, corregir y reprender, y ha de procurarse -acorde con nuestras experiencias con la Gestapo⁴ y la Stasi⁵- que no se construirá una “policía secreta” según estos modelos. Ambas fuentes se alimentan de la misma agua: La policía debe estar autorizada para los ataques en concreto, los servicios secretos deben contar con la posibilidad de investigar sin control (o por supuesto con un control diluido), ya que de lo contrario ambos no podrían realizar adecuadamente sus labores. Si se unen ambos órganos, permitiendo, por ejemplo, que datos personales inculpatorios procedentes de fuentes del servicio secreto sean utilizados en la instrucción criminal, que no se pueden o no se quieren desvelar, se estaría logrando una policía secreta y coloca al ciudadano frente a un reproche cuya autorización el no puede verificar. Un control globalizado y generalizado de los servicios secretos, como por ejemplo a través de una comisión legislativa, no ayudará al ciudadano frente a las concretas lesiones a sus derechos: los ataques a la libertad sin un control en el caso concreto están prohibidos en el Estado de Derecho.

3 El autor se refiere aquí, dentro de la argumentación de su discurso, a las denominadas “pruebas de virginidad” a las que son sometidos los “agentes encubiertos” a fin de ser aceptados en el grupo criminal en el cual deben desplegar su actividad de investigación. En el contexto de este artículo, el Prof. Hassemer se refiere a la posibilidad de que los agentes encubiertos propongan “pruebas de virginidad” a ciertos grupos a fin de que éstos demuestren que no son sospechosos y por ello no se hagan merecedores a ulteriores investigaciones. Es decir, el Estado no podría asumir como propio un método de la criminalidad (el “uso de pruebas de virginidad”) para efectos de orientar sus tareas de persecución e investigación de los delitos. (Nota del Traductor).

4 Policía Secreta del Tercer Reich. (Nota del Traductor).

5 Policía Secreta de la antigua República Democrática Alemana. (Nota del Traductor).

4.3.5. No como un límite normativo para una política criminal del Estado de Derecho aunque sí como un urgente mandamiento de razón práctica debería de ser válido que:

* no se decidirán nuevas agudizaciones del derecho penal que signifiquen restricciones a derechos fundamentales, hasta tanto no se haya producido un aseguramiento confiable y fidedigno de las consecuencias deseadas y de los efectos colaterales no deseados de las medidas que ya antes y con el mismo fin habían sido introducidas. Una política de la seguridad interna que esté orientada al principio de propor-

cionalidad no debe producir agravaciones jurídicas a beneficio de inventario, debe más bien escogerlas de manera drígida y con cálculo de buen cubero;

* se le prestará una superior atención no sólo al tratamiento policial sino también al científico de la criminalidad organizada. En la medida que este fenómeno sea borroso y oscuro no podrá ser adecuadamente observado y también en la medida que se apunte a algo solamente de manera aproximativa se ponen en peligro derechos fundamentales de libertad de personas no directamente comprometidas.



Los Niños Felices. Autor: Carlos Salazar.

DELITOS SEXUALES Y FEMINISMO LEGAL: [ALGUNAS] MUJERES AL BORDE DE UN ATAQUE DE NERVIOS

Alberto Bovino¹

“El relevantamiento de la existencia de prejuicios que hacen eclosión en el caso de una violación- machismo, patriarcalismo- inserta un plano de lectura atractivo, pero ello no debe inducirnos a interpretar en otros casos que la inexistencia de esos mismos prejuicios implique la constitución transparente de la verdad judicial, ya que este procedimiento tortuoso se corresponde íntimamente con la propia raíz del sistema jurídico como instrumento mediatizador de conflictos sociales”.

(Christian COURTIS, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida...”.

(Mary BELOFF, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Y volvemos, entonces, a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al riesgo del Estado de Derecho?”.

(Martín ABREGÚ, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

I. El problema

En los últimos años, el derecho penal ha sufrido un ataque intenso por parte de un movimiento que aboga por los derechos de las víctimas del delito. Reuniones científicas, publicaciones² y reformas legislativas³ son expresión clara e inequívoca de esta tendencia.

El denominado movimiento por los derechos de la víctima, sin embargo, carece de coherencia política, y sólo puede ser considerado como una unidad en la medida en que todos los grupos, actores e instituciones que lo componen, se interesan por la justicia penal y por la posición que la víctima ocupa en ella. En efecto, a poco de analizar las distintas expresiones de este movimiento

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires; Master in Laws, Columbia University (Nueva York); Profesor de Derecho Penal, Universidad de Palermo (Buenos Aires); Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires.

Este trabajo fue presentado en un Congreso Universitario de Criminología organizado por los estudiantes de la Universidad de Chile en 1995. Durante su presentación, una asistente (estudiante) realizó varias observaciones críticas. Algunas de esas observaciones fueron recogidas en la versión final que aquí se publica. Mi especial agradecimiento a esa estudiante, cuyo nombre, lamentablemente, no recuerdo.

² Cf., para el derecho continental, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. En el ámbito del derecho anglo-sajón, cf. Mc Donald, William F., *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*, en *“The American Criminal Law Review”*, 1976. Vol.13, p.649.

³ La institución de la suspensión del procedimiento penal a prueba, por ejemplo, representa, en el derecho argentino, una reforma que permite el ingreso de la reparación del daño como tercera vía - junto a la pena y las medidas de seguridad- y, por lo tanto, de los intereses de la víctima. Cf. MAIER, Julio B.J.

encontraremos propuestas que intentan consolidar el esquema punitivo de justicia penal, esta vez con cierta participación de la víctima⁴, como también otras propuestas que, a través de la incorporación de los intereses concretos de la víctima, contienen respuestas no punitivas para el tratamiento de los casos definidos como penales⁵. Dentro de este último marco, las propuestas con contenido no punitivo pueden ser diferenciadas según se pretenda mantener o no las características fundamentales propias de la administración de justicia penal. Así, el modelo de justicia reparatoria puede ser formulado por quienes siguen encontrando justificación para la justicia y el derecho penal, como también por quienes se oponen radicalmente a la utilización del derecho penal como instrumento de solución de conflictos y, por lo tanto, postulan la abolición del derecho penal que conocemos: los abolicionistas⁶.

Por otra parte, el movimiento feminista, que recientemente ha comenzado a interesarse por las relaciones entre la posición social del género femenino y el derecho⁷, ha dirigido su atención, en especial, hacia el derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales. Este súbito interés se explica a partir del hecho de que la gran mayoría de las víctimas de los delitos sexuales son mujeres.

El problema de los delitos de agresión o violencia sexual excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de la victimización. En los EE.UU., el 92% de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente⁸, y el 44% de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación⁹. Mientras las feministas se quejan de que no se hace nada para enfrentar el problema por el solo hecho

El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal, en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995. La solución prevista en el art.14 de la ley 23771 (ley penal tributaria y previsional), esto es, la posibilidad de poner fin a la persecución penal a través del cumplimiento de las obligaciones debidas al Estado, también representa el ingreso de la reparación del daño y de los intereses de la víctima, si bien en este caso, muy particular, la víctima es el estado mismo. Cf. MAIER, Julio B.J. y Bovino, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art.14 de la ley 23.771*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

- 4 Cf., como paradigma de esta propuesta, el trabajo de HIRSCH, Hans-Joachim, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, y también, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*, ambos en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta: "si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables"; cf. HENDERSON, Lynne N., *The Wrongs of Victim's Rights*, en "Stanford Law Review", 1985, vol.37, p.953.
- 5 Cf., por ejemplo, como paradigma de esta propuesta dentro del derecho penal, ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado.
- 6 Sobre las propuestas del movimiento abolicionista, cf. CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984; HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984; AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- 7 Si bien este movimiento tiene una larga tradición de relación con el uso del derecho y las reivindicaciones legales, la preocupación teórica por el derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Cf. BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, Barcelona, 1993, inédito, p.2.
Hacemos referencia aquí a la corriente teórica feminista que se ocupa de analizar la vinculación entre el derecho y las relaciones de género. Si bien esta corriente tiene mucho más peso en los países del hemisferio norte (ver, por ej., MOSSMAN, Mary J., *Feminism and Legal Method: The Difference it Makes*, en AA.VV., *At the Boundaries of the Law*, 1991), en nuestro medio comienza a tener ciertas expresiones (ver, por ej., KRSTICEVIC, Viviana, *Otro revés al derecho*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4, p.12; CHEJTER, Silvia, *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*, Ed. Nordam-Comunidad, Montevideo, 1990.
- 8 Cf. MACKINNON, Catherine, *Difference and Dominance*, en *Feminism Unmodified*, p.119.
- 9 Cf. MACKINNON, *Difference and Dominance*, cit., p.107. Porcentajes similares referidos a violaciones o tentativas de violaciones arrojan las investigaciones en países europeos como Holanda y Francia, cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., ps.22 y siguientes.

de que las víctimas son, casi exclusivamente, mujeres¹⁰, lo cierto es que este tipo de agresión sexual produce consecuencias que exceden ampliamente la agresión misma.

La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas. Así, se ha destacado que esta situación hace conscientes a las mujeres de su propio cuerpo y, por ello, que influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse. Esta toma de conciencia sobre sus cuerpos, gestos y actitudes es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada. En las palabras de una autora que se ha ocupado del tema: "Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentan una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación... El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no sólo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean..."¹¹.

La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa, y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas. A estas circunstancias se debe agregar el proceso de revictimización que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, en la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal y en el carácter manifiestamente sexista de las prácticas de este tipo de justicia.

Sin embargo, los problemas no terminan aquí, pues a todos ellos -propios de los delitos sexuales- se debe sumar

las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente del tipo de delitos de que se trate. Si, como creemos, el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos¹², debemos ser, entonces, al menos cautelosos antes de proponer como solución al problema de los delitos sexuales una respuesta punitiva de tipo tradicional.

El panorama no puede ser más sombrío, estamos frente a un problema social grave, que genera un alto grado de sufrimiento sobre un grupo de víctimas, las mujeres, que presentan un elevado nivel de vulnerabilidad a comportamientos de agresión sexual. La existencia del problema, sin embargo, no ha generado, en la práctica, ninguna reacción seria para enfrentarlo, y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas. En la búsqueda de una solución se enfrentan las propuestas del abolicionismo y del feminismo legal que, en cierto modo, representan dos posturas posibles propias de todo movimiento por los derechos de la víctima: una propuesta de justicia reparatoria o un modelo de justicia punitiva.

II. La disputa

La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento por los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de lo que hoy conocemos como la organización de la justicia penal. Ello no impide, sin embargo, que exista cierto grado de coincidencia entre sus objetivos y los del movimiento por la víctima -en su vertiente reparatoria-, pues la atención de los intereses de la víctima y el paradigma de justicia reparatoria siempre han sido

10 Cf. MACKINNON, *Difference and Dominance*, cit., p.107.

11 WEST, Robin, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, en "Wisconsin Women's Law Journal", 1987, vol.3, p.88 (traducción nuestra). La misma autora agrega, en una afirmación poco verosímil, que la influencia del miedo a la agresión sexual es tal que condiciona a las mujeres en el sentido de empujarlas a buscar y a mantener una relación afectiva estable, para sentirse protegidas y reducir la cantidad de situaciones que las exponen a la posibilidad de una agresión sexual; a pesar de la disminución de la sensación de exposición, estas mujeres sufren una sensación de pérdida de su propia identidad con esta "entrega" en busca de protección (p.88).

12 Esta característica propia de todo sistema de justicia penal (cf., por todos, BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Ed. Siglo XXI, México, 1986, especialmente caps.XII a XIV, ps. 165 y ss.) se ve acentuada en el ámbito de América Latina (cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, vol.II).

preocupaciones centrales de los abolicionistas¹³. Los intereses de la víctima, de este modo, constituyen, genéricamente, un lugar de intersección entre los discursos del movimiento por los derechos de la víctima y del movimiento abolicionista.

El movimiento del feminismo legal, por su parte, parece tener poca vinculación, en términos generales, con la participación de la víctima en la justicia penal. Ello porque el feminismo legal tiene como objeto de análisis y acción la relación conflictiva entre la práctica jurídica y la pertenencia al género femenino, cuestión que, en cierto sentido, es mucho más amplia que la que preocupa a los dos movimientos ya nombrados, pues no se limita al derecho penal sino que se ocupa de todo el ordenamiento jurídico. Una razón adicional de la despreocupación del feminismo legal respecto del derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del derecho como instrumento de control social de la población feminista en la actualidad¹⁴. Sin embargo una preocupación central del feminismo son las relaciones de sometimiento de las mujeres al poder masculino y, por ello, cuestiones tales como la violencia doméstica y la violencia sexual presentan gran relevancia.

Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos (por ej., los ecologistas), tienden a “revalidar” la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales¹⁵. Este reclamo a favor del derecho penal de las feministas ha sido criticado por los abolicionistas, quienes predicán su inconveniencia política. La idea central del abolicionismo postula que

en este ámbito de conflictos sociales -como en los demás en los cuales interviene el derecho penal-, esta rama del derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En un trabajo reciente, Gerlinda SMAUS, en “representación” del feminismo, tomó el guante arrojado por los abolicionistas y expresó lo que, según ella, significa el punto de vista feminista sobre la cuestión¹⁶.

La primera crítica de SMAUS consiste en la afirmación de que dar un tratamiento no penal a los casos de agresión sexual, como postulan los abolicionistas, no responde a las necesidades e intereses de las mujeres, básicamente porque el abolicionismo está integrado casi exclusivamente por hombres que analizan el derecho penal que se aplica, en general, a otros hombres. Este hecho, según la autora, genera un conflicto que impide a los abolicionistas comprender cuál es el interés de las mujeres en el caso de las agresiones sexuales¹⁷. Desde esta particular óptica, el abolicionismo se ocupa de evitar los problemas originados por la aplicación del derecho penal: su objeto “son siempre ‘los otros’”; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos... Los adversarios de los abolicionistas en el conflicto son ‘hombres’ que ocupan posiciones en instituciones estatales, y por esto se trata de un conflicto intrasexual”¹⁸.

El conflicto generado por la violencia sexual contra mujeres es, en cambio, un conflicto intersexual que afecta a las mujeres, quienes, según SMAUS, aún no están

13 Cf. CHRISTIE, Nils, Los conflictos como pertenencia; BOVINO, Alberto, La víctima como preocupación del movimiento abolicionista, ambos en AA.VV., De los delitos y de las víctimas, citado.

14 En la actualidad, el porcentaje de población femenina sobre el total de la población criminalizada, es mínimo: generalmente inferior al 10%. Cf., por ejemplo, las cifras señaladas por Roberto BERGALLI (La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal, en AA.VV., El derecho penal hoy, cit.) para los años 1985 y 1991.

Sin embargo, con anterioridad a las revoluciones liberales, las mujeres fueron un grupo perseguido en forma mayoritaria respecto a delitos vinculados con hechos de brujería. Cf. ZAFFARONI, Eugenio R, La mujer y el poder punitivo, San Pablo, 1992, inédito; BARSTOW, Anne L., Witcheraze. A New History of the European Witch Hunts, Ed. Pandora, San Francisco, 1994.

15 BERGALLI y BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p.3.

16 SMAUS, Gerlinda, Abolicionismo: el punto de vista feminista, en “No Hay Derecho”, s. Ed., Buenos Aires, 1992, n° 7, p.10.

17 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.10.

18 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.11.

representadas “en el Estado, en sus instituciones y en el mercado de trabajo en igual medida que los hombres... Es en consecuencia comprensible que [las mujeres] se evadan de aquel mundo vital que a los abolicionistas parece el paraíso, y busquen ganar espacio también en el sistema, declarando públicos y políticos sus problemas, hasta ahora privados... Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida”¹⁹. La propuesta abolicionista, por otra parte, es decodificada por SMAUS como la repetición del “viejo cliché del rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros”, repetición que significa, para ella, que los abolicionistas se creen los dueños de la verdad²⁰.

Luego de estas críticas, la autora expresa su desconfianza hacia las posibilidades de que el derecho penal, como instrumento patriarcal, pueda mejorar efectivamente la situación de las mujeres²¹. El reclamo feminista acerca de la necesidad de que la violencia sexual fuera redefinida como delito de violencia, de que se produzca un aumento de las penas y de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas mujeres, en este contexto, fue considerado por ese movimiento como paradójico²²: por un lado, resultaba muestra de la situación objetivamente crítica la necesidad de recurrir al derecho penal; por el otro, este mismo hecho significó el reconocimiento de las pretensiones feministas por parte del sistema político²³. Los efectos “beneficiosos” y paradójicos del reclamo,

sin embargo, fueron el “efecto unificante del movimiento y también un efecto transformador de la conciencia del público”²⁴.

La justificación de esta apelación al derecho penal está dada por la necesidad de las mujeres, como las de otros grupos sociales, de recurrir con sus reclamos al Estado, por ser éste el encargado de decidir y componer los conflictos sociales. Dentro de esta estrategia, el planteo del tratamiento penal de las agresiones sexuales es el resultado de que, en palabras de SMAUS, parece “que determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo iuspenalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio”²⁵.

El objetivo de la propuesta feminista planteada por SMAUS, entonces, es claro²⁶. No se trata de una esperanza ingenua que pretende alterar sustancialmente las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de la utilización consciente del “potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha producido distintas consecuencias. Por un lado, ha afectado a situaciones que previamente no habían sido definidas como injustos penales; por el

19 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.10.

20 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.11.

21 “Desde un punto de vista meramente funcional sería necesario desaconsejar a las mujeres esperar del instrumento patriarcal que es el derecho penal alguna mejora de su situación”. SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.11.

22 Señalan BERGALLI y BODELÓN (La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p.18): “Quizás esto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, ha reforzado la creación de un determinado significado y función de la femenino”.

23 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.11.

24 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.11.

25 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.12.

26 En todo este trabajo sólo hacemos referencia a la propuesta feminista tal como fuera formulada por SMAUS, aun en aquellos casos que utilicemos términos genéricos como “feminismo” o “propuesta feminista”.

otro, ha logrado criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de algún modo por la norma penal (violación)”²⁷.

III. Las consecuencias “secundarias” y los hombres

Esta revaloración del derecho penal realizada por algunas feministas presenta diversos problemas. En primer lugar, no se comprende por qué razón para SMAUS los hombres abolicionista son distintos de los otros hombres a los cuales el sistema penal criminaliza. A pesar de que la variable género resulta siempre decisiva en los análisis muchas veces reductores de algunas feministas²⁸, esa variable es rápidamente descartada para poder transformar a los (hombres) abolicionistas en “empresarios morales” que intervienen sin reclamo alguno de esos “otros hombres”. No llegamos a comprender por qué razón las feministas académicas -como SMAUS- no pueden ser definidas como “empresarias morales” que se consideran a sí mismas dueñas exclusivas de la verdad cuando se oponen a la pornografía (que no las afecta personalmente, ya que afecta a las “otras”). Esta utilización caprichosa y jamás explicada²⁹ del seccionamiento de la humanidad en categorías de género frente a todo problema social es sólo una aporía teórica de escasas consecuencias si la comparamos con el contenido concreto de la propuesta feminista formulada por SMAUS.

La propuesta de las feministas reconoce, en primer lugar, su desconfianza acerca de la efectiva posibilidad de que la práctica jurídica opere de modo no discriminatorio. Por lo tanto, el reclamo no se funda en la necesidad de que la ley penal se aplique de alguna manera que pueda ser considerada justa o equitativa. A pesar de esta manifestación expresa de desconfianza hacia el derecho

penal, las consecuencias “secundarias” de la utilización práctica del derecho penal, según SMAUS, no constituyen un problema principal para la óptica feminista³⁰. La no problematización de las consecuencias que la autora denomina, trivialmente, “secundarias”, representa el principal problema de la solución que ella ofrece.

En primer lugar, entre las consecuencias “secundarias” quedan comprendidas todas las violaciones a los derechos humanos de las personas criminalizadas. En este sentido, la deuda del feminismo consiste en explicar por qué razones sus intereses deben ser realizados, necesariamente, al costo de exigir la violación sistemática de los derechos individuales de otras personas, para el caso hombres.

La preocupación de los (hombres) abolicionistas por los derechos de las personas criminalizadas, tal como afirma SMAUS, esta vez sin equivocarse, no incluye una diferenciación entre mujeres y hombres. Sin embargo, esta circunstancia no resulta cuestionable -como parece sugerir SMAUS-, sino por el contrario, valiosa, pues si se trata de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la arbitraria injerencia punitiva estatal, la variable de la pertenencia al género debería ser irrelevante, entre otras razones porque la irracionalidad y la violencia de la justicia penal afecta por igual, en los casos concretos, a hombres y mujeres. El encierro carcelario es un castigo inhumano porque afecta lo que tenemos de humano, no lo que los hombres podamos tener de masculino. La propuesta de SMAUS puede ser explicada -aunque no justificada- si atendemos al problemático enfoque con que las feministas como SMAUS analizan todas las situaciones de la vida, es decir, un enfoque reductor que sólo les permite ver el género de las personas sin apreciar realidades más complejas.

27 BERGALLI y BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p.14.

28 La afirmación acerca del carácter reductor del análisis se vincula con los enfoques que dan cuenta de toda realidad o problema social a través de la división en géneros. Ello sucede cuando se considera como variable especialmente importante al género sin tener en cuenta las demás variables y cuestiones que intervienen en el problema estudiado. Ello sucede, por ejemplo, si damos especial importancia al género para analizar los efectos que produce el encierro carcelario sobre el ser humano. En este caso, el género puede conducir a la consideración de aspectos especialmente relevantes para las mujeres como podría ser, entre otros, la relación con los hijos pequeños. Sin desconocer estas particularidades, sin embargo, es necesario señalar que los efectos deteriorantes del encierro son, en principio, independientes del género de la persona sometida a esta clase de pena.

29 Nos referimos a la distinción entre los “hombres abolicionistas” y los “hombres criminalizados”, distinción que no se repite cuando se trata del colectivo femenino, siempre presentado como un grupo indivisible, único y con intereses compartidos frente a toda situación o conflicto de la vida social.

30 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p.10.

Sólo esta perspectiva puede conducir a la afirmación de que los efectos de la intervención de la justicia penal son “consecuencias secundarias” del derecho penal, especialmente cuando se trata de alguien que, como muchas feministas, reconoce la arbitrariedad propia de la justicia penal³¹. Pero quizás la injusticia, cuando es sufrida por los hombres, no preocupe demasiado a SMAUS. Veamos, entonces, las consecuencias “secundarias” de su propuesta feminista para las personas que ella representa, es decir, para las mujeres.

IV. Delitos sexuales y práctica judicial

Todo proceso penal puede ser considerado desde diversas perspectivas. Una perspectiva posible consiste en considerar al procedimiento penal como un proceso de redefinición de un conflicto a través del cual se construye judicialmente a los actores de ese conflicto. Desde este punto de vista, en el escenario de la justicia penal tiene lugar un proceso de reconstrucción del caso que implica la atribución de ciertas calidades a los sujetos que fueron sus protagonistas. Uno de estos sujetos es, en la mayoría de los casos, la víctima.

El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas penales definen la calidad de víctima³² de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y, por ello, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión.

El concepto de bien jurídico desarrollado por la dogmática jurídico-penal ocupa un lugar fundamental en esta práctica de la justicia penal que construye -define- a la víctima. A través de este concepto se reifica un valor (la vida, el patrimonio, la integridad física) y, al mismo tiempo, se desprende ese valor de todo interés concreto de su efectivo portador³³. Así, el derecho no protege la vida de María, sino la “vida”. Es por ello que se afirma, sin sustento jurídico alguno, que la vida es un bien “indisponible”. Este mecanismo “produce” víctimas incluso allí donde no las hay, define un conflicto inexistente entre autor y víctima como conflicto entre el autor del hecho y el Estado. La idea de infracción en la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses³⁴. El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, la “expropiación del conflicto”³⁵.

Estos patrones de actuación que configuran las prácticas de la organización de justicia penal, sin embargo, no coinciden con los que orientan el tratamiento de un grupo de delitos en particular: los delitos sexuales. Al contrario de lo que sucede en el caso anterior, en estos casos es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y, al mismo tiempo, es el derecho penal el que le niega tal calidad.

La práctica jurídica posee diversas formas de negar o restringir la calidad de víctima a las mujeres que han padecido un acto de violencia sexual, formas que se

31 Resulta paradójico, en este sentido, que los propios planteos feministas partan del reconocimiento de la injusticia de las prácticas de la justicia penal, al menos en el ámbito de los delitos sexuales.

32 Esa calidad no es un atributo físico o natural, sino que depende, necesariamente, de una definición normativa. Cf. Bovino, Alberto, *Contra la legalidad*, en “No Hay Derecho”, s. De., Buenos Aires, 1992, n°8.

33 Sobre el proceso de objetivación de la víctima y del conflicto a través de la utilización del concepto de bien jurídico, cf. Bovino, *Contra la legalidad*, citado.

34 Esta falta de coincidencia entre la definición del conflicto por parte de la víctima y la que realiza el órgano estatal no es un problema vinculado a la mera intervención de un órgano del Estado, en el sentido de que mediatiza el conflicto en representación de la víctima, sino un problema originado en el hecho de que los intereses del Estado en la persecución penal y los intereses de la víctima concreta son intereses distintos que, incluso, pueden llegar a hallarse enfrentados. Piénsese en los casos de mujeres que se someten a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas, en los cuales la intervención se realiza a pedido de quien es definida, a pesar de ello, como víctima por el Estado, que interviene a pesar de la voluntad de la supuesta víctima, pues se ha lesionado el bien jurídico “integridad física”.

35 Cf. el pionero trabajo de Nils CHRISTIE, de traducción reciente al castellano, *Los conflictos como pertenencia*, citado.

vinculan no sólo con el texto legal, sino, además y especialmente, con las decisiones judiciales.

La importancia del lenguaje del mismo texto legal, por ejemplo, se puede apreciar cuando vemos el título que agrupa los comportamientos de violencia sexual en el Código Penal argentino: "Delitos contra la honestidad". No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual -es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano-, sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la "honestidad" parece representar un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas: las mujeres "deshonestas".

Éste, sin embargo, no es el único problema, pues la construcción jurisprudencial del bien jurídico agrava la situación en perjuicio de las mujeres. Cuando se define el bien jurídico con términos tales como la "honestidad", la "moral sexual", el "honor", la "honra", el "pudor", se hace referencia al lugar social atribuido a la mujer³⁶. Miriam CUGAT, luego de realizar un análisis minucioso de la jurisprudencia española sobre la figura de la violación, señala las consecuencias de esta forma de construir el bien jurídico en términos macrosociales: "El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a cosificar el objeto de protección, que se relaciona con la "virginidad" o "pureza" de la mujer, tal codificación explica el extendido uso de expresiones que presentan la relación sexual como un acto de "entrega" de la mujer ... En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse "violado"...En segundo lugar, y después de

apartar ("expropiar") el objeto de protección de la mujer, se traslada no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores "supraindividuales", con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella"³⁷.

La objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima: "El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la "honestidad", predicable por igual a todos los sujetos pasivos del delito"³⁸.

Por lo demás, la inexistencia de consentimiento construida a partir de la protección de un bien jurídico que trasciende a la víctima convierte a la agresión "en un 'ultraje' ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia" acorde con el trascendente bien macrosocial afectado³⁹. Se exige, de este modo, una resistencia heroica, tal como claramente lo expresara, con total desvergüenza, el Tribunal Supremo español, con las palabras siguientes: se exige una "resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física"⁴⁰.

Como conclusión de su análisis la autora citada afirma la irracionalidad y arbitrariedad de la aplicación del derecho a los casos de violación y de las decisiones judiciales fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales contrarios a los principios

36 CUGAT, Miriam, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación. "Jueces para la Democracia. Información y Debate", De. de Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, n°20, p. 76.

37 CUGAT, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, cit., p. 77.

38 CUGAT, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, cit., p. 76.

39 CUGAT, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, cit., p. 77.

40 STS 6/6/1972 (R.A.2988), citado por CUGAT, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, cit., p. 77.

constitucionales y a la finalidad de protección de bienes jurídicos que supuestamente el derecho penal debe realizar. Los estereotipos utilizados, por otra parte, "acaban elevándose a la categoría de 'elementos típicos de hecho', o 'presunciones *iuris et de iure*' con efectos tan reales como discriminatorios"⁴¹.

Esta construcción del bien jurídico en términos "macrosociales" no se vincula con la trascendencia social que las feministas atribuyen al problema de los delitos sexuales cuando afirman que este tipo de hechos son un aspecto más de la situación de sometimiento de las mujeres en el orden de todas las prácticas sociales, sino con la particular concepción de lo social que expresa el derecho penal para justificar su intervención coactiva. El derecho penal define lo social en términos de las necesidades estatales de control social punitivo que, en su propio discurso, obligan a la intervención cuando se trata de hechos que afectan no sólo a la víctima sino a la "sociedad" toda. La definición de estos hechos que afectan a la "sociedad", como ya hemos destacado, dejan de lado, necesariamente, a la víctima.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos, sino cumplir con los intereses estatales de control social. Pero ese maltrato se limita a no darle una participación sustantiva en el desarrollo y decisión del caso, es decir, a no atender a sus intereses. En el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son mujeres, en cambio, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal⁴².

Ello porque mientras quienes decidan el caso -jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres- no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de

prejuicios a través de los cuales estos casos son analizados, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por "provocativa", por "libertina", por "ser mujer de hábitos sexuales promiscuos", o por "no ofrecer verdadera resistencia". Se podría pensar que la intensidad del ataque quizá sea mayor en el ámbito del procedimiento anglosajón, dadas sus características de proceso de partes⁴³. Sin embargo, lo que sucede en nuestro procedimiento puede ser peor. En el procedimiento estadounidense la víctima tiene claro quién es su enemigo: el defensor del acusado; en nuestro procedimiento, en cambio, la tradición inquisitiva tan arraigada no sólo en los procedimientos antiguos (en Argentina, por ej., los Códigos de la provincia de Buenos Aires o Santa Fe, o el derogado Código federal), sino también en los llamados códigos "modernos" como el código de Córdoba de 1939-1970 -que, lamentablemente, sirviera de fuente a casi todas las demás provincias y al Estado federal-, el tribunal no cumple con el papel pasivo que exige el principio de imparcialidad, razón por la cual actúa como principal acusador y, en casos como éstos, puede actuar como el principal defensor (en otras palabras, como acusador de la víctima). Si ello sucede, la percepción sobre el hecho de que el ataque venga desde el propio tribunal puede ser evaluada como mucho más injusta por parte de la víctima.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en el contexto de un juicio público -ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima-, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación es "revictimizada" en el procedimiento penal.

Una propuesta como la de SMAUS de penas más graves, por ejemplo, no tiene en cuenta la posibilidad de que ese aumento de las penas torne más agresivo aún el proceso de "revictimización" de la víctima, es decir, la posibilidad

41 CUGAT, Miriam, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, cit., p.83.

42 Cf. BERGALLI Y BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p. 21, donde se afirma: "El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados... La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia (respecto de las mujeres) de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad".

43 Cf., sobre la estructura básica del procedimiento de los EE.UU., CARRIÓ, Alejandro D., El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Eudeba, Buenos Aires, 1990; BOVINO, Alberto, Ingeniería de la verdad, Procedimiento penal comparado, en "No Hay Derecho", De. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, n° 12.

de que se agrave la situación para las mismas mujeres que dice representar.

La desconfianza que las víctimas de agresiones sexuales sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es una teorización del abolicionismo, sino una realidad que se manifiesta en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Esta circunstancia, que expresa el voto silencioso de las (mujeres) víctimas, debe ser tomada en cuenta. A pesar de ella, algunas feministas, como SMAUS, insisten en ser las portavoces exclusivas del interés de las mujeres, al definir su posición de un modo autoritario, negando la opción evidente de innumerables víctimas que descartan la respuesta punitiva que el derecho penal les ofrece.

En este sentido, se puede afirmar que feministas como SMAUS, mediatizadoras de la voz de “las mujeres”, incurrir en la misma objetivación y reducción autoritaria que el derecho penal utiliza a través de la construcción del concepto de bien jurídico, que termina por proteger un interés diferente de aquél que declara. Así, SMAUS no expresa el interés de “las mujeres”, pues ella ignora el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal. Ello se ve claramente en las propias palabras de SMAUS, que destaca la importancia del reclamo penal para el “movimiento”⁴⁴. Lo que queda claro en su afirmación es cuál es la legitimación de SMAUS para definir arbitrariamente un colectivo social -las mujeres, todas y cada uno de ellas- y sus “verdaderos” intereses por le mero hecho de la designación por género, cuando muchas personas que pertenecen a ese género han expresado sus intereses de un modo incompatible con los del propio movimiento que ella defiende.

V. Una línea de acción posible

Las distintas perspectivas aquí analizadas expresan, de modo obvio, intereses diferentes. Mientras el abolicionismo manifiesta su oposición a toda forma de

tratamiento penal de los conflictos sociales, por las consecuencias negativas que tanto para el autor del hecho como para la víctima produce la intervención penal, deja de lado el aspecto simbólico que el derecho penal representa en cuanto a la definición de ciertos valores y situaciones sociales. El feminismo, por su parte, rescata este valor simbólico que permite instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público, a partir de una propuesta que parte del enfoque punitivo y de la utilización del derecho penal.

Lo que la propuesta de SMAUS no tiene en cuenta es que el valor simbólico del derecho penal puede ser utilizado para instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público sin necesidad de fomentar el enfoque punitivo ni de recurrir a un aumento de las penas, e incluso con una reducción de las penas. Para ello, deberíamos buscar opciones que permitan, por un lado, la utilización positiva de la dimensión simbólica del derecho penal y, al mismo tiempo, que eviten las consecuencias negativas propias de las prácticas punitivas estatales.

En cuanto a los aspectos simbólicos que pueden ser considerados positivos, hacemos referencia al pesado contenido de expresión de disvalor que implica la definición de un conflicto determinado como hecho delictivo. La influencia de esta construcción “penal” del acto de agresión o de violencia -para el caso sexual- se relaciona con la forma en que la justicia penal reconstruye los hechos y, también, con la simple definición de un hecho como figura delictiva. De este modo, no es necesario, como parecen indicar las feministas, que la respuesta frente a este tipo de hechos deba consistir, necesariamente, en un aumento de penas ni, tampoco, que la respuesta deba ser la tradicional respuesta del modelo de justicia punitiva estatal propio del derecho penal moderno. Este efecto simbólico, que se produce con las prácticas cotidianas de la justicia penal, no se vincula, por otra parte, con el hecho de que, como sostiene SMAUS, la única manera de llamar la atención de ciertos problemas sea apelar a un aumento de la represión penal⁴⁵. Se trata, en todo caso, de la profunda diferencia del

44 SMAUS, Abolicionismo: el punto de vista feminista, cit., p. 11.

45 Las conquistas de la mujeres, obtenidas por el reconocimiento del sistema jurídico, de reivindicaciones tales como el voto, la igualdad de derechos subjetivos de contenido patrimonial, o los derechos vinculados a la tenencia de los hijos, no fueron el resultado de un reclamo de carácter penal.

contenido simbólico de los comportamientos definidos como ilicitudes penales frente a otros comportamientos definidos como ilicitudes civiles, independientemente de la solución ofrecida por la justicia penal.

Sin embargo, no basta con mantener estos conflictos en la órbita de la justicia penal pues, como hasta las mismas feministas lo aceptan, ello no significa que el derecho penal pueda contemplar efectivamente los intereses de las (mujeres) víctimas. Para que la lógica del derecho penal estatal no pervierta la respuesta que la justicia debe dar, es obvio que la propuesta no puede coincidir con la de las feministas⁴⁶, en sentido de aumentar o corregir la aplicación de la pena estatal, pues ese modelo es el que genera la situación crítica que abolicionistas y feministas discuten. Si, como se sostiene, la aplicación del derecho penal “al traducir las reivindicaciones de las mujeres, transforma la voz de éstas, siendo el producto resultante más un reflejo de la imagen de género que quiere ser construida que el producto de su propia voz⁴⁷, entonces, ¿cómo hacer para que ello no suceda?

El primer paso consiste en obtener una definición legislativa de los delitos sexuales cuyo texto defina la ilicitud a partir de la perspectiva de las víctimas (mujeres) y que sea expresiva de sus intereses. Sin embargo, la distancia que existe entre el texto legal y la práctica judicial es un espacio que permite la tergiversación del sentido del texto. Por este motivo, la necesidad de atenuar los efectos de una definición reductora del conflicto y la expropiación de sentido que el derecho penal realiza, se nos ocurre, se vincula con la “privatización” de la acción penal, pues el proceso de transformación semántica del conflicto es consecuencia directa del sistema de persecución penal pública.

Los órganos estatales de persecución penal, por representar a todos, terminan por no representar a nadie. A diferencia de lo que sucede con otros delitos mucho menos graves -por ej., los delitos contra la propiedad- en los cuales la justicia penal utiliza el mecanismo de objetivación del bien jurídico para perseguir agresivamente, en el caso de los delitos sexuales la objetivación del bien jurídico impide a las mujeres la definición de sus propios intereses, en el marco de una estrategia estatal sexista de escasa intervención que garantiza la impunidad. Con un sistema de persecución privada⁴⁸, sería posible alterar sustancialmente la situación, pues la víctima ocuparía un lugar que le otorgaría posibilidades efectivas de plantear sus puntos de vista y sus intereses en el marco del proceso penal, es decir, de presentar al tribunal su propia percepción del conflicto. Un sistema tal, además, estaría sustentado en la noción de daño a personas concretas y no en el concepto de infracción a una norma general y abstracta, circunstancia que también beneficiaría a la víctima, porque el bien jurídico ya no podría ser un valor que la trascienda sino que sólo podría estar representado por el daño concreto sufrido por quien ha sido agredida sexualmente. La participación de la víctima, por otra parte, ingresaría al procedimiento a la persona que más sabe acerca del papel que desempeñan los prejuicios y las valoraciones discriminatorias en la decisión del caso. De este modo, la exposición y discusión de esas variables, que ilegítimamente condicionan la resolución del caso, podrían constituirse en una buena estrategia para luchar en el escenario público y político del procedimiento penal contra las prácticas discriminatorias.

El sistema podría prever que, en primer lugar, sea la propia víctima quien actúe como acusadora particular (acción

46 Como señalan claramente BERGALLI y BODELÓN (La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p. 14): “Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida de sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto, en este caso del sistema penal, o sea, en la búsqueda de una víctima y un infractor, en la homogeneización de la situación -la cual ha perdido su valor de símbolo de una reivindicación más amplia o de problema complejo- al modelo de la norma”.

47 BERGALLI y BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, cit., p. 16.

48 A través de un sistema de persecución penal de acción popular, por ejemplo, se podría garantizar el derecho persecutorio de la víctima individual y también de las asociaciones intermedias que se dediquen a representar el interés de esa clase de víctimas. También se podría prever un régimen de acción privada a favor de la víctima y de aquellas asociaciones cuyo objeto se vincule con el hecho.

Este último sistema, por ejemplo, ha sido previsto para ciertos delitos por el Código procesal penal de Guatemala, que reconoce la calidad de agraviado legitimado para intervenir como querellante por delitos de acción privada o pública “a las asociaciones de los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses (art. 117, inc. 4).

privada). Si la víctima estuviera interesada en la persecución pero no quisiera cargar con el esfuerzo acusatorio, podría recurrir a una asociación intermedia para que tome a su cargo el papel acusador. En último término, la víctima debería tener el derecho de asignar la función persecutoria al ministerio público. La intervención de la víctima -o de un organismo no gubernamental dedicado al tema de la discriminación por género- no sólo posibilitaría la definición del conflicto desde la perspectiva de las víctimas, sino que, adicionalmente, impediría la intervención del acusador público. Se debe recordar que es la intervención de ese agente estatal una de las causas del proceso de redefinición semántica del conflicto que transforma un acto de agresión o violencia sexual en una ofensa contra la honestidad.

Un sistema tal no sólo serviría a los fines de las víctimas y de las agrupaciones feministas, sino que además podría alcanzar esos fines sin necesidad de aumentar las penas y, también, recurriendo a medidas alternativas. Ello pues el modelo debe ser orientado hacia un sistema de justicia penal no punitivo. Un modelo compositivo, opuesto al modelo punitivo, debe ofrecer respuestas alternativas, aun cuando conserve la sanción punitiva para casos en los cuales no resulta posible una respuesta diferente. Las feministas que, como SMAUS, exigen una respuesta punitiva como única y exclusiva alternativa, imponen su criterio autoritariamente a todas las mujeres, sin tener en cuenta la decisión personal de la víctima concreta. Un sistema compositivo ofrece varias alternativas a la víctima, incluso la respuesta punitiva. Pero no decide por ella de modo autoritario, sino que le ofrece diversas posibilidades para que la víctima, como ser humano autónomo, decida según sus propios intereses y necesidades. Las feministas como SMAUS deben comprender que las mujeres no son idénticas por el solo hecho de ser mujeres, y que tienen pleno derecho de decidir conforme a sus necesidades personales, es decir, que tienen todo el derecho de decidir no denunciar el hecho o de acordar una respuesta no punitiva, a pesar de

que esa decisión personal no coincida con los intereses del "movimiento" que supuestamente la representa y de la única opción que SMAUS pretende imponerle autoritariamente.

Si la justicia penal estatal que se consolida con el proceso de formación de los Estados nacionales se ha caracterizado por la exclusiva respuesta punitiva, un modelo que se opone a él es el modelo de justicia compositiva que ha caracterizado a los sistemas fundados en la persecución penal privada⁴⁹. El modelo compositivo presenta características que benefician tanto al autor del hecho como a la víctima. Una de sus características básicas es que permite evitar la respuesta punitiva y, al mismo tiempo, toda su actividad tiende a la solución del conflicto atendiendo a los intereses de los involucrados en él. La posibilidad de negociar es un elemento básico de todo sistema de persecución privada, pues son los actores que participan en él -los protagonistas del conflicto- quienes deciden cuál es la mejor actitud frente al problema. Es evidente que la composición en este tipo de delitos no permite la repacación objetiva del daño causado, pues es imposible que el autor regrese la situación al *statu quo* anterior, sin embargo, el sistema admite una respuesta reparatoria de contenido simbólico, y cuando ello no es posible o no resulta adecuado, no excluye otro tipo de respuestas (por ej., la terapéutica), incluso la punitiva. Sin duda, el mismo sistema implica que la reconstrucción del conflicto en el escenario del procedimiento será mucho más compleja y rica que aquella forma en que típicamente reconstruye el hecho la justicia penal en la actualidad.

El diseño del modelo debe incluir un procedimiento que permita la participación sustantiva de las personas involucradas en el conflicto y que posibilite instancias que impidan la respuesta punitiva⁵⁰.

El modelo sugerido permite atender, al menos en cierta medida, a los intereses legítimos de ambos movimientos. Se conserva el efecto simbólico buscado por las

49 Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, De. Gedisa, México, 1988, Tercera conferencia, describe el procedimiento acusatorio basado en la acción privada y la composición; más detalladamente en MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, De. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2a. ed., t. I, ps. 264 y siguientes.

50 La creación de estas instancias, por otra parte, es independiente del hecho de que la respuesta punitiva, la pena, subsista como última posibilidad frente a la imposibilidad de llegar a otra solución para el caso.

feministas, pero sin caer en una revalorización irresponsable del derecho penal que no sirve a las víctimas e implica, al mismo tiempo, el desconocimiento de las consecuencias terribles de la aplicación de la pena estatal. La participación sustantiva de la víctima significa la posibilidad de que ésta sea la mejor representante de sus propios intereses en el marco de un modelo composicional que atienda a sus necesidades y que permita la búsqueda de respuestas alternativas para mejorar su situación y, también, la del presunto autor del hecho.

La extensión de este trabajo no permite el análisis de múltiples variables que deben ser analizadas en el diseño de cualquier propuesta político-criminal seria para atender al problema de actos tales como las agresiones sexuales. Por ello, sólo hemos intentado llamar la atención sobre

algunos de los principales problemas y sobre los aspectos fundamentales del modelo que proponemos como posible. Sin embargo, existen otras circunstancias que no pueden ser dejadas de lado y que exceden ampliamente el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario destacar que el problema de las agresiones sexuales está vinculado con la cuestión, indudablemente mucho más amplia, de la posición de las mujeres en todo el espectro de las prácticas sociales -como el de la justicia penal- puede ser suficiente para alterarlas profundamente. En segundo lugar, otra circunstancia relativiza las posibilidades de cualquier modelo posible de justicia penal: nos referimos a la inidoneidad intrínseca del derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales. Esta última circunstancia, por otra parte, debe guiar toda propuesta político-criminal, sea que se trate de actos de violencia sexual o de cualquier otra clase de conflictos sociales.



Maternidad Latinoamericana. Autor: Carlos Salazar.

DOCTRINA NACIONAL

LA LEGISLACION PENAL EN COSTA RICA*

*Walter Antillón Montealegre
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.*

Contenido

1. Unas palabras sobre el método empleado.....	26
2. El sistema penal en la época del Código General de Carrillo (1821-1841).....	27
2.1. Antecedentes	27
2.1.1. El Derecho Penal en la Colonia.....	27
2.1.2. La Ley de Vagos.....	28
2.2. El Código General de Carrillo.....	
3. El liberalismo y el Código Penal del Dr. Rafael Orozco (1880).....	31
4. La Influencia de las escuelas en la concepción del Código Penal de Astúa Aguilar (1924).....	32
5. El Código Penal de 1941 acentúa el eclecticismo Político Criminal.....	34
6. La marea defensista: la Ley de defensa social de 1954 y el proyecto de código de defensa social de 1960.....	35
6.1. La Ley de Defensa Social de 1954.....	35
6.2. Los proyectos de reforma del sistema penal de 1960. El proyectado Código de Defensa Social.....	36
7. El Código Penal vigente (1970).....	36
7.1. Generalidades.....	36
7.2. Bases político-criminales.....	38

* Esta investigación forma parte de una codificación auspiciada por la Universidad de Salamanca sobre "Los Códigos Penales Iberoamericanos.

Breve Historia de la Codificación Penal

1. UNAS PALABRAS SOBRE EL MÉTODO EMPLEADO

El método de este trabajo es el histórico-material, entendido en sentido amplio¹. Por lo tanto, sin desconocer la importancia de otras correlaciones, vamos a relatar la historia jurídica incluyendo todos aquellos datos y valoraciones de carácter económico, social y cultural capaces de explicar el sentido de las leyes surgidas en las diferentes épocas. Trataremos entonces de conectar la política criminal y la producción normativa con las diferentes situaciones históricas a las cuales responden y, sobre la base de una hipótesis inicial, intentar algunas interpretaciones; o bien limitarnos a la mera yuxtaposición de ambas series de hechos, cuando la consideramos suficientemente ilustrativa en sí misma.

Dicho lo anterior, mi hipótesis es la siguiente: la Costa Rica independiente no presenta las gravísimas tensiones sociales que están latentes o activas en otros países latinoamericanos con mayoría indígena o mestiza explotada y discriminada por una minoría de origen europeo². Por ello la tendencia general de nuestros códigos penales se orienta hacia una relativa lenidad.

Un ejemplo: al componer la parte correspondiente de su Código General, el draconiano don

Braulio Carrillo³ copia como veremos mejor más adelante, el Código Penal español de 1822, pero mitiga un tanto las penas contempladas en éste. Obsérvese también que la pena de muerte, aunque prevista en nuestra legislación hasta 1870, fecha en que fue abolida para siempre, se aplicó en muy pocas ocasiones, siendo la pena más corrientemente aplicada la de trabajos forzados u "obras públicas"⁴.

Todo ello parece responder a una visión utilitaria de las soluciones penales⁵ y no a las funciones eliminatorias y terroríficas del sistema penal de otros países cuyos gobiernos, representantes de aquellas exiguas minorías privilegiadas, mantenían un estado de guerra contra las mayorías explotadas y miserables. Lo cual no significa negar que en Costa Rica hubo también segregación y explotación: existieron (y existen aún, obviamente), pero con un signo parcialmente distinto, por lo dicho antes⁶. Habría, además, otro elemento que es indispensable destacar en una visión general del sistema penal costarricense, y que se transparenta precisamente si lo abordamos empleando el método histórico-material: las características económico-sociales del país llevan a la clase dominante a mantener siempre en vigencia dos tipos de leyes represivas que, a pesar de los pujos legalistas y sistemáticos de los juristas, persisten en mantenerse fuera del Código Penal y, lo que es peor, eluden las garantías contenidas en éste. Me refiero a las numerosas leyes de vagos (que a la vez que sirven para controlar a la masa jornalera del campo y la ciudad,

-
- 1 Conf. por todos: Karl Marx: La ideología alemana. Cultura Popular, México, 1969; Mario Rossi: La genesi del materialismo stórico; E. Riuniti. Roma, 1963; Tomo III; Jürgen Habermas: La reconstrucción del materialismo histórico; Taurus, Madrid, 1983.
 - 2 José Luis Vega Carballo: Hacia una interpretación del desarrollo costarricense: ensayo sociológico. Porvenir, San José, 1986; Iván Molina: Costa Rica (1800-1850). El legado colonial y la génesis del capitalismo. Editorial UCR, San José, 1991.
 - 3 Sobre la figura del Presidente Braulio Carrillo consúltese: Lorenzo Montúfar: Reseña Histórica de Centroamérica, Guatemala, 1864. Tomo III; Cleto González Víquez; Obras Históricas, San José, 1958; Tomo Y, pág. 63 y sigtes. Ultimamente, con una posición ampliamente favorable a la figura de Carrillo, véase: Clotilde Obregón "Braulio Carrillo: una época y un hombre, 1835-1842", ECR. San José, 1989.
 - 4 Carmen Lila Gómez: La pena de muerte en Costa Rica durante el Siglo XIX. Editorial C.R. 1985; Ana Lorena González: Origen de las Leyes contra la vagancia en Europa precapitalista. Su inserción en el capitalismo periférico. El caso de Costa Rica (1821-1841). Edición mimeografiada. San José. 1985.
 - 5 Que en la primera mitad del Siglo XIX eran conocidas en medios intelectuales las ideas de Adam Smith y Jeremy Bentham, lo atestigua, además de personalidades como José Cecilio del Valle, los periódicos centroamericanos de la época, incluyendo los costarricenses, y la propia biblioteca de la Universidad de Santo Tomás. Consúltese al respecto: "El Noticioso Universal", semanario que apareció entre 1883 y 1835, reproducido en 1987 por la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica. En el campo jurídico véase Rafael Orozco: Elementos de Derecho Penal, San José, 1882. Consúltese además Constantino Láscaris: Desarrollo de las ideas en Costa Rica: ECR, San José 1975, Carlos Meléndez: La ilustración en el antiguo Reino de Guatemala; Educa, San José 1970, y Clotilde Obregón: obra citada
 - 6 Carlos Monge: Historia de Costa Rica: Trejos, San José, 1978; Luis C. Fallas: Orígenes del capitalismo dependiente en Costa Rica; Zúñiga y Cabal, San José, 1987; Iván Molina, Ob. cit.; Mónica Granados: históricas para la construcción de una teoría política-económica de la pena en la Costa Rica del siglo XIX. Tesis de Maestría (Inédita), México 1986.

permiten, sobre todo en el siglo pasado, disponer de “recursos humanos” para las milicias y las obras públicas⁷; y a las leyes llamadas “de protección agrícola o de merodeo”, destinadas a la protección de la propiedad de los productos del campo, y en primer lugar, del café. Pues bien, ambos tipos de leyes son lo que podríamos llamar “leyes de excepción” frente a la normativa cada vez más garantista de los sucesivos códigos penales. Y en la actualidad, cuando la modernización de la agricultura y el auge de la agroindustria van eliminando o minimizando en las zonas más productivas las antiguas modalidades de la criminalidad agraria, las leyes que cumplen ese mismo papel de realizar el “trabajo sucio” del control penal son, en cierta medida, la vieja Ley de Defensa Social y, en un grado más intenso, la llamada “Ley de Psicotrópicos”. Lo cual significa, a mi entender, que es allí, en aquellos sectores estimados estratégicos, donde la represión de clase se ha manifestado y se manifiesta aún en su forma más dura.

2. EL SISTEMA PENAL EN LA ÉPOCA DEL CÓDIGO GENERAL DE CARRILLO (1821-1841)

2.1 Antecedentes.

2.1.1 El derecho penal en la Colonia

El derecho penal indiano se recoge principalmente en el Libro VII de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, vigente en toda Hispanoamérica desde el Siglo XVI. Se trata en general de un derecho autoritario, falsamente paternalista hacia los indígenas, que se aplicaba mediante procedimientos inquisitoriales. Este ordenamiento tiene su fuente en el

derecho castellano de las Siete Partidas, de las Leyes del Toro, etc.; fuentes que, transcurridos los siglos de la Colonia, al iniciarse el Siglo XIX son recogidas, junto con muchas otras, en la “Novísima Recopilación de las Leyes de España”(1805)⁸ de los delitos y las penas), tenemos que agregar de inmediato que también son las Provisiones, las Instrucciones, los Autos Acordados y las Ordenanzas de Intendentes, así como las Reales Cédulas expedidas por la Corona con posterioridad a aquella recopilación, los cuales representan el esfuerzo por adaptar el derecho de los viejos textos a las realidades que iba generando la administración colonial, según las políticas trazadas en las diferentes épocas⁹. De manera que éste es el derecho que rige en nuestro país en el momento de la independencia de España(1821)y que continúa vigente en su conjunto durante muchos años, por lo menos hasta la promulgación del Código General de Carrillo de 1841 (al cual haremos referencia en seguida, en lo que atañe a las materias civil penal, procesal civil y procesal penal)¹⁰, y para la materia comercial, hasta la promulgación del Código de Comercio de 1853¹¹.

Nuestro país fue, durante la Colonia Española, una provincia de ínfima categoría: carecía de metales preciosos y los pocos indígenas existentes a la llegada de los conquistadores que no fueron exterminados por éstos (en poco más de un siglo!) se habían internado en sus impenetrables montañas y por muchos años, evitaron casi invariablemente el contacto con los colonos. Por lo cual, según los informes de los siglos XVII y XVIII, dichos colonos, cuando no podían evitar quedarse en Costa Rica, se vieron en la necesidad de trabajar la tierra con sus propias manos, en condiciones de verdadera pobreza: hasta el gobernador de la provincia y demás funcionarios tuvieron que trabajar sus parcelas para poder subsistir a base de unos pocos productos agrícolas ya que los sueldos y estipendios, cuando al final les llegaban,

7 A lo largo de nuestra historia legislativa se promulgaron cinco leyes destinadas específicamente a reprimir los llamados vagos y malentretenidos, además de que algunos de los Códigos penales contemplaban esas situaciones como tipos delictuales.

8 Edición en cuatro tomos publicada por la Librería de don Vivente Salvá, París, 1846.

9 Conf. José M. Ots Capdequi: *El Estado español en las Indias*. Fondo de Cultura, México, 1975; Jorge Méndez Limbrick: *Aplicación del derecho Indiano en Costa Rica* (mimeografiado). San José 1987; Elizabet Fonseca y Claudia Quirós: *Economía Colonial Colonial y formación de las estructuras agrarias*, en Jaime Murillo (et al.): “Las instituciones costarricenses: de las sociedades indígenas a la crisis de la república liberal “; ECR San José 1989.

10 Para las citas posteriores del Código General usamos la segunda edición preparada por don Rafael Ramírez e impresa en Nueva York, en 1858.

11 La primera edición del Código de Comercio, hecha por Librería Garnier Hermanos, París en 1850, lleva la siguiente leyenda: “Código de Comercio Español, reformado por comisión del supremo Gobierno de Costa Rica para servir al comercio de la República”.

provenientes de la Capitanía General de Guatemala, era siempre con gran retraso ¹².

El intercambio de mercancías con la dicha Capitanía era escaso y se practicaba por tierra, vía Nicaragua, a base del cacao de la vertiente atlántica, del tabaco y del ganado de la meseta central. Y esta situación apenas había cambiado cuando, al terminar la segunda década del Siglo XIX, sobreviene la independencia respecto de España: lo que entonces se producía era ganado, tabaco, azúcar, maderas y, en pequeña medida, metales preciosos como oro y plata. Según el historiador Carlos Araya Pochet, "... A partir de la Independencia se inició una época de ensayos en la búsqueda de un 'produit moteur' que nos vincula en forma estable y permanente con el mercado internacional. El aparato productivo tendía a ser orientado hacia el mercado externo, mediante la creación de una base primario-exportadora que superara el aislamiento colonial. El período 1821-1843 reflejó en síntesis estas diversas tentativas de promoción de las exportaciones de tabaco, azúcar, así como de actividades extractivas (como el oro, maderas, palo-Brasil), sobre una base de crecimiento demográfico y expansión de la pequeña y mediana propiedad..."¹³.

Volviendo al tema jurídico, es difícil precisar la influencia real del derecho indiano en las instituciones de la Costa Rica independiente, pero es de presumir que la experiencia jurídica acuñada en el período colonial había generado una cultura y continuó por ello produciendo un fuerte influjo en la práctica del gobierno y de la justicia después de 1821; y sólo lentamente fue cedido a una nueva cultura producida alrededor de las nuevas fuentes del derecho patrio, y particularmente alrededor del Código General del Presidente Braulio Carrillo, ya mencionado¹⁴.

2.1.2 La Ley de Vagos

La ley de Vagos de 1830 es, en realidad, una especie de reafirmación de la vigencia de la Real Orden emitida por Fernando VII de España para regular dicha materia el 11 de setiembre de 1820. Es interesante notar que para nuestros gobernantes esa ley fernandina no había perdido vigencia en Costa Rica, a pesar de la independencia proclamada en 1821; de manera que la llamada Ley de Vagos de 1830 es revestida con la apariencia de una simple Orden de la Asamblea Constitucional, dirigida a "recordar" a las autoridades de todo el país su deber de aplicar aquella normativa colonial¹⁵. Me parece claro que, en vísperas de la Independencia, las leyes promulgadas en España entraban en vigencia automáticamente en las colonias, de modo que se estimó con razón que esa Real Orden de 1820 rigió formalmente entre nosotros a partir de su promulgación y durante un año... hasta el 15 de setiembre de 1821, fecha de la independencia; lo que llama la atención es, repito, que se considerara en vigor todavía en 1830. Pero en realidad no es el único caso¹⁶.

¿Por qué "actualizar" la vigencia de una ley "de vagos" en 1830? "En la Costa Rica precafetalera (...) las ciudades pronto alcanzaron un punto en el cual las tierras adyacentes al asentamiento (con unas pocas horas de distancia caminando) estuvieron completamente ocupadas forzando a un creciente número de familias a aceptar una relativa pobreza y un *status* de dependencia, como jornaleros, artesanos o domésticos, o a irse más allá de las tierras reclamadas de la ciudad. En un contexto carente de alternativas de exportación, la sociedad precapitalista podría causar tal migración, pero lentamente, en comparación con la sociedad capitalista, y no antes de que un número sustancial de habitantes

12 Carlos Monge: Ob. cit. págs 127 y sgtes; Astrid Fischel: Prólogo al Tomo IV de la "Historia General de Costa Rica" dirigida por el Prof. Vladimir de la Cruz; Euroamérica, San José, 1988, págs XVIII y sgts.

13 Historia Económica de Costa Rica, 1821-1971; San José, 1982, pág. 4.

14 Jorge Méndez Limbrick, ob. cit. Olman Cartín y Denise Garnier: Evolución del Juicio ejecutivo simple, desde Roma hasta la legislación de Carrillo: (mimeografiado) San José, 1991; Tomo II, págs. 262 y sgtes.

15 Ana Lorena González, ob. cit. pág. 40.1.

16 El 5 de Octubre de 1824, en virtud de una Orden del Supremo Congreso, se mandó observar como ley vigente la Pragmática Española de 1771.

estuviera en una posición inferior vis a vis' al establecimiento de la aldea de pequeños propietarios..."¹⁷.

Pues bien, esta Ley de Vagos, que oportunamente va a ser reabsorbida por el Código de Carrillo (al incluir éste, entre sus tipos penales, las figuras del vago y del mal entretenido y las correspondientes sanciones)¹⁸, contribuirá en su momento a la consecución de los objetivos económicos y sociales que se habían trazado nuestros gobernantes, siguiendo así una tradición ya presente en Europa desde el Siglo XVI: el control preventivo y la coducción de la masa proletaria hacia las actividades productivas, y la destinación de los renuentes a las milicias y a la construcción de obras de infraestructura, a través de la pena de "obras públicas" o la conmutación generalizada de otras penas corporales (sobre todo las de presidio y destierro) por la citada de "obras públicas"¹⁹.

No se conoce con claridad y exactitud las circunstancias que rodearon el proceso de preparación y redacción del Código General de 1841: no hay certeza acerca de las personas que intervinieron en ella: Carrillo declara haber sido él mismo quien compuso todo el Código, dividido en una primera parte Civil, una segunda Penal y la tercera Procesal²⁰; pero ello me parece poco probable, ya que, por un lado, como jefe de Estado que era, tenía una carga de trabajo muy grande, y por otro lado, es difícil imaginar que poseyera la preparación jurídica que le permitiera dominar las cuatro materias contenidas en el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón); en la parte procesal no se excluye (por el

contrario, es muy probable) la intervención del padre Isidro Menéndez, cura salvadoreño poseedor de una cultura jurídico-procesal sorprendente para su época, quien tuvo varios exilios en Centroamérica y que intervino después decisivamente en la legislación procesal de El Salvador y de Nicaragua, si no es que también lo hizo en la de Honduras²¹.

En lo que se refiere a la parte dedicada a la materia penal, ésta es una copia bastante fiel del Código Penal español de 1822²², salvo en lo que atañe al régimen de las penas, menos severo en el Código costarricense (PERO COMO VEREMOS, EXISTEN DATOS QUE NOS HACEN CAER EN LA CUENTA DE QUE LAS INTENCIONES DE NUESTRO PRIMER LEGISLADOR NO ERAN DULCES). Ahora el sistema de las penas del viejo Código General nos parece atroz, pero en realidad no es peor que otros de su época, empezando por el propio Código Penal español de 1822, que le sirvió de modelo, y que pasa por ser expresión del pensamiento liberal de su país en esa época inspirado en la filosofía utilitarista del inglés Jeremy Bentham.

Al igual que su modelo español, la parte penal del Código es técnicamente muy defectuosa y casuista: su orientación punitiva es retribucionista y se apoya prevalentemente, si nos atenemos a su tenor literal, en las penas privativas de libertad (enseguida veremos que la práctica era totalmente otra cosa). Conserva la pena de muerte para muchos delitos (incluyendo los llamados delitos contra la religión católica); establece como agravante o atenuante, en su caso, la mayor o menor instrucción del sujeto; prevé una indemnización a favor

17 Lowell Gudmundson: Costa Rica pre y post-cafetalera (Inédito). 1983.

18 Artículos 691 a 694.

19 Artículos 693 y 694 de la Parte Segunda del Código General

20 Braulio Carrillo: Tercera Alocución, Sonsonate. 15 de junio de 1843. En Revista de los Archivos Nacionales", Año V. Números 5-6, San José, 1941. págs. 251 a 263.

21 La autoría de Carrillo es sostenida últimamente por la historiadora Clotilde Obregón, ob. cit. págs 77 a 80.

22 Ya lo hacía notar el Prof. Salvador Jiménez en sus "Elementos de Derecho Civil y Penal" (Imprenta Molina, San José 1874), pág. 19.

del imputado declarado inocente en la sentencia, a cargo de su acusador o denunciante, o del juez o fiscal que hubieren actuado con malicia o negligencia²³.

Desde un punto de vista estimativo, el Código General aparece como un esfuerzo para racionalizar la vida social y económica del país, con el propósito de organizar y asegurar el sistema en beneficio de la clase gobernante y, no en último lugar, en beneficio del propio Carrillo: no contiene, obviamente, sólo una respuesta punitiva; pero en su parte penal y procesal contiene una respuesta punitiva (control preventivo y conducción de la masa jornalera y explotación de las energías laborales de los más vulnerables) que es la continuación de la que ya nos presentaba la de Vagos de 1830; y que además sirve al dictador Carrillo para atemorizar y neutralizar a sus enemigos políticos, a fin de perpetuarse en el poder del Estado²⁴.

En efecto, en lo que atañe a este último aspecto, aunque no existen datos históricos que nos permitan determinar con cierta exactitud el uso más o menos intimidatorio que Carrillo dio a la parte represiva de su Código General en términos globales, la sospecha de que fue un uso intenso y sostenido se puede sustentar en el hecho de que, del total de ejecuciones capitales realizadas en Costa Rica entre 1821 y 1878, es decir, en el arco de 57 años, Carrillo es responsable, él solo, de la tercera parte de ellas entre 1835 y 1842 (siete años)²⁵.

En lo que concierne a los objetivos económicos-sociales de la represión, la historia económica de esos años nos enseña que el sistema penal sirvió de instrumento de control y conducción de una masa jornalera que se emplearía en el cultivo, cuidado y recolección del café,

producto que se va convirtiendo en la riqueza clave para la inserción de Costa Rica en el mercado mundial; así como también, sirvió el sistema penal de medio de obtención de mano de obra gratuita para la construcción de infraestructura que serviría, precisamente, para acelerar y consolidar aquella inserción²⁶. Porque es realmente en este período cuando se generaliza la aplicación de la pena de "obras públicas" como alternativa a la de prisión prevista en el mismo Código; preferencia que se mantendrá durante más de tres décadas y que se pretende justificar aduciendo que, frente a la mejor buena voluntad por parte del gobierno, estaba la falta casi absoluta de establecimientos carcelarios en todo el país.

Pero la explicación no nos convence: si realmente se hubiera sentido entonces, tal y como se declaraba, la necesidad de edificios o lugares destinados a la reclusión de los condenados a la pena de prisión, lógicamente se habría usado para ese fin una parte, aunque fuera mínima, de aquella misma fuerza de trabajo que, en cambio, se empleó exclusivamente en la construcción de caminos y otras obras de infraestructura económica. Si no ocurrió así, todo parece indicar que se trató de una opción plenamente consciente de nuestros gobernantes, para quienes lo primordial era crear las redes de comunicación que permitieran realizar, en forma más expedita y segura, la exportación del café, cuya producción aumentaba año con año y se había convertido en la principal fuente de divisas del país²⁷.

La decisión de solucionar el problema, habilitando parajes de difícil acceso (islas) como presidios, tendría lugar en el último tercio del siglo pasado; y la construcción de centros penales se iniciaría muchos años después, ya al inicio del siglo veinte.

23 Consúltese el Libro Primero, que trata de la parte general, y en particular su Título Segundo, dedicado a las penas.

24 La "Ley de Bases y Garantías" otorgada por él mismo en 1841, decretaba en su artículo 4, inciso 2) su propia inamovilidad como Primer Jefe Supremo del Estado; y el artículo 5 describe en su inciso 1) sus poderes omnímodos.

25 Carmen Lila Gómez, obra citada, pág. 133 y 134.

26 Ana Lorena González, obra citada, pág. 3225 y sigts. Mónica Granados: La Historia como rescate de una identidad despedazada, en el libro titulado: "El sistema penitenciario entre el temor y la esperanza", Cárdenas, México. 1991; pág. 218 y sigts.

27 Véase adelante, nota (28).

3. EL LIBERALISMO Y EL CÓDIGO PENAL DEL DR. RAFAEL OROZCO (1880)²⁸

La situación económica, social y política de Costa Rica alrededor de 1880 es, en general, más holgada y menos tensa que la de los tiempos de Carrillo y de don Juanito Mora: el presidente de entonces, General Tomás Guardia (1871-1882), aunque durante su ejercicio menudean los complots y levantamientos armados para derrocarlo, controla ampliamente la situación, de manera que se permite impulsar una política que se puede calificar de liberal: emprende la construcción de ferrocarriles y edificios públicos, intenta repetidamente promulgar una nueva Constitución sobre bases democráticas (cuando esto fracasa, termina restableciendo la vigencia de la Constitución de 1871, que había mantenido en suspenso); destina la Isla de San Lucas y después la Isla del Coco para desarrollar colonias penales agrícolas y proyecta la construcción de centros penitenciarios de tipo moderno en la capital de la República (pero esto último no lo puede realizar él, sino que será obra de administraciones posteriores)²⁹.

En lo que atañe a la economía, siendo Costa Rica un país agrícola, la producción durante esos años se concreta en el monocultivo cafetero. Al respecto nos dice Carolyn Hall: “Entre los años 1840 y 1890 éste fue virtualmente el único producto de exportación del país... Durante más de cincuenta años la facilidad con la cual los exportadores pudieron vender su cosecha en Europa, y los buenos precios que recibían, estimularon un aumento continuo en la producción del café en Costa Rica. El total de la exportación subió de cinco millones de kilos por los años de 1850 a casi veinte millones a finales de siglo...”³⁰.

Han transcurrido casi cuatro décadas desde la entrada en vigor del Código General de Carrillo, el cual, a pesar de numerosas reformas en su parte penal (que

parcialmente se recogen en su segunda edición de 1858 realizada por el magistrado don Rafael Ramírez, durante la segunda administración de don Juan Rafael Mora) luce francamente inadecuado, con sus penas crueles e infamantes, su técnica arcaica y su estilo exageradamente casuista.

Muchas cosas han cambiado en el país desde los tiempos de Carrillo y Morazán: aunque la educación del pueblo no ha dado aún ese salto espectacular que tendrá lugar unas décadas adelante, sí existe ya una élite algo más ilustrada que mantiene, gracias a la acumulación capitalista producida por los buenos precios del café en el mercado internacional, un contacto sostenido con los grandes centros de cultura. En política, al gobierno de la oligarquía cafetalera que toma el poder en 1859, arrebatándose a don Juanito Mora, le sucede el de un “hombre fuerte”, el general Tomás Guardia ya mencionado, quien había llegado al gobierno a través de un golpe de Estado, preparado y deseado por aquella misma oligarquía que pretendió, así, usarlo como instrumento de sus planes. Pero una vez al mando, el general Guardia se deshizo de sus indeseables socios y produjo, durante más de una década, uno de los gobiernos más progresistas y, a la vez, más controversiales de nuestra historia.

Guardia era una paradoja viviente³¹: aunque militar de carrera, poseía una certera visión de estadista, a la vez que una sensibilidad humanista y democrática realmente insólitas para un hombre de su ambiente y formación. Se trata, en verdad, de un dictador: quita y pone presidentes a su conveniencia, auspicia la redacción de una nueva Constitución en 1871, que deja sin efecto en 1877, cuando derroca al Presidente Esquivel, al estimar que su poder e influencia están en peligro; persigue a sus adversarios, asume con frecuencia posturas demagógicas; pero a la vez da muestras muy constantes de su convicción en dos aspectos: el respeto a la vida y la dignidad humanas

28 Usamos la primera edición del Código Penal, publicado por la Imprenta Nacional, San José 1880.

29 Confr. “Historia General de Costa Rica” dirigida por el Prof. Vladimir de la Cruz. Euroamericana, San José, 1987-1991; Tomo IV, págs. 3 y sigtes.

30 “El café y el desarrollo histórico-geográfico de Costa Rica”, ECR, San José, 1987: págs. 41 y 42.

31 Sobre la personalidad de Guardia véase: Cleto González Víquez, obra citada: anexos documentales, págs. 450 y sigtes.; Carlos Monge Alfaro, obra citada, págs. 228 y sigtes.; y particularmente su coetáneo y colaborador, Dr. Lorenzo Montúfar, en sus “Memorias autobiográficas”: Libro Libre, San José, 1988: págs. 315 y sigtes.

y el interés por forjar una Constitución sobre bases democráticas. Vamos a detenernos en el primer aspecto, que es el que concierne más de cerca al sistema penal.

Ya dijimos que, en la década de los setentas, el Código Penal de Carrillo era percibido por muchos, especialmente por los liberales, como un instrumento de barbarie, incompatible con las aspiraciones de una sociedad que, instalada por fin en el bienestar económico, buscaba los bienes de la cultura y la civilidad³².

Don Rafael Orozco, autor de la primera obra teórica sobre Derecho Penal que se escribió en el país³³, quien se confesaba kantiano en su credo filosófico, seguidor del penalista francés José Ortolan y de los españoles don Pedro Gómez de la Serna y don Manuel Montalbán, no redacta un proyecto original: se limita a copiar el Código Penal chileno de 1874 casi al pie de la letra, salvo los inevitables cambios, puramente nominales en su mayoría, que van de un país a otro, y el aspecto de las penas, como en seguida veremos. Esto, por una parte, fue acertado, pues el Código chileno constituía, a su vez, una buena adaptación del modelo del Código Penal español de 1948 (obra de Pacheco), en su versión de 1950; pero por otra parte estaba fuera de nuestra realidad, ya que el país carecía casi totalmente de centros de reclusión y en ese modelo de código se opta ya decididamente por las penas privativas de libertad, específicamente finalizadas a producir el aislamiento del delincuente en centros lejanos, de difícil acceso (Isla de San Lucas y la isla del Coco)³⁴

Por lo que hace al sistema de las penas, el Código Penal de 1880 es, desde luego, mucho menos cruento que el Código General de Carrillo y que sus propios modelos chileno y español: no contempla ya la pena de muerte (que el presidente Guardia había suprimido en su famoso Decreto de Garantías de 1877, y luego en su

Decreto de 1882, que restablece la vigencia de la Constitución); ni penas infamantes, ni la cadena perpetua, ni la pena de obras públicas; y en los demás aspectos parece recoger el pensamiento liberal que campeaba por entonces en el Código chileno de 1874.

Por eso la estructura del Código, en vista de su origen ya mencionado, puede ser descrita como moderna, salvo en cuanto conserva algunos “tipos de autos” como la vagancia y la mendicidad. En todo caso, contiene una acertada separación de las correspondientes materias en sus partes general y especial, y una sección final dedicada a las faltas de policía, para sumar en total 526 artículos.

4. INFLUENCIA DE LAS ESCUELAS EN LA CONCEPCION DEL CODIGO PENAL DE ASTUA AGUILAR (1924)

No terminaba aún el Siglo XIX cuando ya se escuchaban voces que clamaban por un nuevo Código Penal. No existían, en mi opinión, razones de peso para estimar que el Código de 1880 había quedado obsoleto; pero lo cierto es que el Lic. don José Astúa Aguilar, recibió desde 1894 el encargo de redactar uno nuevo, de parte del gobierno de don Rafael Iglesias. No he podido averiguar con certeza la causa de esta decisión, pero creo que se debió a que el Código de Orozco era identificado con el liberalismo anticlerical de los precedentes gobiernos (de Guardia, Fernández y Soto), violentamente rechazado y combatido por el presidente Iglesias; a quien, dicho sea de paso, le tocó gobernar, durante la última parte de su administración, en una época de crisis económica (la primera de grandes dimensiones que hubo en el país) provocada por la baja de los precios del café³⁵.

De todos modos el Lic. Astúa, distinguido penalista y profesor de la materia en la Facultad de

32 Salvador Jiménez, obra citada, pág. 17 y sigtes. Y en las palabras introductorias del decreto que puso en vigor el Código Penal del 70, redactadas indudablemente por don Rafael Orozco, se expresa: “Que es de imperiosa necesidad sustituir el inadecuado Código Penal de 30 de julio de 1841, por otro que, basándose en los modernos principios de la Filosofía criminalista, corresponda a los adelantos del país en todos los ramos de la vida social...” (Código Penal; Imprenta Nacional, San José, 1880; Primera edición).

33 “Elementos de Derecho Penal de Costa Rica”, Imprenta Nacional, San José, 1882.

34 Véase: Mónica Granados, obra citada, pág. 222 y sigtes.

35 Tomás Soley Güell: Historia Económica y Hacendaria de Costa Rica; Universitaria, San José, 1949; Tomo II, pág. 52 y sigtes.; Carlos Araya Pochet, ob., cit., pág. 48.

Derecho, no terminó su Proyecto hasta 1910 (durante la primera presidencia del liberal don Cleto González Víquez), fecha en que lo envió al Ministro del ramo con una exposición de motivos.

Este Proyecto de Código Penal (con 565 extensos y prolijos artículos) tuvo fuerte oposición entre liberales y conservadores porque se estimaba, no sin razón, que el código vigente (de 1880) cumplía aún con su cometido y no era, entonces, necesario cambiarlo; y porque introducía una serie de innovaciones que despertaban desconfianza y temor en los ambientes académicos y forenses, dominados aún por el credo liberal. Fue así como transcurrieron dos períodos presidenciales (ocho años) sin que el Cuerpo Legislativo lo aprobara; y tuvo que ser durante la dictadura de Federico Tinoco (que había derrocado al presidente González Flores mediante un golpe de Estado en 1917) cuando pudo por fin entrar en vigencia (1918). Pero resultó ser una vigencia efímera, pues a la caída del tirano (1919) fueron derogados su flamante Constitución y sus decretos legislativos, incluyendo el Código Penal de Astúa. Sin embargo, éste fue promulgado nuevamente, con importantes modificaciones, en 1924 (al inicio de la segunda administración de don Ricardo Jiménez), y se mantuvo en vigor hasta 1941.

El Prof. Astúa Aguilar era positivista en Filosofía, pero como penalista abrazaba la tendencia político-criminal: creía en la Antropología y en la Sociología Criminal y rechazaba el libre albedrío como base del Derecho Penal (“Y se impone observar, desde luego -nos dice Astúa Aguilar en su “Prontuario de Derecho Penal”³⁶- que en el camino del experimentalismo científico en que ha entrado el problema del delito y del delincuente, se ha de huir de la tan sencilla como inexacta e ineficaz teoría de la Escuela idealista o Metafísica para la cual es el libre albedrío la sola causa generadora de los extravíos de la conducta...”).

Por ello el Código de Astúa Aguilar, aunque de corte clásico al decir de don Luis Jiménez de Asúa, y conservando básicamente, en la parte general, la

estructura del Código Penal español de 1870, tenía numerosas disposiciones que respondían a las ideas de la tendencia ecléctica y pragmática (que popularizaron Franz von Liszt en Alemania, Adolfo Prins en Bélgica y Carlos Stoos en Suiza) llamada “Política Criminal”, como la imputabilidad junto a la peligrosidad; la individualización del caso por parte del juez, que le permite prescribir el remedio más adecuado a la persona del delincuente; las penas eliminatorias junto a las resocializadoras; el presidio y la relegación por tiempo indeterminado, y demás mecanismos dirigidos a “...asegurar la máxima defensa contra los individuos peligrosos, permitiendo la máxima rehabilitación de los readaptables a la vida social”³⁷.

En particular, en lo que se refiere a la filosofía penal del Código, el Prof. Astúa Aguilar se expresa en su exposición de motivos de 1910 de la manera siguiente: “...el magisterio penal ha de consistir en un tratamiento del reo que le separe del medio social para evitar su peligro, y le someta a una disciplina de educación y de trabajo corporal capaz de cambiar sus estímulos de conciencia, su criterio del bien, sus perspectivas para el porvenir, y es innegable que el único tipo de pena dentro del cual esa teoría puede cumplirse, es la privación de la libertad, cuyas formas constituyen la eficiencia de cada legislación, puesto que la multa y las simples interdicciones de lugar o de derechos cumplen un papel secundario.”³⁸

Aunque el autor no nos ilustra suficientemente, en su extensa exposición de motivos, acerca de los códigos extranjeros que le sirvieron de guía en su trabajo, es fácilmente comprobable que la parte especial del Código de Astúa tuvo como modelo, para su segunda promulgación de 1924, la del Código Penal argentino de 1921, también de orientación moderadamente político-criminal (la cual, como veremos, siguió siendo punto de referencia de nuestros Códigos Penales, hasta la fecha).

En lo que atañe a su puesta en práctica, tenemos que decir que ya en el mismo año de su segunda promulgación el entonces Ministro de Justicia don José

36 Imprinta Nacional, San José, 1934; pág. 27/

37 Obra citada, pág. 25.

38 Proyecto de Código Penal. Imprinta Nacional, San José, 1910; pág. LXVII.

Rafael Argüello de Vars decía en su Memoria correspondiente a 1924 lo siguiente: "...No pretendo poner en duda la gran preparación y talento del Licenciado don José Astúa Aguilar, autor del Código Penal en vigencia desde el 1 de julio de 1924, ni me atrevería a decir que no es bueno; pero sí puedo, y sobre todo, sí debo manifestar que su aplicación actualmente es casi imposible, puesto que el Poder Ejecutivo, que es el llamado a velar porque las penas en dicho Código marcadas se ejecuten, no está en condiciones de poder darles estricto cumplimiento; veámoslo si no: no contamos en Costa Rica para purgar las penas más que con dos establecimientos penales: una mala Cárcel Pública de varones, impropia llamada Penitenciaría, y un peor presidio, el de San Lucas; ¿cómo es posible, pues, con tan escasos y deficientes medios correccionales, aplicar debidamente las múltiples y variadas puniciones figuradas en el Código Penal del Licenciado Astúa?"³⁹

5. EL CODIGO PENAL DE 1941 ACENTUA EL ECLECTICISMO POLITICO-CRIMINAL

La situación económica y social al iniciarse la década de los cuarenta es descrita de la siguiente manera: "...El temprano financiamiento inglés permitió consolidar una base nacional de acumulación de capital en la agricultura y procesamiento de café para el mercado internacional, lo que obligó a la burguesía nacional, desde su misma formación como clase, al capital extranjero(sic). Alrededor de esas actividades productivas se desarrollan las del comercio importador, las del capital bancario y en grado mucho menor las industriales."

"...Con el inicio de la Segunda Guerra Mundial en 1939, las contradicciones de la sociedad costarricense, que habían aflorado con particular ímpetu en los años treinta, se agudizaron, obligando al gobierno de Calderón Guardia a adoptar la posición de aparente mediador en el conflicto entre las fracciones de la clase dominante y entre

ésta y las clases subalternas. Mediación aparente porque el gobierno seguía representando los intereses de la burguesía y, por lo tanto, la mayoría de las modificaciones introducidas en los aparatos del Estado en esos años iban dirigidas a apuntar la posición de esta clase social."⁴⁰

En ese contexto surge la iniciativa de renovar la legislación penal del país. Al efecto, una comisión de Magistrados de la Corte Suprema, formada por don José María Vargas, de la Sala de Casación, don Octavio Moya, de la Sala Penal, y don Enrique Guier, de la Sala Civil, es la encargada de elaborar los proyectos que se convertirán en el Código Penal (438 artículos) y en el Código de Policía (176 artículos) promulgados en 1941, durante la presidencia del ya mencionado Dr. Calderón Guardia (en lo más crudo de la Segunda Guerra Mundial). Pero es sabido que la redacción de los proyectos estuvo, en realidad, en manos de uno sólo de los miembros de la Comisión, el Lic. Enrique Guier Sáenz.

Esta comisión declara haber tenido en consideración, en la redacción del Código Penal, las opiniones y sugerencias de numerosos abogados y jueces, y "...apartándose de toda tendencia de escuela, ha procurado dentro de un criterio mixto elaborar un texto compatible con la idiosincrasia nacional, acomodando a las condiciones de Costa Rica los principios generalmente admitidos por la doctrina y por la legislación penal moderna, y se inspiró muy en especial en los nuevos códigos de algunas de las repúblicas hispanoamericanas, por la similitud que guardan con nuestro medio y costumbres."⁴¹ Entonces, a lo que parece, sus modelos son básicamente dos: El Código Penal chileno (y, por consiguiente, el Código Penal español de 1850) para la estructura de la parte general; y el Código Penal argentino de 1921 para la parte especial. Pero hay que agregar de inmediato que la orientación filosófica y política del Código es, como bien dice Jiménez de Asúa⁴² "... francamente político-criminal, y hasta que conserva un leve dejo positivista...", que se manifiesta, en general, en un régimen francamente imprudente de aplicación de

39 Memoria de Relaciones Exteriores, Gracia y Justicia presentada al Congreso Constitucional; San José, 1924.

40 Manuel Rojas: Lucha social y guerra civil en Costa Rica; San José, 1989; págs. 43 y 46. Confr. además, Carlos Calvo: Costa Rica en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945); Euned, San José, 1985.

41 Nota de la Comisión de fecha 22 de febrero de 1940 dirigida al Secretario de Justicia.

42 Tratado de Derecho Penal; Losada, Buenos Aires, 1977; Tomo I, pág. 1362.

penas y medidas; como ocurre, entre otros ejemplos, en la posibilidad de retener al condenado, por mala conducta, resistencia al trabajo o graves faltas de disciplina (signos visibles de su resistencia a la enmienda), por un plazo de hasta un cuarto de tiempo de la pena impuesta (artículo 101); y en institutos como el de la duración indefinida, como regla general, de todas y cualesquiera de las medidas de seguridad previstas (artículos 105, 107 y 109).

También este Código, al igual que el anterior, ofrece el inconveniente de arbitrar una serie de medidas que requerían un aparato institucional entonces inexistente, y cuya creación futura no era previsible, dadas las condiciones económicas y las posibilidades tecnológicas y educativas del país durante la referida conflagración mundial. Era, pues, ilusorio prever mecanismos como la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, sin posibilidades económicas de crear la infraestructura administrativa que ambos conllevan; y lo mismo cabe decir respecto a las medidas de seguridad de libertad vigilada, o de prohibición de concurrir a determinados lugares, etc., que suponen la existencia de personal especializado con el que no contábamos entonces (ni un ahora, cincuenta años después).

6. LA MAREA DEFENSISTA: LA LEY DE DEFENSA SOCIAL DE 1954 Y EL PROYECTO DE CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE 1960

6.1. La Ley de Defensa Social de 1954

Aunque ya había un considerable grado de defensionismo a partir del Código del 24, la marea “defensista” irrumpe con gran fuerza en Costa Rica en los años de la Guerra de Corea, en lo más crudo de la Guerra Fría, aparentemente como el resultado de un esfuerzo de los empresarios nacionales por aportar una solución al problema de la delincuencia. Se trataba de la “Gran Comisión de Cámaras para el Estudio de la Delincuencia”, que agrupaba prácticamente todo el sector empresarial del país, la cual dio a luz en 1953 un Proyecto de Ley de Defensa Social que se convirtió en Ley de la República al año siguiente. Pero todo esto debe

matizarse con otros datos que hoy día están disponibles gracias a la distancia temporal y a la perspectiva de conjunto que ésta permite. Porque, en realidad, todo parece indicar que no se trataba de una iniciativa nacional sino de una preocupación “continental” (y ya sabemos quiénes hablan a nombre del Continente) frente a la posible amenaza comunista de ese período; preocupación que tomaba la forma de un proyecto que, bajo el manto de la defensa social, permitiría a ciertos órganos estatales un control virtualmente ilimitado sobre los ciudadanos; y que, lógicamente, no se limitó a Costa Rica, sino que apareció “casualmente” en muchos otros países de Latinoamérica.

Se trata de un texto bastante corto: 21 artículos en total, de contenido predominantemente orgánico, en el que abundan las atribuciones a favor de los órganos de defensa social de potestades amplísimas. La Ley prevé la constitución de un ente llamado Departamento Nacional de Defensa Social, adscrito al Ministerio de Justicia y dirigido por un Consejo Superior de Defensa Social. Como órganos asesores del Consejo están la Dirección General de Defensa Social y el Instituto Nacional de Criminología, este último con funciones de asesoramiento, investigación, capacitación (mediante la Escuela Penitenciaria) y divulgación.

Don Luis Jiménez de Asúa, que analizó la referida Ley de 1954, se sorprende de que no se parezca en nada a otras de igual nombre aparecidas años antes en otros países (Bélgica, Alemania, España), y observa: “...En el texto costarricense, como ahora se dirá, hay una deformación de contenido que está muy lejos de parecernos loable”. Más adelante comenta: “...Ese Departamento (Nacional de Defensa Social) y ese Consejo Superior de Defensa Social intervienen en todo: desde la etiología del crimen y su consiguiente profilaxis, hasta la organización de las prisiones, pasando por las medidas tutelares y de seguridad”; y concluye:

“En estas horas turbias, en que so capa de defender la libertad se la niega, esa confusión entre los medios de combatir el estado peligroso sin delito y la represión de los más grandes crímenes nos parece inadmisibile...”⁴³

6.2 Los proyectos de reforma del sistema penal de 1960. El proyectado Código de Defensa Social

Alrededor de 1960 se prepararon y presentaron a la Asamblea Legislativa sendos proyectos de ley de Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código de Policía y Código de Defensa Social. Aunque aparecían como una iniciativa del entonces Ministro de Gobernación Licenciado Joaquín Vargas Gené, lo cierto es que constituían una nueva manifestación de aquella misma iniciativa “defensista” que se había plasmado en la Ley de 1954. El autor de ese vasto proyecto fue el Lic. Héctor Beeche, jurista militante del movimiento por la Defensa Social y muy ligado intelectualmente al pensamiento de Marc Ancel, Severin Carlos Versele y el Instituto Interamericano de Defensa Social.

De los cuatro proyectos, el verdaderamente importante e innovador era el Código de Defensa Social. Los otros, como oportunamente lo observara don Luis Jiménez de Asúa⁴⁴ fueron sometidos únicamente a las reformas necesarias para propiciar la emergencia de aquél.

En el Código de Defensa Social que se proyectaba se encuentran las ideas más audaces (y peligrosas) de esa tendencia: se varía el concepto de la pena como castigo, para dar entrada a la institución de la pena como “terapia”; se abandona el principio “de que no hay pena sin la comisión de un acto previamente sancionado por la ley...” (**nullum crimen sine previa lege**); se establece “una serie de medidas preventivas y de defensa social frente a las personas que, sin haber llegado a cometer un hecho delictivo, constituyen un peligro y una amenaza permanente contra la sociedad en que viven...”; y se incorpora toda la normativa sobre los menores transgresores⁴⁵. En suma, se trataba de un ambicioso y voluminoso proyecto (más de 600 artículos) destinado a ejercer una notable cuanto ominosa e

impredecible influencia dentro del sistema penal costarricense. Pero afortunadamente no llegó a aprobarse en la Asamblea Legislativa, de modo que la Ley de 1954 incomparablemente menos amplia y agresiva, ha mantenido, con algunas modificaciones⁴⁶, su vigencia hasta ahora.

7. EL CODIGO PENAL VIGENTE (1970)

7.1 Generalidades

El Código Penal vigente fue enteramente (o casi) diseñado por el Dr. Guillermo Padilla Castro, Catedrático por muchos años de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y miembro de la Comisión para la discusión de un Código Penal Tipo para Latinoamérica. El mismo manifiesta en su exposición de motivos, que su trabajo fue una adaptación de dos fuentes: el citado Código Penal Tipo para Latinoamérica, en lo que se refiere a la Parte General, y el Proyecto de Código Penal para Guatemala que había elaborado don Sebastián Soler en 1960, en lo que se refiere a la Parte Especial⁴⁷

De esta manera habría continuado el Dr. Padilla la práctica consistente en una especie de “centaurismo legislativo” que ya era tradicional en el país en materia penal (pues había empezado con el Proyecto de Astúa Aguilar), y que consistía en ensamblar las dos partes del Código, general y especial, con modelos provenientes de dos textos (códigos o proyectos) distintos. ¿Fue ésta una solución correcta de nuestros proyectistas? En principio no me parece una práctica aconsejable, a menos que ambos modelos presenten una sustancial coherencia en cuanto a las concepciones filosóficas y jurídico-penales que los inspiraron. En el caso del Código de 1924 se podría pensar que esa coherencia existía en principio,

44 Obra y lugar citados, pág. 1365.

45 Exposición de Motivos del Proyecto, en el Alcance No. 41 a la Gaceta (Diario Oficial) del 1 de junio de 1960.

46 Confr. Ley No. 4762 de 30 de abril de 1971, que crea la Dirección General de Adaptación Social.

47 Exposición de motivos de Código Penal, edición del Colegio de Abogados, San José, 1972.

puesto que ambas partes presentan una fuerte inspiración político-criminal: la cosa no está tan clara en el Código de 1941, el cual, sin embargo, todavía puede reconducirse a aquella misma orientación.

Pero, ¿qué decir del código Penal de 1970, con dos paternidades que parecen tan heterogéneas? El proyectista, Doctor Padilla Castro, no aborda específicamente este tema en su exposición de motivos, de manera que no contamos con una explicación acerca de los criterios que lo guiaron para hacer una combinación. Se nos ocurre pensar, en vista de que en ambas fuentes está, notoriamente, presente la influencia de la doctrina alemana (y en particular la que cristaliza en el Proyecto Alemán de Código Penal de 1962, cuya parte general ya conocía Soler desde 1958, que fue ésta la circunstancia que decidió al Dr. Padilla a plantear la solución de comentario.

Sin embargo, como lo podremos apreciar más adelante (cuando hagamos una brevísima exposición de las bases político-criminales del Código que consideramos más apropiadas para caracterizarlo) en algunas materias nuestro proyectista se separó notablemente de su modelo para la parte general, es decir, del Código Tipo Latinoamericano, y buscó soluciones diferentes, incluyendo el propio Proyecto Soler de 1960, que también tiene una fuerte presencia en esa parte del texto. Lamentablemente esas soluciones diferentes significaron casi siempre un endurecimiento de las normas en comparación con las del Código Tipo.

Empezamos con una referencia a la estructura del Código, para hacer notar que, a diferencia de su homólogo de 1941, que había excluido la materia de contravenciones (la cual formaba, como antes vimos, un Código de Policía independiente del Penal), el que ahora comentamos, con un total de 417 artículos, incorpora de nuevo en su seno aquella materia; de manera que su estructura presenta entonces tres libros que tratan, por su orden, de las Disposiciones Generales, de los Delitos y de las Contravenciones.

El orden sistemático de la Parte General sigue más a Soler que al Código Tipo, aunque, como es sabido, la diferencia entre ambos modelos es de mero detalle. En cuanto a los contenidos, podemos decir que nuestro Código del 70 representa una lectura draconiana de ambos modelos. Veamos ahora algunos casos:

- a) Se aparta de la opinión de la mayoría de los redactores del Código Tipo (que se inclinaron por permitir al juez apreciar el carácter genérico o específico de la reincidencia) y establece la agravante de reincidencia genérica (artículo 39);
- b) Desecha la solución del Código Tipo (que prevé la posibilidad judicial de apreciar la índole de la reincidencia para considerarla o no como agravante) imponiendo al juez, en ese caso, el deber de aumentar, hasta poder llegar al límite máximo de veinticinco años (!), la pena fijada por la ley (artículo 78);
- c) A espaldas del Código Tipo y del Proyecto Soler, y contra todos los criterios modernos, equipara la prostitución y el homosexualismo con el alcoholismo y la toxicomanía, para los efectos de imponer medidas de seguridad en ciertos casos (artículo 98, inciso 6*);
- d) Fija en veinticinco años el tiempo máximo de la medida de seguridad de internación (artículo 100), mientras que el Proyecto Soler establecía al efecto doce años (artículo 90).

En cuanto a la Parte Especial, es de observar que, al igual que el Proyecto Soler para Guatemala que le sirvió de modelo (y al igual que otros textos anteriores o contemporáneos de la región), se trata de un Código con una orientación reaccionaria, es decir, dirigido a defender el aparato estatal y sus agentes, así como los intereses de la clase dominante.

Eso se nota, en primer lugar, en la lista de bienes jurídicos protegidos, de los cuales solamente unos pocos, siendo comunes a todas las personas, corresponden también, de una manera real y efectiva, a las clases populares, como ocurre con los delitos contra la vida, algunos delitos de los llamados "sexuales", algunos delitos contra la libertad y otros contra los medios de transporte, así como los delitos contra los derechos humanos.

Todas las figuras restantes se dirigen a proteger bienes jurídicos propios de las clases alta y media-alta, así como a los funcionarios públicos; y supuestos bienes jurídicos referentes a entes abstractos, como el Estado, la Nación, la Justicia, etc.

Naturalmente que no vamos a encontrar allí la gran variedad de los actos mediante los cuales los patronos persiguen a los trabajadores sindicalizados, les impiden sindicalizarse o los amenazan para que no lo hagan, y sabotean las organizaciones sindicales; ni vamos a encontrar los actos de los empresarios que contaminan el agua, el aire, las reservas forestales; ni, en general, la variadísima gama de los llamados “delitos de cuello blanco”.

Pero sí encontramos varias figuras novedosas: la mera instigación a cometer un delito contra la tranquilidad pública (artículo 271); la intimidación pública (artículo 273), la apología del delito (artículo 274), los cuales, junto con la asociación ilícita, forman el nuevo grupo de delitos (de peligro abstracto, de opinión, etc.) que atentarían “contra la tranquilidad pública”; y por último la figura de la incitación al abandono colectivo de funciones públicas (artículo 334).

No es difícil adivinar cuál tranquilidad es la que se quiere proteger con el grupo de delitos del Título X del Libro II. Y en cuanto a la figura del artículo 334, no es casual que surja en los momentos en que arrecia en nuestros países la lucha de los sindicatos de empleados públicos por las reivindicaciones de sus afiliados y por la racionalidad del manejo de los recursos nacionales, en un contexto general de ascenso de los movimientos populares en toda la región.

En efecto, si por un lado Centroamérica vive en esos años la ilusión del desarrollo económico por la vía de la llamada “Alianza para el Progreso” y de la integración regional, por el otro la clase trabajadora se moviliza y se hace presente a fin de que el esperado crecimiento de las economías no se realice a su costa, sino que le sea justamente asignada una cuota razonable del producto obtenido⁴⁸.

El Código Penal vigente ha cumplido, entonces, su papel de instrumento de represión del movimiento popular y sindical. Claro que no es el único, ni se le

puede achacar el proceso de disolución que han experimentado los sindicatos en Costa Rica en la última década, y su reemplazo por parte de las llamadas “asociaciones solidaristas”, favorecidas por los capitalistas y los gobiernos. Pero es innegable la influencia disuasiva e intimidatoria de las numerosas condenas sufridas por sindicalistas, particularmente en el sector público, por aplicación del tipo penal del artículo 334; y la influencia negativa derivada de no existir en el Código normas que permitan a los sindicalistas defenderse contra la persecución sindical, que hoy día la clase patronal realiza a cara descubierta.

7.2 Bases político-criminales

Empezaremos citando *in extenso* al Prof. Guillermo Padilla Castro en su Exposición de Motivos, acerca de la filosofía que inspiró el Código Penal de 1970. Dice el Dr. Padilla:

“...Las corrientes modernas del Derecho Penal se han alejado definitivamente de la concepción materialista de la escuela positiva cuyo único mérito sigue siendo el de haber enseñado el hombre a la justicia, según la afortunada frase de Vam Hamel. El criminal nato de Lombroso, así como la influencia fatal del medio en la formación del delincuente que propició Ferri, son ideas definitivamente superadas. VAMOS HACIA UNA MODERNA CONCEPCION DEFENSISTA DE LA SOCIEDAD frente a quienes delinquen, pero con una finalidad justa, dándoles oportunidad de reivindicarse, de reincorporarse al medio social, libres de taras y listos para colaborar en la tarea común que todos perseguimos de buscar nuestra felicidad. ¿Cómo?, sustituyendo la pena retributiva con el tratamiento del infractor y propiciando erradicar el delito por medio de su prevención, tal y como lo prohija la Organización de las Naciones Unidas en su Sección de Defensa Social.”

“Pretendemos concretar la filosofía de la nueva tendencia en postulados fáciles de resumir: LA MISION

48 Sobre este período véase, en general: Eduardo Lizano: La integración económica centroamericana; Fondo de Cultura, México, 1975; Edelberto Torres-Rivas: Interpretación del desarrollo social centroamericano; Educa, San José, 1977; págs. 241 y sigtes.; Reinaldo Carcanholo: Desarrollo del capitalismo en Costa Rica; Educa, San José, 1981; págs. 101 y sigtes.; Jorge Rovira: Estado y política económica en Costa Rica, 1948 - 1970; Porvenir, San José, 1988; págs. 177 y sigtes.

DEL DERECHO PENAL NO CONSISTE SIMPLEMENTE EN FIJAR DELITOS Y APLICAR SANCIONES; FUNDAMENTALMENTE DEBE PROTEGERSE A LA SOCIEDAD; ello sólo puede conseguirse con la aplicación de medidas que tiendan a segregar al delincuente peligroso por el tiempo que sea necesario y a reincorporar al medio social al que no lo es; para unos y otros aplicar un tratamiento adecuado que haga posible esa finalidad. Considerar como imprescindible la obligación del Estado de procurar la prevención del delito, creando un medio social sano se evitan en gran parte las condiciones propicias para su frecuencia. Es preferible dar trabajo, habitación y seguridad al proletariado urbano y rural, en donde se reclutan la mayor parte de los infractores, que construir cárceles. Es mejor responsabilizar a los padres que abandonan a sus hijos que recoger a éstos porque deambulan en las calles y multiplicar las instituciones asistenciales que puedan abrigoarlos. La nueva misión del Derecho Penal consiste también en hacer que el hombre encuentre de nuevo su dignidad perdida, que no sea un ser marginado sino útil y sano, capaz de contribuir con su esfuerzo al bien común.

En consecuencia, debe humanizarse sin que se confunda ese propósito con la posición sentimental que ve en todo infractor a una víctima de la sociedad, y que rechazamos, ya que el hombre es, de acuerdo con la feliz expresión de Amado Nervo, el arquitecto de su propio universo. Si ha violado las reglas de la convivencia, es obligación de quien redacta la ley hacer que ella sea un instrumento para que reconstruya su vida. El ser humano no es deleznable tornillo de una monstruosa maquinaria que se sirve de él, como lo conciben los regímenes totalitarios, sino alguien a quien deben brindársele todas las posibilidades de mejoramiento. TAL ES LA POSICION DEL CRISTIANISMO. A la par que perdona, busca anhelosamente la enmienda del pecador, pone al descubierto sus flaquezas y le muestra el camino recto que ha de seguir, que no es fácil sino áspero y duro. ESA DEBE SER TAMBIEN LA MISION DE LA LEY: EMPLEAR CUANTO MEDIO SEA POSIBLE NO SOLO PARA ALIVIAR LAS CONDICIONES

SOCIALES SINO LAS DEL HOMBRE MISMO. Empleando recursos espirituales, educativos, científicos. Enseñándole, levantándole el alma, curando sus complejos. Ya los males anímicos pueden ser tratados al igual que los del cuerpo; la psicología profunda penetra en lo más recóndito del ser y hace posible que quien ha violado la ley sepa por qué lo hizo y se corrija. ALGUN DIA LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO SERAN VERDADEROS SANATORIOS DE ALMAS.

“La tendencia de nuestro Proyecto es la de establecer con claridad las distintas figuras penales, partiendo del principio de tipicidad, en forma que sea una garantía para el ciudadano, al no admitir una eventual confusión entre hechos punibles y los que no lo son. Pero una vez tipificado el delito y su respectiva sanción, DEJAMOS AL JUEZ SUFICIENTE AMPLITUD PARA DETERMINARLA, DANDOLE MARGENES SUFICIENTES DENTRO DE LOS CUALES APLIQUE LA QUE PAREZCA MAS APROPIADA Y TOMANDO EN CUENTA ELEMENTOS AMPLIOS DE APRECIACION.”⁴⁹ (Las mayúsculas no son del original).

Creo que los párrafos transcritos nos permiten apreciar en buena medida cuáles son las bases político-criminales del Código Penal vigente, al menos en el pensamiento de su redactor: el cual, como se ve, se confiesa seguidor de la defensa social (o mejor, de la “Nueva Defensa Social” de Marc Ancel, según él mismo lo decía); pero de hecho se remite en gran medida a los lineamientos tradicionales de la tendencia “político-criminal” de Liszt.

Y en efecto, para limitarnos a lo esencial, podemos apreciar todo el eclecticismo y el pragmatismo del Código en cuanto admite a la vez la imputabilidad y los estados peligrosos; la individualización de la pena de prisión junto a la impersonalidad de la pena de multa (en el sistema de “días-multa”); las penas y las medidas de seguridad, concediendo, en cuanto a las primeras, amplias facultades al juez para fijar la que corresponde al caso; y previendo, en cuanto a las segundas, tres clases:

Las medidas de seguridad curativas (de duración indeterminada) para sujetos inimputables o de imputabilidad disminuida;

Las medidas de internación (hasta de 25 años) para delincuentes habituales o profesionales;

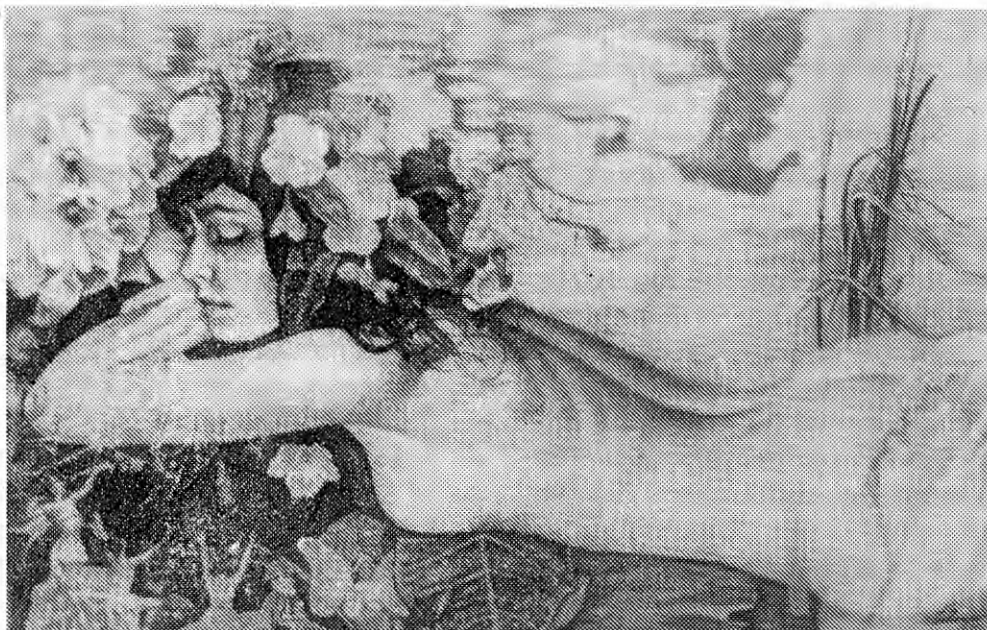
Y las medidas de vigilancia (hasta de 10 años) en otros casos en los cuales, según el Instituto de Criminología, se aprecie la posibilidad de reincidencia (artículos 97 a 102 del Código Penal).

Con ello introduce una indudable mejora con respecto del régimen existente en el Código de 1941, que, como vimos, preveía en su artículo 10-5, como regla general, la duración indeterminada de todas las medidas de seguridad, cediendo con ello al desenfreno defensista de la época, que mal se compadecía con la proclamada

intención de los autores del proyecto de "elaborar un texto compatible con la idiosincrasia nacional".

Siempre en lo que atañe a las medidas de seguridad, el Código confiere un lugar destacado a las instancias administrativas nacidas de la vieja Ley de Defensa Social de 1971, pues coloca junto al juez de la causa a un órgano dependiente del Ministerio de Justicia: el Instituto de Criminología, competente para informar al tribunal acerca de la personalidad (peligrosa o no, propensa o no a cometer delitos) del imputado o del condenado, según sea el caso; y este informe sería condición ineludible para que el juez imponga la medida de seguridad (artículo 97 citado).

En conclusión, tenemos un Código Penal que sigue respondiendo básicamente, como sus antecesores de 1924 y de 1941, a la dirección político-criminal de Liszt, Van Hamel y Prins.



Titania. Autor: Carlos Salazar.

LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS DE UNA CRISIS ANUNCIADA

*Alfredo Chirino Sánchez
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.*

a. Introducción

El presente trabajo pretende analizar un problema que tiene un desarrollo muy amplio en la discusión jurídica en la República Federal de Alemania cual es, precisamente, el del equilibrio desde el punto de vista constitucional entre el interés del Estado en la investigación de los delitos y el derecho fundamental de los ciudadanos a controlar quién, cuándo, y ante cuáles circunstancias toma contacto con sus datos personales. Este tema es de una indudable importancia, si se toma en cuenta que el proceso penal moderno se caracteriza también por un uso amplio de diversas herramientas tecnológicas provenientes de la informática y de la tecnología de las comunicaciones, que permiten un mejoramiento ostensible de la investigación criminal pero al mismo tiempo significan un tremendo riesgo para el ciudadano, sobre todo para aquellos sobre los cuales no pesa ninguna sospecha de haber cometido delito.

No se pretende aquí hacer un análisis minucioso de los diversos instrumentos técnicos desarrollados para la investigación criminal, ni tampoco de todos los argumentos de orden constitucional y legal que han sido esgrimidos en pro y en contra de la limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos; en primer lugar, porque no contamos con suficiente espacio para ello, como porque este análisis supone un estudio detallado de la dogmática de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Ley Fundamental de Bonn, estudio que rebasa los objetivos de la presente investigación. Sin embargo, intentaremos hacer un esbozo de esta discusión, trataremos de extraer algunas líneas generales de las tendencias político-jurídicas que pueden también tener alguna incidencia para el desarrollo legislativo en Costa Rica, y de la mano de este análisis

extraer consecuencias de acuerdo a los últimos desarrollos legislativos y constitucionales en nuestro país.

Hemos puesto un especial interés en el Proyecto del Diputado Constantino Urcuyo para reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional con el fin de introducir el recurso de *habeas data* en Costa Rica, un proyecto que tiene una importancia enorme en la evolución del Estado de Derecho en Costa Rica, y también para definir las características que eventualmente tendría el proceso penal costarricense, desde la perspectiva del procesamiento electrónico de datos dentro de la investigación criminal.

Las conclusiones de este trabajo son totalmente preliminares y se concentran en alertar de los peligros y de las tendencias. Aún haría falta una reflexión profunda acerca de las implicaciones del problema aquí expuesto desde la perspectiva de las prohibiciones probatorias, sobre todo en el contexto de la amplia jurisprudencia penal y constitucional sobre este tema, una investigación que tendremos que realizar en el futuro.

b. Las Tecnologías de la Información y la Investigación Criminal

El rápido desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones ha producido también cambios en el proceso penal. Estos cambios son tanto cualitativos como cuantitativos. Cualitativos en la medida en que significan nuevos medios de investigación, más sutiles, más incruentos, más seductores, y en cuanto significan una dimensión nueva y particularmente peligrosa de lesión a los derechos fundamentales. En lo cuantitativo significan una mayor cantidad de herramientas en manos de las autoridades de

la instrucción para efectos de realizar sus actividades. Estas herramientas van desde la observación de personas por periodos largos o cortos (incluso por medios audiovisuales) y el uso de agentes provocadores; pasando por la escucha de las conversaciones de los ciudadanos en vehículos y habitaciones, hasta el uso extensivo de medios de la tecnología de la información para comparar y escrutar datos personales.

Esta tendencia hacia la utilización de estas “nuevas” herramientas de control y vigilancia es particularmente clara en el desarrollo actual en el proceso penal en los países europeos, muy especialmente en la República Federal de Alemania, donde la discusión en torno a las problemas constitucionales y legales de este “nuevo estilo” de la investigación es más profunda¹.

En América Latina no ha habido hasta el momento una regulación del uso de estas nuevas tecnologías en el proceso penal, como tampoco ha habido una reflexión sobre sus posibles problemas de orden constitucional². De igual manera no hay investigaciones que permitan aquilatar el grado de desarrollo y de utilización de equipos de cómputo y de conexiones telemáticas en una investigación criminal. Sólo se tienen datos aislados de los esfuerzos de algunos poderes judiciales de la región por incorporar sistemas de cómputo para el manejo de incipientes proyectos de informática jurídica documental y de gestión, y no existen datos sobre el poder informático en manos de la policía y del ministerio público. Cabe suponer que los avances en esta materia tarde o temprano serán utilizados ampliamente por el sistema de justicia penal, lo que generará, sin duda, la necesidad de reflexionar sobre el papel del proceso penal en una justicia penal que vela por un bien jurídico

“novedoso” como lo es la “funcionalidad” o la “eficiencia” de la administración de justicia penal.

c. La Funcionalidad de la Administración de Justicia y los Retos del Estado de Derecho en la “Guerra” Frente a la Criminalidad

No hace mucho se ha afirmado en nuestro país, pero también en América Latina y en Europa, que los Estados están enfrascados en una guerra contra la “criminalidad”, una guerra sin cuartel, en donde la bandera de un proceso penal “eficiente” ondea con la fuerza de uno de esos bienes jurídicos intangibles y misteriosos, de los cuales nadie sabe de dónde vienen y de dónde se sustentan, pero que se sabe que pueden producir un cambio radical en el equilibrio entre las garantías individuales y las facultades del Estado al investigar los delitos, en todo caso a favor de estas últimas. Se trata de la llamada “funcionalidad de la administración de la justicia penal”, concepto que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su jurisprudencia de inicios de los años ochenta, y que hoy incluso lleva a replantear una serie de derechos y garantías fundamentales del acusado en el proceso, los cuales se hacen ceder con el fin de justificar una tarea del Estado, que más bien tiene el valor de una carta en blanco en favor del sistema de justicia penal³.

La “funcionalidad de la administración de justicia penal” pertenece a ese grupo, cada vez más amplio, de bienes jurídicos sin contenido, que pueden ser llenados por vía de interpretación, y que tienen un papel importante a la hora de determinar el equilibrio entre los intereses

1 Cfr. por ejemplo la obra conjunta sobre el tema, la cual recoge las discusiones del Quinto Foro de Wiesbaden sobre Protección de Datos, Hamm, Rainer y Möller, Klaus Peter (Hrsg.), *Strafrecht und Datenschutz - ein Widerspruch in sich?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.

2 Los proyectos de investigación desarrollados en América Central y el Caribe, dentro del marco del Proyecto de Mejoramiento de la Administración de Justicia Penal financiado por la AID en la década de los ochenta, no contienen datos sobre estos temas, aunque permiten suponer que para esta fecha, y dentro del marco de ese mismo proyecto regional, hubo ayudas económicas para el sistema de justicia penal, y en concreto para la eventual informatización de algunas áreas clave. La situación de Costa Rica es, en este aspecto, un tanto distinta, toda vez que para la fecha de estos estudios regionales había mucha tecnología informática instalada en el sistema de justicia penal, y no solamente para el manejo administrativo y contable de las agencias, sino también para el desarrollo de proyectos de informática jurídica documental y de gestión. Asimismo, la policía judicial contaba, por lo menos para finales de la década de los ochenta, con un archivo criminal parcialmente computarizado que servía de apoyo para investigaciones criminales. También el CICAD y otros organismos cuentan con bases de datos en diversos estado de desarrollo, y que están en capacidad para usar los datos ahí incluidos para efectos de las investigaciones en curso.

3 Sobre el punto puede ser consultado Hassemer, Winfried *Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege - ein neuer Rechtsbegriff?*, StV (Strafverteidiger, Revista de los Defensores Penales, Rep. Fed. de Alemania) 6/1982, pp. 275 y ss.

del Estado (en este caso de la investigación de los delitos⁴) y los derechos fundamentales del ciudadano. En la forma en que ha sido utilizado este bien jurídico por el Tribunal Constitucional alemán, abre la posibilidad a que en los casos en que exista una posibilidad de limitar las facultades de investigación del Estado en razón de un derecho del acusado, este último se hace ceder a aquellas con el fin de que el interés público de realización de la justicia no se restrinja. Es cierto que hay un interés social importante en que se investiguen los delitos, y esto es en cierto sentido algo que se entiende por sí mismo, pero también es cierto que no existe en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución Política de Costa Rica ninguna norma que establezca a la funcionalidad de la administración de la justicia penal como un bien jurídico con entidad propia, y aun cuando se pretenda derivar la misma del principio del Estado de Derecho⁵, esta misma metodología interpretativa no permite que alguno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que derivan directamente de la dignidad del hombre, puedan verse limitados para garantizar este interés social en la investigación satisfactoria de un delito.

La versión latinoamericana de esta idea del Tribunal Constitucional Federal Alemán la estamos empezando a ver nacer. Tanto en las discusiones en los parlamentos regionales, como en los medios de comunicación, se empieza a observar una preocupación sospechosa por la eficiencia. Se habla de que la guerra contra la criminalidad sólo la podrá ganar el Estado si es eficiente, y para ello resulta necesario confiarle más herramientas y más posibilidades de acción, mayores facultades para escoger lo que persigue y más y mejores recursos para realizar esta tarea. En esta carrera por la

“eficiencia” no se duda en potenciar la necesidad de reducir garantías clásicas en favor del imputado, cuando las mismas resultan sospechosas de reducir la “eficiencia” de la reacción estatal, o cuando un respeto de éstas acarree una disminución de las posibilidades de éxito frente a la criminalidad.

Quizá en una dimensión mucho menor a lo sucedido en Europa, también en América Latina el enfoque de la lucha contra la criminalidad organizada ha llevado en muchos países a reducir el marco de garantías del derecho penal clásico⁶ con la esperanza de que el impacto de la reacción del sistema de justicia penal sea más contundente, sin embargo, tanto las experiencias europeas⁷, como las latinoamericanas, han demostrado que esta respuesta “contundente” no ha reducido el narcotráfico, ni ha podido incidir en las estructuras organizativas de este tipo de criminalidad.

Lo que queda por observarse es si en nuestro medio cultural serán asumidos los mismos discursos legitimadores que han permitido ampliar la utilización de herramientas tecnológicas para la investigación criminal, reduciendo en mayor medida las garantías en favor del acusado e incluso de aquellos ciudadanos sobre los que no pesa sospecha de haber cometido delito⁸. Una asunción de este discurso, llevaría, junto a la crisis evidente del sistema de justicia penal latinoamericano, a una ampliación de los poderes de las agencias represivas y a otorgar más y mejores herramientas que pueden ser utilizadas también para el control y vigilancia de la disidencia ideológica y para la mayor represión sectorial, típica de los sistemas del control penal latinoamericano.

4 Cuya importancia social es evidente.

5 Una explicación sobre estos esfuerzos puede estudiarse en: Limbach, Jutta, Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege im Rechtsstaat. en: Strafrechtigervereinigungen (Edit.), Aktuelles Verfassungsrecht und Strafrechtspflege. Reunión Número 20. de Defensores Penales celebrada en la ciudad de Essen los días 22 al 24 de Marzo de 1996, Colonia, Alemania, Ed. Der Andere Buchladen, 1996, pp. 35 y ss.

6 Sobre la reducción de garantías en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad en la búsqueda de “eficiencia” puede consultarse con más detalles Hassemmer, Winfried, El destino del ciudadano en un derecho penal “eficaz”, en: Revista Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Marzo de 1994, Año 5, No. 8, pp. 3 y ss.

7 Sobre la crisis del modelo de reducción de garantías en la República Federal de Alemania cfr. Albrecht, Peter Alexis, Kriminalpolitik im Präventionstaat. Conferencia para la celebración de los días de Frankfurt de Política Jurídica (Frankfurter Tage der Rechtspolitik), 3 de diciembre de 1996, Manuscrito pendiente de publicación, 1996.

8 Toda vez que los medios de vigilancia y control tecnológico no realizan una discriminación en relación al grado de sospecha, ya que en sus redes de captura de datos se acopian también los datos de testigos, ofendidos o víctimas, personas-contacto, de personas con un contacto casual con el sospechoso, familiares, etc.

En la República Federal de Alemania ha tenido gran importancia en la última década el seguimiento doctrinal, jurisprudencial y legislativo al equilibrio entre la funcionalidad de la administración de la justicia penal y del derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que ahora la lucha contra la criminalidad organizada ha visualizado como una tarea primordial reducir este último derecho a su más mínima expresión, ya que se considera que es un muro y un obstáculo a una “eficiente” lucha contra la criminalidad.

d. El Derecho a la Autodeterminación Informativa

Este derecho fundamental no es ningún nuevo derecho, sino que es la expresión de antiguos derechos como el derecho a la privacidad y al control del Estado, y a controlar que éste no limite los derechos de los ciudadanos de una manera insoportable, derechos que en alguna medida se han venido “contaminando” y reduciendo frente al avance constante y manifiesto de las tecnologías de la información y de la comunicación⁹. Se trata de un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual a su vez es una parte fundamental del concepto moderno de democracia¹⁰.

Este derecho no sólo tiene validez para el almacenamiento de los datos, sino también a todo lo largo del proceso de obtención de la información, de tal manera que la forma de almacenamiento de los datos (manual o electrónica) no tiene un verdadero papel fundamental. Tampoco tiene importancia la clasificación de los diversos tipos de datos ya que no existen datos que por sí mismos carezcan de interés. En un procesamiento de datos que permite la rápida comparación, unión, listado y análisis

de todos los datos posibles de una persona, ya no tendría interés hablar de datos de mayor o menor importancia, o de datos de mayor o menor privacidad, ya que la construcción de perfiles de personalidad se realiza con la ayuda de todos los datos posibles, por lo que el ámbito de protección de este derecho se encuentra fuertemente caracterizado por la índole especial de los intereses en conflicto en el procesamiento de datos, principalmente del interés del ciudadano de tener control sobre quién y en qué forma, con cuáles objetivos y bajo qué circunstancias, tiene acceso a sus datos personales¹¹.

El Tribunal Constitucional Alemán dedujo este derecho a la autodeterminación informativa al establecer una relación directa entre el derecho general a la personalidad y la dignidad del ser humano (artículo 2, párrafo 1 y el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana). Esta línea interpretativa es clara si se entiende que este Tribunal meditó sobre la relación posible entre el control estatal de los datos de los ciudadanos y la posibilidad de una verdadera democracia compuesta por seres humanos que no tienen la posibilidad de autodeterminarse, muy especialmente en el ámbito del área más íntima de sus vidas¹².

Es indudable que una cataloguización de los ciudadanos también era posible por medios manuales no electrónicos, sin embargo tal posibilidad no era viable sin una utilización masiva de recursos humanos, materiales y de tiempo. Con el procesamiento electrónico de datos tal meta es alcanzable con una precisión extraordinaria y sin un empleo ingente de recursos.

El riesgo de la construcción de perfiles de personalidad, a través de los cuales es posible catalogar a los ciudadanos y a los grupos sociales, y tomar medidas

9 Hassemer, Winfried, *Datenschutz und Datenverarbeitung Heute*, Wiesbaden, 1995, pp. 10-11.

10 Sobre la determinación de este derecho en la doctrina española con un panorama de la L.O.R.T.A.D. cfr. González Murua, Ana Rosa, *Algunas Reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales*, en: *Informática y Derecho*, Mérida, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), No. 6-7, 1994, pp. 242 ss.

11 Cfr. Bull, *Vom Datenschutz zum Informationsrecht - Hoffnungen und Enttäuschungen*, en: Hohmann (edit.), *Freiheitsicherung durch Datenschutz*, 1987, pp. 180 ff.

12 El Tribunal Constitucional Alemán entiende “...que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación un orden social y un orden jurídico... en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él... Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, por la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos.” BVerfGE 65, 1 ss, citada por: Pérez Luño, *Los Derechos*, en: Losano/Pérez Luño/Guerrero Mateus, *Libertad Informática*, op. cit., p. 140.

de prevención social así como otras medidas de control está en la base misma de la reflexión del tribunal. Cuando éste afirma que no existen ya más datos sin interés, se está refiriendo al hecho de que para la construcción de perfiles de los ciudadanos cualquier detalle, característica, circunstancia o evento en su vida, que de cualquier otra manera pasaría desapercibido, es de una importancia decisiva para los fines del control estatal¹³. Estas personas, así catalogadas, verían reducidas totalmente sus posibilidades de cumplir un papel social activo, ya que de muchas maneras se les negaría un amplio acceso a los medios sociales, ya sea porque se les ha catalogado como “grupos de riesgo”¹⁴, “asociales”, “peligrosos”, como “sospechosos”, como “políticamente inconvenientes”, como “enfermos”, como “delincuentes” o bien como “deudores que no honran sus deudas” o incluso como “intelectuales comprometidos”. El valor de este catálogo de características o de papeles sociales tiene sentido en el contexto de una política estatal, y esto no es en forma alguna una invención de un sueño descomunal y trágico perteneciente a una novela de fantasía, sino la trágica realidad a la que se enfrentan muchos ciudadanos en muchos lugares del mundo, en donde existen regímenes de carácter autoritario.

El Tribunal Constitucional Federal alemán observó este peligro y declaró que en los casos donde los individuos estén totalmente subordinados a la colectividad y sometidos a ella, de tal manera que sus derechos individuales queden prácticamente sin ningún vigor o validez, nos encontramos en presencia de un sometimiento de carácter inconstitucional.

Se configura de esta manera el “derecho a la autodeterminación informativa” como un derecho que pretende enfrentar el problema de “contaminación”¹⁵ a la que se enfrentan muchas libertades individuales consignadas en las Constituciones Políticas producto de los efectos provenientes de las nuevas tecnologías. Como un derecho fundamental de tercera generación es un derecho que tiene un valor de solidaridad, alcanzable por tanto a partir de un esfuerzo conjunto de la sociedad¹⁶. En cuanto a su carácter de “derecho fundamental” hay una discusión todavía presente en el ámbito doctrinario alemán, que apenas ha cedido paso al análisis de los problemas que enfrenta el “Datenschutz” en relación con el desarrollo acelerado e inagotable de la tecnología de la información, que casi ha dejado atrás muchos de los principios y formas de garantía consignados en las legislaciones sobre la materia¹⁷. Sin embargo, y a pesar de que la discusión doctrinal se mantiene, el mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha referido a él en una de sus más recientes sentencias como al “derecho fundamental a la autodeterminación informativa”¹⁸. De igual manera, el Prof. Spiros Simitis, quien fuera Comisionado de la Protección de Datos del Estado de Hesse, y un crítico de su aceptación como derecho fundamental, ante la posibilidad de que se “patrimonializara” su protección y su interpretación, en un artículo reciente propuso su incorporación constitucional¹⁹ como ya lo hicieran en Europa: España y Portugal, y en América Latina: Brasil, Colombia y algunas Constituciones provinciales en Argentina.

Un área interesante de preocupación para el

13 El ejemplo de las actas de la policía secreta de la antigua Alemania Oriental (“Stasi”) es suficientemente elocuente para demostrar esto.

14 Weichert, Thilo; *Informationelle Selbstbestimmung und Strafrechtliche Ermittlung*, Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1990, pp. 106-107.

15 El término “liberties pollution” fue acuñado por la teoría social anglosajona, cfr. al respecto Pérez Luño, *Los Derechos*, en: Losano/Pérez Luño/Guerrero Mateus, *Libertad Informática*, op. cit., p. 144.

16 Ibid.

17 Al respecto, Simitis, Spiros en el resumen de su ponencia al Foro “25 Años de Protección de Datos. Inventario y Perspectiva”, celebrado en la ciudad de Wiesbaden, en el Estado de Hesse en 1995, bajo el título “Das scheinbar private ist längst öffentlich. Der Irrtum, technische Grenzen für unüberwindbare strukturelle Barrieren zu halten, gefährdet den Datenschutz”, en el periódico *Frankfurter Rundschau*, del día lunes 19 de junio de 1995, p. 9.

18 BVerfG NJW 1991, 2132.

19 Con una toma de posición positiva sobre la incorporación de la “autodeterminación informativa” como un derecho fundamental, con una crítica interesante a la tesis de Simitis cfr. Pérez Luño, *Los Derechos*, en: Losano/Pérez Luño/Guerrero Mateus, *Libertad Informática*, op. cit., p. 157.

derecho a la protección de datos la constituye, evidentemente, el proceso penal. Es en esta zona donde se pueden detectar, en los últimos años, una creciente cantidad de cambios conducentes a una reducción de las posibilidades de control del ciudadano de los datos que pueden ser obtenidos y procesados por las autoridades de la investigación criminal. No se trata, como en otras épocas, de una mayor rudeza y crueldad en los métodos utilizados para la obtención de la “verdad real”, sino ahora más que nunca de una serie de métodos altamente sutiles e incruentos, que muchas veces hasta son apetecidos por los ciudadanos, debido a que no se percibe en un primer momento su peligrosidad como herramienta de control y vigilancia sin límites.

Hoy en día se discute en la República Federal de Alemania como un tema central, en los diferentes proyectos legislativos dirigidos a adoptar medios electrónicos de obtención y procesamiento de datos personales en el proceso penal, la mayor o menor incidencia de estos instrumentos en el derecho a la autodeterminación informativa, a fin de que si se aceptan como medios de prueba, los mismos tengan limitaciones acorde con su carácter particularmente intrusivo en los derechos fundamentales del ciudadano, muy especialmente en su derecho a la privacidad.

e. Funcionalización del Derecho Penal en el Estado de Derecho

Se trata, hoy más que nunca, de hacer evidente cuál es la tendencia que reina en la actual política de la “funcionalización del derecho penal” en la cual existe bajo la bandera de un derecho procesal penal “eficiente” un caldo de cultivo para nuevos y más profundos ataques al derecho del ciudadano a controlar qué tipo de informaciones sobre su persona existen en manos de las agencias del control penal.

El uso de nuevos medios de investigación en el proceso penal obliga a una serie de reflexiones sobre el papel del Estado de Derecho en el “moderno” proceso penal, al cual le han correspondido una serie de cambios acordes con las nuevas tareas que se le han confiado en el campo de la seguridad interna del Estado y del combate de la criminalidad organizada.

El reto de la búsqueda de la verdad real por medio

de herramientas cada vez más sofisticadas y el acomodo de la política criminal a metas y fines propias de un discurso populista ocasionan una crisis de garantías en el proceso penal. Esta crisis puede comprenderse aún mejor cuando se piensa en la forma vertiginosa en que éste se ha ido despidiendo de muchas de sus garantías tradicionales en favor del acusado, garantías que subrayaban su carácter de “derecho constitucional aplicado”. El nuevo “poder informativo” en manos de las autoridades de la investigación significa para el ciudadano más lesiones a sus derechos en la sociedad de la información. De hecho, el peligro de que la personalidad del ciudadano sea más transparente frente al Estado se ha ido convirtiendo, mediante el uso de medios cada vez más modernos de tratamiento de los datos personales, en una realidad. El desarrollo y amplio uso de herramientas modernas para la grabación de audio y video y para la observación de todas las actividades de los ciudadanos, incluso de aquellas actividades desviadas que son de preocupación de la sociedad, han hecho posible que el procesamiento de datos en manos de las autoridades de la investigación represente un importante campo de trabajo para los protectores de datos.

Los peligros de este poder informativo en manos de las autoridades de la investigación aumentan en la misma medida en que aumentan también las justificaciones de orden jurisprudencial y legal que pretenden respaldar este rearme del Leviatán investigador y castigador, lo cual hace que cualquier tesis que sostenga lo contrario, y pretenda una reafirmación de los derechos del ciudadano en esta edad informativa signifique, de hecho, y a nivel ideológico, simplemente una forma de establecer una protección de delincuentes, y en construir defensas para los “enemigos de la libertad, de la eficiencia y de la seguridad”.

Estas contradicciones revelan ciertos problemas en el marco de los fines simbólicos del proceso penal: el proceso penal se ha convertido en una herramienta para tranquilizar conciencias en la opinión pública y en la lucha electoral. Se trata de demostrar que los peligros de la criminalidad pueden ser controlados con el poder de choque del proceso penal. La criminalidad, mientras tanto, es presentada sin contornos ni colores como un fantasma que se pasea por todos los rincones de la sociedad, y en donde la única medida para su destrucción consiste en rearmar a las autoridades de la investigación, especialmente a la policía y al ministerio público,

reduciendo al mismo tiempo los derechos y garantías del acusado en el proceso penal. Es debido a este panorama que una criminalidad necesitada de definición, como lo es la criminalidad organizada, ha permitido que se produzcan “reformas urgentes” que en realidad sólo tienen que ver con reducciones de derechos, ampliación de prerrogativas y de ataques a derechos fundamentales, así como también como con un recrudescimiento del derecho penal. La pregunta acerca de la necesidad de estos cambios no suele plantearse. La política sólo muestra las nuevas direcciones en que la lucha contra este fantasma debe realizarse. En las últimas reformas que ha sufrido la Ordenanza Procesal Penal Alemana, muy especialmente a través de la OrgKG²⁰ y la Ley de combate del delito²¹, se nota una tendencia hacia la transformación del proceso penal en un arma contra la criminalidad. Con gran generosidad se le han concedido a la policía y al ministerio público cada vez más amplios poderes para atacar derechos fundamentales²². La característica fundamental de estos cambios se notan en mayores posibilidades para grabar y procesar datos personales de personas inocentes, sobre las cuales no pesa ninguna sospecha de haber cometido delito, incluso más allá de las usuales capacidades de la policía para reaccionar frente a peligros (*Gefahrenabwehr*).

Sin bien es cierto la tendencia no es nueva, ya que la misma viene desde los años 50 en que se iniciaron las discusiones acerca de la utilización del detector de mentiras en el proceso penal, sí se nota un mayor enfoque hacia la eficiencia del funcionamiento del proceso penal y hacia una limitación exagerada del discurso garantista de una política criminal que podríamos llamar democrática.

Un ejemplo claro del moderno estado de la discusión puede notarse en las discusiones acerca de la utilización de las “huellas genéticas” en el proceso penal, el cual, a pesar de los evidentes problemas técnicos

y de derechos fundamentales que este medio de prueba ofrece, se ha pretendido utilizar a diestra y siniestra, incluso manejándose números realmente ilusorios sobre la supuesta precisión de las conclusiones que pueden derivarse de su utilización²³.

f. Protección de Datos y Proceso Penal en Costa Rica

De las primeras manifestaciones legislativas, en relación con limitaciones al derecho a la intimidad de los ciudadanos, destaca sobre todas la Ley No. 7425 (Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, del 9 de agosto de 1994), que en su artículo primero amplía el concepto de documentos privados a fin de permitir la intromisión lícita, por vía judicial, de la correspondencia epistolar entre los ciudadanos, incluso en aquellos casos cuando la misma es realizada mediante medios “telemáticos”, o por cualquier otro medio, entre los que pueden estar “los disquetes”, “los registros”, o “cualquier otra forma de registrar información de carácter privado”. Esta ley, que se ubica en un contexto interesante de la discusión sobre las posibilidades legales de limitar el derecho del ciudadano a su privacidad, tiene algunos problemas, entre ellos que no lleva aparejada una correcta apreciación del principio de proporcionalidad, y una adecuada claridad de la manera en que podría ponerse límite a una ampliación de la cobertura del ataque al derecho fundamental cuando, por ejemplo, la investigación tome contacto con la correspondencia epistolar entre personas no sospechosas, terceros de buena fe o incluso la víctima. Así concebida la facultad de intervenir estas comunicaciones amplía extraordinariamente las posibilidades que tienen las autoridades de la investigación criminal para realizar intervenciones en el área de la intimidad. Aun cuando el objetivo de la ley es permitir la investigación y demostración de las conductas

20 Ley para el Combate de la Criminalidad Organizada

21 Verbrechensbekämpfungsgesetz

22 Jacob, Joachim, *Strafverfahren und Datenschutz -aktuelle Forderungen*, en: Hamm/Möller, *Strafrecht und Datenschutz*, op. cit., pp. 21 y ss.

23 Sobre los problemas desde la perspectiva de la protección de datos que ofrece este tipo de pruebas puede consultarse: Lavranos, Nikolaos, *DNA-Profiling and Information Technology: A new Weapon for Crime Detection and Prevention?*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2, Issue 2, 1994, pp. 359 y ss.

delictivas (interés público preponderante) y que implementa la intervención judicial para garantizar la legalidad de este límite a la "intimidad" (garantía judicial para el derecho fundamental), por otra parte, sólo establece un tímido artículo 4 en donde se establecen unos derechos al "intervenido" para que solicite la reconsideración de la medida (intervención que no indica qué posibilidades existirían para solicitar cancelación o corrección de determinados datos en manos de las autoridades, y si esta información podría ser procesada mediante medios informáticos), pero nada dice cuando terceros inocentes, que pueden ser afectados por la cobertura de la investigación, también pudieran tener un interés en limitar el acceso a su intimidad. De igual manera, la intervención del derecho a la intimidad de estas personas no tendría ninguna legitimación en virtud del interés público preponderante, ya que ellos no han cometido ningún hecho delictivo, ni pesa sobre ellos una sospecha de haberlo cometido. Observadas de esta manera las regulaciones del artículo 1 y 4 de la Ley No. 7425 resultaría esta ley como dudosa frente a la necesaria tutela que habría de tener el derecho a la autodeterminación informativa de los ciudadanos.

En Costa Rica se ha iniciado, apenas, la discusión sobre los problemas de la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales²⁴, los aportes en este campo pueden reducirse a una serie de trabajos de graduación sobre el tema²⁵, y una incipiente jurisprudencia constitucional, la cual aún se debate en los estrechos límites de la interpretación de los problemas del procesamiento electrónico de datos desde la perspectiva del derecho a la intimidad²⁶. Existe también un interesante proyecto de ley, presentado por el Diputado

Dr. Constantino Urcuyo, que pretende reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a fin de incorporar el recurso de **habeas data** en Costa Rica²⁷. Este proyecto incorpora algunos elementos relacionados con el proceso penal que merecen nuestra atención.

El artículo 78 del Proyecto se refiere a la "eliminación y supresión de la información o del dato impugnado" en algunos casos especiales, dentro de ellos merece especial referencia el inciso d) del art. 78 que se refiere a los casos en que "...una información haya sido obtenida por delito, desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación del debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer."

Este inciso d) abre la puerta para que puedan examinarse por vía del **habeas data** las posibles lesiones a la autodeterminación informativa que cometan, por ejemplo, las autoridades de la investigación penal cuando, en ejercicio de sus facultades, realicen un procesamiento de datos que no haya sido autorizado de acuerdo a las reglas del debido proceso²⁸.

Este aspecto constitucional, tanto desde el punto de vista de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, como del uso de un determinado medio de prueba dentro de la práctica cotidiana de los órganos del control penal, obliga a referir no a garantías formales (por ejemplo, la intimidad como un derecho formal garantizado) sino a efectivos medios de tutela de los derechos, también frente al sistema penal. El nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica (artículo 182) nos

24 Cfr. Chirino, Alfredo, Informática y Derecho a la Intimidad. Perspectivas de Política Criminal, en: Revista Judicial de Costa Rica, No. 53, Jahr XVI, Marzo de 1991, pp. 149 y ss.

25 Entre los que destacan el excelente trabajo elaborado por: López Fuscaldo, Gloriana y Chaverri, Alejandra, El Habeas Data en Costa Rica, San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciadas en Derecho, 1995.

26 Un análisis de esta perspectiva de interpretación de la jurisdicción constitucional puede encontrarse en: Hassemer, Winfried y Chirino, Alfredo, El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997 (en prensa).

27 Un análisis de este proyecto de ley puede encontrarse en: Monge Nicolaas, Edgar, El Habeas Data en Costa Rica, Revista Parlamentaria, San José, Costa Rica, Vol. 5, No. 1, abril de 1997.

28 Reglas que tienen rango constitucional en el artículo 39 de la Carta de 1949 de Costa Rica y que han sido reafirmadas y profundizadas en el fallo de la Sala Constitucional No. 1739-92 (sentencia del debido proceso) de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

enfrenta a esta paradoja en la declaratoria de garantías cuando dice, interpretado a **contrario sensu**: "A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante la tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona" (la cursiva no es del original). Este artículo, como nos lo recuerda Armijo Sancho, daría opción para que también en la jurisdicción de adultos y juvenil se deje "...sin contenido esencial las garantías que protegen la declaración del imputado, lo mismo que su derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones..."²⁹ Quizá el **habeas data** sea un remedio interesante contra esta filtración grave en el esquema de garantías en favor del imputado, el debate está en todo caso abierto para el momento de la entrada en vigencia de esta normativa procesal en Costa Rica.

El problema es grave y tiene muchas consecuencias tanto al nivel de la práctica de los órganos de la investigación penal como también a nivel del orden constitucional, ya que los ataques de orden informativo son también ataques a los derechos fundamentales, muy especialmente al derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que los datos que son utilizados en las investigaciones pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya habían sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propios del derecho a la protección de datos.

Los supuestos son muy variados. Se trata no sólo de la recopilación de datos obtenidos a través de la policía o del ministerio público, quienes tendrían al efecto un verdadero banco de datos de pruebas y de datos personales para efectos de la investigación de delitos³⁰, como también obtendrían datos a partir de la unión y comparación de datos de diversas fuentes: fuentes oficiales (registros y oficinas públicas) como también fuentes privadas:

agencias de viajes, tarjetas de crédito, llamadas por medio del teléfono celular, observaciones y recopilación de los datos de allí producidos, entre otros. Todas estas recopilaciones y procesamientos de datos son hoy posibles, y para los cuales no existe ni un fundamento legal claro, como tampoco existen reglas que den sentido al ejercicio de un derecho a la protección de datos. En primer lugar, no existen disposiciones que permitan establecer en qué forma se realizará el procesamiento de los datos en sus diversas etapas, no se dice quién podrá ordenar el procesamiento con fines de la investigación, ni tampoco se establecen reglas para la seguridad de los datos, como tampoco plazos a partir de los cuales, ciertos datos, por su sensibilidad, deban ser destruidos una vez terminado el proceso para el que fueron ordenados. En segundo lugar, no parece haber límites para la recogida de datos, ya que según se presentan las circunstancias legales en nuestro país cualquier ciudadano podría ser considerado para ser objeto de un detallado análisis de sus datos, incluso aquellos ciudadanos no sospechosos de haber cometido delito, es decir, por ejemplo, personas contacto o personas que sin saber ni de la investigación ni de los objetivos de la recopilación pasan a formar parte de la misma a partir de un hecho casual (un primer contacto con el sospechoso) o por una llamada telefónica o la mera presencia (con otros fines distintos a la visita social al sospechoso) en el apartamento o habitación del sospechoso. Es decir, que el principio de inocencia estaría siendo seriamente lesionado si no se establecen los límites a partir de los cuales las personas pueden ser objeto de una recopilación de datos para el proceso penal.

Por estas razones, la determinación de incluir en el proyecto esta posibilidad de "eliminación de datos" es una herramienta importantísima para que los ciudadanos se protejan frente a posibles lesiones a sus derechos fundamentales producto de la actividad del Estado, incluso en los supuestos en que esté de por medio una investigación de un hecho delictuoso, pero que para lograr los fines de esta investigación se utilicen medios no admisibles o con violación a las reglas de la autodeterminación informativa que también forman parte directa de las reglas del debido proceso, toda vez que

29 Armijo Sancho, Gilbert, Justicia Penal Juvenil y Derechos Fundamentales, manuscrito, 1997, p. 11.

30 Se podrían enumerar aquí desde huellas dactilares, estudios genéticos, forenses, psicológicos y psiquiátricos, declaraciones de testigos y de la víctima, etc., hasta pruebas derivadas de escuchas telefónicas y otras intervenciones de las comunicaciones.

incluyen para los ataques informativos la necesidad de resguardar los derechos de defensa, de inocencia³¹, el principio de culpabilidad y el derecho a ser informado de la incoación de un proceso y las razones del mismo a fin de preparar una defensa técnica.

Un procesamiento de datos que no respete estos derechos, y utilice datos tanto sensibles como no sensibles para los efectos de la realización de perfiles de conducta para demostrar la participación criminal en un determinado hecho, debe ser considerado violatorio del debido proceso. Esto no significa que haya una carta blanca para que los delincuentes se rearmen con la herramienta informática o que estos queden fuera de la acción del Estado producto de haberle atado las manos a las autoridades encargadas de investigar los delitos, sino que significa que también en materia de derecho probatorio, y, sobre todo, cuando se trata de un procesamiento de datos con ese fin, se deben cumplir una serie de reglas y principios que forman parte integral del derecho procesal como derecho constitucional aplicado³². El pre-legislador costarricense ha dado un primer paso en este sentido abriendo la posibilidad de utilizar el **habeas data** para examinar cada caso en que haya ocurrido un procesamiento de datos que produzca una eventual incoación de un proceso, a fin de determinar la realización de los principios constitucionales en juego, y el respeto del acusado, a fin de que este no termine convertido en un mero objeto de la investigación³³.

El inciso d) del art. 78 del Proyecto es muy rico

en posibilidades, también en lo que se refiere a la "eliminación" del dato cuando por "conexión" resulte que la información haya provenido de una fuente que haya sido declarada ilegal. Este aspecto del Proyecto tanto puede interpretarse positivamente en el sentido de que sea una fuente (banco de datos) cuyo funcionamiento sea ilegal³⁴ como también cuando la fuente, aunque legal, haya actuado en violación, por ejemplo, del debido proceso, lo que hace que los datos ofrecidos por la fuente habrían de eliminarse o suprimirse, lo que daría la posibilidad de analizar prohibiciones probatorias también en el proceso penal, y utilizar las reglas, hasta ahora empleadas por la jurisprudencia, para ordenar los efectos anuladores que como consecuencia brotan del uso de las pruebas ilícitas.

g. Otros Aspectos de Interés en Relación con el Procesamiento de Datos Personales en la Administración de Justicia

Otros aspectos quedan sin cobertura en el Proyecto en relación con el "debido proceso" y el uso de datos personales en la administración de Justicia. Por ejemplo, aún quedaría por analizarse los eventuales requisitos que deberían cumplirse para dar seguridad y privacidad a los datos personales que forman parte de los expedientes judiciales, los cuales, muy pronto, y con la tecnología que se apresta a poner en funcionamiento el Poder Judicial³⁵, hará posible no sólo la incorporación de los expedientes de manera digital en un equipo cen-

31 Cfr. sobre el principio de inocencia Llobet, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997, pp. 151 y ss.

32 Así Benda, *Die Menschenwürde*, en: Benda, Ernst; Maihofer, Werner, Hans-Jochen Vogel (Edit.) con la colaboración de Konrad Hesse, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin y Nueva York, 1983, p. 116.

33 La Sala constitucional costarricense analizó un caso de **habeas corpus** (V. 445-95, de noviembre de 1995, en recurso planteado por M.Z.S. en favor de C.E.C.C. contra el Juez de Instrucción de Curridabat y el Fiscal J.Ch.G.) en que se solicitaba que unos cassettes en los que constaban unas intervenciones telefónicas probatorias en un asunto de tráfico internacional de estupefacientes no fueran entregados a la prensa y que no se tomaran como prueba para un proceso penal que tenía lugar en los Estados Unidos. La esencia de este recurso era básicamente el ejercicio de las facultades del **habeas data**, como lo señalan correctamente López Fuscaldo y Chavarría. El recurso fue admitido parcialmente, a fin de que datos del proceso penal no pasaran a manos de terceros que no tuvieran interés legítimo, ni que las pruebas fueran utilizadas más allá del proceso penal donde habían sido autorizadas las intervenciones telefónicas. Cfr. López Fuscaldo, Gloriana y Chaverri, Alejandra, *El Habeas Data en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciadas en Derecho, 1995.

34 Así Benda, *Die Menschenwürde*, en: Benda, Ernst; Maihofer, Werner, Hans-Jochen Vogel (Edit.) con la colaboración de Konrad Hesse, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin y Nueva York, 1983, p. 116.

35 Problema que ya preocupa, por ejemplo, a España, cfr. Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María, *La protección de los datos personales frente a los tratamientos y ficheros automatizados del poder judicial*, en: Agencia de Protección de Datos, *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Madrid, 1996, pp. 184 y ss.

tral o descentralizado de procesamiento, sino también su consulta de manera remota por vía telemática. Sobre estos aspectos sólo resta reflexionar y tenerlos en cuenta como posibles fuentes de preocupación para el legislador y el ciudadano, ya que el **habeas data**, salvo en aplicación de alguno de los supuestos analizados aquí, poco podrá hacer para brindar la necesaria tutela de la autodeterminación informativa, que en estos casos requiere de otros elementos y de normativas específicas y claras sobre la materia³⁶.

Una hipótesis que para nada ha sido incluida en el Proyecto y que debería de ser objeto de una legislación aparte, o de un artículo en el Proyecto cuando menos, es el de los supuestos en que el Estado, justificado en fines públicos, como el de la investigación de los delitos, persiga información personal de sospechosos y personas inocentes, a fin de realizar pesquisas electrónicas mediante comparación de grandes cantidades de datos o mediante la reunificación de datos que han sido entregados a distintas organizaciones públicas y privadas con otros fines distintos a los de la investigación criminal. En éste como en otros supuestos debe exigirse la existencia de una normativa específica, que además de ser clara, establezca como límite el principio de proporcionalidad³⁷ a fin de que en cada caso en que esté en peligro el derecho a la autodeterminación informativa, aun cuando el Estado alegue estos intereses públicos, se demuestre que esa comparación de datos o el procesamiento en concreto sea el único medio idóneo y racional para alcanzar los fines propuestos, de manera que no se haga nugatoria la expectativa de los ciudadanos de que el Estado tendrá también límites en su actividad investigativa.

h. Conclusiones

Un importante campo de desarrollo para el derecho a la autodeterminación informativa lo constituye, sin duda, el proceso penal. Los cambios introducidos por la tecnología en la dimensión y estilo de las

investigaciones criminales no sólo han traído mejoras en el trabajo cotidiano de las autoridades de la investigación, sino que también han acarreado nuevos retos y problemas al legislador y a la doctrina, a fin de tutelar también en este ámbito el derecho del ciudadano a controlar quién, cuándo y bajo qué circunstancia toma contacto con sus datos personales.

La discusión en el ámbito europeo, en especial en la República Federal de Alemania, donde el tema es altamente sensible, se ha desarrollado en la dirección de más cambios legislativos en el sentido de introducir límites al procesamiento de datos personales en manos de la policía y el ministerio público. Estos límites tienen como objetivo proteger a la persona de excesos que lesionen el principio de proporcionalidad y su derecho a la autodeterminación informativa. No se desea limitar las posibilidades de investigación o de comprometer el interés público en la obtención de la verdad real, sino que lo que se desea es que la calidad e intensidad del procesamiento de datos personales en este campo respete las reglas impuestas por la Sentencia sobre la Ley de Censos de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que es en este país la “carta magna” del procesamiento de datos.

En otros países europeos esta discusión se ha iniciado tarde o con otros intereses políticos, sobre todo en el marco de la creación de la EUROPOL, que sin duda será un tema de interés en los próximos años, no sólo en cuanto a la cooperación policial a lo interno de la Comunidad Europea, sino también en la medida en que pueda demostrarse un compromiso de esta organización por proteger la autodeterminación informativa de los ciudadanos de la Comunidad Europea y sobre todo de los extranjeros, quienes siguen manifestando, en materia de protección de sus datos personales, una situación jurídica de segunda categoría.

América Latina, y en concreto Costa Rica, no parecen escapar a la evolución tecnológica, la cual

36 Fiedler, Herbert, *Informationelle Garantien für das Zeitalter der Informationstechnik*, en: Tinnefeld/Philipps/Weis, *Institutionen*, pp. 150-151.

37 Sobre el principio de proporcionalidad y su aplicación en la interpretación jurídico penal y constitucional en Costa Rica cfr. Chirino, Alfredo, *A propósito del Principio de Oportunidad y del Criterio de Insignificancia del Hecho*, en: González Álvarez, Daniel, *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, San José, Costa Rica, 1997, pp. 130 y ss.

también ha llegado un poco más lentamente y con rezago también a la policía y al ministerio público. Los problemas que se puedan presentar en este campo aún podrían ser tema de especulación, sin embargo, resulta necesario reflexionar ahora sobre los mismos, con el fin de que el proceso penal no presente en este campo lesiones a principios constitucionales no previstos en virtud del carácter incruento, sutil y hasta apetejado de los medios tecnológicos que pueden tener incidencia en el éxito de una investigación criminal.

Hemos podido observar que el tema de la tutela de la autodeterminación informativa o libertad informática en el ámbito de la administración de justicia penal apenas cobra vigencia e importancia en el ámbito legislativo. El Proyecto de Ley presentado por el Diputado Dr. Constantino Urcuyo contiene, en este ámbito, un interesante aporte al introducir una regulación de posibles lesiones al debido proceso cuando se utilicen pruebas obtenidas mediante violación a los principios del derecho de la persona a ser protegido frente al procesamiento de sus datos personales. Esta oferta legislativa constituye, por ello, un importante aporte al derecho comparado, el cual, por lo menos en el ámbito latinoamericano, no ha tomado posición acerca de los problemas de tutela de la persona frente al procesamiento de sus datos personales en la administración de justicia.

Queda por discutir y analizar en concreto los diversos medios tecnológicos utilizados por la policía y por el ministerio público para la investigación criminal, a fin de determinar las posibles lesiones al derecho a la autodeterminación informativa y al principio de proporcionalidad, así como el ámbito de problemas que han de resolverse, para ello juega un papel importante una investigación sobre el nivel de tecnología instalada en el sistema penal, el tipo de instrumentos utilizados y **software**, así como también la política institucional de manejo de datos. También resulta esencial la reflexión sobre el papel que pueden cumplir aquí las prohibiciones probatorias, un tema apasionante y de radical importancia en este ámbito.

Resulta muy prometedor, y augura un interesante desarrollo de la discusión científica, el creciente interés por el problema de la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Sólo cabe esperar en este campo no sólo un vigoroso esfuerzo legislativo sino también una reflexión a lo interno del sistema de

justicia penal, a fin de evitar que esta herramienta tecnológica se constituya en un medio más para aumentar la violencia del funcionamiento del sistema de justicia penal, en este caso una violencia peligrosísima, por su carácter casi intangible y seductor.

i. Bibliografía

- Albrecht, Peter Alexis, *Kriminalpolitik im Präventionstaat. Referat für die Frankfurter Tage der Rechtspolitik*, 3 de diciembre de 1996, Manuscrito, 1996.
- Alvarez-Cienfuegos Suárez, José María, *La protección de los datos personales frente a los tratamientos y ficheros automatizados del poder judicial*, en: Agencia de Protección de Datos, *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Madrid, 1996, pp. 184 y ss.
- Armijo Sancho, Gilbert, *Justicia Penal Juvenil y Derechos Fundamentales*, manuscrito, 1997.
- Benda, Ernst, *Die Menschenwürde*, en: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Edit.) con la colaboración de Konrad Hesse, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin y Nueva York, 1983, pp. 107 y ss..
- Chirino Sánchez, Alfredo, *La autodeterminación informativa como un nuevo bien jurídico penalmente tutelado. El caso del Proyecto de Código Penal para Costa Rica de 1995*, en: *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Argentina, No. 3, 1997 (en prensa).
- Chirino, Alfredo, *A propósito del Principio de Oportunidad y del Criterio de Insignificancia del Hecho*, en: González Alvarez, Daniel, *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, Segunda Edición Ampliada 1997, pp. 105 y ss.
- Chirino, Alfredo, "Propuesta de Modificación del Proyecto de Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional que pretende introducir el Recurso de Habeas Data en la Legislación Costarricense", Expediente 12827 de la Asamblea Legislativa, junio de 1997.
- Delgado Echeverría, Jesús; Pastor Franco, José y Galindo Ayuda, Fernando (Edit.), *Jornadas interdisciplinarias sobre Criptografía, Privacidad y Autodeterminación informativa. Textos de Ponencias y Comunicaciones*,

- Zaragoza, Facultad de Derecho y Centro Politécnico Superior, 1995.
- Dronsch, Gerhard, Nochmals: Datenschutz in der Informationsgesellschaft, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP, Alemania) 1996, pp. 206 y ss.
- Fiedler, Herbert, Informationelle Garantien für das Zeitalter der Informationstechnik, en: Tinnefeld, Marie-Theres; Philipps, Lothar; Weis, Kurt (Edit.), Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik, München; Wien, R. Oldenbourg Verlag, pp. 147 ss.
- García Beato, María José, Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y en la Directiva 95/46 CE, en: Agencia de Protección de Datos, Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Madrid, 1996, pp. 46 y ss.
- Hamm, Rainer y Möller, Klaus Peter (Hrsg.), Strafrecht und Datenschutz - ein Widerspruch in sich?, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.
- Hassemer, Winfried, Datenschutz und Datenverarbeitung Heute, Wiesbaden, 1995. Existe una traducción al español de esta obra en Hassemer, Winfried y Chirino, Alfredo, El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997 (en prensa).
- Hassemer, Winfried Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege - ein neuer Rechtsbegriff?, StV (Strafverteidiger, Revista de los Defensores Penales, Rep. Fed. de Alemania) 6/1982, pp. 275 y ss.
- Hassemer, Winfried, El destino del ciudadano en un derecho penal "eficaz", en: Revista Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Marzo de 1994, Año 5, No. 8, pp. 3 ss.
- Lavranos, Nikolaos, DNA-Profiling and Information Technology: A new Weapon for Crime Detection and Prevention?, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 2, Issue 2, 1994, p. 359 ss.
- Leuthardt, Beat, Leben on Line. Von der Chipkarte bis zum Europol-Netz: Der Mensch unter ständigem Verdacht, Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1996.
- Limbach, Jutta, Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege im Rechtsstaat, en: Strafverteidigervereinigungen (Edit.), Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, Reunión Número 20 de Defensores Penales celebrada en la ciudad de Essen los días 22 al 24 de Marzo de 1996, Colonia, Alemania, Ed. Der Andere Buchladen, 1996, pp. 35 y ss.
- Llobet, Javier, La prisión preventiva (límites constitucionales), San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997.
- López Fuscaldo, Gloriana y Chaverri, Alejandra, El Habeas Data en Costa Rica, San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciadas en Derecho, 1995
- Monge Nicolaas, Edgar, El Habeas Data en Costa Rica, Revista Parlamentaria, San José, Costa Rica, Vol. 5, No. 1, abril de 1997.
- Pérez Luño, Antonio, Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica, en: Losano, Mario; Pérez Luño, Antonio; Guerrero Mateus, María Fernanda (Edit.), Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 135 y ss.
- Ruiz Miguel, Carlos, La Configuración Constitucional del derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1995.
- Schmitt Glaeser, Walter, Schutz der Privatsphäre, en: Isensee /Kirchhof (Edit.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, Tomo VI, 1989, pp. 41 y ss.
- Simitis, Spiros, Virtuelle Präsenz und Spurenlosigkeit - Ein neues Datenschutzkonzept, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Krit V, Alemania) 1996, pp. 99 y ss.
- Tinnefeld, Marie-Theres, Kommunikative Vernetzung und informationelle Selbstbestimmungsrecht, en: Tinnefeld, Marie-Theres, Philipps, Lothar, Weis, Kurt (Edit.), Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik, München; Wien, R. Oldenbourg Verlag, 1990, pp 43 y ss.
- Wegel, Wolfgang, Presse und Rundfunk im Datenschutzrecht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN UN ESTADO DE DERECHO

Cecilia Sánchez Romero

*Directora del Centro de Información Jurisprudencial y
Profesora de la Universidad de Costa Rica.*

INDICE

A.- ASPECTOS GENERALES.....	54
B.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRISIÓN PREVENTIVA.....	55
a.- La protección constitucional de la libertad.....	55
b.- La coerción en el proceso penal.....	56
c.- El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático.....	57
C.- PRESUPUESTOS PARA ORDENAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	58
a.- Probable responsabilidad del imputado.....	60
b.- Peligro de fuga.....	61
c.- Peligro de obstaculización.....	62
d.- Peligro de reiteración delictiva.....	65
D.- LIMITES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. 65	
a.- Presunción de inocencia.....	66
b.- Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.....	67
E.- DISPOSICIONES NORMATIVAS, DURACIÓN Y USO REAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	68
a.- Disposiciones normativas.....	68
b.- Duración y control en el nuevo C.P.P.....	72
c.- Uso real de la prisión preventiva.....	75

A.- ASPECTOS GENERALES.

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."¹

Los argumentos de críticos y defensores se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliarla invocan el deber de una administración de justicia eficiente de poner coto a la criminalidad; es decir, convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo de lucha en contra de ésta. Mientras que, quienes la consideran excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un estado de derecho.

Las críticas a la institución se han visto fortalecidas también por el serio cuestionamiento a que ha sido sometido el encierro como medida eficaz para producir algún efecto positivo, y que ha llevado a la puesta en evidencia de su urgente y necesaria sustitución como pena.

Por otra parte, aun cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso, es lo

¹ HASSEMER, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995, pág. 105.

cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"², la convierten en una verdadera pena.

En este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que sólo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho."³

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.⁴

En la cultura progresista de los últimos años, se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social. La única finalidad que esta cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva es aquella excepcional, de carácter instrumental, necesaria para evitar el entorpecimiento del juicio.

El carácter de instituto de naturaleza eminentemente procesal ha sido definido por nuestra Sala Constitucional en el voto N° 1309-96 al mencionarse que su virtud es la de: "constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal de los hechos en que aún no se ha resuelto la situación jurídica. En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exigen la adopción de esa medida cautelar".

Con el afán de contribuir a esta discusión y formular algunas ideas, desarrollaremos el tema, a partir de su consideración tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales como desde su vinculación con el fenómeno del encierro aplicado como pena luego de la tramitación de un proceso.

B.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRISIÓN PREVENTIVA.

a.- La protección constitucional de la libertad.

Al haber optado nuestro constituyente por la democracia como el régimen político aplicable, se estaba definiendo por un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales

2 "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Hued y Eugenio Raúl Zaffaroni. Ilanud. San José, Costa Rica. 1988.

3 Domínguez, F. y otros "El derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Prólogo.

4 Ippolito Franco. "La detención preventiva". Revista de Derecho Constitucional N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997, pág. 18.

y sociales, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. La libertad deviene entonces en el bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

El concepto va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero para los efectos del tema que nos interesa, nos limitaremos al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal.

La protección que el régimen democrático brinda en ese sentido se extiende a cualquier persona, incluyendo por supuesto a todos aquellos que ingresan a la maquinaria del sistema penal en condición de supuestos acusados por un hecho delictivo. El Estado debe garantizarles el reconocimiento absoluto de todos sus derechos y deberes, y brindarles medios de protección para cuando éstos le sean desconocidos.

Debemos reconocer sin embargo, que por desgracia, la realidad nos presenta un cuadro diferente, según el cual, el sujeto sometido a proceso pasa a formar parte de una categoría distinta de ciudadanos, para quienes los derechos fundamentales no tienen vigencia plena.

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en nuestro país, tenemos el artículo 20 de la Constitución Política y el 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra señala: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."

Como garantía fundamental este derecho no ha sido considerado de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor, y por ello, tanto la Constitución como la Convención Americana establecen los casos en que puede restringirse el disfrute de la libertad y la forma en que debe hacerse como supuestos de excepción. A ello nos referiremos más adelante.

b.- La coerción en el proceso penal.

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal competente, en los términos de nuestro artículo 37 de la Constitución Política. La comprobación del derecho aplicado en relación con los hechos que se declaran acreditados es un paso lógico anterior a la sentencia, inexcusable en un Estado de Derecho. De esta manera, el procedimiento penal cumple una función instrumental, posibilita la realización del derecho penal material, de tal suerte que la interpretación acerca de su finalidad, naturaleza, alcance y eficacia de sus normas y principios, debe ceñirse a ese carácter, que también tiene una función garantizadora cuya configuración sistemática está definida en la propia Carta Magna.

Desde esta perspectiva, "todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal"⁵. En primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía.

La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

La tendencia dominante en la doctrina latinoamericana confirma la tesis de que la prisión

5 Domínguez F. y otros, op. cit., pág. 9.

preventiva solamente puede perseguir fines de aseguramiento procesal y no aquellos de carácter penal material. También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: “la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso”.⁶

c.- El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático.

El problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad, según lo demuestra en nuestro país los estudios y análisis elaborados por Elías Carranza en su obra “Criminalidad ¿Prevención o Promoción?”.⁷

La medición del aumento de la criminalidad es por otra parte una tarea muy difícil. Cuando se recurre al método de análisis de estadísticas policiales o judiciales y encuestas a autores y víctimas, no podemos perder de vista su inexactitud por lo dificultoso que resulta determinar la llamada “cifra negra”, y también porque el método de estadísticas policiales y judiciales tiene el inconveniente no sólo de las dificultades de averiguación de los delitos, sino también el de depender de la disposición de denunciar que tienen las víctimas.

El recurso a la “seguridad ciudadana” ha sido capitalizado políticamente en nuestro medio, y a él se ha vinculado sólo lo referido al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión. En realidad podemos afirmar que se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de “inseguridad” que han fomentado los medios de comunicación,

fenómeno que es altamente peligroso, pues nos conduce por equivocados caminos no sólo en materia de política criminal, -si es que puede hablarse de ella en nuestro país-, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a la compra indiscriminada de armas para supuestamente garantizarse la seguridad personal. Al derecho penal y al procesal en su campo, se les encarga, en este contexto, del cumplimiento de una función que no les atañe, el ser garantes de esa seguridad, justificándose el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al “delincuente” se le “juzgue” y “ejecute” sin las formalidades de la realización de un proceso.

El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas

Se evidencia de esta forma que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional, que en su guerra contra el marxismo justificaba la tortura, las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, se defiende hoy día una guerra contra la delincuencia utilizando métodos similares.

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las pilas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, “es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia”.⁸

6 Llobet, Javier “La prisión preventiva (límites constitucionales)” Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José, Costa Rica, 1997, pág. 177.

7 Carranza, Elías “Criminalidad ¿Prevención o promoción?”, Editorial Uned, San José, C.R., 1994.

8 Llobet Javier, op. cit.p. 118

De nuestra parte creemos que en un régimen democrático, la delincuencia sólo puede reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, de conformidad con los principios del respeto a la dignidad del ser humano. En este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal instructora, con el objeto de proteger los fines del proceso y mantener vinculado a quien se somete al mismo, se debe restringir su libertad, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso.

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado"⁹.

Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza."¹⁰

Lamentablemente en Costa Rica se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Es así como el Poder Legislativo aprobó en 1994 un excesivo aumento de la pena de prisión disponiendo, en contra de la prohibición constitucional

de las penas perpetuas, elevar la pena máxima de prisión de veinticinco a cincuenta años, aumentando al mismo tiempo en forma drástica las penas para ilícitos tales como homicidio y violación. Pese a ello, la tasa de homicidios registrada en 1994 fue la más alta de las contabilizadas desde 1980, y como era de esperarse tampoco se provocó una disminución en otras delincuencias, pero la opinión pública se tranquilizó.

El aumento desmedido de las penas no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

En nuestra región sobran los ejemplos, las dictaduras militares latinoamericanas, en su mayoría legitimaron sistemas de excesiva represión y permitieron los abusos que todos conocemos. El control se inició primero con la delincuencia común, pero los perseguidos fueron muy pronto los sindicalistas, los opositores políticos y simples ciudadanos. A estos regímenes debemos el surgimiento de fosas comunes y miles de desaparecidos, para mencionar sólo algunos de sus "logros". Además del aumento de las penas algunos proponen incrementar el término de la prisión preventiva, pretendiendo que el imputado empiece a cumplir su pena antes del dictado de la sentencia, con las graves violaciones de derechos fundamentales que ello implica como veremos.

C.- PRESUPUESTOS PARA ORDENAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Podríamos afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el

9 Pastor, Daniel R. "El encarcelamiento preventivo" en AA. VV., El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 44.

10 Pastor, Daniel op. cit. pág. 46.

proceso, como consecuencia no sólo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta sólo puede tener fines procesales".¹¹

De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 inc 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general."

La constitucionalidad de la prisión preventiva ha sido resaltada por la Sala Constitucional en el voto N° 1439-92 al señalar que: "La prisión preventiva se encuentra constitucionalmente aceptada en el artículo 37 de la Carta Fundamental, relacionada directamente con el principio de inocencia contenido en el numeral 39 idem, que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado artículo 37, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 39, siempre y cuando se la utilice cuando sea indispensable a los fines propios del proceso, ya sea impidiendo la fuga del encausado o el éxito de la investigación, imposibilitando la alteración u ocultación de la prueba. El constituyente permitió la afectación de la libertad de los encausados, por medio de la prisión preventiva, pero al aceptar el principio de inocencia en el artículo 39, ello tiene como consecuencia -cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas-

que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses -en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia- puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda afectarse la libertad. Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional, ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso; para ello existen otras instituciones procesales. La prórroga extraordinaria es una de ellas, según los artículos 325 y 326 del Código de Procedimientos Penales procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción suficientes para sobreeser, ni para disponer la elevación a juicio. Otra lo es la excarcelación, que debe ser acordada aun de oficio, según lo disponen los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, cuando la detención provisional ya no tenga ninguna razón de ser. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo -su libertad-, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el indiciado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro medio por la propia constitución en su artículo 39. Esta tesis fue aceptada a nivel legal en el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, en el que se dispone:

"La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados."

11 Bovino, Alberto "Temas de Derecho Procesal Guatemalteco". Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996, pág. 40.

Otras normas que deben ser tomadas en consideración, al resolver sobre la necesidad de acordar una prisión provisional, su mantenimiento o cesación, son las contenidas en los artículos 3 y 294 del ordenamiento procesal analizado, en las que se señala que siempre debe interpretarse restrictivamente toda norma que autorice afectar la libertad de los procesados y que la prisión preventiva debe hacerse cesar cuando, el mantenerla haya perdido su necesidad procesal. Las medidas cautelares deben ser utilizadas sólo cuando circunstancias propias del proceso así lo exijan, son provisionales -no definitivas- y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya con su cometido. De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión preventiva (artículos 37 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del artículo 294 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado -aun de oficio-, conforme a lo reglado en los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales.”

Sin embargo, de nuestra parte creemos que el texto constitucional merece una reformulación para adquirir mayor solidez, pues lo cierto es que admite interpretaciones en sentido diverso al expresado por la Sala que pueden cuestionar su fundamento.

a.- Probable responsabilidad del imputado.

Uno de los requisitos exigidos en la mayor parte de la legislación procesal latinoamericana, entre la que se encuentra nuestro vigente Código de Procedimientos Penales, establece para la procedencia de la prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible.

Similar disposición se recoge en el artículo 239 inciso a) del Código Procesal Penal que entrará en vigencia a partir del 1° de enero de 1998.

Este requisito ha planteado algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales como las que menciona el Dr. Llobet en la obra que hemos citado¹². Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva. La concepción normativa de la presunción de inocencia implica su permanencia durante todo el transcurso del proceso, y obviamente extiende su protección hasta ese momento final sin relativizarla.

Pareciera que el requisito de la sospecha es más bien un límite a la prisión preventiva, pues el peligro de fuga o de obstaculización no siempre resultan suficientes. Por otra parte también se ha señalado que este requisito está relacionado con el principio de proporcionalidad, según la doctrina alemana y resoluciones del Tribunal Federal Constitucional, citadas en la obra del profesor Llobet.

Como mencionamos *supra*, el nuevo Código Procesal Penal incluye en el texto del artículo 239 inciso a) la necesaria existencia de elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible, junto al peligro de fuga y al de obstaculización. Lo importante es que los jueces tengan claro cuál es el grado de convencimiento que deben tener sobre la posible participación como supuesto de la prisión preventiva. Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, se ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos¹³. Este juicio se hará al inicio de la investigación con base en el estado de la misma, pero como bien puede resultar que la posibilidad que se afirmó al inicio no se mantenga posteriormente, debiera dársele a la sospecha un carácter dinámico.

12 Llobet, Javier. Op. cit. pág. 189.

13 Levene, Ricardo (Hijo), "El debido proceso y otros temas". San José, 1981.

b.- Peligro de fuga.

El Código de Procedimientos Penales vigente y el nuevo Código Procesal, contemplan, en los artículos 291 inc 2) y en el 240, el peligro de fuga como presupuesto de la prisión preventiva, con la notable particularidad de que, en el nuevo instrumento, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga, concretamente se señala:

Artículo 240.- Peligro de fuga

“Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- a.- Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.
- b.- La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- c.- La magnitud del daño causado.
- d.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.”

El carácter enumerativo de esas circunstancias queda reflejado en la fórmula “se tendrán en cuenta especialmente, las siguientes circunstancias”, sin embargo, ello no debe significar que se pueda hacer un uso abusivo de la medida, inventando circunstancias que no la ameriten.

Entre las más utilizadas por nuestros jueces están: el monto elevado de la pena, la gravedad del hecho cometido, los cambios frecuentes de domicilio, el formar parte de una banda organizada y otros, pero, según pronunciamientos de la Sala Constitucional, al acoger recursos de **hábeas corpus**, no siempre las circunstancias mencionadas se acompañan de un razonamiento coherente, pues lo cierto es que no basta su sola mención. Ha señalado la Sala Constitucional en el voto N° 1419-

96: “Cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato específico del numeral 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad. IVo.- Así, se evidencian perfectamente legítimos los argumentos del juez recurrido al denegar la excarcelación a los amparados, mismos que encuentran respaldo probatorio en la causa, pese a que éste no fue expuesto en forma diáfana por el juez de instrucción, deficiencia que en todo caso fue subsanada por el Superior, órgano que sí analiza en específico las razones que justifican en concreto, el mantener privados de libertad a cada uno de los amparados, para evitar que continúen con su actividad delictiva, que evadan la acción

de la justicia, así como evitar que su libertad ponga en peligro la averiguación de la verdad, junto con la necesidad procesal de allegar prueba importante a la causa, frente a la gravedad de los hechos y a la cantidad de droga decomisada a los imputados, porque ellos son presupuestos concretos que se dan en el caso en estudio, y que le señalan al juzgador la necesidad de mantener privados de libertad a los acusados para garantizar los objetivos del proceso que ya se han señalado.”¹⁴

También en otra resolución señaló “La gravedad del hecho cometido y el tanto de la pena, pueden ser tomados en consideración para establecer con base en ellos y utilizando criterios objetivos que el encausado podrá atentar contra los intereses del proceso (asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, según los términos del artículo 265 del Código de Procedimientos Penales), pero por sí solos, resultan insuficientes para negar la excarcelación de un encausado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraran en esa situación (artículo 297 y 298 del ordenamiento represivo antes citado... Si el fundamento de la denegatoria acordada por el Tribunal recurrido lo es el tanto de pena posible de imponer, la cantidad de droga decomisada y el contenido de la prueba aportada a la instructiva, sin que hayan ligado esas circunstancias con una posible afectación a los intereses del proceso, el recurso debe ser declarado con lugar”¹⁵.

Se ha señalado por la doctrina que, en algunos supuestos el peligro de fuga ha sido interpretado con mucha amplitud, extendiéndose hasta abarcar el peligro de que el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena.

Si bien entre los supuestos que el nuevo código procesal menciona como suficientes para la presunción de fuga, se encuentra el de la falsedad o falta de información sobre el domicilio, creemos que debe insistirse en la necesidad de que esta disposición sea siempre interpretada en la realidad del caso concreto, pues por sí sola podría ser peligrosa y aún más, discriminatoria, sobre todo en el caso de los extranjeros. Es cierto que la

Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto, insistiendo en que este factor se vincule con otros elementos para poder afirmar el peligro de fuga ¹⁶, pero en todo caso, consideramos que es uno de los supuestos que debe ser tratado con más cuidado por los funcionarios encargados de tomar tal determinación.

c.- Peligro de obstaculización.

Como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización reviste una menor importancia frente al peligro de fuga, pues lo cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones de prueba, intimidación de testigos, etc. Lo importante en todo caso sería que, en el caso concreto, se realice un efectivo análisis para demostrar el peligro real de obstaculización, sin que resulte prudente utilizar argumentos tales como la falta de conclusión de las investigaciones, la rebeldía de algunos de los coimputados, o el no haberse localizado testigos importantes.

La Sala Constitucional sin embargo ha avalado la aplicación de estos razonamientos y señaló, entre otros, en el voto 450-96 lo siguiente: “Del estudio de los autos y del informe remitido por la autoridad recurrida -dado bajo juramento- resulta que en repetidas ocasiones las gestiones de excarcelación interpuestas por el recurrente han sido rechazadas por el Despacho recurrido, y a su vez, confirmadas por el Tribunal de Alzada. Estima la Sala que precisamente con el objeto de proteger, la averiguación de la verdad de los hechos y **la aplicación de la ley penal**, es que el tribunal recurrido ha decidido privarlo de su libertad, toda vez que es evidente **que la investigación no ha concluido en su totalidad** pues falta prueba que recabar, e incluso otros imputados que localizar y estando en libertad el recurrente podría realizar actividades tendientes a obstaculizar la investigación, y continuar con la actividad delictiva. Además, nótese que existe una válida presunción de que el gestionante está involucrado con una banda que se dedica a cometer

14 Voto de la Sala Constitucional N° 1419-96.

15 Voto de la Sala Constitucional N° 462-92. En igual sentido: Voto 468-92; Voto 90-93, Voto 141-93; Voto 168-93.

16 Votos de la Sala Constitucional N°s. 952-90, 507-93, 1052-93 y 1054-93.

estafas a empresas nacionales, utilizando, para esos fines, la intervención de líneas telefónicas. Precisamente, al aquí recurrente se le encontró, en fecha seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, interviniendo líneas telefónicas en el armario del Instituto Costarricense de Electricidad de Tibás, utilizando varios instrumentos de los usados por funcionarios de la institución antes mencionada para realizar su trabajo, los que razonablemente no podían estar en posesión del recurrente por no ser éste trabajador de tal institución. Es conforme entonces que la actuación del Despacho recurrido está de acuerdo al contenido de los artículos 291, 297 y 298 del Código de Procedimientos Penales y la jurisprudencia de esta Sala.”¹⁷ (lo destacado no es del original).

Como señalamos al inicio, mantener privada de libertad a una persona bajo el argumento de obstaculización, en supuestos no muy claros, viene a resultar un tanto inconsistente, pues bien pueden sus allegados llevar a cabo por él todas las actividades obstaculizadoras.

El Código Procesal que entrará en vigencia en el 98 no hace una enumeración taxativa de supuestos que permitan derivar el peligro de obstaculización, sino que se limita a señalar diversos actos como indicativos del mismo.

Artículo 241.- Peligro de obstaculización

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- a.- Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.
- b.- Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate. El texto vigente, en el artículo 291, inc 2) se limita a mencionarlo, con lo que, los peligros de interpretación arbitraria son aún más evidentes.

De nuestra parte creemos conveniente someter este supuesto a un riguroso análisis para que las deformaciones de su aplicación práctica no contribuyan aún más a la afectación de derechos fundamentales, sobre todo por la cultura inquisitiva que permea en la mayoría de los aplicadores del derecho penal y por la creencia particular de que los jueces son garantes de la seguridad ciudadana y ésta se pone en peligro cuando los procesados se encuentran en libertad.

En relación con el problema de la cultura inquisitiva cabe destacar que la inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es, como señala Ferrajoli, un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política.¹⁸ Y lo cierto es que si bien con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto, éste en lo fundamental conserva los pilares del método inquisitivo: “la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se hayan separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente.”¹⁹

Es importante rescatar del nuevo instrumento procesal las posibilidades que plantea en el sentido de que, siempre que el peligro de obstaculización o el de fuga o cualquier otra presunción de las que motivan la detención provisional puedan evitarse por otras medidas

17 Voto de la Sala Constitucional N° 450-96.

18 Ferrajoli, L. citado por Bovino Alberto en “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos”. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

19 Bovino Alberto “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

menos gravosas, el tribunal competente deberá preferirlas:

Artículo 244.- Otras medidas cautelares

“Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- a.- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b.- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
- c.- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d.- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f.- La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g.- Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.
- h.- La prestación de una caución adecuada.
- i.- La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá

imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.”

Debe señalarse también que conforme a los artículos 245 y 246, se podrá imponer una sola o combinar varias de las medidas mencionadas, pero sin desnaturalizar su finalidad, y no se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. Por otro lado, la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, así como de abstenerse de cometer nuevos delitos, puede ser suficiente en algunos casos para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización, y permite la posibilidad de prescindir de toda medida de coerción.

“La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: formalmente, el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus presupuestos (principio de judicialidad); se parte, como principio, de la libertad del imputado y sólo se autoriza su encierro en ocasiones excepcionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (principio de excepcionalidad); aun en esos casos, evitar siempre que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o que aquella que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no se debe autorizar cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, se debe hacer cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de la libertad en caso de condena (principio de proporcionalidad); se debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento y evitar el encarcelamiento (principio de subsidiariedad).²⁰

d.- Peligro de reiteración delictiva.

La causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales cumplen una necesidad procesal, mientras que aquélla cumple una función de protección del orden jurídico, atendiendo más a consideraciones relacionadas con el interés de protección a la comunidad. De esta forma prácticamente se convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, con un muy lamentable resultado.

Por otro lado, la pretensión de adecuar la prisión preventiva con el fin de evitar el peligro de reiteración delictiva, choca abruptamente con las condiciones de la prisión en casi todos los países del mundo, pues, como señala Cafferata Nores: “lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayudan a los fines correctivos que la medida persigue. Allí reinan los “catedráticos de la prisión”, recordados por Carrara...”

Si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojando indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos.”²¹

Los motivos de protección del orden jurídico han sido legitimados por la Sala Constitucional, junto a razones de interés procesal en varias resoluciones.²²

Si bien algunos autores le asignan al peligro de reiteración una función de aseguramiento procesal, otro sector de la doctrina señala que no cumple ninguna función de carácter procesal sino más bien de prevención especial, fin atribuido tradicionalmente a la pena.

De nuestra parte expresamos una opinión contraria a considerar el peligro de reiteración delictiva, sobre todo porque compartimos las acertadas críticas que las modernas corrientes del pensamiento criminológico le formulan al encierro como pena con algún grado de eficacia.²³ Sus altos niveles de violencia, sus grandes dosis de dolor, lejos de acercarnos a una solución, lo convierten en un problema en sí mismo.

“La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluso, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisonización o “cultura de la jaula”, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo”.²⁴

Tenemos la convicción moral de que la vida social no puede ser controlada de manera eficiente por el derecho penal y por ello su papel debe reducirse drásticamente. En este contexto, con mucho mayor razón creemos en la utilización mínima y estricta de instituciones como la prisión preventiva cuyos fines jamás deben dejar de ser estrictamente procesales.

D.- LÍMITES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Nadie duda de que el encarcelamiento preventivo -en tanto privación de libertad frente a un inocente- debe tener un carácter excepcional, derivado de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme.

21 Cafferata Nores J. “La Excarcelación”. Buenos Aires. 1988, pp. 20-21.

22 Votos de la Sala Constitucional N° 1438, N° 1739-92 y N° 5861-94

23 Al respecto pueden consultarse las obras de los profesores Nils Christie, Thomas Mathiesen y Louk Hulsman, entre otros.

24 Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1989, pp. 139-140.

“El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme.”²⁵

Este carácter está también expresamente establecido en el artículo 9 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por establecer, en el artículo 7, la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrarios, entendiéndose por tales los que se encuentran debidamente justificados y no sólo los autorizados legalmente, pues utiliza el término arbitrario para englobar toda actuación contraria a la justicia, de lo que podemos inferir que también se refiere a la ilegitimidad de la detención autorizada por un juez, sino se han respetado los límites de protección a la libertad o la medida no resulta proporcional a los intereses del proceso.

La clara conciencia, al menos teórica, sobre su finalidad instrumental, ha permitido el desarrollo de ciertos límites que deben respetarse y a cuyo contenido nos referimos de inmediato:

a.- Presunción de inocencia.

De acuerdo con el profesor Hassemer: “quien no defiende la presunción de inocencia aun en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria.”²⁶

No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la

sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable.

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor, como señala el profesor Nils Christie ²⁷, la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de Derecho y el principio de racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano.

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines sólo pueden ser instrumentales, y en virtud de ello nos preocupan los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional cuando ha señalado que no tomar la medida restrictiva cuando se acredite la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, significa “relegar en forma injustificada, al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la verdad real de los hechos, el de sujeción del acusado a los procedimientos, **buscando con ello asegurar la aplicación de la ley penal**, en virtud de los cuales se permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación” ²⁸ (lo destacado no es del original).

Resulta claro entonces que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

Si bien comprendemos las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, es lo cierto que debemos desterrar de

25 Maier, op. cit. pág. 522.

26 Hassemer Winfried, op. cit. pág. 118.

27 Christie, Nils. Los límites del dolor. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1994.

28 Voto de la Sala Constitucional N° 1419-96 y en el mismo sentido N° 214-96, y N° 450-96.

nuestro medio la idea equivocada de que a través del sistema penal se va a modificar la realidad delictiva, pues ésta tiene sustento, entre otras causas, en el acentuado proceso de empobrecimiento a que se han visto sometidos los sectores marginados de nuestra población, y de Latinoamérica en general, agravados con los procesos de globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de nuestros países. Definitivamente, el aumento de los delitos contra la propiedad tiene una comprobada relación con los períodos de deterioro en las condiciones de vida, según lo ha demostrado en nuestro país la interesante investigación de don Elías Carranza que ya hemos mencionado ²⁹, e igualmente se ha puesto en evidencia que, como ocurre en casi todo el mundo, la población penitenciaria proviene de los sectores más carenciados y empobrecidos.

De esta forma, no es el aumento de la pena privativa de libertad ni mucho menos el de los términos de la prisión preventiva, lo que permitirá un combate eficaz contra la delincuencia. Por el contrario, estas tendencias nos empujan violentamente hacia formas autoritarias de gobierno, en las que la violación de derechos fundamentales es tarea cotidiana. Sobre este peligro debiéramos reflexionar muy seriamente.

b.- Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.

El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres subprincipios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto.

En relación con el de necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última **ratio**, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. Este principio también ha sido

llamado de “excepcionalidad” y está vinculado con el de “subsidiariedad” cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos.

La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar.

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

“El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma.” ³⁰

Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente. Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado “principio de prohibición de exceso” y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión.

“La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado” ³¹, pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales.

29 Carranza, Elías. op. cit. pp. 29-32.

30 Llobet, Javier. op. cit. pp. 258-259.

31 Bovino, Alberto. Op. cit. pp. 44-45

Consecuencias evidentes de la prohibición de exceso vienen entonces a ser, tanto la prioridad de aplicar medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva, como el establecimiento de límites precisos y controles a su duración.

El nuevo Código Procesal Penal recoge, en el párrafo 2) del artículo 238 el principio de proporcionalidad al señalar que:

“La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.”

Otra limitación a la prisión preventiva derivada también de este principio se recoge en el nuevo código al disponerse que no se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años ni valetudinarias, si el tribunal estima que en caso de condena no se les impondrá pena superior a cinco años.

Al tema de los límites y controles en la duración nos referiremos en el siguiente título.

E.- DISPOSICIONES NORMATIVAS, DURACIÓN Y USO REAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

a.- Disposiciones normativas.

La detención provisional se encuentra reconocida como excepción, constitucional y convencionalmente. Así, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 9o. dispone:

“Presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

En el ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba

restringir la libertad de una persona sometida a juicio. Así, en su artículo 7, en relación con el derecho a la libertad personal, se dispone:

- “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
- 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
- 4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- 5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.”

Lamentablemente, los principios contenidos en la última de las normas convencionales transcritas no son de aplicación directa -como deberían serlo- por los jueces latinoamericanos, quienes en su mayoría ven en el compromiso adquirido al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica -como también se le llama- sólo la obligación para los Estados Partes, de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades³². Aun en los casos en que en la legislación interna cuenta con normas similares o de igual contenido, es lo cierto que la detención provisional no se acuerda siguiendo sus pautas, como excepción, sino que constituye la regla.

Sin el carácter vinculante de la Convención, pero sí con la fuerza que conlleva el hecho de haber sido

32 Ver artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

redactado y aprobado por los procesalistas más representativos de la región, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica contiene los señalados principios de la Convención, los que deben ser aplicados con criterio restrictivo según se señala en su artículo 3, en el que se dispone:

“3.- Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son la que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado.”

La detención provisional del imputado procede cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

En su artículo 196, el Código Procesal Penal Modelo, dispone:

“196.- Finalidad y alcance.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuesen absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.”

Rige el artículo 3 para la aplicación e interpretación de las reglas que autorizan medidas restrictivas de esos derechos. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código, y sólo

durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. En el artículo 202 se dispone sobre los casos en que procede la prisión preventiva, en el 203 se establecen los casos en que puede estimarse existe peligro de fuga, en el 204 cuando peligro de obstaculización y en el 205 cómo debe ser la resolución en que se acuerde la restricción a la libertad. Por la importancia de las normas resulta conveniente su transcripción, de seguido.

“202.- Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado, cuando medien los siguientes requisitos:

- 1.- la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él (procesamiento);
- 2.- la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga), u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquéllos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, sólo se aplicará las medidas previstas en los incisos 3 a 7 del artículo 209, salvo lo dispuesto en el artículo 379.

El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan.”

“203. Peligro de fuga.- Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1.- arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
- 2.- la pena que se espera como resultado del procedimiento;

3.- la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

4.- el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.”

“204. Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

1.- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

2.- influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;

3.- inducirá a otros a realizar tales comportamientos.”

“205.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto será dictado por el juez de la instrucción, durante el procedimiento preparatorio, o por el tribunal competente, y deberá contener:

1.- los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;

2.- una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;

3.- los fundamentos;

4.- el dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables.”

“209. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1.- arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;

2.- la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;

3.- la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;

4.- la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;

5.- la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

6.- la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

7.- la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado, tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.”

En el Código Procesal Penal de Guatemala, artículos 259, 260, 261, 262, 263 y 264, se regula sobre la materia con el mismo contenido de las normas transcritas del Código Procesal Penal Modelo. Lo propio se hace en los artículos 285, 286, 287 y 288 del Código Procesal Penal de El Salvador; en los artículos 244, 245, 246 y 247 del proyecto de Código Procesal Penal de Paraguay; y en los artículos 239, 240, 241, 257 y 258 del nuevo Código Procesal Penal costarricense.

En el Código de Procedimientos Penales vigente, el juez de instrucción tiene encomendada la tarea de realizar la instrucción y dictar la resolución que disponga la prisión preventiva, la que debe ordenarse mediante una resolución debidamente fundamentada, no sólo por disponerlo así la norma del 106, sino también porque este criterio ha sido reforzado por diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional³³. El 243 del nuevo código expresamente obliga al dictado de una resolución fundamentada.

El tratamiento de la restricción que comentamos ha experimentado en nuestro medio una interesante incursión legislativa que en algunos casos, (reforma de mayo de 1993) significó un importante avance en la consolidación de un proceso garantista y democrático, inspirado en las disposiciones del Código Procesal Penal Tipo para Latinoamérica y en otros, un significativo retroceso, (reforma de abril de 1996).

En la Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996, se dispone en los artículos 58 y 59:

Artículo 58.-

El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- a.- Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de justicia.
- b.- Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo.

La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados.

Artículo 59.-

La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años

y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.

En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.

En materia de adultos tenemos que, antes de la reforma aprobada por Ley N°. 7337 de 5 de mayo de 1993, el texto del artículo 291 del Código de Procedimiento Penales disponía:

“El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiere concedido la excarcelación.

- 1.- Cuando el delito que se le atribuye esté reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de tres años;
- 2.- Si éste fuere inferior, en los casos previstos por el artículo 298; y
- 3.- Cuando concurren varias infracciones, dicho máximo será establecido con arreglo a los artículos 75 y 76 del Código Penal.

Como se evidencia, por la estructura de la norma se facilitó la aplicación de criterios antojadizos, subjetivos y arbitrarios, que provocaron una buena cantidad de violaciones a los derechos humanos, que vinieron a ser frenados mediante importantes fallos de la Sala Constitucional, producidos básicamente en los primeros años de su funcionamiento, a partir de noviembre de 1989, tal como lo demostraremos en los cuadros comparativos que se incluyen en el acápite denominado “uso real de la prisión preventiva”.

33 Entre otros Votos, 386-92, 1309-96.

Con la reforma mencionada se introducen los adecuados principios que deben regir este instituto y sobre todo, se establece un estricto control de su duración y posibilidades de revisión. Es así como entonces las reformadas disposiciones señalan:

"Artículo 291.- El juez podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiera concedido la excarcelación, siempre que:

- 1.- Existan elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.
- 2.- Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
- 3.- El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de tres años; si fuere inferior, sólo procederá si concurren alguno de los supuestos previstos en el artículo 298. La resolución deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan y será apelable por el imputado o por el Ministerio Público."

"Artículo 294.- El juez dispondrá, por auto, la cesación del encarcelamiento y la inmediata libertad del imputado, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no subsisten los motivos que la fundaron o tornen conveniente sus sustitución por otra medida.
- 2.- Cuando su duración supere o equivalga a la condena que, "prima facie", se estima podría imponerse, considerando incluso la posible concesión de beneficios sustitutivos de la prisión.
- 3.- Cuando su duración exceda de quince meses; pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar seis meses más. El Tribunal Superior de Casación Penal, a pedido del tribunal que conoce de la causa o del Ministerio Público, podrá autorizar que

el plazo de quince meses se prolongue hasta por un año más, fijando el tiempo concreto de la prórroga de la prisión. En este caso deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Vencido el plazo fijado en este inciso, no se podrá acordar una medida de coerción, salvo la citación y las establecidas en el artículo siguiente; pero, para asegurar la realización del debate, o de un pacto particular, para comprobar la sospecha de fuga o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar su nueva detención, por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición."

Por desgracia, la creencia popular de que el uso de la prisión preventiva puede disminuir los índices de criminalidad, muy arraigada en nuestros medios, incidió para que estas disposiciones se derogaran con la ley que aprobó el nuevo Código Procesal Penal (ley N° 7594 del 10 de abril de 1996), pero el transitorio quinto de esa ley dispuso que las reformas introducidas a los artículos 294 y 298 del CPP de 1973 (haciendo una mala cita de la ley) debía estar vigente hasta el 1° de enero de 1998, fecha en que comenzará a regir el nuevo Código Procesal Penal, el cual regresa a la posición de mantener plazos máximos para la prisión preventiva (arts. 253, 257 y 258).- El Código Costarricense introduce además una prohibición de examinar la prisión preventiva a solicitud de parte durante los primeros tres meses, pero el tribunal puede revisarla de oficio si estima que han variado las circunstancias por las cuales se decretó (art. 253) y restringe el recurso de apelación durante esos primeros tres meses sólo a la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva. Transcurrido ese plazo las resoluciones que rechacen una medida sustitutiva, sí tienen recurso de apelación (art. 256).-

Quizá por inadvertencia, el legislador mantuvo la vigencia de las cuestionadas medidas hasta la entrada en vigor del nuevo instrumento procesal, lo que permite -dichosamente- retornar a la situación de límites y controles adecuados.

b.- Duración y control en el nuevo C.P.P.

La duración de la prisión preventiva y su control tiene una estructuración importante en el nuevo C.P.P., como parte de la tendencia internacional que establece

límites precisos. Así tenemos que el inc. c) del artículo 257 establece como causal de cese el hecho de que la duración exceda los doce meses, pero sin que este plazo sea absoluto, ya que admite su ampliación en los supuestos del 258 que a la letra señala:

“A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal Superior de Casación Penal, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Si se ha dictado sentencia condenatoria, los plazos podrán prorrogarse por seis meses más. Vencidos esos plazos, no se podrá acordar una nueva ampliación al tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga, o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, casos en los que la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La Sala o el Tribunal de Casación Penal, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva más allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.”

Pese a que se insista en que la fijación de límites a la prisión preventiva es una consecuencia del principio de proporcionalidad en relación con el de aceleramiento procesal y que una prisión de excesiva duración es válida si cumple funciones de aseguramiento procesal, creemos que, en muchos casos de plazo excesivo, podríamos estar frente a una verdadera pena.

Por esta razón resulta preocupante la ampliación que se produce según el nuevo C.P.P. en los supuestos previstos para el procedimiento de asuntos de tramitación compleja, contenidos en el artículo 378 inciso a), puesto que “el plazo simple de la prisión preventiva, de doce meses, puede prorrogarse hasta por un año más, por el Tribunal de Casación. Y si se ha dictado sentencia

condenatoria, puede prolongarse por seis meses más. Y en forma excepcional y de oficio, el Tribunal Superior de Casación Penal puede aún prorrogarlo por seis meses más, cuando se disponga el reenvío a un nuevo juicio. De modo que la prórroga del plazo de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario, sin contar la facultad excepcional del Tribunal Superior de Casación Penal de ampliarla en caso de reenvío y sin tomar en cuenta la posibilidad de que se ordene una ampliación de la prisión preventiva para la realización de un determinado acto, por el tiempo “absolutamente necesario” que de forma no muy clara contempla el artículo 258; y también excluyendo las suspensiones al plazo de la prisión preventiva que señala el artículo 259, suma dieciocho meses que, unidos a los doce meses del plazo simple de la prisión preventiva, nos da un plazo total de treinta meses, o sea, de dos años y seis meses, de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario.

En el caso del procedimiento de tramitación compleja, el plazo simple de la prisión preventiva (que es hasta dieciocho meses en este procedimiento) puede prorrogarse hasta otros dieciocho meses más por el Tribunal Superior de Casación Penal, y si se ha dictado sentencia condenatoria puede prolongarse por ocho meses más. O sea, que las prórrogas previstas para la prisión preventiva en este procedimiento especial (sin tomar en cuenta los mismos aspectos que excluimos al sumar las prórrogas de la prisión preventiva del procedimiento ordinario, que también resultarían de aplicación al procedimiento de tramitación compleja, aunque sin ampliaciones), suman veintiséis meses (dos años y dos meses). De modo que, en relación con el procedimiento ordinario, en el procedimiento de tramitación compleja se aumenta la ampliación del plazo de la prórroga de la prisión preventiva en ocho meses más.

Y en total el término de la prisión preventiva en este procedimiento especial puede llegar hasta cuarenta y cuatro meses (tres años y ocho meses); sea, catorce meses más que en el procedimiento ordinario.

Lo que evidentemente constituye una grave afectación al derecho a la libertad, de previo a una condenatoria firme.”³⁴

En materia de revisión, dichosamente se vuelve a los principios que inspiraron la reforma del 93 y se establece en el artículo 253 lo siguiente:

“Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.”

No compartimos sin embargo la parte inicial de esta norma que impide la revisión de la prisión preventiva en los primeros tres meses de acordada, no sólo porque en algunos supuestos puede constituir una clara violación a la presunción de inocencia, sino porque viola otra disposición de rango constitucional, cual es el derecho de petición que le otorga la Carta Magna a todo ciudadano en su artículo 27.

Igualmente criticable nos parece el hecho de que, el párrafo 4 del artículo 253 permita tomar en cuenta especialmente la “peligrosidad” del imputado cuando se revisa la prisión preventiva, pues lo estimamos violatorio en forma clara del principio de culpabilidad. Nótese que si la Sala Constitucional rechazó la consideración de la peligrosidad como criterio válido para aplicar una medida de seguridad a un sujeto imputable, tenido por culpable

después de un debido proceso, con mucha mayor razón resulta absurda su valoración tratándose de una persona cuya culpabilidad no ha sido declarada.³⁵

En cuanto a la necesidad de reducir el encarcelamiento preventivo, resulta claro que es una de las preocupaciones básicas de los últimos tiempos.

“El siglo XX ha procurado reducir aún más las posibilidades del encarcelamiento preventivo. Ya la reducción postulada para la pena privativa de libertad producirá efectos inmediatos en el encarcelamiento preventivo conforme al principio de proporcionalidad. Pero eso no bastó. Con razón se procura establecer un límite temporal máximo para la privación de libertad procesal, para evitar así cargar en las espaldas del imputado la duración exagerada del enjuiciamiento penal. El movimiento se inscribe, además, dentro de aquellos que intentan un enriquecimiento de las garantías personales, una necesidad histórica ineludible para no pecar por ineficacia e hipocresía, pues la realidad se ha encargado de demostrar modos de aplicación del poder penal del Estado que, con respeto aparente de las formas establecidas para la intervención estatal, las violan en esencia, incluso por utilización de esas mismas formas (la intervención judicial) en sentido contrario a la garantía, para limitar aún más la libertad personal. La limitación temporal del encarcelamiento preventivo ha alcanzado ya rango constitucional, según sucede, por ej., en la nueva Constitución española y en la italiana, con lo cual se reconoce que la prolongación de la prisión preventiva por demasiado tiempo o, si se quiere, su limitación temporal, afecta al Estado de Derecho correctamente comprendido. La prueba final del acierto de este enriquecimiento de la garantía de libertad aparece en nuestro siglo conducida por las convenciones sobre derechos humanos que, a la vez de reiterar los principios anticipados, abogan por un plazo breve de encarcelamiento preventivo, mediante la simple fórmula, escasamente entendida entre nosotros, de juicio o libertad.”³⁶

Cabe destacar que el movimiento que intenta limitar el encarcelamiento preventivo, va acompañado

35 Voto de la Sala Constitucional N° 88-92

36 Maier, Julio. op. cit. pp. 379-380

de la búsqueda de alternativas, es decir, de medidas coercitivas que lo reemplacen con menor daño para el ser humano y similar garantía para el procedimiento. Estas han sido inteligentemente incorporadas a nuestro instrumento procesal de 1996, en el artículo 244, tal como lo apuntamos ya en el acápite referido al peligro de obstaculización.

En este sentido nos parece fundamental llevar a cabo un proceso de concientización en nuestros operadores jurídicos, que les permita vislumbrar la naturaleza del bien que están disponiendo a la hora de dictar una prisión preventiva, con el fin de evitar los injustos encarcelamientos y posibilitar un mayor recurso a las alternativas que el ordenamiento les proporciona.

c.- Uso real de la prisión preventiva.

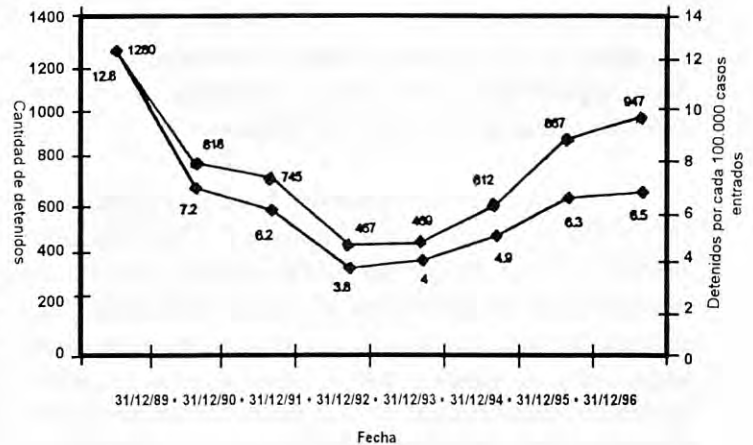
La cantidad de personas que guardan prisión en espera de juicio representan entre un 45% y un 91% del total de gente encarcelada en América Latina ³⁷, y esta situación “lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria, crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control o contención social es generalizado.” ³⁸

En la realidad guatemalteca, con el anterior régimen procesal, la prisión preventiva era utilizada como condena anticipada, vulnerando el principio de inocencia, ya que, en los centros de detención, la mayoría de los reclusos eran presos sin condena. ³⁹

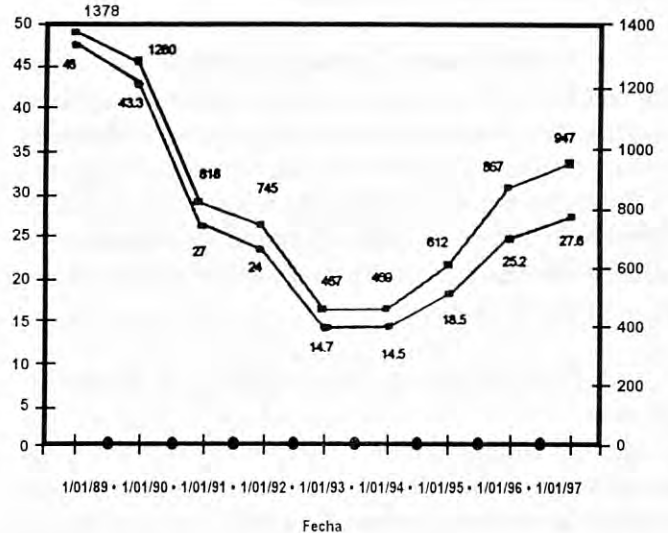
En nuestro país, según datos suministrados por el Departamento de Planificación, Sección de Estadísticas del Poder Judicial, el uso de la prisión preventiva presenta el siguiente estado:

Fácilmente podemos apreciar cómo los índices más altos de reclusión preventiva se producen antes de que entre en funciones la Sala Constitucional, comienzan a disminuir a partir del control constitucional y ya en el período siguiente a la reforma de 1993 que hemos comentado y que le puso límites y controles precisos, disminuye notablemente, para comenzar una curva ascendente que se mantiene a la fecha.

Personas en prisión preventiva sin estar sentenciadas y su relación con el número de casos entrados.



Persona detenidas en prisión preventiva sin estar sentenciadas por cada 100.000 habitantes



37 Carranza Elías y otros. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delinquentes. San José, C.R., 1983, pp. 33-66

38 Carranza, Elías. “Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión”, en El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Editor, S. A, México 1991, pág. 98.

39 Barrientos Pellecer, César. Derecho procesal guatemalteco. Ed. Magna Terra. Guatemala, 1995, pág. 21.

Fácilmente podemos apreciar cómo los índices más altos de reclusión preventiva se producen antes de que entre en funciones la Sala Constitucional, comienzan a disminuir a partir del control constitucional y ya en el período siguiente a la reforma de 1993 que hemos comentado y que le puso límites y controles precisos, disminuye notablemente, para comenzar una curva ascendente que se mantiene a la fecha.

Este aumento en el número de personas detenidas en prisión preventiva debe llamarnos a un detenido análisis. Es un fenómeno que no resulta ajeno a la dramatización del sentimiento de inseguridad ciudadana, estimulada por los medios de comunicación, como ya lo hemos señalado *supra*, y que ha llevado a que se privatice en muchos casos el combate a la delincuencia, mediante la organización de grupos comunitarios de vigilancia o el contrato de policía privada como recursos para conseguir seguridad. Los peligros de la privatización han sido más que evidentes en países del área, en los que la aparición de grupos paramilitares y escuadrones de la muerte que se han pretendido convertir en los garantes de la seguridad ciudadana, han provocado las nefastas consecuencias que ya conocemos.

En este contexto, hablar de exceso de garantismo nos resulta igualmente preocupante. En esta materia no puede haber excesos, o somos garantistas, respetuosos de los principios y garantías fundamentales consagrados en los textos constitucionales y en los instrumentos de derechos humanos, o abrimos la puerta a la entronización del autoritarismo y la cultura represiva como mecanismos de solución de conflictos.

De nosotros depende el camino que forjaremos en este campo. Será tarea ineludible de nuestros juzgadores adoptar criterios interpretativos acordes con los principios filosóficos y político criminales que inspiran la reforma procesal de 1996 y que será puesta en vigencia a partir del 1° de enero de 1998, tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de pena, como para resguardar los derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.

Es indispensable por otra parte, educar y orientar tanto a la ciudadanía como a los comunicadores sociales, sobre las gravísimas consecuencias que provoca una política represiva que incluya a la prisión preventiva como solución al problema de la criminalidad. Son más los problemas que ocasiona que los supuestos beneficios, y las nefastas implicaciones que tiene para el interno y su familia, lejos de contribuir a disminuir la criminalidad, provoca un desajuste social y familiar que empuja a núcleos enteros hacia la delincuencia como forma de vida. "Las cárceles producen efectos opuestos a la reeducación y reinserción social. El carácter represivo y uniformante que rige en ellas, anula la individualidad, la libertad y la espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados."⁴⁰

La represión no tiene utilidad práctica alguna, pierde el infractor porque no obtiene ningún beneficio ni encuentra razones para modificar su conducta o actitud, pierde la víctima porque no se recupera de su lesión y finalmente también pierde la sociedad, porque el conflicto que se le genera llega muchas veces a ser más violento que la infracción.

De conformidad, con lo que hasta ahora hemos expuesto, valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del profesor Luigi Ferrajoli, de "un proceso sin prisión provisional"⁴¹ ya que, pese a que él considera que pueda aparecer, a corto plazo, como una quimera, por la resistencia que siempre ponen las culturas conservadoras, es lo cierto que, una observación profunda de la experiencia procesal vigente y sobre todo un análisis de los preocupantes datos que nos suministra la investigación sobre el preso sin condena, debe llevarnos a un replanteamiento del tema en nuestro medio. No debemos perder de vista el peligro que encierra el hecho de que "una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por "necesidades procesales" ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por "necesidades penales."⁴²

40 Arroyo, José Manuel. "El sistema penal ante el dilema de sus alternativas", San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, 1995, pág. 69.

41 Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón". Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, pgs. 559-561.

42 Ferrajoli, op. cit., p. 555.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO (José Manuel). "El sistema penal ante el dilema de sus alternativas", San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER (César). "Derecho procesal guatemalteco". Ed. Magna Terra. Guatemala, 1995.
- BOVINO (Alberto). "Temas de derecho procesal guatemalteco". Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996.
- BOVINO (Alberto). "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.
- CAFFERATA NORES (José) "La excarcelación". Buenos Aires. 1988.
- CARRANZA (Elías) y otros. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente. San José, C.R., 1983.
- CARRANZA (Elías). "Criminalidad ¿Prevención o promoción?, Editorial Uned, San José, C.R.
- CARRANZA (Elías). "Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión", en El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Editor, S. A, México 1991.
- CHRISTIE (Nils). "Los límites del dolor". Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1994.
- DOMINGUEZ (Federico) y otros "El derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984.
- FERRAJOLI, (L). citado por Bovino Alberto en "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos". Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.
- GONZALEZ ALVAREZ (Daniel) y otros. "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.", segunda edición ampliada, San José, C.R., abril de 1997.
- HASSEMER (Winfried). "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1995.
- IPPOLITO (Franco). "La detención preventiva". Revista de Derecho Constitucional". N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997.
- LEVENE (Ricardo). Hijo, "El debido proceso y otros temas". San José, 1981
- LLOBET (Javier). "La prisión preventiva (límites constitucionales)" Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José, Costa Rica, 1997.
- MAIER (Julio B. J.) "Derecho Procesal Penal". Tomo 1.
- PASTOR (Daniel R.). "El encarcelamiento preventivo" en AA.VV., El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl). "En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal", Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1989.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ABUSO SEXUAL DE LOS NIÑOS EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

*Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez
Prof. Asociado de la Universidad de Costa Rica,
Juez Superior Penal.*

1.- El problema

No cabe la menor duda de que el abuso sexual de los niños es uno de los principales males que aquejan a la sociedad contemporánea. Costa Rica, lamentablemente, no es la excepción en este sentido.

Existen estudios estadísticos que revelan que el número de delitos sexuales en general y de aquellos cometidos contra los niños, viene en aumento año con año ¹. No puede considerarse, sin embargo, que se esté en presencia, necesariamente, de un aumento de la "criminalidad real". Puede tratarse, simplemente, de un aumento de las denuncias que se presentan por estos delitos ante las autoridades encargadas de conocer de estas causas. Al respecto estima Elías Carranza ²:

"No cabe duda de que como resultado de la acción de los citados programas de promoción y defensa de los derechos de los niños y niñas y de promoción y defensa de los derechos de la mujer, se ha alcanzado un grado mucho mayor de conocimiento y conciencia sobre este grave problema, elementos indispensables para una mejor prevención. En esa misma línea de acción, es importante

interpretar adecuadamente los datos de criminalidad, para evitar confusiones y posibles medidas equivocadas de política criminal. Se ha puesto de manifiesto un fenómeno que ya existía y que se mantenía mayormente oculto o invisibilizado, y el conocimiento que la sociedad ha tomado de él será útil para actuar para reducirlo. No significa que de improviso hayan aparecido más "sátiros" y más padres que abusan de sus hijos que los que antes había. No se trata de un fenómeno nuevo, ni tampoco, por la información de que hasta el momento se dispone, puede afirmarse que se trate de una categoría de delitos en ascenso".

La tesis es correcta. En realidad, el aumento en los datos estadísticos pone de manifiesto que los programas de defensa de los derechos de niños y mujeres agredidas producen un efecto de concientización en estos sectores de la población, el cual se traduce en una mayor cantidad de denuncias relativas a las agresiones sufridas. La víctima, entonces, ya no asume el agravio sufrido como un mal sin remedio, sino que adopta una actitud de denuncia y reivindicación, que se traduce, ciertamente, en un aumento en el número de casos que se ventilan ante los Tribunales de Justicia; casos que, en el pasado,

1 Carranza, Elías, *Criminalidad ¿Prevención o promoción?* San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1994, p. 37, consigna, con relación al delito de abusos deshonestos, las siguientes tasas por cien mil habitantes en el período 1983-1992:

1983 = 9.4
1984 = 10.0
1985 = 10.4
1986 = 12.1
1987 = 13.9
1988 = 13.7
1989 = 17.3
1990 = 15.5
1991 = 17.2
1992 = 18.9

2 Ibid, p. 39.

quedaban invisibilizados dentro de la llamada “cifra negra”.

En cualquier caso, sea que las estadísticas reflejen o no un aumento “real” de la criminalidad sexual, lo cierto es que ellas ponen de manifiesto un problema jurídico importante, a saber, el de cómo debe reaccionar el Derecho ante el aumento en el número de denuncias o delitos sexuales que llegan a conocimiento de los tribunales.

Una primera vía, la más sencilla, pero también la más superficial, es la de propugnar un aumento generalizado de la represión penal de estos delitos. Se trata, desde esta visión, de aumentar o agravar las penas con que se reprime este tipo de criminalidad. Este tipo de reacción puede englobarse dentro de una visión del derecho penal como tecnología social, que busca poner el aparato de represión al servicio de los más variados fines (políticos), y propugna un aumento de la “eficacia” del sistema de represión, en detrimento de su legitimidad³.

Frente a esta tesitura, creo que resulta indispensable tener presente los siguientes aspectos.

Primero: todo aumento del cuantitativo o cualitativo del sistema de represión en una sociedad debe verse con suma cautela. Sobre todo, es necesario preguntarse qué efectos disfuncionales (económicos, éticos, morales y políticos), puede tener el aumento de la represión sobre la sociedad globalmente considerada.

Como lo apunta certeramente Llobet: “Por otro lado la gran paradoja del aumento draconiano de las penas en

delitos en contra de la criminalidad violenta (y en materia de drogas), que se ha dado en los últimos años, es que aumenta las penas, más el sistema penitenciario está totalmente saturado, de modo que no puede soportar un aumento de privados de libertad. Se plantea así por alguno la alternativa de la creación de nuevas cárceles, pero es claro que aparte del problema que implica acudir más a la prisión con sus efectos criminalizantes, el Estado actual con su crisis fiscal, no está en capacidad de crear nuevas prisiones debido al alto costo que ello significa. Todo ello ha provocado un hacinamiento en los Centros Penitenciarios y el deterioro progresivo de las condiciones de vida en dichos Centros”⁴.

Segundo: el aumento cualitativo o cuantitativo de la represión se asocia, de ordinario, con una finalidad de prevención, tanto general como concreta. En última instancia, se persigue implementar, de una manera más efectiva, la pretensión de control que se hace recaer sobre el derecho penal. Con todo, existen buenas razones para estimar que esta pretensión de control es notablemente exagerada. Más bien, el aumento (o, en el mejor de los casos, la constancia), de la delincuencia en países donde se ha agravado la severidad del sistema de represión estatal, pone en guardia sobre la supuesta aptitud del sistema penal para “controlar” la criminalidad⁵.

Por otra parte, las estructuras autorreflexivas (autopoieticas), que regulan el funcionamiento interno de los sistemas síquicos y sociales, presenta una seria objeción a la pretensión de control de un sistema con relación a otro. En efecto, el “descubrimiento” de la autopoiesis⁶, que consiste en la idea de que cada sistema se produce (y reproduce), constantemente, con los mismos

3 Sobre el derecho penal como tecnología social: Hassemer, Winfried, *Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter*, en *Recht und Moral*, editado por Heike Jung y otros, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 329 y ss; del mismo autor: *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994, p. 6 y ss.; Albrecht, Peter-Alexis, *Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht Quo Vadis?*, en: *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*. Ensayos científico-criminales en honor der Herbert Jäger, editado por Lorenz Böllinger y Rüdiger Lautmann, Frankfurt a. ., Suhrkamp, 1993. En Costa Rica: Rivero Sánchez, Juan. Consideraciones sobre el Proyecto “Ley de Reformas al Código Penal”, en *Iustitia*, San José, Costa Rica., año 10, N. 109-110, 1996, p. 29 y ss.

4 Llobet, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José, Costa Rica, UCI, 1997, p. 133-134.

5 A manera de ejemplo, téngase presente que el estado actual de las investigaciones conduce a la afirmación de que no existe ningún fundamento empírico para sostener que la pena de muerte pueda tener un efecto preventivo general de la delincuencia. Sobre el punto: Martis, Roderich, *Die Funktionen der Todstrafe*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1991.

6 El descubrimiento corresponde a los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela. Sobre el punto: Maturana, Humberto/Varela, Francisco. *Autopoiesis and Cognition*. Boston, D. Reidel, 1980; Maturana, Humberto, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig, 1982.

elementos de que se compone, implica un cambio de paradigma en la teoría de los sistemas, la cual se debatía entre los modelos, contradictorios, de los sistemas cerrados o abiertos ⁷. La teoría de la autopoiesis lleva más bien a la afirmación de que todo sistema es, a la vez, abierto y cerrado. Es cerrado en cuanto a su código interno, constituido por las estructuras autorreflexivas de autoproducción, autorreproducción, autoobservación y autocontrol. Pero es abierto en cuanto a la percepción de energía y de información. Esta visión de las cosas, que tan sólo queda esbozada aquí, pone en tela de juicio la posibilidad de controlar un sistema "desde afuera". La presencia de estas estructuras autorreflexivas señala que los sistemas más bien se autocontrolan. La intervención "desde afuera" produce el efecto de destruir las estructuras autorreflexivas y, con ello, al propio sistema. Por esto es que el aumento de las penas no produce, necesariamente, una reducción de la criminalidad. Cada sujeto percibe la información que capta del sistema jurídico de una manera particular y según sus propios procesos de observación. La pena es procesada, así, en el marco de las propias estructuras autorreflexivas del sujeto y traducida al propio lenguaje y código operativo de la consciencia (¡sentido!). Esta pena, así procesada e incorporada a la consciencia, sólo produce un efecto disuasivo en el sujeto, en la medida en que la sanción pueda ser observada por la persona como un mal cuyo sufrimiento no se vea compensado por el delito. Pero en estos casos, es claro que la persona se abstiene de cometer el delito, no porque el Derecho haya tenido éxito en su función contralora, sino porque el sujeto, destinatario de la norma penal, se autocontroló. En realidad, el derecho penal interviene a posteriori, cuando ya el daño ha sido producido, y lo hace, más cumpliendo una función retributiva, que una preventiva.

Tercero: más importante es, con todo, la constatación de que la intervención del derecho penal en nada repara el daño causado. Una vez que se impone la sanción penal respectiva, la víctima queda en el mismo estado que tenía cuando acudió a los Tribunales de Justicia. En el caso del delito de abusos deshonestos puede advertirse esto con mucha claridad. Los daños que la agresión sexual

produce no se reparan con la imposición de la sanción penal en manera alguna. Estas consideraciones llevan a cuestionar seriamente el recurso al instrumental del derecho penal como único remedio y sugiere que se tome la mirada a otras ramas del ordenamiento jurídico a fin de determinar si éstas se encuentran en la posibilidad de aportar una solución acorde con los intereses en juego; en este caso, específicamente en el supuesto de las agresiones sexuales de menores.

Algunas de las agresiones sexuales que se producen en contra de los menores tienen lugar en el ámbito de los recintos escolares. La tesis que se va a desarrollar en las páginas que siguen, parte de la idea de que el recurso a la responsabilidad del Estado, por las agresiones que sufran los menores en el ámbito de los centros educativos, puede tener un importante efecto preventivo y, fundamentalmente, indemnizatorio del daño sufrido, elementos éstos que, el derecho penal, con su instrumental de penas y medidas de seguridad, no está en condiciones de cumplir.

2. La nueva concepción sobre la reparación de los daños

En materia de responsabilidad se ha operado un cambio de paradigma, cuya trascendencia debe resaltarse.

De sobra es sabido que la función esencial del derecho relativo al resarcimiento de daños es la del reparto, o más bien, distribución, de los costos y riesgos de los comportamientos sociales (tanto acciones como omisiones), entre los integrantes de una sociedad dada ⁸.

Esta distribución puede hacerse siguiendo distintos criterios ⁹. En primer lugar, puede partirse de la base de que la víctima es la que debe asumir los riesgos. Esta es la idea básica de la llamada "property rule" (el titular de los bienes corre con los riesgos que los afectan.). En segundo término, puede hacerse recaer el peso de la

⁷ Sobre las diversas implicaciones de la teoría de los sistemas sociales, véase: Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*. Frankfurt a.M., 1984.

⁸ Brügge-meier, Gert, *Deliktsrecht, Nomos*, Baden-Baden, 1986, p. 38.

⁹ Sobre estos criterios ver: Brügge-meier, Gert., *Op.cit.*, p. 42 y ss.

responsabilidad sobre el autor de los daños. Esta es la llamada "liability rule". En este último caso, como es claro, la distribución de los riesgos se traslada de la víctima al autor del daño.

Las grandes codificaciones (Code Napoleón, Codificación Austriaca. BGB Alemán), así como la interminable serie de copias que éstas suscitaron a lo largo y lo ancho del mundo, se orientan por la llamada "property rule" y, consecuentemente, por el principio "casum sentit dominus", de conformidad con el cual el propietario corre con los riesgos que afectan a sus bienes¹⁰. Si se produce un daño sobre sus bienes, él debe soportarlo. Esta solución del problema de la distribución social de los riesgos de los comportamientos, es característica de las codificaciones liberales de principios y finales del siglo XIX.

De conformidad con la lógica liberal-individualista, si la persona sufre un daño debe ésta soportarlo, sin tener posibilidad de reparación, como si fuera producto del azar, del destino o de la mala suerte. El rigor del principio "casum sentit dominus", en el ámbito del derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual, sólo se vio atenuado, y esto de manera muy excepcional, en aquellos casos en que el discurso ideológico de la época estimaba que había razones éticas que así lo aconsejaban¹¹.

El fundamento ético para trasladar los riesgos al autor del daño se encontró en el concepto de "abuso de la libertad". En efecto, sólo en los casos en que alguien hubiera causado a alguien un daño actuando de manera culpable, se admitía su responsabilidad y, en consecuencia, su deber de reparar o resarcir el daño. Consecuentemente se definió a la culpabilidad como "responsabilidad por la voluntad". La existencia de la culpa pasó a ser así el fundamento de la reprochabilidad moral del daño. No en vano sentenció Jhering: "no es el daño el que obliga al resarcimiento, sino la culpa"¹².

De conformidad con este sistema, entonces, el autor del daño sólo estaría en el deber de reparar o resarcir el daño en aquellos casos en que la víctima pudiera demostrar que aquel había actuado con dolo o culpa. No debe olvidarse que el modelo de hombre del que partieron estas codificaciones fue el del "Homo oeconomicus", que no es otro que el del hombre racional, que puede proponerse metas y elegir los medios adecuados para realizarlas, aquél que, como artífice de su propio destino, le es confiada la tarea de modelar su propia existencia.

De conformidad con este orden de ideas, toda persona responsable y juiciosa debía tomar la precaución de protegerse de todos aquellos daños que no estarían cubiertos por el principio de la culpabilidad. Ello podría lograrse de dos maneras, ya sea por el ahorro o mediante el contrato de seguro.

Para otros criterios de imputación diversos de la culpa, no se dejó campo, en general, en las grandes codificaciones liberales. El rechazo, o aceptación muy limitada, de la responsabilidad objetiva se fundó en la idea de asegurar la libertad y responsabilidad del individuo. No obstante, como lo han demostrado varias investigaciones, lo cierto es que la admisión de la culpa como criterio de imputación se fundó en el deseo de proteger a la naciente industria de las consecuencias económicas que implicaría la admisión de criterios de imputación más estrictos¹³.

Debe puntalizarse, además, que esta responsabilidad, que sólo en casos de excepción, con arreglo al criterio de la culpa, debía asumir el autor del daño, se vio atenuada, notablemente, de dos maneras diferentes.

En primer lugar, a la víctima le correspondía no sólo la carga de la prueba del daño sufrido, sino también de la culpa con que éste fue ocasionado. En sociedades rurales o preindustriales, como era Francia en la época de promulgación del Code Napoleón, quizá podría

10 Así: Brüggemeier, Gert., Op. cit., p. 44.

11 Sobre el punto: Rivero Sánchez, Juan M., *Das deutsche Schuldrecht. Vorbild oder Warnung für Reformprojekte in Lateinamerika und insbesondere in Costa Rica*. Frankfurt a.M/Berlin/New York/Paris/Wien, Peter Lang, 1995, p. 107 y ss.

12 "Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld", así: Jhering, Rudolf von., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, en: Rudolf von Jhering, *vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1879, Aalen, Scientia Verlag, 1968, p. 199.

13 Kötz, Hein, *Deliktsrecht*, 4. Aufl. Frankfurt a.M., Alfred Metzner Verlag, 1988, p. 15.

justificarse la culpa como criterio de imputación. Pero en sociedades más complejas, ello coloca a la víctima en una situación particularmente difícil. En este tipo de sociedades, donde los mayores y principales daños son ocasionados por grandes y complejas empresas, la demostración de la culpa obliga a conocer la estructura de división del trabajo que caracteriza a una organización determinada. Además, es necesario conocer el complejo proceso de fabricación o producción del bien o servicio, para poder individualizar en qué consistió la violación del deber de cuidado y a quién le es imputable. Finalmente, puede ser el caso que, a pesar de la observancia de los más diversos deberes de cuidado, el daño siempre se produzca. En estos casos, al no haber culpa, la víctima tendría que permanecer sin indemnización. La misma solución debería regir en los casos en que, a pesar de haber habido culpa, no logre la víctima demostrarla, ya sea por no haber podido traspasar el muro de la división del trabajo en la empresa, o por no haber accedido al conocimiento relativo a la producción del bien o servicio, o porque, aun teniendo acceso a estos datos, no pudo contar con la prueba necesaria para reproducirlos ante los Tribunales de Justicia.

En segundo lugar, en los casos en que se logra demostrar la culpa, el riesgo de los daños se traslada a un tercero gracias a la existencia de un contrato de seguros.

Varios factores hacen que en el siglo XX, particularmente en los años que siguen a la Segunda Guerra Mundial, esta visión de las cosas comience a cambiar ¹⁴.

En primer lugar, el enorme desarrollo que experimenta la ciencia y la tecnología hace que los riesgos aumenten. Peligros tales como la experimentación genética y la energía atómica, hacen que la humanidad se enfrente a riesgos que hace unas pocas decenas de años eran desconocidos. El crecimiento de la población y su concentración en los centros urbanos aumenta también el riesgo de sufrir un daño.

Un segundo factor es el cambio de actitud en cuando a la percepción de los daños que se da en la población. El

daño no se percibe más como un producto de la desgracia o del destino. Ello lleva a la idea de que por cada daño producido tiene que haber un responsable. Con ello se reduce y tiende a desaparecer el ámbito de influencia del “destino” o de la “mala suerte”, por lo menos en el terreno jurídico, y es sustituido por el concepto del ilícito ¹⁵.

Un tercer factor que tiene que ver con este cambio, es el proceso de democratización de la responsabilidad extracontractual. En efecto, como consecuencia de este proceso de democratización puede constatarse una progresiva desaparición de todo tipo de inmunidades, tanto de naturaleza jurídica como fáctica, con el fin de hacer una realidad el resarcimiento de todo daño causado.

Este cambio se refleja en una serie de leyes que, en el siglo XX, pasan a contemplar hipótesis de responsabilidad objetiva. Se refleja, además, en la actitud de la jurisprudencia de algunos países europeos, la cual, por medio de inversiones de la carga de la prueba o elevando a estándares objetivos los parámetros de diligencia, trata de sopesar las consecuencias del principio de la culpabilidad en aquellos casos en los cuales el legislador no ha podido actuar para dictar una ley en la que se contemplen criterios de imputación más estrictos que la culpa ¹⁶.

Es esta concepción la que permite afirmar que el Estado, como garante de la integridad síquica y física de los niños en los centros educativos, debe responder conjuntamente con el sujeto que quebrante esa integridad.

3. El Estado como garante de la integridad síquica y física de los niños

No cabe la menor duda de que la acción civil resarcitoria, que se promueva en contra del Estado como responsable solidario en los casos en que un niño sea abusado sexualmente en los centros educativos oficiales debe ser estimada, por ser conforme a derecho.

14 v. Bar., Christian, Deliktsrecht. En Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts., hrsg. vom Bundesminister der Justiz. Köln. Bundesanzeiger, II., 1981, p. 1687 y ss.

15 Confrontar con: Alterini, Atilio Anfal. Contornos actuales de la responsabilidad civil. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1987, p. 19 y ss.

16 Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos de Derecho Civil. Barcelona. Bosch. T. II. Vol I., 1990, p. 482.

Es evidente que el Estado resulta objetiva y solidariamente responsable con el imputado por el delito cometido. La responsabilidad del Estado se deriva, en este supuesto, de cuatro fuentes fundamentales, a saber: 1) la Ley General de la Administración Pública, 2) la Convención sobre Derechos del Niño, 3) la Constitución Política y 4) el Derecho del Consumidor. De estos cuatro textos se construye la norma que da fundamento jurídico a dicha responsabilidad.

El Código Penal dispone en su artículo 106: “El Estado, las Instituciones Públicas, autónomas o semiautónomas y las municipalidades, responderán subsidiariamente del pago de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios con motivo del desempeño de sus cargos”. Pero lo cierto es que esta norma fue derogada por la Ley General de la Administración Pública, la que en su artículo 190 viene a sentar una regla de gran trascendencia en el ordenamiento jurídico costarricense, según la cual: “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”. Por otra parte, y en estricta relación con lo dispuesto por este artículo, dispone el numeral 191, ibídem: “La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión”. Estos artículos resultan aplicables, sin lugar a dudas, a la hipótesis en que un funcionario de la escuela oficial, sin importar su rango (conserje, maestros, directores, etc.), aprovechándose de las oportunidades que le ofrece su empleo (gracias al cual tiene acceso al centro de enseñanza y puede tener contacto con menores), abusa sexualmente de un niño.

El concepto de niño, para todos estos efectos, debe interpretarse de conformidad con la Convención sobre Derechos del Niño, la cual, en su artículo 1, dispone: “Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”.

Con todo, la responsabilidad del Estado va más allá de los casos en que el niño sea abusado por funcionarios de escuela. Incluso en los casos en que el agresor no sea empleado del centro de enseñanza, también subsistiría la responsabilidad del Estado. La regla es que en aquellos casos en que el funcionamiento de la Administración (normal o anormal, legítimo o ilegítimo), cause un daño, ésta debe repararlo. Y es claro que si el niño es abusado en el centro educativo, es porque el funcionamiento del Estado fue defectuoso en la tarea de brindarle al menor las condiciones de seguridad necesarias.

No podría la Administración excusar su responsabilidad alegando que el hecho se debió a un “tercero”, que no era funcionario suyo, pues es claro que la circunstancia de que el menor fue abusado en la escuela, revela que no existían, como ya se dijo, suficientes condiciones de seguridad en el centro educativo, aspecto éste que le resulta imputable a la Administración, la cual, con ésta omisión, incurre en un supuesto de mal funcionamiento que pone una causa del resultado lesivo de la integridad del niño. Este resultado, por otra parte, está dentro del ámbito de protección del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública y, por tanto, resulta indemnizable ¹⁷.

En realidad, no cabe duda de que el punto central de la cuestión radica en el hecho de que el Estado asume una indeclinable posición de garante con respecto a la integridad física y síquica de los niños que ingresan a los centros educativos oficiales. *Esa posición de garante se revela en el deber del Estado de velar porque cada niño que ingrese en un centro de enseñanza, tenga la plena y absoluta seguridad de que su integridad física y síquica será respetada y preservada mientras se encuentra en la esfera de custodia del centro educativo.* Por el incumplimiento de esta obligación, responde el Estado de manera objetiva. Las únicas causas de exoneración de responsabilidad que la ley admite son, como ya se indicó, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, supuestos éstos que, como resulta claro, se refieren a hipótesis en que se rompe el nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño ocasionado a la víctima.

17 Sobre el concepto del “ámbito de protección de la norma” y, en especial, sobre la extensión de los daños y perjuicios indemnizables, remito al lector al siguiente artículo: Rivero Sánchez, Juan M., Problemas de la indemnización de daños y perjuicios, Revista Iustitia, Costa Rica, Año 9, N. 106, Octubre de 1995, p 13 y ss.

Esta posición de garante viene impuesta al Estado, en primer lugar, por la Constitución Política, la cual, en su artículo 51, dispone: "...tiene derecho a la protección especial del Estado... el niño...". En segundo término, dicha posición de garante se fundamenta, también, en la Convención sobre Derechos del Niño, la cual, al estar ratificada por la Asamblea Legislativa, tiene fuerza superior a la ley.

De conformidad con esta Convención, los Estados Partes se comprometen, de manera indeclinable, a respetar los derechos de los niños en ella enunciados (artículo 2). Se impone, además, el deber de tener presente el interés superior de los niños, en todas las medidas a ellos concernientes y que tomen las instituciones públicas o privadas, incluidos también los tribunales de justicia (artículo 3). Dicha Convención impone a los Estados Partes el compromiso de *asegurar* al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar así como la obligación de asegurarse de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas en materia de seguridad, sanidad, *personal* y existencia de una supervisión adecuada (artículo 3). En especial, dispone el artículo 19, *ibídem*, que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, *incluido el abuso sexual*, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal *o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*. Esta norma se complementa con lo dispuesto por el artículo 34, *ibídem*, de conformidad con el cual los Estados Partes se comprometen a *proteger* al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales.

Estas no son simples normas "programáticas", sino que confieren concretos derechos subjetivos a los niños e imponen concretas obligaciones al Estado y sus instituciones, creando con ello el parámetro objetivo de lo que, en materia de protección de los menores, puede considerarse como buen o normal funcionamiento del Estado. La lesión de estos derechos subjetivos a causa del incumplimiento, por parte del Estado, de su posición de garante con respecto a la integridad de los niños, genera el derecho del niño al resarcimiento plenario del daño sufrido.

Esta interpretación, además, es la única que se encuentra en armonía con la Constitución Política, la cual, en su artículo 41, estipula: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Deberá hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Este precepto constitucional se traduce, en otras palabras, en el derecho de toda persona a que se le indemnice, de manera plenaria, todos los daños real y efectivamente sufridos. Consecuentemente, todos los obstáculos jurídicos, legales, jurisprudenciales o doctrinales, que se opongan en el camino al logro de una indemnización plenaria del daño sufrido, deben ser eliminados. Cualquier otra consideración, se opondría a la clara norma contenida en el numeral 41 de la Constitución Política.

Estas consideraciones se ven reforzadas, finalmente, con argumentos que provienen de la moderna legislación que tutela los derechos subjetivos e intereses legítimos de los consumidores. En efecto, de conformidad con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, es consumidor: "Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello". (artículo 2). Por otra parte, esta ley admite, expresamente, que se ostente la calidad de consumidor frente al Estado y sus instituciones, ya que la contraparte del consumidor, que es el comerciante o proveedor, se define como "Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, privada o *pública*, que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes, o a prestar servicios, sin que necesariamente ésta sea su actividad principal..." (artículo 2). Estas normas se complementan con lo dispuesto por el artículo 28 del mismo texto, de conformidad con el cual: "Los consumidores son beneficiarios de las normas de este capítulo; los productores y los comerciantes, tanto del *sector público* como del privado, quedan obligados a cumplirlas" (Las cursivas no son de los originales). Es evidente, en consecuencia, que los usuarios del sistema educativo costarricense ostentan la calidad de consumidores frente al Estado por los servicios educativos que éste les brinda y, en consecuencia, se hacen acreedores de todos los derechos que el Ordenamiento Jurídico le asigna a los consumidores. Ahora bien, el artículo 32 de la Ley del Consumidor, estipula: "El productor, el proveedor y el

comerciante deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos”. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que todos los que intervienen en la *cadena de producción del bien o servicio* responden frente al consumidor, de manera objetiva (la ley utiliza la expresión “independientemente de la existencia de culpa”). Es claro que si el niño o niña resulta abusado en la escuela, es porque el servicio de enseñanza que se le brindaba, por falta de las condiciones necesarias de seguridad, era defectuoso, razón por la cual genera, a cargo del Estado, la obligación de reparar, solidariamente con el autor del delito, el daño causado.

4.- ¿Responsabilidad del Estado por abuso en los centros de enseñanza privados?

La respuesta que se dé a este interrogante debe ser afirmativa. No sólo las normas de la Ley General de la Administración Pública, de la Convención sobre Derechos del Niño, de la Constitución Política y de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, a que se ha hecho referencia *supra*, apoyan esta conclusión, sino que existe otro precepto constitucional que da fundamento a esta tesis, a saber, el numeral 79, *ibídem*, de conformidad con el cual: “Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, *todo centro educativo privado estará bajo la inspección del Estado*” (énfasis añadido). Es decir, la propia Constitución coloca sobre el Estado la indeclinable obligación de ejercer inspección sobre todos los centros educativos privados. Parece evidente que este deber de inspección se extiende no sólo a los aspectos estrictamente académicos, sino que abarca las condiciones en que los servicios educativos se imparten, tales como higiene, seguridad, respeto a la integridad física y síquica de los niños, pues tal es el contenido que se desprende de la Convención sobre Derechos del Niño en materia de los deberes del Estado para con los menores.

5. El daño resarcible

La esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la constituye el daño. La esencia del daño es la lesión a un interés humano jurídicamente tutelado. Consecuentemente, toda lesión a un interés jurídicamente tutelado debe ser reparada o (cuando ello no sea posible o conveniente), resarcida.

No es correcto, en consecuencia, el otorgar indemnizaciones “globales”, que no diferencian entre un tipo de daño y otro. Estas indemnizaciones globales corren un doble riesgo: o bien cobijan daños que no están debidamente acreditados (en cuyo caso la indemnización sería claramente arbitraria y excesiva); o bien, dejan de indemnizar daños sufridos por la víctima, y que no se han “visualizado” debidamente debido a que han quedado subsumidos dentro de otra categoría de daños (en este caso, se incurre en un típico fenómeno de denegación de justicia).

Por ello es que el Tribunal debe prestar especial cuidado a la individualización y valoración de los daños realmente sufridos por la persona, todo de conformidad con la prueba legalmente introducida al proceso. Los daños pueden ser clasificados de muy diversas maneras. Para efectos de la presente exposición, interesa traer a colación la distinción entre daño patrimonial directo, daño patrimonial indirecto y daño moral.

“...daño patrimonial directo es el que se infiere al patrimonio de la víctima; indirecto lo será el que, recayendo en bienes extrapatrimoniales, se traduce de manera mediata en un daño patrimonial. Es éste el también denominado “daño moral impropio”: así, si un profesional sufre una campaña calumniosa, no cabe duda de que su honor o su reputación quedan indebidamente afectados (daño moral propio), pero ello a su vez va a repercutir con casi absoluta seguridad en una pérdida de clientela. De igual manera, la muerte de una persona, junto al daño moral que la pérdida ocasiona a su familia, priva a ésta en más de un caso de su sustento cotidiano”¹⁸.

18 Así, Yzquierdo Tolsada, Mariano, Responsabilidad Civil contractual y extracontractual. Madrid. Reus, Y, 1993, p. 194.

También se ha afirmado que se denomina:

“...daño moral -o agravio moral- al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso... es obligado concluir que el daño o agravio moral es daño no patrimonial, y que éste, a su vez, “no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial.”¹⁹.

Ahora bien, en el caso de los niños que resultan abusados, es posible distinguir varias lesiones a intereses jurídicamente relevantes de los que éstos son portadores. Se cuenta aquí, en primer lugar, el daño a la integridad física (derivado, v.g., de las lesiones, golpes, fracturas), así como el daño, tanto a la salud corporal (v.g. derivado del deterioro de la salud orgánica a consecuencia, v.g., del contagio eventual de enfermedades), como a la salud psicológica (que se revela en el conjunto de trastornos psicológicos típicos del *stress* postraumático, tales como negatividad, ansiedad, agresividad, regresiones, conductas destructivas, disturbios del sueño, pérdida de la autoestima, déficit de lenguaje y en las funciones intelectuales, baja en el rendimiento escolar, etc.²⁰).

Es interesante señalar que la doctrina alemana distingue claramente entre el daño a la integridad física y el daño a la salud. El daño a la integridad física (*Körperverletzung*), consiste en la transgresión de la integridad (física) del cuerpo humano. En cambio, el daño a la salud consiste en el hecho de enfermar a una persona²¹.

Además, debe indemnizarse el daño moral, derivado del sufrimiento que la agresión produce en la víctima. En estos casos se produce una lesión al interés humano en reducir o evitar el sufrimiento. Además, debe indemnizarse el daño al proyecto de vida, el cual se origina como consecuencia del hecho de que el niño, al

ser abusado, ve truncado su derecho a un desarrollo normal de su personalidad, integralmente considerada. La agresión sexual produce una ruptura del normal desarrollo del niño, en términos tales que éste se ve impedido de alcanzar la madurez como un ser humano normal. De hecho, se estima que muchos de los agresores sexuales incurrir en este tipo de delitos debido a que ellos mismos fueron objeto de una agresión similar cuando eran menores. La violencia que se ejerce sobre una persona hace que la víctima la reproduzca, pero ahora en el papel de agresor. Estas observaciones muestran hasta qué punto el niño que es agredido sexualmente ve cortado, de manera abrupta, su derecho a desarrollar su proyecto de vida de manera natural, aspecto éste ante el cual el derecho no puede ser, de ninguna manera, indiferente.

Por otra parte, debe aclararse que la indemnización, que en estos casos se otorga, debe ser plenaria. Existe una tendencia, lamentable, de los Tribunales, que tiende a otorgar reparaciones simbólicas por concepto de daño moral.

En la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 99, de las 16:00 horas del 20 de setiembre de 1995, la Sala sienta los siguientes principios:

“VI.- Si bien el daño moral -en relación con el tema en cuestión- debido a su naturaleza, permite un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en cuanto a su fijación, ésta debe observarse necesariamente dentro de ciertos parámetros insoslayables. Por ejemplo, la antigua Sala de Casación, en sentencia N. 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979 avala la prudente apreciación de los jueces “...cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios. Esta Sala, en su fallo N. 114-93, señala que el prudente arbitrio aludido, ha de tener en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad. Alrededor de tales conceptos, la Sala, en un pronunciamiento posterior, razona en los siguientes términos: “No se trata, entonces, de cuantificar el valor

19 Así: Zannoni, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Astrea. 1982, p. 231-232.

20 Sobre el punto ver el estudio: Monge Marín, Lorena / Solórzano Mora, Marta, Estudio del niño agredido en el Hospital Max Peralta, en: Revista Judicial, Costa Rica, Año XIX, N. 61, abril 1995, p. 93 y ss.

21 Sobre el punto, en otros, véase: Brüggemeier, Gert., Deliktsrecht, Baden-Baden., Nomos, 1986, p. 134 y ss.; Medicus, Dieter, Schuldrecht., 4. Aufl. München, C.H.Beck., T. II., 1990, p. 351.

de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte, su ofensa. No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmorale con la honra y dignidad propias. Dentro de los principios fundamentales del derecho, allanes los de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales.... aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría llegar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. Ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer ante valores eminentemente económicos...”

Esta sentencia puede ser interpretada de muy diversas maneras. Puede pensarse que es producto del afán de la jurisprudencia por guardar medida y equilibrio a la hora de estimar el daño moral, lo cual es, sin lugar a dudas, conveniente. Pero también puede ser interpretada como producto del temor de otorgar una indemnización efectiva y real, que no se quede en el mero simbolismo, en los casos en que esté de por medio un daño moral. Varios de los argumentos que se esgrimen en este fallo, apuntan en este sentido. Por ejemplo, se afirma que una indemnización elevada “...conduciría a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer ante valores eminentemente económicos...”. El argumento no es nuevo. Precisamente ése fue uno de los razonamientos que en el pasado se esgrimieron para fundamentar la no resarcibilidad del daño moral y que ahora, a finales del siglo XX, vuelve a aparecer para tornar el resarcimiento en una mera indemnización simbólica. Naturalmente siempre se puede replicar que, de admitirse este argumento, la víctima,

luego de un proceso que le ha costado tiempo, esfuerzo y dinero, queda prácticamente en la misma situación en la que se encontraba al iniciar el litigio (o quizás peor, al percatarse de la inutilidad de su esfuerzo). Esto equivale, en el fondo, a una denegación de justicia. Por otra parte, ello conduce a un favorecimiento injusto del autor del daño. La tesis sentada en el fallo se traduce en la siguiente premisa: “Conserva tu dignidad intacta: tolera estoicamente el agravio moral sufrido”.

Por otra parte, se afirma en el fallo: “...resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento”. El planteamiento no es correcto. Para efectos de indemnización, lo que importa, en primer lugar, es la existencia del daño y su magnitud. No parece conveniente incluir el criterio de la “posición de las partes”, porque puede conducir a situaciones claramente problemáticas, ¿a cuáles “posiciones” de las partes debe atenderse para fijar su derecho a la indemnización? ¿a su situación económica? ¿a su posición social? ¿a su posición profesional o política? En realidad, si esto fuera cierto, entonces la pertenencia a cualquiera de estas posiciones condicionaría el que se recibiera la indemnización y el monto de la misma. Si se pertenece a una determina posición se recibiría más y se pertenece a otra se recibiría menos. El enfoque es claramente insostenible. Ninguna de las siguientes premisas: “más al que tiene menos”, “menos al que tiene más”, “más al que tiene más” y “menos al que tiene menos”, (que se derivan, todas, de la idea de tomar en cuenta la “posición de las partes” a la hora del resarcimiento), toma en serio la afirmación de que la esencia de la responsabilidad es el daño. Por otra parte, es claro que la “naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento”, sólo puede ser la de atribuirle a la víctima una compensación justa, real y efectiva a la persona por el agravio recibido, posición ésta que es la única que resulta compatible con el imperativo contenido en el artículo 41 de la Constitución Política, de repetida cita.

En el fallo de comentario se recurre al principio de proporcionalidad para excluir la posibilidad de indemnizaciones elevadas. Pero debe tenerse presente que del principio de proporcionalidad se deriva, además, el principio de la prohibición del desamparo, que impide que la indemnización, en un caso determinado, quede en lo meramente simbólico.

Con estas observaciones no quiere decirse, ciertamente, que en cualquier caso en que se dé un daño moral la indemnización tiene que ser millonaria. Ello carecería, ciertamente, de sentido. Lo único que se afirma es que, si dadas las características del caso, el daño moral sufrido por la víctima amerita una indemnización elevada, los Tribunales deben concederla, pues, de lo contrario, se incurriría en denegación de justicia.

En el fondo, en este punto confluyen dos teorías relacionadas con el resarcimiento de daños: la punitiva y la resarcitoria. Estas dos teorías, como ha sido advertido certeramente²², han dividido y continúan dividiendo hoy día a la doctrina.

“La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción al ofensor parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal, insusceptible de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: “lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino carácter ejemplar.” A estos argumentos se ha sumado otros: así por ejemplo, la inmoralidad de un reclamo resarcitorio basado en el dolor o la aflicción... En las antípodas, la doctrina mayoritaria, considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitiva. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos, réplicas y dúplicas. No debe desconocerse que el daño moral constituye lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera personal propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aún, que el dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca “no tenga precio”, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria *no se hace con fines de compensación* propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera. La

apreciación pecuniaria *cumple, más bien, un papel satisfactivo*, en el sentido de que “se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse *satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas*”²³ (énfasis añadido).

Al lado de estas dos teorías antitéticas, se ha esbozado una posición ecléctica, denominada funcional. En este sentido se ha dicho:

“...es razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano. La reparación del daño moral puede revestir -y reviste comúnmente- el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye. ¿Por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar, el monto de la indemnización? La reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima ...y de la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño...”²⁴.

En realidad, y pese al atractivo que, a primera vista, parece tener la tesis denominada funcionalista, lo cierto es que se expone a una fuerte crítica: no puede explicar, en los casos en que el autor del daño actúa sin culpa o dolo, por qué subsiste el deber de indemnizar. La moderna doctrina reconoce, de manera general, la obligación de indemnizar del incapaz mental, esto es, de una persona que, por definición, actúa sin dolo o culpa. Tampoco puede explicar la doctrina los casos en que el deber de reparar se da mediando una hipótesis de responsabilidad objetiva, en la cual tampoco hay dolo o culpa en el autor. En general, dicha tesis no explica los casos de responsabilidad por hecho lícito, que son frecuentes en el derecho civil²⁵. Estas críticas se pueden hacer también, claro está, a la teoría punitiva.

22 Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Astrea. 1982, p. 242.

23 Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, op.cit., p. 243-245.

24 Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, op.cit., p. 264-265.

25 Sobre la responsabilidad por hecho lícito, ver, entre otros: Deutsch, Erwin, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld. Köln.Berlin. Bonn.München. Carl Heymanns Verlag KG., 1993, p. 199.

Esto lleva a la conclusión de que la tesis correcta es la resarcitoria. Sólo ella está en armonía con el axioma según el cual, la esencia del daño se encuentra en la lesión a un interés humano jurídicamente tutelado.

Lleva razón la tesis funcional en cuanto afirma que, para la fijación de la cuantía de la reparación del daño moral, debe tomarse en cuenta tanto la gravedad del ilícito como la magnitud del daño. Pero ello no se debe a que la necesidad de considerar la gravedad del ilícito sea consecuencia del carácter punitivo de la reparación. Ello se debe a la circunstancia de que al ser el daño moral de los denominados "in re ipsa", esto es, que se deducen, de manera necesaria, del agravio sufrido, es lógico suponer que a mayor gravedad del agravio, se ha producido un daño moral mayor. La base de esta afirmación la constituye la idea de la unidad de la naturaleza humana; unidad ésta, que se establece sobre la base de la experiencia individual y social. Es decir, desde el punto de vista de la teoría resarcitoria, la magnitud del agravio es un indicio de la gravedad y magnitud del daño sufrido. Al lado del criterio de la gravedad del ilícito, debe tomarse en cuenta otros aspectos de los que se pueden deducir elementos para considerar la magnitud del daño sufrido, tales como la entidad del bien jurídico lesionado, la repercusión del agravio en el ser existencial, individual o personal así como también en la vida de relación de la persona ²⁶.

En definitiva, tanto el daño a la salud, como el producido al proyecto de vida, como el moral deben ser estimados por el Juez, en su calidad de perito de peritos, con arreglo a los criterios de equidad, tomando como parámetros los ya apuntados de la magnitud del daño, entidad del bien jurídico lesionado y repercusión del agravio en el ser existencial de la persona, (considerado en sus diferentes facetas), teniendo siempre presente que la indemnización que se conceda nunca debe ser simbólica, sino que debe constituir una satisfacción real y efectiva por el daño sufrido; todo, claro está, dentro del límite de lo pedido por el actor civil, ya que, con arreglo al principio de congruencia, los Tribunales no están autorizados a conceder más, ni otra cosa, ni omitir pronunciamiento con relación a lo pedido por la parte interesada.

6.- Relaciones de tensión entre el derecho constitucional al resarcimiento y la prohibición de la *reformatio in peius*

Uno de los aspectos que más llaman la atención cuando se analiza el tema de la indemnización de los daños, es la forma en que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado la forma en que opera el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* en materia civil.

Son frecuentes los casos en los cuales la defensa del imputado alega que, en virtud de dicho principio, si en el primer debate, (que resultó anulado por el recurso de casación incoado únicamente por el imputado), le fue impuesta al encartado una condena civil dada, no se podría, en el nuevo debate, condenársele a una suma mayor.

Un sector de la doctrina, que cuenta con el apoyo de la jurisprudencia nacional, sostiene que, en materia penal, cuando el debate es anulado en virtud del recurso de casación que, como único recurrente, presenta el imputado, no se le puede imponer a éste una condena mayor en el nuevo juicio oral a la que había recibido con anterioridad ²⁷. Esta misma doctrina sostiene que, en materia civil, el principio opera de manera similar. En este sentido se sostiene, para fundamentar esta forma de operar de la no *reformatio in peius*, tanto en materia penal como civil:

"El aspecto más grave de los fallos que motivan estas reflexiones es el relativo a la sentencia anulada. La Corte declara que la nulidad de la sentencia, incluso por planteo exclusivo de la defensa, revierte los poderes del tribunal, que puede resolver sin otro límite que las pretensiones originales, como si ella no hubiera existido, y aunque resulte agravada la situación del imputado. En la evolución de la jurisprudencia, tendiente a afianzar el principio y darle jerarquía constitucional, esto aparece como una inexplicable reticencia, un retroceso, por razones insuficientes, o por la ligera razón de creer que la nulidad elimina el acto, a lo cual se agrega la teoría del riesgo asumido... La nulidad no elimina el acto. Sólo lo priva de sus efectos normales o inmediatos, pero subsiste

26 Zannoni, Op.cit., p., 265, agrega el criterio de la posición social, pero este parámetro, como ya se explicó *supra*, es peligroso, por cuanto puede conducir a situaciones que impliquen una denegación de justicia.

27 Ver, entre otros: Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía- Editor, 1968, p. 256 y ss.

para otros; entre ellos, obrar como límite al futuro fallo en casos como éste... la anulación de la sentencia no permite agravar el resultado del proceso. El principio es que la actividad de defensa no puede derivar en perjuicio para quién se defiende”²⁸.

Con todo, esta tesis, que, dicho sea de paso, no es unánimemente aceptada en doctrina, no resulta, en modo alguno, aplicable a la materia civil. El error de la posición aquí criticada, resulta de darle al problema de la no *reformatio in peius* en materia civil, un tratamiento exclusivamente procesalista, descuidando el aspecto sustancial de la responsabilidad civil. Un tratamiento del principio aludido, sólo desde la óptica procesal, puede justificarse, quizá, en materia penal, por consideración a los intereses que en esa hipótesis están en juego (principio *pro libertate*, reducción de la represión penal al mínimo posible). Pero este mismo tratamiento del problema, aplicado a la materia de la responsabilidad civil, conduce a sin sentidos jurídicos, como se puede deducir de los siguientes ejemplos hipotéticos.

Caso 1: La pretensión del actor civil es estimada en sentencia en la suma de un millón de colones. El actor civil presenta un recurso de casación. En virtud de este recurso, se anula totalmente la sentencia. En el nuevo juicio, se logra demostrar que el actor civil no sufrió daño alguno. En este caso, de seguirse la tesis criticada, habría que admitir el absurdo de otorgarle al actor civil una indemnización por la suma de un millón de colones a pesar de estar acreditado que no sufrió daño alguno, pues si no se lesionaría la prohibición de la *reformatio in peius*(!).

Caso 2: El imputado es condenado a pagar doscientos mil colones de indemnización a la víctima. El imputado, como único recurrente, presenta recurso de casación y logra que la sentencia se anule. En el nuevo juicio se logra demostrar que la víctima sufrió, en realidad, daños millonarios. De admitirse la tesis criticada, habría que caer en el absurdo de indemnizarle a la víctima sólo los

doscientos mil colones originales, pues de lo contrario se lesionaría la prohibición de la no reforma en perjuicio. En este caso, la denegación de justicia es evidente. Además, se condena al actor civil a tener una participación meramente simbólica en el proceso.

En realidad, existen cuatro argumentos fundamentales para demostrar que la idea, según la cual la prohibición de la *reformatio in peius* funciona igual en materia penal que en civil, es equivocada, a saber:

1-) nadie puede derivar derechos adquiridos de una sentencia que se anula. En efecto, la tesis según la cual si se anula el debate, en el nuevo juicio no se podría imponer una condena civil mayor que la ya recibida con anterioridad, conduce al absurdo jurídico de afirmar que alguien puede tener un derecho adquirido que deriva, precisamente, de una sentencia que ha sido anulada (!). Esta objeción no se logra salvar afirmando, como lo hace un sector de la doctrina, que la nulidad no elimina el acto, sino que sólo lo priva de sus efectos normales o inmediatos, pero que subsistiría para otros; entre ellos, el de obrar como límite al futuro fallo²⁹. Téngase presente que el efecto “normal” o “inmediato”, de la sentencia que se pronuncia sobre la pretensión resarcitoria es, precisamente, el de declarar la existencia o no de la responsabilidad civil y de la consecuente obligación de indemnizar. Si se priva a la sentencia de este efecto “normal”, ello trae como consecuencia el que la declaración sobre la existencia del daño y su cuantía se elimina. Al ser eliminada dicha declaración, nadie podría fundarse en ella para derivar algún derecho;

2-) el principio de la no *reformatio in peius*, cuando menos en materia civil, es la prohibición, que se dirige al *tribunal ad quem*, de dictar, sin iniciativa de parte interesada, de oficio, una sentencia que grave al recurrente aún más que a la recurrida. Como tal, la prohibición no se dirige al *a quo*. Esto es pacíficamente admitido por la doctrina moderna³⁰;

28 De la Rúa, Fernando, Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 230 y ss.

29 De la Rúa, Fernando, Teoría General del Proceso, Op.cit., p. 230.

30 Víctor Fairén Guillén, Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales. Barcelona, Bosch, 1990, p. 508 y ss.

3) la tesis criticada pasa por alto el dato, fundamental, de que la obligación de indemnizar los daños causados constituye una deuda de valor y, como tal, su importe debe ser fijado en sentencia, de conformidad con los elementos probatorios legalmente introducidos al debate. Decir que el Tribunal, en el nuevo juicio, no puede fijar una condena civil mayor a la impuesta con anterioridad en el juicio que se anuló, a pesar de que se acrediten los daños, desnaturaliza el carácter de la obligación de resarcir. Y lo que es peor, tal precedente daría lugar a que, en el futuro, litigantes inescrupulosos procuren anular el debate, en el entendido de que, con el correr del tiempo, la suma originalmente fijada a título de indemnización tenderá a volverse irrisoria. Tal burla a los intereses de la víctima no puede ser amparada por el derecho y sería contraria al interés superior del menor a que se ha hecho referencia *supra*;

4) finalmente, la tesis combatida es contraria a la Constitución Política, por lesionar el precepto contenido en su artículo 41, al que se ha hecho referencia con anterioridad. Estas consideraciones están, por lo demás, respaldadas por la más moderna doctrina procesal civil³¹.

Es importante señalar, finalmente, que el artículo 610, inciso 2), párrafo 2, del Código Procesal Civil regula la prohibición de la *reformatio in peius* tan sólo en relación con el recurso de casación por el fondo. En este sentido dispone el Código Procesal Civil: "Cuando la Sala conociere sólo por recurso de una de las partes, no podrá agravarse la situación de ésta, fijada en la sentencia recurrida". Esta norma, como ya se dijo, refiere tan sólo a la casación por el fondo. En cambio, el citado artículo

610, inciso 1, párrafo 1, del Código Procesal de repetida cita, dispone otra regla para cuando se acoge la casación por la forma. En estos casos, una vez que se declara la nulidad correspondiente, se ordena la devolución del expediente al Tribunal "para que, hecha la reposición correspondiente, se trate y falle de nuevo con arreglo a derecho".

Como puede observarse, para el caso de la sentencia que se anula no rige, la prohibición de la *reformatio in peius*, de conformidad con lo dispuesto por el Código Procesal Civil, no vincula al Tribunal que falla de nuevo el asunto, pues lo único que dispone sobre el particular la ley procesal civil es que el caso falle de nuevo "con arreglo a derecho".

Las citas anteriores del artículo 610 del Código Procesal Civil, reproducen el texto correcto de dicha norma, según se desprende de la edición oficial, publicada en el Alcance N. 35, a La Gaceta, Año CXI, San José Costa Rica, viernes 3 de noviembre de 1989. Ese es el texto correcto que fue votado y aprobado por la Asamblea Legislativa, según se desprende del expediente original de la Ley 7130, Tomo 9, N. 10.195.

La aclaración es importante, porque algunas ediciones no oficiales del Código Procesal Civil³² contienen un notable error, a saber, que separan el párrafo segundo, del inciso 2), del artículo 610, de su lugar original y lo refieren a toda la norma, creando con ello la impresión de que la prohibición de la *reformatio in peius* se refiere, también, a la casación por la forma, lo cual es, como ya se indicó, impropio.

31 Entre otros: Rosenberg\Schwab\Gottwald. Zivilprozessrecht. 15. Aufl. C.H.Beck., München, 1993, p. 848 ss. y 891

32 Ver en este sentido, por ejemplo, Arguedas Salazar, Olman, Código Procesal Civil. Anotado, concordado, con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional. Edición. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 1997, art. 610. Esta edición contiene el error mencionado.

DERECHO A LA INFORMACION Y LA COBERTURA DE PROCESOS JUDICIALES*

*Licenciado Luis Sáenz Zumbado.
Abogado y Periodista.*

Aunque su actividad no está legitimada por la ley, muchos periodistas realizan hoy una agitada carrera diaria por investigar, buscar y descubrir los hechos y acontecimientos que pueden, de una u otra forma, conformar los juicios penales.

Quizá como consecuencia de la competencia de mercado, que obliga a las empresas a vender más ejemplares o captar más radioescuchas o televidentes, los reporteros pretenden asumir cotidianamente un papel muy activo en el desarrollo de los procesos judiciales.

Muchos buscan pruebas documentales esenciales, interrogan a los testigos potenciales y formulan conclusiones en sus noticias y reportajes en una actividad que, algunos críticos y detractores, han llamado en forma peyorativa "los juicios paralelos por la prensa".

Amparados en normas constitucionales y en convenios internacionales de derechos humanos, los periodistas procuran tener un mayor acceso a los procesos penales, incluso los más insignificantes, sin importar a veces la afectación que tuvo en el grupo social el hecho o acontecimiento investigado.

Un número importante dice entender que la cobertura de los procesos penales, en especial aquellos en que los imputados son funcionarios públicos, reviste un particular interés para el público receptor de la información, y como consecuencia de ello, todos los días reclaman una mayor afluencia a las investigaciones que realizan los cuerpos de policía y un libre acceso a los expedientes judiciales.

La reticencia de los jueces penales a suministrar información a los periodistas y su decisión a veces de entorpecer las posibles filtraciones de datos ha generado, en Costa Rica y en muchos otros países, una situación conflictiva.

Muchos jueces han sido acusados en forma directa, en informaciones y artículos de opinión, de restringir la actividad de los periodistas y de limitar el derecho del público a estar debidamente informado.

La cobertura periodística de los procesos penales es hoy, ciertamente, materia de conflicto y de desazón para los jueces y los periodistas.

Al margen en esa disputa han quedado, una mayoría de veces, las personas que son el centro de los procesos penales: los imputados.

En el fondo de la disputa entre los jueces y los periodistas han privado dos concepciones opuestas sobre el papel que debe jugar la estructura social de información, si es que debe jugar alguno, en el desarrollo de los juicios penales.

Para los periodistas, su presencia es esencial para garantizar el derecho del público a estar informado, en tanto para los jueces constituye una interferencia que puede malograr la investigación judicial, influenciar el criterio y la opinión de quienes están llamados a intervenir e incluso provocar la nulidad de prueba técnica esencial, como es el caso de los reconocimientos fotográficos.

* Conferencia pronunciada en el taller "Análisis y Reflexión con Comunicadores y Directores de Medios" realizado en San José, Costa Rica, el 21 de julio de 1997.

INFORMACION: UN DERECHO DE TODOS

¿Son ciertas estas tesis aparentemente antagónicas sostenidas por los periodistas y los jueces?

Evidentemente la respuesta no es fácil ni sencilla. Informar y ser informado constituye hoy un derecho fundamental de toda persona. Todos los individuos son titulares de un derecho a buscar, recolectar, indagar e investigar información, con el propósito de difundirla. También son titulares de un derecho a recibir información veraz, objetiva y apegada a los hechos y acontecimientos.

La labor de informar, en caso de que se intentara una definición, podría describirse como la actividad de transmitir a otros hechos, acontecimientos, datos y opiniones.

De la información como derecho, en esta dualidad de buscar-difundir, que se caracteriza por ser una función activa, y la de recibir, que es esencialmente pasiva, sólo comenzó a hablarse a partir de 1948, con la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La humanidad debió esperar algunos años más para que en España y otros países occidentales se diferenciara ese derecho genérico, que corresponde a toda persona del ejercicio profesional del derecho a la información.

Ejercer el derecho en forma genérica y ejercerlo en forma profesional constituye una diferenciación que no puede obviarse por las consecuencias jurídicas que tiene. El ejercicio profesional del derecho a la información, entendido en términos más simples como periodismo, conlleva deberes y obligaciones especiales para quien lo ejercita en forma activa y derechos muy particulares para quien lo hace en forma pasiva.

Quien ejerce profesionalmente en forma activa el derecho, sea el periodista, tiene como único deber informar y está obligado a informar de manera veraz, precisa, apegado a los hechos y acontecimientos que describe.

Por ser un derecho humano, la información es exigible por parte del público receptor y, en razón de ello, puede utilizar todos los recursos jurídicos que un Estado

haya establecido para la defensa de las garantías humanitarias.

Eso ha determinado que en muchos países, incluido Costa Rica, pocas veces se hable de este derecho y se sigan utilizando conceptos totalmente superados, propios del siglo dieciocho, como son la llamada "libertad de expresión" y la "libertad de prensa" para referirse a los problemas que plantea el ejercicio del periodismo.

Existen sectores, en especial aquellos que dominan la tecnología y el capital en la estructura social de la información que algunos insisten en seguir denominando "prensa", que entienden la información como "una graciosa concesión de ellos" y no como un derecho humano.

La información hoy es una categoría independiente de la opinión y, por ello, no pueden confundirse. La "libertad de expresión" representó durante dos siglos el ideal de una manifestación libre del pensamiento que el individuo podía o no ejercer. La información es una categoría externa al individuo que está muy lejos de identificarse con la manifestación del pensamiento. A diferencia de la libertad, que se puede o no ejercer, el derecho es una atribución que es exigible.

ADECUACION DE DERECHOS

En algunas épocas de su desarrollo, el periodismo fue visto como una actividad ilimitada que permitía a quienes lo ejercían introducirse en todo y meterse con todos. Eran los años en que el periodismo era visto más como un instrumento de "control político", como el "cuarto poder del Estado Republicano", que como el instrumento realizador del derecho del público a estar debidamente informado.

Por ello, toda restricción impuesta por el Estado o sujetos a un periodista en su labor de búsqueda y recolección de la información, era vista como una restricción a la empresa, a la llamada "libertad de prensa", pero nunca como una grave limitación al derecho del público a estar debidamente informado.

Como se entendía que la empresa y el periodista eran los protagonistas de ese fenómeno llamado "prensa",

toda regulación legal era vista en forma sospechosa y siempre, y allí está la historia para que corrobore esta afirmación, se le vio como un grave atentado a la libertad de expresión y a la libertad de prensa.

Sin embargo, al ser definida y ejercida como un derecho humano fundamental, la información no puede ser entendida hoy como una actividad ilimitada en favor de quienes la protagonizan.

En el derecho español se desarrolló, a lo largo de la década de los setenta y parte de los ochenta, una teoría llamada de los "límites" que pretendía ver en otros derechos humanos, como la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen, verdaderos límites al ejercicio del derecho a la información.

Según esa teoría, hoy descartada por algunos, el choque entre la información y la intimidad, por ejemplo, tenía que ser resuelta en favor de la intimidad, en razón de proteger el derecho individual frente a la incursión inadmisibles de la información.

En algunas resoluciones dictadas desde 1992, la Sala Constitucional de Costa Rica ha hecho referencia a dicha teoría y ha dicho, en forma clara, que la información como derecho encuentra claros límites en la intimidad, la vida privada, el honor, la imagen y el principio de presunción de inocencia.

Varios juristas españoles, entre ellos el abogado Carlos Soria, han desarrollado una nueva teoría, denominada de la "adecuación", según la cual no existen choques de derechos sino adecuación de derechos.

Desde la perspectiva de estos juristas, la intimidad y la vida privada no actúan como límites al derecho a la información sino a la llamada "pseudoinformación", entendida esta última como una práctica abusiva del ejercicio del derecho a informar. Desde su punto de vista, el correcto ejercicio del derecho a la información nunca puede incursionar ilegítimamente en la intimidad y la vida privada de las personas.

LA COBERTURA JUDICIAL

Los Tribunales de Justicia son tenidos en la actualidad como una importante fuente de información

y, por ello, es común que las empresas periodísticas designen reporteros especializados en su cobertura.

Una mayoría de las empresas realizan su labor al amparo del derecho del público a estar informado y a su derecho de buscar y difundir información.

Esa labor, sin embargo, está centrada en los procesos penales y es por eso, quizá, que surgen los aparentes conflictos entre los jueces y los periodistas.

¿Qué se puede informar de los procesos penales? ¿Qué se debe informar de los procesos penales? Ambas preguntas son de difícil respuesta porque, de previo, habría que preguntar y responder si es procedente informar sobre los procesos penales.

Veamos: bajo la premisa de que es un derecho humano, la información debe convivir con otro derecho humano del cual poco se habla: el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona debe ser tenida siempre por inocente en tanto un tribunal, en una sentencia firme, declare su culpabilidad.

En aplicación de dicho principio, algunos sectores jurídicos sostienen la tesis de que la información periodística de los procesos judiciales debe ser mínima. En tal sentido, sostienen que el ordenamiento jurídico debe proteger la identidad de los imputados, su imagen, y debe realizar todos los esfuerzos por evitar que su nombre sea conocido por el público.

En razón del principio de publicidad que caracteriza hoy a los procesos penales, otros sectores creen que la información periodística contribuye, en gran medida, a la labor de control y fiscalización frente a eventuales jueces arbitrarios.

En Costa Rica, en la actualidad, los periodistas pueden en forma más o menos libre informar de lo que sucede en la fase oral y pública del debate, en tanto que tienen restringido el acceso al expediente judicial durante la etapa de instrucción.

Pese a ello, es normal que los periodistas obtengan alguna información sobre el desarrollo de la etapa de instrucción, sea porque tienen contactos en los despachos judiciales o sea porque la obtienen de las partes.

Quizá la mayor limitación la encuentren en la actitud negativa de los jueces a suministrar en forma directa información. A ello ha contribuido, en gran medida, el artículo ocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los jueces están impedidos de formular opiniones sobre los casos que están llamados a fallar. Muchos de esos funcionarios entienden que dicha norma les impide formular comentarios a los periodistas y, mucho menos, entregarles información.

La cobertura informativa de los periodistas, como se puede entender, no es sencilla ni fácil durante la llamada etapa de instrucción de los procesos penales. Sin embargo, la han hecho.

¿Pese a la existencia de una garantía que permite tener por inocente a cualquier acusado, debe permitirse en Costa Rica la cobertura periodística de los procesos penales?

La respuesta de los periodistas y de las empresas es obvia. En la acera de enfrente se encuentran quienes sostienen que la cobertura periodística debe limitarse tratándose de procesos penales para proteger el principio de presunción de inocencia, una garantía de todos los imputados que se desprende del artículo treinta y nueve de la Constitución Política.

En tal sentido, sostienen que la divulgación del nombre y de la imagen de un imputado, durante la etapa de instrucción, conlleva aparejada una estigmatización social que no se recupera posteriormente con la sentencia de sobreseimiento o de absolutoria.

Hasta donde se conoce, nadie se ha pronunciado a favor de impedir o prohibir la cobertura periodística de los procesos penales. Los partidarios de regularla y adecuarla van en aumento.

Esta última posición parece haber ganado un importante terreno en Costa Rica. El nuevo Código Procesal Penal, cuya aplicación está prevista a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho, contiene varias normas específicas que regularán la labor informativa en los Tribunales Penales y el acceso de los periodistas a la información.

El juez no podrá informar ni entregar informaciones a los periodistas. En forma expresa, para

no dejar dudas, el artículo nueve dice, en su párrafo segundo, que “hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en este sentido”.

El artículo 295 establece el secreto de las diligencias judiciales, que en el nuevo Código reciben el nombre de “procedimiento preparatorio” en lugar de “etapa de instrucción”.

Según dicha norma, “el procedimiento preparatorio no será público para terceros”, lo cual excluye a los periodistas, “y las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente por medio de sus representantes”.

A diferencia del Código de Procedimientos Penales aún vigente, el nuevo conjunto normativo establece en el mismo artículo 295, evidentemente con el propósito de impedir que difundan informaciones, la obligación de guardar secreto a “las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas”.

Tal y como está redactada la norma, pareciera desprenderse que ni el propio imputado, frente a lo que podría entender como una actuación arbitraria en su contra por parte de los funcionarios judiciales, podría informar de lo sucedido a un periodista.

El incumplimiento de esa obligación es considerada una “falta grave” por el Código, lo cual queda sujeto a sanción.

Para la parte oral del proceso, el artículo 330 estipula que el juicio será público pero agrega que, no obstante, el tribunal podrá acordar su realización en forma parcial o totalmente privada en cinco hipótesis: a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes. b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia. c) Peligro un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible. d) Esté previsto en una forma específica. e) Se reciba declaración a una persona y el Tribunal considera inconveniente la publicidad, particularmente si se trata de delitos sexuales o declaraciones de menores.

Aunque el Presidente del Tribunal deberá relatar al público lo sucedido durante las gestiones realizadas, si así lo dispone la autoridad judicial, lo cierto es que el mecanismo conlleva un límite a la actividad informativa de los periodistas.

Tratándose de la actividad de cobertura, el artículo 331 autoriza a las empresas periodísticas a instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros para la realización de su labor.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no podrán grabar la voz ni la imagen del imputado, la víctima o de cualquier testigo cuando éstos expresamente lo soliciten.

La norma dice, en forma expresa, que el Tribunal debe hacer respetar los derechos del imputado, de la víctima o de los testigos.

UNA REFLEXION FINAL:

Frente a todas las disposiciones legales que limitan la actividad informativa, las empresas y los periodistas alegan siempre la existencia de la defensa de un interés público.

El concepto "interés público" es tenido en el derecho como "un concepto difuso", pues carece de una definición única y la ley poco se ha preocupado en precisarlo.

Ese concepto, que para algunos es sinónimo de "afectación en el grupo social", no debe confundirse con "curiosidad". Muchas veces, en su trabajo profesional, los periodistas invocan a su favor, durante una cobertura, el interés del público en la recepción de una información.

Sin embargo, debe tenerse claro que lo que a veces le interesa al público no es lo que el ordenamiento jurídico autoriza a informar.

Esta reflexión es necesaria por cuanto el principio de presunción de inocencia de los imputados es una garantía constitucional que no puede ser vulnerado injustificadamente en el ejercicio del derecho a la información.

Hay quienes sostienen que la información debe prevalecer sobre cualquier otro derecho humano cuando se está en presencia de un interés público. La afirmación es discutible pues quienes invocan el interés público deben de tomar en cuenta que, en caso de conflicto judicial, el juez será el que defina si hubo o no hubo interés público.

De forma más clara debe decirse que el periodista carece de facultades legales para declarar la existencia de un "interés público" en una información. Errores de apreciación en la aplicación de este concepto han originado sentencias penales contra periodistas en muchos países del mundo y también en Costa Rica.

Concluyo:

La función de informar sobre los procesos penales en Costa Rica está contemplada por la ley, pero no es absoluta y debe adecuarse a la existencia de otro derecho humano como es el principio de presunción de inocencia.

En aplicación de este principio, los periodistas y las empresas periodísticas están obligadas a adecuar su información para no presentar como culpable a quien la Constitución Política tiene por inocente.

No entender esta situación puede conllevar muchos viejos y nuevos peligros para los periodistas. La cobertura periodística de los procesos penales estará sometida a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho a mayores regulaciones. El nuevo Código Procesal Penal la ha reglado.

Es de esperar que estas regulaciones atenuarán las diferencias entre los jueces y los periodistas. La existencia de dichas normas ha permitido aclarar, por lo menos en esta oportunidad, que ni los jueces, ni las partes ni sus abogados ni los funcionarios, podrán suministrar información a los periodistas durante el procedimiento preparatorio a la realización del debate oral y público.

Han permitido aclarar, además, que la ley ha considerado prioritario proteger el principio de presunción de inocencia, la intimidad y la vida privada frente al ejercicio del derecho a la información.

PROCESO PENAL ABREVIADO Y DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN

Análisis del instituto a la luz de la jurisprudencia constitucional

*Rosaura Chinchilla Calderón
Jueza Penal de Turrialba.*

En el preámbulo de la Carta Fundamental que nos rige, los representantes del pueblo de Costa Rica elegidos como diputados a la Asamblea Constituyente reiteraron su fe en la democracia y acto seguido encabezaron la Constitución con una disposición de la que, en última instancia, derivan todas las restantes: "Costa Rica es una República democrática libre e independiente".

Esa norma (que no sólo tiene carácter programático sino que recoge principios de interpretación constitucional) ha marcado el inicio de un esfuerzo del Estado costarricense por permear a todas sus instituciones de los principios constitucionales republicanos y democráticos. La cumbre de esa evolución se produce, insoslayablemente, con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la reforma constitucional y la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con la que se reasume el Derecho de la Constitución como supremo y condicionante de toda la legislación.

Es a partir de entonces que el Derecho de los Derechos Humanos empieza a moldear efectiva y eficazmente todas las áreas jurídicas, y el proceso penal no sólo no fue la excepción sino que se convirtió en la "punta de lanza" del resto del sistema jurídico en lo que concierne a la disminución de la distancia entre los

postulados teóricos y la praxis⁽¹⁾. No obstante, esa misma confrontación entre el texto (y los principios e ideología) legal-penal y el texto (y los principios e ideología) constitucional, puso de relieve graves y numerosos defectos de nuestra justicia penal⁽¹⁾ que han sufrido paulatinos correctivos: la ausencia de doble instancia, la enorme cantidad de presos sin condena, la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales, la lentitud y burocratización de la justicia penal, el irrespeto a la dignidad de la víctima, la asunción por parte del Ministerio Público de potestades jurisdiccionales, la asunción por parte del órgano jurisdiccional de funciones inquisitivas, el tratamiento punitivo igual (carcelario) ante situaciones fácticas diversas, las condiciones inhumanas intracarcelarias, son sólo algunas de dichas deficiencias.-

Siete años de práctica constitucional autóctona y de interrelación Constitución Política-Derecho Penal, evidenciaron la necesidad de instaurar un sistema penal más acorde con nuestra **ideología democrática**, respetuoso de los derechos fundamentales de los diferentes sujetos procesales (de la persona acusada pero también de la ofendida), que tuviera mecanismos para que sus "agentes" escucharan a los ciudadanos, profundizaran en el conflicto subyacente a la violación legal y que buscaran la solución por vías expeditas y humanitarias. Surge

-
- (1) Baste recordar que inicialmente se describió la relación entre la Sala Constitucional y los tribunales penales en términos de "invasión de competencias", "ausencia de independencia" para los segundos, etc.
- (1) Si bien las corrientes abolicionistas han evidenciado el grado de violencia y selectivización inherente a todo sistema penal, del que -por ende- no escapa la realidad costarricense, es lo cierto que, por muchos años ni siquiera existía cuestionamiento sobre algunas de las prácticas de las agencias penales nacionales que, teóricamente, debían estar limitadas o enmarcadas dentro de ciertas disposiciones del Derecho Internacional.

entonces, un movimiento de reforma⁽¹⁾ al sistema penal que comprenderá no sólo la legislación procesal penal que aquí nos compete, sino también el derecho penal de fondo (proyecto aún en trámite), la justicia para menores (que si bien proclama el paso de la teoría de la situación irregular a la de la protección integral aún mantiene importantes desajustes sobre el particular⁽¹⁾), la ejecución penal (en trámite) y la modificación infraestructural de los órganos encargados de aplicar las citadas leyes (Ministerio de Justicia, Poder Judicial)⁽¹⁾.

Por ahora me interesa resaltar parte de la modificación legal en **materia procesal penal** recordando las palabras de CALAMANDREI:

“El eterno y concitado diálogo entre autoridad y libertad habla también a través de las humildes fórmulas del procedimiento (...) ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos, jurídicos, políticos y morales, del problema central de la sociedad humana...”⁽¹⁾ Esto es, reafirmando que por muy “ascépticas” que (a) parezcan las disposiciones procesales, constituyen el

instrumento por excelencia de una **ideología** que, en este caso, pretende ser democrática.

Con la nueva legislación procesal penal la concepción del/de la “**juez/a-policía**” que participa activamente en la investigación preliminar, recoge y produce prueba al lado del Ministerio Público y luego la valora, teniendo la posibilidad de integrar posteriormente el tribunal de juicio⁽¹⁾, **se sustituye por una verdadera función de tutela de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de legitimidad de la prueba obtenida.**

Pese a ello, el Código Procesal Penal introduce algunos institutos⁽¹⁾ que pueden presentar disonancia con la concepción del debido proceso -y por ende con la democratización pretendida- que nuestro tribunal constitucional ha venido esculpiendo y decantando en sus diferentes pronunciamientos.

Tal es el caso del **proceso abreviado en materia penal** (regulado, escasamente, en tres artículos -373 al 375-)⁽¹⁾ que puede ser utilizado cuando:

a.- el acusado acepte el hecho que se le atribuye (artículo 373 inciso a) del Código Procesal Penal);

-
- (1) Paralelamente se ha evidenciado la existencia de otro sector reformista de tipo conservador que proclama la prisión (perpetua) como única y efectiva sanción con independencia de la edad de comisión del hecho delictivo, la instauración de la pena de muerte, la dotación de mayores y mejores “recursos” para que la policía “combata” el crimen, etc.
- (1) Por ejemplo respecto a la ausencia de tipicidad de penas para cada conducta concreta y el exceso de discrecionalidad que se le brinda, al respecto, al órgano jurisdiccional (sobre el particular se encuentran pendientes de resolución varias consultas ante la Sala Constitucional: expedientes 5805-96, 5806-96 y 5809-96); la ausencia de tribunales colegiados para conocer conductas que, en caso de adultos, serían juzgadas de esa forma (a pesar de que la Sala Constitucional, mediante voto 2908-97 de las 16:33 hrs. del 27 de mayo de 1997, indicó que dicha omisión no era inconstitucional, aun cuando -contradictoriamente en mi criterio- reconoció el carácter garantista que inspiró al legislador para constituir los tribunales colegiados respecto a delitos graves y nunca analizó el principio de igualdad ante la ley), etc.
- (1) Este esfuerzo por dotar al país de una reforma integral (que comprende modificación de la legislación en todas las áreas del sistema penal pero que no se circunscribe a ella) hace augurar logros más significativos que los obtenidos por lo que, en 1989, se denominó “reforma procesal civil” y que se limitó a variaciones (a partir de modelos externos) del articulado (mediante cambios de redacción, depuración del lenguaje técnico y sistematización de las normas) dejando incólumes los grandes problemas del proceso civil: la lentitud, la falta de intermediación (en la práctica) de la prueba, la burocratización del sistema, etc., que tanto daño producen en áreas tan sensibles como la materia de familia en donde se requiere con urgencia la implantación total del proceso oral.
- (1) CALAMANDREI (Piero). “Proceso y justicia”. En: Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, EJE, 1973, p. 219.
- (1) Aunque el/la juez/a instructor/a tenía el peso de la investigación y el Ministerio Público se constituía -en ese modelo- en un “coadyuvante” de la labor judicial, la Sala Constitucional negó que existiera vulneración constitucional cuando el juez participaba en la instrucción (aun procesando o elevando a juicio una causa, esto es, emitiendo criterio de probabilidad: artículo 286 del Código de Procedimientos Penales) y luego integraba el tribunal de juicio: votos 1707-90 y 561-91. Cabe destacar que hubo tres votos salvados.
- (1) Comprendidos en legislaciones como la italiana y la argentina pero que presentan un marcado origen anglosajón.
- (1) Este es el número correcto que le corresponde en el texto oficial publicado y no los numerales 405 a 407 como se indica en: SAÉNZ ELIZONDO (María Antonieta). “Procedimiento Abreviado”. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1996, p. 816.

- b.- consienta en utilizar esa vía (artículo 373 inciso a);
- c.- no haya oposición del Ministerio Público o del querellante, cuando éste actúe (artículo 373 inciso b ibídem).

A.- CRITERIOS LEGALES PARA AVALAR LA ACEPTACIÓN DEL HECHO:

Un breve análisis del primer supuesto (a.-) nos permite concluir que la hipótesis normativa se circunscribe a la aceptación, por parte de la persona acusada, de la especie fáctica planteada en la acusación fiscal, pero tal cosa no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad penal. En otro giro, aceptar un hecho no es aceptar una sanción ni una calificación legal, de allí que sea posible que:

- 1.- la aceptación del hecho no lleve aparejada una consecuencia penal, ó
- 2.- la aceptación del hecho tenga repercusiones penales diferentes a las planteadas por el ente acusador.

Lo primero (1.-) se dará cuando exista **atipicidad** (en sentido estricto según criterio judicial, se dé la promulgación de una ley más favorable que despenalice la conducta o se produzca la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma aplicable, todo con posterioridad a la aceptación), medien **causas de justificación o exculpación** (descritas en la misma acusación) o se produzca cualquier otra **condición objetiva que haga extinguir la acción penal** (por ejemplo, la reparación del daño⁽¹⁾, la prescripción de la

acción penal, la existencia de cosa juzgada, la muerte de la persona acusada o el desistimiento de la querrela una vez que el respectivo sujeto procesal aceptó la vía abreviada y obviamente antes del dictado de la sentencia, etc., nada de lo cual haya sido observado por las partes o el juez de la etapa intermedia).

Lo segundo (2.-) puede producirse cuando el hecho, en criterio del/de la juzgador/a no se subsuma en la norma invocada por el fiscal sino en una diversa.

Considero que la persona acusada o la defensa no pueden aceptar (porque no tienen disponibilidad sobre ello) la calificación jurídica dada por otra de las partes (el Ministerio Público). De acuerdo con el universal principio “**iura novit curia**” será al juzgador, en última instancia, a quien le corresponda evaluar no sólo las condiciones bajo las cuales se llegó a utilizar la vía abreviada (si hubo coacción⁽¹⁾, violencia o tortura contra el imputado, si se le cercenaron sus derechos fundamentales, etc.) sino cualquier otra referente al fondo de lo planteado. Un acuerdo entre partes en sentido formal⁽¹⁾ nunca puede vincular al juez/a, pues de permitirse tal cosa (ya sea legislativa o consuetudinariamente) se le estaría cercenando a dicho/a funcionario/a la labor que por excelencia le corresponde que es la de mediar, de evaluar, de ponderar un conflicto sometido a su conocimiento, esto es, se le limitaría gravemente su **independencia e imparcialidad**, características inherentes a la **exclusividad de la función jurisdiccional**⁽¹⁾, lo que repercutiría negativamente en la democratización y humanización del proceso que se pretende.

Ubicados en esa situación hipotética, si en criterio del/de la juez/a el encuadre jurídico planteado por el Ministerio Público (haya sido o no avalado tácita o expresamente

(1) Cfr. ISSA EL KHOURY JACOB (Henry). “La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal”. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, p. 205.

(1) Convendría evaluar si la misma posibilidad de declararse culpable a sabiendas de que se obtendría una condena determinada no es, por sí misma, una forma de coacción de todo el sistema.

(1) Aunque el Ministerio Público asume, en este nuevo modelo procesal, casi el carácter de parte en sentido sustancial (le corresponde diligenciar su propia prueba, por ejemplo) es lo cierto que, en virtud de su legislación orgánica aún tiene que efectuar su labor de una forma -teóricamente- objetiva (artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), por lo que sigue siendo parte en sentido formal.

(1) De conformidad con el voto 1739-92, independencia, imparcialidad, objetividad y exclusividad integran el derecho general a la justicia, que es una condición previa y necesaria para hablar del debido proceso constitucional. De acuerdo con el voto 1707-90 de la misma Sala, aquellos principios integran el debido proceso.

por la defensa técnica) es erróneo, es obligación jurisdiccional efectuar la modificación pertinente⁽¹⁾, estableciendo el que considere correcto (desde luego, siempre fundamentadamente y siendo su resolución recurrible: artículos 142, 443 y 444 del Código Procesal Penal).

Ahora bien, como la pena solicitada por el Ministerio Público no puede ser **excedida** por el/la juez/a⁽¹⁾, éste/a se encontrará siempre limitado/a por ella **para aumentarla**, de donde surgen dos **problemas** en caso de una **recalificación judicial**:

a) ¿qué debe hacer el/la juez/a si la pena del hecho recalificado es más gravosa⁽¹⁾ que la solicitada por el Ministerio Público? En principio, siempre que ambas penas tengan la **misma naturaleza**, sería necesario **mantener el acuerdo** salvo que el **extremo menor** de la pena (según la recalificación judicial y aun disminuida hasta en un tercio⁽¹⁾) sea más alto que el acuerdo entre las partes (o de una naturaleza más gravosa), pues en tal caso si el/la juez/a respeta el acuerdo podría estar vulnerando los principios constitucionales de **legalidad e igualdad**, motivo por el cual lo procedente sería el **rechazo del procedimiento abreviado en los términos planteados** (artículo 375 párrafo segundo *ibídem*), lo que no excluiría que se formule una nueva solicitud acatando la calificación jurídica dada por el órgano jurisdiccional.

b) ¿cómo debe proceder el/la juez/a si la pena del hecho recalificado es menor o de una naturaleza diferente y más beneficiosa para la persona acusada que la solicitada por el Ministerio Público?⁽¹⁾ Aquí el acuerdo no puede serle vinculante⁽¹⁾ y deberá ponderar sus alcances para determinar una pena que no perjudique al/a la acusado/a⁽¹⁾ pues la obligatoriedad de acatar el pacto es en tanto **no pueda excederse** de la pena acordada: en sentido contrario: **sí puede disminuirse**.

No obstante, en ambos casos parece conveniente que se escuche nuevamente a las partes (art. 375 párrafo primero *ibíd.*).

De lo expuesto se deduce que no comparto la opinión de SAÉNZ ELIZONDO cuando indica:

“...si el tribunal considera la procedencia, dicta la sentencia que lógicamente, en principio, tiene que ser de condena, pues hay aceptación del ilícito (sic) y una propuesta de pena...” (el destacado no es del original)⁽¹⁾.

Es claro, entonces, que el imputado no está obligado legalmente a aceptar el **ilícito (hecho calificado jurídicamente) sino simplemente el hecho**. No hay ninguna consecuencia lógica entre aceptar un hecho y dictar una sentencia condenatoria ni ésta tiene que ser tal siempre que se use la vía abreviada. La posición de

(1) La calificación del hecho acusado es competencia exclusiva del tribunal de juicio: votos 1557-93, 3923-92 y 1045-92 de la Sala Constitucional.

(1) Tal y como lo dispone el artículo 375 párrafo tercero del Código Procesal Penal.

(1) En sus límites -sobre todo el inferior- o en su naturaleza.

(1) Conforme la prevé el artículo 374 párrafo segundo *in fine* del Código Procesal Penal.

(1) Por ejemplo según el acuerdo la pena es de prisión y en virtud de la recalificación judicial la pena correspondiente sería de multa -no convertible a prisión: voto 1054-94 de la Sala Constitucional- o cualquier otra pena alternativa.

(1) Por interpretar analógica y ampliativamente una disposición que perjudica a la persona acusada: artículo 2 del Código Procesal Penal.

(1) Por ejemplo, si el Ministerio Público solicitó el mínimo de la pena, al variarse la naturaleza deberá considerarse ese criterio.

(1) SAÉNZ ELIZONDO (María Antonieta). Op. cit. p. 820. En el Código de Procedimientos Penales existe una disposición similar a la contenida en el proceso abreviado del Código Procesal Penal. Es el artículo 423 que dispone: “Para juzgar las faltas y contravenciones, el Alcalde oirá al ofendido y a la autoridad que hace la denuncia y el (sic) imputado inmediatamente. Si éste se reconoce culpable y no se estiman necesarias ulteriores diligencias, el Alcalde dictará la resolución que corresponda...”. El imputado se reconocía culpable de haber cometido el hecho acusado (no es técnico en derecho y durante mucho tiempo no contó -y durante la vigencia de ese código y a pesar de los pronunciamientos constitucionales sigue sin contar si no lo solicita expresamente- con un defensor que lo asistiera) y el alcalde debía dictar la resolución correspondiente (no necesariamente condenatoria), interpretándose en la práctica que lo que correspondía (obviando todo análisis de encuadre típico y con mayor razón de antijuricidad o culpabilidad) era la condena, al punto que se llegó a dictar sentencias condenatorias por hechos atípicos o en virtud de responsabilidad objetiva. Uno de esos casos fue el conocido en el voto 2757-92 de la Sala Constitucional.

CAFFERATA NORES⁽¹⁾ al respecto parece ser la más acertada, agregando que la misma es aplicable **aun cuando no exista modificación legislativa sobre el particular**, pues se recurriría a una **interpretación sistemática** a partir de los pronunciamientos y fundamentos constitucionales atrás mencionados.

Si bien es cierto que en presencia de cualquiera de las primeras hipótesis (atipicidad, ausencia de condición objetiva para sancionar, etc.) la vía que debe utilizarse es la de solicitar o dictar el sobreseimiento en la etapa intermedia del proceso (artículos 311 y 314 del Código Procesal Penal), nada obsta para que la situación no haya sido observada en esa etapa procesal o sobrevenga con posterioridad al momento en que se planteó la acusación y se solicitó la vía abreviada. Tampoco es improbable que existan diferentes concepciones o criterios entre el ente acusador, la defensa técnica y el/la juez/a de la etapa intermedia y el/la juez/a de juicio sobre un mismo punto, motivos todos ellos por los que la apertura interpretativa en relación con este extremo debe mantenerse.

La afirmación de **SAÉNZ ELIZONDO** de que sostener la posibilidad de dictado de sentencias absolutorias en un proceso abreviado implicaría “desnaturalizar” la vía abreviada ya que “...no se justifica recurrir al abreviado si no hay pruebas o no puede establecerse la responsabilidad...”⁽¹⁾, sería conducir al/a la juez/a a que violente los principios fundamentales de su función social.

B.- CRITERIOS CONSTITUCIONALES PARA AVALAR LA ACEPTACIÓN DEL HECHO:

Como lo indicó Sáenz Elizondo⁽¹⁾ y lo critica Cafferata Nores para la legislación de su país⁽¹⁾, no hay ninguna limitación **legal** respecto al tipo de delitos, montos

máximos o mínimos de pena, etc., para hacer procedente la vía abreviada.

Sin embargo, esa ausencia de regulación en el articulado, no nos permite concluir, necesariamente, que el instituto pueda aplicarse a cualquier delito⁽¹⁾, ya que en virtud del principio de la plenitud hermética del Ordenamiento jurídico (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y del carácter vinculante que tiene la jurisprudencia de la Sala Constitucional en nuestro medio (artículos 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no es posible interpretar las normas en forma aislada, ni entre sí, ni respecto a los citados pronunciamientos que tratan de armonizar la legislación con el Derecho de los Derechos Humanos.

Si bien es cierto

“(...) La Constitución Política no toma partido en relación con los diversos sistemas de procedimiento existentes para posibilitar la investigación de un hecho de naturaleza penal”⁽¹⁾

no es menos evidente que si ese procedimiento limita los derechos constitucionales del ciudadano, se incurre en violación al debido proceso dado que éste principio “...envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental...” (voto 1739-92 de la Sala Constitucional).

Para determinar si el proceso penal abreviado es, en Costa Rica, realmente aplicable en cualquier tipo de delitos, independientemente de su penalidad y sin más requisitos que los *supra* indicados, es preciso recordar el contenido del artículo 39 de la Constitución Política que dispone:

(1) CAFFERATA NORES (José I.). “Juicio Penal Abreviado”. En: Revista de Ciencias Penales #11, pp.3-8.

(1) SAÉNZ ELIZONDO, Op. cit. pp. 820-821.

(1) SAÉNZ ELIZONDO, Op. cit. p. 817.

(1) CAFFERATA NORES, Juicio penal abreviado...op. cit. p. 6.

(1) Así lo indican, erróneamente, en mi criterio respecto al ordenamiento jurídico costarricense, SAÉNZ ELIZONDO, op. cit., p. 817 y CAFFERATA NORES, Juicio penal abreviado...op. cit., p. 6.

(1) Voto 4027-92, de las 9:24 hrs. del 22 de diciembre de 1992.

“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y **mediante la NECESARIA DEMOSTRACIÓN DE CULPABILIDAD...**” (el destacado no es del original)

y a partir de allí responder a los siguientes interrogantes:

1.- ¿cuál es la naturaleza jurídica de la confesión del imputado?; ¿tiene carácter probatorio? La doctrina, en términos generales, le niega ese carácter. CAFFERATA NORES⁽¹⁾ señala que en la actualidad la confesión carece de valor decisivo y no exime al órgano jurisdiccional del deber de investigar la verdad real, toda vez que dicha confesión puede provenir de razones de lucro, de fanatismo, para desviar las investigaciones y (agrego) como encubrimiento respecto a personas con las que exista algún nexo emocional. En igual sentido VÉLEZ MARICONDE y LEONE⁽¹⁾.

También la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto (aunque no ha sido consecuente en la terminología empleada):

“La confesión está regida fundamentalmente por las reglas que establece la Carta Magna en su artículo 36, a saber, que no hay obligación de declarar contra sí mismo, lo cual significa la posibilidad de abstenerse a rendir declaración alguna y en caso de que el imputado decidiera hacerlo, que ello sea sin juramentarse. **La Constitución en el numeral citado y con base en el principio de inocencia que a favor del imputado prevalece durante todo el proceso penal, indirectamente obliga a las partes que participan en dicho proceso, principalmente al acusador, a demostrar la culpabilidad del encausado. Es decir, su dicho no es**

un medio de prueba que pueda llegar a constituirse por sí mismo o aisladamente, en un elemento de convicción suficiente para determinar la culpabilidad del procesado, antes bien, significa una oportunidad para ejercer su defensa (...) la ausencia de coacción se constituye como uno de los límites infranqueables en el proceso penal, para la recepción de la deposición del encartado, tanto así, que en caso de que se produzca, la Constitución sanciona esa prueba (sic), con la nulidad absoluta, pues toda prueba que viole los derechos fundamentales es ilegítima”⁽¹⁾ (el destacado no es del original).

“...la indagatoria del indiciado no puede ser un medio para probar su culpabilidad...”⁽¹⁾.

2.- ¿es la confesión una forma de demostración de la culpabilidad de un ser humano? La respuesta, al tenor de la jurisprudencia constitucional hasta hoy vigente⁽¹⁾, es variable según la reacción penal que implique la aceptación del hecho y al respecto han existido pronunciamientos de diversa índole:

“...al tenor del artículo 36 constitucional, **aun la confesión rodeada de todas las formalidades de ley no elimina la obligación de probar con otros medios la culpabilidad del imputado**”⁽¹⁾ (el destacado no es del original).

“La exigencia constitucional de demostración de culpabilidad tiene dos consecuencias, justificadas en el estado de inocencia de que goza el encartado durante todo el proceso (...) a saber: al encausado debe demostrársele su responsabilidad en el hecho (lo que corre a cargo del Ministerio Público), pues no está obligado a declarar contra sí mismo, su dicho no es un medio de prueba sino de defensa (...) la declaración del encartado es fuente de prueba y no prueba en su contra, si al Estado se le ha impuesto la carga de demostrar la culpabilidad del reo...”⁽¹⁾.

(1) CAFFERATA NORES (José). La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 149 ss.

(1) VÉLEZ MARICONDE (Alfredo). Derecho procesal penal, tomo II, p. 378 y LEONE (Giovanni). Tratado de derecho procesal penal, tomo II, p. 251.

(1) Voto 4784-93 de la Sala Constitucional, de las 8:36 hrs. del 30 de setiembre de 1993. En igual sentido, de la misma Sala, el voto 1438-92 (la demostración de los hechos corresponde al instructor, investigador policial o Ministerio Público).

(1) Voto 2758-92 de la Sala Constitucional. En igual sentido, de la misma Sala, el voto 2581-93.

(1) Que no es vinculante para la misma Sala: artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(1) Voto 991-90 de la Sala Constitucional de las 14:03 hrs. del 24 de agosto de 1990.

“...integra esa garantía constitucional [debido proceso] el deber de los miembros del Tribunal sentenciador de (...) **probar con otros medios la culpabilidad del imputado, no obstante que éste haya confesado su participación en la comisión del delito...**”⁽¹⁾ (las negritas no son del texto original).

“Aceptar como suficiente en asuntos contravencionales la confesión como medio de prueba del hecho, no contraviene tampoco la garantía del artículo 36 constitucional, pues ésta se refiere a la no obligación de declarar contra sí mismo, pero no evita que el procesado pueda hacerlo, si ese es su deseo. La aceptación de responsabilidad por parte del infractor, aunque tácita, en relación con la fijación expresa por parte del legislador de la pena a imponer, hacen que la formalidad del juicio previo y dictado de una sentencia devengan en secundarios a efecto de la protección de las garantías fundamentales, pues en el caso se concede la oportunidad de defensa, la que no se hace efectiva por la voluntad del interesado y ningún aporte se da exigiendo la realización del debate, si el monto de la pena ya fue fijado por el legislador...”⁽¹⁾.

“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 sólo incide en perjuicio del patrimonio, que no tiene mayores trascendencias como sería la anotación en un registro de condenados, las garantías a exigir para cumplir con el debido proceso también sean de menor rigurosidad...”⁽¹⁾.

“...Si el imputado goza del derecho de abstenerse de declarar (...) es deber del Estado demostrar su culpabilidad...”⁽¹⁾.

De los pronunciamientos transcritos se colige que violentaría el principio del debido proceso fundamentar una sentencia condenatoria en la confesión como único elemento, cuando la reacción penal implique la privación de libertad (en cualquiera de sus modalidades: prisión en la actualidad o en casos de penas alternativas el internamiento domiciliario o en tiempo libre).

Así las cosas, para aplicar el proceso abreviado será necesario partir de dos consideraciones ajenas a la regulación positiva:

a)- que la sanción a imponerse mediante este procedimiento sea de naturaleza no privativa de libertad⁽¹⁾ o bien,

b)- que, aun siendo una pena privativa de libertad, con la acusación se aporten pruebas adicionales unívocas en su significado (por ejemplo, videos, fotografías, intervenciones telefónicas, actas de decomiso y allanamiento, dictámenes grafoscópicos o lofoscópicos, o de nivel indiciario -rastros de sangre, cabellos, heridas, etc.) que, junto con la declaración del encartado, hagan la confesión suficientemente creíble pero que suprimida hipotéticamente ésta, tengan la consistencia necesaria para mantener el pronunciamiento condenatorio. Es preciso indicar acá que si bien el Ministerio Público puede contar con prueba testimonial lo suficientemente comprometedor para que el encartado desee la aplicación de la vía abreviada, tal cosa por sí misma no haría legítimable (constitucionalmente hablando) el uso de la vía abreviada ya que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 303 a 305 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público se limita a presentar la acusación: ya no se reciben declaraciones en la etapa preliminar con las formalidades necesarias para su validez (juramentación, transcripción literal, firma, etc.) y cuando ello ocurre sólo lo será por la **vía de excepción** prevista por los artículos 293 y 327 *ibidem* que contemplan el

(1) Voto 1331-90 de la Sala Constitucional.

(1) Voto 498-97 de la Sala Constitucional.

(1) Voto 4027-92 de la Sala Constitucional.

(1) Voto 4027-92 de la Sala Constitucional.

(1) Voto salvado de los magistrados Castillo Riggioni y Mora Mora en el voto 328-90 de la Sala Constitucional.

anticipo de prueba. Si bien la regulación le brinda al/a la juzgador/a potestades discrecionales para determinar la procedencia del citado anticipo⁽¹⁾ es lo cierto que si es posible su reproducción en debate, cualquiera de las partes puede **exigirla**⁽¹⁾. Para este instituto parece aplicable el pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre el numeral 384 del actual Código de Procedimientos Penales, a saber que podrá utilizarse únicamente en los casos taxativamente previstos pues, de lo contrario, se vulnerarían las garantías procesales de la persona acusada⁽¹⁾. En otros términos, el Ministerio Público no podría solicitar anticipo de prueba en hipótesis diferentes a las reguladas en los citados artículos, únicamente para mostrar la “consistencia de la prueba” contra el imputado a efecto de optar por la vía abreviada.

Por ende, el proceso abreviado jamás podrá anteponer la “verdad consensuada” a la “verdad real” que es propia de la materia penal⁽¹⁾.

Esa posibilidad de supresión hipotética de la confesión y la supervivencia de la sentencia condenatoria es importante si se considera, además, que según la misma jurisprudencia constitucional, el derecho de abstención es irrenunciable y puede ser ejercido en cualquier etapa del proceso en cuyo caso no podría incorporarse lo dicho por el acusado en etapas anteriores⁽¹⁾. De allí que si un acusado acepta inicialmente el hecho y se dicta contra él una sentencia condenatoria, pero después se “arrepiente” y ejerce su derecho de impugnación (que no le está vedado) y en el escrito respectivo señala que se abstiene

de declarar y que no desea la incorporación de su declaración (lo que es teóricamente posible), el proceso abreviado, lejos de haber servido para “descongestionar los tribunales”, se habrá convertido en un instrumento inútil de trabajo que a su vez generaría una mayor pérdida de tiempo, cosa que obviamente se evitaría si la sentencia condenatoria se apoya adicionalmente en prueba distinta a la simple confesión lo que, a su vez, garantizaría la justicia del fallo.

En conclusión, el proceso abreviado previsto por el Código Procesal Penal es aplicable en los siguientes casos:

- a)- cuando el imputado admita el **hecho**;
- b)- cuando consienta en la aplicación de esa vía;
- c)- cuando no haya oposición expresa del Ministerio Público o el querellante;
- d)- cuando se trate de delitos sancionados con días multa u otra pena no privativa de libertad, **o en su defecto**;
- e)- cuando exista prueba técnica o documental (o testimonial en los casos en que es admisible el anticipo de prueba) unívoca sobre la existencia del hecho y la participación del encartado.

Fuera de esas hipótesis parece impensable el uso de la vía abreviada por cuanto la sentencia condenatoria se sustentaría en la confesión que, como único fundamento de la sentencia, violentaría el debido proceso -si la reacción penal es grave- según el estado actual de la jurisprudencia constitucional.⁽¹⁾

(1) Vgr. multa en la actual legislación de fondo que ni con ulteriores modificaciones legales podrá ser convertible en prisión en virtud de lo dispuesto por el voto 1054-94 de la Sala Constitucional, en razón de lo cual el legislador (en los proyectos de Código Penal) deberá tener en consideración ese pronunciamiento a fin de que no se produzca la situación ocurrida con el artículo 27 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas #7093 que fue declarado inconstitucional mediante voto 688-91 y luego, al derogarse esa ley y emitirse la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas #7233 fue integrado nuevamente bajo el número 33, burlando la inconstitucionalidad declarada, lo que provocó que nuevamente la Sala Constitucional lo anulara (voto 193-92) remitiéndose a las consideraciones dadas en el primer caso.- También podría ser aplicable a cualquier otra pena alternativa (reparación del daño, etc.).

(1) El anticipo jurisdiccional de prueba se da cuando: 1) se trate de actos definitivos e irreproductibles; 2) sea necesario recibir una declaración cuando por obstáculos difíciles de superar se presume que no pueda recibirse en juicio (vgr. enfermedad grave, salida del país, amenazas graves a la integridad física del testigo); 3) por la complejidad del asunto exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales que conoce (una investigación muy prolongada en el tiempo o muy detallada cualitativamente).

(1) Cfr. artículo 334 inciso a) del Código Procesal Penal.

(1) Voto 2249-96 y 262-I-96 de la Sala Constitucional.

(1) Al respecto véase: BINDER (Alberto). Justicia penal y Estado de derecho, p. 73.

(1) Voto 264-91 de la Sala Constitucional.

LA APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN COSTA RICA

*Daniel González Alvarez
Magistrado de la Sala Penal
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, UCR.*

Un cambio trascendente en el sistema de administración de justicia penal trae consigo una serie de inconveniencias, trastornos, incomodidades y otras situaciones imprevistas para todos los involucrados en el problema penal: para los fiscales, para los jueces, para los defensores, para el personal auxiliar y de apoyo, para los policías, para los imputados, para las víctimas, para los testigos, para los peritos, para los periodistas que cubren la actividad judicial, para los ciudadanos.

El deber más importante de los encargados de dirigir y coordinar la implementación del nuevo sistema será reducir ese período traumático tanto en intensidad como en tiempo. En otras palabras, los encargados de planificar la implementación del Código Procesal Penal deben preocuparse principalmente de facilitar la labor de aplicación práctica de los nuevos principios, tratando de minimizar al máximo las dificultades que surgirán en la prestación de este importante servicio público, y procurando reducir el período de transición entre uno y otro sistema al menor tiempo posible. Para ello las palabras mágicas serán siempre planificar y coordinar con flexibilidad.

No obstante todos los esfuerzos que se emprendieron, en Costa Rica la labor de implementación del nuevo Código Procesal Penal puede estimarse bastante más simple que en la mayoría de los países latinoamericanos por dos razones importantes.

En primer término porque los principales funcionarios protagonistas y operadores del sistema penal pertenecen todos al Poder Judicial, es decir están bajo la misma autoridad administrativa, aunque guardan autonomía funcional unos en relación con los otros. Tanto la Policía Judicial, como el Ministerio Público (fiscales),

así como la oficina de la Defensa Pública (que en Costa Rica es tan fuerte y tiene tantos funcionarios como la fiscalía), son órganos adscritos desde hace más de veinte años al Poder Judicial, de manera que la Corte Suprema de Justicia es el superior jerárquico administrativo de todos ellos, aunque no el superior a nivel funcional, pues tienen plena autonomía de funcionamiento y pertenecen a una carrera judicial. Esta pertenencia a una misma institución facilita notablemente la necesidad de coordinación, así como el dictado de medidas prácticas para resolver los problemas.

En segundo lugar, también viene a facilitar la implementación del nuevo Código el hecho de haberse aprobado en Costa Rica desde 1973 un sistema procesal penal totalmente inspirado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, que habían elaborado los profesores Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, mediante el cual rige la oralidad en la justicia penal desde 1975, de manera que ahora sólo corresponde ajustar las estructuras a los cambios que se producen principalmente en la instrucción.

No obstante que la labor podría estimarse más simple que en los países que deben comenzar por incorporar la oralidad en su sistema penal (con todo lo que ello implica), en Costa Rica siempre fue necesario crear una serie de mecanismos y de procedimientos para implementar el nuevo Código Procesal Penal, los cuales también deben seguirse, con mayor intensidad, en los países que transforman su sistema de un procedimiento escrito a uno oral, por ello estimamos estas líneas de interés.

En todo caso conviene resaltar que, a diferencia de muchos países latinoamericanos, Costa Rica no recibió

ninguna ayuda financiera internacional para la transformación del sistema penal, tanto para realizar los estudios previos, como para la elaboración del Código Procesal Penal y de las leyes complementarias, así como tampoco para la implementación. Incluso es de agregar que el Poder Judicial no recibió tampoco fondos adicionales a su presupuesto ordinario, de modo que la financiación debió asumirla el sistema judicial con sus propios recursos.

A continuación exponemos algunas recomendaciones básicas tomando como parámetro la experiencia costarricense, advirtiendo que ésta no constituye el único camino para lograr la implementación, sino sólo una manera de hacerlo, o mejor dicho la manera como nosotros lo hicimos.

1.- LA APROBACIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como indicamos, en 1973 se acogió un Código Procesal Penal inspirado totalmente en el de la Provincia de Córdoba, Argentina. Gracias a ese texto legislativo y a la doctrina que lo inspiró se pudo implementar la oralidad en la justicia penal costarricense, con todas sus implicaciones, así como también se establecieron la policía judicial y el Ministerio Público como instituciones independientes del Poder Ejecutivo, pero adscritas al Poder Judicial, y se fortaleció el Departamento de Defensa Pública.

Desde entonces (1975) rigen en la justicia penal una serie de principios básicos que han teñido el procedimiento penal, como la publicidad, la inmediación, la contradicción, la libertad probatoria, la libre apreciación de las pruebas, etc., y se fortalecieron el derecho de defensa, el contradictorio y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otros aspectos básicos.

El 28 de marzo de 1996 la Asamblea Legislativa aprueba un nuevo Código Procesal Penal, que aparece publicado en el Alcance N° 31 al Diario Oficial La Gaceta N° 106 del 4 de junio siguiente (ley N° 7594 del 10 de abril de 1996), que entra en vigencia el 1° de enero de 1998 en todo el territorio nacional.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el nuevo texto viene a fortalecer la aplicación práctica de los principios procesales ya adelantados en el anterior, de manera que forman parte de un mismo proceso de reforma.

Los cambios más radicales respecto del sistema anterior se adoptan en la fase de investigación, pues se elimina la instrucción formal y se le atribuye al Ministerio Público el deber de investigar todos los hechos delictivos, bajo la supervisión de un juez de garantías denominado de la Etapa Preparatoria. Al mismo tiempo se individualiza un procedimiento intermedio, como la etapa destinada a controlar la actividad requirente del fiscal y la querrela del ofendido, así como también para definir el rumbo del proceso. Paralelamente se adoptan una serie de alternativas con el fin de diversificar las posibles respuestas ante el conflicto penal, y se fortalece la participación de todos los protagonistas del mismo en la búsqueda de una solución, a través de mecanismos como la conciliación, la reparación del daño en delitos patrimoniales, la suspensión del proceso a prueba, el principio de oportunidad, el proceso abreviado, etc.

En especial debe mencionarse el repotenciamiento a la intervención de la víctima, la que incluso asume un papel decisivo sobre el rumbo del proceso, y se le regresa la potestad de acusar en delitos de acción pública.

Los fundamentos filosóficos y doctrinarios que sustentan la reforma, están vinculados con la necesidad de humanizar y democratizar la administración de justicia penal. Las reformas procesales ocurridas en los años setentas y ochentas en la mayoría de los países europeos que siguen una tradición jurídica romano germánica (principalmente Alemania, Italia, Portugal, España) le sirven de fundamento al nuevo código costarricense.

El Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica también tuvo una gran influencia en el nuevo texto costarricense, así como el Código Procesal Penal de Guatemala y el de algunas provincias argentinas que han optado por el nuevo rumbo. Es importante mencionar que los proyectos entonces elaborados para El Salvador, Paraguay, Ecuador, y Bolivia, entre otros países latinoamericanos, también fueron consultados por los miembros de la comisión redactora y sirvieron de sustento para la redacción del nuestro.

2.- FUNCIONAMIENTO DE UNA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE CARÁCTER “POLÍTICO”

La característica sobresaliente de todo el proceso de aplicación del nuevo Código Procesal Penal debe ser necesariamente la coordinación.

Si bien es importante planificar, diseñar las nuevas estructuras y prever anticipadamente cada uno de los pasos que deben darse hacia el cambio, es indispensable que todo ello sea realizado de manera conjunta, sin contradicciones y en forma coordinada, mediante un proceso en el cual todas las instituciones involucradas en el sistema de administración de justicia penal laboren hacia objetivos comunes, desde luego cumpliendo cada una las funciones que les corresponden. Incluso, esa coordinación debe darse al interno de una misma institución, con el propósito de minimizar los contratiempos y los obstáculos entre distintas oficinas de una misma dependencia jerárquica.

El Código Procesal Penal fue elaborado por una comisión técnica integrada con fiscales, jueces, defensores, magistrados de casación, y asesorada por una serie de profesores nacionales y extranjeros, que trabajó al interno del Poder Judicial, pero de una forma muy cercana a una Comisión Interinstitucional, de notable contenido político, que funcionaba en el Colegio de Abogados, de muy alto nivel, conformada por los jefes de las instituciones involucradas, es decir por personas con plena capacidad de decisión al interno de cada sector.

La Comisión fue integrada por varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, tanto de la materia penal como de la constitucional; por los Ministros de Justicia y Seguridad Pública; Diputados abogados de la Asamblea Legislativa de los diferentes partidos políticos; el Presidente del Colegio de Abogados; el Presidente del Colegio de Periodistas; representantes de algunas organizaciones no gubernamentales relacionadas con el sector justicia, tales como Paniamor (menores); algunos periodistas; profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; entre otros.

Esta Comisión tuvo mucha participación durante el período de discusión legislativa del proyecto, pues

orientó la toma de decisiones políticas sobre la materia. En algunos países podrá seguir teniendo injerencia incluso después, sobre todo cuando la policía judicial, el Ministerio Público, los Defensores Públicos y los Jueces no están bajo una misma institución, así como también para que ayude a la asignación de los recursos necesarios al sistema de justicia con el fin de enfrentar el cambio, y además para coordinar la labor de los diferentes sectores involucrados en el proceso de transformación (Parlamento, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, abogados litigantes, sector privado, prensa, ciudadanos).

La Comisión “política” se reunió periódicamente, a ella se incorporaron otras personas, en especial jefes de algunas instituciones que sin ser miembros permanentes, aportaron ideas en procura de la solución de los múltiples problemas que se presentaron.

3.- FUNCIONAMIENTO DE UNA COMISIÓN DE CARÁCTER “TÉCNICO-POLÍTICO”

La Corte Suprema de Justicia costarricense está conformada por 22 Magistrados, de los cuales sólo cinco integran la Sala de lo Penal. La Corte es el órgano administrativo superior jerárquico, pues nombra al Fiscal General, al Jefe de la Defensa Pública, al Jefe de la Policía Judicial y a los jueces de los tribunales más altos del país.

En consecuencia resultaba natural que de su seno se conformara una Comisión especializada (técnica), pero a la vez con cierto poder decisorio (político) para enfrentar los problemas de implementación. Además, como todo órgano colegiado de especialidad múltiple (civil, penal, laboral, constitucional, público, familia, agrario), necesita de un brazo especializado que se dedique a profundizar el estudio de los problemas que se le plantean, para la toma de decisiones.

Esa labor la realiza en la experiencia costarricense la denominada “Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia”, la cual es un órgano permanente, funciona desde hace muchos años y su existencia no se agota con la tareas que trajo consigo el nuevo Código Procesal Penal. Es un ente que además de técnico y especializado en realidad tiene un carácter

“político” en el buen sentido de la palabra, al pronunciarse de previo sobre todos los problemas que tiendan a definir una política judicial en materia penal. Para ello sus miembros estudian, preparan y opinan sobre proyectos de ley referidos al sistema penal, como por ejemplo los proyectos dirigidos a crear nuevos hechos delictivos, fijar nuevas penas, crear tribunales penales, así como respecto de nombramientos de funcionarios de la materia penal (jueces, fiscales, defensores), y de todo lo concerniente a la materia penal que deba resolver la Corte Suprema.

La Comisión está integrada por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (tres de la materia penal y uno de la constitucional), por el Fiscal General de la República, el Jefe de la Defensa Pública, y un Juez Superior Penal (camarista).

Esta Comisión asumió la dirección total de la implementación del nuevo Código Procesal Penal, y debió coordinar todas las oficinas involucradas tanto internas (policía judicial, juzgados, tribunales, defensa pública, fiscalías, sector administrativo, etc.) como externas (policía administrativa, sector penitenciario, Ministerio de Justicia, Ministerio de Seguridad, Procuraduría General de la República, Contraloría General de la República, etc.).

Esta comisión tuvo suficiente capacidad para tomar decisiones políticas sobre las distintas opciones que se fueron presentando durante el proceso de aplicación, y orientó a la Corte Plena en la adopción de las mismas, así como también tuvo capacidad de convencimiento frente a las instituciones externas al Poder Judicial que formalmente debían intervenir en la implementación.

En realidad en su seno están los redactores del Código Procesal Penal, así como de la legislación complementaria de implementación.

Todo proceso de cambio trae consigo siempre nuevos problemas. Ellos surgen conforme se aplican y se asimilan nuevas instituciones. Es necesario resolver una buena cantidad de aspectos, así como también deben definirse una serie de políticas en muchos niveles: laborales, salariales, territoriales, físicas, relaciones externas, etc. Por tal razón es indispensable que exista un órgano del cual emanen todas las directrices generales,

con suficiente capacidad política y jurídica para tomar decisiones, y desde luego para orientar el curso del proceso de cambio, así como para resolver una serie de cuestiones prácticas que surgirán en el camino.

4.- LA LABOR TÉCNICA Y MULTIDISCIPLINARIA DE CARÁCTER PERMANENTE.

Junto a la Comisión de carácter técnico-político antes referida, que se reúne ocasionalmente, deben funcionar uno o varios equipos de trabajo de carácter técnico, que laboren en forma permanente y a tiempo completo, sustrayendo a sus integrantes de las tareas cotidianas que les han sido asignadas, que debe ser integrado por profesionales de distintas disciplinas (abogados penalistas, jueces, fiscales, defensores, administradores, economistas, estadísticos, especialistas en personal, en informática, etc.), y además deben pertenecer a las distintas oficinas involucradas en el sistema penal (defensoría pública, fiscalía, judicatura, sector administrativo del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, policía judicial, etc.).

Sus integrantes deben ser personas muy afines a la reforma y al cambio, comprometidas con el proceso de transformación en todos los niveles, con suficiente conocimiento del sistema de administración de justicia penal, que también conozcan con suficiente profundidad el Código Procesal Penal que se pretende implementar, así como las razones que fundamentan sus instituciones, ya que no sólo tendrán que diseñar y aplicar las nuevas estructuras jurisdiccionales, sino además se constituirán en ejemplo y motor para impulsar el cambio en cada uno de los sectores de los cuales provienen.

Este grupo (o grupos de trabajo) deben laborar en una estrecha relación con el “Consejo Político” antes citado, con plena capacidad para solicitar definiciones sobre distintos aspectos conforme el trabajo lo vaya requiriendo.

Su tarea más importante consistirá en el diseño de las nuevas estructuras organizacionales en los despachos judiciales, según los requerimientos del nuevo Código Procesal Penal. En consecuencia les corresponderá redactar los proyectos de ley que ese diseño

requiera, pero también deben estar preparados para actuar rápido y de manera eficiente, con el fin de resolver cualquier problema que surja sobre la aplicación práctica de lo planeado, así como asesorar a los altos funcionarios antes citados en la toma de decisiones. Desde ese punto el grupo (o los grupos) deben operar como órganos técnicos de planificación, asesores y consultores de la Comisión técnico-política.

Este equipo de trabajo debe tener una clara visión institucional y funcional del sistema, así como una adecuada relación con todos los sectores involucrados, ya que deberá alimentarse y nutrirse con las observaciones y sugerencias que realicen los posibles destinatarios de las medidas que deberán adoptarse. En su metodología, el equipo de trabajo deberá incorporar necesariamente la permanente consulta con los sectores involucrados, para que éstos puedan opinar e incluso retroalimentar la toma de decisiones.

En aquellos países que no tienen adscritos dentro del Poder Judicial a la Fiscalía, la Defensa Pública, la Policía Judicial y a los jueces, esta Comisión debe ser además interinstitucional, es decir compuesta por los diferentes sectores que conforman el sistema penal, tales como:

a- Corte Suprema de Justicia

- juez de faltas y contravenciones
- juez de instrucción o de garantías
- juez integrante de tribunal colegiado o cámara
- sector administrativo:
 - especialistas en administración de tribunales
 - especialistas en administración de recursos humanos
 - especialistas en informática
 - especialistas en estadísticas
 - especialistas en cuestiones financiero contables

b- Ministerio Público

- fiscal
- sector administrativo y auxiliar

c- Defensa Pública

- defensor
- sector administrativo y auxiliar

d- Ministerio de Justicia

- sector administrativo
- sistema penitenciario

e- Policía Judicial

- asesor legal
- representante sector policía administrativa

f- Consejo Nacional de la Judicatura

- sector administrativo
- Escuela de Capacitación Judicial

g- Otros sectores

Si lo estiman conveniente y necesario, pueden agregarse personas ligadas a otras instituciones públicas o privadas, según las necesidades locales, como por ejemplo funcionarios de la Asamblea Legislativa, representantes de las Asociaciones de Abogados, miembros de algunos grupos vinculados con el funcionamiento del sistema penal, organizaciones no gubernamentales, etc.

Todas estas personas que conforman el sector técnico no necesariamente laborarán en forma conjunta, sino que debe existir una distribución de trabajo en equipos, dependiendo de los temas y de la especialidad profesional y laboral. Con bastante frecuencia se requerirá de reuniones generales, de información y coordinación, con el fin de enterarse del rumbo del trabajo y para no duplicar esfuerzos.

Por otra parte, no todos deben integrarse a la Comisión al mismo tiempo. Algunos de sus integrantes deberán estar siempre, pero otros podrán participar conforme lo requiera el trabajo según los planes elaborados.

En la experiencia costarricense esa labor la desempeñaron, por un lado, la "Oficina Auxiliar de la Comisión de Asuntos Penales", compuesta por calificados funcionarios de la materia penal, en su mayoría profesores de la Facultad de Derecho, investigadores, colaboradores en la redacción de la reforma: dos jueces del Tribunal de Casación Penal (que a su vez habían sido jueces de instrucción y jueces de juicio), un fiscal, un defensor público, y dos licenciados en Ciencias Económicas (uno con énfasis en administración y otro en estadísticas), quienes a tiempo completo se constituyeron en los

programadores y planificadores del proceso de cambio, junto con los miembros de la Comisión de Asuntos Penales, desde más de un año antes de que entrara en vigencia el Código.

Por otro lado, deben mencionarse también los diferentes equipos de trabajo multidisciplinario conformados por todas y cada una de las oficinas administrativas del Poder Judicial involucradas en el proceso de transformación, en especial los grupos de trabajo en la Dirección Ejecutiva, en el Departamento de Planificación, en el Departamento de Informática, en el Departamento de Personal, en el Departamento de Información, en el Departamento Financiero Contable, en la Auditoría Judicial, en el Departamento de Servicios Generales (sobre todo en lo que se refiere a las secciones relacionadas con el diseño y la construcción de las nuevas plantas físicas), en la Escuela Judicial, quienes además de otras oficinas han mantenido a tiempo completo distintos funcionarios de muy diversas disciplinas (economistas, ingenieros, planificadores, educadores, informáticos, psicólogos, administradores, etc.) en la labor de preparación de las nuevas estructuras.

En forma paralela a estos grupos de trabajo debe mencionarse la labor de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, conformada en su mayoría por funcionarios judiciales, que apoyó el proceso de reforma, desde su redacción hasta su aprobación final, y se dedicaron a realizar seminarios y cursos de capacitación sobre el nuevo sistema, y además una investigación que culminó en el libro "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", en cuya redacción participaron letrados de las Salas de Casación Penal y Civil; jueces superiores penales; jueces superiores de casación; magistrados de la Corte Suprema de Justicia; tanto de la Sala Penal como de la Sala Constitucional; el Fiscal General de la República y exfiscales generales; defensores públicos; el jefe de la Defensa Pública; fiscales del Ministerio Público; profesores de diversas universidades; la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, la Directora del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial; y abogados litigantes.

También el Colegio de Abogados ha venido realizando una labor de capacitación de los abogados litigantes digna de mencionar, como parte de su aporte al proceso de cambio, por medio de una gran cantidad de cursos realizados en muy diversos sectores del país, así

como también apoyando y financiando la celebración de seminarios, conferencias y mesas redondas sobre el tema.

Otras instituciones públicas muy ligadas al sistema penal también han colaborado en los mecanismos de preparación, en especial en lo que se refiere a la capacitación, tales como la Procuraduría General de la República, el Ministerio de Justicia (en especial los funcionarios del sistema penitenciario), el Ministerio de Seguridad Pública (policía administrativa) y la Contraloría General de la República (especie de tribunal de cuentas y fiscalizador de los fondos públicos).

De todos esos sectores merecen destacarse dentro del Poder Judicial la Comisión de Asuntos Penales, y los miembros de su Oficina Auxiliar, la Dirección Ejecutiva, la Escuela Judicial, el Departamento de Planificación, el Departamento de Personal y el Departamento de Informática, cuyos funcionarios se dedicaron de lleno a preparar la tarea de implementación, realizando una ardua tarea junto con las demás oficinas antes mencionadas.

5.- ALGUNAS CUESTIONES METODOLÓGICAS

La tarea de planificar la implementación de un nuevo Código Procesal Penal y de una nueva estructura para el Ministerio Público y los tribunales penales, requiere de una ardua preparación. Son muchas las labores que deben realizarse, de manera que debe adoptarse un adecuado planeamiento. De seguido señalamos algunos de esos aspectos:

a.- Recopilación de información:

Para iniciar la labor de planificación fue necesario recoger una gran cantidad de información relacionada con el funcionamiento del sistema penal vigente, y mantenerla disponible para todos los integrantes de los equipos de trabajo, tanto técnicos como técnico-políticos.

Así, por ejemplo, se recogieron todos los datos estadísticos disponibles sobre el funcionamiento de los tribunales penales según cada zona del país, el número de tribunales, la cantidad de personas que los atienden

(jueces, personal auxiliar, fiscales, defensores públicos, defensores privados, etc.), las labores asignadas a ellos, la condición profesional, la capacidad de trabajo, datos sobre el flujo de casos, cantidad de asuntos ingresados y salidos, sentencias dictadas, asuntos con reos presos, tiempos de duración, etc. Paralelamente se requirió información relativa a los costos de operación, salarios, suministro de implementos, y otros gastos necesarios para el desempeño de la función.

Paralelamente debió recopilarse y estudiarse toda la legislación vigente referida al funcionamiento estructural y laboral de los tribunales, de los fiscales, de los defensores públicos y de la policía judicial, en especial sus leyes orgánicas, con el fin de examinar su flexibilidad o rigidez para introducir los cambios orgánicos, estructurales y laborales.

Para tales efectos en la experiencia costarricense se obtuvo la ayuda del Departamento de Planificación y del Departamento de Personal, compuestos a su vez por diferentes secciones multidisciplinarias, quienes siempre han mantenido una información permanente sobre todos y cada uno de estos aspectos, de manera que la recopilación de información no se dificultó. También coadyuvaron despachos como la Auditoría Judicial, el Departamento Financiero Contable, la Secretaría de la Corte, el Consejo Superior, etc.

b.- Organización y regionalización del trabajo:

Todo el esquema de trabajo debe regionalizarse. Para tales efectos pueden utilizarse las circunscripciones judiciales existentes, y las soluciones deben adaptarse a las condiciones y necesidades de cada región.

Será necesario destacar oficinas de justicia penal en todo el territorio, junto con las de la fiscalía y la defensa pública, ya que no pueden funcionar en forma separada e independiente, conforme a los nuevos requerimientos.

Para ello es indispensable conocer el flujo de casos que regularmente se tramitan en cada zona, la cantidad de funcionarios destacados en la actualidad, las oficinas y demás espacios físicos que poseen, etc.

c.- Relaciones con los funcionarios encargados de aplicar los cambios:

Es indispensable que se establezca una adecuada comunicación entre quienes están planificando los cambios (Comisión Técnica, Consejo Político) y los destinatarios de esa planificación (los funcionarios a quienes corresponderá aplicar los cambios en la práctica).

Se trata de una labor que va paralela a la definición de una adecuada política laboral, así como al diseño de las nuevas estructuras. Los funcionarios y empleados necesitan saber, en primer lugar, cuál será su destino y su situación conforme a las nuevas exigencias legales e institucionales, y en segundo lugar qué deben hacer para aplicar los cambios procesales y estructurales. Esto requiere de una permanente comunicación con cada uno de los sectores involucrados, donde se expliquen los alcances de la aplicación, la forma de llevarla a cabo y la suerte de cada uno de los protagonistas de ese cambio, entre otros aspectos de mucho interés.

Además, la relación entre esos sectores permitirá que todos intervengan en el diseño de las nuevas estructuras, así como en la readecuación al nuevo procedimiento penal, lo que no sólo hará más democrático el proceso, sino que lo enriquecerá.

6.- ALGUNAS TAREAS PREVIAS A LA VIGENCIA DEL CÓDIGO

a.- Diseño de la estructura organizacional:

Una de las tareas más delicadas a las cuales debe abocarse la Comisión Técnica consiste en el diseño de la estructura organizacional que el nuevo Código Procesal Penal demanda.

En especial debe regularse la estructura orgánica de:

- Juzgados de Paz
- Juzgados de Instrucción
- Tribunales de sentencia
- Cámaras de segunda instancia
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

- oficinas de la Fiscalía
- oficinas de la Defensa Pública
- oficinas de la Policía Judicial

Se trata de definir la estructura de las oficinas en todos esos sectores, los lugares del país donde se ubicarán, el personal auxiliar o de apoyo que requieren, así como también debe estudiarse la viabilidad de esa transformación.

b.- Elaboración de textos legales referidos a la estructura:

Paralelamente deben diseñarse los textos legales necesarios para complementar la reforma procesal penal, e incorporar en la ley una serie de aspectos esenciales referidos a la estructura orgánica de los nuevos despachos.

A tal propósito es muy factible que sea necesario examinar y reformar las leyes orgánicas de todos los sectores involucrados, en especial las que regulen el funcionamiento de los tribunales penales y las oficinas de la fiscalía.

Los textos legales deben caracterizarse por ser muy flexibles, con el fin de permitir a los distintos órganos readecuar la estructura funcional si fuese necesario, sobre todo ante situaciones imprevistas.

Una estructura rígida y regulada detalladamente en la ley constituirá sin lugar a dudas un obstáculo en un período de transformación de todo el sistema funcional de las distintas oficinas judiciales y demás instituciones involucradas.

Esa legislación debe referirse, además, a la competencia de los nuevos tribunales y de las oficinas de la fiscalía, la policía y la defensa pública.

c.- Regulación jurídica de la adecuación al nuevo procedimiento penal:

También es indispensable que se regulen en la ley algunos aspectos de transición entre el viejo procedimiento y el nuevo. Habrá que determinar cuáles

asuntos serán convertidos al nuevo procedimiento, que validez tendrán los actos cumplidos con el viejo proceso, en especial tratándose de pruebas recibidas sin algunos de los nuevos requisitos. Habrá que determinar si se aplicará retroactivamente la ley procesal a casos iniciados antes de la vigencia del nuevo Código, si se permitirá a los acusados optar entre el viejo y el nuevo proceso en algunas hipótesis, así como deberán resolverse en la ley una serie de aspectos necesarios para adecuar los procedimientos a las nuevas exigencias.

Esta constituye una de las partes más arduas de la labor del equipo técnico.

d.- Elaboración de manuales, guías, instructivos, formularios a utilizar:

El nuevo sistema conlleva muchos cambios, los que pueden ser enfrentados por sus operadores de diversas formas; si con anterioridad se les ha suplido de manuales en que se les informa sobre los cambios, las razones que los justifican y la forma en que se actuará frente a ellos, la labor se simplifica y se uniformiza.

La existencia de machotes y formularios ha sido criticada si con ello se pretende sólo hacer más productivo el sistema de administración de justicia, pero es indudable que en un proceso de cambio puede lograrse mucho con su utilización, pues se orienta al usuario y se le facilita su trabajo en un momento difícil -el del cambio-.

e.- Definición de la política laboral:

La definición de la política laboral constituye uno de los aspectos más sensibles que deben resolverse. Habrá que tomar decisiones sobre el personal existente, en especial frente a aquellas personas que no quieren ajustarse a los nuevos requerimientos, y que no aceptan las modificaciones a su condición laboral.

Tendrá que definirse si habrá separaciones, readecuaciones, reajustes de personal. En algunos casos es posible que falten funcionarios y empleados, pero en otros podría ser necesario trasladarlos, reasignarlos, cambiarles radicalmente la función.

Es necesario realizar esa labor conforme a la legislación laboral del país, para no lesionar los derechos adquiridos por los trabajadores del sector justicia. En todo caso se requiere de su concurso para aplicar el nuevo proceso penal. Por lo anterior son recomendables las reuniones con las organizaciones de empleados, jueces, fiscales, defensores, policías, para aclarar inquietudes y escuchar sus puntos de vista y sugerencias.

f.- Los aspectos financieros:

Desde luego que deben cuantificarse los costos de aplicación, y readecuarlos a los recursos disponibles.

Ante la proximidad con que debe definirse a nivel institucional el contenido del próximo presupuesto, que debe ser remitido al Ministerio de Hacienda en los primeros meses del año entrante, deben realizarse algunas cuantificaciones globales lo más ajustadas a la realidad, para incluir partidas generales a las cuales luego puedan recurrir las instituciones con el fin de abrir oficinas, contratar personal, reajustar salarios, etc.

g.- Asignación de administradores en los nuevos despachos:

En virtud de que la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal implica cambios drásticos en la organización administrativa y funcional de los tribunales y del Ministerio Público, resulta indispensable asignar profesionales en administración pública que preparen la organización interna de esos despachos, la distribución del trabajo, los sistemas de ejecutar las labores, inicien la agenda, redistribuyan el personal y los recursos disponibles, así como también realicen todas las demás labores indispensables para poner en funcionamiento la nueva estructura funcional.

En la experiencia costarricense, tres meses antes de la vigencia del nuevo Código, se asignaron diferentes profesionales en administración pública en los principales despachos judiciales de la capital y en las oficinas del Ministerio Público, con el fin de que iniciaran los trabajos de reestructuración de esas oficinas y continuaran su la-

bor incluso cuando ya estuviere rigiendo la nueva legislación.

h.- Reducción de atrasos en los despachos judiciales:

El nuevo sistema de administración de justicia traslada la investigación del hecho delictivo (instrucción del caso) de la judicatura a la Fiscalía, ello conlleva que a esta institución se le entregará una suficiente carga laboral desde el principio. Estimamos necesario que se diseñe un plan extraordinario, dinámico y eficiente de asistencia a los despachos judiciales que actualmente tramitan las investigaciones jurisdiccionales previas al dictado de una sentencia en lo penal, para evitar que la carga laboral que reciba la Fiscalía se constituya en un problema más a resolver al entrar en vigencia en el nuevo sistema.

El actual no por obsoleto es totalmente ineficiente, sus operadores le conocen bien y con aumento de personal y algunos recursos materiales, puede utilizarse para disminuir el número de casos en conocimiento del sistema; con ello las nuevas estructuras podrán adaptarse más fácilmente a los nuevos requerimientos, pues no tendrán la exagerada carga laboral que hoy soportan las actuales. Este plan debe dirigirse a lograr un drástico descenso en el circulante de asuntos en conocimiento del sistema.

Esa también fue la práctica en la experiencia costarricense. Desde un año antes de la vigencia, se conformaron equipos de trabajo integrados por jueces, fiscales, defensores y personal auxiliar, que se asignó en aquellos despachos con mayor cantidad de asuntos pendientes en todo el territorio nacional. Estos equipos fueron recorriendo diferentes regiones, y se incrustaron como co-jueces, o como otros fiscales y defensores en las distintas oficinas con mayor carga laboral.

i.- La capacitación:

La tarea de capacitación es indispensable. Un nuevo sistema procesal requiere de una adecuada capacitación de los operadores, quienes deben interiorizar los nuevos principios rectores, y desechar viejas prácticas,

anticuados procedimientos y sobre todo superar el sistema inquisitivo que desde hace décadas nos rige y tanto hemos aplicado.

Este ha sido uno de los aspectos que mayor atención ha recibido en la experiencia costarricense, ya que se han realizado una gran cantidad de cursos en todo el territorio nacional, que sería difícil enumerarlos. Bástenos señalar, al menos, que en el seno de la Asociación de Ciencias Penales, se realizó una ardua labor de investigación dirigida, mediante la cual se asignaron diferentes temas previamente escogidos, y se le atribuyeron a aproximadamente 25 destacados juristas, que de una u otra manera habían intervenido en la redacción del nuevo Código Procesal Penal, y así se publicó una obra de casi mil páginas que comenta la nueva legislación y que ha tenido una gran difusión y acogida. Estos mismos investigadores a su vez impartieron un curso sobre el nuevo KPH dirigido a otro grupo muy selecto de profesionales, quienes a su vez también se integrarían en un plan de capacitación nacional sobre el nuevo sistema procesal, multiplicando así las posibilidades de enseñanza, todo por medio de la Escuela Judicial.

En forma paralela el Colegio de Abogados también diseñó y llevó adelante una gran cantidad de cursos en todo el país, dirigidos sobre todo a los abogados litigantes; lo mismo que diversas universidades.

Por su parte, al interno de la defensa pública y a la del Ministerio Público también se programaron actividades de capacitación.

j.- Nuevos sistemas informáticos:

La reestructuración organizacional también implicó modificar los sistemas informáticos de gestión, de información y de estadísticas existentes en el país. El Departamento de Informática del Poder Judicial, asesorado por diferentes instancias, en especial por la Comisión de Asuntos Penales y otros funcionarios, dedicaron a varios de sus integrantes en el diseño de los nuevos sistemas operativos de gestión, de información, de comunicación, de almacenamiento de datos, de estadísticas, de jurisprudencia, con el propósito de que se convirtieran en instrumentos de agilización y

facilitación de las nuevas funciones asumidas por los despachos judiciales, incluyendo al Ministerio Público, a la Policía Judicial, y a la Defensa Pública.

k.- Nuevas instalaciones físicas:

Desde luego que todo lo referente a las instalaciones físicas también constituye un aspecto de relevancia que debe estar previsto, diseñado y ejecutado antes de la vigencia del nuevo Código. Sobre todo en aquellos países en los cuales se pasa de un sistema escrito (inquisitivo) a un sistema oral (marcadamente acusatorio), pues implica la creación de salas de audiencia, de salas de espera para los testigos, de celdas de espera cercanas a las salas de audiencias, así como de las oficinas necesarias para los nuevos despachos penales.

La adquisición, construcción o el alquiler de estos lugares demandan mucho esfuerzo administrativo, tiempo y dinero. En la experiencia costarricense el problema podría estimarse minimizado en comparación con otros países, pues no debimos abrir nuevas salas de juicio, pero sí fue necesario un total reacomodo y reacondicionamiento estructural, que implicó incluso la construcción de nuevos edificios, sobre todo en la capital, para alojar los nuevos despachos que se reagruparon.

La entrada en vigencia coincidió con la construcción un año antes del Edificio en una nueva sede judicial en la capital (Goicoechea), gracias a lo cual se pudo poner en práctica la nueva reestructuración de las oficinas como proyecto piloto. Unos meses antes también se concluyó la construcción de nuevos laboratorios, una moderna morgue y oficinas equipadas para todo el personal técnico del Organismo de Investigación Judicial (sede de San Joaquín de Flores), de costos muy elevados, así como la adquisición de un edificio para albergar en forma más cómoda la Defensa Pública (edificio de Ofomeco).

Paralelamente, en todo el territorio nacional se realizaron modificaciones en la estructura física de las oficinas judiciales, para adecuarlas a los nuevos requerimientos, de lo cual se encargó la Dirección Efectiva del Poder Judicial por medio del Departamento de Servicios Generales, donde se ubican varios ingenieros en esta labor.

6.- TAREAS A MEDIANO PLAZO

a.- Estrategias de comunicación:

-reuniones con periodistas... Departamento de Información, campaña pública.

Es necesario incorporar a los grupos de opinión y en general a la ciudadanía en el proceso de cambio. Además, es necesario informarla sobre el funcionamiento y finalidad de las nuevas instituciones procesales, sobre todo en un tema tan delicado y sensible como es el de la represión de la criminalidad.

Por lo anterior debe definirse una estrategia de comunicación con los ciudadanos, que involucre desde luego a los medios de comunicación colectiva y en la que participen todos los sectores de la vida nacional posibles (partidos políticos, asociaciones, sindicatos de trabajadores, agrupaciones patronales, grupos de opinión, ONGs, etc).

b.- Capacitación a nivel popular:

No debe descuidarse la capacitación de los ciudadanos sobre el funcionamiento del sistema penal. Al fin de cuentas ellos son la verdadera razón de ser de todos los cambios institucionales y operacionales. Entre mayor sea la comprensión que tengan sobre las posibilidades, sobre sus opciones, sobre sus derechos y las obligaciones implícitas en el nuevo sistema de administración de justicia penal, más fácilmente se implementará en la práctica su funcionamiento verdadero, mayor provecho y mayor justificación tendrán los cambios operados, y mayor paz social podrá obtenerse como resultado final.

Los ciudadanos deben conocer los procedimientos, saber cuáles son las posibilidades que surgen ante los conflictos penales, pues ellos asumen papeles protagónicos cuando forman parte del problema que debe resolverse.

De ahí la trascendencia de la capacitación popular, por medio de charlas, cursos libres, seminarios

dirigidos a la población que no es profesional ni estudiante de leyes, realizados por especialistas en este tipo de enseñanza.

Paralelamente también debe confeccionarse y distribuirse información sintetizada, por escrito, impresa en forma de "desplegables", muy simple y confeccionada por especialistas en educación popular, que expliquen en forma sencilla y resumida por un lado las diferentes etapas del proceso penal, y por otro los principales derechos y deberes, así como las posibilidades para obtener ayuda en caso necesario, especializadas y diferenciadas para el imputado, para la víctima, para el denunciante, y para los testigos.

Estos desplegados deben consignar el teléfono y la dirección de las oficinas encargadas de auxiliarlos en caso necesario.

Así por ejemplo, en lo que respecta al imputado informarle no sólo sus derechos y obligaciones, sino también de la posibilidad de obtener asesoría jurídica gratuita en la Defensa Pública, indicando su teléfono y dirección; para la víctima, señalar la existencia de la oficina de ayuda civil a la víctima que funciona en el Ministerio Público, o la posibilidad de acudir al fiscal en caso necesario cuando es amenazada o intimidada por los acusados; a los testigos indicarles dónde y ante quién debe recurrir también en caso de presiones e irregularidades, además de sus derechos y obligaciones.

También deben abrirse espacios, en algunos casos permanentes, en los medios de comunicación social (radio, prensa, televisión), para informar a los ciudadanos sobre las posibilidades que ofrece el nuevo sistema penal, así como también para crear una cultura cívica alrededor del sistema penal, que haga más comprensible, cotidiana, accesible y confiable la labor judicial.

c.- Asesoría y evaluación permanentes:

Una vez que el Código entre en vigencia, el equipo técnico de trabajo debe asumir en primer lugar una labor de permanente asesoría y consultoría a los órganos encargados de tomar las decisiones, con el fin de resolver una gran cantidad de problemas prácticos que sin duda surgirán en su aplicación.

Esta labor será vital en los primeros meses de vigencia. Para ello pueden distribuirse las responsabilidades por zonas, con el fin de canalizar las distintas inquietudes y consultas que sin duda se generarán a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal. La atención inmediata de estas inquietudes evita que se generen problemas más serios por falta de atención.

En segundo lugar el equipo técnico debe asumir, más a largo plazo, una permanente y periódica labor de evaluación sobre el funcionamiento de las distintas estructuras y formas de organización adoptadas con el Código Procesal Penal. En este sentido, deben examinarse con espíritu crítico los resultados obtenidos y buscar siempre mejores formas de organización para resolver

los conflictos penales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, con un claro contenido democrático.

La actualización de la estructura orgánica será siempre posible en la medida en que las normas legales sean flexibles y no impidan correcciones, rectificaciones y nuevas adaptaciones.

Finalmente debemos observar que muchas de las labores previas, tendrán que seguirse desarrollando también cuando el nuevo Código Procesal Penal entre en vigencia, en especial el funcionamiento de equipos multidisciplinarios que continúen asesorando la correcta aplicación del Código, formulando recomendaciones prácticas ante los vacíos legislativos o inadecuadas interpretaciones legales.



La Profesía. Autor: Carlos Salazar

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Centro Electrónico
de Información Jurisprudencial

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A. DERECHO PENAL

1. APLICACION RETROACTIVA DE NORMA PENAL - Posesión de marihuana para el uso de consumidores terminales.

2. BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL - Posibilidad de valorar personalidad del condenado y su arrepentimiento.

3. CONCURSO APARENTE DE DELITOS - La vinculación de varios delitos entre sí, en relación de medio a fin, no es suficiente para afirmar una unidad de acción.

4. FALSO TESTIMONIO - Unidad de acción pese a dos declaraciones.

5. LEGITIMA DEFENSA - Exceso en la defensa - Modificación de la condena en el aspecto civil resarcitorio.

6. PARENTESCO POR AFINIDAD - Circunstancia de agravación.

7. RECEPCION DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA - Inexistencia de lesión a presunción de inocencia.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ADMINISTRACION FRAUDULENTA - Forma de pago y momento a partir del cual se conceden intereses, tratándose de facturas falsas y compras inexistentes.

9. ROBO AGRAVADO - Cortar candado de puerta implica fractura.

10. SECUESTRO EXTORSIVO - Análisis sobre la naturaleza del concurso en relación con la privación de libertad.

11. TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS - Inexistencia de concurso aparente con secuestro extorsivo.

12. TENENCIA DE DROGAS PARA EL TRAFICO A CONSUMIDORES - Posible desconocimiento de ventas posteriores.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

13. BENEFICIO DE LIBERTAD CONDICIONAL - Nulidad de revocatoria que deja de lado prueba fundamental.

14. HONORARIOS DE ABOGADO - Interpretación de contrato de cuota *litis*.

15. INCIDENTE DE EJECUCION - Presentado como solicitud de libertad condicional - Procedencia del recurso de casación.

16. NULIDAD DE SENTENCIA - El agravio es la medida del recurso.

17. NULIDAD DE SENTENCIA - Sentencia integral firmada por jueza no presente en el debate e inhibida para conocer la causa.

18. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DEL AGRAVIO - Supuestos de la impugnabilidad subjetiva.

19. PRUEBA - Venta de drogas - Valoración de testimonio de policías que acompañaron a agente encubierto.

20. PRUEBA ESENCIAL - Omisión de las partes no releva al tribunal de obligación de incorporarla como prueba para mejor resolver.

21. RECURSO DE CASACION - Obligación del recurrente de dar trato individual a cada reproche.

22. RECURSO POR LA FORMA - Resolución por el fondo atendiendo al principio de justicia pronta y cumplida.

23. USURPACION - Competencia cuando no existe juzgado agrario en el lugar del inmueble.

A. DERECHO PENAL

1. APLICACION RETROACTIVA DE NORMA PENAL - Posesión de marihuana para el uso de consumidores terminales.

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 490 inciso 5° del Código de Procedimientos Penales, la sentenciada D.T.B. señala que fue condenada a ocho años de prisión por el delito de suministro de marihuana, ello con base en el artículo 16 de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas (N° 7093 del 2 de mayo de 1988), es decir, la ley anterior a la que actualmente se encuentra en vigencia (N° 7233, del 25 de abril de 1991), por lo cual no se le aplicó la reducción de pena que prevé el numeral 18 párrafo 4° de ésta última. El reclamo resulta atendible. Según se describe en el fallo de instancia, los juzgadores establecieron como hecho plenamente acreditado que la acusada trató de introducir al centro penal La Reforma dos cilindros que contenían 131 gramos de picadura de marihuana, y que la misma estaba destinada a ser distribuida en el interior de dicha institución carcelaria ([...]). El representante del Ministerio Público, al contestar la audiencia respectiva, se allana a las pretensiones de la recurrente, al estimar que “...la base fáctica sobre la que se asentó la decisión condenatoria del Tribunal Superior de Alajuela, asume que la posesión de marihuana que detentaba la señora Torres Berrocal, estaba destinada para el uso directo de consumidores terminales, y en este sentido la previsión que contiene el párrafo 4° del artículo 18, resulta de aplicación en la especie... es válida la pretensión que esgrime la gestionante...” ([...]). Esta Sala estima que la aplicación retroactiva de la ley sustantiva que se solicita resulta de recibo, pues incluso el numeral 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) prevé una aplicación retroactiva, obligatoria y necesaria para aquellos casos en que la ley posterior dispone una pena más leve para la comisión de determinada conducta delictiva, lo cual ocurre en este caso. Así las cosas, con fundamento en que la recurrente acepta incluso que no pretende eludir su responsabilidad penal por el ilícito que cometió, y que su conducta mostró un menosprecio por la salud pública de los privados de libertad a quienes iba destinada la droga, a parte de que se trata de una mujer de setenta y siete años de edad, con base en lo dispuesto por el artículo 18 párrafo 4° de la ley sustantiva citada y el 71 del Código Penal, se rebaja el monto de la pena impuesta a D.T.B., fijándose la misma en el tanto de cuatro años de prisión.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 558 de las 10,55 hrs. del 6 de junio.

2. BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL- Posibilidad de valorar personalidad del condenado y su arrepentimiento.

“[...] se acusa que el tribunal rechazó “la petitoria de concesión de la libertad condicional” (sic), aunque “conforme al artículo 60 del Código Penal concurren los elementos necesarios para su otorgamiento”, arguyendo “la falta de un arrepentimiento expreso y claro, que parecería más bien un reconocimiento de culpabilidad dolosa”, ello con violación del mencionado numeral y los artículos 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 3 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales. Como quinto reparo y

relacionado con el tema del arrepentimiento, se acusa que se “lesiona el derecho a la integridad personal que establece el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, violándose ese numeral y los artículos 39 de la Constitución Política y 30 y 59 del Código Penal. Estos dos reclamos también deben ser examinados, por su conexidad, en forma conjunta, para lo cual debe recurrirse a la ya mencionada resolución de la Sala Constitucional (número 3251-96), al resolver la acción de constitucionalidad planteada también contra el artículo 60 del Código Penal. Allí se manifestó, en lo que incumbe: “En el caso de la ejecución condicional de la pena, regulado en el artículo 60 del Código Penal, se autoriza -entre otras cosas- al juzgador a valorar la personalidad del condenado y su vida anterior al delito, así como el comportamiento posterior al mismo, especialmente su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias que lo han rodeado, y su condición de primario”... “Es inevitable pues, que el juez valore las condiciones personales del condenado como elementos objetivos que lo orienten a determinar la probable conducta del condenado de concedérsele el beneficio. Dentro de las condiciones personales a valorar se encuentra el arrepentimiento del condenado y sus antecedentes penales. El accionante considera - como ya se dijo-, que la exigencia del arrepentimiento choca con el principio contenido en el artículo 36 de nuestra Constitución, que establece que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo; sin embargo dicho conflicto sólo es aparente porque no es cierto que se obligue al condenado a manifestar su arrepentimiento, sino que con independencia de que la persona condenada acepte o no su responsabilidad penal, el órgano jurisdiccional es el (sic) con valoración de los aspectos que señala la norma, debe apreciar si concurre o no el arrepentimiento. Es decir, no es necesario que la persona verbalmente lo manifieste. Aparte de eso, se parte de la base de la responsabilidad del sentenciado, dadas las resultas del proceso, se trata pues de un beneficio que se aplica en función de la existencia de una condenatoria, sin que pueda ya a esas alturas perjudicarse al condenado, sino más bien beneficiársele con la concesión del mismo. Dar o no el beneficio es pues una prerrogativa del Juez, no un derecho del sentenciado; a lo que sí tiene derecho es a que la resolución sea debidamente motivada, previa valoración de un informe del Instituto Nacional de Criminología que le ayude a determinar su posible rehabilitación”. Siendo aplicable en su totalidad la resolución constitucional transcrita, sin lugar al reparo.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 481 de las 9,35 hrs. del 23 de mayo.

3. CONCURSO APARENTE DE DELITOS - La vinculación de varios delitos entre sí, en relación de medio a fin, no es suficiente para afirmar una unidad de acción.

“El segundo aspecto planteado en el recurso, corresponde a que los daños causados por el justiciable y sus acompañantes a los vehículos que se hallaban en las afueras del hotel [donde perpetraron el secuestro], no obedecieron a la intención de “...dañar por sí, sino dañar para evitar la persecución y asegurar el Secuestro Extorsivo”. ([...]); en consecuencia, estaríamos, según el criterio de quien recurre, ante un concurso aparente de delitos. A juicio de la Sala, el argumento

no es atendible. Tal como se expuso en el Considerando anterior, la mera circunstancia de que en el plan del autor varios delitos se vinculen de medio a fin, no es suficiente para arribar a la conclusión de que todos los actos desplegados constituyen una unidad de acción, desde el punto de vista jurídico. Las normas que sancionan el secuestro extorsivo y los daños en modo alguno son excluyentes; no existe coincidencia respecto del bien jurídico tutelado, ni elementos comunes en la descripción legal de las conductas. Tampoco pueden estimarse los daños como un delito de pasaje al secuestro extorsivo, por la misma circunstancia de la diversidad de bienes jurídicos, máxime si, como lo hace ver la representante del Ministerio Público (...) y se desprende de la transcripción de los hechos probados de la sentencia hecha en el Considerando II, tales daños sobre los vehículos que se hallaban en las afueras del Hotel, fueron producidos cuando se retiraban del sitio y mientras las restantes veinticinco personas que, eventualmente, podrían haber hecho uso de los automotores para perseguir al justiciable y sus compañeros, se hallaban encerrados y atados dentro de las instalaciones de ese negocio, advertidos, además, de que no debían salir porque habían sido colocados explosivos en las puertas de las habitaciones y, de hecho, no lograron liberarse sino después de un lapso de cuarenta minutos. En estas circunstancias, el inutilizar los vehículos puede verse como una previsión más del encartado y los restantes miembros del grupo, con el fin de asegurar su impunidad y el logro del plan pretendido, pero no como una conducta necesaria para obtener esos propósitos, que pueda integrarse en una sola acción, desde el punto de vista jurídico. En síntesis, no existe entre los tipos penales ninguna relación de género a especie, ni se aprecia que, en este caso, el tipo del secuestro extorsivo proteja un bien jurídico comprensivo del tutelado por el de daños, que pudiese dar lugar a la aplicación del principio de subsidiariedad."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8,45 hrs. del 31 de octubre.

4. FALSO TESTIMONIO - Unidad de acción pese a dos declaraciones.

"En su único motivo por el fondo, la fiscalía de juicio reprocha que la sentencia condenatoria adolece de un vicio in iudicando por falta de aplicación de los artículos 22, 76 y 314 del Código Penal, toda vez que "...el tribunal tuvo por acreditado dos hechos que constituyen dos conductas constitutivas del delito de falso testimonio... se acreditó que en la Agencia Cuarta Fiscal... el imputado rindió declaración testimonial, luego de hechas las advertencias de ley, en el sentido de que los daños investigados habían sido hechos por E. y no por su hermano R.J. También dio por probado el tribunal que... en el debate celebrado en el Juzgado Cuarto Penal, E.P. rinde nuevamente declaración afirmando lo mismo que en la anterior, y que esa versión fue totalmente desmentida demostrándose que afirmó hechos falsos... aquí está el error de la sentencia, el tribunal tiene a E.P. como autor de un solo delito de falso testimonio..." [...] II. No lleva razón la recurrente en sus alegatos. La conducta realizada por el co-imputado P.L., descrita en el fallo de mérito, si bien se desarrolla en dos momentos diferentes y con dos meses de separación entre uno y otro, es lo cierto que debe valorarse como una unidad de acción, pues se trata de dos declaraciones cuyo contenido esencial es el mismo, realizadas en un mismo proceso y ambas se dirigieron -subjetivamente- a un solo fin: afirmar una falsedad con el propósito de influir en la decisión judicial, procurando una construcción errónea del hecho. Por

otra parte, siendo este un elemento más para afirmar que nos encontramos en presencia de un único delito de falso testimonio y no ante un concurso material como lo razona el Ministerio Público, ha de tomarse en cuenta que la declaración rendida en la fase escrita, ante la Agencia Cuarta Fiscal de San José, ni siquiera pudo influir en el dictado de la sentencia del Juez Cuarto Penal, al no haber sido siquiera incorporada al debate mediante lectura, por lo que nunca fue considerada. En efecto, la doctrina exige para la configuración de esta delincuencia, que "...tienen que ser actos formal y sustancialmente idóneos para introducir un error relevante en la estimación que el juez debe realizar ..." Creus (Carlos), "DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición actualizada, 1988. Página 345. Lo anterior se corrobora con la posición que ha sostenido esta Sala, en el sentido de que -por regla general- la declaración rendida durante la fase oral debe prevalecer sobre la escrita: "...si bien la jurisprudencia admite la valoración tanto de las declaraciones rendidas en la instrucción como en el debate, omite aclarar bajo qué circunstancias puede otorgársele más credibilidad a la deposición del sumario que a la de la audiencia oral. Ello es importante, porque de acuerdo con nuestro sistema, la etapa instructiva no es más que preparatoria para el debate, que es donde se realiza el verdadero juicio, pues con toda intensidad se desarrollan los principios que informan nuestro régimen procesal. Por estas razones debe decirse, en principio, que prevalece la prueba de cualquier tipo, principalmente la testimonial, recabada en el debate por sobre la recibida en la instrucción. Pero excepcionalmente puede dársele mayor valor a la del sumario, cuando entre en contradicción con la del plenario o audiencia oral..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 300-F-94. de las nueve horas veinte minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro. Por último, hemos de tomar en cuenta que las dos declaraciones testimoniales rendidas por el agente activo, cuyo contenido era idéntico y se dieron en el mismo proceso -aunque en dos fases distintas-, han producido una única y misma lesión al bien jurídico tutelado, lo que da cuenta de su unidad. Por las razones antes expuestas, se declara sin lugar el reclamo planteado."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 487 de las 10,05 hrs. del 23 de mayo.

5. LEGITIMA DEFENSA - Exceso en la defensa - Modificación de la condena en el aspecto civil resarcitorio.

"En el primer motivo del recurso por el fondo se alega la inobservancia del artículo 28 y la errónea aplicación del artículo 111 del Código Penal. Se afirma que en el presente caso se configuró la causal de legítima defensa por cuanto el acusado disparó en defensa propia para proteger sus bienes y su familia utilizando un medio razonable. Le asiste razón parcial al impugnante. Efectivamente, del cuadro fáctico acreditado se desprende sin la menor duda que el encartado actuó en defensa de sus bienes, toda vez que al darse cuenta en horas de la noche que personas extrañas intentaban robarse los cerdos y los "tepesquintles" de su propiedad, procedió a disparar desde la habitación de su hijo para impedir el robo. Sin embargo su acción fue excesiva y dio como resultado la muerte de R.A.S.S. y las lesiones sufridas por M.R.C.A., todo ello como consecuencia de los disparos realizados. Se estima pues, que en el presente caso sí es aplicable el artículo 28 del Código de la materia en su segundo párrafo pero relacionado con el 29 íbidem (exceso de la defensa). Como se observa

en las pruebas valoradas por el a quo, especialmente el plano visible al folio 72, las dependencias donde se encontraban los animales estaban dentro de la propiedad de V.C. y muy cerca de su casa de habitación. Esta proximidad, las horas en que se presentaron los ofendidos a robar y la presencia de por los menos dos personas, son circunstancias que demuestran que aquel tenía el derecho de proteger su patrimonio. Pero en lo que atañe al medio empleado, la Sala considera que fue excesiva la defensa, por cuanto tal conducta no guarda relación con la naturaleza de la agresión, pues si hubiera hecho algunos disparos al aire como lo declaró el acusado, estos hubieran sido suficientes para alejar a los merodeadores. No se desprende de los hechos probados que hubiese un peligro inminente para la vida suya o de su familia como para utilizar, sucesivamente, dos armas de fuego. En tales condiciones, entonces, sí existió exceso en la utilización de esos medios defensivos que finalmente produjeron la muerte de R.A.S.S., razón por la cual debe declararse con lugar el reclamo parcialmente. Se anula la sentencia y resolviendo el fondo del asunto se condena a V.C. Como autor de Homicidio Simple con Exceso en la Defensa. Se le fija discrecionalmente la pena de conformidad con los artículos 28, 29 en relación con el 79 del Código Penal, en dos años de prisión para lo cual se toman en cuenta que se trata de una persona trabajadora, casado y con obligaciones familiares así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se produjo el hecho. Por reunir las condiciones legales que enumera el artículo 60 del citado Código se concede al sentenciado el beneficio de la ejecución condicional de la condena el cual quedará sujeto a que durante un período de cinco años no deberá cometer ningún delito doloso sancionado con pena superior a seis meses de prisión, caso contrario este le será revocado debiendo cumplir la pena impuesta. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo del recurso por el fondo. VII. Como consecuencia del anterior pronunciamiento y de conformidad con los artículos 399 y 482 del Código de Procedimientos Penales, 103, 105 del Código Penal vigente, 122, 123, 124 y 125 del Código Penal de 1941 en vigencia por disposición de la Ley número 4891 del 8 de noviembre de 1971 se hace necesario disminuir los montos a que resultó condenado el demandado civil G.V.C. a fin de que estos guarden la debida proporción con la nueva calificación de los hechos. Se toma particularmente en cuenta la forma en que se produjeron los hechos, en especial que la víctima contribuyó a que se ejecutara la acción en su contra al intentar sustraer bienes propiedad del acusado y que este se excedió en el uso de los medios defensivos. Se estima que en estas circunstancias lo correcto es fijar el monto total de los perjuicios irrogados a los tres menores J.M., P. y E., los tres de apellidos S.A., en la suma de tres millones setecientos veintidós mil quinientos ochenta y seis colones (3.722.586) que fue la cifra establecida por el respectivo perito ([...]) y fijar prudencialmente el daño moral de conformidad con la circunstancia en que se produjeron los hechos y que fueron analizadas es este fallo, en la suma de trescientos mil colones (300.000) a favor de cada uno, sea un total cuatro millones seiscientos veintidós mil quinientos ochenta y seis colones (4.622,586)."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1180 de las 10,05 hrs. del 31 de octubre.

6. PARENTESCO POR AFINIDAD - Circunstancia de agravación.

"En el único reparo por el fondo, demanda errónea

aplicación del artículo 157 y no aplicación del 158, ambos del Código Penal. En resumen, narra que no procede la recalificación de los hechos efectuada por el a-quo, en virtud de que el agraviado no es descendiente en línea directa del convicto, ni por consanguinidad, ni por afinidad. La objeción no es de recibo. Conforme se ha tenido por acreditado, el ofendido E.S.J. es hijo de la señora F.S.J., quien contrajo matrimonio con el encartado E.C.H. Corresponde analizar si en razón del citado matrimonio, surgió parentesco por afinidad entre el imputado -en su condición de padrastro- y el ofendido. Ahora bien, en primer lugar debe apuntarse, que la afinidad es un vínculo que tiene origen en el parentesco, pues este último: "...lo forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. Conforme a esto, se distinguen dos clases de parientes que, para una mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas. Línea es, por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ella: "directa" y "colateral". En la directa, están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos. Y en la colateral, llamada también "transversal", se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos." (Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Personas. San José. Editorial Juricentro, 1.984; página 23). Por su parte, el término afinidad se define -en lo conducente- como: "Parentesco que mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro..." (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, decimonovena edición; 1.970, página 32). Mientras que, "...En Derecho la afinidad o alianza es el vínculo jurídico que se constituye en virtud de la celebración del matrimonio y que une a cada uno de los cónyuges, con los parientes consanguíneos del otro. El concepto de parentesco abarca la noción de la afinidad creada por el matrimonio, como un efecto propio del mismo, al que la ley le da categoría de parentesco legal... El parentesco por afinidad deriva, pues de la ley y coloca al afín en el mismo grado parental que su consorte. Importa, entonces, el lazo de afinidad entre el esposo y los parientes de la mujer y la esposa y los parientes del marido..." (Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Universidad. Tomo I; 1.991, página 184). Por su parte, el Profesor Jean Carbonnier escribe, que: "...La afinidad es la relación jurídica que media entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; yerno y suegro, cuñados, cuñadas, etc. La noción jurídica de la afinidad es más restringida que el concepto vulgar conforme al cual se opera una fusión de las dos familias, por obra del matrimonio contraído también entre dos de sus componentes... hay que incluir dentro de la relación de afinidad, el nexo existente entre uno de los cónyuges (padrastro, madrastra) y los hijos (hijastros) habidos por el otro de un matrimonio anterior... El cómputo de la afinidad en sus líneas y grados se sujeta a las mismas reglas dictadas para determinar y graduar el parentesco consanguíneo..." (Carbonnier, Jean. Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares. Barcelona. Editorial Bosch. Tomo I, Volumen II, 1.961; páginas 403 y 404, en igual sentido en relación con la existencia del nexo de afinidad entre el padrastro o la madrastra con los hijastros, se pronuncian -entre otros-: Gómez Piedrahita, Hernán. Derecho de Familia. Bogotá. Editorial Temis, 1.992; página 31, así como Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil- Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Astrea, tomo I, 2da. edición; 1.989, página 79). Así las cosas, los hijos que al momento de la unión matrimonial tenía cada uno de los contrayentes, en virtud de dicho nexo pasan a ser parientes por afinidad de los cónyuges de sus padres, puesto que tienen la condición de descendientes por consanguinidad de sus

progenitores, aspecto que se reproduce en el otro contrayente por efecto de la afinidad. Tomando en consideración lo expuesto, apreciando en este asunto que el perjudicado (E.) es descendiente consanguíneo de la esposa del acusado -quien es su madre-, en razón de ese vínculo pre-existente, al contraer ella matrimonio con C.H., surgió en relación con éste (su padrastro) relación de parentesco. En efecto, el ofendido E.S.J. por un efecto legal del matrimonio de su madre con E., adquirió la condición de descendiente por afinidad de éste, en razón de que el estado de descendiente consanguíneo de su progenitora, se trasladó al cónyuge. Así planteadas las cosas, estima al respecto este Despacho, que el Tribunal Superior de San Carlos calificó de manera adecuada los hechos tenidos por demostrados, al considerarlos constitutivos del delito de violación calificada, en razón del parentesco por afinidad surgido jurídicamente entre acusado y afrentado. En ese entendido, se rechaza el recurso de casación por el fondo. IV.- Como corolario de lo expuesto se extrae, que un efecto propio de la celebración del matrimonio, determina el surgimiento a la vida jurídica de un vínculo o relación de parentesco por afinidad entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Es importante resaltar aquí, que al haber interpretado la Sala Constitucional que en relación con el parentesco surgen los mismos efectos jurídicos de una relación "de hecho" o "concubinaria" como de una relación matrimonial, esto implica correlativamente que el parentesco por afinidad se extienda o establezca en los mismos términos antes citados, en tratándose de relaciones de parentesco que surjan de una "relación de hecho", de modo que -por ejemplo- entre el "concubino" y los parientes consanguíneos de su "compañera", se establece el parentesco por afinidad, por lo que en uno de los posibles supuestos, los hijos de cada quien de ellos que no hayan sido producto de esa relación "de hecho", mantienen una relación de parentesco por afinidad con el "compañero" o "compañera" de su madre o padre, respectivamente. Sin embargo, no debe obviarse las características que debe tener esa relación, pues: "...no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de estabilidad (en la misma medida que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta, es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)... La sala no puede definir qué es la "familia de hecho", el juez debe valorar cada caso..." [...], Sala Constitucional N° 1.151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1.994, en igual sentido N° 1.153 de esa misma fecha). (Sala Tercera, V-286-F de las 9:20 horas del cuatro de junio de 1.996; en igual sentido, Sala Constitucional N° 6.798-94 de las 14:51 horas del 23 de noviembre de 1.994)."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1083 de las 9,40 hrs. del 9 de octubre.

7. RECEPCIÓN DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA - Inexistencia de lesión a presunción de inocencia.

"Como primer agravio se acusa que "la sentencia recurrida lesiona el principio de presunción de inocencia o de demostración necesaria de la culpabilidad, establecido por el artículo 39 constitucional, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 30 y 31 del Código Penal", porque

se condenó al imputado como autor del delito de Recepción de cosas de procedencia sospechosa y "la norma aplicada indica un deber de presumir la procedencia de bienes muebles". Como segundo reparo se acusa lesión al principio de tipicidad, con violación de los artículos 30 y 34 párrafo primero del Código Penal, pues "no hay prueba de que R.A. supiera que la compra de buena fe a sujetos de presunta buena fe de objetos presuntamente procedentes de delito (cosa que no le consta), sea penada". Como tercer motivo se señala que la sentencia viola ese principio de tipicidad, "al condenar a algunos de los co-imputados por seis HURTOS AGRAVADOS, siendo que concurren y son presentados otros elementos en la conducta del co-imputado J.A.C.S. que nos acreditan la comisión de un solo delito de Administración Fraudulenta". Como puede apreciarse, los tres motivos están relacionados íntimamente, razón por la cual serán considerados en conjunto. No le asiste razón en ninguno de los reclamos, pues al aplicarse el artículo 322 del Código Penal (Recepción de cosas de procedencia sospechosa), no se lesiona "el principio de presunción de inocencia o de demostración necesaria de la culpabilidad". según lo estableció la Sala Constitucional (resolución 3251-96 de 15:30 horas del 2 de julio de 1996), al resolver una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el defensor del imputado R.A. En dicho fallo y con fundamento en su resolución anterior 2905-95, en lo que interesa señaló: "...debe tenerse en cuenta que se trata de un delito contra la administración de justicia, localizándose en el capítulo del encubrimiento, de manera que, en sentido general, el bien jurídico protegido es la regularidad funcional de la administración de justicia, y en forma genérica lo que protege es el no entorpecimiento de la acción de la justicia, es decir, la no obstaculización en la actividad de las autoridades judiciales en la investigación de los delitos, recuperación de los objetos o identificación de los imputados, labor que puede verse entorpecida por la conducta del receptor... debe indicarse que en el caso en estudio, no se está ante un tipo penal en blanco, nótese que la conducta penada está plenamente determinada en la acción recibir cosas o bienes que, de acuerdo con las circunstancias, se presumen provienen de delito; asimismo, y lo más importante no se hace referencia a ninguna otra norma para que complete el contenido de este tipo penal. Según la doctrina, "recibe" quien obtiene el objeto en propiedad o con voluntad de ejercer sobre él cualquier otro derecho real, cualquiera que sea el modo (compra, permuta, donación) o el título (oneroso o gratuito); o quien toma, admite o acepta de quien se lo da o envía, por un modo que no importe transmisión de la propiedad u otro derecho real (depósito, recepción en garantía, etc.). Nótese que en ningún momento se le otorgan al juez competencias extralimitadas para completar el tipo penal, como lo asevera el accionante, sino que, la conducta sancionable es identificable por las circunstancias que rodean esa Recepción; lo que requiere el tipo es que las circunstancias de la operación hayan colocado al agente ante el deber de presumir el origen ilegítimo del objeto, se trata de un análisis objetivo de la situación que hace concluir que las circunstancias llevan a presumir que los bienes eran provenientes de un delito, ya sea por la modalidad de la transacción (negativa de entrega de recibo, ocultación del acto de transferencia, falta de registros, condiciones personales del sujeto, falta de identificación, etc.), ya sea por las características propias del objetivo (rareza de la pieza, bajo costo), ya sea por la persona del oferente (carencia de recursos, excepcionalidad de la actividad, etc.); y el deber de sospechar tiene que nacer de esas circunstancias "extrañas" o "fuera de lo común" que rodean esta actividad. A mayor abundamiento sobre este punto, deben tomarse en cuenta: 1.) las condiciones de la operación, tales como el precio vil, la clandestinidad, la hora y todo

aquello que esté en oposición con la óptima fide, es decir, todo aquello que esté en oposición con la cualidad de fidelidad del bien (que el objeto sea "fidel" a lo representa (sic) y a lo que se dice de él, es decir, que el objeto resulte ser lo que se dice de él); 2.) las condiciones de la calidad de las personas, el que se trate de menores de edad, desconocidos o quienes por su apariencia no parece normal que sean poseedores de las cosas de que se trata; y 3.) las condiciones de la propia naturaleza de los objetos de la que puede resultar su origen ilegítimo y aún su no comercialización. En otras palabras, el tipo penal lo que hace es determinar los elementos de juicio que el juez debe tener en cuenta a la hora de valorar la prueba y apreciar la existencia del dolo, los cuales serán diferentes en cada caso en particular, resultando imposible una mayor especificidad en el texto del tipo, por cuanto las condiciones en que esta Receptación puede ser llevada a cabo son ilimitadas... Así, en el tipo en estudio, no es posible enumerar todas las formas posibles en que la Receptación de cosas sospechosas puede llevarse a cabo, situación que se definirá por las circunstancias que rodearon el recibo del objeto proveniente del delito, por cuanto las posibilidades son ilimitadas, por lo que delimitar la conducta a sancionar con la expresión "que de acuerdo con las circunstancias debía presumirse provenientes de delito" no constituye en modo alguno imprecisión u obscuridad en la redacción, y en consecuencia no hay violación del artículo 39 de la Constitución Política, ni del principio de legalidad penal, por cuanto el tipo impugnado lo que hace es establecer un deber para el adquirente de bienes, en situaciones no comunes, analice las circunstancias en que se da la adquisición, para evitar el tráfico de objetos provenientes de la comisión de delitos (fin propio de la administración de justicia en lo penal), deber en que las circunstancias propias de la adquisición remite especial y particular significado". Acorde con lo expuesto, deben declararse sin lugar los citados motivos, agregando que en cuanto al tercero, se nota que el reclamo se refiere a otros imputados, respecto de los cuales carece de interés, por el principio de personalidad de la impugnación."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 481 de las 9,35 hrs. del 23 de mayo.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ADMINISTRACION FRAUDULENTA - Forma de pago y momento a partir del cual se conceden intereses, tratándose de facturas falsas y compras inexistentes.

"Por su parte, en el primer motivo de su recurso, el representante de la actora civil, alega que el tribunal indebidamente concedió como perjuicio el pago de intereses legales sobre la suma del daño, siendo que, habiéndose acreditado que el imputado emitió esas facturas a nombre de personas inexistentes o que no habían hecho la compra respectiva, el monto del interés debió ser el consignado en esas facturas, pues, de acuerdo a la legislación civil y comercial, era a ese monto a que se tenía por obligado, y, por ende, su representación no merece verse afectada con una suma menor por concepto de perjuicio. Cita en su apoyo los artículos 122, 124, 126 y 138 del Código Penal de 1941, así como los numerales 411, 675, 676 y 681 del Código de Comercio. La recriminación no es de recibo. El argumento sería válido si efectivamente las supuestas compras se hubieran efectuado por parte de los aludidos en las facturas u otras personas, puesto que la empresa habría dejado de percibir los montos del principal y sus intereses al

tipo allí estipulado; mas si se parte de que esas ventas no fueron reales, sino ficticias, ningún perjuicio al punto señalado en las facturas se ha causado, por cuanto tales ventas no existieron, sino que lo habido fue un fraude para cometer los actos de apropiación finales. El hecho de que para ello se haya empleado facturas que mencionaban un cierto tipo de interés no genera por sí solo un perjuicio en ese tanto. Lo contrario sería admitir que el monto del perjuicio en un hecho similar, estará determinado por el monto aleatorio que indique el documento simplemente empleado. Por ende, si en caso de no haber acontecido las apropiaciones achacadas, la empresa de todas formas no habría recibido esos intereses en el grado indicado en las facturas, pues estas eran falsas, no puede decirse con razón que esa es la magnitud del perjuicio. En consecuencia, los alegatos legales del recurrente habrían sido atendibles, si es que los títulos hubieran sido válidos; pero no son atendibles, si es que los títulos son fraudulentos desde el inicio, como en efecto lo fueron. No se trata, como dice el recurrente, que el imputado haya constituido un "préstamo forzoso" a favor de la damnificada y en los términos de los documentos empleados, sino sencillamente de un ilícito penal, logrado empleando falsedades en documentos, las cuales no se ven subsanadas por la comprobación del daño y, por ende, no toman vida cual si fueran válidas desde el inicio. Por eso, mal podría entenderse que las estipulaciones en esos títulos tuvieron vida comercial válida en algún momento. V. En el segundo motivo, este con relación a los artículos 482, 483 y 496 del Código de Comercio, se cuestiona que la sentencia concedió el cobro de intereses "desde la fecha de interposición de la demanda", y no desde el momento que la empresa actora debió haber recibido el dinero mal habido por el imputado. En esto sí lleva razón la parte recurrente. Manteniendo incólume lo antes indicado acerca del monto del interés a cancelar, debe decirse que no se ve cuál es el motivo para concluir que este deba pagarse a partir del momento en que se interpuso la acción civil resarcitoria (como si fuera ese el momento constitutivo del perjuicio), y no a partir del momento en que la empresa habría podido hacer uso del dinero que debía recibir, que es el instante en que se empieza a generar el perjuicio por la imposibilidad de emplearlo. Bien señala el artículo 124 (en relación al 126) del Código Penal de 1941, que el monto de los perjuicios, en este caso en su calidad de intereses, se determinará según la entidad del daño (o perjuicio) causado con la acción; no, como lo sugiere el tribunal, según el momento de interposición de la gestión resarcitoria. Es saludable acotar, a fin de evitar confusiones, que la presente contención es diversa a aquella en que esta Sala estableció que los intereses sobre los daños y perjuicios corren a partir de la sentencia (V-566-F, 8:30 hrs. del 27 de noviembre de 1992). En efecto, mientras en ese fallo se dijo que los intereses empezaban a contar una vez dictada la sentencia por daños y perjuicios determinados, pues según el artículo 706 del Código Civil, este rubro ya incluía los intereses a esa altura devengados por el primer concepto (el daño), por lo que no cabía el doble pago de ellos; en un caso como el que nos ocupa, en que sólo se haya liquidado el monto del daño, mas no del perjuicio, este y por ende los intereses deberán correr a partir del momento de la causación de aquel (es decir del delito), por no haber sido determinados los corridos hasta el momento de la sentencia, de modo que deberá hacerse un solo conteo consecutivo. Por lo anterior, debe decretarse la nulidad del fallo, únicamente en este aspecto, pues no afecta, ni el juicio de responsabilidad penal, ni los otros extremos del pronunciamiento civil."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 571 de las 9,15 hrs. del 13 de junio.

9. ROBO AGRAVADO - Cortar candado de puerta implica fractura.

"Falta de aplicación del artículo 213 inciso 1º del Código Penal. De conformidad con el artículo 471 párrafo 1º del Código de Procedimientos Penales, el representante del Ministerio Público reprocha como un vicio in iudicando que, al calificarse los hechos probados de la sentencia como un delito de robo simple, se desaplicó injustificadamente el artículo 213 inciso 1º del Código Penal, pues tal descripción encuadra en la figura del robo agravado. II.- Por las razones que se dirán, el reparo debe ser declarado con lugar. En sentencia se tuvo por cierto que "...las hermanas de la ofendida... se presentaron a su vivienda... y se la llevaron para la casa de su hermana mayor, ya que esta se encontraba delicada de salud, y para ello dejaron la vivienda de la aquí ofendida bien cerrada y pusieron una cadena (sic) con candado, asegurando la puerta principal (sic)... el encartado se presentó a la vivienda... y utilizando una cegueta cortó el candado y logró ingresar (sic), y una vez en su interior le sustrajo..." ([...]). Es claro que, según el anterior cuadro fáctico, la conducta desarrollada por el imputado, al cortar el mecanismo de defensa con que había sido provista la puerta de la casa de habitación de la ofendida, se configura el delito de robo agravado que prevé el numeral 213 inciso 1º del código sustantivo citado, disposición que fue vulnerada por los jueces de instancia al no aplicarla. El argumento que esgrime el tribunal de juicio para negar esta calificación, en el sentido de que "...extender el concepto de puerta hasta el candado que se complementa con una cadena para asegurar la puerta, es dar un alcance demasiado amplio a ese concepto..." ([...]), no resulta atendible. Para establecer la correcta calificación jurídica del hecho fijado en el fallo de instancia, es necesario que se analicen dos extremos: a) si la cadena y el candado con que las hermanas de la ofendida aseguraron la puerta, forman parte de ésta; y b) si la acción de "cortar" la referida cadena puede calificarse como una "fractura", en los términos que define la norma sustantiva que se citó. Resoluciones de esta Sala han señalado que los mecanismos de defensa con que se asegura la puerta -picaportes, aldabas, etc.- funcionalmente forman parte de la misma, pues cumplen una tarea de contención, para impedir que terceros penetren al lugar, dándole así mayor solidez a la custodia de los bienes y a la privacidad. Por otra parte, también se ha estimado que por "fractura" debe entenderse aquella acción lenta en virtud de la cual se logra romper un elemento sólido: "...Aldaba y candados son elementos utilizados para reforzar las defensas de una puerta o ventana, y es ese aspecto de defensa el que, junto con la peligrosidad denotada por su ruptura, (constituye el) elemento básico de la figura del robo agravado. Dice GONZÁLEZ ROURA que "los términos perforación o fractura son lo suficientemente expresivos para que nadie pueda torturarse con dudas acerca de su significado. Habrá fracción cuando se corte, rompa, fracture, perfore, demuela, fuerce o destruya el medio defensivo, así consista en un cerco, una pared, una ventana, una puerta, el techo o el piso, sea que la violencia recaiga sobre los tableros, vidrios, cerraduras, candados, o en cualquier otra seguridad de la puerta o ventana destinada a ofrecer resistencia a la acción del culpable." (Derecho Penal 2a ed. Tomo III, No 166, pág. 228. GARRAUD. Traite T. VI, pág. 207). Soler, por su parte, señala que "...Lo importante, por lo tanto, es que se trate del rompimiento de cosas dotadas de alguna resistencia física, defensiva, que cierrén o delimiten un ambiente y que cumplan esa función de manera evidente e intencional." (SOLER Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. IV, pág. 265. TEA 1976). Esta Sala ya tiene resuelto este punto en lo relativo a lo que material y

funcionalmente forma parte de una puerta, y lo que es, para los efectos de la delincuencia que nos ocupa, su rompimiento: "Es frecuente que además disponga de rejas, aldabillas, picaportes, etc. Esto nos da una idea, siquiera elemental, de la diversidad de componentes que materialmente constituyen una puerta y que contribuyen a darle su utilidad funcional de permitir o impedir la entrada y salida de un lugar habitado (o de una de sus dependencias)..." (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto N° 318-F-95 de las 14:20 hrs. del ocho de junio de 1995). En lo relativo a qué se debe entender por "puerta", todo a efectos de determinar cuándo nos encontramos ante la hipótesis del numeral 213 inciso 1º que se analiza, también ha indicado esta Sala lo siguiente: "...Desde un punto de vista estructural, comúnmente las puertas exteriores de una vivienda consisten en una hoja de madera, hierro, etc., que está sujeta a un marco mediante goznes o bisagras, dentro del cual aquella encaja y que dispone de cerradura y de cerradero (o "recibidor", como también se conoce en nuestro medio a la chapa metálica en que se mete el pestillo o cerrojo al cerrar la puerta). Es frecuente que además dispongan de rejas, aldabillas, picaportes, etc. ..." (Sentencia N° 193-F-95, de las 15:25 hrs. del cuatro de abril de 1995). Según lo expuesto, resulta claro que la acción del sujeto activo implicó la fractura de la puerta de la casa de la ofendida, de tal modo que deben acogerse las pretensiones del Fiscal de Juicio, recalificando los hechos probados del fallo impugnado."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 602 de las 10,55 hrs. del 20 de junio.

10. SECUESTRO EXTORSIVO - Análisis sobre la naturaleza del concurso en relación con la privación de libertad.

"La tesis de la defensa, en cuanto a los veinticinco delitos de privación de libertad agravada por los que se condenó a su representado, consiste en que tales conductas constituyen un hecho previo impune ([...]), en relación con el secuestro extorsivo de las dos ofendidas, H. y F., que sería el acto posterior punible. Estima la Sala, sin embargo, que este alegato no es de recibo. Con el propósito de clarificar los problemas que surgen del concurso aparente de normas, conviene analizar las diversas posibilidades en que éste se puede manifestar, en referencia a los hechos ahora sometidos a conocimiento. Así, en primer término, por lo regular las figuras del secuestro extorsivo y la privación de libertad se encuentran en relación de especialidad en abstracto; es decir, que la primera conforma un tipo especial, al compararlo con el general, constituido por la privación de libertad (ello en sentido amplio pues, en realidad, la conducta genérica consiste en privar a alguien de su libertad y no, de modo necesario, el tipo previsto por el artículo 191, que ya contiene la exigencia de que el acto sea realizado sin ánimo de lucro). Característico de la especialidad es que se produce cuando la acción del agente es única, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino desde el temporal y espacial (fáctico). Bajo esta perspectiva, si el acto desplegado por los autores fuese único, el concurso aparente de delitos, como de manera acertada lo señala la representante del Ministerio Público ([...]), sólo puede establecerse en el caso de las ofendidas R.S.H. y N.F., donde, como lo entendió él a quo, los hechos que tuvieron lugar tipificaron el delito de secuestro extorsivo, sin que sea posible sancionarlos, además, como privación de libertad. Así, no existiría subsidiariedad tácita por entenderse que, para realizar el secuestro extorsivo deba efectuarse, de previo, el delito de privación de libertad, apreciando el

hecho como una progresión de eventos, sino que, la sola conducta, como unidad fáctica, encajaría en la figura especial, desplazando de este modo a la general, o bien únicamente en esta última, tomando en cuenta cuál sea la que mejor se adapta a la materialidad del hecho. En síntesis, nos hallaríamos, regularmente, ante un problema de especialidad y no de aplicación del principio subsidiario, si la conducta es única. Sin embargo, en el presente caso la sentencia de mérito consigna y separa con claridad dos diferentes acciones, cada una de ellas individualizable en el tiempo, a saber: la primera, mediante la cual un grupo de personas, entre ellas las dos ofendidas citadas, fue privado de su libertad por el justiciable y sus acompañantes y la segunda, consistente en que estos efectuaron una selección de dos rehenes, las separaron del resto del grupo, con el que, hasta ese momento, compartían idénticas condiciones, y las llevaron consigo a otro sitio, con la finalidad, conseguida en última instancia, de obtener un rescate por ellas. Esta pluralidad de actos exteriorizados, desplaza la aplicación del principio de especialidad y permite analizar el subsidiario, para llegar a concluir que este último efectivamente se da, aunque no del modo que expone quien recurre. En efecto, las condiciones que han de confluír para aplicar esa forma de concurso aparente, por subsidiariedad material de hecho previo impune, son, siguiendo al mismo autor nacional citado por quien recurre: "... primera, la presencia de dos acciones punibles que se desarrollen sucesivamente en orden cronológico; segunda, que estas acciones representen diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico; tercera, que ellas se encuentren en relación de medio a fin según el criterio del 'id quod plerumque accidit'." (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1981, p. 50. En la especie, y referido a la relación entre los veinticinco delitos de privación de libertad y los dos de secuestro extorsivo, se echa de menos una de las exigencias, a saber: la lesión de un mismo bien jurídico. Ello es así por cuanto existen ciertos bienes calificados de personalísimos, es decir, aquellos que, como la libertad, no pueden ser separados de su titular. En estos casos, la sola existencia de dos o más titulares del mismo bien, considerado en forma abstracta, conlleva establecer que, en caso de lesión, se vulneran tantos bienes jurídicos como titulares de ellos hayan sufrido el daño; consecuentemente, no es aplicable en esa hipótesis el concepto de que se trata del "mismo bien jurídico", en la forma que lo exige el principio de subsidiariedad en estudio. La doctrina nacional señala en cuanto a este punto que: "...es posible el concurso ideal homogéneo: a) En delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos. Bienes jurídicos personalísimos son aquellos que no se pueden separar de su titular; de modo que una multiplicidad de sujetos activos (sic) trae por consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas. Así, hay concurso ideal homogéneo cuando varias personas son muertas por una bomba, cuando varias personas son injuriadas con una sola palabra, cuando varios individuos son secuestrados, cuando varios menores, mediante un acto, son corrompidos. Bienes como la vida, la integridad corporal, la integridad sexual, la libertad, el honor, etc. son inseparables de su titular." (Ibídem, p. 64). En esta tesis, se reitera, no puede hablarse de un concurso aparente de delitos, como lo pretende quien recurre, ni siquiera entre los veinticinco que se califican como privación de libertad, pues existen distintos bienes jurídicos lesionados en forma independiente (aun cuando correspondan a la misma categoría fenoménica general: libertad), y a pesar de que el daño haya sido infligido con una sola conducta, pues ello constituye un concurso ideal homogéneo, en la forma que lo sostuvo el a quo. Por las mismas

razones, no puede tampoco considerarse que los referidos veinticinco delitos de privación de libertad consistan en un hecho previo impune, al relacionarlos con los dos delitos de secuestro extorsivo (concurrentes entre sí también en forma ideal homogénea), pues en la especie, se reitera, dada la naturaleza personalísima del bien jurídico libertad, la diversidad de titulares conduce a la multiplicidad de lesiones, sin que ellas puedan ser absorbidas por el daño causado al bien jurídico, también personalísimo, de otro sujeto. Es oportuno resaltar, además, que la circunstancia de que distintos delitos se vinculen entre sí de medio a fin, no es por sí sola suficiente para valorar los hechos como un concurso aparente, sino que es necesaria la confluencia de otros requisitos, como los reseñados, que permitan unificar jurídicamente las conductas (separables en el tiempo y el espacio), así como la lesión al bien jurídico, único o prevalente. Por ello, no se da esta forma de concurso entre el homicidio cometido para lograr o encubrir el robo, ni entre la falsificación de un documento con el propósito de estafar, ni entre las lesiones graves causadas a la víctima para despojarla (sin arrebato) de un bien, ni, en general, entre la gran cantidad de conductas que pueden vincularse, subjetiva y fenoménicamente, de ese modo particular. En el presente caso no puede sostenerse que la privación de libertad a la que fueron sometidas las veinticinco personas que, además de las ofendidas, se hallaban en el hotel en que se desarrolló parte de los hechos, configuren una conducta previa impune, a pesar de que el secuestro extorsivo constituyese el fin último pretendido por los autores, pues no nos hallamos en presencia de una progresión de ataques al mismo bien jurídico, por las razones ya referidas. En segundo término, es preciso acotar que, de acuerdo con los hechos tenidos por demostrados en la sentencia, los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO se hallan en concurso real con los de PRIVACION DE LIBERTAD, pues la acción única con la que se ejecutó este último, que afectó a veinticinco personas y a las dos ofendidas, no fue, ni material ni temporalmente, como se adelantó, la misma con la que, de modo posterior, se realizó el secuestro de las últimas, de allí que se aprecie la carencia de uno de los requisitos del concurso ideal, cual es la acción única que lesione distintos bienes jurídicos no excluyentes entre sí (concurso heterogéneo) o que realice varias veces el mismo tipo penal (homogéneo); unidad de conducta que también es característica normal del principio de especialidad, en el concurso aparente, como ya se reseñó (ver, en este sentido: CASTILLO GONZALEZ, Op. Cit., p. 40 y 47). No obstante ello, los actos a través de los cuales se completó el secuestro, con ánimo de lucro, de ambas perjudicadas, sí han de verse como una acción unitaria, desde el punto de vista jurídico y como un concurso aparente entre ese delito y el de Privación de libertad del que, al inicio, fueron víctimas; pues el tipo penal del artículo 215 del Código punitivo es pluriofensivo, es decir, sanciona la lesión a varios bienes jurídicos, entre los cuales se halla el tutelado por la norma que reprime la privación de libertad. En efecto, mediante el secuestro extorsivo se vulneran el patrimonio, la libertad ambulatoria y la libertad de determinación (de la persona que deba ejecutar la conducta exigida por los autores del hecho); de allí que sí sea posible aplicar el principio de subsidiariedad material, en este caso específico, referido a los hechos que sufrieran R.H. y N.F. y estimar, como lo hizo el a quo, que su privación de libertad constituye un hecho previo impune, cuando se lo relaciona con el secuestro extorsivo a que luego dio paso. En virtud de lo expuesto, se desestima el reproche."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8,45 hrs. del 31 de octubre.

11. TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS - Inexistencia de concurso aparente con secuestro extorsivo.

“Por último, se plantea en el recurso la concurrencia aparente, por subsidiariedad material, del delito de SECUESTRO EXTORSIVO con el de PORTACION DE ARMAS PROHIBIDAS, por estimar que éste fue necesario “...para la ejecución del plan único del autor...”. Además, se señala también la procedencia del principio de especialidad, por cuanto el artículo 213 inciso 2) del Código Penal, que sanciona el robo, contempla una causa de agravación, precisamente por el uso de armas; al igual que lo hace el inciso 3) del artículo 215, que sanciona el secuestro extorsivo. No comparte la Sala los argumentos esgrimidos. La tenencia de armas prohibidas, que sanciona el artículo 89 de la Ley de Armas y Explosivos vigente, constituye un delito de peligro abstracto. Consiste en una conducta que el legislador calificó, de por sí, como antijurídica, atendiendo a la naturaleza de los objetos sobre los que recae la posesión y que lesiona, sin necesidad de ulteriores actuaciones, el bien jurídico tutelado. Esta Sala, en su voto 683-F, de las 9,05 hrs. del trece de diciembre de 1991, al respecto señaló: “...es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario.” Es por ello que este tipo de delitos ha sido catalogado por cierto sector de la doctrina como “de pura actividad” (así: Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, p. 101). Ahora bien, la posibilidad de que se produzca una relación subsidiaria, en estos casos, se restringe, doctrinariamente, a los delitos de peligro concreto en concurrencia con el delito de resultado (ver: CASTILLO GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 52), donde éste desplaza al primero. Sin embargo, puede sostenerse que el principio general para que el delito de peligro resulte desplazado por otro tipo penal, radica en que ambos protejan el mismo bien jurídico, o bien que el primero pretenda evitar la comisión del segundo, o signifiquen distintos estadios de ofensa al mismo bien (como la agresión, confrontada con las lesiones, o la tenencia de drogas y su tráfico). En la especie, no se presenta ninguna de estas situaciones, pues el artículo 89 de la Ley de Armas no sanciona la mera tenencia de objetos con una finalidad específica de evitar posteriores actuaciones (como la tenencia de instrumentos aptos para cometer delitos), sino la posesión por particulares de armamentos que, de ningún modo lícito, podría justificarse. De lo anterior se infiere que el disvalor de la conducta que constituye el secuestro extorsivo (o la privación de libertad agravada), no comprende el disvalor de la norma que sanciona la tenencia de armas prohibidas, pues existe una diversidad de bienes jurídicos tutelados (en aquellas figuras, la libertad y, en su caso, el patrimonio; en esta última, la tranquilidad pública). Por ello, no estamos en presencia de diferentes modos de ofensa al mismo bien jurídico, ni distintos estadios de agresión. Amén de ello, la tenencia de dichas armas, en relación con los delitos mencionados -lo que vale también para el caso del robo agravado-, no fue más que accidental, pues las conductas pudieron ser ejecutadas empleando otros instrumentos, e incluso otras armas cuya tenencia no sea ilícita (ver, en tal sentido el voto de esta Sala 241-F, de las 8,30 hrs. del 30 de

junio de 1994); o hasta algunos cuya posesión, pese a estar sancionada, sí se vería subsumida por el robo, como la de objetos aptos para cometer delitos, acorde con lo que ya se expuso. No es atendible, entonces, el alegato de quien recurre de que debe apreciarse el caso concreto para señalar que el uso de las armas prohibidas era absolutamente necesario con miras a consumar el secuestro extorsivo ([...]), pues ello conllevaría vulnerar la esencia de los concursos de delitos, sentando el principio de que siempre que se produzca ese hecho punible, absorberá otro tipo penal que protege un distinto bien jurídico; amén de que ni siquiera, por regla general, puede admitirse que el secuestro o el robo vayan acompañados del uso de armas prohibidas. De igual modo, la circunstancia de que el robo se califique por la utilización de armas, no significa el desplazamiento por especialidad del artículo 89 citado, dada, se reitera, la falta de identidad entre los bienes jurídicos tutelados o, al menos, la cabida de uno dentro del otro, por ser más comprensivo; como tampoco podría darse un concurso aparente entre la agresión que prevé el artículo 140 del Código Penal y la referida norma, por las mismas razones. En el caso del secuestro extorsivo, el inciso 3) del artículo 215 no sanciona, per se, el uso de armas como una causa que agrave la figura, sino que se refiere “a los medios empleados en su consumación”, pero relacionados siempre con que, a causa de ellos, la persona secuestrada sufra daño físico, moral, síquico o económico. Ello, obviamente, puede derivarse de la utilización de armas o explosivos, pero también de otras múltiples y variadas circunstancias (v. gr.: la fuerza, el maltrato o las agresiones innecesarias, el uso de vehículos u otros bienes de la propia víctima para ejecutar el hecho, etc.) y por ello, no puede hablarse de una relación de especialidad, por cuanto no existe un vínculo de género a especie entre ambas figuras. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1164 de las 8,45 hrs. del 31 de octubre.

12. TENENCIA DE DROGAS PARA EL TRAFICO A CONSUMIDORES - Posible desconocimiento de ventas posteriores.

“En los dos motivos del recurso, la defensora acusa que el tribunal violentó las reglas de la derivación lógica, pues de los elementos probatorios allegados al debate no se puede inferir que la encartada conociera que el destino de la droga era su venta dentro del centro penal, pues nada descarta que pretendiera hacerla llegar a su hermano para su propio consumo. Lleva razón la recurrente. Del elenco de pruebas que el tribunal tomó en consideración, no se deriva que la acusada haya tenido conocimiento de que la droga enviada a su hermano era para la venta. El que este sí lo supiera y así lo hubiera comentado al agente encubierto, no implica que aquella también lo sabía. Efectivamente, aún cuando estuviera al tanto de la operación tendiente a esa entrega, no necesariamente lo estaba en cuanto a su objetivo, acerca de lo cual no hay indicio alguno (y más bien la escasa cantidad de droga, 28.62 gramos de picadura de marihuana, abona la tesis inversa). Entender lo contrario, sería hacer una presunción en contra del reo, lo cual está vedado en virtud del principio de necesaria demostración de la culpabilidad establecido en el numeral 39 de la Carta Magna. Por ello, en esas circunstancias, en su beneficio (artículo 393 del Código de Procedimientos Penales) pudo haberse estimado que ignoraba aquella finalidad ajena. Esta vicisitud habría redundado en la calificación jurídica, ya que a esos efectos, como lo recoge el

artículo 48 del Código Penal, ha de estarse al resultado dolosamente asumido por ella, a pesar de que fuera otro el resultado final pretendido por su hermano, y por ende a la joven M.Ch. le sería recriminable la tenencia de drogas para suministro a un consumidor, y no para suministro a un vendedor. En consecuencia debe declararse con lugar el reclamo. II. Sobre la senda marcada por el precedente de los votos 158-F, de las 8:55 del 20 de mayo de 1994, y 229, de las 10:00 del 7 de marzo de este año, que establecen la facultad e imperativo constitucional de esta Sala para controlar directamente y por sí misma la aplicación del in dubio pro reo, así como tomando en cuenta que lo que previsible en este asunto es que, de ordenar el reenvío, no serían allegados al nuevo proceso factores de criterio en la dirección echada de menos, pues como se señaló los posibles ya fueron evacuados sin ese resultado, la Sala entra a modificar los hechos demostrados, concluyendo que la encartada M.Ch. desconocía que el destino de la

droga enviada a su hermano era la venta dentro del local penitenciario, sino virtualmente partiendo de que era para su consumo. En ese sentido, debe recalificarse su acción a la delincuencia de TENENCIA DE DROGAS PARA EL TRAFICO A CONSUMIDORES, y en tal condición, tomando en cuenta que es una persona de escasos veintidós años de edad, sin antecedentes penales, evidentemente influida por la reclusión de su hermano, y que la cantidad de droga no es considerable, en aplicación del artículo 18 de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, se le impone a T.M.M.Ch. el tanto de cuatro años de prisión, que deberán ser descontados con arreglo a la normativa penitenciaria y abono de la preventiva eventualmente sufrida”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 476 de las 9,10 hrs. del 23 de mayo.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

13. BENEFICIO DE LIBERTAD CONDICIONAL - Nulidad de revocatoria que deja de lado prueba fundamental.

“Como primer motivo por defectos in procedendo, la defensora pública del sentenciado J.L.F.R. reprocha la violación de los artículos 39 de la Constitución Política, 106, 393, 395 incisos 2° y 3°, y 400 incisos 2° y 4° del Código de Procedimientos Penales. Como fundamento de su alegato, acusa que la resolución dictada por la Sección Segunda del Tribunal Superior Tercero Penal, que revocó el beneficio de libertad condicional otorgado por el Juzgado de Ejecución de la Pena, adolece del vicio de falta de fundamentación. El yerro se hace consistir en que el tribunal de instancia dejó de lado prueba fundamental, a saber, el dictamen de la Sección de Psiquiatría Forense del Organismo de Investigación Judicial y el estudio del Departamento de Trabajo Social del Poder Judicial, pruebas estas que no se evacuaron pues, a pesar de que se solicitó su práctica ante el Juzgado de Ejecución de la Pena, la misma no se hizo necesaria al conceder éste en primera instancia el beneficio que luego se revocó. En criterio de quien recurre, de haberse contado con los elementos que echa de menos, la decisión a la que se hubiera llegado sería distinta. II.- El reclamo resulta atendible. En efecto la defensa solicitó como prueba que el Departamento de Trabajo Social del Poder Judicial practicara un estudio para determinar las condiciones del hogar sustituto ofrecido por M.C.G. y la oferta laboral que le ofrece M.I.S., así como también se solicitó que la Sección de Psiquiatría Forense del Organismo de Investigación Judicial valorara al reo F.R. por estimar insuficiente el estudio practicado en el Centro Penitenciario ([...]). Respecto de la admisibilidad de esas pruebas no se pronunció el Juzgado de Ejecución de la Pena, no obstante el Juzgado acogió la solicitud principal y otorgó el beneficio de libertad condicional, pero el Tribunal Superior revocó la resolución del Juzgado y denegó el beneficio. Ahora en casación se señala que existió un vicio en el procedimiento (falta de fundamentación por preterición de prueba esencial), pero se impugna sólo la resolución de segunda instancia, ya que la defensa estima que debió evacuarse esa prueba. Es cierto que el Juzgado de Ejecución de la Pena no se pronunció sobre la admisibilidad de esa prueba, lo cual constituye una irregularidad procesal que ha producido el vicio de falta de fundamentación acusado. Nótese que el tribunal sustenta la denegatoria del beneficio en elementos de prueba básicos que, al

incorporar hipotéticamente los ofrecidos por la defensa, eventualmente podrían verse disminuidos, con lo que podría llegarse a conclusiones diferentes. En primer término la ley (inciso 2° del artículo 65 del Código Penal) establece que para el otorgamiento del beneficio de libertad condicional es necesario un estudio y un dictamen favorable del Instituto Nacional de Criminología sobre la conveniencia de la medida, sustentado en la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito, así como en su personalidad y su medio social. Ese informe no es vinculante para los tribunales conforme lo ha resuelto ya la Sala Constitucional en su sentencia N° 541-91 de las 15:52 horas del 13 de marzo de 1991, mediante la cual señaló que “...el dictamen favorable del Instituto de Criminología es orientador para el juez, consecuentemente el juez podrá conceder el beneficio aún cuando no haya recomendación favorable, por el Instituto de Criminología y viceversa, negarlo cuando esto lo recomiende si hay base para ello...”, y agregó la Sala “...por ser lo resuelto por el Juez de Ejecución de la Pena consultable al Tribunal Superior, éste podrá validamente variar lo resuelto si considera que hay base para ello...”. Con lo anterior se ha querido exigir el criterio de la institución que mantiene en custodia al reo, como uno de los parámetros orientadores de importancia, para que el juez pueda pronunciarse de manera apropiada sobre la procedencia de la libertad condicional. En el caso de autos ese criterio se solicitó y fue totalmente desfavorable para el reo, pues mediante resolución de fechas 31 de octubre y 1° de noviembre de 1995 ([...]), el Instituto Nacional de Criminología acordó no recomendar la concesión del beneficio solicitado, basándose -entre otras cosas- en que el sentenciado no posee un grupo familiar de arraigo en Costa Rica (por ser de nacionalidad colombiana). Al conocer en consulta, el Tribunal Superior Tercero Penal, Sección Segunda, mediante resolución de las 7:30 horas del 5 de febrero de 1997 ([...]), revocó el beneficio acordado, acogiendo la recomendación del Instituto Nacional de Criminología, y razonando que “...la recomendación de aquella institución tiene asidero en los informes que se han brindado sobre el particular y no hay un instrumento, ni razones idóneas para combatir la conclusión a la que llegó el órgano técnico criminológico...” ([...]). También estimó el tribunal de mérito que el hogar receptor no constituía un elemento suficiente para considerar la existencia de un grupo familiar de arraigo, y califica la oferta laboral

como una "...complacencia en favor del convicto..." ([...]). Según todas las actuaciones antes descritas, aparte del derecho que le asiste a la defensa de aportar prueba que combata los estudios elaborados en sede administrativa, parece claro que la prueba que echa de menos la recurrente sí reviste un carácter esencial dentro de la fundamentación del fallo impugnado, pues los estudios que se solicitaron -acerca de cuya aceptación o rechazo no hubo pronunciamiento- podrían influir decisivamente en el rechazo u otorgamiento del beneficio que se demanda. Así las cosas, al haberse denegado la solicitud pero sin evacuar prueba esencial, resulta afectado el derecho de defensa del sentenciado, por lo que aquella resolución del Tribunal Superior deviene en nula. Por lo expuesto debe declararse con lugar el primer motivo del recurso de casación que interpone la defensa y, en consecuencia procede anular la resolución del Tribunal Superior Tercero Penal, Sección Segunda, de las 7:30 horas del 5 de febrero de 1997 ([...]). Se ordena el reenvío a la oficina de origen a fin de que ese despacho ordene la realización de las periciales omitidas, pudiendo hacerlo directamente o mediante comisión al juzgado de primera instancia. Se aclara que, luego de la evacuación de estas pruebas y aún en el supuesto de que se derivaran conclusiones favorables para el reo, las mismas deberán ser valoradas por el tribunal de mérito a fin de determinar la conveniencia de otorgar el beneficio que se solicitó, todo según los lineamientos que define la Sala Constitucional en la resolución que se cita."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 501 de las 15,40 hrs. del 29 de mayo.

14. HONORARIOS DE ABOGADO - Interpretación de contrato de cuota litis.

"Como primer agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Licenciado C.L.I.G., se acusa la violación del artículo 1022 del Código Civil, en cuanto dispone que "...Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes", pues en cumplimiento del contrato de "cuota litis" suscrito entre él y el representante de Inversiones RAU S.A., entabló las acciones penales y civiles necesarias y los juicios civiles sobre los que se produjo el arreglo extrajudicial en que él no fue llamado a participar, tenían el mismo objeto y tenían relación directa con su actividad profesional por él desarrollada, por lo que erró el tribunal al considerar lo contrario. En el segundo motivo se acusa violación al artículo 693 del Código Civil, pues el recurrente cumplió con el contrato de cuota-litis en todos sus extremos, mientras no ocurrió lo mismo con el demandado. Como tercer reclamo se alega que se violó el artículo 702 del mismo Código citado, pues voluntariamente el representante de Inversiones RAU incumplió las obligaciones derivadas del mencionado contrato de prestación de servicios profesionales. Dada la íntima relación entre los reproches, se resolverán conjuntamente, como sigue. II.- La resolución impugnada, del Tribunal Superior Tercero Penal, Sección Primera de esta ciudad, de las 13:00 horas del 8 de julio de 1996, tiene por demostrado lo siguiente: 1) La existencia de un juicio ordinario, iniciado en mil novecientos ochenta, de Inversiones RAU Sociedad Anónima contra Corporación de Eurocomercio Exterior Sociedad Anónima, representada por H.G.S.A.; también de un juicio ejecutivo entre esas empresas, en el que figura como co-demandado C.A.A.R., que fue acumulado a Diligencias de Quiebra de Inversiones RAU contra la citada Corporación. Esos procesos son anteriores a la suscripción del contrato de cuota litis. Asimismo y con fecha poste-

rior a la vigencia de ese contrato, la mencionada empresa de Inversiones demandó en la vía ejecutiva a la indicada Corporación. 2) Que en esos procesos no tuvo participación alguna el recurrente Ibarra García, como consta de ellos y de la nota suscrita por el impugnante, de fecha 20 de marzo de 1995, [...]. 3) Que en el mes de abril de 1993, mediante escritura pública se produjo un arreglo extrajudicial, mediante el que por el pago de una suma de dinero, Inversiones RAU solicita a los Despachos Judiciales respectivos, la terminación de los procesos y en las Diligencias de Quiebra, la rehabilitación de la Corporación, lo que fue dispuesto por los correspondientes Juzgados. 4) Que en noviembre de 1985, se suscribió el contrato de cuota litis aludido [...], el cual dispone, en la cláusula primera, que Inversiones RAU Sociedad Anónima, representada por el señor U.P., contrata los servicios profesionales del Licenciado Ibarra García, "a efecto de que proceda a entablar las acciones penales y civiles que fueron (sic) necesarias, contra CORPORACIÓN DE EURO COMERCIO EXTERIOR S.A.; G.S.A.; H.M.S.; V.M.G.G.; G.F.S. Y E.C.M.". SEGUNDA: Que el profesional se compromete a entablar las acciones correspondientes y a darles seguimiento hasta su conclusión o arreglo extrajudicial, debiendo efectuar todas las gestiones que al efecto fueren necesarias y en todas las instancias de los juicios. TERCERA: Que por dicha labor, la primera se compromete a entregar al segundo, la suma de treinta mil colones por el trabajo penal debidamente efectuado y la cantidad de treinta mil colones a su presentación, para completar sesenta mil colones; y en cuanto a lo demás, se contrata así: A) Que el segundo obtendrá un beneficio del treinta por ciento sobre los dineros que se obtengan hasta diez millones de colones y el cincuenta por ciento del excedente que sobre esa suma hubiere. CUARTA: Que en caso de arreglo extrajudicial y de considerar la primera necesaria la intervención o asesoría legal del segundo, éster la suministrará. QUINTA: En caso de efectuarse arreglo extrajudicial después de establecidas las acciones judiciales respectivas, la forma de pago y porcentajes dichos, se mantienen entre las partes aquí firmantes". 5) Con fecha 20 de marzo de 1986, R.U.P., a título personal, confiere poder especial judicial a favor del Licenciado I.G., para que lo represente en todas las instancias e instancias dentro del expediente número 2107-1-85 que se tramitaba en el Juzgado de Instrucción de Goicoechea contra H.M.S. y cinco personas más, por los delitos de Estelionato y Fraude de Simulación en perjuicio de Inversiones RAU Sociedad Anónima. 6) El 19 de enero de 1986, el señor U.P., en representación de Inversiones RAU, formula acción civil resarcitoria contra los señores H. y G. ambos S., E.C.M., V.G.G., G.F.S. y A.T.N., dejando por fuera a Corporación de Eurocomercio Exterior S. A., teniendo el Juzgado de Instrucción de Goicoechea a dichos señores como actor civil y demandados civiles respectivamente. III.- Comparte esta Sala, con el a-quo, puesto que ello fue lo que se estableció en el contrato de cuota-litis, en cuanto a que las sumas y porcentajes ahí estipulados, operarían en los casos en que el Licenciado I.G. hubiera tenido participación, independientemente de si el proceso finalizaba normalmente o mediante arreglo extrajudicial. Una lectura conjunta de ese documento permite concluir en esa forma. La utilización de la oración "entablar las acciones penales y civiles que fueron (sic) necesarias" en la cláusula primera, excluye, necesariamente las que ya habían sido formuladas con anterioridad, idea que se mantiene en todo el contrato, cuando se habla (cláusula segunda) de "entablar las acciones correspondientes" o en la cláusula quinta de "arreglo extrajudicial después de establecidas las acciones judiciales respectivas". Además, con relación a la cláusula cuarta, se previó la posibilidad y no obligatoriedad de asesoría legal del Licenciado Ibarra, en caso de arreglo extrajudicial, pero siempre

referido a las acciones penales o civiles que hubiera interpuesto. Entender lo contrario implicaría agravar, injustamente, la situación de la otra parte, dado que tendría que cancelar doblemente honorarios: a los profesionales que atendieron los asuntos (en lo que no participó el Licenciado Ibarra, como él mismo lo reconoce) y a este abogado, de acuerdo a su interpretación del contrato de cuota-litis. Ello no tiene asidero ni en el contrato ni en la lógica. En esas condiciones no fue violado el artículo 1022 del Código Civil, pues respetando la fuerza de ley del contrato, se resolvió lo pertinente, interpretando correctamente sus cláusulas. Tampoco el numeral 693 del mismo cuerpo de leyes, pues el derecho del acreedor de compeler al deudor a ejecutar lo que le resulta de la obligación civil, no implica, necesariamente, que deba concedérsele todo lo reclamado. Por idénticas razones, tampoco ha sido infringido el artículo 702 del citado Código Civil, que faculta al acreedor a reclamar al deudor el pago de daños y perjuicios, todo lo cual lleva a declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 467 de las 15,20 hrs. del 22 de mayo.

15. INCIDENTE DE EJECUCION - Presentado como solicitud de libertad condicional - Procedencia del recurso de casación.

“Con base en el artículo 486 del Código de Procedimientos Penales, la defensora pública del sentenciado R.A.D.B. plantea recurso de queja contra la resolución del Tribunal Superior Primero Penal de San José, Sección Primera, en virtud de la cual se rechazó el recurso de casación que oportunamente interpusiera contra la decisión de este mismo órgano de las 7:35 horas del 3 de marzo de 1997, que confirmó en alzada la denegatoria del beneficio de libertad condicional del señor D.B., ordenada por el Juez de Ejecución de la Pena. En criterio de la recurrente, “...el tribunal está denegando indebidamente el recurso de casación planteado, que es claramente procedente a la luz de la normativa y la jurisprudencia que rigen la materia...” ([...]). II.- Al presentar el respectivo informe, el tribunal recurrido señala que se ordenó el rechazo del recurso en vista de que “...el ordinal 502 del Código de Procedimientos Penales es sumamente concreto al indicar que el recurso de casación procederá contra lo resuelto en un incidente de ejecución. En la especie lo que pretende la defensora es casar una resolución de alzada de este tribunal en virtud de una solicitud de libertad condicional, no lo resuelto respecto de un incidente de ejecución, de manera que atendiendo a un criterio de literalidad y de acuerdo al principio de taxatividad de los recursos es que consideramos improcedente el recurso de casación y así lo declaramos...” ([...]). III.- El recurso planteado debe declararse con lugar. El criterio que esgrime el tribunal de juicio como justificación para haber ordenado el rechazo del remedio planteado por la defensa, descansa en una interpretación literal de la norma procesal. La distinción que hacen los juzgadores, en el sentido de que la ley procesal alude a un “incidente de ejecución”, pero que la gestión planteada por la defensa consiste en una simple “solicitud de libertad condicional”, no resulta de recibo pues se sustenta en un análisis rígido del texto de la ley, el que no rima con nuestro sistema democrático de justicia penal. En el caso que nos ocupa, si bien la gestión formulada por el sentenciado el 19 de diciembre de 1995 se denomina como una “solicitud de libertad condicional” ([...]), es lo cierto que tal nomenclatura no impidió que a la misma se le diera el trámite normal de un “incidente de ejecución”, culminando con la resolución que dicta el juez de ejecución de la

pena a las 14 horas del 23 de enero de 1997 ([...]). Lo anterior demuestra que, a pesar de que no se le haya rotulado como un “incidente”, la solicitud planteada sí califica como tal, en cuyo caso debe admitirse el recurso de casación, como se ha hecho en otros asuntos similares. Así las cosas, se declara mal denegado el recurso y, en consecuencia, se ordena al órgano recurrido que lo admita y emplace a las partes para que acudan ante esta Sala en resguardo de sus derechos (artículo 502 del código procesal ya citado).”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 502 de las 15,45 hrs. del 29 de mayo.

16. NULIDAD DE SENTENCIA - El agravio es la medida del recurso.

“La tesis de la nulidad por la nulidad misma ha sido superada por la jurisprudencia de esta Sala, acogiendo el criterio del agravio como medida del recurso, de manera que para justificarse la anulación de un acto debe haberse derivado del mismo un agravio o perjuicio concreto a la parte que lo reclama. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha transformado la función de la nulidad, al establecer que “la nulidad procesal sólo se decreta cuando el vicio en que se incurre cause indefensión o no pueda ser subsanable” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia V-124-F, de las 8:30 horas del 25 de junio de 1986, entre otras).”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 398 de las 16,35 hrs. del 29 de abril.

17. NULIDAD DE SENTENCIA - Sentencia integral firmada por jueza no presente en el debate e inhibida para conocer la causa.

“La recurrente, en su condición de representante del Ministerio Público, alega en su primer motivo que la sentencia es nula ya que “...se evidencia de la constitución del tribunal... (que) ...comparecieron a la recepción de la prueba los jueces Lic. C., Lic. T. y Lic. B., mientras que para el dictado de la sentencia integral, mediante la cual se notificó a las partes los motivos o fundamentos por los que se absolvió a dicho imputado E.C., aparecen suscribiendo el documento los jueces Lic. T., Lic. C., pero ya no el Lic. B., sino la Licda. M.I.A., quien dicho sea de paso según se desprende del expediente, se encontraba inhibida de conocer esta causa penal en razón de haber concurrido a dictar sentencia por esos mismos hechos, pero en contra de otro acusado...” ([...]). II.- Esta Sala advierte que el defecto procesal que se acusa efectivamente existe, por lo cual el recurso debe declararse con lugar, y en virtud de ello debe anularse el fallo y el debate que precedió a su dictado. De las constancias del expediente se desprende lo siguiente: a) mediante resolución de las 8:30 horas del 21 de diciembre de 1995 ([...]), la Licda. M.I.A.P. se inhibió del conocimiento de la presente causa por haber concurrido a dictar sentencia en cuanto al co-encartado J.A.R.D. b) El tribunal que participa en el debate oral celebrado contra el imputado L.A.E.C., se integró con los jueces R.T.B., G.C.M. y L.G.B.G. (ver acta del debate, [...]), es decir, la Licda. A. no participó en dicha audiencia. c) La parte dispositiva del fallo fue leída y suscrita por los mismos funcionarios que estuvieron presentes durante el juicio ([...]). d) La sentencia integral aparece suscrita por la Licda. A. en sustitución del

juez superior B.G. ([...]), siendo que ella no participó en el contradictorio. De lo antes expuesto se deducen serios vicios de procedimiento que generan la necesaria declaratoria de nulidad del pronunciamiento. En primer término, la actuación del tribunal juzgador (al actuar un juez inhibido en el dictado de la sentencia) transgrede las reglas sobre inhibición que prevé el numeral 29 inciso 1º del Código de Procedimientos Penales, siendo que tal yerro está expresamente sancionado con nulidad por el artículo 38 del mismo cuerpo procesal. Asimismo, esta irregularidad, al conllevar una inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales, está contemplada como motivo de nulidad por el artículo 145 inciso 1º ibídem. A parte de estos problemas de tipo formal antes descritos, el vicio que se reprocha hace surgir razonables dudas sobre los jueces que participaron en la deliberación y en la redacción del pronunciamiento de fondo, con lo que también se incumplen las exigencias de los artículos 392, 393 y 396 del código procesal citado, siendo que tal defecto también está expresamente sancionado con nulidad. Si la idea de nuestro legislador hubiese sido que el juez encargado de la redacción fuese el único responsable en el dictado de la sentencia, se hubiera optado entonces -debido a razones obvias- por los órganos unipersonales, lo que incluso sería más económico para el Estado. Por el contrario, nuestra Ley Procesal exige -bajo sanción de nulidad- que los miembros del órgano jurisdiccional deben participar activamente y por igual en la deliberación y redacción del fallo, resolviendo todas las cuestiones que hubieren sido objeto de juicio (las incidentales, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable, restitución, indemnización o reparación demandada y costas), todo con el propósito de que la decisión se adopte de manera conjunta y razonada, donde los tres funcionarios discutan y consideren todos los pormenores (fácticos y jurídicos) que resultaron de la audiencia, ello con el fin de que el pronunciamiento sea colegiado. También es recomendable que la redacción del pronunciamiento deba realizarla el colegio, y aunque se encargue a uno de sus integrantes formular una propuesta de redacción, por razones internas de distribución de trabajo, lo anterior no significa que se trata de una responsabilidad exclusiva del redactor, y que los restantes miembros del tribunal están eximidos de los actos posteriores. En realidad la redacción debe reflejar de modo claro, directo y sencillo el pensamiento de todos los miembros del tribunal, los razonamientos que cada uno de ellos fueron exponiendo durante la deliberación, sobre cada una de las cuestiones sometidas a su estricto control y examen. En el caso que nos ocupa el cumplimiento de todos estos principios se ve seriamente comprometido, pues la sentencia integral aparece firmada por una jueza que por una parte no estuvo presente en el debate, donde se evacuaron las pruebas y se recibieron oralmente los alegatos de las partes, y que además estaba inhibida para intervenir en cualquier acto procesal de este juicio. Lo anterior también permite introducir como una consecuencia lógica y necesaria que existe una seria duda de que el Lic. B. -a pesar de haber integrado el tribunal de instancia durante el debate- haya intervenido de algún ningún modo en la fase de deliberación y redacción, con lo que igualmente se atenta contra el principio constitucional del debido proceso. Así las cosas, en aras de tutelar la recta administración de justicia, se ordena la nulidad de la sentencia absolutoria dictada, llamándosele enérgicamente la atención a los miembros del tribunal a fin de que este tipo de situaciones no se presente en el futuro.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 561 de las 11,10 hrs. del 6 de junio.

18. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DEL AGRAVIO - Supuestos de la impugnabilidad subjetiva.

“En el primer motivo de su recurso por la forma, el acusado A.Q. reclama el vicio de falta de fundamentación de la sentencia en cuanto a la comunicabilidad de las circunstancias acordada con relación a la coimputada A.V., para considerarla coautora del delito de peculado. El reclamo es improcedente. Debe señalarse que el principio fundamental en materia de recursos es la legitimación del impugnante para el reclamo en alzada. En el interés -elemento sustancial- que mueve al recurrente, se refleja la legitimación para el ejercicio de la actividad impugnativa. Ese interés se aprecia por la posibilidad de que, constatado el vicio, este restablezca la posición jurídica del afectado y, una vez eliminado el defecto -con independencia de que con ello pueda beneficiarse a otros imputados, según el efecto extensivo señalado en el numeral 455 del Código de Procedimientos Penales- exista la posibilidad de que varíe el resultado de lo resuelto, que antes de la impugnación era desfavorable a quien recurre. Esto es lo que la doctrina procesal denomina personalidad del agravio, dentro de los elementos de la impugnabilidad subjetiva, como conjunto de requisitos establecidos por la ley a los sujetos procesales, cuyo cumplimiento los legitiman para recurrir: “el gravamen debe vincularse directamente a la parte: es el principio de personalidad del agravio, con arreglo al cual el agravio generador del recurso debe afectar directamente al recurrente, el que no podrá invocar el causado a otro sujeto procesal”. (Ayán, Manuel. Recursos en materia penal. Principios Generales, Editora Córdoba. p.90). No afecta al recurrente en su posición jurídica el vicio que reclama y por ello el motivo debe rechazarse.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1173 de las 9,30 hrs. del 31 de octubre.

19. PRUEBA - Venta de drogas - Valoración de testimonio de policías que acompañaron a agente encubierto.

“Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aún cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia. Por lo expuesto debe declararse sin lugar el reproche.- VIII.- SETIMO MOTIVO POR LA FORMA: violación del principio de igualdad y falta de aplicación del principio del in dubio pro-reo. Conforme a los artículos 33, 39 Y 41 de la Constitución Política, se reclama que la sentencia viola el principio de igualdad, pues “...se condena a mi defendida por ser de condición socio-económica baja, para ejemplarizar...” ([...]). Dentro del mismo apartado, el recurrente argumenta que “...se plantearon muchas e importantes dudas, sobre la delincuencia de la imputada, sin embargo no se aplicó el principio de in dubio pro-reo...” ([...]). El reclamo resulta inatendible. El juicio

de culpabilidad en contra de la imputada M.H. no se basa en su condición socio-económica, pues su participación y responsabilidad en los hechos acusados se deriva de la prueba evacuada en la audiencia, según la cual ella se dedicaba a vender crack y marihuana a los consumidores que se presentaban a su casa de habitación. La afirmación de que la condena impuesta se basa en la condición social y económica de la encartada, obedece a una apreciación subjetiva de quien recurre, pues tal extremo no se deriva de la redacción del fallo. El segundo aspecto del motivo es informal, y por ello inatendible, pues no se indican cuáles son las dudas a que se hace referencia, haciendo imposible conocer el vicio que se reprocha (artículo 477 del código procesal citado). Así las cosas, debe rechazarse el alegato."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 398 de las 16,35 hrs. del 29 de abril.

20. PRUEBA ESENCIAL - Omisión de las partes no releva al tribunal de obligación de incorporarla como prueba para mejor resolver.

"Aduce la recurrente que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartago, infringió los artículos 39 y 41 de la Constitución Política y 352 aparte tercero del Código de Procedimientos Penales, al omitir el a-quo analizar prueba útil y pertinente que constaba en la causa, refiriéndose básicamente al informe de laboratorio que determinó la ausencia de semen en la vagina de la ofendida, por haber sido ella enfática tanto en la fase instructiva como en el debate, al expresar que el imputado eyaculó en su vagina. Agrega que si bien es cierto dicha prueba no fue ofrecida en su oportunidad, sí se hizo alusión a la misma en las conclusiones, pudiendo el Tribunal de manera válida admitirla para mejor resolver y cumplir así con los fines esenciales del proceso. Examinada la sentencia, estima esta Sala -sin prejuzgar acerca de la responsabilidad o no del encartado- que lleva razón la impugnante. Consta en el fallo recurrido, que la ofendida señaló expresamente al momento de declarar, que M.B. había eyaculado intra-vaginalmente, aspecto que si bien no es imprescindible para configurar el tipo pues basta al efecto con que se haya ejecutado el acceso carnal contra su voluntad, pero también es cierto que al haberse cuestionado a lo largo del debate la veracidad de las manifestaciones de la perjudicada, resultaba relevante y por ende esencial para los fines del proceso, incorporar al debate el documento extrañado por la defensa, para valorarlo en forma oportuna en asocio de la restante prueba con que se contaba para resolver. En casos como el presente, el Tribunal de Juicio no debe soslayar que independientemente de que las partes no hayan ofrecido la prueba que interesa -en especial en tratándose de elementos probatorios esenciales que han quedado excluidos de la tramitación por negligencia u olvido de los interesados o por cualquier otra circunstancia, dado el caso- debe proceder a incorporarla como prueba para mejor resolver con la finalidad de alcanzar la verdad real de los hechos. En ese entendido, el a-quo al excluir cualquier pronunciamiento acerca de la prueba citada, vulneró tanto el debido proceso, como el derecho de defensa del acriminado. Ahora bien, pese a lo expuesto, corresponde señalar la existencia de otro vicio en el fallo; en efecto, conforme a los razonamientos plasmados en la resolución recurrida, el Tribunal concluyó que la carencia de indicación en el dictamen médico-legal de la mordedura presuntamente sufrida aunque indicada por V., obedecía a la omisión de ella de señalar esa circunstancia. Por eso, en caso de tener alguna duda al respecto, los Juzgadores pudieron -

procediendo válidamente- citar al perito médico para que se pronunciara al respecto en la audiencia oral celebrada. En consecuencia, al excluirse de manera arbitraria elementos de prueba esenciales y resultar los razonamientos del a-quo contrarios a las reglas del correcto entendimiento humano, se pretirió el debido proceso y consecuentemente la fundamentación devino ilegítima, por lo que se declara con lugar el primer motivo del recurso, se anulan la sentencia y el debate que le dio origen y se dispone el reenvío de los autos ante el Tribunal correspondiente, para una nueva sustanciación de la causa con arreglo a derecho."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 572 de las 9,20 hrs. del 13 de junio.

21. RECURSO DE CASACION - Obligación del recurrente de dar trato individual a cada reproche.

"De conformidad con los artículos 106, 393 párrafo segundo y tercero y 400 inciso 3°, todos del Código de Procedimientos Penales, el recurrente acusa la existencia de una inobservancia a las reglas del correcto entendimiento humano, toda vez que: a) el tribunal se fundamenta en un reconocimiento ilegal, b) no existen huellas dactilares, c) nadie observó el momento del robo, y d) no se le decomisó a su representado evidencia que le relacione con el delito. Situación por la cual solicita se case la sentencia, pues dichas circunstancias generan un estado de duda a favor de su defendido. El reclamo planteado es manifiestamente informal, por tanto inatendible. La formulación de este motivo es defectuosa, pues quien recurre irrespeta los requisitos de interposición que establece el artículo 477, en relación con los artículos 452, 458 y 471 del código procesal citado. En este sentido, véase que no solo no fundamenta los reparos, sino que además mezcla aspectos de forma, ya que reprocha una violación a las reglas de la sana crítica y, a la vez, discute problemas de falta de fundamentación y de fundamentación ilegal, situación que no está permitida en nuestra normativa procesal. Al respecto señala la doctrina que el escrito que contiene el recurso "debe expresar separadamente, en capítulos, números o párrafos o en otra forma, cada uno de los motivos por los que se impugna la resolución... El incumplimiento de esta condición respecto de los motivos expuestos, basta para que el recurso sea inadmisibles" (NUÑEZ, Ricardo; Código Procesal Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, pág. 479). Incluso, ya ha indicado esta Sala que el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales dispone que al estructurar el recurso de casación se debe indicar en forma separada cada motivo con sus fundamentos. Siendo que esa obligación no se refiere únicamente a la división de motivos que establece el artículo 471 ídem en sus dos incisos (casación por el fondo y casación por la forma), sino que para cumplir con el requisito de discriminación de motivos, cuando se discuten varios de índole procesal, como en el presente caso (violación a las reglas de la sana crítica, falta de fundamentación y fundamentación ilegal), a cada uno debe dársele trato individual, tanto al especificar el reproche como el fundamento legal y doctrinal (En este sentido pueden verse las resoluciones N° 192-F de las 15 horas del 24 de setiembre de 1985, N° 124-A de las 15:15 horas del 17 de abril de 1985, N° 155-F de las 15:45 horas del 5 de setiembre de 1984, V-291-A de las 10:45 horas del 11 de junio de 1992, V-588- de las 9:20 horas del 4 de diciembre de 1992 y V-128-A de las 8:55 horas del 14 de noviembre de 1996). Por otra parte, vale agregar, el recurrente centra todo su alegato en una nueva e

impropia valoración de la prueba, pretendiendo con ello sustituir las conclusiones a las que -de manera lógica y derivada- llegó el tribunal de juicio, dando por válidas las suyas.”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1082 de las 9,35 hrs. del 9 de octubre.

22. RECURSO POR LA FORMA - Resolución por el fondo atendiendo al principio de justicia pronta y cumplida.

“Como primer agravio por vicios in procedendo, reclama la imputada el vicio de falta de fundamentación de la sentencia, en infracción a lo preceptuado por los numerales 106, 395 inciso 2 y 400 inciso 4, todos del Código de Procedimientos Penales. Justifica su alegato señalando que el Tribunal no establece cuál es el iter lógico seguido para acreditar que ella tenía pleno conocimiento, no sólo de la condición de Director de la Escuela L.F.G.F. que tenía su esposo, que por supuesto no niega, sino que además, sabía de sus obligaciones y limitaciones dentro del Patronato Escolar y específicamente como administrador de los fondos de esta entidad, así como de las restricciones existentes en cuanto al giro de los cheques de la cuenta corriente del Patronato señalado y por ende, conocía además la falsedad de los cheques que fueron girados a su nombre, porque la firma de la cogiradora había sido falsificada para facilitar la distracción de los fondos. El mismo reclamo se alega en el segundo motivo del recurso por vicios formales, sólo que enfocado como violación a las reglas de la sana crítica, por infringir los principios lógicos de derivación y razón suficiente. El Tribunal se basa para concluir su responsabilidad, en la declaración de los testigos que comparecieron al debate, sin embargo, todos manifestaron que no la conocen ni tienen ningún tipo de relación con ella. Del informe policial y la restante prueba únicamente se puede establecer que es la esposa de A.Q. Pero esa sola circunstancia no es suficiente para extraer de ella el conocimiento de todos los aspectos que rodean al delito acusado, especialmente lo relativo al alcance de las obligaciones y limitaciones de su esposo como miembro del Patronato Escolar y encargado de la cuenta corriente de la que se giraron varios cheques a su nombre. El reclamo es de recibo. De la lectura del fallo cuestionado se aprecia efectivamente que el Tribunal asienta el conocimiento de la acusada sobre todos los aspectos relacionados con las funciones de su esposo, relativas al manejo de la cuenta corriente y las limitaciones que en tal sentido tenía, así como su voluntad de participar en los hechos delictivos acusados, únicamente en la circunstancia de que son cónyuges y que convivían bajo el mismo techo. Ciertamente puede al menos asegurarse que es su compañera, pues no consta certificación de matrimonio, aunque así lo manifestaron ambos en la audiencia. Ese puede ser un elemento importante, más por sí sólo resulta insuficiente para acreditar la responsabilidad penal de la acusada por los delitos que se le atribuyen. A ello hay que añadir que en la sentencia no se da otro tipo de fundamentación más que la señalada, lo que la vicia por insuficiente, debiendo en consecuencia decretarse su nulidad. Obsérvese que en la sentencia se absuelve a la imputada por el delito de uso de documento falso respecto del cheque 736784, por estimar el Tribunal que ella no tenía conocimiento de que la firma de la cogiradora G.A. era falsa, pese a establecer que lo recibió endosado de manos de su compañero, el coimputado A.Q., con quien supuestamente estaba de acuerdo para distraer fondos del Patronato Escolar, de modo que no se comprende cómo se le absuelve por este delito, y se excluye el conocimiento -en este caso- tanto de la falsedad

del documento como de la proveniencia de los fondos- pese a que el Tribunal les atribuye una verdadera empresa delictiva a ambos para desviar fondos públicos y precisamente por ello, se le condena por los demás, sin prueba contundente alguna, más que el ligamen entre ella y su esposo. Por ello el reclamo debe acogerse. Llegados a este punto, conviene cuestionarse sobre la utilidad de un juicio de reenvío en este caso. La prueba, según se aprecia de la sentencia y de la lectura del expediente en su totalidad, es básicamente la misma; los testigos G.A.A., A.R.C., S.M.S. y M. de los A.A.A., quienes declararon en la audiencia no conocer a la acusada y precisamente por ello resultan alertados -aquellos que son miembros del Patronato Escolar-, cuando descubren cheques girados a su nombre. La testigo R.P. en nada menciona a la imputada, pues su deposición se refiere al hecho específico de la venta de la refrigeradora que se le cuestiona únicamente a A.Q. La prueba técnica y la documental en concreto no la involucran con lo ocurrido. Sólo subsisten dos hechos incuestionables: los cheques girados a su nombre y que fueron utilizados en comercios y bancos de la ciudad de Alajuela y su relación con el coimputado dicho. Esos elementos no resultan suficientes para el dictado de una sentencia condenatoria si no hay prueba útil para acreditar el conocimiento por parte de la imputada de las irregularidades en el giro de esos cheques y su voluntad de colaborar con su esposo en esa distracción de los fondos del Patronato Escolar. Este estado de cosas difícilmente puede variar en un juicio de reenvío, que en este caso implicaría prolongar el proceso sin visos de un resultado distinto, pues es lo cierto que no hay posibilidad real de allegar algún otro elemento de prueba al debate que permita modificar la situación expuesta. Así las cosas, esta instancia estima procedente acoger el reclamo y resolver el fondo del asunto para, en aplicación del principio in dubio pro reo, absolver a F. de L.A.V. de toda pena y responsabilidad por los cinco delitos de peculado que se le han venido atribuyendo. Es importante resaltar que este tipo de solución “atípica” si se quiere, para un recurso por la forma, ya ha sido adoptada por esta Sala, atendiendo al principio constitucional de justicia pronta y cumplida que debe llevarnos a evitar diligencias judiciales innecesarias, cuando haya mérito suficiente para estimar que el estado de las cosas no va a variar, como resulta ser el caso en estudio. (Consúltense las sentencias 579-F-92 de las catorce horas treinta minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos, dictada por Magistrados suplentes; 462-F-94 de las diez horas veinte minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro; 411-F-95 de las nueve horas cincuenta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco; 794-F-96 de las nueve horas treinta minutos y 827-F-96, de las doce horas treinta y cinco minutos, ambas del veintitrés de diciembre del año anterior).”

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1173 de las 9,30 hrs. del 31 de octubre.

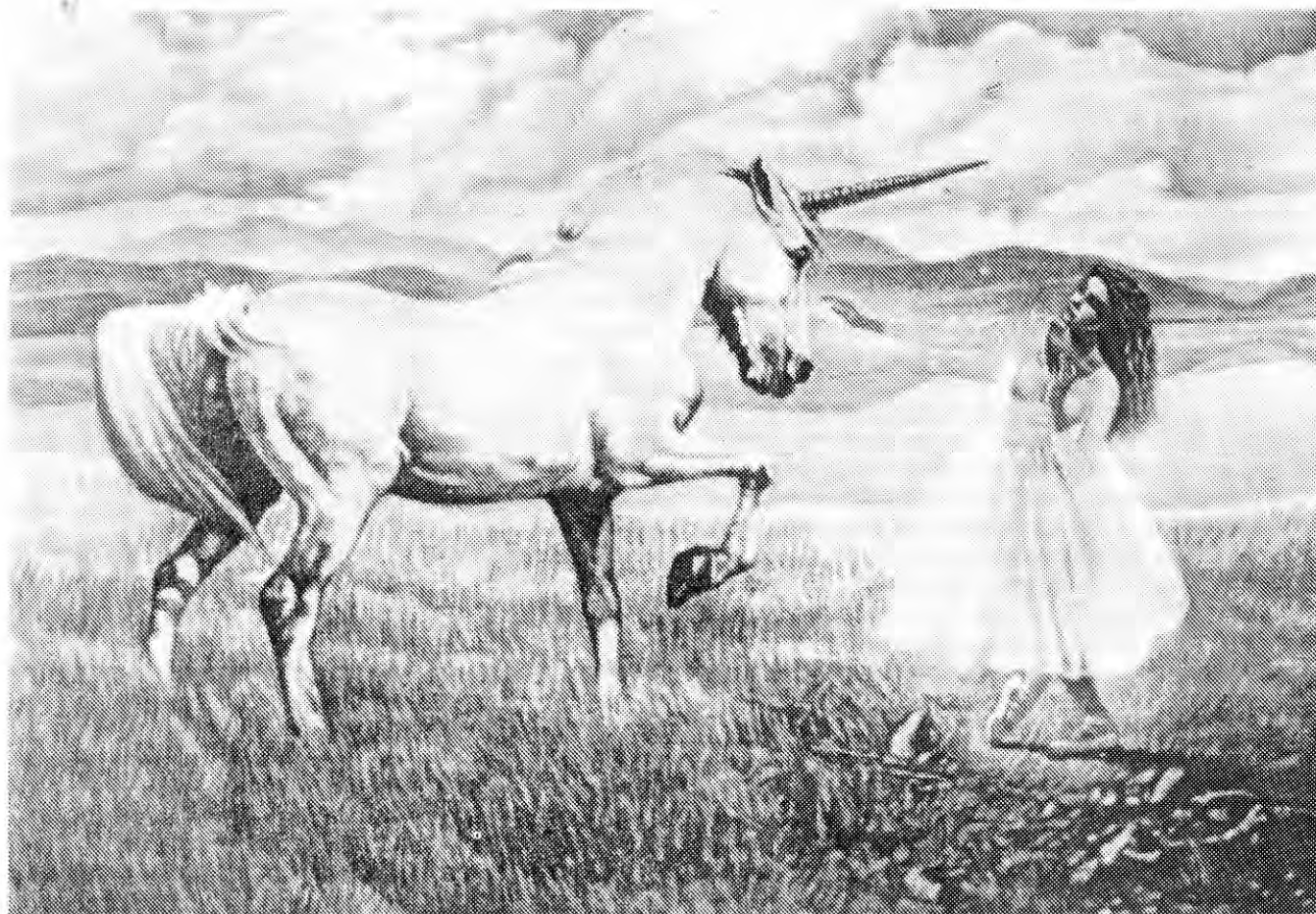
23. USURPACION - Competencia cuando no existe juzgado agrario en el lugar del inmueble.

“Visto el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Penal de Puntarenas y el Juzgado Segundo Civil y de Trabajo del mismo lugar, esta Sala estima que quien debe conocer la presente causa es el primero. Está claramente determinado que el objeto de este proceso es de índole penal-agraria (usurpación de citación directa). El conocimiento de éste corresponde a los juzgados agrarios según el

artículo 1 de la Ley N° 6734 del 29 de marzo de 1982 y sus reformas. Sin embargo, cuando en la circunscripción territorial donde se ubica el inmueble respectivo no existiere Juzgado agrario, estos serán conocidos por los juzgados ordinarios (civiles y penales) de conformidad con el transitorio I párrafo segundo de esa ley, el cual en lo que interesa dice: "mientras no se creen los juzgados, corresponderá a los jueces civiles y penales, según el caso, conocer de los asuntos que pertenezcan a la jurisdicción agraria". Esta disposición fue reiterada por la Corte Plena en sesión N° 46 del 23 de junio de 1988

artículo XIV. En consecuencia, al no existir juzgados agrarios ni mixtos (encargados de conocer de las diversas materias: penal, civil, laboral, familia), de conformidad con ese numeral, lo que determina la competencia es la materia del asunto, es decir, si es civil o penal. Como el presente asunto es penal debe ser conocido por el Juzgado Penal de Puntarenas."

1997. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 445 de las 8,30 hrs. del 16 de mayo.



El Encuentro. Autor: Carlos Salazar.

JURISPRUDENCIA PENAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Martín Rodríguez Miranda
Defensor Público

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

INDICE:

- 1.- **CONCURSO REAL RETROSPECTIVO.** Reglas generales para la unificación de penas.
- 2.- **CONCURSO REAL RETROSPECTIVO.** Adecuación de penas en sentencias pendientes.
- 3.- **EXCARCELACIÓN.** Facultades de oficio del juzgador, no es admisible la audiencia previa a las partes.
- 4.- **EXCARCELACION.** Revisión de oficio o a solicitud de parte antes de los tres meses.
- 5.- **EXCARCELACION.** Posibilidad de revocatoria ante una sentencia condenatoria.
- 6.- **EXTRADICIÓN.** Naturaleza jurídica.
- 7.- **EXTRADICIÓN.** Plazo para la recepción de prueba y para la detención.
- 8.- **DETENCION.** Definición de "indicio comprobado".
- 9.- **INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 230 DEL CODIGO PENAL.** Necesidad e importancia del Bien Jurídico Tutelado.
- 10.- **JURISDICCION CONSTITUCIONAL.** Posibilidad excepcional de valorar prueba.
- 11.- **JUSTICIA PENAL JUVENIL.** Aplicación de todas las garantías que goza el imputado en un proceso penal de adultos.
- 12.- **MINISTERIO PUBLICO.** Naturaleza Jurídica y funciones.
- 13.- **LIBERTAD DURANTE EL PROCESO.** Excepciones calificadas a la regla.
- 14.- **LIBERTAD Y DERECHO PENAL.** Necesidad social imperiosa para su restricción.
- 15.- **PENA.** Derecho del condenado ante las discrepancias en el cálculo de la pena.
- 16.- **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.** Inconstitucionalidad del artículo 384 inciso 10 del Código Penal.
- 17.- **PRISION PREVENTIVA.** Carácter excepcional de la medida.
- 18.- **PRISION PREVENTIVA.** Razones procesales objetivas para su prolongación en materia de narcotráfico.
- 19.- **PRIVACIÓN DE LIBERTAD.** Condiciones materiales mínimas para el tratamiento de los reclusos.
- 20.- **REBELDIA.** Obligaciones del imputado.
- 21.- **REGIMEN PENITENCIARIO.** Absoluto respeto a la dignidad de las personas.
- 22.- **SENTENCIA.** Prohibición de ser modificada por el propio juez.

DESARROLLO

1. CONCURSO REAL RETROSPECTIVO. Reglas generales para la unificación de penas.

"...El concurso material retrospectivo existe cuando, habiendo sido juzgados varios delitos atribuidos a un mismo agente en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena establecida por el artículo 76 del Código penal. Según este artículo deben aplicarse las penas correspondientes a todos los delitos cometidos no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. Si hubo procesos distintos por acciones en concurso real atribuidas a un mismo agente, pero las penas no chocan con el artículo 76 Código Penal, no se presenta la figura del concurso real retrospectivo. El concurso material retrospectivo existe pues, para corregir los defectos en cuanto a penalidad y monto de la misma, que puedan derivarse del juzgamiento separado de acciones que integraban entre sí el concurso real, de manera que aplicando retroactivamente las reglas que rigen su penalidad, puedan unificarse todas las penas impuestas, a fin de que entre sí, de su suma, no excedan del triple de la pena mayor impuesta, ni excedan de los cincuenta años..."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 2500 de las 15:30 horas del 7 de mayo de 1997.

2. CONCURSO REAL RETROSPECTIVO. Adecuación de penas en sentencias pendientes.

"...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 23 del Código de Procedimientos Penales, 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 éstas, 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... Procede en consecuencia la «adecuación» de que habla la Sala según la interpretación del artículo 51, con relación al 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."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 2500 de las 15:30 horas del 7 de mayo de 1997.

3. EXCARCELACIÓN. Facultades de oficio del juzgador, no es admisible la audiencia previa a las partes.

"...El artículo 312 del Código de Procedimientos Penales no faculta, sino más bien, obliga al juez a revocar y reformar del oficio el auto de excarcelación, al disponer que el beneficio "deberá revocarse cuando el imputado no cumpla con las obligaciones impuestas, o no comparezca al llamamiento del Juez sin excusa bastante, o realice preparativos de fuga, o cuando nuevas circunstancias exijan su detención." La naturaleza de la prisión preventiva como medida de carácter cautelar y excepcional es, como bien lo indica su nombre, el prevenir que se den hechos que puedan acarrear un perjuicio para terceras personas o bien para la misma administración de justicia, pues en éste último supuesto, se garantiza que el imputado estará a la orden del tribunal cuando se le requiera para la realización de un acto procesal, o bien que no se sustraerá de la eventual condena a prisión que le pueda ser impuesta.

II.- Esta Sala es del criterio que no puede obligarse a una autoridad judicial a que previo a revocar el beneficio de excarcelación, realice una especie de procedimiento de carácter sumario en el que esté obligado a conceder audiencias al imputado, admitir y valor pruebas presentadas, y así determinar al fin si los motivos por los cuales revocó el beneficio son verdaderamente ciertos. Admitir algo así, iría en contra de la celeridad procesal y de las facultades de las que goza el juzgador para valorar los elementos probatorios que le servirán de base para fundamentar en forma razonada sus resoluciones. En cada una de las resoluciones que dicta el juez (auto de procesamiento, falta de mérito, prisión preventiva, e inclusive al momento de resolver recursos, etc.) el juez se basa en prueba testimonial y debe valorar conforme a las reglas de la sana crítica, si determinado testigo merece o no merece credibilidad. Sería ilógico que para dictar cualquier resolución de carácter represivo, tomando en cuenta lo dicho por un testigo, el juez tenga que dar audiencia al imputado para éste manifieste si es o no cierto lo que declaró."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1517-97, de las 10 horas del 14 de marzo de 1997.

4. EXCARCELACION. Revisión de oficio o a solicitud de parte antes de los tres meses.

"...al tenor de lo dispuesto por el artículo 298 inciso 1) del actual Código de Procedimientos Penales, por principio general, no procede la excarcelación del acusado antes de que hayan transcurrido

tres meses desde que se acordó su prisión preventiva, siendo que en el caso bajo examen no ha transcurrido dicho plazo. En reiteradas oportunidades se ha dicho que esa disposición no es una norma rígida, sino que debe integrarse con lo preceptuado en el artículo 294 del mismo Código, de conformidad con el cual el juez está facultado para revocar la prisión preventiva, aún antes del plazo de tres meses desde que se acordó, si las condiciones que motivaron su imposición han variado. Esta revisión la puede realizar el juez de oficio o a petición de parte; no obstante, si el interesado o su defensor presentan una solicitud de excarcelación antes de haber transcurrido el plazo establecido en el inciso 1) del citado artículo 298, el juez bien puede rechazar la gestión ad portas si estima que las circunstancias no han variado y, por ende, debe mantenerse la privación de libertad del acusado, como en este caso. Con ello en modo alguno se lesiona el debido proceso o el derecho de defensa, pues se trata de la procedencia o no de la libertad del acusado en atención a los fines del proceso, lo que, de ninguna manera, prejuzga sobre su responsabilidad penal o limita su defensa en relación con la acusación y los hechos que se le atribuyen."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 0769-97, de las 10:33 horas del 6 de febrero de 1997.

5. EXCARCELACION. Posibilidad de revocatoria ante una sentencia condenatoria.

"No lleva razón el recurrente al afirmar que el órgano jurisdiccional recurrido no está facultado para ordenar la detención de su representado en consideración de que fue encontrado culpable de haber cometido el delito que se le imputó y que no tiene domicilio fijo. Esta Sala ya ha aceptado en múltiples ocasiones que el hecho de una condenatoria, puede constituir base suficiente para revocar una excarcelación concedida o acordar una prisión no dispuesta en la instrucción, pues esa circunstancia hace variar el estado en que se encontraba el sometido a juicio antes de que se diera y en algunos casos ser la causa de una evasión a la acción de la justicia. No es propiamente que el estado de inocencia que goza el encausado mientras una sentencia firme no disponga lo contrario, decaiga, es que la situación del acusado frente al proceso cambia y ese cambio puede alterar la relación de aquél con los fines del proceso y en consecuencia motivar se disponga la restricción a la libertad, para proteger esos fines, fines que también tienen raigambre constitucional. Por lo expuesto, el recurso es inadmisibles y así debe ser declarado."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 3025-97, de las 15:12 horas del 3 de junio de 1997.

6. EXTRADICIÓN. Naturaleza jurídica.

"En criterio de la Sala, a los efectos que nos ocupan conviene recordar la naturaleza jurídica de la extradición. Reiteradamente la Sala ha indicado que éste es un procedimiento sencillo al que se aplica, en primer término, el tratado existente entre el país requirente y el país requerido, y a falta de éste o de disposiciones relacionadas con las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se aplicará Ley de Extradición vigente. El procedimiento de extradición encomienda al Juez Penal una función de garantía, es decir, de respeto a los valores y principios que hemos adoptado como nación. No se

pretende que el proceso de extradición juzgue al extraditable, menos aún, que entre a resolver el fondo del asunto, lo que corresponderá al país requirente y no al requerido, lo anterior, debido a que no es posible desde el punto de vista del orden fundamental que se juzgue dos veces a la misma persona por el mismo hecho, aún cuando ello suceda en dos países diferentes."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1146-97, de las 12:33 horas del 21 de febrero de 1997.

7. EXTRADICIÓN. Plazo para la recepción de prueba y para la detención.

La ley de extradición vigente prevé en el artículo 20 inciso e) un período de apertura a pruebas de "hasta veinte días", y es necesario indicar al respecto que aunque el legislador no señaló qué tipo de prueba puede evacuarse en ese plazo, resulta acorde con la naturaleza jurídica de la extradición afirmar que no se trata de prueba sobre el fondo del hecho que origina la petición de extradición, sino de prueba sobre aquellos aspectos relacionados, a manera de ejemplo, con la documentación que acompaña el Estado requirente o sobre la identidad de la persona, en caso de duda. Ahora bien, la Sala estima que el Juez tomando en cuenta la naturaleza del hecho puede fijar un plazo prudencial dentro del plazo de veinte días y que puede, inclusive, hasta ampliarlo en caso de que las circunstancias así lo exijan, todo, en aras de potenciar el derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso. En conclusión, la interpretación del artículo 9 inciso H) a la luz de las normas y principios del orden constitucional permite afirmar a la Sala que el Juez puede fijar un plazo prudencial para la recepción y evacuación de la prueba, lo que hará de manera razonable, atendidas las circunstancias del caso concreto...

...En todo caso y en relación con el plazo de detención del amparado debe indicarse que la Sala ha sostenido que como no hay sanción procesal por el incumplimiento del plazo que establece el artículo 9 inciso b) de la Ley de Extradición vigente, consiguientemente, debe entenderse que el mismo es ordenatorio y no perentorio, y que el transcurso del mismo no conlleva la inmediata libertad del extraditable, tal como parece entenderlo la defensa del amparado (en el mismo sentido ver voto 5319-96 de las nueve horas quince minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis)."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1146-97, de las 12:33 horas del 21 de febrero de 1997.

8. DETENCION. Definición de "indicio comprobado".

"I.- La detención como medida cautelar exige la existencia de un indicio comprobado, entendido como la existencia real de una información objetiva capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva; la Constitución exige que esa medida se prolongue lo menos posible, para eliminar la arbitrariedad, obligando a las autoridades a poner al detenido en manos de los tribunales de justicia, dentro de las veinticuatro horas siguientes."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 3559-97, de las 15:18 horas del 25 de junio de 1997.

9. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 230 DEL CODIGO PENAL. Necesaria existencia de un Bien Jurídico Tutelado.

"...El texto del actual artículo 230 del Código Penal dispone: "Artículo 230.- Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad." La norma transcrita presenta una técnica legislativa autoritaria, en la cual se plasma un derecho penal de peligrosidad y de personalidad, amén de que la misma no tutela bien jurídico alguno. En efecto, se trata de un delito de peligro abstracto, en donde el verbo en la descripción tipificadora es "tener en poder" o "fabricar"... Nos encontramos ante un supuesto en donde el legislador dibujó una determinada conducta de la realidad como conducta típica pero sin atender a la necesidad de establecer la prohibición ateniéndose a la efectiva tutela de un bien jurídico. Con el delito de tenencia y fabricación de ganzúas y otros instrumentos, el legislador costarricense no reprime una conducta que efectivamente lesione o haga peligrar al bien jurídico propiedad, sino que trata de evitar conductas que eventualmente generarían -si se tratara de actos preparatorios- una delincuencia contra la propiedad. Esta técnica legislativa no sólo es errónea sino también es contraria al principio de legalidad criminal, al hacer que se criminalicen una gran gama de conductas que no afectan a la sociedad ni a los valores sociales. Dicha técnica lleva a criminalizar situaciones que no son conductas, porque con el hecho de tener una ganzúa no se está violentando la propiedad, pero existe "peligro" de que se utilice indebidamente. El legislador hace un pronóstico sobre la contingencia de la conducta dañosa, la previene al penalizar estadios anteriores, donde no existe ningún bien jurídico lesionado, razón ésta por la que no debería haber intervención estatal punitiva. Es importante agregar que los tipos penales de peligro abstracto como el de estudio devienen en totalmente innecesarios ya que no existe posibilidad alguna de impunidad, pues de todas maneras siempre habrá un tipo penal que recoja la protección al bien jurídico que aquí se trataría de proteger, cuando efectivamente se lesione el bien jurídico, o se le haya puesto en evidente peligro por el actuar del sujeto (por ejemplo en el delito tentado). Las descripciones típicas como la de estudio afectan el valor certeza del derecho tutelado por el principio de legalidad criminal, razón por la que estamos ante un caso de inconstitucionalidad, al afectarse la función de garantía del tipo penal."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 6410-96, de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996.

10. JURISDICCION CONSTITUCIONAL. Posibilidad excepcional de valorar la prueba.

"No compete a esta Sala valorar la prueba existente en la causa contra el amparado, ni controlar o revisar la valoración que de ella hagan los juzgadores, salvo el caso de que exista un evidente y grave error en la valoración probatoria, con una incidencia tal que, llegado el asunto a conocimiento de esta sede por la vía del hábeas corpus, en que se encuentra de por medio la libertad de una persona, resulte necesaria, por el bien fundamental que se encuentra en juego, la constatación y el señalamiento de ese error, tratando de enmendar sus efectos con relación a la restricción de la libertad que sufre el amparado y en la que juega un papel esencial. Salvo ese caso

excepcional, no es ésta la jurisdicción competente para valorar prueba y mucho menos para controlar la valoración realizada por los jueces penales. Si el recurrente estima que existe violación a las reglas de la sana crítica, deberá plantear sus alegatos en la jurisdicción penal correspondiente, haciendo expresa reserva de recurrir en casación si persiste la lesión a sus intereses."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1776-97, de las 15:45 horas del 1° de abril de 1997.

11. JUSTICIA PENAL JUVENIL. Aplicación de todas las garantías que goza el imputado en un proceso penal de adultos.

"I.- Con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N° 7576 de ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, la justicia penal en materia de menores dio un giro vertiginoso abandonando el llamado Derecho Tutelar y entró al ámbito de lo propiamente penal. La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquéllas que sean propias de la condición de menor. Así se desprende del contenido de los artículos 10 a 27 de la citada ley, que integran el Capítulo II, Derechos y Garantías Fundamentales, del Título Primero. De modo que, aún cuando la protección integral del menor y su interés superior son principios que rigen esa ley, que también debe buscarse la reinserción del menor en la familia y en la sociedad como lo señalan los artículos 7 y 44, no debe olvidarse que se trata de materia penal aplicable al menor y, por ende, deben adaptarse las disposiciones y principios del Código Penal, excepto en cuanto contradigan lo expresamente contemplado en esta legislación (artículo 9). Así, al menor le asiste la presunción de inocencia y debe probarse la comisión del delito, con la debida demostración de culpabilidad (artículo 15). En este orden de ideas, también la restricción a la libertad, durante la tramitación del proceso, debe ser excepcional y sólo podrá ordenarse en las circunstancias taxativamente contempladas por la ley (artículos 58 y 59) y la respectiva resolución debe estar debidamente motivada, detención que cae dentro de lo preceptuado por el artículo 37 constitucional."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1772-97, de las 15: 33 horas del 1° de abril de 1997.

12. MINISTERIO PUBLICO. Naturaleza Jurídica y funciones.

"IIlo.- El Ministerio Público constituye una dependencia del Poder Judicial, que tiene como función primordial el ejercicio de la acción penal, de conformidad con los términos que establezca la ley (artículo 39 del Código de Procedimientos Penales); en otras palabras, es una organización judicial que procura mediante el requerimiento de la acción de los órganos jurisdiccionales -cuando sea procedente-, que se establezca la verdad real de los hechos objeto del proceso mediante una resolución justa. De esta manera, en el momento en que el Ministerio Público tenga conocimiento de una noticia criminis, deberá practicar una información sumaria ajustada a derecho, a efecto de determinar si procede o no requerir la acción jurisdiccional para que se investigue si se ha violado el ordenamiento jurídico en perjuicio del conglomerado social, es por ello, que el

Ministerio Público no ejerce una función de naturaleza jurisdiccional sino de carácter requirente, ya que no tiene la facultad de decidir con autoridad de cosa juzgada material sobre los hechos que conoce, sino de investigar y en consecuencia, de promover el ejercicio de la acción penal cuando de la información sumaria que levante -la cual implica necesariamente recabar medios probatorios- determine que existen méritos para solicitar a la autoridad jurisdiccional correspondiente que abra una causa penal en contra del acusado a fin de averiguar la verdad real de aquellos. Con base en esas consideraciones, esta Sala no observa que la actuación impugnada por el recurrente resulte ilegítima, toda vez que el Ministerio Público está facultado para determinar si existe mérito o no para solicitar la apertura de un proceso penal, pero deberá solicitar tanto la desestimación de la denuncia, como el inicio del proceso, a un juez. Por lo expuesto, el hábeas corpus resulta inadmisibles y así debe declararse."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 3563-97, de las 15:30 horas del 25 de junio de 1997.

13. LIBERTAD DURANTE EL PROCESO. Excepciones calificadas a la regla.

"El primer motivo alegado por la recurrente como fundamento de su recurso de hábeas corpus, se refiere al derecho de gozar de libertad durante el proceso que le asiste a su defendido. Si bien es cierto, durante la tramitación de los procesos penales, la libertad personal debe ser la regla, ello no implica que dicha regla no tenga sus excepciones calificadas, en virtud de las cuales, en caso de comprobarse su concurrencia, se autoriza limitar la libertad en aras de asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad de los hechos y la aplicación de la ley penal. Si estos objetivos se encuentran en peligro por cualquier circunstancia, es deber de los tribunales el adoptar las medidas cautelares necesarias para evitar su frustración, incluida la privación de libertad del acusado (artículos 291, 297 y 298 del Código de Procedimientos Penales)"

SALA CONSTITUCIONAL No. 5396-95, de las 15:45 horas del 3 de octubre de 1995.

14. LIBERTAD Y DERECHO PENAL. Necesidad social imperiosa para su restricción.

"I.- Costa Rica es un República democrática, libre e independiente, dice el artículo 1 de nuestra Carta Magna. Como toda democracia, nuestro sistema parte de la base de que los ciudadanos somos libres, y es esa libertad la que nos permite escoger la forma en que queramos desarrollar nuestras vidas. Podemos aprovechar esa libertad para desarrollar lo mejor de nuestras calidades y capacidades, o bien para desperdiciarlas, lo cual también es parte del ejercicio de esa libertad. Escojamos uno u otro camino, lo importante es que, en una democracia, quiénes somos o queremos ser, es una decisión personal y no del gobernante de turno. Libertad esencialmente significa libertad de acción y elección, se puede utilizar para bien o para mal, y quien decida escoger un camino contrario al orden social o a la moral y las buenas costumbres, estará sujeto a las consecuencias que la ley señala, pues de otra forma, esa libertad ocasionaría un caos social. En síntesis, cada cual puede vivir su vida como lo desee, dentro de las

limitaciones propias que impone la vida en sociedad, restricciones que son nada más que las necesarias para su misma supervivencia y la vigencia de sus valores democráticos y constitucionales. Esta Sala sobre el tema señaló en su sentencia número 3550-92, citando pronunciamientos del Tribunal Europeo (caso The Sunday Times, 6-XI-1980, pgr. 59) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, 13-XI-1985, pgr 46), que para que se imponga una restricción a la libertad, debe existir una "necesidad social imperiosa", y que las restricciones "deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo, por otra parte, debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo". La restricción debe ser entonces, excepcional, y por ende de interpretación restrictiva, de manera que en caso de duda se prefiera siempre la libertad. En nuestro país, su marco de acción, esta fijado en el artículo 28 de la Constitución que permite al ciudadano hacer -sin consecuencia legal-, todo aquello que no dañe la moral, el orden público, o perjudique a terceros. Con base en esta norma, la ley no podrá invadir la esfera de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente en la propia Constitución."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 7549-94, de las 16:42 horas del 22 de diciembre de 1994.

15. PENA. Derecho del condenado ante las discrepancias en el cálculo de la pena.

"...cuando existan discrepancias en cuanto a los cálculos de las penas, las propias autoridades administrativas deben proveer al condenado la posibilidad de plantear sus diferendos ante el juez o tribunal que lo condenó, sea por medio del Departamento Legal respectivo o asesorándole para que directamente plantee ante la autoridad competente ese extremo que le interesa, lo anterior tomando en consideración las dificultades que para dicha tramitación tiene una persona que se encuentra privada de libertad."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto N° 2900-97, de las 16:09 horas del 27 de mayo de 1997.

16. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. Inconstitucionalidad del artículo 384 inciso 10 del Código Penal.

"...se consulta sobre la constitucionalidad del artículo 384 inciso 10) del Código Penal, mismo que dispone: "Artículo 384.- Se impondrá de tres a treinta días multa: ...10) A los que hubieren cometido contravenciones contra la propiedad, que se les encuentre con instrumentos aptos para su comisión". Esta Sala en la sentencia número 0088-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos, dispuso:

"...El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que

no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dio con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito..."

"...al disponer el artículo 39 constitucional que "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad" el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional..."

Del extracto de sentencia transcrita se desprende que en un Estado de Derecho Republicano-Democrático como el nuestro, resulta constitucionalmente inaceptable la existencia del inciso 10 del artículo 384 del Código Penal. En primer lugar, porque se trata de una norma que obedece a un derecho penal de autor, en donde la condición objetiva del tipo es una condena anterior por acto contravencional contra la propiedad; segundo, porque no protege ninguna relación social concreta y fundamental para la vida en sociedad, carece de bien jurídico y; tercero, es contraria al principio "non bis in ídem" y, a la jurisprudencia de la Sala, en cuanto este principio impide la penalidad retrospectiva de hechos juzgados."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 7034-96, a las 9:39 del 24 de diciembre de 1996.

17. PRISION PREVENTIVA. Carácter excepcional de la medida.

"II.- En forma reiterada ha indicado esta Sala que en un Estado liberal y democrático como el nuestro, la libertad es una condición esencial del ser humano que participa de la vida colectiva, y que únicamente puede verse restringida como medida cautelar dentro de un proceso penal, en forma provisional y para asegurar los fines del proceso, es decir, debe constatar la existencia de un inminente peligro procesal para poder limitar un derecho fundamental de tan alta estima dentro de nuestro ordenamiento jurídico, peligro que indudablemente se ve representado cuando existe posibilidad de fuga del imputado. Así, el artículo 37 constitucional claramente determina las hipótesis en las cuales es constitucionalmente válida la privación de libertad de una persona, a saber: que la orden sea emitida por mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, por existir un indicio comprobado de haber cometido delito, o bien cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti, pero, en todo caso debe ser puesto el detenido a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto N° 2976-97, de las 15:03 horas del 30 de mayo de 1997.

18. PRISION PREVENTIVA. Razones procesales objetivas para su prolongación en materia de narcotráfico.

"SEGUNDO.- La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima, obviamente, la decisión de los tribunales de mantener en prisión - y denegar la excarcelación- de cualquier imputado, cuando medien razones procesales objetivas, con el fin de facilitar la averiguación de los hechos y establecer las responsabilidades correspondientes. Todo esto, dentro del equilibrio que debe existir entre el derecho a la libertad y el estado de inocencia que perdura durante el proceso, por una parte, y la necesidad social de que se haga justicia por la otra. Dentro de esa perspectiva, la detención en flagrancia, la instrucción inconclusa (puesto que se investiga el paradero del resto de la droga que se suponía involucrada en la negociación abortada) y la proximidad del debate, en que fundamenta la autoridad judicial recurrida su decisión, son causas que reiteradamente esta Sala ha admitido como legítimas para mantener en prisión al imputado y así corresponde hacerlo en este caso. No puede dejar de indicarse, a este propósito, que la experiencia judicial, y particularmente de la justicia constitucional, hace necesario tener presente que la delincuencia de narcotráfico es especial y que también especiales son los autores y sus métodos de trabajo. Incluso, no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización (u organizaciones) que generalmente los respalda, hacen que puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia".

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No, 2048-95 de las 15:06 horas del 26 de abril de 1995.

19. PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Condiciones materiales mínimas para el tratamiento de los reclusos.

"El hecho de que la Administración no cuente con los recursos necesarios para acondicionar, debidamente, las celdas que se encuentran en la Comandancia de ***, no la exime de responsabilidad y, de modo alguno, puede justificar el que las personas privadas de libertad allí ubicadas -para efectos de lo cual es irrelevante si se trata de una detención o de una aprehensión- deban soportar condiciones infrahumanas, lo que implica que han de tolerar un trato cruel y degradante. Esta Sala en múltiples ocasiones ha dicho que los privados de libertad deben gozar de todos aquellos derechos fundamentales que no sean incompatibles con su estado de reclusión. Así, deben contar con las condiciones materiales mínimas, para que su dignidad como seres humanos no se vea menoscabada.... En relación con el tema de las condiciones a las que están sometidos los detenidos en las cárceles, este Tribunal Constitucional, en sentencia N° 1032-96 de las nueve horas tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y seis, expresó: ...Cabe agregar que estas Reglas (las de Naciones Unidas) regulan sobre las condiciones mínimas con las que debe contar un recluso, por lo que debe entenderse que cada una de estas condiciones son derechos de ellos, constitucionalmente reconocidos, en razón de ello no puede esta Sala, aceptar válidamente el argumento de la autoridad recurrida en el sentido de que "el sistema penitenciario viene atravesando esta situación debido a un considerable incremento de personas privadas de libertad a la orden de autoridades judiciales competentes. Ello deriva de un aumento elevado en el índice de delincuencia que lógicamente obedece a la crisis

económica social que atraviesa el país, como puede observarse lo mencionado trasciende los límites institucionales y gubernamentales".- Si el Estado, cumpliendo con una función pública como lo es el velar por la seguridad ciudadana, aísla y priva de su libertad a personas que han infringido la ley, debe hacerlo dentro del marco del respeto a los derechos humanos, como se ha comprometido..."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1774-97, de las 15:39 horas del 1º de abril de 1997.

20. REBELDIA. Obligaciones del imputado.

"UNICO.- Como en reiteradas ocasiones se ha manifestado, el imputado tiene el deber de estar pendiente sobre el desarrollo del proceso que se tramita en su contra, por consiguiente, se encuentra en la obligación de presentarse con cierta regularidad ante el Juzgado correspondiente, a fin de atender cualquier requerimiento de aquel, estando así en la obligación no solo de acudir al despacho judicial, sino de informar a aquel, sobre cualquier cambio que se suscite en el lugar en que pueda ser habido. Ahora bien, si el imputado de manera negligente ha obviado esa obligación -de comunicar cualquier modificación del domicilio en que puede ser habido, extremo que el órgano jurisdiccional recurrido tuvo por demostrado con base en la constancia extendida por el Jefe de Capturas del Organismo de Investigación Judicial, en la cual indica que no pudieron citar a H. M. para que compareciera al Despacho, pues no lo localizaron en el lugar que el imputado señaló al tiempo de rendir su declaración indagatoria, e incluso los propios vecinos del lugar les comunicaron que desde hacía dos meses que no vivía en ese lugar (ver folios 32, 33 y 34 de la copia del expediente judicial)-, con lo que provoca, una obstaculización en el proceso que se sigue en su contra, esta Sala no observa que la declaratoria de rebeldía, resulte ilegítima, ya que lo que se pretende con esa medidas es salvaguardar los fines del proceso penal y asegurar así la no evasión del imputado y por consiguiente su disponibilidad para ser juzgado."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 2502-97, de las 15:36 horas del 7 de mayo de 1997.

21. REGIMEN PENITENCIARIO. Absoluto respeto a la dignidad de las personas.

"Debe tener muy presente la Administración Penitenciaria que toda su actuación debe estar regida por el más absoluto respeto a la dignidad de las personas, quienes, por diversas circunstancias de la vida se encuentran actualmente bajo la tutela del sistema penal, pero que no por ello pierden su condición de seres humanos, en el entendido

de que la superioridad del ser humano sobre los seres irracionales radica precisamente en estar dotado de lo que se denomina "dignidad de la persona", valor esencial dentro de nuestro Ordenamiento, que no significa de ninguna manera superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todos los seres humanos sobre los seres que carecen de razón. Es por ello que la dignidad de la persona no admite discriminación alguna, por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, es independiente de la edad, inteligencia y salud mental, de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento; de ahí que, por muy bajo que caiga la persona, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto N° 2493-97, a las 15:09 horas del 7 de mayo de 1997.

22. SENTENCIA. Prohibición de ser modificada por el propio juez.

"I.- El punto medular del recurso planteado se refiere al hecho de que el Juez Primero Penal celebró juicio oral y público en el que dictó sentencia a viva voz, condenando a la encartada a la pena de tres años de prisión y otorgándole el beneficio de ejecución condicional de la pena, pronunciamiento que quedó consignado en el acta de debate; sin embargo, al momento de redactar la sentencia, procede a modificarla en parte, y deniega el beneficio referido.

II.- En el expediente judicial que esta Sala ha tenido a la vista se desprende que esta divergencia entre los resuelto por el juzgador a viva voz y que quedó consignado en el acta de debate, y lo contenido en la sentencia dictada, fue tratado por el Juez Primero Penal como un error material, que él mismo procedió a corregir nueve días después de dictada la sentencia (folio 117). De ninguna manera puede considerarse esta incongruencia de pronunciamientos como un simple error material, sino más bien una modificación al fallo ya dictado, lo cual está totalmente vedado a los jueces que ya han externado su criterio en cuanto al thema probandum de un proceso. El Código de Procedimientos Penales concede la oportunidad al juez corregir errores materiales, así como de aclarar o adicionar su sentencia, pero de ningún modo le permite modificar lo ya resuelto (artículos 109 y 110), prohibición que constituye una garantía para el acusado, ya que se da con el fin de asegurarle que su situación jurídica no podrá ser variado a menos que otro Tribunal encuentre errores cometidos por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o procesal."

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 1514-97, de las 9:51 horas del 14 de marzo de 1997.



LIBRERIA BARRABAS E.I.R.L.

Especialidad en libros de Derecho.

Importadora de España, Argentina, Colombia y México.

Además ofrecemos todos los códigos y Leyes nacionales.

Librería Barrabas, donde el libro no le cuesta más.

Para sus pedidos o consultas

Tel & Fax: 221-4822

Apdo. 613-2050

Recibimos su tarjeta de crédito

100 m. Oeste del Restaurant Alpino